



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M.FANNO"**

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E
COMUNITARIO**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
ECONOMIA E DIRITTO**

TESI DI LAUREA

"TRANSFER PRICING E RETTIFICA DEL REDDITO SOCIETARIO"

RELATORE:

CH.MO PROF. MAURO BEGHIN

LAUREANDO: ANDREI MARUSIC

MATRICOLA N. 1132535

ANNO ACCADEMICO 2019 – 2020

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.

Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

The candidate declares that the present work is original and has not already been submitted, totally or in part, for the purposes of attaining an academic degree in other Italian or foreign universities. The candidate also declares that all the materials used during the preparation of the thesis have been explicitly indicated in the text and in the section "Bibliographical references" and that any textual citations can be identified through an explicit reference to the original publication.

Firma dello studente

Andrei Merusic

Ai miei genitori

INDICE SOMMARIO

Introduzione.....	3
Capitolo I	
Inquadramento internazionale ed evoluzione della normativa domestica.....	7
1.1. Il <i>transfer pricing</i> nella Convenzione Modello OCSE	7
1.2. Cenni storici sul <i>transfer pricing</i> nel quadro legislativo italiano	11
Capitolo II	
Normativa vigente sui prezzi di trasferimento.....	19
2.1. Premessa	19
2.2. Natura e funzione dell'art. 110, comma 7, TUIR	20
2.2.1. (segue) Ripartizione dell'onere della prova.....	26
2.3. Il presupposto soggettivo del <i>transfer pricing</i>	29
2.3.1. Il transfer pricing «interno»	29
2.3.2. Il soggetto residente.....	32
2.3.3. Il soggetto non residente.....	33
2.3.4. La società che controlla l'impresa residente e la società non residente	34
2.3.5. La nozione di controllo.....	35
2.3.6. Le stabili organizzazioni.....	39
2.4. Il presupposto oggettivo e il valore normale	43
2.4.1. Il valore normale anteriforma	44
2.4.2. Il valore normale post-riforma: il prezzo di libera concorrenza.....	47
2.4.3. Il transfer pricing nelle operazioni con corrispettivo nullo	51
Capitolo III	
Misure per l'eliminazione della doppia imposizione	53
3.1. Misure posteriori per l'eliminazione della doppia imposizione	53
3.2. MAP da Convenzione bilaterale	54
3.2.1. Composizione amichevole ai sensi dell'art. 25 del Modello OCSE.....	57
3.2.2. Composizione arbitrale ai sensi dell'art. 25 del Modello OCSE.....	61
3.3. MAP da Convenzione Arbitrale.....	64
3.3.1. Convenzione 90/436/CEE	66
3.3.2. Direttiva (UE) 2017/1852.....	70
3.4. Scambio di informazioni e cooperazione internazionale	78
3.5. Rettifiche in diminuzione unilaterali	81
3.6. Advance pricing agreements.....	84
3.6.1. Il ruling di standard internazionale.....	85
3.6.2. Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale	88
Conclusioni.....	95
Riferimenti bibliografici	101

INTRODUZIONE

Con il termine «prezzo» si fa generalmente riferimento a quel valore che due soggetti indipendenti attribuiscono ai beni scambiati in una transazione libera e che si forma in base alla legge della domanda e dell'offerta. Il prezzo può assumere valori diversi in dipendenza delle diverse circostanze sottese ora alle parti contrattanti (posizione nella catena del valore, risorse disponibili, possibilità di produzione interna, disponibilità di alternative), ora alla contrattazione in sé (quantità di beni scambiati, luogo e tempo dello scambio, eventuali dilazioni di pagamento richieste e accordate, ecc.).

Tutti i fattori sopraelencati contribuiscono alla definizione del potere contrattuale delle parti o, detto in altri termini, del costo dell'*exit* che un soggetto sostiene relativamente all'altro contraente, determinando un prezzo maggiore o minore in funzione della massimizzazione degli interessi del soggetto contrattualmente forte.

Quando, per contro, le parti coinvolte nella transazione non sono indipendenti, ma sono legate da determinati vincoli contrattuali od organizzativi, il prezzo assume una connotazione diversa e viene definito «prezzo di trasferimento» o «*transfer price*». Il processo che porta alla quantificazione del prezzo di trasferimento, definito a sua volta «*transfer pricing*», delinea invece i principi e le metodologie utilizzate per valorizzare gli scambi di beni, servizi e capitali tra distinte divisioni di una stessa società o tra differenti entità appartenenti ad un unico gruppo di imprese.

Il concetto di *transfer price* è intimamente legato, dunque, alle operazioni tra soggetti che, anche quando risultano formalmente distinti e dotati di propria autonomia, sono riconducibili ad un unitario centro decisionale che ne indirizza l'operato attraverso ingerenze più o meno invasive nell'attività di gestione. In tali circostanze i contraenti subiscono forti restrizioni sia nella libertà di negoziazione del valore dello scambio, sia nella determinazione dei soggetti con cui trattare¹, e la quantificazione dei prezzi di trasferimento viene ad essere influenzata da motivazioni insite nelle logiche di gruppo più che dalle forze di mercato.

Se calati sul piano internazionale², i prezzi di trasferimento possono costituire un efficace mezzo di distorsione degli equilibri di mercato. L'apparente identità dei due concetti – prezzo

¹ Bisogna rilevare, tuttavia, come anche nell'ambito dei gruppi di società vi possono essere casi in cui le parti godono di ampia autonomia nel condurre gli affari e possono determinare il prezzo nei rapporti con le consociate alle medesime condizioni dei soggetti indipendenti. Vedi *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, par. 1.5, pag. 34.

² Vale lo stesso quando, pur non superando i confini nazionali, le entità che partecipano allo scambio godono di determinati vantaggi fiscali (vedi *infra*).

tra imprese indipendenti e prezzo tra associate – genera in capo all’una e all’altra categoria di prezzo un’uguale forza di allocazione di ricchezza tra due giurisdizioni fiscali, con la differenza che il meccanismo di formazione dei prezzi *intercompany* consente di identificare questi ultimi non come l’oggetto di un contratto di compravendita, ma come mere variazioni contabili delle poste di bilancio, cui fa seguito un concreto vantaggio in termini di minori esborsi impositivi.

In effetti, il prezzo tra associate non può essere considerato un effettivo valore di scambio proprio in quanto i beni rimangono a disposizione dello stesso soggetto (pur se multilaterale), mentre il passaggio interno determina sì la loro attribuzione ad una differente entità del gruppo, ma non la variazione del loro originario ruolo all’interno dell’organizzazione, ovvero quello di essere impiegati per produzione di prodotti finiti o servizi.

Si può facilmente comprendere, a questo punto, la necessità, avvertita a livello legislativo in tutti i paesi sviluppati o in via di sviluppo, di dotarsi di strumenti normativi per il contrasto di manovre elusive che, mediante la discrezionale quantificazione dei prezzi di trasferimento, possono portare a un indebito risparmio d’imposta per l’agglomerato di imprese nel suo complesso. Tale può essere, in effetti, il risultato di un’attenta attività di *tax planning* che consentirà di imputare la differenza tra prezzo di mercato e prezzo infragruppo nella giurisdizione a maggior pressione fiscale come minusvalenza, e nella giurisdizione a tassazione più contenuta come provento, generando un guadagno da arbitraggio fiscale.

Su questo punto risulta utile fare una piccola precisazione. La determinazione del prezzo di trasferimento è, come si può intuire, un processo fisiologico dell’attività economica dei gruppi multinazionali ed alla base di una sua determinata configurazione vi si possono trovare diverse ragioni di carattere organizzativo, economico, finanziario, strategico, ecc., che rispondono a esigenze di *corporate governance* non necessariamente attinenti al settore della fiscalità.

Tra queste possiamo ricordare la necessità della capogruppo di accentrare presso di sé gli utili per ragioni di prestigio e miglior rendimento borsistico, in risposta alle aspettative dei principali azionisti; l’implementazione di una strategia di riorganizzazione strutturale in ottica di *cost efficiency*, mediante una diversa allocazione delle risorse e delle funzioni tra i membri del gruppo; l’implementazione di una politica di motivazione e responsabilizzazione degli organi apicali delle diverse divisioni; la necessità di ridurre gli utili nei paesi ad alta instabilità politica; l’aggiramento delle norme anti-dumping e così via³.

³ Vedi Mayr S., *La rettifica dei costi e dei ricavi ex artt. 53 e 56, D.P.R. n. 597: I parte – presupposti soggettivi*, in *Boll. trib.*, 17/1975, pp. 1245-1250; *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, p. 1.4, pag. 34.

In presenza delle siffatte circostanze è fuorviante attribuire la divergenza del *transfer price* rispetto al prezzo di libera concorrenza ad un comportamento egoistico contrario allo spirito della normativa tributaria.

I *policymakers*, pertanto, dovrebbero trovare soluzioni al problema elusivo derivante da uno strumento caratterizzato da elementi di discrezionalità come lo è il *transfer price*, tenendo, tuttavia, debitamente conto delle esigenze tipiche di realtà commerciali complesse come quelle operanti a livello sovranazionale, a maggior ragione se si considera che le rettifiche di utili effettuate in attuazione della normativa sui prezzi di trasferimento possono condurre a conseguenze indesiderabili legate, *in primis*, al sorgere della doppia imposizione sui redditi.

L'Agenzia delle Entrate, conscia di questo rischio, ha notato che «i controlli riguardanti i prezzi di trasferimento, se da un lato devono essere diretti a colpire quei comportamenti suscettibili di determinare l'erosione della base imponibile, dall'altro devono tenere in adeguata considerazione il rischio di produrre fenomeni di doppia imposizione internazionale»⁴, enfatizzando l'esigenza di mirare i controlli sulle ipotesi maggiormente significative di manipolazione dei prezzi di trasferimento.

Bisogna, infine, tenere in debita considerazione che la distorsione dei prezzi di trasferimento, e il conseguente rischio di doppia imposizione, può sorgere in conseguenza di normative fiscali confliggenti e che in tal caso l'adeguamento alle regole di uno Stato comporta necessariamente il discostamento da quelle dello Stato della controparte. È evidente, pertanto, come la normativa sul *transfer pricing* debba essere coordinata con quella dei partner economici dello Stato che la predispone.

⁴ Vedi Circ. dell'Agenzia delle Entrate del 28 aprile 2016, n. 16/E.

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO INTERNAZIONALE ED EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA DOMESTICA

1.1. Il *transfer pricing* nella Convenzione Modello OCSE

Il compito di approntare una disciplina dei prezzi di trasferimento uniforme è stato storicamente affidato ad organismi sovranazionali, nella consapevolezza che questioni attinenti nello stesso momento a più Stati non potevano che essere risolte di comune accordo, cercando di conciliare l'esigenza di promuovere la cooperazione economica e il commercio internazionale con la necessità di evitare inique pressioni impositive sulle aziende che di questo commercio tra Stati si sono fatte promotrici⁵.

La normativa italiana si è storicamente ispirata, infatti, proprio ai principi e criteri di determinazione del reddito *intercompany* stabiliti da uno di questi organismi, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE). Il punto focale dei predetti principi consiste nella valutazione delle transazioni tra associate in base al cd. *arm's length principle*⁶.

Il principio si rinviene all'art. 9, comma 1, del Modello OCSE di Convenzione contro la doppia imposizione⁷ e prevede che gli Stati contraenti possano assoggettare ad imposizione gli utili

⁵ Di tale iniziativa si è incaricata la Società delle Nazioni agli inizi del primo Dopoguerra. La cornice storico-economica che ha dato la spinta ai lavori della Società delle Nazioni era caratterizzata da una forte crescita del commercio internazionale. Allo stesso tempo, la necessità di far fronte alle ingenti spese belliche ha indotto i vari Paesi a incrementare la pressione fiscale generale, e in maniera ancor più incisiva per quanto riguarda la tassazione alla fonte, con ciò generando una doppia imposizione in capo alle imprese multinazionali. Resisi conto che la penalizzazione delle attività *cross-border* avrebbe danneggiato lo sforzo degli Stati di conseguire una rapida e costante ripresa economica per poter ricostruire il Vecchio Continente, vari Paesi rappresentati nella Società delle Nazioni hanno cooperato per trovare una soluzione al sorgere della *double taxation*. In questo senso Wittendorff J., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, Olanda, 2010, pag. 84 ss. Sulla storia del *transfer pricing* a livello internazionale vedi anche Maisto G., *Il «transfer price» nel diritto tributario italiano e comparato*, CEDAM, Padova, 1985; Picciotto S., *International Business Taxation: A Study in the Internationalization of Business Regulation*, Cambridge University Press, Stati Uniti, 2013.

⁶ Il primo accenno al principio dell'*arm's length* è fatto in Carroll M.B., *Taxation of Foreign and National Enterprises*, vol. IV, Società delle Nazioni, Ginevra, 1933, un report redatto a conclusione dei lavori preparativi per la stesura del Modello di convenzione contro la doppia imposizione e l'evasione fiscale. In esso si riscontra, a grandi linee, l'idea di base che sta dietro a questo principio, ovvero che «*the foreign enterprise has dealt with each establishment at arm's length as if it were an independent enterprise*» (pag. 12).

⁷ Il testo dell'art. 9 del Modello OCSE dispone quanto segue: «*1. Where a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.*»

che sarebbero stati conseguiti se due imprese associate avessero regolato le proprie relazioni commerciali alla stregua delle medesime condizioni stabilite tra imprese indipendenti ed in circostanze simili⁸.

Se, in effetti, così non è, gli Stati dovrebbero essere posti nella condizione di poter assoggettare a tassazione gli utili di propria competenza ma che, proprio in ragione delle speciali condizioni di influenza di un'impresa sull'altra (o di una terza impresa su entrambe), vengono trasferiti nell'altro Stato contraente.

In tal modo l'art. 9 fa fronte alla primaria funzione ad esso (ed alla Convenzione in generale) affidata, ovvero quella di stabilire un criterio di demarcazione tra il potere impositivo di uno Stato contraente nei confronti dell'altro Stato, determinando quale parte dell'utile di una transazione *cross-border* sia di competenza di uno di essi e, per differenza, la parte di utile di pertinenza dell'altro Stato.

L'effettiva inclusione degli utili ai sensi del primo paragrafo determina quello che è definito «*primary adjustment*». La sua applicazione è però subordinata ad una doppia condizione definita nella norma stessa.

In primo luogo, invero, vi deve sussistere un determinato legame tra le imprese che pongono in essere l'operazione; legame che si sostanzia (i) nella partecipazione di una di esse, direttamente o indirettamente, nella gestione, controllo o capitale dell'altra impresa, o ancora (ii) nella partecipazione di un terzo soggetto, direttamente o indirettamente, nella gestione, controllo o capitale di entrambe le imprese.

Si può facilmente constatare come la condizione di «impresa associata» contiene una connotazione molto più ampia rispetto all'analogo concetto di carattere domestico. A differenza di quest'ultimo, la norma convenzionale non è limitata alle operazioni in cui un'impresa ha un certo potere di influenza sulle decisioni dell'altra, ma si spinge fino a considerare anche le

2. *Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State – and taxes accordingly – profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other».*

⁸ Il medesimo principio è contenuto, a dir la verità, anche nell'art. 7 del Modello OCSE (riguardante l'allocazione del reddito tra casa madre e stabile organizzazione), art. 11, paragrafo 6 e art. 12, paragrafo 4 (limitatamente, rispettivamente, agli interessi ed alle *royalties* in caso di «*special relationship*» tra le due imprese). In tutti i suddetti casi il valore normale è determinato facendo riferimento alle medesime condizioni stabilite tra imprese indipendenti.

relazioni in cui una delle imprese può rivendicare anche soltanto dei diritti sugli utili della seconda⁹.

Nonostante la primaria importanza di questo aspetto, l'OCSE non ha fornito indicazioni in merito al significato da dare al termine «*associated enterprises*». Considerando, pertanto, la clausola generale stabilita all'art. 3, paragrafo 2, del Modello OCSE, le parti contraenti dovrebbero riferirsi al concetto di «impresa associata» secondo i seguenti termini: «*as regards the application of the Convention (...), any term not defined therein shall (...) have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies*».

Come facilmente intuibile, differenti concetti di «impresa associata» stabiliti a livello nazionale dagli Stati contraenti possono portare al sorgere della doppia imposizione economica, e il problema è particolarmente sentito laddove le legislazioni interne contengono concezioni del termine di ampiezza diversa¹⁰.

Il problema è mitigato, è vero, dalla possibilità di definire, sempre in via pattizia, la portata da attribuire a tale concetto, delimitandone l'applicazione ai rapporti intercorsi con imprese residenti nei Paesi con i quali è in vigore tale clausola (art. 3, para 2, Modello OCSE). Come è stato sottolineato, tuttavia, le Convenzioni non possono creare o ampliare le fattispecie imponibili nell'ordinamento interno, da cui risulta che la clausola potrà derogare alla normativa domestica solo ove consenta di restringerne la portata, e mai nel caso contrario¹¹.

La seconda condizione richiesta dall'art. 9 è che i termini e le condizioni stabilite tra le imprese associate siano difformi dall'*arm's length principle*. Su questo punto il Commentario fa esplicito rinvio alle «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*» che contengono le raccomandazioni dell'OCSE relativamente alla conformità dei prezzi a quello di libera concorrenza.

⁹ In effetti, considerando il senso strettamente letterale della disposizione, potrebbero rinvenirsi imprese associate anche nel caso in cui si posseggano delle semplici azioni di risparmio.

¹⁰ È il caso, ad esempio, di un'operazione tra un'impresa e la sua partecipata della quale detiene il 20 per cento del capitale. Se in uno degli Stati è sufficiente avere una partecipazione non esigua (poniamo il 10%) e nel secondo è richiesta la maggioranza nell'Assemblea ordinaria, il primo Stato potrebbe attrarre a tassazione una parte degli utili dell'impresa controllata, mentre il secondo Stato potrebbe benissimo rifiutare la compensazione all'impresa ivi residente per mancanza del presupposto soggettivo. Vedi, per un approfondimento, Dwarkasing R.S.J., *The concept of associated enterprises*, in *Intertax*, 2013, ed. 8/9, pagg. 412-429.

¹¹ Vedi in questo senso Cordeiro Guerra R., *La disciplina del transfer price nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, pagg. 432 ss.; Tosi L., *Transfer Pricing: disciplina interna e regime convenzionale*, in *Il Fisco*, 7/2001, pagg. 2186 ss.

Come vedremo più avanti, la normativa italiana ha sempre fatto ricorso al concetto di valore normale dell'art. 9 del Testo Unico, ritenendolo sufficientemente assimilabile all'*arm's length principle*. In realtà non vi è coincidenza tra i due concetti, come sottolineato da autorevole dottrina¹², e tale condizione rischiava di creare disparità di trattamento tra imprese italiane ed estere. Di recente, però, la riforma sostanziale dell'art. 110, comma 7 ha adeguato la normativa sui prezzi di trasferimento domestica ai principi OCSE¹³.

Definito il concetto dell'*arm's length*, l'art. 9 si premura di prevedere uno strumento per eliminare la doppia imposizione qualora uno degli Stati contraenti eserciti il *primary adjustment*¹⁴. In questo caso, evidentemente, lo Stato attrae nel reddito dell'impresa residente una parte dell'utile della consociata già tassato nell'altro Stato contraente.

Per ovviare al sorgere della doppia imposizione, pertanto, il paragrafo 2 dell'art. 9 richiede al secondo Stato di effettuare le dovute rettifiche in diminuzione (cd. *corresponding adjustments*) per adeguare il reddito dell'impresa di sua giurisdizione al prezzo di libera concorrenza, determinando, in tal modo, la delimitazione della propria potestà impositiva in accordo con le previsioni della Convenzione.

Il Commentario all'art. 9 chiarisce che tale aggiustamento non deve avvenire in modo automatico per il solo fatto che l'altra impresa ha subito l'aggravio di imposta. Piuttosto, il *corresponding adjustment* è sottoposto alla previa verifica della conformità all'*arm's length* delle rettifiche operate nello Stato della controparte. In altre parole, un'impresa potrà invocare l'applicazione del paragrafo 2 solo quando lo Stato dov'è residente ritiene che la rettifica primaria è conforme al prezzo di libera concorrenza. Per converso, qualora la maggiore imposta ecceda quella che si sarebbe determinata se il principio dell'*arm's length* fosse stato applicato correttamente, nessuna rettifica è dovuta ed il paragrafo 2 dev'essere disapplicato.

È dubbio se sia necessario dimostrare che lo Stato che per primo ha effettuato la rettifica ha adoperato i principi OCSE di determinazione del prezzo di libera concorrenza, o se basti dimostrare che seguendo un approccio diverso, ritenuto dall'altro Stato conforme all'*arm's length*, si perviene al medesimo risultato. Quale che sia la risposta, il Commentario all'art. 9

¹² Vedi Maisto G., *Il «transfer price»*, cit., pagg. 93 ss.; Cordeiro Guerra R., *op. cit.*, pagg. 438-439.

¹³ Decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito con Legge 21 giugno 2017, n. 96 ed entrato in vigore il 24 giugno 2017.

¹⁴ Maisto (in *Il «transfer price»*, cit., pag. 258) ha sottolineato come in questo caso si deve parlare, più propriamente, di eccesso di imposizione in senso economico in quanto l'operazione di compravendita, considerando il Gruppo di imprese nel suo complesso, presenta effetti reddituali neutri, da cui risulta che la pretesa impositiva non è supportata da alcuna manifestazione di capacità contributiva.

chiarisce che ogni disputa concernente la determinazione della rettifica in questione, sia che riguardi il suo ammontare che la sua natura, può essere efficacemente risolta all'interno di una procedura amichevole.

Per quanto riguarda l'Italia, una sola delle Convenzioni da essa stipulate contiene una previsione simile al paragrafo 2 in commento¹⁵. Il nostro Paese, infatti, ha optato per la riserva di effettuare le rettifiche corrispondenti solo all'interno di una *mutual agreement procedure* ai sensi dell'art. 25 del Modello di Convenzione OCSE. Tuttavia, con il decreto-legge 50/2017 è stata introdotta la possibilità di ricorrere ai *corresponding adjustments* unilaterali senza necessariamente iniziare una procedura amichevole.

1.2. Cenni storici sul *transfer pricing* nel quadro legislativo italiano

La disciplina italiana riguardante i prezzi di trasferimento *intercompany* nasce su impulso dei lavori OCSE, la quale pubblica le proprie raccomandazioni sul tema in un documento denominato «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*» del 1979.

Tuttavia, già nella prima metà del secolo scorso un primo approccio al *transfer pricing* da parte del Legislatore nazionale stabiliva, all'art. 17, Legge 8 giugno 1936, n. 1231 (Conversione in legge, con modificazioni, del regio decreto-legge 24 ottobre 1935, n. 1887, concernente interpretazioni e modificazioni alle leggi sulle imposte dirette, e del regio decreto-legge 13 gennaio 1936, n. 120, concernente modificazioni ed aggiunte ad alcuni articoli del regio decreto-legge 24 ottobre 1935, n. 1887, portante interpretazioni e modificazioni alle leggi sulle imposte dirette), 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 dalle 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».

La scarsa regolamentazione limitava l'applicazione della disciplina alle sole società anonime e in accomandita per azioni per quanto riguarda il soggetto interno (mentre quello estero poteva

¹⁵ OECD, *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Italy (stage 1): Inclusive Framework on BEPS Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Parigi, 2017.

assumere la forma di società, ditta o associazione); non veniva, per di più, definito in modo chiaro il nesso di collegamento che doveva sussistere tra soggetto residente e quello non residente¹⁶. L'unica spiegazione al riguardo era contenuta nella circolare ministeriale del 28 giugno 1937, n. 6200, che attribuiva alle parole «per conto» il significato di «nell'interesse di»¹⁷, stabilendo quindi un nesso di dipendenza economica tra i due soggetti.

Sul piano pratico la disposizione era limitata anche dal fatto che la rettifica riguardava le sole voci di costo, senza considerare né i ricavi né tutte le altre poste di bilancio che possono scaturire da rapporti con terzi e che possono costituire mezzo di trasferimento di materia imponibile all'estero.

La disposizione venne in seguito trasposta all'art. 113, D.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645 (testo unico delle imposte dirette), il quale 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».

La nuova disposizione era caratterizzata, rispetto a quella passata, da un ambito soggettivo interno più esteso, non limitato a particolari forme giuridiche dell'impresa. La norma copriva, pertanto, le operazioni poste in essere da tutti i soggetti esercenti attività d'impresa per conto di società, ditte e associazioni estere, e non solo le società per azioni e in accomandita per azioni.

Secondo dottrina, l'ampliamento dello spettro di applicazione della normativa, derivante dalla mancata trasposizione della parola «indebitamente» nella nuova configurazione, ha circondato la disciplina di una minore obiettività e determinatezza nella scelta delle operazioni che ricadono sotto la disposizione riguardante il *transfer pricing*¹⁸. Tale conclusione si basava sul presupposto che la parola «maggiorazione», contenuta nel previgente testo, doveva automaticamente riflettersi su quello che è il «valore normale» dell'operazione, effettuando una scrematura delle transazioni che rientrano sotto la lente del citato art. 113. In realtà, il

¹⁶ Cfr. Maisto G., *Il «transfer price»*, cit., pagg. 41-42; Sozza G., *La fiscalità internazionale*, 2 ed., Edizioni Fag, Milano, 2010, pag. 263; Fantozzi A., *La determinazione del reddito imponibile nei rapporti tra società italiane e collegate all'estero*, in *Riv. not.*, 1979, pagg. 790 ss.

¹⁷ Cfr. Mayr. S., *op. cit.*, pag. 1245, Fantozzi A., *op. cit.*, pag. 805.

¹⁸ Cfr. Fantozzi A., *op. cit.*, pag. 795.

riferimento alla «maggiorazione» dei prezzi di prodotti acquistati da soggetti esteri costituiva una mera formula di stile, data la mancanza di qualunque indicazione rispetto al metodo per la determinazione del prezzo adeguato (che in assenza di chiarimenti si doveva ritenere quello normalmente praticato dal venditore¹⁹).

L'ampliamento del presupposto soggettivo non è stato accompagnato da un corrispondente ampliamento di quello oggettivo. Il testo del nuovo art. 113, come quello dell'art. 17, Legge 1231/36, lasciava fuori dal proprio ambito di applicazione la diminuzione dei ricavi, generando un evidente limite nella capacità dello Stato di combattere i fenomeni elusivi.

A tali carenze il Legislatore del 1973 faceva fronte con la nuova disciplina dei prezzi di trasferimento. La riforma, avvenuta in un contesto di maggior apertura dell'Italia ai mercati internazionali, trattava il *transfer pricing* agli artt. 53, ult. comma, lett. b), e 56, comma 2, D.P.R. 597/73 con riguardo, rispettivamente, alle voci di ricavo e a quelle di costo. La normativa era configurata in modo da rispondere ai due modi in cui può manifestarsi una politica di manipolazione dei prezzi di trasferimento, ovvero mediante la diminuzione dei ricavi e l'aumento dei costi del soggetto italiano²⁰.

L'art. 53, u.c., lett. b) ricomprendeva 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». Dal canto suo, l'art. 56, comma 2 disponeva che «il costo di acquisizione dei beni ceduti e dei servizi prestati dalle società, indicate alla lettera b) del quinto comma dell'articolo 53, è diminuito dell'eventuale eccedenza rispetto al valore normale. La disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società, non aventi nel territorio dello Stato né la sede legale o amministrativa né l'oggetto principale per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti».

In merito al presupposto oggettivo, la nuova normativa si differenzia dalle versioni precedenti per il fatto che caratterizza come anomalo il *transfer price* che si discosta dal «valore normale»,

¹⁹ Cfr. Musselli A, Musselli A.C., *Transfer pricing: i prezzi di trasferimento internazionali, fiscalità italiana e dei Paesi OCSE e documentazione di supporto*, Gruppo24Ore, Milano, 2011, pag. 56.

²⁰ Cfr. Mayr S., *op. cit.*, pag. 1246.

definito ai sensi dell'art. 9, terzo comma, D.P.R. 597/73²¹, valore che ricordava per certi versi il principio dell'*arm's length* vigente a livello internazionale.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo, l'art. 53 ricomprendeva nei soggetti domestici tutti quelli svolgenti attività di impresa, ma stabiliva il nesso di collegamento tra questi ed il soggetto estero nella nozione di controllo. Il diritto tributario interno non disponeva all'epoca di una norma al riguardo, perciò si doveva ricorrere a quella stabilita in generale dall'art. 2359 cod. civ.²². Questo, considerando il riferimento del suddetto articolo ad «azioni o quote» nelle lett. a) e c), e all'«influenza dominante» nella lett. b), portava a restringere la platea dei destinatari alle sole società per azioni e a responsabilità limitata nei casi di cui alle lett. a) e c) e a tutti gli altri tipi di società (comprese quelle di persone) nelle fattispecie della lett. b), escludendo allo stesso tempo tutti gli altri tipi di enti²³. Da notare che l'aderenza a tale impostazione del concetto di controllo significava escludere dall'assoggettamento alla normativa tutte quelle fattispecie giuridiche, tra cui anche le stabili organizzazioni di società estere, dove il potere di influenza è massimo²⁴.

Per le transazioni che generano in capo all'impresa italiana componenti negativi di reddito l'art. 56 stabilisce i medesimi presupposti soggettivi, facendo esplicito rinvio a quelli espressi nell'art. 53²⁵. Tuttavia, esclusivamente per i componenti negativi che scaturivano da rapporti con società, non residenti del 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, il presupposto era esteso a tutti i soggetti, comprese le imprese individuali, in quanto

²¹ Esso qualifica come valore normale «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 di borsa, tenendo conto degli sconti d'uso».

²² In virtù dell'art. 2359 cod. civ. vigente all'epoca, si considerano controllate:

- a) le società in cui un'altra società, in virtù delle azioni o quote possedute, dispone della maggioranza richiesta per la votazione nell'assemblea ordinaria;
- b) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù delle azioni o quote da questa possedute o di particolari vincoli contrattuali con essa;
- c) le società controllate da un'altra società mediante le azioni o quote possedute da società controllate da questa.

²³ Cfr. Mayr S., *op. cit.*, pag. 1248; di diverso avviso, invece, Fantozzi A., *op. cit.*, pagg. 800-801, per il quale l'impiego, nella disciplina italiana sul *transfer pricing*, del termine «società» per definire il soggetto estero e del termine «impresa» per definire quello interno indica l'intenzione del legislatore di ricomprendere nel soggetto domestico non soltanto gli enti societari, ma anche le società di persone, le imprese individuali e le stabili organizzazioni.

²⁴ Cfr. Cordeiro Guerra R., *op. cit.*, pag. 435.

²⁵ Cfr. Mayr S., *op. cit.*, pag. 1247.

limitatamente a questo ambito operava la nozione di «soggezione economica», non valendo quanto sopra detto a proposito del controllo *ex art.* 2359 cod. civ.²⁶.

Detto altrimenti, sembrava che il complessivo impianto normativo fosse caratterizzato da questa incoerenza: il medesimo risultato – lo spostamento di proventi imponibili all'estero tramite operazioni con imprese associate – poteva essere realizzato da una determinata platea di soggetti mediante la diminuzione dei ricavi ma non anche tramite l'incremento dei costi, pena sottoposizione ad attività di verifica e controllo da parte dell'amministrazione fiscale.

La letterale applicazione del requisito richiesto all'ente estero, che stando al testo della disposizione doveva assumere la forma giuridica di «società», in combinazione a quanto appena detto in merito al soggetto interno, significava limitare alquanto la portata applicativa della disciplina.

Sul punto è pertanto intervenuto il Min. Finanze, che con Circolare 22 settembre 1980, n. 32/9/2267 ha smentito l'orientamento dottrinale appena menzionato, chiarendo che il riferimento al concetto di «impresa» va inteso in senso ampio, come definito dall'art. 2082 cod. civ., quando invece un'interpretazione letterale della disposizione avrebbe escluso dall'ambito applicativo sia le imprese individuali che le stabili organizzazioni in Italia di società estere. Per quanto riguarda il soggetto estero, una interpretazione riduttiva e testuale della norma era pure da escludere, dovendosi piuttosto fare riferimento ad «ogni sorta di organismi societari giuridicamente riconosciuti nello Stato estero anche se difettano del requisito della plurisoggettività», incluse le stabili organizzazioni non localizzate in Italia di società estere.

La Circolare proseguiva chiarendo che per quanto attiene alla nozione di controllo, qualora la si volesse agganciare a quella definita all'art. 2359 cod. civ. il risultato sarebbe un'ingiustificata restrizione del raggio d'azione della normativa sui prezzi di trasferimento e una violazione del principio di neutralità cui devono ispirarsi le leggi fiscali. Pertanto, il concetto di dipendenza andava ricercato nel più generale potere di influenza di una parte sull'altra, impostazione di cui quello che si riscontra all'art. 2359 cod. civ. è soltanto un sottoinsieme.

Integrando la normativa con i chiarimenti forniti dall'amministrazione finanziaria, la riforma restava ancora caratterizzata dalla portata limitata della nozione di controllo, operando questa in maniera unidirezionale. Ad esservi ricomprese, infatti, erano solo quelle fattispecie dove è l'impresa italiana ad essere sottoposta al controllo di quella estera e non viceversa, con ciò violando il principio di non discriminazione stabilito nei vari trattati contro la doppia

²⁶ *Ivi*, pag. 1250.

imposizione stipulati dall'Italia²⁷ e basati sull'art. 24 del Modello di Convenzione contro la doppia imposizione dell'OCSE.

Per ovviare a questa incongruenza e per recepire il recente orientamento ministeriale, tramite il D.P.R. 897/1980 vengono soppressi gli artt. 53, comma 5, lett. b) e 56, secondo comma del D.P.R. 597/73 e la normativa sui prezzi di trasferimento viene trasferita all'art. 75 dello stesso decreto. La novella dispone che «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 disposizione così formulata era applicabile non soltanto ai costi e ai ricavi, ma a qualunque posta di bilancio, positiva o negativa che sia, suscettibile di diminuire il reddito della controparte italiana. Inoltre, i rapporti regolati dalla norma riguardavano tutti i soggetti collegati, indipendentemente da chi fosse in posizione di controllo, con il limite però che si tratti di operazioni transfrontaliere.

Il generico riferimento dell'art. 75 ai «soggetti non residenti» stava ad indicare che la norma andava applicata qualunque fosse la forma giuridica assunta dalla controparte estera. Quando, però, con la successiva riforma della disciplina, ad opera dell'art. 76 del D.P.R. 917/1986, venne sostituita la parola «soggetti» con «società» e il riferimento alla «influenza dominante» abbandonato a favore della nozione di «controllo»²⁸, ci si è chiesti se il Legislatore avesse voluto fare un passo indietro, limitando la riconduzione della controparte estera alla nozione

²⁷ A titolo di esempio, l'art. 25, comma 4, della Convenzione contro la doppia imposizione tra la Repubblica Italiana e la Svizzera del 1979 dispone che «le imprese di uno Stato contraente, il cui capitale è, in tutto o in parte, direttamente o indirettamente, posseduto o controllato da uno o più residenti dell'altro Stato contraente, non sono assoggettati nel primo Stato contraente ad alcuna imposizione od obbligo ad essa relativo, diversi o più onerosi di quelli cui sono o potranno essere assoggettate le altre imprese della stessa natura del primo Stato».

²⁸ Queste modifiche sono dovute all'adozione del nuovo Testo Unico, D.P.R. 917/86, in cui i prezzi di trasferimento vengono disciplinati all'art. 76, quinto comma, che così recitava nella sua formulazione originaria: «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».

L'art. 1 del D.L. 27 aprile 1990, n. 90 riformula la disposizione per ricomprendervi anche le operazioni in cui il soggetto controllante è un'impresa residente in Italia.

italiana di società²⁹ e riportando il nesso di collegamento alla nozione di controllo già emersa in dottrina prima della circolare 32/1980.

Un orientamento contrario a questa ipotesi va forse individuato nel fatto che mentre l'art. 76, comma 7-bis, del TUIR in merito ai rapporti con società residenti in paradisi fiscali fa espresso richiamo dell'art. 2359 cod. civ., la mancanza del medesimo riferimento nel quinto comma dello stesso articolo denota la volontà del legislatore di conformarsi alla posizione emersa in capo al Ministero delle Finanze nella menzionata Circolare del 1980³⁰.

Un'importante innovazione dell'art. 76, comma 5 del D.P.R. 917/86, quella della possibilità di rettifica in diminuzione del reddito, venne introdotta allo scopo di adeguare la normativa italiana ai principi internazionali di divieto di discriminazione tra persona residente e non residente. Tale possibilità era prevista, come specifica la norma, solamente «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 il D.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 la normativa sul *transfer pricing* venne spostata all'art. 100, comma 7, del D.P.R. 917/86, con la seguente disposizione: «I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva 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 disposizione, che non si discostava da quella previgente dell'art. 76 del TUIR nella sua ultima formulazione, rimase immutata fino alla recente modifica introdotta con il decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito in Legge 21 giugno 2017, n. 96, con cui si vollero importare a

²⁹ Cfr. Mayr S., Benedetto S., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA, Milano, 2016, pagg. 368 ss.

³⁰ Cfr. Pozzo A., *Sui presupposti per l'applicazione della normativa «transfer pricing»*, in *Dir. prat. trib.* III 1997, pag. 687. Dello stesso avviso anche Maisto G., *op. cit.*, pag. 66.

livello normativo interno i principi riconosciuti dall'OCSE e le *best practices* raccomandate nel *BEPS Action 14 Minimum Standard*. La riforma si è tradotta in una nuova definizione di «valore normale» e nel nuovo meccanismo di rettifica in diminuzione del reddito, introdotto con l'art. 31-quater, D.P.R. 600/73, al quale il comma 7 dell'art. 110 del TUIR fa esplicito rinvio.

Nelle pagine seguenti verrà analizzata la normativa dei prezzi di trasferimento nella sua più recente configurazione.

CAPITOLO II

NORMATIVA VIGENTE SUI PREZZI DI TRASFERIMENTO

2.1. Premessa

Il primo periodo dell'art. 110, comma 7, TUIR novellato prevede che «i componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili, se ne deriva un aumento del reddito».

Come già anticipato, la novità principale della riforma, che nelle intenzioni del Governo – come si legge nella relazione illustrativa al decreto – «ha lo scopo di adeguare la terminologia della disciplina domestica in materia di prezzi di trasferimento alle più recenti indicazioni emerse in sede OCSE anche nell'ambito dei lavori del progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)»³¹, consiste nella sostituzione del metodo di quantificazione del «valore normale», che non deve più avvenire in base al disposto dell'art. 9 del TUIR ma tenendo conto delle condizioni e dei prezzi «che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza ed in circostanze simili» a quelle caratterizzanti l'operazione in verifica.

Da un primo sguardo alla disposizione emerge come la stessa si ponga quale norma speciale, derogando al principio stabilito all'art. 85, comma 1, lett. a), TUIR in quanto, contrariamente alla previsione ivi contenuta, la norma in commento assegna il potere di rappresentare la capacità contributiva non ai corrispettivi delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi concordati dal contribuente, bensì ad una stima del valore al quale dette operazioni sarebbero state condotte, fin dall'inizio, con operatori indipendenti. Pertanto, qualora dal bilancio d'esercizio risulti diversamente, il reddito contabile dovrà subire adeguati aggiustamenti per tener conto del valore corrente delle transazioni controllate³².

³¹ Relazione tecnica al decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50.

³² Cfr. Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 13 luglio 2012, n. 11949, che asserisce come «la norma succitata [art. 110, comma 7, TUIR] costituisce, difatti, una deroga al principio per cui, nel sistema di imposizione sul reddito, questo viene determinato sulla base dei corrispettivi pattuiti dalle parti della singola transazione commerciale» e che, pertanto, «i corrispettivi medesimi sono (...) sostituiti, per volontà di legge, dal "valore normale" dei beni o dei servizi oggetto dello scambio, qualora tale sostituzione ricada, in concreto, a vantaggio del Fisco italiano». Analogamente Carpentieri L., *Valore normale e transfer pricing "interno" ovvero alla ricerca dell'arma accertativa perduta*, in *Riv. dir. trib.*, 9/2013, per la quale la disposizione «ha natura di norma derogatoria rispetto ad una determinazione del reddito ordinariamente basata sui corrispettivi» (pag. 450).

La rettifica dovrà essere operata, come menzionato, solo quando determina un aumento del reddito imponibile, atteso che nel caso opposto la stessa sarà consentita solo previo espletamento di una delle speciali procedure previste dall'art. 31-*quater*, D.P.R. 600/1973 richiamato nella seconda parte del primo periodo della disposizione sui prezzi di trasferimento³³.

Tale scelta legislativa si spiega con la considerazione che l'automatismo che contraddistingue le rettifiche in aumento, e la conseguente doppia imposizione che ne scaturisce, sono controbilanciate dall'attivazione del contribuente nel richiedere il rimborso alle autorità competenti dello Stato di residenza della controparte; qualora, invece, lo stesso automatismo fosse previsto per le rettifiche in diminuzione, si genererebbe una doppia non-imposizione che il contribuente non avrebbe alcun incentivo a disinnescare³⁴.

Il secondo periodo del comma 7, dell'art. 110 del TUIR demanda al Ministero dell'economia e delle finanze l'elaborazione di nuove linee guida per l'applicazione della disposizione, in sostituzione di quelle previste nella circolare 32/9/2267 del 1980. L'obiettivo è ovviamente quello di guidare gli operatori nell'applicazione delle disposizioni tenendo conto dei nuovi orientamenti emersi in ambito nazionale ed internazionale, nonché di quelli emersi in dottrina e giurisprudenza.

Il Ministero dell'economia e delle finanze vi ha provveduto pubblicando le nuove linee guida in data 14 maggio 2018. Le pagine che seguono saranno dunque dedicate alla discussione della disciplina nazionale dei prezzi di trasferimento concentrandosi, in particolare, sulla natura dell'art. 100, comma 7, TUIR e sui presupposti applicativi, mentre alla discussione circa le modalità di rettifica in diminuzione di reddito, come emerge dal combinato disposto degli artt. 110, comma 7, D.P.R. 917/1986 e 31-*quater*, D.P.R. 600/1973 verrà dedicato un successivo capitolo.

2.2. Natura e funzione dell'art. 110, comma 7, TUIR

Prima di addentrarci nella disquisizione degli aspetti prettamente procedurali che connotano la materia del *transfer pricing*, bisogna interrogarsi su alcuni aspetti che aiutano a inquadrare

³³ Dopo aver chiarito che i componenti del reddito con associate devono essere valutate in base al valore di libera concorrenza, viene disposto che «la medesima disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, secondo le modalità e alle condizioni di cui all'articolo 31-*quater* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600».

³⁴ Cfr. Tosi L., *op. cit.*, pag. 2185.

meglio la disciplina; uno di questi aspetti, di cui molto si è discusso in dottrina³⁵, riguarda la natura della disposizione sui prezzi di trasferimento *intercompany*.

Bisogna premettere che la disposizione rileva da un punto di vista meramente fiscale e, come sottolinea la Cassazione, che la stessa «non contiene per nulla una presunzione (sia pure legale; quand'anche *iuris tantum*, comunque questa suscettibile di prova contraria) di percezione di un corrispettivo diverso da quello convenuto perché, semplicemente, detta l'unico criterio legale da adottare per la valutazione reddituale della particolare operazione economica, a prescindere, quindi, dal corrispettivo effettivamente pattuito e, di conseguenza, con assoluta irrilevanza delle concrete ragioni economiche per le quali lo stesso è stato fissato dai contraenti in misura minore»³⁶.

Partendo da questa statuizione possiamo fare una prima osservazione, ovvero che, contrariamente a quanto da taluni affermato³⁷, la norma non viene ad essere qualificata alla stregua di una presunzione, tantomeno assoluta³⁸; la disposizione, infatti, si limita a stabilire che ai fini delle imposte sul reddito le operazioni infragruppo devono essere valutate al prezzo di libera concorrenza e che, qualora le stesse non fossero già state contabilizzate al valore corrente, opportuni aggiustamenti devono essere apportati al reddito civilistico per tener conto del predetto valore, l'unico ammissibile nella predisposizione della dichiarazione fiscale.

La norma esplica così la propria natura sostanziale, rivolgendosi *in primis* al contribuente perché questi consideri, ai fini delle imposte sul reddito, il prezzo di libera concorrenza piuttosto che quello effettivamente convenuto nel valorizzare le operazioni con imprese affiliate. Questo, si badi bene, a prescindere dall'attività di verifica portata avanti dall'amministrazione

³⁵ Sulla natura del *transfer pricing* vedi Della Valle E., *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in *Riv. dir. trib.* I, 2009, pagg. 133 ss.; Leo M., D'Alessio G. (a cura di), *Le imposte sui redditi nel Testo unico: Tomo 2*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pagg. 1983 ss.; Cordeiro Guerra R., *op. cit.*, pagg. 421; Tosi L., *op. cit.*, pagg. 2184 ss.; Monti A., *Le implicazioni sanzionatorie penali in materia di transfer pricing*, in *Dir. trib. int.*, Gennaio-Febbraio 2004, pagg. 37 ss.; Peirola M., *Ancora in tema di transfer pricing «interno»: limiti all'utilizzo del valore normale nei rapporti infragruppo tra società residenti*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, pagg. 1006 ss.

³⁶ Così Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 31 marzo 2011, n. 7343.

³⁷ La disposizione sui prezzi di trasferimento costituisce presunzione assoluta per Leo M., D'Alessio G. (a cura di), *Le imposte sui redditi, cit.*, pag. 2024. Miraulo A., *Doppia imposizione internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, pag. 339 fa leva su quanto sostenuto nella Circ. 22 settembre 1980, n. 32, giungendo alla medesima conclusione in ordine alla natura di presunzione assoluta della disciplina sui prezzi di trasferimento.

³⁸ È di tipo presuntivo, per contro, «il ragionamento che ha indotto il legislatore ad introdurla nell'ordinamento, nel senso, cioè e più precisamente, che in presenza di operazioni con imprese estere collegate si è ritenuto estremamente probabile una determinazione del corrispettivo operata in funzione dell'interesse fiscale dei contraenti» (così Cordeiro Guerra R., *op. cit.*, pag. 429).

finanziaria, che sarà soltanto eventuale e condizionata all'inerzia del contribuente nell'adeguarsi alla norma³⁹.

La disposizione, perciò, si limita a dettare un obbligo a carico del contribuente e non dispone ulteriori modalità di applicazione dell'imposta sul reddito, né prevede alcun potere speciale di accertamento in capo all'autorità fiscale⁴⁰. Evidentemente, qualora il contribuente non dovesse adempiere all'obbligo a lui imposto dalla disposizione in commento, l'amministrazione fiscale gli si dovrà sostituire apportando le rettifiche necessarie per adeguare il reddito imponibile dello stesso ai dettami dell'art. 110, comma 7, TUIR.

Il legislatore, pertanto, è ben consapevole che nell'ambito delle operazioni tra imprese associate gli interessi del gruppo possono prevalere su quelli delle imprese contraenti singolarmente considerate e che, dunque, il corrispettivo concordato non necessariamente rifletterà il valore a cui la stessa operazione sarebbe stata condotta tra parti indipendenti. A fronte di tale rischio e in chiave antielusiva, la disposizione dell'art. 110, comma 7, TUIR richiede di valutare *at arm's length* non già le operazioni tra associate in sé, quanto il valore con il quale queste operazioni contribuiscono a formare il reddito imponibile.

Questo vuol dire che un prezzo diverso da quello di mercato sarà considerato lecito e che il bilancio civilistico che sia espressione, tra le altre, anche delle operazioni tra associate a valore diverso da quello normale sarà idoneo a rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio (art. 2423 cod. civ.), ma l'utile civilistico ivi rappresentato dovrà subire gli aggiustamenti necessari prima di poter rappresentare il reddito imponibile.

Quanto appena detto è stato, fino a tempi recenti, la base per attribuire alla norma *de qua* valenza antielusiva, la cui finalità consisteva nell'impedire che il centro unitario di interessi a cui le imprese sono riferite possa ponderare opportunamente i prezzi delle transazioni infragruppo, imputando diversi livelli di costi e ricavi all'una o all'altra impresa in ragione della diversa pressione fiscale delle giurisdizioni dove le stesse risiedono, allo scopo di minimizzare il carico fiscale di gruppo⁴¹.

³⁹ Vedi Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 31 marzo 2011, n. 7343.

⁴⁰ Vedi Beghin M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, CEDAM, Padova, 2013, pagg. 425-426; Monti A., *op. cit.*, pag. 37. Per Carpentieri L., *op. cit.*, pag. 450, la norma *de qua* «opera non su un piano accertativo, ma su un piano sostanziale, cioè già in sede di determinazione del reddito d'impresa; essa, dunque, è rivolta e dev'essere applicata dallo stesso contribuente».

⁴¹ In questi termini si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità, individuando nella disciplina sui prezzi di trasferimento una «clausola antielusiva (...) finalizzata ad evitare che all'interno del gruppo di società vengano

In questo senso si è mossa anche l'Agenzia delle Entrate, la quale richiedeva ai propri uffici di indirizzare l'attività di controllo «sulle ipotesi più significative di manipolazione dei prezzi di trasferimento e, in particolar modo, su quelle che portano alla delocalizzazione di redditi imponibili in Stati o territori che applicano un regime impositivo più favorevole»⁴².

Era escluso, per contro, e lo è tutt'ora, che la natura della normativa fosse di carattere anti-evasivo. Non lo è per una ragione molto semplice, ovvero che il prezzo convenuto è anche quello che le parti hanno effettivamente inteso applicare allo scambio di beni e servizi operato; è, in altre parole, il corrispettivo *effettivo* della transazione tra le imprese associate⁴³.

Se, come abbiamo detto, la normativa in esame era impregnata di un'inequivocabile funzione ostruttiva delle condotte elusive e condivideva nei tratti la finalità assegnata (ad un raggio ben più ampio) all'art. 10-bis della Legge 212/2000, le due disposizioni secondo alcuni non potevano comunque condividere la medesima sostanza⁴⁴, con la conseguenza che alle fattispecie governate dall'art. 110, comma 7, TUIR non avrebbe potuto essere applicata la disciplina propria dell'abuso del diritto⁴⁵. Da una conclusione contraria, infatti, deriverebbero determinati effetti per il soggetto che applica nei rapporti infragruppo prezzi difformi da quelli correnti.

effettuati trasferimenti di utili mediante l'applicazione di prezzi inferiori o superiori al valore normale dei beni ceduti, al fine di sottrarli all'imposizione fiscale in Italia a favore di tassazioni estere inferiori» (così Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 13 luglio 2012, n. 11949); propendono per la natura antielusiva della norma anche Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 13 ottobre 2006, n. 22023; Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 16 maggio 2007, n. 11226; Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 22 aprile 2016, n. 8130.

⁴² Agenzia delle Entrate, Circolare 28 aprile 2016, n. 16/E.

⁴³ Non è difficile intuire, del resto, che la riferibilità delle controparti al medesimo centro decisionale possa agevolare le operazioni *stricto sensu* evasive (simulazioni, operazioni inesistenti, sovrapproduzione, ecc.), ma non è questo il comportamento che la norma in commento intende contrastare. Vedi Della Valle E., *op. cit.*, pag. 140; Tosi L., *op. cit.*, pag. 2184.

⁴⁴ In questo ordine di idee anche Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 30 giugno 2016, n. 13387 la quale, riferendosi alla ripartizione dell'onere della prova tra Amministrazione e contribuente, ritiene superfluo che l'Amministrazione finanziaria «fornisca la prova che l'operazione infragruppo sia priva di una valida giustificazione economica ed abbia comportato un concreto risparmio d'imposta, trattandosi di presupposti costitutivi della fattispecie generale di operazione antielusiva disciplinata dall'art. 37-bis D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 [ora art. 10-bis, D.P.R. 600/1973], presupposti non richiesti nel caso in cui venga contestata la violazione della regola (...) di cui all'art. 110 comma 7 D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917».

⁴⁵ Non lo è, secondo Della Valle E., *op. cit.*, pag. 140, perché per l'art. 10-bis dello Statuto dei contribuenti la condotta vietata è l'aggiramento di determinate norme o l'uso distorto degli strumenti giuridici, pur se il comportamento adottato non risulti in contrasto con alcuna specifica disposizione normativa. Le questioni che vertono attorno al *transfer pricing*, dal canto loro, consisterebbero nella diretta violazione dell'art. 110, comma 7, TUIR.

Anche per la Corte di Cassazione, Sentenza 18 settembre 2015, n. 18392, la disposizione sui prezzi di trasferimento infragruppo non costituisce una disciplina antielusiva in senso proprio, in quanto «rivolta a reprimere il fenomeno economico in sé» ed è, perciò, «applicabile anche in difetto di prova da parte dell'amministrazione finanziaria del conseguimento di un concreto vantaggio fiscale da parte del contribuente». Vedi in senso analogo anche Beghin M., *op. cit.*, pag. 425.

Uno di questi effetti sarebbe la possibilità di richiedere all'amministrazione finanziaria la disapplicazione nel proprio caso dell'art. 110, comma 7 del TUIR, sul presupposto che le manovre sui prezzi di trasferimento hanno valide ragioni extrafiscali^{46 47}. Secondo la normativa italiana, invece, il contribuente ha soltanto la possibilità di definire, di comune accordo con l'Agenzia delle Entrate, i criteri di determinazione dei prezzi infragruppo (vedi *infra*), giammai quella di chiedere di esimersi dal valutare a condizioni di libera concorrenza i prezzi di trasferimento.

Del pari il contribuente non potrà addurre che, nella particolare fattispecie prospettata, gli effetti elusivi non possono verificarsi (art. 11, comma 2, legge 212/2000) al fine di far accettare al Fisco i prezzi di trasferimento *intercompany* così come definiti dalle controparti. Per la disposizione in commento, infatti, è irrilevante l'effettivo risparmio fiscale⁴⁸, in quanto l'unica fattispecie presa in considerazione è la diminuzione del reddito imponibile del soggetto residente mediante la manipolazione dei prezzi⁴⁹.

È oramai consolidato, infatti, il filone interpretativo secondo cui in materia di *transfer price* l'effettiva ottimizzazione fiscale è irrilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 110, comma 7, TUIR. Sullo specifico punto, la Cassazione (sentenza 18 settembre 2015, n. 18392) ha già avuto modo di precisare che la disposizione sui prezzi di trasferimento «non prevede che l'amministrazione finanziaria debba provare quello della maggiore fiscalità nazionale ed è perciò applicabile anche in difetto di prova da parte dell'amministrazione finanziaria del conseguimento di un concreto vantaggio fiscale da parte del contribuente»⁵⁰.

⁴⁶ Cfr. Della Valle E., *op. cit.*, pag. 141.

⁴⁷ Le manovre sui prezzi di trasferimento, infatti, possono «essere motivate (come sovente accade) da ragioni di matrice extrafiscale, quali, ad esempio, l'obiettivo di abbassare gli utili prodotti in Paesi ad alta instabilità politica, di aggirare le normative anti-dumping, di penetrare nuovi mercati, di contenere i rischi di cambio, di avvalersi di ordinamenti che tutelano il segreto bancario e via enumerando» (così Ballancin A., *La disciplina italiana del transfer price tra onere della prova, giudizi di fatto e l'(in)esistenza di obblighi documentali*, in *Rass. trib.*, 6/2006, pag. 1986).

⁴⁸ Mi riferisco, evidentemente, al risparmio fiscale di gruppo in quanto la norma, nell'imporre la rettifica quando dall'applicazione del valore di mercato «deriva un aumento del reddito», presuppone implicitamente che, quantomeno in capo al soggetto residente, detto risparmio di imposte si sarebbe necessariamente verificato.

⁴⁹ Secondo alcune pronunce della Cassazione, erroneamente, il fisco dovrebbe prima accertare l'effettiva inferiore tassazione nel Paese di destinazione degli utili e, solo ove questa verifica dia esito positivo, confrontare i prezzi di trasferimento con quelli a valore normale (vedi, in questo senso, Cass. n. 22023/2006, Cass. n. 11226/2007). Premesso che questa statuizione risulta errata in primo luogo perché non è affatto necessario che il Paese di destinazione degli utili abbia una tassazione più bassa per poter conseguire una riduzione del carico impositivo (si pensi, a titolo di esempio, allo spostamento di proventi verso società con perdite pregresse), nella disposizione dell'art. 110, comma 7 del TUIR non vi è comunque traccia di una tale previsione più gravosa; pertanto, la normativa italiana troverà applicazione anche quando gli utili vengano canalizzati verso giurisdizioni caratterizzate da una pressione fiscale più alta.

⁵⁰ Per una disamina di questo aspetto si faccia riferimento anche alla Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 8 maggio 2013, n. 10739, la quale asserisce che «la disciplina italiana del *transfer pricing* (...) prescinde dalla dimostrazione di

Col tempo alla normativa è stata assegnata una funzione diversa da quella di mera disposizione antielusiva, con ciò assecondando anche quella che è la posizione dell'OCSE nel merito, che così ha detto a proposito della politica dei prezzi di trasferimento:

*«When transfer pricing does not reflect market forces and the arm's length principle, the tax liabilities of the associated enterprises and **the tax revenues of the host countries could be distorted**. Therefore, OECD member countries have agreed that for tax purposes the profits of associated enterprises may be adjusted as necessary to correct any such distortions and thereby ensure that the arm's length principle is satisfied»⁵¹.*

In virtù della nuova sensibilità nei confronti delle politiche di *transfer pricing*, la giurisprudenza di legittimità ha, in un primo momento, ritenuto di dover confermare la finalità antielusiva della disciplina sui prezzi di trasferimento, specificando però che la suddetta *ratio* non esaurisce gli obiettivi dello strumento, giacché «la disciplina del *transfer price* o *transfer pricing* è anzitutto funzionale alla corretta allocazione tra gli Stati, anche a fiscalità equivalente, delle basi imponibili generate a livello transfrontaliero»⁵².

L'orientamento giurisprudenziale ha, poi, subito un'ulteriore evoluzione, in questo caso allontanandosi ancora di più dalla *ratio* antielusiva in favore di una più stretta aderenza al principio di libera concorrenza elaborato dall'OCSE. Dichiarano, infatti, gli Ermellini che «la normativa in esame non integra una disciplina antielusiva in senso proprio, ma è finalizzata alla repressione del fenomeno economico del *transfer pricing* (...) in sé considerato» e che, dunque, «la *ratio* della normativa in esame va rinvenuta nel principio di libera concorrenza enunciato nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, il quale prevede la possibilità di sottoporre a

una più elevata fiscalità nazionale» e ancora che «tra gli elementi costitutivi della fattispecie repressiva del *transfer pricing* di cui dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 917 del 1986, articolo 76, comma 5 [vigente *ratione temporis*], non si rinviene quello della maggiore fiscalità nazionale». Si veda, inoltre, Borgoglio A., *Il transfer pricing non richiede la dimostrazione del Fisco della maggiore tassazione italiana*, commento a Cass. Civ., Sez. trib., Sentenza 3 maggio 2017, n. 21410, in *Il Fisco*, 41/2017, pag. 3966.

⁵¹ *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Capitolo 1, para 1.3.

⁵² Vedi Cass. Civile, Sez. Trib., Sent. 5 agosto 2015, n. 16399. Nello stesso senso si veda anche Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 17 luglio 2015, n. 15005, che pur confermando la funzione antielusiva, assegna ad essa un'importanza marginale rispetto a quella dell'equa ripartizione dell'imponibile tra Stati. Nella sentenza da ultimo menzionata si rinviene quanto segue: «le manovre sui prezzi di trasferimento applicati nelle operazioni tra parti legate da rapporti di controllo societario vengono dunque perseguite, a livello internazionale, non tanto perché rivolte al conseguimento di un indebito risparmio fiscale (pur ottenibile attraverso le stesse), quanto perché distorcono la corretta allocazione tra gli Stati delle basi imponibili generate dagli scambi transfrontalieri», e questo perché «le manovre sui prezzi di trasferimento infragruppo possono essere motivate anche da ragioni diverse da quella del vantaggio fiscale (...)».

tassazione gli utili derivanti da operazioni infragruppo che siano state regolate da condizioni diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti in transazioni comparabili effettuate sul libero mercato»⁵³.

Aderendo a questa conformazione della *ratio* normativa si vuole, in definitiva, attribuire alla disposizione dell'art. 110, comma 7, TUIR il compito di sostituire al valore soggettivo concordato tra i contraenti-associati quel valore oggettivo, rispettoso delle logiche di mercato, che solo il prezzo normalizzato di libera concorrenza può rappresentare⁵⁴.

2.2.1. (segue) Ripartizione dell'onere della prova

Ciò considerato, risulta utile fare un accenno alla ripartizione dell'onere della prova tra amministrazione fiscale e contribuente. Sul punto, infatti, la Cassazione (vedi sentenze 22023/2006 e 11226/2007), facendo leva sulla natura antielusiva della disposizione contenuta nell'art. 110, comma 7, TUIR, disponeva che fosse l'amministrazione a dover provare per prima le proprie pretese in caso di rettifica, mentre il contribuente, in virtù dei principi contenuti nel Rapporto OCSE del 1995⁵⁵, avrebbe dovuto provare la normalità dei prezzi applicati solo dopo la prova fornita dal Fisco.

Come fatto notare in dottrina⁵⁶, pur essendo il risultato a cui giunge la Cassazione, nelle sentenze ora menzionate, condivisibile, la via che essa ripercorre per giungere a tale risultato non lo è. Nell'ordinamento giuridico italiano, invero, vige il principio secondo cui l'onere della prova grava su colui che vuole far valere un diritto in giudizio (art. 2697 cod. civ.), e tale principio costituisce una regola generale che, pur in assenza di specifici richiami, opera anche nel processo tributario. Considerando, quindi, che il giudizio riguardante i prezzi di trasferimento viene ad instaurarsi dietro impugnazione del contribuente, sembrerebbe gravare su di esso l'onere di provare la non sussistenza del presupposto applicativo della rettifica.

⁵³ Così Corte Cass., Sez. Civ., Sent. 15 aprile 2016, n. 7493. In senso analogo anche Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 15 novembre 2017, n. 27018; Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 5 aprile 2019, n. 9615.

⁵⁴ Così Cass. n. 27018/2017, che elabora il seguente principio di diritto: «la *ratio* dell'art. 110, comma 7 del TUIR, va individuata nel principio di libera concorrenza, esclusa ogni qualificazione della stessa come norma antielusiva, sicché la valutazione del valore normale postula l'esame della sostanza economica delle operazioni poste in essere, in una prospettiva di comparazione con analoghe operazioni effettuate tra imprese indipendenti e in libera concorrenza».

⁵⁵ Il riferimento è alle *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* 1995, Capitolo IV, para 4.12: «*where as a matter of domestic law the burden of proof is on the tax administration, the taxpayer may not have any legal obligation to prove the correctness of its transfer pricing unless the tax administration makes a prima facie showing that the pricing is inconsistent with the arm's length principle*».

⁵⁶ Vedi Ballancin A., *op. cit.*, pag. 1998.

Sennonché, essendo gli atti impositivi vincolati al principio di legalità, il contribuente è legittimato a chiedere al giudice di verificare la fondatezza della pretesa della Pubblica Amministrazione⁵⁷.

In effetti, durante la fase procedimentale (o pre-processuale) l'amministrazione finanziaria ha l'obbligo di delineare i fatti sui quali basa il proprio provvedimento impositivo, la quale fase, poi, calandosi nel giudizio, ripartisce l'onere della prova in base al diritto sostanziale e non in base alla posizione dei litiganti in giudizio⁵⁸.

Questo principio varrà sia con riguardo ai componenti positivi del reddito, sia con riguardo a quelli negativi⁵⁹. Tanto risulta, infatti, da un consolidato orientamento della giurisprudenza di merito⁶⁰ e di legittimità⁶¹, secondo il quale incombe sull'Amministrazione, in primo luogo, l'obbligo provare «l'esistenza di "transazioni" tra imprese collegate ad un prezzo apparentemente inferiore a quello normale»⁶², traslandosi solo allora sul contribuente l'onere di confutare la tesi di controparte⁶³. Sul punto, preciso che la dimostrazione dell'«apparente inferiorità» dei prezzi praticati non può prescindere da un'accurata e meditata quantificazione di quello che è il valore normale, secondo i metodi che verranno brevemente discussi più avanti, in quanto la pretesa erariale non potrà che fondarsi su un avviso di accertamento adeguatamente motivato (art. 42, comma 2, D.P.R. 600/1973), il che significa che esso dovrà «illustrare al destinatario dell'atto le ragioni per le quali si ritiene che la sua dichiarazione sia erronea, vale

⁵⁷ Ivi, pag. 1990.

⁵⁸ Così Tesaro F., *La prova nel processo tributario*, in *Riv. dir. fin.*, fasc.1, 2000, pag. 73 ss. In senso analogo Ballancin A., *op. cit.*, pag. 1990, per il quale «l'Amministrazione finanziaria assume il ruolo di attore "in senso sostanziale" all'interno del giudizio tributario, in quanto, pur essendo il contribuente, nel giudizio di primo grado, a fornire l'impulso per l'instaurazione del processo, è l'Ufficio ad avanzare per primo una propria pretesa, seppure al di fuori del giudizio, tramite l'emanazione dell'atto impositivo».

⁵⁹ Considerando che sull'Amministrazione grava l'onere di provare la sussistenza di maggiori redditi, il contribuente dovrà invece provare l'esistenza e l'inerenza dei costi che intende portare in diminuzione del reddito imponibile. Nel caso del *transfer pricing*, tuttavia, la questione su cui verte il giudizio non attiene all'*an* del componente negativo (che assumiamo, come già detto anteriormente, sussistente), quanto al valore con il quale quest'ultimo contribuisce a formare il reddito imponibile. Sicché, anche in questo caso, l'onere della prova grava in capo all'Amministrazione fiscale (vedi Ballancin A., *op. cit.*, pagg. 1994-1998).

⁶⁰ Vedi CTR Lombardia, Sent. 19 ottobre 2019, n. 4241; CTR Lombardia, Sentenza 26 giugno 2019, n. 2757; CTR Lazio, Sentenza 23 febbraio 2018, n. 1196, CTR Umbria, Sentenza 24 luglio 2017, n. 270; CTR Lazio, Sent. 12 aprile 2016, n. 2053.

⁶¹ Vedi Cass. Civ., Sez. trib., Sent. 30 giugno 2016, n. 13387; Cass. Civ., Sez. trib., Sent. 15 aprile 2016, n. 7943; Cass. Civ., Sez. trib., Sent. 18 settembre 2015, n. 18392; Cass. Civ., Sez. trib., Sent. 25 settembre 2013, n. 22010.

⁶² Così, testualmente, Cass., Sez. Civ., Sentenza 18 settembre 2015, n. 18392.

⁶³ Si veda, nel merito, anche Cass. n. 13387/2016, per la quale «l'onere probatorio gravante sulla Amministrazione finanziaria si esaurisce nel fornire la prova della esistenza della operazione infragruppo e della pattuizione di un corrispettivo inferiore al valore di mercato (...); il contribuente che intende contrastare la pretesa impositiva deve invece fornire la prova che il corrispettivo (...) corrisponde ai valori economici che il mercato attribuisce a tali operazioni». Dello stesso tenore anche Cass. n. 16397 del 5 agosto 2015, la quale nel merito precisa che «l'onere della prova gravante sull'Ufficio (...) resta limitato alla dimostrazione dell'esistenza di transazioni tra imprese collegate e dello scostamento evidente tra il corrispettivo pattuito e quello di mercato (valore normale)».

a dire le ragioni sulle quali si regge – in termini più concreti – la rettifica della dichiarazione medesima»⁶⁴.

È chiaro, tuttavia, che il contribuente non potrà trarre vantaggio da una siffatta ripartizione dell'onere probatorio, rifiutandosi di collaborare nella fase accertativa⁶⁵. Il rapporto tra contribuente e amministrazione fiscale, infatti, è imperniato sul principio di collaborazione e buona fede sancito dall'art. 10, legge 212/2000, tant'è che, già in fase istruttoria il contribuente potrà essere chiamato a fornire ogni documento di supporto alla validità delle stime effettuate, invertendo, in un certo senso, la ripartizione dell'onere della prova, ed anticipandola alla fase pre-contenziosa⁶⁶.

Il contribuente, a dir la verità, è incentivato dalla legge a cooperare nella fase accertativa attraverso una misura pregiudizievole che gli impedirà, una volta avviato il procedimento davanti al giudice, di produrre in giudizio i documenti richiesti dal fisco nella fase accertativa e mai presentati (cd. preclusioni probatorie)⁶⁷.

È prevista un'eccezione quando il comportamento omissivo non è imputabile al contribuente, quando, cioè, esistono oggettive cause ostative tali da precludere la presentazione della documentazione richiesta. In questo caso, ai sensi dell'art. 32, comma 5, D.P.R. 600/1973, la documentazione dev'essere depositata in allegato all'atto introduttivo del giudizio di primo grado in sede contenziosa, contestualmente ad una dichiarazione del contribuente di non aver potuto adempiere alle richieste degli uffici per causa a lui non imputabile.

Segnalo, infine, che ove dall'ottemperanza alle richieste dell'amministrazione possa presumibilmente scattare l'accertamento in merito a fatti fino ad allora non conosciuti dal fisco, il contribuente potrebbe valutare di non adempiere alle suddette richieste, in quanto non tenuto

⁶⁴ Così Beghin M., *Diritto tributario*, 3ª ed., CEDAM, Padova, 2017, pag. 299.

⁶⁵ Secondo l'*OECD Transfer Pricing Guidelines* 2017, para 4.16, «*because of the difficulties with transfer pricing analyses, it would be appropriate for both taxpayers and tax administrations to take special care and to use restraint in relying on the burden of proof in the course of the examination of a transfer pricing case. More particularly, as a matter of good practice, the burden of proof should not be misused by tax administrations or taxpayers as a justification for making groundless or unverifiable assertions about transfer pricing*».

⁶⁶ Specifica, infatti, l'*OECD Transfer Pricing Guidelines* 2017, para 4.12, che anche quando la normativa interna assegni l'onere della prova all'amministrazione fiscale, «*the tax administration might still reasonably oblige the taxpayer to produce its records that would enable the tax administration to undertake its examination*».

⁶⁷ In questo senso verte il quarto comma dell'art. 32, D.P.R. 600/1973, che prevede l'inutilizzabilità, a favore del contribuente, delle notizie e dei dati non addotti e gli atti, i documenti, i libri ed i registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio (principio richiamato in tema di IVA anche dall'art. 51, comma 5, D.P.R. 633/1972). Da notare, peraltro, che «affinché possa trovare applicazione la preclusione prevista dal citato D.P.R. n. 600 del 1973, art. 32, comma 4, è necessario che il documento cui si riferisce la preclusione sia stato espressamente richiesto dall'Ufficio» (così Cass. Civ., Ordinanza 22 giugno 2018, n. 16548), mentre non gli sarà consentito invocare l'inutilizzabilità a fronte di richieste generiche (vedi Beghin M., *Diritto tributario*, cit., pag. 260).

a denunciare sé stesso⁶⁸, andando però incontro all'inutilizzabilità della documentazione in proprio favore come descritto sopra.

2.3. Il presupposto soggettivo del *transfer pricing*

Dalla lettera della disposizione dell'art. 110, comma 7 del TUIR emerge come la fattispecie presa in considerazione sia incentrata sul negozio tra due soggetti, legati da un rapporto diretto di controllo o da un rapporto di controllo indiretto, attraverso una terza società estranea all'operazione da cui scaturisce l'applicazione della disciplina sui prezzi infragruppo.

Nel prosieguo verranno trattate le caratteristiche dei tre soggetti appena menzionati, nonché il tipo di rapporto che vi deve sussistere affinché essi possano essere definiti parte di un gruppo di imprese.

2.3.1. *Il transfer pricing «interno»*

Va detto, in primo luogo, che il dato testuale della disposizione ci consente di rilevare come la stessa non si applichi ad ogni operazione e rapporto intercorrenti tra consociate, ma soltanto a quelli che riguardano da un lato un'impresa residente ai fini fiscali in Italia e, dall'altro, un soggetto non residente, incidendo, di conseguenza, soltanto sulle operazioni *cross-border*. Tale impostazione è frutto di una precisa *voluntas legis*⁶⁹, non potendosi negare il fatto che usi strumentali dei *transfer price* si possono avere anche nelle relazioni tra imprese del gruppo entrambe residenti in Italia, e dunque soggette al medesimo ordinamento tributario, col fine di sfruttare particolari agevolazioni concesse a questa o a quell'altra impresa del gruppo⁷⁰.

È evidente, infatti, che ove venga meno la simmetria fiscale⁷¹ che rende neutrali ai fini IRES le politiche dei prezzi *intercompany*⁷², la manipolazione degli stessi può portare anche a ingenti risparmi fiscali per il gruppo nel suo complesso. Diventa allora necessario poter contrastare le manovre sui prezzi tra associate con strumenti efficaci, per mettere su un piede di parità le

⁶⁸ Vedi Beghin M., *Diritto tributario, cit.*, pag. 256.

⁶⁹ L'art. 5, comma 2, D.lgs. 14 settembre 2015 n. 147 ha introdotto una norma di interpretazione autentica della disciplina sui prezzi di trasferimento, statuendo la non applicabilità della stessa alle operazioni tra imprese residenti o localizzate nel territorio dello Stato.

⁷⁰ Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Circolare del 19 dicembre 1999, n. 53.

⁷¹ Questo accade, ad esempio, quando una delle imprese che prendono parte alla transazione gode di agevolazioni fiscali connesse alla collocazione nell'ambito territoriale (v. art. 26, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601), alla dimensione, all'ambito di operatività e, in generale, quando dalla particolare situazione soggettiva della stessa deriva il venir meno della compensazione, in una determinata annualità, tra le variazioni di segno opposto del reddito imponibile attribuibile alle due imprese.

⁷² Cfr. Beghin M., *L'elusione fiscale, cit.*, pag. 430; Carpentieri L., *op. cit.*, pag. 451.

imprese controllate e quelle indipendenti e assicurandosi, allo stesso tempo, che nessuno abusi delle politiche di incentivo alle iniziative imprenditoriali adottate dallo Stato.

A questo scopo, in passato vi è stata la tendenza ad equiparare, attraverso un'interpretazione estensiva⁷³, la fattispecie del *transfer pricing* domestico a quello internazionale, con la possibilità di applicarvi la disciplina contenuta all'art. 110, comma 7 del Testo Unico. I tentativi di estensione analogica hanno avuto, talvolta, esiti contrastanti⁷⁴.

Ma, come sottolineato in dottrina, la disciplina dei prezzi di trasferimento infragruppo è contenuta in una «disposizione inequivocabilmente scolpita nel contesto internazionale, piegata a ben precise esigenze impositive e, pertanto, riconducibile nel novero delle cd. norme “a fattispecie esclusiva”»⁷⁵. Da ciò si evince l'impossibilità di conferire alla norma una valenza generale sulle transazioni *intercompany* e si conferma, invece, il necessario carattere transnazionale di queste ultime, che rende il superamento del confine dei flussi di reddito da una parte, e dei beni e servizi dall'altro, una caratteristica imprescindibile per l'applicazione dell'art. 110, 7° comma, del Testo Unico⁷⁶.

⁷³ In questo senso propendono la Circ. del Min. Finanze 32/9/2267 del 1980 e la Ris. min. 10 marzo 1982, n. 9/198, laddove è precisato che nulla vieta agli Uffici di far ricorso, in sede di accertamento, al criterio del «valore normale» anche in ipotesi diverse da quelle dettate dall'art. 75, D.P.R. 597/1973, assegnando alla disciplina valore di presunzione relativa (per una critica di questa posizione vedi Carpentieri L., *op. cit.*, pag. 453).

Il Min. Finanze, con Circolare n. 53/1999, ha cambiato la propria posizione nel merito, facendo notare che le manovre sui prezzi di trasferimento interni, in effetti, non possono essere perseguite mediante la normativa sul *transfer pricing*, in quanto questa è dedicata alle sole operazioni con soggetti non residenti, e che un tale risultato necessita di apposito aggiornamento normativo.

⁷⁴ Vedi, per esempio, Comm. Trib. Prov. di Milano, Sentenza 18 marzo 1998, n. 577, che osserva come il presupposto per l'insorgere dell'obbligazione tributaria, in una transazione interna, è il corrispettivo pattuito e non il valore normale, e che «il ricorso al 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», cosa che nel caso del *transfer pricing*, anche interno, non si verifica. Per l'esclusione delle transazioni interne ai fini dell'art. 110, comma 7 del TUIR si veda anche Cass. Civ., Sez. trib., Sentenza 25 giugno 2019, n. 16948; Cass. Civ., Sez. trib., Sentenza 20 dicembre 2012, n. 23551.

Nel senso opposto vedi Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 24 luglio 2013, n. 17955 per la quale «il criterio legale del valore normale delle operazioni infragruppo rileva non solo nei rapporti internazionali di controllo, ma anche in analoghi rapporti di diritto interno, ogniquale volta con la fissazione di un prezzo fuori mercato si miri a far emergere utili presso la società del gruppo che sconta, anche per agevolazioni territoriali, la più bassa tassazione», pur ammettendo che «la specialità della disciplina nazionale sul "transfer pricing esterno o internazionale" (...) fa sì che l'articolo 110 del TUIR (*ex* articolo 76) non possa di per sé stesso trovare applicazione diretta al "transfer pricing interno o domestico"». A questa impostazione si conformano Cass. n. 13387/2016; Cass. n. 12844/2015; Cass. n. 23124/2014; Cass. n. 8849/2014.

⁷⁵ Vedi Beghin M., *L'elusione fiscale*, *cit.*, pag. 429.

⁷⁶ Ciò è supportato sia dal rinvio agli «accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali procedure amichevoli» (cfr. Beghin M., *L'elusione fiscale*, *cit.*, pag. 429), sia dal fatto che ove si volesse adottare il 110, co. 7, TUIR anche alle transazioni domestiche, il Legislatore avrebbe potuto fare riferimento alla norma appena menzionata, come è stato fatto nel caso della *tonnage tax* (cfr. Carpentieri L., *op. cit.*, pag. 455).

Negata la possibilità di operare un'interpretazione estensiva che consenta di trattare allo stesso modo le operazioni controllate interne e quelle internazionali, in letteratura è stato suggerito un approccio diverso, che l'amministrazione fiscale dovrebbe adottare per contrastare le manovre sui prezzi di trasferimento domestici.

Secondo tale approccio, non essendo possibile applicare – come emerso in giurisprudenza – il criterio del valore normale quale clausola antielusiva, il fisco dovrebbe, per converso, muoversi sul versante dell'antieconomicità, contestando l'inerenza di quella parte del costo di acquisto dei prodotti che non ha trovato capienza nel prezzo di successiva rivendita alla consociata residente⁷⁷. Le due operazioni – l'acquisto e la vendita – sarebbero, da questo punto di vista, considerate come funzionalmente indirizzate a conseguire un risparmio d'imposta, operativamente facilitato dalla possibilità di manovrare a piacimento i prezzi di trasferimento tra società del gruppo.

L'antieconomicità va necessariamente valutata con riferimento alla concatenazione degli atti di acquisto e successiva rivendita, in quanto un singolo componente del reddito che presenta la patina dell'antieconomicità, può non essere tale se osservato insieme alle altre operazioni realizzate dall'impresa⁷⁸.

È chiaro che qui non ci troviamo più nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 110, comma 7, del TUIR, che come detto non può, per espressa previsione di legge⁷⁹, applicarsi alle transazioni domestiche. Piuttosto, il difetto di inerenza darà luogo ad un accertamento ai sensi dell'art. 39, comma 1, lett. d), D.P.R. 600/1973⁸⁰, con la conseguenza che l'onere di fornire spiegazioni in merito alle operazioni compiute cadrà sul contribuente, il quale dovrà basare le proprie contro argomentazioni o sulla prova della normalità del prezzo, contestando dunque i rilievi dell'Agenzia delle Entrate, o sulla sussistenza di valide ragioni economiche, dimostrando che la perdita conseguita è dovuta a circostanze patologiche e non alla progettazione *ex ante* della vendita sottocosto alle imprese consociate⁸¹.

Il difetto di inerenza potrà, tra l'altro, essere mosso solo nei confronti del soggetto che dall'operazione prospettata si sia visto diminuire il reddito, in virtù del principio di tipicità degli

⁷⁷ Stevanato D., *Rettifiche dei corrispettivi infragruppo e transfer pricing "interno"*, in *Rass. Trib.*, 1/1999, pag. 238.

⁷⁸ Così Beghin M., *Atti di gestione «anomali» o «antieconomici» e prova dell'afferenza del costo all'impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, pag. 421, citato in Peirolo M., *op. cit.*, pag. 1012.

⁷⁹ Art. 5, comma 2, D.lgs. 14 settembre 2015 n. 147.

⁸⁰ Cfr. Beghin M., *L'elusione fiscale*, *cit.*, pag. 434.

⁸¹ Cfr. Stevanato D., *op. cit.*, pag. 239.

atti impositivi⁸², con il risultato che verrebbe lasciato fuori chi, in base a posizioni soggettive precedentemente acquisite, possa utilizzare un maggior utile, determinato da prezzi difformi rispetto a quelli normali, a copertura di perdite pregresse.

In quest'ultimo caso, secondo dottrina⁸³, l'amministrazione finanziaria potrebbe contestare l'abuso del diritto, disconoscendo il vantaggio fiscale derivante dai prezzi anomali.

2.3.2. *Il soggetto residente*

Per quanto riguarda il soggetto residente, si è già detto⁸⁴ nel merito che, pur facendo la disposizione riferimento al termine «impresa», l'abbinamento dello stesso con la parola «controllo» ha portato taluni, in passato, a restringere il raggio della portata applicativa del *transfer pricing*, derivando la definizione di controllo dalla norma codicistica, necessariamente applicabile, quest'ultima, alle sole società (nella configurazione vigente *ratione temporis*)⁸⁵.

Per quanto statuito, sul punto, dalle istruzioni fornite nella Circ. min. n. 32/1980, il termine impresa dev'essere, invece, interpretato estensivamente, ricomprendendovi tutti quei soggetti che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi, facendo espresso riferimento alla nozione generale d'impresa di cui all'art. 2082 cod. civ. La medesima circolare precisa, poi, che la restrizione del termine impresa ai soggetti sottoposti a controllo *ex art.* 2359 cod. civ. non trova supporto nella definizione dell'art. 53 del D.P.R. 597/1973 (vigente all'epoca) e che tale restrizione «incentiverebbe l'utilizzazione di talune forme organizzative imprenditoriali a scapito di altre facendo venire meno, così, il criterio di neutralità cui devono ispirarsi preferibilmente le leggi fiscali»⁸⁶.

In effetti, il ricorso alla definizione di controllo data dall'art. 2359 cod. civ. non è pertinente, non soltanto perché l'art. 110, comma 7 del TUIR non vi fa alcuna menzione, ma anche perché tale omissione è ancora più significativa se solo si pensa alle disposizioni contenute nel Testo Unico che, per contro, fanno esplicito rinvio alla nozione di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ. (vedi, a titolo di esempio, gli artt. 175 e 177, commi 1 e 2, del TUIR in tema di conferimenti

⁸² Non si potrebbe, invece, procedere con l'accertamento del beneficiario dell'operazione (ovvero quello che si vede incrementare il reddito a seguito della manovra sui prezzi di trasferimento), in virtù del sussistente principio di tipicità degli atti impositivi. Si veda Beghin M., *L'elusione fiscale, cit.*, pag. 432; Cass. n. 23859/2007; Cass. n. 4224/2006.

⁸³ Vedi Beghin M., *L'elusione fiscale, cit.*, pag. 440.

⁸⁴ Vedi *supra* capitolo 1, paragrafo 2.

⁸⁵ Vedi Mayr S., *op. cit.*, pagg. 1247 ss.

⁸⁶ Circ. Min. Finanze 32/9/2267 del 22 settembre 1980, capitolo I, punto 3.

e scambi di partecipazioni e l'art. 178, primo comma, lett. e), del TUIR in tema di fusioni, scissioni e scambi di partecipazioni tra società di Stati membri diversi) o a quelle che contengono una definizione specifica di controllo (vedi art. 73, ultimo comma, D.P.R. 633/1972)⁸⁷.

Da quanto emerso finora, il termine «impresa» contenuto nel primo periodo dell'art. 110, comma 7 del TUIR fa riferimento non soltanto alle società di capitali e di persone, ma integra una definizione più ampia che ricomprende anche le ditte individuali e le stabili organizzazioni di società estere. Questo perché, come vedremo anche nella parte dedicata alla nozione di controllo, il rapporto che lega l'impresa residente e la società non residente all'unitario centro di interessi va ben oltre i vincoli societari.

2.3.3. *Il soggetto non residente*

Sul versante opposto l'art. 110, comma 7, del TUIR identifica la controparte non residente con il termine «società». Tale aspetto è già stato oggetto di attenzione da parte della Circolare 32/9/2267 del 1980.

Si rammenta che in tale occasione il Min. Finanze ha ribadito che il presupposto non dev'essere inteso riduttivamente, limitandolo alle forme societarie previste nell'ordinamento italiano. Andrebbe invece incluso, secondo la circolare, ogni tipo di organismo giuridicamente riconosciuto nello Stato estero, anche se difetta del requisito della plurisoggettività, come i «*Groupements d'intérêt économique*» francesi, l'«*Arge*» tedesco, i «*Trusts*» di derivazione anglosassone, gli «*Stiftung*» e le «*Anstalten*»⁸⁸.

Tuttavia, a tale ampia interpretazione sono seguiti due aggiornamenti normativi di stampo opposto: il primo che, facendo eco alla circolare ministeriale, si riferiva ad un generico «soggetto non residente» per indicare l'affiliata estera, e quello successivo che riproponeva il termine di «società non residente» previsto nella normativa originaria.

Sulla scia di questo contrasto, la successiva dottrina ha visto nascere posizioni opposte segnatamente alla portata da attribuire al soggetto estero, con la contrapposizione tra chi riteneva il termine allargato anche alle entità non strettamente societarie e chi, al contrario, riteneva la nozione limitata alle società *tout court*.

⁸⁷ Così Cass. n. 27018 del 15 novembre 2017.

⁸⁸ Così Circ. Min. Finanze, 22 settembre 1982, n. 32, Capitolo I, punto 2.

Il primo orientamento fa leva sulla *ratio* antielusiva, privilegiando un'interpretazione estensiva della norma e attraendo all'interno della sfera d'incidenza della disciplina ogni entità connotata dall'esercizio di un'attività imprenditoriale, oltre che dallo scopo di lucro⁸⁹. Tale soluzione ha anche il pregio di evitare ingiustificate distorsioni economiche e discriminazioni tra soggetti italiani ed esteri.

Di diverso avviso, chi pone l'accento sul profilo letterale della legge, interpretando la successione temporale delle modifiche normative come una precisa volontà del legislatore di restringere l'ambito applicativo alle sole società⁹⁰. Tale tesi risulterebbe ulteriormente rafforzata dal ricorso alla parola *società* sia nell'art. 110, comma 7 del TUIR nella sua più recente configurazione, che nelle linee guida emanate con decreto Min. dell'Economia e delle Finanze del 14 maggio 2018.

Ritengo la seconda posizione più aderente all'attuale disciplina; infatti, se il Legislatore avesse voluto ampliare il presupposto soggettivo non residente, avrebbe sicuramente riformulato la disposizione sui prezzi di trasferimento nella parte che ne concerne, se non altro per circondare la disciplina di maggiore certezza, soprattutto alla luce delle divergenti posizioni dottrinali ora ricordate.

2.3.4. *La società che controlla l'impresa residente e la società non residente*

Il terzo soggetto, che è solo eventuale e non partecipa mai direttamente all'operazione, è colui che controlla sia il soggetto interno che quello non residente, ed a cui la normativa si riferisce con la locuzione di «società».

È interessante notare come l'Agenzia delle Entrate ritenga sussistente il presupposto soggettivo anche quando il controllo comune è esercitato da una persona fisica⁹¹. Con la circolare 58/E del 2011 l'Ufficio ha, infatti, chiarito, riferendosi ai soggetti cui risulta applicabile la disciplina sugli oneri documentali in materia di prezzi di trasferimento⁹², che la transazione tra due società (A residente e B estera) sottoposte a comune controllo da parte di una *persona fisica residente* rientra tra le fattispecie di applicazione dell'art. 110, comma 7 del TUIR.

⁸⁹ Cfr. Cordeiro Guerra R., *op. cit.*, pag. 433.

⁹⁰ Cfr. Besio P., *Il transfer pricing*, in Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., Manuale di fiscalità internazionale, VII ed., IPSOA, Milano, 2016, pagg. 1593-1594; Leo M., *op. cit.*, pag. 2024; Musselli A., Musselli A.C., *op. cit.*, pag. 63.

⁹¹ Cfr. Della Valle E., *Transfer price: l'esimente relativa alla rettifica del valore normale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 1/2012.

⁹² Vedi Agenzia delle Entrate, Circolare del 21 giugno 2011, n. 28/E, par. 4.1, che conferma quanto in precedenza affermato dalla stessa Agenzia delle Entrate in occasione di Telefisco 2011 in tema di prezzi di trasferimento.

La posizione dell'Agenzia delle Entrate è stata adottata anche in dottrina⁹³. Vi sono, poi, quelli che chiedono uno specifico documento di prassi sulla portata del presupposto soggettivo per quanto attiene il controllo comune⁹⁴. In particolare, sarebbe opportuno chiarire se il riferimento alla persona fisica «residente» per definire il controllante comune sia da intendere come implicita esclusione che il controllante comune non residente possa essere a sua volta una persona fisica; o se l'Agenzia delle Entrate faccia semplicemente riferimento alla soluzione prospettata nell'interpello, con ciò dunque intendendosi che il soggetto che controlla l'impresa residente e la società non residente possa essere una persona fisica indipendentemente dallo Stato di residenza.

La seconda soluzione sembra più affine alla *ratio* della norma e non crea disparità di trattamento tra soggetti residenti e non. La prima soluzione, per converso, consente di aggirare la norma sul *transfer pricing* semplicemente istituendo, da persona fisica residente all'estero, due società di cui una in Italia, ed ogni transazione intercorrente tra queste non potrebbe essere attratta nell'ambito applicativo dei prezzi di trasferimento, anche quando valorizzate a prezzi diversi da quelli *at arm's length*.

Comunque sia, allo stato attuale è auspicabile un intervento legislativo in tale direzione. Infatti, in analogia a quanto detto a proposito della società estera, il dato letterale dell'art. 110, comma 7 del TUIR, che si riferisce esplicitamente alle «società», ci porta ad escludere le persone fisiche dai soggetti che controllano entrambe le controparti della transazione sotto indagine⁹⁵.

2.3.5. La nozione di controllo

La previsione secondo cui l'impresa residente e la società estera devono essere accomunate da un rapporto di controllo costituisce un ulteriore requisito che caratterizza la disciplina sui prezzi di trasferimento, senza il quale quest'ultima non avrebbe senso di esistere. È, in effetti, proprio la riferibilità delle controparti ad un unico centro di interessi che dovrebbe muovere l'intento elusivo, sfociando nella manipolazione dei prezzi.

È da notare che l'art. 110, comma 7 del TUIR non fornisce alcun chiarimento circa la portata da attribuire alla nozione di controllo, con ciò volendosi forse non racchiudere il concetto in

⁹³ Vedi Musselli A., Musselli A.C., *op. cit.*, pag. 63.

⁹⁴ Così CNDCEC, *Il transfer pricing: profili tecnici e spunti operativi*, 18 dicembre 2018, pag. 12.

⁹⁵ Posizione analoga espressa in Maisto G., *La disciplina dei prezzi di trasferimento infragruppo*, in Sacchetto C., Alemanno L. (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale*, IPSOA, Milano, 2002, pagg. 263-264.

una cornice troppo ristretta e facilmente eludibile dalle pratiche commerciali in continuo aggiornamento, in contrapposizione alla lentezza con cui vi si adegua la normativa vigente⁹⁶.

Per sopperire a tale mancanza, anche in un'ottica di certezza del diritto, diversi sono stati i tentativi di tracciare il confine del concetto di controllo, ora facendo ricorso alla norma civilistica stabilita all'art. 2359 cod. civ. relativo alle società, ora estrapolandone la definizione in via ermeneutica.

L'orientamento iniziale⁹⁷, frutto dell'equivoco derivante dalla configurazione letterale degli artt. 53 e 56 D.P.R. 597/1973, ancorava il concetto di controllo a quello espresso dall'art. 2359 cod. civ.⁹⁸, ma è stato ben presto superato dall'interpretazione che ne ha dato il Ministero delle Finanze nella già menzionata circolare n. 32 del 1980.

Le istruzioni ministeriali, sottolineando l'ingiustificata restrizione della portata normativa che l'art. 2359 porta con sé, incompatibile sia con la *ratio* della disciplina, che con la prassi commerciale⁹⁹ che, infine, con l'ampliamento del presupposto soggettivo espresso nella circolare stessa, optano per un concetto di controllo slegato dalla previsione codicistica, adottandone uno più elastico consistente in ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale desumibile dalle singole circostanze nonché da considerazioni di carattere meramente economico¹⁰⁰.

Il legislatore, preso atto di tale orientamento, riforma la disciplina sostituendo la nozione di controllo con quella di «influenza dominante» dell'art. 75 del D.P.R. 597/73¹⁰¹, salvo poi

⁹⁶ Vedi Cass. n. 8130 del 22 aprile 2016, secondo cui «non può non tenersi conto nella interpretazione della norma dell'esigenza di assegnare alla stessa un tasso di elasticità che la renda capace di attagliarsi alle varie ipotesi in cui, indipendentemente dalla ricorrenza dei rigidi requisiti civilistici, possa apprezzarsi l'influenza di un'impresa sulle decisioni imprenditoriali di un'altra».

⁹⁷ Vedi Mayr S., *op. cit.*, pagg. 1245 ss.

⁹⁸ L'art. 2359 vigente all'epoca considerava controllate: a) le società in cui un'altra società, in virtù delle azioni o quote possedute, dispone della maggioranza richiesta per la deliberazione dell'assemblea ordinaria; b) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù delle azioni o quote da questa possedute o di particolari vincoli contrattuali con essa; c) le società controllate da un'altra società mediante le azioni o quote possedute da società controllate da questa.

Pertanto, definire il concetto di controllo con quello espresso nel codice civile significava escludere dai destinatari le imprese individuali e le stabili organizzazioni.

⁹⁹ È indubbio che la possibilità di manipolare i prezzi di trasferimento scatuisce non tanto (o, per meglio dire, non soltanto) dal possesso di partecipazioni nella società collegata, quanto dal fatto di poter esercitare un'effettiva influenza sugli organi apicali, indirizzandone le scelte gestionali.

¹⁰⁰ Il Min. Finanze, nella circolare 32/1980 (capitolo I, paragrafo 4), individua una serie di circostanze che possono indicare la sussistenza di un rapporto di controllo, come la vendita esclusiva di prodotti fabbricati dall'altra impresa, l'impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e l'assistenza tecnica dell'altra impresa, ecc.

¹⁰¹ La circolare del Min. Finanze del 12 dicembre 1981, n. 42 sottolinea l'estensione della previsione normativa rispetto al sistema precedente degli artt. 53 e 56 del D.P.R. 597/1973, notando come essa definisca «diversamente il nesso di collegamento tra le due entità che pongono in essere le operazioni in verifica, di guisa che la rettifica a

ritornare all'originaria formulazione con il successivo art. 76, comma 5 del D.P.R. 917/86, formula rimasta in piedi a tutt'oggi.

Ci si è chiesti, dunque, se la nozione fornita nelle istruzioni ministeriali sia sopravvissuta agli aggiornamenti normativi intervenuti *medio tempore*, o se il ritorno al concetto di «controllo» sia da interpretare come l'intenzione di fare riferimento all'art. 2359 cod. civ. ai fini del *transfer pricing*¹⁰².

Alcuni autori escludono l'applicazione dell'art. 2359 ai nostri fini perché esso «richiede una stabilità e durevolezza delle situazioni» di controllo laddove «l'alterazione della volontà del soggetto può discernere anche da un singolo negozio»¹⁰³. Altri sottolineano come l'art. 2359 cod. civ. venga richiamato in diversi articoli del codice tributario¹⁰⁴, ora per «delimitare il perimetro del gruppo di imprese cui si rende applicabile la specifica disciplina»¹⁰⁵, ora per adottarne *in toto* la definizione¹⁰⁶. Da ciò risulta che il «concetto di controllo nei termini previsti dalla disciplina dei prezzi di trasferimento è più ampio di quello accolto dall'articolo 2359 del codice civile, che – significativamente - non viene richiamato»^{107 108}.

Anche la posizione ministeriale genera, del resto, alcune perplessità. Con essa vengono attratte all'interno della nozione di controllo «transazioni commerciali [che] 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

valore normale si rende possibile in tutte le ipotesi di “influenza dominante” e non solo in quelle di “controllo” come previsto dalla disciplina previgente».

¹⁰² Questa seconda visione è espressa in Comm. Trib. Prov. di Alessandria, sentenza 28 novembre 1995, n. 1416, citata in Pozzo A., *op. cit.*; Comm. Trib. Prov. di Gorizia, sentenza 12 giugno 2013, n. 83, citata in Arcuri G., *La nozione di controllo nel Transfer Pricing*, in Altalex, 15 giugno 2017.

¹⁰³ Maisto G., *Il «transfer price»*, *op. cit.*, pagg. 63-64.

¹⁰⁴ Così Cass. n. 27018/2017; Cass. n. 8130/2016.

¹⁰⁵ Vi rientrano le norme che disciplinano i requisiti di accesso al bilancio consolidato, alla liquidazione Iva di Gruppo ecc. Vedi sul punto Galardo S.M., *Rilevanza fiscale della nozione di controllo contenuta nel Codice civile*, in *La gestione straordinaria delle imprese* 4/2017, pagg. 78 ss.

¹⁰⁶ Tra questi vi sono le disposizioni in materia di imprese estere controllate previste dall'art. 167 del TUIR, le disposizioni volte all'individuazione del socio qualificato ai fini della *thin capitalization rule* ex art. 98, comma 3, lett. c) del D.P.R. 917/1986 (ora soppresso), ecc.

¹⁰⁷ Così la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 15 febbraio 2005, n. 18/E. In senso analogo Pozzo A., *op. cit.*, pag. 655 ss.; Maisto G., *Transfer pricing in Italy*, in *Tax treatment of transfer pricing*, Olanda, IBFD, pag. 13; Della Valle E., *op. cit.*, pag. 149.

¹⁰⁸ In senso analogo Marino G., *La relazione di controllo nel diritto tributario*, CEDAM, Padova, 2008, pag. 159, secondo il quale «il mancato richiamo [dell'art. 2359 del codice civile] è proprio indice di una scelta precisa del legislatore di non voler ancorare la relazione di controllo ai fini dell'applicazione del *transfer pricing* alla nozione civilistica e adottare pertanto una nozione più rispondente alle finalità dell'istituto»; egli osserva anche come «il richiamo all'art. 2359 c.c., avrebbe escluso dall'ambito soggettivo di applicazione della norma determinati rapporti di controllo intercorrenti fra soggetti che non si qualificano giuridicamente come società (ad es. non si sarebbe potuta applicare la disciplina del *transfer pricing* ai rapporti tra casa madre e stabile organizzazione, in quanto quest'ultima, essendo una *fictio iuris* ai fini fiscali, non sarebbe suscettibile di controllo ai fini dell'art. 2359 c.c.)».

un gruppo», salvo poi contraddirsi identificando il potere di influenza rilevante ai fini del *transfer pricing* con «considerazioni di fatto di carattere meramente economico»¹⁰⁹.

Posta in tali termini, sembra che la circolare identifichi il «meccanismo del mercato» con la sola forma concorrenziale perfetta quando, com'è ovvio, un prezzo conforme all'*arm's length* può derivare anche da altre forme di mercato, non necessariamente concorrenziali. Il prezzo di trasferimento conforme all'*arm's length*, in definitiva, deve replicare il prezzo che si formerebbe nella particolare conformazione di mercato in cui è calata l'operazione, qualunque essa sia, al limite anche monopolistica.

Detto ciò, la soggezione economica – che secondo la circolare 32/9/2267 del 1980, come anticipato, risulta rilevante ai fini del presupposto soggettivo – si manifesta mediante un eccessivo squilibrio nei diritti e negli obblighi a favore di uno dei contraenti ed è la diretta conseguenza del potere di mercato cui è assoggettata la parte soccombente. Da queste considerazioni risulta che ogni condizione ed ogni prezzo concordati tra i due è per definizione prezzo di mercato¹¹⁰, in quanto mancano i presupposti perché il rapporto possa essere assimilato alle ipotesi di comunanza di interessi¹¹¹.

Per assurdo, infatti, ci potremmo imbattere nel caso in cui una transazione caratterizzata da soggezione economica, così come definita nella circolare, produca un aumento della pressione fiscale sulle due imprese complessivamente considerate, il che contrasta con il presunto scopo elusivo che deve sottendere la manipolazione dei prezzi. Ma tale conseguenza è perfettamente plausibile se la conformazione del prezzo è guidata dall'intento egoistico della parte contrattualmente forte di incrementare i propri ricavi.

Condurre un'attività di accertamento avverso una transazione stabilita in questi termini risulterebbe in una doppia imposizione impossibile da eliminare. Da una parte, infatti, vi sarebbe il maggior gravame cui è sottoposto il contribuente italiano per la rettifica del reddito. Dall'altra non vi sono i presupposti per la compensazione di questa maggior imposta attraverso

¹⁰⁹ Vedi Circolare 32/9/2267 del 1980, par. 4.

¹¹⁰ Vedi per un approfondimento Galardo S.M., *op. cit.*, pag. 83, che sottolinea come la soggezione in cui versa un'impresa nei confronti di un'altra è oggetto di una diversa disciplina, rientrando nelle fattispecie di abuso di posizione dominante normalmente oggetto di interesse delle normative antitrust, di cui certo non può farsi carico la normativa fiscale.

¹¹¹ Cfr. Maisto G., *Il «transfer price»*, *cit.*, pag. 69.

il *correlative adjustment* nello Stato della controparte, non ravvisandosi i presupposti per definire le due imprese parte di un gruppo¹¹².

L'incongruenza appena esposta sembra essere stata rilevata anche dal Ministero dell'economia e delle finanze. Lo Schema iniziale del decreto disciplinante i prezzi di trasferimento, infatti, riproponeva la nozione di controllo già emerso in sede di prime istruzioni ministeriali sul tema, collegandone il concetto, tra gli altri, alla sussistenza di un'«influenza dominante che una persona o un'impresa ha sulle decisioni commerciali o finanziarie di un'altra impresa»¹¹³. La versione finale, invece, contiene l'ulteriore aggiunta che tale influenza, per poter essere rilevante ai fini che ci interessa, deve essere esercitata «sulla base di **vincoli azionari o contrattuali**»¹¹⁴, richiedendo dunque un collegamento più stringente rispetto alla mera sottomissione economica.

È degno di nota, peraltro, il fatto che la versione aggiornata dell'art. 110, comma 7 del TUIR non contenga più il secondo periodo della norma previgente, che sottoponeva al regime dei prezzi di trasferimento l'attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti per conto della società estera. Tanto era bastato ad alcuni autori per estendere il concetto di controllo oltre l'ambito di gruppo, sul presupposto che «i processi decisionali dei soggetti coinvolti da tali operazioni possono essere alterati dal loro rispondere ad un unitario centro di interessi»¹¹⁵, quand'anche il soggetto residente sia indipendente da esso e accetti prezzi significativamente alti per timore di perdere un cliente essenziale.

2.3.6. *Le stabili organizzazioni*

La discussione concernente i destinatari della normativa di cui all'art. 110, comma 7 del testo unico delle imposte sul reddito non può considerarsi esaurita senza previamente accennare al tema delle stabili organizzazioni ed al trattamento fiscale a loro riservato.

La soluzione che vedeva le stabili organizzazioni escluse dall'ambito normativo dei prezzi di trasferimento, in quanto sprovviste di una personalità giuridica autonoma rispetto alla casa

¹¹² Vedi sul punto Ricci C., *La tassazione consolidata nell'Ires*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, pag. 51, per la quale il mero rapporto di controllo non è una condizione sufficiente per identificare il Gruppo. Esso, invece, «deve porsi come nesso, legame giuridico che, collegando più società, consenta ad una di esse di coordinare e dirigere l'attività delle altre, in vista del perseguimento di un interesse comune».

¹¹³ Art. 2, comma 1, lett. b), Schema di decreto recante le linee guida per l'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 110 comma 7 del testo unico delle imposte sui redditi approvato con d.P.R. 22 Dicembre 1986, n. 917, in materia di prezzi di trasferimento.

¹¹⁴ Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 14 maggio 2018, art. 2, comma 1, lett. b).

¹¹⁵ Della Valle E., *op. cit.*, pag. 144.

madre¹¹⁶, dev'essere definitivamente respinta. In ambito tributario, sia interno¹¹⁷ che internazionale¹¹⁸, è prevalente la *fiction iuris* che fa della *branch* un soggetto distinto dalla casa madre estera e, per ciò stesso e ai soli fini fiscali, autonomo centro di imputazione di negozi giuridici. Questo è un interessante punto di partenza per svolgere alcune riflessioni riguardanti il suo inquadramento ai fini della disciplina sui prezzi di trasferimento.

Il primo aspetto che preme rilevare è che da un punto di vista sostanziale la stabile organizzazione è una mera diramazione amministrativa, un'estensione – come viene talvolta definita – sprovvista di una propria personalità giuridica, attraverso cui la casa madre estera esercita la propria attività in un paese diverso da quello di residenza.

Si accennava, però, che le elaborazioni normative ne hanno fatto un'entità a sé stante ai fini delle imposte sul reddito e in tal senso il suo ambito operativo è chiaramente delimitato dalle funzioni svolte, dai rischi assunti e dai beni utilizzati. Questa autonomia è rafforzata dall'obbligo di rilevare i fatti di gestione che direttamente la interessano secondo un criterio soggettivo di collegamento territoriale e dall'obbligo di determinare il risultato di esercizio separatamente dalla casa madre (art. 152 del TUIR)¹¹⁹.

Detto ciò, bisogna capire come vanno inquadrati i fatti che interessano la *branch* nel novero delle fattispecie riguardanti la normativa delle transazioni infragruppo. A questo scopo possiamo individuare quattro tipi di operazioni idealmente differenti una dall'altra:

- a) transazioni tra impresa residente e stabile organizzazione estera di società estera;
- b) transazioni tra casa madre estera e la sua stabile organizzazione residente;
- c) transazioni tra impresa residente e la sua stabile organizzazione estera;
- d) transazioni tra impresa residente e stabile organizzazione residente di società estera.

I chiarimenti contenuti nella circolare 32/1980 dispongono, per quanto riguarda il primo caso, che le stabili organizzazioni non localizzate in Italia di società estere vadano riferite all'effettivo soggetto controllante indipendentemente dai profili di autonomia che possano essere riconosciute sul piano fiscale nelle varie giurisdizioni di residenza. Da tale assunto deriva che il controllo circa la sussistenza dei requisiti soggettivi del non residente dovrà riguardare *in*

¹¹⁶ Vedi Mayr S., *op. cit.*, pag. 1249 che esclude le stabili organizzazioni residenti di società estere abbracciando la nozione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile.

¹¹⁷ Secondo l'art. 152 del TUIR «la stabile organizzazione si considera entità separata e indipendente, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati».

¹¹⁸ Vedi Commentario all'art. 7, paragrafo 2 del Modello di Convenzione OCSE per evitare le doppie imposizioni.

¹¹⁹ Questa è la diretta conseguenza dell'applicazione del *separate entity approach*.

primis la casa madre situata in un paese terzo e, avuto riscontro positivo, i requisiti potranno ben essere estesi alla stabile organizzazione che di quella società rappresenta una manifestazione locale.

Seppur concettualmente giusta, la posizione del ministero confligge con la lettera della disposizione normativa, laddove il requisito soggettivo di «società», come notato in dottrina¹²⁰, non lascia spazio a fraintendimenti o interpretazioni «elastiche» di sorta. È pur vero, però, che abbracciando tale tesi restrittiva si perviene ad una soluzione non ottimale nonché contraria alla *ratio legis*¹²¹.

Quanto ai rapporti tra una stabile organizzazione residente e la sua casa madre estera, è necessario ricorrere al presupposto soggettivo interno. Come detto, il requisito rilevante in questo caso è l'assoggettamento all'imposta sul reddito d'impresa.

In questo senso la stabile organizzazione residente, che la normativa interna prende a riferimento per assoggettarla all'imposta sul reddito delle società, imponendo al contempo la determinazione del risultato d'esercizio a partire da un rendiconto economico e patrimoniale separato rispetto alla casa madre, è sicuramente soggetta alla disposizione di cui all'art. 110, comma 7, TUIR. A quest'ultimo articolo, del resto, è la legge stessa che fa esplicito riferimento quanto alla valutazione delle operazioni tra la *branch* e la sua casa madre estera (art. 152, comma 3 del TUIR).

Passando ai rapporti intercorrenti tra un'impresa residente in Italia ed una sua stabile organizzazione estera, in dottrina è stato sottolineato come il mancato riconoscimento di queste operazioni ai fini della legge sul *transfer pricing* avrebbe una serie di gravissime conseguenze, tra cui la distorsione al principio di neutralità fiscale della forma giuridica con cui viene esercitata l'attività, la discriminazione tra soggetti residenti e non, il sorgere di terreno fertile per schemi elusivi¹²².

Anche chi interpreta il progredire degli aggiornamenti normativi come l'intenzione del legislatore di restringere il concetto di società non residente non manca di sottolineare l'incoerenza di tale scelta con gli obiettivi primari della disciplina¹²³.

¹²⁰ In questo senso Fantozzi A., *op. cit.*, pag. 801.

¹²¹ La posizione maggioritaria riscontrata in dottrina propende per un concetto ampio del termine «società», attenendosi alla *ratio legis*. Vedi in questo senso Besio P., *op. cit.*, pag. 1595; Cordeiro Guerra R., *op. cit.*, pagg. 433-434; Maisto G., *Transfer pricing in Italy*, *cit.*, pag. 12; Maisto G., *Transfer pricing in Italy*, *cit.*, pag. 12.

¹²² Maisto G., *Transfer pricing*, *op. cit.*, pagg. 12-13.

¹²³ Vedi Besio P., *op. cit.*, pag. 1595.

Altri invece sottolineano come, quale che sia la risposta da dare a questo quesito, il reddito riferibile alla stabile organizzazione verrebbe comunque riassorbito nel reddito complessivo della casa madre secondo il principio della *worldwide taxation*¹²⁴, con ciò neutralizzandosi ogni tentativo di allocazione non *at arm's length* dell'imponibile tra Stati¹²⁵ e rendendo superflua l'applicazione del valore di libera concorrenza alle suddette operazioni.

Il caso non risulta di immediata soluzione anche per la mancanza di chiarimenti da parte del legislatore. Si ricorda, infatti, che la circolare 32/1980 aveva alla base una normativa in cui il controllo poteva essere esercitato solo da parte della società estera sull'impresa residente, mentre il Decreto MEF del 14 maggio 2018 nulla dice a questo proposito.

Una soluzione positiva a questo problema potrebbe rinvenirsi nella disciplina di cui all'art. 168-ter del TUIR, rubricato «esenzione degli utili e delle perdite delle stabili organizzazioni di imprese residenti». Secondo la disposizione *ivi* prevista, i componenti del reddito derivanti da transazioni tra l'impresa residente e la sua stabile organizzazione seguono i criteri di determinazione elaborati per il *transfer pricing* (a ciò si arriva tramite il richiamo, contenuto nel comma 10 dell'art. 168-ter, all'art. 152 del TUIR).

Non solo, ma ai loro rapporti si applicano le disposizioni di cui all'art. 26 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 concernenti l'esenzione da sanzioni per chi adotta il regime dell'onere documentale in materia di prezzi di trasferimento.

Il problema è però costituito dal fatto che il regime di esenzione *ex art.* 168-ter si applica dietro esercizio dell'opzione da parte del contribuente, per tutti gli altri valendo ancora il regime ordinario della *worldwide taxation*. Ci si chiede, a questo punto, se sia ammissibile un trattamento differenziato basato sulla scelta discrezionale del contribuente, o se sia preferibile adottare un'interpretazione estensiva che includa le operazioni tra residenti e le loro stabili organizzazioni nei parametri di applicazione del *transfer price*.

Vi possono essere, infine, operazioni tra imprese residenti e stabili organizzazioni italiane di imprese estere, legate alle prime da un rapporto di controllo. Dottrina prevalente propende per

¹²⁴ Si veda in nota 71 Carpenteri L., Lupi R., Stevanato D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2003, pag. 257.

¹²⁵ Senza pretesa di esaustività, il reddito prodotto dalla stabile organizzazione di un'impresa residente sconta il regime ordinario di tassazione (in assenza dell'opzione per la *branch exemption*). Esso prevede che il reddito attribuibile alla stabile organizzazione, determinato secondo criteri reciproci a quelli dettati per le stabili organizzazioni di società estere (art. 165, comma 2 del TUIR), siano inclusi nel reddito complessivo dell'impresa residente, mentre le imposte definitivamente assolte all'estero dalla stabile organizzazione possono essere recuperate in Italia attraverso il meccanismo del credito d'imposta (art. 165, comma 1 del TUIR).

l'esclusione dalla disciplina di dette fattispecie, in quanto si attrarrebbero entro il suo perimetro rapporti tra due soggetti che, come risulta da quanto detto finora, sono entrambi considerati «imprese residenti» ai fini del *transfer pricing*, e rientrano, dunque, nel cd. *transfer pricing* domestico¹²⁶.

2.4. Il presupposto oggettivo e il valore normale

Constatata la sussistenza dei presupposti soggettivi in capo alle controparti, ovvero la loro appartenenza al medesimo centro decisionale e la residenza all'estero di una di esse, bisognerà stabilire se le parti abbiano tenuto un comportamento contrario ai postulati dell'art. 110, comma 7 del TUIR.

Quest'ultimo si estrinseca mediante l'applicazione di un prezzo differente da quello che sarebbe stato praticato tra soggetti indipendenti in circostanze simili, risultando in un reddito inferiore rispetto al caso, opposto, in cui le parti contraenti fossero imprese indipendenti. Può accadere, d'altronde, che in virtù dei rapporti intercorsi il reddito del soggetto residente aumenti; in tal caso il contribuente ha il diritto di accedere ad una delle procedure di *corresponding adjustment* di cui si discuterà in seguito.

La disposizione dell'art. 110, comma 7 del TUIR specifica, per quanto riguarda il presupposto oggettivo, che ad essere sottoposti a rettifica saranno i «componenti del reddito» valutati ad un valore diverso da quello di libera concorrenza. Questo significa che ogni posta di bilancio può subire la scure della disposizione dell'art. 110, comma 7 del Testo Unico, che si tratti di costi o ricavi, plusvalenze o minusvalenze, sopravvenienze attive o passive e che derivino da operazioni ordinarie o straordinarie, relative alla gestione caratteristica o meno.

Detti componenti, è bene precisarlo, devono scaturire da «operazioni» effettive con le società associate, il che implica automaticamente l'esclusione di tutti quei componenti che in qualche modo riguardano l'impresa associata senza che, però, quest'ultima abbia preso parte attiva alla transazione in esame¹²⁷. La lettera della disposizione, infatti, non lascia dubbi circa la portata di questo aspetto laddove specifica che vi saranno sottoposti i componenti del reddito derivanti da operazioni *con* le società collegate.

¹²⁶ Vedi Besio P., *op. cit.*, pag. 1595.

¹²⁷ Vedi Cordeiro Guerra R., *op. cit.*, pag. 437, secondo cui deve sussistere «un rapporto di causa-effetto tra l'operazione posta in essere con il soggetto estero e la genesi della componente reddituale», con ciò intendendosi che «sarebbe erroneo pretendere di applicare il criterio del valore normale con riferimento all'entità della svalutazione operata da una società residente sulle azioni, da essa possedute, di società controllata non residente».

Come anticipato, il decreto-legge n. 50/2017 ha adeguato la formulazione dell'art. 110, comma 7, TUIR alle indicazioni OCSE in tema di prezzi di libera concorrenza. A ben vedere tale ritocco formale non risulterà in una sostanziale rivoluzione del presupposto oggettivo, dato che l'amministrazione finanziaria ha già avuto modo di chiarire che il valore normale di cui all'art. 9 del TUIR dev'essere interpretato, ai fini del *transfer pricing*, alla stregua del corrispondente principio di libera concorrenza previsto dagli organismi internazionali, dai quali la pratica nostrana doveva mutuare anche le modalità operative di determinazione del suddetto valore normale¹²⁸.

Ciononostante, possiamo affermare che la novella contribuirà a rendere la portata della disposizione un po' meno incerta, anche alla luce del fatto che l'adozione del principio internazionale di valore normale è avvenuto, fino ad ora, soltanto per mano della circolare ministeriale nr. 32/9/2267 risalente al 1980, mentre il mancato recepimento dell'*arm's length* a livello normativo nelle successive rivisitazioni della disposizione ha portato la dottrina a interrogarsi sulla compatibilità tra i più recenti principi OCSE e la circolare 32/1980¹²⁹.

2.4.1. Il valore normale anteriforma

Per comprendere perché il riferimento al «valore normale» è stato abbandonato a favore del principio di libera concorrenza dev'essere preliminarmente svolta un'analisi circa il raccordo tra i due concetti, quello elaborato dall'OCSE e che, trovando collocazione all'art. 9 del Modello di Convenzione, è stato minuziosamente sviscerato nelle *Transfer Pricing Guidelines*¹³⁰, e quello definito al terzo comma dell'art. 9 del Testo Unico.

Ebbene, secondo la disposizione dell'art. 9 del TUIR, per valore normale si deve intendere «il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o simili, 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».

Passando alle effettive modalità di determinazione del valore normale, emerge una preferenza del legislatore per il confronto dell'operazione sotto verifica con i listini e le tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi, con ciò richiedendo l'applicazione, in primo luogo, di quello che nei principi internazionali viene definito «metodo del confronto interno».

¹²⁸ Vedi la Circolare 32/9/2267 (Capitolo 2, par. 2) nella parte in cui specifica che «il concetto di valore normale (...) recepisce il principio di libera concorrenza consigliato dall'OCSE per la determinazione del prezzo di trasferimento (...)».

¹²⁹ Musselli A., Muselli A.C., *op. cit.*, pag. 271.

¹³⁰ Vedi *OECD Transfer Pricing Guidelines*, Capitolo 1.

Solo ove tale comparazione non fosse possibile perché, per esempio, non sono disponibili prezzi e listini del soggetto erogatore o, quando esistenti, non sono idonei ad esprimere il prezzo di libera concorrenza – questo sembra essere il significato da attribuire all’espressione *in quanto possibile*¹³¹ – si dovrà procedere con il «metodo del confronto esterno». Ciò emerge sia dal secondo periodo del comma 3, nella parte in cui si chiede di fare ricorso alle mercuriali ed ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, sia dalla definizione stessa di valore normale, nella parte in cui fa riferimento al prezzo mediamente praticato per beni e servizi della stessa specie o similari¹³².

In dottrina è stato fatto notare come il metodo del confronto espresso nella disposizione domestica non sia identica a quella espressa nel principio OCSE di libera concorrenza. Infatti, mentre l’*arm’s length principle* richiede di determinare il prezzo alle medesime condizioni risultanti dalla transazione in verifica, nella nozione interna non soltanto manca ogni riferimento alle condizioni del contratto¹³³, ma essa si spinge fino a predeterminare il momento di sostenimento del costo o di conseguimento del ricavo¹³⁴, inibendo di fatto il confronto con operazioni analoghe.

Se, poi, si considera che la previsione dell’art. 9 del Testo Unico, nel richiedere che venga fatto riferimento ai listini dell’impresa o alle mercuriali «tenendo conto degli sconti d’uso», introduce un’asserzione che esclude qualunque altra variabile attinente all’operazione in esame, si capisce come la disciplina italiana del valore normale assuma una connotazione contrastante con i principi elaborati in sede OCSE¹³⁵.

In maniera analoga anche la circolare 32/9/2267 secondo la quale, infatti, l’applicazione dell’art. 110, comma 7 del TUIR «comporta l’adozione, in via preferenziale del metodo del confronto di prezzo», assicurandosi che «il prezzo del costo o del ricavo e transazione oggetto di verifica [siano] pari a quello praticato in una vendita comparabile (...) i) tra imprese tra loro indipendenti (confronto esterno) oppure ii) tra un’impresa del gruppo ed un terzo indipendente (confronto interno)».

¹³¹ Cfr. Della Valle E., *op. cit.*, pag. 158. Sul punto vedi anche Tosi L., *Transfer pricing: disciplina interna e regime convenzionale*, in *Il Fisco*, 7/2001, pag. 2189.

¹³² Cfr. Della Valle E., *op. cit.*, pag. 159.

¹³³ Cfr. Maisto G., *Transfer pricing op. cit.*, pag. 16.

¹³⁴ Vedi su questo punto Musselli A., Muselli A.C., *op. cit.*, pag. 76; Maisto G., *Il «transfer price» op. cit.*, pag. 94; Maisto G., *Transfer pricing op. cit.*, pag. 16.

¹³⁵ *Ibidem*.

La circolare 32/1980, tuttavia, con un'interpretazione estensiva poco aderente al dato testuale dell'art. 9, TUIR, attraeva nella sua area di applicazione anche gli altri metodi di determinazione del valore normale previsti dalle raccomandazioni OCSE, sia quelli tradizionali – ossia il «*resale minus method*» e il «*cost plus method*» – che quelli alternativi – i cosiddetti «*profit based methods*»¹³⁶.

Ora, se il riconoscimento di valore legale al metodo del confronto del prezzo – nella sua accezione interna ed esterna e pur con le dovute obiezioni esposte poco sopra – è stata generalmente accolta in dottrina, il tema riguardante gli altri metodi ha visto nascere diversi pareri discordanti.

Alcuni, infatti, hanno categoricamente escluso la compatibilità di tutti i summenzionati metodi (diversi dal confronto del prezzo) con il comma 3 dell'art. 9, D.P.R. 917/86 facendo leva sulla diversa *ratio* che sottende ai principi OCSE, che dispongono la sostituzione, al corrispettivo pattuito, del prezzo che sarebbe stato praticato tra indipendenti, in contrasto alla *ratio* della normativa interna, incentrata invece sull'individuazione di un valore normale tutte le volte in cui il corrispettivo non esiste o non è espresso in denaro; sicché, quando il confronto non può essere svolto per mancanza di comparabili, tale sostituzione non può aver luogo¹³⁷.

Altri, abbracciando una posizione più morbida, sostenevano la compatibilità del *cost plus* e del *resale minus* quali applicazioni indirette del confronto del prezzo ma escludevano, al contempo, che si possa giungere alla stessa conclusione per quanto riguarda i metodi reddituali, se non estendendo oltremodo l'interpretazione dell'art. 9 del TUIR¹³⁸.

¹³⁶ In particolare, il Capitolo III, punto 4.a tratta della «ripartizione dei profitti globali», che a rigor di logica consisterebbe in una versione del «*global formulary apportionment*» oggetto di analisi nel Progetto di Rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento del 1995. Tale metodo, in sintesi, consiste nella ripartizione dell'utile globale della transazione sotto indagine (o di una serie di transazioni funzionalmente collegate) in base ad un criterio di riparto predeterminato. Nella circolare 32/1980 tale criterio è individuato nei costi sostenuti dalle singole imprese che hanno preso parte all'operazione.

Nel merito va precisato che il metodo è stato criticato per la sua bassa aderenza ai principi di libera concorrenza espressi dall'*arm's length*, alcuni degli aspetti più critici essendo: (i) la difficoltà nel raggiungere un accordo tra le amministrazioni finanziarie in merito al criterio di riparto da adottare; (ii) il fatto che la prevedibilità del criterio possa incentivare l'adozione di comportamenti opportunistici; (iii) la globalità della tassazione significherebbe sancire l'abbandono del principio della tassazione del reddito delle singole imprese, mettendo in discussione l'applicabilità delle ritenute fiscali sui pagamenti transfrontalieri di interessi ed altre somme. Per un approfondimento sul tema si faccia riferimento a Maisto G., *Il progetto di rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, pagg. 357 ss.

¹³⁷ Cfr. Cordeiro Guerra R., *op. cit.*, pag. 438; Della Valle E., *op. cit.*, pag. 159.

¹³⁸ Vedi in questo senso Camozzi M., *Il Transfer pricing*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti di Milano*, suppl. al n. 4, 19992, pag. 150, citato in Musselli, *op. cit.*, pag. 77. Di diverso avviso Musselli (pag. 273), secondo cui la locuzione «in quanto possibile» indicherebbe solamente un ordine di preferenza, collocando il metodo CUP al vertice tra le metodologie da utilizzare, ma non esclude affatto l'applicabilità degli altri metodi suggeriti nelle direttive OCSE.

Altri ancora ritenevano, per contro, che la partecipazione dell'Italia all'organismo che ha elaborato i criteri di determinazione dell'*arm's length* e il fatto che l'amministrazione finanziaria abbia pubblicato una versione tradotta del Rapporto OCSE stesse a indicare la piena adesione della normativa interna ai principi internazionali che dovevano fungere, peraltro, da criteri interpretativi della disposizione dell'art. 9 del TUIR¹³⁹ ¹⁴⁰.

L'aderenza a tale ultimo filone poneva l'ulteriore problema di determinare la compatibilità dell'art. 9, D.P.R. 917/86 con le future evoluzioni delle direttive OCSE: bisognava capire, cioè, se le raccomandazioni internazionali in materia di *transfer price* man mano introdotte avrebbero potuto fungere da criteri interpretativi della normativa interna – anche tenendo conto delle istruzioni ministeriali fornite nella circolare 32/1980 – o se ad un tale risultato si potesse arrivare solamente attraverso un corrispondente aggiornamento del testo unico delle imposte sul reddito.

La questione è stata risolta nel senso di considerare le direttive OCSE correnti, insieme alla circolare del 1980 ove compatibile e a quelle ancora da emanarsi¹⁴¹, valido strumento interpretativo della normativa sui prezzi di trasferimento¹⁴². Tale conclusione sarebbe avallata sia dalla giurisprudenza, che ha sempre fatto ricorso ai criteri internazionali per la determinazione del prezzo di libera concorrenza, sia dal Ministero dell'Economia e delle Finanze che ha richiesto l'utilizzo dei criteri OCSE più recenti durante i controlli fiscali¹⁴³.

Per concludere, possiamo ritenere l'intervento chiarificatore del legislatore del D.L. 50/2017 alquanto opportuno ai fini di una maggiore certezza del diritto. Il mancato recepimento negli anni del concetto di valore normale come definito a livello internazionale, pur non ostacolando il ricorso da parte dell'amministrazione fiscale, restava fonte di dubbi interpretativi finora mai sopiti.

2.4.2. *Il valore normale post-riforma: il prezzo di libera concorrenza*

Con il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 14 maggio 2018, come richiesto dall'art. 110, comma 7, TUIR sono stati introdotti i principi che dovranno d'ora in poi guidare gli operatori nella determinazione del valore di libera concorrenza. Le linee guida sono

¹³⁹ Cfr. Maisto, Il «Transfer price» *op. cit.*, pagg. 24-25, nota 23.

¹⁴⁰ Secondo Musselli (Transfer Pricing *op. cit.*, pag. 273), il riferimento alle «condizioni di libera concorrenza» contenuto nel comma 3, dell'art. 9, TUIR «non possono che far riferimento alle condizioni praticate (in situazioni simili) da operatori indipendenti» cui fanno riferimento le direttive OCSE.

¹⁴¹ Cfr. Marini G., *In arrivo per le multinazionali e il Fisco il nuovo rapporto OCSE sul transfer pricing*, in *Rass. trib.*, 11/1995, pag. 1796.

¹⁴² Vedi Musselli A., Musselli A.C., *op. cit.*, pagg. 271 ss.

¹⁴³ Vedi *OECD 2006 Transfer pricing country profiles Italy*, citato in Musselli, *op. cit.*, pag. 78.

particolarmente scarse in questo senso, soprattutto se confrontate con quelle elaborate dall'OCSE ma ritengo, considerando che il Decreto attuativo si ispira alle consolidate pratiche internazionali e che lo stesso anticipa l'emanazione di ulteriori disposizioni applicative conformi alle Linee Guida dell'OCSE¹⁴⁴, che si possa benissimo fare riferimento a queste ultime per quanto non disposto nella circolare stessa.

Il punto focale della circolare è la piena aderenza all'*arm's length principle* elaborato negli anni dall'OCSE. È stato sottolineato come tale approccio sia la migliore approssimazione delle condizioni di mercato nei casi in cui le operazioni siano condotte tra imprese associate e che, pur considerando le difficoltà di applicazione, il metodo risulta attribuire alle società del gruppo adeguati livelli di reddito, tali da poter essere accettati dalle amministrazioni fiscali¹⁴⁵.

La determinazione del prezzo *at arm's length* prevede, come prima cosa, lo svolgimento di un'«analisi di comparabilità» tra le condizioni della transazione controllata con quelle che sarebbero state stabilite tra imprese indipendenti¹⁴⁶. Nello specifico, la circolare considera comparabili due operazioni quando *i)* nessuna delle differenze riscontrabili tra esse incide in maniera significativa sull'indicatore finanziario utilizzabile in applicazione del metodo prescelto o, *ii)* qualora tali differenze siano significative, opportune rettifiche possano essere apportate per eliminare gli effetti negativi sulla comparazione (Decreto 14 maggio 2018, art. 3, comma 1).

Il MEF identifica poi una serie di fattori di comparabilità che devono essere presi in considerazione per stabilire quando due o più operazioni possono essere confrontate, riproponendo quanto previsto nelle *Transfer Pricing Guidelines* al paragrafo 1.36 del Capitolo I. Tra i fattori contemplati vi sono *i)* i termini contrattuali delle operazioni, *ii)* le funzioni svolte da ciascuna delle parti coinvolte, *iii)* le caratteristiche dei beni ceduti e dei servizi prestati, *iv)* le circostanze economiche delle parti e del mercato in cui esse operano, *v)* le strategie aziendali perseguite.

Per quanto riguarda la prestazione di servizi tra associate, analogamente a quanto stabilito nelle più recenti *Guidelines* dell'OCSE (Capitolo VII, paragrafo 7.61), è previsto che per quelli a basso valore aggiunto¹⁴⁷ il prezzo di libera concorrenza, in virtù della loro scarsa importanza,

¹⁴⁴ Vedi Decreto MEF 14 maggio 2018, articolo 9.

¹⁴⁵ OECD *Transfer Pricing Guidelines*, paragrafo 1.14.

¹⁴⁶ *Ivi*, paragrafo 1.33.

¹⁴⁷ Secondo l'art. 7, comma 2 del Decreto, sono considerati a basso valore aggiunto i servizi che hanno natura di supporto, non costituiscono oggetto dell'attività principale del gruppo e non richiedono l'uso di beni immateriali unici né comportano l'assunzione di rischi significativi per il fornitore.

consista in un *mark-up* del 5 per cento sui costi diretti ed indiretti connessi alla fornitura del servizio stesso (Decreto 14 maggio 2018, art. 7, comma 1)¹⁴⁸.

L'articolo 4 del Decreto è dedicato, invece, ai metodi veri e propri per la determinazione del prezzo di trasferimento. La loro applicazione presuppone un'analisi operazione per operazione, in modo da approssimare il più possibile il prezzo di libera concorrenza. Tuttavia, quando non può essere svolta una valutazione separata in maniera affidabile, è consentito aggregare le operazioni che risultano strettamente correlate tra loro o che formano un complesso unitario (articolo 5)¹⁴⁹.

I metodi di valutazione *at arm's length* che la Circolare prende in considerazione sono quelli previsti dall'OCSE e si distinguono in tradizionali e reddituali.

1. Metodi tradizionali

- a) Il **metodo del confronto del prezzo** (*Comparable Uncontrolled Price Method* o CUP) consiste nel confronto del prezzo praticato nello scambio di beni o nella prestazione di servizi in una transazione controllata con quello praticato nello scambio di beni e servizi in una transazione comparabile non controllata condotta tra (i) un'impresa del Gruppo ed un'impresa terza indipendente (*confronto interno*), oppure (ii) tra due imprese esterne al Gruppo e, al contempo, tra loro indipendenti (*confronto esterno*).

Quando è possibile procedere all'applicazione del CUP, esso risulta di gran lunga il più affidabile. Tuttavia, la natura del metodo lo rende utilizzabile in casi molto rari (principalmente per i beni *commodities*), in quanto il prezzo tende ad eguagliarsi quando i beni sono fungibili e anche una lieve differenza qualitativa¹⁵⁰ tra essi può rendere le transazioni non comparabili¹⁵¹.

- b) Il **metodo del prezzo di rivendita** (*Resale Price Method* o RPM) è basato sul confronto tra il margine lordo che un soggetto realizza rivendendo a terzi un bene

¹⁴⁸ Nonostante non sia esplicitamente richiesto nel Decreto, l'allocatione di questi costi tra le associate dovrebbe avvenire secondo la procedura prevista dalle Linee Guida dell'OCSE (paragrafo 7.56 ss.).

¹⁴⁹ Secondo le *Transfer Pricing Guidelines* (Capitolo 3: Analisi di comparabilità, par. 3.9), alcuni esempi di quando risulta opportuno aggregare le transazioni ai fini della valutazione possono includere: a) contratti a lungo termine per la fornitura di beni e servizi, b) diritto all'utilizzo dei beni immateriali e c) fissare il prezzo di una gamma di prodotti strettamente correlati, quando è difficile determinare il prezzo di ogni singolo prodotto o servizio.

¹⁵⁰ Differenze nelle proprietà fisiche, nella qualità, nell'affidabilità del bene o della natura del servizio sono tutti fattori da tenere in considerazione nel confronto di prezzo.

¹⁵¹ Eventuali correzioni che possono essere apportate con sufficiente grado di affidabilità riguardano le condizioni esogene alle caratteristiche del bene, come il prezzo di riferimento collegato al momento della transazione (vendita spot o a termine), eventuali costi di trasporto e di assicurazione e così via (vedi *OECD Transfer Pricing Guidelines 2017*, Capitolo 2, par. 2.14 ss.).

precedentemente acquistato presso imprese associate con il margine lordo realizzato in operazioni non controllate. A differenza del CUP, il metodo del prezzo di rivendita ha il pregio di non essere influenzato dalle differenze dei beni in quanto il margine è condizionato dalle funzioni svolte, dai beni impiegati e dai rischi assunti.

- c) Il **metodo del costo maggiorato** (*Cost-Plus Method* o CPM) consiste nell'applicare un adeguato margine di profitto ai costi sostenuti dall'impresa che fornisce i beni e i servizi in una transazione controllata. Il margine di profitto viene determinato facendo riferimento a quello conseguito in operazioni non controllate. La criticità maggiore inerente al CPM riguarda l'assenza di uniformità nei principi contabili e nei criteri di contabilizzazione dei costi. Infine, come per il RPM, il CPM abbandona l'analisi delle caratteristiche del bene per concentrarsi, invece, sulle funzioni svolte.

Sia il *Resale Price Method* che il *Cost-Plus* richiedono un confronto del margine lordo conseguito nella transazione controllata con quello che scaturisce da un'operazione indipendente. Poiché, però, le transazioni hanno natura diversa – il *Resale Price* guarda al margine ricavato dalle operazioni di commercializzazione mentre il *Cost-Plus* a quello ricavato dalla fornitura di beni e servizi – il primo risulta più utile quando si applica ai rivenditori mentre il secondo ai fornitori¹⁵².

2. *Metodi reddituali*

- d) Il **metodo del margine netto della transazione** (*Transactional Net Margin Method* o TNMM) ha come riferimento il rapporto tra il margine netto ed una base appropriata (come gli oneri, il fatturato, il totale attivo) che il contribuente realizza in una transazione infragruppo. Tale indicatore viene in seguito confrontato con il medesimo rapporto realizzato in transazioni non controllate. Il pregio del metodo consiste nel fatto che a differenza del margine lordo, il margine netto risente meno di alcune differenze nelle funzioni esercitate¹⁵³. L'altro lato della medaglia consiste nella difficoltà a reperire informazioni aggiornate sulle transazioni indipendenti, risultando spesso nell'impossibilità di applicare il TNMM al momento della transazione (anche se questo problema può essere mitigato ricorrendo alle serie storiche)¹⁵⁴.

¹⁵² OECD *Transfer Pricing Guidelines 2017*, Capitolo 2, par. 2.27.

¹⁵³ *Ivi*, paragrafo 2.68.

¹⁵⁴ *Ivi*, paragrafo 2.71.

- e) Con il **metodo transazionale di ripartizione degli utili** (*Transactional Profit Split Method* o PSM) l'utile lordo di una transazione controllata viene imputato ad ogni impresa associata che vi ha preso parte secondo un criterio di ripartizione analogo a quello che sarebbe stato stabilito in un'operazione simile non controllata, tenendo conto del contributo offerto da ciascuna impresa in ragione delle funzioni svolte, dei beni impiegati e dei rischi assunti.

Il Decreto attuativo ripropone il principio della *best method rule* dell'OCSE, secondo cui va adoperato il metodo migliore in considerazione dell'affidabilità delle informazioni raccolte, delle rettifiche adoperate, della disponibilità di *comparables*, ecc.; tuttavia, conferisce una supremazia gerarchica ai metodi tradizionali su quelli reddituali ed al metodo del confronto del prezzo rispetto a tutti gli altri metodi (art. 4, comma 3)¹⁵⁵.

Può accadere, d'altronde, che nessuno di questi metodi consenta di approssimare il prezzo di libera concorrenza con sufficiente grado di affidabilità. In questi casi il contribuente può applicare un metodo diverso da quelli descritti sopra a condizione che possa approssimare il risultato che otterrebbero imprese indipendenti in circostanze comparabili (art. 4, comma 5).

2.4.3. *Il transfer pricing nelle operazioni con corrispettivo nullo*

In chiusura di questa breve analisi del presupposto oggettivo, segnalo un interessante punto riguardante la determinazione dei prezzi di trasferimento nei casi, tutt'altro che rari, in cui le parti concordino un prezzo nullo. Mi riferisco, in particolare, ai casi di finanziamenti tra società consociate con la pattuizione di un corrispettivo (tasso di interesse) nullo.

Seppur sembri naturale l'attrazione di questa fattispecie alla disposizione dell'art. 110, comma 7 del TUIR, in realtà la questione è tutt'altro che di immediata soluzione. Se, infatti, dovessimo attenerci al puntuale dato letterale della disciplina in commento, noteremmo che l'operazione *de qua* non genera alcun componente reddituale, e che dunque non vi è nulla da confrontare con i prezzi praticati tra parti indipendenti, in quanto l'operazione è suscettibile di modificare solamente i saldi di Stato Patrimoniale¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Nessun altro ordine di gerarchia è contemplato né dal provvedimento in commento, né dall'OCSE (per esempio tra *Resale Price* e *Cost-Plus* o tra TNMM e *Profit Split*). Tuttavia, la giurisprudenza di merito ha ravvisato una graduatoria nell'ordine di esposizione dei vari metodi di determinazione del prezzo di trasferimento (vedi CTR Lombardia, Sent. 21 novembre 2018, n. 5005).

¹⁵⁶ Vedi Cass., Sez. civ., sentenza 19 dicembre 2014, n. 27087, secondo cui la natura infruttifera dell'operazione «esclude “*ab origine*” dalla operazione di finanziamento qualsiasi incidenza sulla produzione del reddito della società mutuante, e dunque rende privo di oggetto (in difetto della prestazione delle mutuarie avente ad oggetto il pagamento degli interessi corrispettivi) il criterio di verifica del “valore normale” della prestazione incrementativa del reddito della società controllante».

Se, quindi, la *ratio* della normativa consiste nell'evitare iniqui spostamenti di imponibile tra giurisdizioni fiscali mediante l'alterazione dei prezzi di trasferimento e a danno del Fisco italiano, nella situazione sopra prospettata tale rischio non sussiste in quanto non vi è variazione del reddito¹⁵⁷.

Dice, infatti, la Cassazione, che «il senso della norma [dell'art. 110, comma 7 del TUIR] che deriva dal significato letterale delle parole, ed in particolare dalla corrispondenza logica tra l'*incipit* e la proposizione finale del testo normativo, impone di riconoscere che le operazioni infragruppo transfrontaliere che debbono essere regolate al "valore normale" sono solo quelle da cui "derivano" componenti di reddito (positivi o negativi)»¹⁵⁸.

È da segnalare, tuttavia, che l'aderenza a tale conclusione significa escludere dall'applicazione della norma sui prezzi *intercompany* i mutui infruttiferi e, allo stesso tempo, sottoporvi quelli che prevedono la corresponsione di interessi anche irrisori. Tale incoerenza è stata sottolineata anche in recenti decisioni dei Giudici di legittimità.

La Corte di Cassazione, con sentenza del 30 giugno 2016, n. 13387, ha sottolineato che se l'art. 110, comma 7 del TUIR è finalizzato ad impedire trasferimenti surrettizi di ricchezza in favore di una società del gruppo non residente, con sottrazione di materia imponibile alla tassazione nazionale, si deve ritenere che l'applicazione della disposizione sui prezzi di trasferimento deve avvenire non solo nei confronti delle transazioni da cui derivano maggiori costi o minori ricavi, ma, a maggior ragione, a quelle in cui i ricavi siano nulli¹⁵⁹.

In questo caso, infatti, il trasferimento di ricchezza all'estero si attua mediante l'erogazione di un finanziamento a corrispettivo nullo, laddove la società non residente, qualora fosse stata costretta a ricorrere al mercato dei capitali, avrebbe dovuto scontare un tasso di interesse in linea con i valori di mercato.

Pertanto, se il meccanismo della normativa sul *transfer pricing* prevede il confronto dell'operazione sotto accertamento con operazioni analoghe in condizioni di indipendenza dei contraenti, tale confronto deve avvenire a prescindere dalla natura, onerosa o meno, della transazione.

¹⁵⁷ Così Della Valle E., *Il transfer price*, *op. cit.*, pagg. 151-152.

¹⁵⁸ Così Cass., Sez. civ., sentenza 19 dicembre 2014, n. 27087. In senso analogo Cass. n. 15005/2015.

¹⁵⁹ In senso conforme si veda Cass. n. 27018/2017 e Cass. n. 1102/2019.

CAPITOLO III

MISURE PER L'ELIMINAZIONE DELLA DOPPIA IMPOSIZIONE

3.1. Misure posteriori per l'eliminazione della doppia imposizione

La ripresa a tassazione della differenza tra prezzo di libera concorrenza e quello effettivamente convenuto fra le associate, detta *primary adjustment*¹⁶⁰, fa sorgere il fenomeno della doppia imposizione in capo al contribuente. Per quel che concerne il *transfer pricing*, possiamo riscontrare la doppia imposizione di natura economica – se riguarda entità del gruppo giuridicamente distinte – o di tipo giuridico – quando la rettifica è riconducibile ai rapporti tra casa madre e stabile organizzazione, la cui distinta soggettività deriva, come detto, da una *fiction iuris* limitata esclusivamente al settore della fiscalità¹⁶¹.

Il fenomeno della doppia tassazione è contrario sia ai principi nazionali (art. 163 del TUIR) che a quelli di stampo internazionale racchiusi nelle Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, da cui origina la particolare disciplina volta alla deflazione degli effetti negativi derivanti dal sovrapporsi di giurisdizioni fiscali nella tassazione dei Gruppi multinazionali.

Il meccanismo di contrasto ai fenomeni di doppia imposizione prevede che a fronte della contestazione, all'estero, di un maggior imponibile in funzione della normativa sui prezzi di trasferimento, l'autorità competente dello Stato di residenza debba a sua volta riconoscere una rettifica, di pari importo ma di segno opposto, nota come *corresponding adjustment*¹⁶².

Sullo specifico punto, la rettifica in diminuzione del reddito era riconosciuta dall'art. 110, comma 7 del TUIR nella sua forma previgente solamente 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.

Si tratta, in particolare, della cosiddetta *Mutual Agreement Procedure* prevista dai trattati internazionali contro le doppie imposizioni e conforme all'art. 25 della Convenzione Modello OCSE, e della Convenzione Arbitrale n. 90/436/CEE, resa esecutiva con legge 22 marzo 1993,

¹⁶⁰ Essa può conseguire da rettifiche unilaterali da parte del contribuente in conformità alla disposizione sui prezzi di trasferimento, può essere la conseguenza di un avviso di accertamento, dell'attuazione di un APA e così via.

¹⁶¹ Cfr. Formica G., Lillo D., *Transfer Pricing e doppia imposizione: nuovi strumenti di risoluzione*, in *Il Fisco* 26/2018, pagg. 2507 ss.

¹⁶² La maggior parte dei trattati contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia non includono clausole di *corresponding adjustment* analoghe a quelle previste dall'art. 7, par. 3 e art. 9, par. 2 della Convenzione modello OCSE. L'Italia, tuttavia, si è riservata il diritto di inserire nei trattati bilaterali una previsione secondo cui i *corresponding adjustments* di cui al paragrafo 2 dell'art. 9 verranno effettuati in accordo con la *Mutual Agreement Procedure* prevista nella Convenzione bilaterale (vedi *OECD Commentary on art. 9*, para 17.1).

n. 99, il cui ambito applicativo è peraltro limitato alle sole rettifiche da *transfer pricing*. Tali procedure, a dire il vero, possono essere invocate non soltanto a copertura della maggiore imposizione subita all'estero dalla consociata, ma anche in anticipazione della *primary adjustment* operata dallo Stato di residenza, evitando così il sorgere stesso della doppia imposizione sui redditi¹⁶³.

Il processo di armonizzazione dell'ordinamento interno con i principi stabiliti a livello internazionale ha portato all'emendamento dell'art. 110, comma 7 del TUIR e all'introduzione del nuovo art. 31-quater nel D.P.R. 600/1973. Con ciò vengono ampliate le ipotesi di rettifica in diminuzione del reddito che ora possono essere riconosciute:

- a) oltre che in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle procedure amichevoli, rinvenibili sia nelle Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni in vigore tra l'Italia e gli Stati partner dei trattati (procedura disciplinata dall'art. 25 della Convenzione OCSE) che nella Convenzione Arbitrale n. 90/436/CEE riguardante la composizione delle controversie in ambito comunitario,

anche nelle seguenti due ipotesi:

- b) a conclusione dei controlli effettuati nell'ambito di attività di cooperazione internazionale i cui esiti siano condivisi dagli Stati partecipanti;
- c) a seguito di istanza da parte del contribuente da presentarsi secondo le modalità e i termini previsti con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, a fronte di una rettifica in aumento definitiva e conforme al principio di libera concorrenza effettuata da uno Stato con il quale è in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni.

3.2. MAP da Convenzione bilaterale

Tutte le convenzioni bilaterali stipulate dall'Italia contengono una clausola conforme all'art. 25 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni¹⁶⁴. La disposizione disciplina

¹⁶³ Si veda Garbarino C., *La tassazione delle società e dei gruppi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 81; *OECD Manual on Effective Mutual Agreement Procedures* (MEMAP) del 2007, par. 2.1.1.

¹⁶⁴ L'art. 25 del Modello OCSE recita:

«1. Quando una persona ritiene che le misure adottate da uno o da entrambi gli Stati contraenti comportano o comporteranno per essa un'imposizione non conforme alle disposizioni della presente Convenzione, essa può, indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale di detti Stati, sottoporre il caso all'autorità competente di entrambi gli Stati contraenti. Il caso deve essere sottoposto entro tre anni dalla prima notifica della misura che comporta la tassazione non conforme alle disposizioni della Convenzione.

la cd. *Mutual Agreement Procedure* (di seguito MAP), meccanismo attivabile qualora il contribuente sia stato sottoposto a doppia imposizione. Una procedura MAP da Convenzione bilaterale può essere attivata su iniziativa del contribuente – fattispecie a cui sono dedicati i paragrafi 1 e 2 – o su iniziativa diretta delle autorità competenti – caso disciplinato dal paragrafo 3. Ai sensi del quinto paragrafo, inoltre, se la procedura amichevole non termina con un accordo, il contribuente può fare ricorso alla procedura arbitrale, in cui la decisione è devoluta ad una speciale commissione costituita da persone indipendenti e la cui soluzione, a determinate condizioni, risulta vincolante per le autorità competenti.

Nonostante la MAP graviti intorno al contribuente, ed anzi si apra proprio su iniziativa di quest'ultimo¹⁶⁵, essa ha ad oggetto una disputa tra gli Stati contraenti per delimitare di comune accordo la propria potestà impositiva e avrà come conseguenza la ripartizione della materia imponibile tra gli stessi¹⁶⁶. Il contribuente, per contro, non è parte in causa e la sua partecipazione sarà alquanto marginale, limitata all'esibizione di tutta la documentazione necessaria per la decisione del caso alle autorità competenti e, per quanto attiene alle rettifiche dei prezzi di trasferimento *intercompany*, all'esposizione delle proprie ragioni verbalmente o

2. L'autorità competente, se il ricorso appare fondato e se essa non è in grado di giungere ad una soddisfacente soluzione, farà del suo meglio per regolare il caso per via di amichevole composizione con l'autorità competente dell'altro Stato contraente, al fine di evitare una tassazione non conforme alla Convenzione. Ogni accordo sarà applicato nonostante qualsiasi limitazione di tempo previsto dalle legislazioni nazionali degli Stati contraenti.

3. Le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere per via di amichevole composizione le difficoltà o i dubbi inerenti all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione. Esse potranno altresì consultarsi al fine di eliminare la doppia imposizione nei casi non previsti dalla Convenzione.

4. Le autorità competenti degli Stati contraenti potranno comunicare direttamente tra loro, inclusivamente tramite una commissione congiunta formata da loro stesse o dai loro rappresentanti, allo scopo di raggiungere un accordo ai sensi dei paragrafi precedenti.

5. Quando,

a) ai sensi del paragrafo 1, una persona ha presentato il caso all'autorità competente di uno degli Stati contraenti sul presupposto che le azioni di uno o di entrambi gli Stati contraenti sono risultate per quella persona in un'imposizione non conforme alle previsioni di questa Convenzione, e

b) le autorità competenti non sono in grado di raggiungere un accordo per risolvere il caso ai sensi del paragrafo 2 entro due anni dal momento in cui le informazioni richieste dalle autorità competenti per risolvere il caso sono state presentate ad entrambe le autorità competenti, ogni questione irrisolta risultante dal caso dev'essere sottoposta ad arbitraggio se la persona lo richiede in forma scritta. Dette questioni irrisolte non devono essere, tuttavia, sottoposte ad arbitraggio se una decisione su di loro è stata già resa da una Corte o da un Tribunale amministrativo di uno degli Stati. A meno che la persona direttamente interessata dal caso non accetti l'accordo amichevole che dà attuazione alla decisione arbitrale, la stessa dev'essere vincolante per entrambi gli Stati contraenti e dev'essere implementata indipendentemente da qualunque limite temporale previsto dalle leggi domestiche di questi Stati. Le autorità competenti degli Stati contraenti devono decidere di comune accordo le modalità di applicazione di questo paragrafo».

¹⁶⁵ Ad eccezione, come detto, dei casi di cui al terzo comma, in cui sono le autorità competenti ad avviare il procedimento di propria iniziativa, principalmente per decidere in merito a questioni legate all'interpretazione e/o applicazione della Convenzione bilaterale.

¹⁶⁶ Vedi sul punto Bantekas I., *The mutual agreement procedure and arbitration of double taxation disputes*, ACDI, Bogotà, 2008, pagg. 181-204.

per iscritto¹⁶⁷, nonché al diritto di essere informato in merito allo stato di avanzamento della procedura¹⁶⁸.

La procedura amichevole che di volta in volta trova collocazione nelle Convenzioni bilaterali stipulate dall'Italia non è necessariamente identica a quella elaborata dall'OCSE nel suo Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni. Infatti, più di tre quarti delle Convenzioni a cui partecipa l'Italia contengono una previsione che obbliga il contribuente ad avviare una procedura domestica prima di poter fare richiesta di MAP. Esse, inoltre, non rispettano la previsione del secondo periodo del paragrafo 2, riguardante l'indifferenza dei limiti di tempo previsti dalle legislazioni domestiche. Più della metà delle Convenzioni, infine, non include il secondo periodo del paragrafo 3, che consente alle autorità competenti di consultarsi per eliminare la doppia imposizione nei casi non previsti dalla Convenzione stessa¹⁶⁹.

In questo senso il nostro Paese non sempre risulta in linea con riferimento alle quattro aree chiave dell'*Action 14 Minimum Standard*¹⁷⁰ e, per rendere maggiormente efficace il meccanismo di risoluzione delle controversie internazionali, avrebbe quindi bisogno di rinegoziare la maggior parte delle Convenzioni stipulate. A questo fine l'Italia ha firmato, in data 7 giugno 2017, la «*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*» (cd. *Multilateral Instrument* o Strumento Multilaterale), che copre potenzialmente 80 Trattati e che dovrebbe rendere le procedure amichevoli previste dalle Convenzioni bilaterali perfettamente compatibili con il Modello OCSE. L'articolo 16 dello Strumento Multilaterale tratta, nello specifico, della procedura amichevole, mentre gli articoli dal 18-esimo al 26-esimo contengono una serie di previsioni con riferimento alla procedura arbitrale.

Segnalo che al momento l'Italia non ha ratificato lo Strumento Multilaterale e che fino alla piena entrata in vigore del medesimo si è impegnata ad aggiornare le Convenzioni vigenti via negoziazioni bilaterali con i Paesi che non hanno firmato lo Strumento. Per quelli, invece, che vi hanno aderito, le procedure MAP risulteranno compatibili ai *minimum standard* una volta entrato in vigore¹⁷¹.

¹⁶⁷ Cfr. paragrafo 40, punto c), del *Commentary on article 25*.

¹⁶⁸ Sulla cooperazione tra contribuente e autorità competenti all'interno di una procedura amichevole vedi anche l'*OECD Manual on Effective Mutual Agreement Procedures*, Sezione 3.3.3.

¹⁶⁹ *OECD MAP Peer Review Report*, op. cit., pag. 9.

¹⁷⁰ Queste quattro aree chiave riguardano (i) la prevenzione delle controversie, (ii) la disponibilità e l'accesso alla MAP, (iii) la risoluzione dei casi sottoposti a MAP e (iv) l'effettiva implementazione degli accordi amichevoli.

¹⁷¹ *OECD MAP Peer Review Report*, op. cit., pag. 9.

Nelle pagine che seguono verrà descritto il meccanismo della MAP risultante dalle procedure attualmente in vigore, segnalando all'occorrenza i principali aspetti che subiranno un aggiornamento con l'entrata in vigore della Convenzione Multilaterale e delle riserve a cui l'Italia ha dichiarato di aderire in conformità alla stessa.

3.2.1. *Composizione amichevole ai sensi dell'art. 25 del Modello OCSE*

La procedura di MAP convenzionale è «uno strumento di carattere internazionale di risoluzione delle controversie basato sulla collaborazione fra le autorità fiscali di due Stati contraenti»¹⁷², istituita nei casi che ricadono nel paragrafo 1 dell'art. 25 del Modello OCSE, nei casi, cioè, in cui il contribuente sia stato (o rischia di essere) assoggettato a tassazione contraria alle previsioni della Convenzione¹⁷³. La MAP può essere attivata anche in caso di difficoltà in merito all'interpretazione o applicazione della Convenzione o per l'eliminazione della doppia imposizione nei casi da essa non previsti (paragrafo 3, art. 25, Modello OCSE)¹⁷⁴.

La procedura riguarda, per quanto concerne il presente lavoro, la doppia tassazione che si genera dall'inclusione negli utili di un'impresa residente, e conseguente assoggettamento ad imposizione, degli utili di un'impresa associata estera, in applicazione della disposizione contenuta all'art. 110, comma 7 del TUIR¹⁷⁵.

Per quanto riguarda i primi due paragrafi dell'art. 25 del Modello OCSE, l'*iter* procedurale si apre con un ricorso, su iniziativa del contribuente gravato da tassazione, da presentare all'autorità competente dello Stato di residenza¹⁷⁶, ad eccezione del caso in cui la procedura

¹⁷² Cit. Tomassini A., Martinelli A., *L'accesso alla «Mutual Agreement Procedure» nell'«arbitration convention»*, in *Corr. Trib.*, 32/2012, pagg. 2494 ss.

¹⁷³ Tant'è che la MAP può essere richiesta anche in assenza di doppia imposizione, come nel caso in cui uno degli Stati contraenti tassa un componente di reddito che secondo la Convenzione è di esclusiva competenza dell'altro Stato contraente, ma quest'ultimo non è in grado di esercitare la propria potestà impositiva a causa di lacune legislative. Altre fattispecie possono riguardare il caso di un soggetto che ha la nazionalità in uno Stato contraente, ma è residente nell'altro Stato ed è sottoposto in quest'ultimo a tassazione discriminatoria secondo i termini dell'art. 24, paragrafo 1 della Convenzione OCSE (vedi Commentario all'art. 25, par. 13).

¹⁷⁴ In questo caso la procedura riguarda casi generali ed è avviata su iniziativa delle autorità competenti degli Stati contraenti.

¹⁷⁵ Le ipotesi di doppia imposizione derivante dalle rettifiche dei prezzi di trasferimento sono le fattispecie di gran lunga più ricorrenti assoggettate alla procedura in commento. Altri casi che rientrano nella previsione dell'art. 25 possono riguardare, per quanto attiene alle persone fisiche, le ipotesi di doppia residenza fiscale, di non corretta applicazione delle ritenute sui dividendi, interessi e *royalties*, di controversa qualificazione del reddito di lavoro percepito dal contribuente, mentre per quanto concerne le persone giuridiche vi rientrano le questioni relative alla qualificazione della stabile organizzazione, alla qualificazione dei redditi come utili d'impresa ovvero come diversa categoria disciplinata da specifiche disposizioni convenzionali ecc. (cfr. Agenzia delle Entrate, Circolare 5 giugno 2012, n. 21/E, paragrafo 4.2.2).

¹⁷⁶ Nel caso dell'Italia, in conseguenza del nuovo assetto organizzativo delle competenze in materia di procedure amichevoli per la risoluzione delle controversie internazionali, a partire dal 1° gennaio 2017 l'autorità competente a trattare casi specifici di doppia imposizione è l'Agenzia delle Entrate, mentre il Dipartimento delle Finanze

prevista dal primo paragrafo dell'art. 24, che tratta del principio di non-discriminazione¹⁷⁷, è avviata nello Stato di cui si ha la nazionalità¹⁷⁸.

In riferimento alle rettifiche dei prezzi di trasferimento, l'istanza di apertura della procedura amichevole viene normalmente presentata all'autorità competente dello Stato che ha esercitato l'imposizione oggetto di contestazione. Con la Circolare n. 21/E/2012 l'Agenzia delle Entrate ha ribadito, tuttavia, che al contribuente è concesso di presentare istanza nello Stato di residenza a prescindere da quale autorità abbia emesso l'atto da cui origina la doppia imposizione¹⁷⁹.

Il Modello OCSE prevede che il ricorso vada presentato entro tre anni¹⁸⁰ dalla prima notifica dell'atto che comporta la doppia tassazione. Si precisa che la procedura amichevole può essere validamente instaurata anche senza attendere che l'imposizione considerata non conforme alla Convenzione sia stata addebitata o notificata, essendo a tal fine sufficiente provare che «*the 'actions of one or both of the Contracting States' will result in such taxation, and that this taxation appears as a risk which is not merely possible but probable*»¹⁸¹.

Con specifico riguardo alla rettifica del reddito ai sensi dell'art. 110 comma 7 del TUIR, pertanto, il termine a partire dal quale il contribuente può proporre ricorso potrebbe essere fatto coincidere con la data di notifica dell'avviso di accertamento recante i rilievi che determinano il sorgere della doppia imposizione¹⁸². Sennonché, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che «la locuzione “prima notificazione della misura che comporta un'imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione” va letta nella maniera più favorevole al contribuente, conformemente all'interpretazione contenuta nel paragrafo 21 del Commentario all'articolo 25 del Modello OCSE». Il contribuente può, in base a questa interpretazione, attivarsi già in

rimane l'organo competente per le MAP relative a questioni generali derivanti dall'interpretazione o applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni (paragrafo 3 dell'art. 25 del Modello OCSE).

¹⁷⁷ Vi si fa ricorso quando il nazionale di uno degli Stati Contraenti viene sottoposto nell'altro Stato Contrante a tassazione o obblighi più onerosi rispetto ai nazionali di questo secondo Stato che si trovino nella medesima situazione.

¹⁷⁸ Nella versione aggiornata del Modello OCSE (anno 2017) il contribuente ha la possibilità di presentare istanza indifferentemente nell'uno o nell'altro Stato contraente. L'Italia ha ribadito la sua intenzione di voler soddisfare il *minimum standard* per il miglioramento della risoluzione delle controversie ai sensi del pacchetto *BEPS OECD/G20*, riservandosi pertanto di non includere detta previsione nei propri Accordi fiscali (vedi *BEPS Multilateral Instrument Position – Italy*).

¹⁷⁹ Vedi Circolare del 5 giugno 2012, n. 21/E dell'Agenzia delle Entrate, paragrafo 4.2.4. Nello stesso senso anche il Commentario all'art. 25, paragrafo 17 (versione 2014).

¹⁸⁰ Il periodo dei tre anni è un termine indicativo. La maggior parte – circa due terzi – delle Convenzioni stipulate dall'Italia fanno riferimento ad un limite di due anni dalla notifica dell'atto da cui deriva la doppia imposizione (*OECD MAP Peer Review Report, op. cit.*, pag. 23). In generale, si dovrà «fare riferimento diretto alle singole Convenzioni bilaterali stipulate dall'Italia con lo Stato estero di volta in volta interessato» (così Circ. 21/E del 2012, paragrafo 4.2.1).

¹⁸¹ Così Commentario all'art. 25, paragrafo 14.

¹⁸² Cfr. Circ. 05 giugno 2012, n. 21/E, paragrafo 4.2.3.

seguito alla notifica di un processo verbale di constatazione per arginare il rischio di doppia imposizione prima che questo diventi effettivo¹⁸³.

Una volta ricevuta l'istanza, all'Agenzia delle Entrate spetta in prima battuta accertare la fondatezza del ricorso, nonché il rispetto dei requisiti soggettivi ed oggettivi, verificando nello specifico che l'atto contestato abbia prodotto, o sia in astratto idoneo a produrre, una doppia imposizione in capo al contribuente. Allo scopo di accelerare il processo di valutazione e l'eventuale conseguente attivazione dei contatti con l'autorità competente estera, sarà pertanto opportuno che l'istanza contenga, unitamente al ricorso stesso, tutto il materiale informativo utile all'identificazione del contribuente e delle circostanze che possono determinare il sorgere dell'imposizione non conforme alla Convenzione, nonché ogni ulteriore documentazione di supporto atta a favorire l'attività istruttoria delle autorità competenti interessate alla procedura amichevole¹⁸⁴.

La procedura si suddivide in due fasi successive, logicamente distinte dal coinvolgimento o meno dell'autorità competente dello Stato estero.

Nella prima fase, in seguito alla presentazione dell'istanza, l'Agenzia delle Entrate deve valutare l'ammissibilità del ricorso nella sua duplice veste di regolare presentazione dell'istanza e di sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi, accertando la fondatezza della pretesa del contribuente, ovvero che le azioni di uno o di entrambi gli Stati siano idonee a determinare un'imposizione non conforme alla Convenzione bilaterale.

Ove l'istanza risulti ammissibile, in conformità al secondo paragrafo dell'art. 25 del Modello OCSE, l'autorità competente deve valutare la possibilità di rimediare unilateralmente all'imposizione ritenuta non conforme alla Convenzione. In particolare, quando l'imposizione contestata promani da un atto emesso dall'Agenzia delle Entrate, quest'ultima è tenuta a vagliare la possibilità di addivenire ad una soluzione con atto unilaterale, ossia in via di autotutela ai sensi dell'art. 2-quater, decreto-legge 30 novembre 1994, n. 564. Qualora l'imposizione sia dovuta parzialmente o integralmente ad un atto dell'autorità competente dello Stato estero, l'Agenzia delle Entrate valuta la possibilità di riconoscere un rimborso o uno sgravio al contribuente residente¹⁸⁵, se l'atto emesso dall'autorità competente estera viene ritenuto conforme al principio di libera concorrenza¹⁸⁶.

¹⁸³ Cfr. Tomassini A., Martinelli A., *L'accesso alla «Mutual Agreement Procedure» nelle convenzioni bilaterali*, in *Corr. Trib.*, 30/2012, pag. 2346.

¹⁸⁴ Cfr. Circolare n. 21/E del 2012, paragrafo 4.2.4.

¹⁸⁵ *Ivi*, paragrafo 4.2.8.

¹⁸⁶ Garbarino C., *op. cit.*, pag. 83.

La seconda fase ha inizio quando l'Agenzia delle Entrate constata l'impossibilità di un'autonoma eliminazione delle cause che hanno comportato o comporteranno il sorgere della doppia tassazione¹⁸⁷. In questo caso l'autorità competente dello Stato estero viene messa al corrente dell'intenzione di avviare la procedura amichevole.

Nei due anni successivi all'instaurazione della procedura amichevole gli Stati si devono adoperare per trovare una soluzione soddisfacente ai rilievi dell'istante. Il termine dei ventiquattro mesi decorre, come previsto dal paragrafo 70 del Commentario OCSE all'articolo 25, dal momento in cui tutte le informazioni richieste dalle autorità competenti per la risoluzione del caso sono state fornite ad entrambe le suddette autorità.

Ai sensi del paragrafo 4 dell'art. 25 del Modello OCSE, le autorità competenti decidono di comune accordo le modalità di consultazione reciproca. Vi è la possibilità, *in primis*, di comunicare direttamente tra loro via lettera, fax, telefono, incontri diretti e ogni altro mezzo ritenuto conveniente¹⁸⁸. Se lo ritengono necessario per la soluzione del caso, possono istituire una Commissione congiunta, la cui composizione e regole di funzionamento è devoluta a specifici accordi tra gli Stati contraenti¹⁸⁹.

Se la procedura amichevole ha esito positivo e le parti addiventano di comune accordo ad una soluzione soddisfacente, si riscontra l'ulteriore problema della convivenza tra il risultato della MAP ed eventuali procedimenti giudiziari instaurati in base alla legislazione interna necessari, secondo l'Agenzia delle Entrate, per evitare che in pendenza di procedura amichevole la pretesa impositiva si cristallizzi¹⁹⁰. È stato fatto notare come in caso di sentenza passata in giudicato confliggente con l'accordo amichevole, l'amministrazione finanziaria può trovarsi impossibilitata a rispettare le obbligazioni internazionalmente assunte con l'accordo¹⁹¹.

¹⁸⁷ A prescindere dalla possibilità di soluzione unilaterale o meno, l'Agenzia delle Entrate è tenuta all'emanazione dei provvedimenti di propria competenza, ove ricorrano i presupposti, in particolare il provvedimento di sospensione della riscossione o degli atti esecutivi (vedi Circolare 21/E del 2012, paragrafo 5.8).

¹⁸⁸ In linea di principio, l'Agenzia delle Entrate comunica mediante scambio di posizioni in forma scritta (*cd. position paper*) e successivi incontri negoziali (Circolare 21/E del 2012, par. 4.2.8).

¹⁸⁹ Secondo il Commentario all'art. 25, par. 60, gli Stati contraenti sono tenuti a garantire al ricorrente, nei casi proposti dinanzi alla Commissione congiunta, il diritto:

- 1) di poter presentare le proprie osservazioni, per iscritto o verbalmente, sia di persona che tramite un rappresentante;
- 2) di poter essere rappresentato da un consulente.

¹⁹⁰ L'espressione «indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale» inserita nelle maggior parte delle Convenzioni stipulate dell'Italia dev'essere letta nel senso che «l'attivazione della procedura amichevole non è in alternativa con la procedura contenziosa nazionale che va, in ogni caso, preventivamente instaurata laddove la controversia concerne un'applicazione delle imposte non conforme alla Convenzione» (così Circolare 21/E del 2012, paragrafo 4.2.5).

¹⁹¹ Cfr. Circolare 21/E del 2012, paragrafo 4.2.5.

Nel merito, l'Agenzia delle Entrate prospetta tre possibili scenari. Nel primo caso, se le autorità competenti pervengono ad un accordo per l'eliminazione della doppia imposizione in pendenza di procedimento giudiziario, l'esecuzione dell'accordo presuppone l'accettazione dei suoi termini da parte del contribuente e la contestuale rinuncia al ricorso giurisdizionale. Se il contribuente rifiuta i termini dell'accordo, il procedimento prosegue regolarmente. In ogni caso il contribuente è tenuto ad informare le autorità competenti in merito alla scelta operata¹⁹².

Qualora, invece, il giudicato intervenga prima che le parti riescano a raggiungere un accordo, l'Agenzia delle Entrate deve dare comunicazione dell'esito della sentenza all'autorità competente estera. Se con la sentenza la doppia tassazione non viene meno, la sua effettiva eliminazione dipenderà dalla conformazione o meno della giurisdizione fiscale estera alla decisione espressa dal giudice nazionale (Circ. 21/E del 2012, par. 4.2.5).

Una terza ipotesi, infine, consiste nella richiesta di sospensione del giudizio in attesa di un accordo tra le parti della procedura amichevole¹⁹³. Superati i termini procedurali senza il raggiungimento di un accordo, al ricorrente è concessa la facoltà di chiedere la riapertura del giudizio sospeso in attesa della MAP.

3.2.2. *Composizione arbitrale ai sensi dell'art. 25 del Modello OCSE*

Un'alternativa alla riapertura del processo consiste nell'instaurazione di una procedura arbitrale, possibilità introdotta per la prima volta nel 2008, quando all'art. 25 del Modello OCSE venne introdotta la disposizione del paragrafo 5. La previsione di una fase arbitrale era necessaria per superare l'inconveniente della mancanza di un obbligo di risultato per la procedura amichevole, essendo a tal fine sufficiente che le autorità facciano del loro meglio per addivenire alla soluzione prospettata.

Nella pratica, l'accesso alla fase arbitrale è sottoposto ad una serie di vincoli.

Il primo, ovviamente, è che a livello bilaterale venga negoziato (o rinegoziato) l'inserimento della clausola nelle nuove (o vigenti) Convenzioni per evitare le doppie imposizioni¹⁹⁴. Sul punto è da notare che con la firma della *Multilateral Convention*, l'Italia ha assunto l'impegno

¹⁹² *Ivi*, paragrafo 4.2.10.

¹⁹³ Tale previsione è legislativamente regolamentata dal comma 1-ter, art. 39, del D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546. Ai sensi della norma citata, il procedimento è sospeso «su richiesta conforme delle parti, nel caso in cui sia iniziata una procedura amichevole ai sensi delle Convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni stipulate dall'Italia ovvero nel caso in cui sia iniziata una procedura amichevole ai sensi della Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate n. 90/463/CEE del 23 luglio 1990». La sospensione riguarda necessariamente l'intero procedimento, senza possibilità di continuare il giudizio con riferimento, ad esempio, agli aspetti non rientranti nell'oggetto della procedura amichevole.

¹⁹⁴ Vedi Circolare 21/E del 2012, paragrafo 4.2.6.

di includere la clausola arbitrale in tutte le Convenzioni contro la doppia imposizione coperte dallo strumento multilaterale¹⁹⁵.

Il secondo vincolo richiede che il ricorrente esprima l'intenzione di sottoporre il proprio caso all'arbitrato e che vi sia l'assenso di entrambe le autorità a procedere per tale via. «In alcuni casi, l'effettività della clausola è anche sottoposta alla condizione che preventivamente abbia luogo uno scambio di note tra gli Stati. Lo scambio di note, oltre a manifestare la volontà degli Stati di implementare la clausola arbitrale, è inteso a definire i relativi termini operativi (modalità di formazione della commissione consultiva, criteri di selezione dei membri, ripartizione dei costi, scelta della lingua di lavoro etc.)» (Circolare 21/E del 2012, par. 4.2.6). Questa previsione subirà probabilmente una riformulazione con la ratifica della Convenzione Multilaterale. La nuova procedura di arbitrato contemplata dal MLI richiede l'assenso del solo ricorrente, stabilendo dunque un vincolo preventivo (*mandatory arbitration*) per gli Stati a intraprendere l'arbitrato in caso di mancata soluzione della controversia per via di amichevole composizione.

Va anche sottolineato che la fase arbitrale è parte integrante della procedura amichevole e non rappresenta né un'alternativa né un supplemento della MAP. Da ciò si deduce l'impossibilità di sottoporre ad arbitraggio altre questioni attinenti all'imposizione non conforme alla Convenzione oltre a quelle che, invocate con il ricorso iniziale, non abbiano trovato soluzione nella procedura amichevole. Pertanto, qualora le autorità abbiano raggiunto un accordo su alcuni aspetti dell'istanza, lasciandone irrisolti altri, soltanto questi ultimi potranno costituire oggetto della fase arbitrale, indifferentemente dal fatto che il contribuente ritenga soddisfacente o meno la soluzione prospettata per i primi¹⁹⁶.

Inoltre, come si rinviene dal secondo periodo del paragrafo 5 dell'art. 25 del Modello OCSE, qualsiasi questione che non abbia trovato soluzione nella procedura amichevole, e che quindi rientrerebbe nel campo di applicazione della procedura arbitrale, non vi è sottoposta se una decisione su tale questione è già stata resa in sede giudiziaria o da un tribunale amministrativo di una delle giurisdizioni contraenti. Parimenti, secondo quanto disposto nella Convenzione multilaterale, l'assenza di decisione giurisdizionale sarà condizione necessaria affinché l'arbitrato venga a conclusione. Perciò, qualsiasi sentenza che intervenga dopo l'inizio della

¹⁹⁵ Vedi MLI, articolo 18 e relativa scelta notificata dall'Italia di voler applicare interamente la Parte VI sull'arbitrato.

¹⁹⁶ Cfr. Valente P., Alagna C., Mattia S., *Controversie internazionali*, IPSOA, Milano, 2013, pag. 50.

procedura, ma prima che il collegio esprima la propria decisione, sarà causa ostativa alla prosecuzione del processo arbitrale (art. 19, par. 12(b) del MLI).

Una volta terminata la procedura e raggiunto l'accordo, le autorità competenti comunicano i contenuti al contribuente e ne dispongono l'esecuzione, provvedendo – ove del caso – al rimborso o allo sgravio dell'imposta e delle relative sanzioni e interessi. Se l'accordo si conclude nelle more di un procedimento giurisdizionale, il contribuente può accettare la definizione raggiunta in ambito negoziale oppure rifiutarla, proseguendo nel giudizio. In entrambi i casi è tenuto a dare notizia per iscritto all'Agenzia delle Entrate circa la scelta operata¹⁹⁷.

L'*iter* procedurale della fase arbitrale subirà alcune importanti modifiche una volta ratificato il MLI. *In primis*, come già menzionato, l'unico titolato ad attivare la clausola arbitrale sarà il contribuente, attraverso una richiesta, rivolta per iscritto ad una delle autorità competenti. In più, se prima la definizione degli aspetti procedurali era devoluta alle autorità competenti¹⁹⁸, nel MLI tali aspetti sono regolati a monte mediante specifiche previsioni contenute nello Strumento Multilaterale, che acquisiscono efficacia automatica a meno che le parti non stabiliscano di comune accordo regole diverse.

In particolare, la procedura si svolgerà davanti ad un collegio arbitrale composto da tre membri che deciderà a maggioranza semplice. Le autorità competenti saranno chiamate a nominare un membro ciascuna, mentre il terzo sarà scelto di comune accordo da questi ultimi ed assumerà la carica di Presidente.

Una volta avviata la procedura arbitrale, l'autorità competente di ciascuna Giurisdizione Contraente sottopone al collegio arbitrale una proposta di risoluzione di tutte le questioni rimaste irrisolte con la procedura amichevole. La proposta di risoluzione è limitata «all'indicazione di specifici importi monetari (per esempio, riguardanti redditi o spese) oppure, laddove specificato, all'aliquota massima d'imposta applicata ai sensi dell'Accordo fiscale coperto, per ciascuna rettifica o questione similare oggetto del caso»¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Cfr. Circolare 21/E del 2012, par. 4.2.10.

¹⁹⁸ Gli Stati, tuttavia, possono regolare in tutto o in parte i meccanismi di funzionamento della clausola arbitrale direttamente nella Convenzione bilaterale (Commentario all'art. 25 del Modello OCSE, paragrafo 65.1).

¹⁹⁹ Rasi F., *L'interpretazione e l'applicazione delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni alla luce del BEPS e del MLI: Una, Nessuna o Centomila?*, Seminario di aggiornamento professionale per i Magistrati delle Commissioni tributarie delle Regioni Molise, Abruzzo e Basilicata, 2017.

Ciascuna autorità competente può poi sottoporre al collegio arbitrale, entro una data stabilita di comune accordo, una memoria di replica alla proposta di risoluzione presentata dall'altra autorità competente. Il collegio arbitrale sceglierà quale propria decisione una delle proposte di risoluzione ricevute con riferimento a ciascuna questione sottoposta ad arbitrato, senza dover includere una spiegazione della decisione presa²⁰⁰.

Ai sensi dell'art. 19, paragrafo 4, punto b) del MLI, la decisione arbitrale risulterà vincolante per entrambe le giurisdizioni contraenti, eccezion fatta per le seguenti ipotesi:

- se una persona direttamente interessata dal caso non accetta l'accordo amichevole che dà attuazione alla decisione arbitrale;
- se una decisione definitiva di un tribunale di una delle giurisdizioni contraenti dichiara che la decisione arbitrale non è valida. In questo caso, può essere presentata una nuova richiesta di arbitrato, a meno che le autorità competenti non ritengano che la nuova richiesta non dev'essere consentita;
- se una persona direttamente interessata dal caso promuove un contenzioso, in merito alle questioni che sono state risolte dall'accordo amichevole che dà attuazione alla decisione arbitrale, in qualsiasi sede giudiziaria o tribunale amministrativo.

Con riferimento alla validità della decisione e in deroga all'art. 19, par. 4 del MLI, questa non sarà vincolante per le Giurisdizioni Contraenti nel caso in cui, entro tre mesi di calendario dalla comunicazione alle stesse della decisione arbitrale, le parti concordino una diversa soluzione di tutte le questioni rimaste irrisolte con la procedura amichevole (in questo senso la riserva a cui l'Italia ha aderito in virtù dell'art. 24, paragrafo 2 del MLI).

3.3. MAP da Convenzione Arbitrale

La Convenzione Modello OCSE aveva integrato la clausola arbitrale nella MAP solamente nel 2008, mentre fino ad allora gli Stati avevano soltanto l'obbligo di fare del loro meglio per

²⁰⁰ L'introduzione di questa procedura di arbitraggio nelle Convenzioni contro la doppia imposizione (prevista nel MLI all'art. 23) è in larga parte dovuta alla prassi sviluppata dagli Stati Uniti che prende il nome di «*baseball arbitration*», o «*high-low arbitration*», o ancora «*final offer arbitration*». La procedura è generalmente apprezzata per la speditezza e relativamente bassa complessità del processo decisionale, in quanto (i) le parti sottopongono all'arbitro le proprie proposte e (ii) l'arbitro sceglie una delle due proposte così com'è (cfr. R. Petruzzi, P. Koch, L. Turcan, *Baseball Arbitration in Comparison to Other Types of Arbitration*, in M. Lang, J. Owens, (a cura di), *International Arbitration in Tax Matters*, IBFD, Amsterdam, 2015, pagg. 139-158). La procedura disposta nel MLI, evidentemente, differisce dalla *baseball arbitration* per il solo fatto che il collegio arbitrale deve scegliere una soluzione sottoposta dalle parti per ciascuna questione oggetto di arbitraggio e non una proposta di risoluzione nel suo complesso.

regolare il caso in via amichevole e non anche l'obbligo di giungere ad un accordo volto alla effettiva eliminazione della doppia imposizione.

Per far fronte all'inconveniente derivante dalla mancanza dell'obbligo di risultato, i Paesi membri dell'Unione Europea hanno stipulato la Convenzione 90/436/CEE, con il preciso fine di arrivare ad una soluzione certa dei casi prospettati entro tempistiche ragionevoli. L'esperienza pratica mostra, purtroppo, dei dati poco rassicuranti: dai ritardi nella tempistica, a spese extra non previste, alla riprogrammazione dei piani economici delle aziende, fino alla rinuncia a nuovi investimenti a causa dell'incertezza sulla effettiva soluzione delle controversie²⁰¹.

È stata, pertanto, predisposta la Direttiva (UE) 2017/1852, cd. Direttiva DRM (*dispute resolution mechanism*, d'ora in poi anche soltanto «la Direttiva») sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell'Unione Europea, che ricalca per certi versi il modello della Convenzione Arbitrale.

La disposizione contenuta nella Legge 4 ottobre 2019, n. 117 (legge di delegazione europea 2018) all'articolo 8 prevede il recepimento della Direttiva e lo schema di decreto legislativo approntato in conformità alla legge delega è approvato alle Camere il 10 gennaio 2020, essendo attualmente in attesa di emanazione definitiva.

Nell'attuazione della delega per il recepimento della Direttiva, l'art. 8 prevede che il Governo debba coordinare e raccordare le disposizioni dei decreti legislativi con gli obblighi assunti a livello internazionale tramite le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni e la Convenzione Arbitrale 90/436/CEE. Questo, nello schema di decreto presentato, si è tradotto nel collocare la procedura di cui alla Direttiva (UE) 2017/1852 su una corsia preferenziale rispetto alle procedure amichevoli e arbitrali derivanti dalle suddette Convenzioni, ma non l'estinzione della Convenzione Arbitrale stessa. Con l'emanazione definitiva del decreto, infatti, la lettera a), dell'art. 31-quater del D.P.R. 600/1973 dovrebbe arricchirsi dello strumento di rettifica in diminuzione previsto dalla Direttiva, alternativo rispetto a quelli già previsti dalla normativa attualmente in vigore²⁰².

Per tale motivo verrà esposta sia la procedura arbitrale di cui alla Convenzione 90/436/CEE che quella derivante dalla Direttiva (UE) 2017/1852, in quanto gli operatori potranno ricorrere all'uno o all'altro meccanismo a seconda delle esigenze, come chiarirò più avanti nel testo.

²⁰¹ Cfr. Latini S., *Doppia imposizione: le controversie fiscali si risolvono più facilmente*, in *Fisc. inter.*, 12 febbraio 2020.

²⁰² Cfr. Passagnoli F., *Direttiva DRM e legge di delegazione europea: in attesa dei decreti attuativi da parte del Governo*, in *Riv. dir. trib. Online*, 29 gennaio 2020.

3.3.1. *Convenzione 90/436/CEE*

La Convenzione Arbitrale si differenzia dalla procedura amichevole del Modello OCSE per l'ambito oggettivo più ristretto, applicandosi solamente quando «gli utili inclusi negli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono o saranno probabilmente inclusi anche negli utili di un'impresa di un altro Stato contraente, in conformità al principio di libera concorrenza» (art. 1, paragrafo 1 della Convenzione). La procedura è, dunque, volta a risolvere i casi di doppia imposizione esclusivamente derivanti dall'applicazione della normativa sui prezzi di trasferimento, e non anche altre questioni riguardanti le transazioni tra associate (tra cui l'inerenza dei costi sostenuti con le imprese associate ai sensi dell'art. 109, comma 5 del TUIR)²⁰³.

L'accesso alla procedura è riconosciuto alle imprese residenti, intendendosi per ciò anche la stabile organizzazione di un'impresa residente in un altro Paese membro.

La fase di apertura della procedura è disciplinata dagli articoli 5 e 6 della Convenzione Arbitrale, ai sensi dei quali lo Stato contraente che intende procedere alla rettifica del reddito deve informare l'impresa residente della propria intenzione, cosicché questa possa a sua volta informare l'altro Stato Contraente tramite la propria associata. A questo punto, se le due imprese e l'amministrazione fiscale dell'altro Stato Contraente accettano la rettifica, questa diventa definitiva.

In caso contrario, il contribuente ha la facoltà di sottoporre il caso all'amministrazione fiscale dello Stato di cui è residente o dove ha sede la sua stabile organizzazione, entro tre anni dalla notifica dell'atto mediante il quale è stato sottoposto ad imposizione non in linea con la Convenzione ed indipendentemente dai ricorsi previsti in ambito nazionale. Se l'autorità competente ritiene fondato il ricorso²⁰⁴, essa può, in prima battuta, cercare di risolvere in via unilaterale la questione presentata.

²⁰³ Cfr. Circolare n. 21/E del 2012, paragrafo 2.5.

²⁰⁴ Al fine di agevolare l'autorità competente in questa indagine, il ricorrente è tenuto a fornire una serie di informazioni (paragrafo 5, lett. a) del Codice di condotta):

- i) identificazione (nome, indirizzo e numero di identificazione fiscale) dell'impresa dello Stato membro che presenta la domanda e delle altre parti interessate alle operazioni in questione;
- ii) informazioni particolareggiate per illustrare i fatti e le circostanze da prendere in considerazione (compresi i dettagli relativi alle relazioni tra l'impresa e le altre parti interessate alle operazioni in questione);
- iii) indicazione dei periodi di imposta in questione;
- iv) copie degli avvisi di accertamento fiscale, verbale di constatazione o del documento equivalente che hanno comportato la presunta doppia imposizione;
- v) informazioni particolareggiate sulle cause o le procedure di ricorso avviate dall'impresa o dalle altre parti interessate alle operazioni in questione e eventuali sentenze del tribunale relative al caso;

Constatata l'impossibilità di soluzione unilaterale, l'autorità competente è tenuta a fare del suo meglio per regolare il caso in via amichevole con l'altro Stato contraente ed eliminare la doppia imposizione (così l'art. 6 della Convenzione). Durante la fase di composizione amichevole della controversia, le autorità competenti comunicano attraverso lo scambio di *position papers* o, all'occorrenza, attraverso l'organizzazione di incontri (circolare 21/E/2012, paragrafo 5.8). Analogamente alla MAP da Convenzione bilaterale, il contribuente non è parte in causa, se non per quanto riguarda le comunicazioni ricevute dalle autorità competenti in merito all'avanzamento della procedura e la risposta a solleciti da parte delle stesse di informazioni, chiarimenti e documenti integrativi (circolare 21/E/2012, paragrafo 5.9).

Le autorità hanno ventiquattro mesi di tempo dal momento in cui il caso viene sottoposto per la prima volta²⁰⁵ per riuscire a risolvere la questione per via di amichevole composizione. In mancanza, viene istituita un'apposita commissione consultiva con il compito di dare un parere sul modo di eliminare la doppia imposizione.

L'istituzione della commissione è rimessa alla decisione delle autorità competenti, ai sensi dell'articolo 7, primo comma della Convenzione. Secondo il paragrafo 7.2 del Codice di condotta, nella versione rivisitata del 2009, l'iniziativa di costituire la commissione consultiva spetta allo Stato contraente che per primo ha emesso l'atto da cui deriva la doppia imposizione. Entro sei mesi dallo scadere dei ventiquattro mesi, pertanto, l'autorità competente di detto Stato deve convocare la commissione consultiva, ma l'autorità competente di un altro Stato contraente interessato può farlo se la prima non adempie.

Secondo la Convenzione, l'accesso alla procedura di composizione arbitrale non è garantita quando la legislazione interna di uno Stato contraente non consente di derogare alle rispettive

-
- vi) una relazione in cui l'impresa illustra i motivi per cui ritiene che i principi definiti all'articolo 4 della Convenzione sull'arbitrato non siano stati rispettati;
 - vii) l'impegno da parte dell'impresa a rispondere il più rapidamente possibile e nel modo più esauriente a tutte le richieste ragionevoli e appropriate formulate da un'autorità competente e a mettere a sua disposizione la documentazione necessaria; e
 - viii) eventuali informazioni supplementari specifiche richieste dalle autorità competenti entro due mesi dal ricevimento della domanda del contribuente.

²⁰⁵ Conformemente al paragrafo 5, lett. b) del Codice di condotta, il periodo biennale decorre dalla data più recente fra le seguenti:

- i) la data dell'avviso di accertamento fiscale, cioè di una decisione finale dell'amministrazione fiscale sul maggior reddito, o di una misura equivalente;
- ii) la data in cui l'autorità competente riceve la domanda e le informazioni minime necessarie per l'instaurazione della procedura.

Nel caso in cui le imprese hanno proposto ricorso ai sensi della normativa interna del rispettivo Stato contraente, il termine dei due anni menzionato inizia a decorrere dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione pronunciata in ultima istanza nell'ambito di tale ricorso interno (secondo periodo del comma 1, art. 7 della Convenzione).

autorità giudiziarie. Infatti, mentre la MAP da Convenzione bilaterale è concorrente con i procedimenti domestici, la procedura arbitrale, quantomeno nella sua seconda fase successiva al biennio dal momento dell'instaurazione, è completamente alternativa ai contenziosi interni. Pertanto, come prevede l'art. 7, comma 3 della Convenzione, non si darà adito alla commissione consultiva se il ricorrente non rinuncia al ricorso domestico prima che sia intervenuta una decisione (o non sono spirati i termini per la sua presentazione)²⁰⁶, mentre il termine dei ventiquattro mesi di cui sopra inizia a decorrere proprio da tale momento (circolare 21/E/2012, paragrafo 5.8).

La commissione, composta da un presidente, da due rappresentanti di ciascuna autorità competente interessata e da alcune personalità indipendenti, deve dare il suo parere entro sei mesi dal momento in cui è stata istituita, potendo a questo fine interpellare le imprese e le autorità competenti per avere informazioni, prove e documenti in merito al caso.

In base all'art. 12 della Convenzione, ed è da questo che deriva l'obbligo di risultato che contraddistingue la procedura, le autorità competenti hanno sei mesi di tempo dalla pronuncia della commissione per prendere, di comune accordo, una decisione idonea a eliminare la doppia imposizione, anche se questa si discosta dalla soluzione prospettata dalla commissione consultiva. Se, però, le autorità non riescono a raggiungere un accordo soddisfacente entro sei mesi, sono tenute a conformarsi alla decisione resa con il parere della commissione.

Il contribuente che accede alla fase amichevole o arbitrale ai sensi della Convenzione 90/436/CEE può chiedere la sospensione della riscossione dei tributi e relativi sanzioni e interessi. A questo scopo, l'articolo 3, secondo comma della legge 99/1993 dispone che nelle more dello svolgimento della procedura, l'Agenzia delle Entrate possa, con proprio decreto, autorizzare la sospensione della riscossione e degli atti esecutivi, con periodo di efficacia del provvedimento esteso fino al termine della procedura.

Per avvalersi di tale strumento, il contribuente è tenuto a presentare istanza di sospensione all'Agenzia delle Entrate, corredata di una serie di informazioni riguardanti l'identificazione del contribuente, la domanda di apertura della MAP e l'accoglimento della stessa da parte dell'autorità competente, nonché informazioni in merito a eventuali procedure contenziose avviate dal contribuente o da società affiliate. L'accesso allo strumento può essere condizionato alla previa prestazione di idonee garanzie a copertura del debito erariale.

²⁰⁶ Vedi Garbarino C., *op. cit.*, pag. 86; Circolare dell'Agenzia delle Entrate dell'8 aprile 2016, n. 12/E, par. 19.1.6.

La sospensione amministrativa della riscossione di cui al predetto articolo 3 dev'essere intesa, a detta dell'Agenzia delle Entrate (circolare 21/E/2012, paragrafo 5.7), quale mezzo di tutela alternativo rispetto al ricorso giurisdizionale ed alla sospensione dell'atto ai sensi dell'art. 47, D.P.R. 546/1992, con la conseguenza che l'autorizzazione alla sospensione della riscossione è subordinata alla rinuncia al giudizio domestico.

Infine, vi è da dire che conformemente all'art. 8, comma 1 della Convenzione, l'autorità competente non è tenuta ad avviare la procedura amichevole né a istituire la commissione arbitrale quando, con procedimento giudiziario o amministrativo, è stato definitivamente constatato che una delle imprese associate è passibile di sanzioni gravi, ovvero «sanzioni previste per illeciti configurabili, ai sensi della legge nazionale, come ipotesi di reato fiscale»²⁰⁷, che l'Agenzia delle Entrate identifica con le condotte di cui agli artt. 2 e 3 D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, rubricati rispettivamente «Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti» e «Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici»²⁰⁸.

Analogamente, quando un procedimento giudiziario o amministrativo inteso a constatare la passibilità di sanzioni gravi di una delle associate è pendente contemporaneamente alla procedura amichevole (art. 6) o arbitrale (art. 7), le autorità competenti possono sospendere il corso di queste ultime fino alla conclusione del processo, per evitare il sorgere di decisioni confliggenti (Circ. 21/E/2012, paragrafo 5.3).

Escludendo i casi di espresso diniego di accesso alla procedura di cui all'art. 8 della Convenzione, ci si potrebbe domandare quali siano le conseguenze del rifiuto di instaurazione della procedura amichevole o della commissione consultiva da parte delle autorità competenti. Sul punto, con un'interessante soluzione, la sentenza di Cassazione del 19 giugno 2015, n. 12760²⁰⁹ ha affermato che l'atto in questione è autonomamente impugnabile dinanzi al giudice tributario e che a ciò non osta l'elencazione tassativa degli atti impugnabili di cui all'art. 19, D.lgs. 546/1992.

²⁰⁷ Cfr. Dichiarazione unilaterale dell'Italia relativa all'art. 8 (allegata alla Convenzione).

²⁰⁸ Il caso prospettato all'art. 1 della Convenzione, riguardante le rettifiche in base al valore di libera concorrenza dei prezzi di trasferimento, secondo l'Agenzia delle Entrate (circolare 21/E, paragrafo 5.3) non rientrerebbero nel novero delle ipotesi prospettate nelle disposizioni degli artt. 2 e 3, D.lgs. 74/2000. Un parere discordante si riscontra in Severi M., *Novità in materia di procedure amichevoli tra autorità competenti finalizzate ad evitare la doppia imposizione dei redditi d'impresa*, in *Riv. dir. trib. Online*, 8 aprile 2016, secondo il quale il contratto relativo alle operazioni infragruppo potrebbe, in determinate circostanze, rientrare tra gli «altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento» di cui all'art. 3, D.lgs. 74/2000 menzionato.

²⁰⁹ Vedi Cass. Civ., Sez. unite, 19 giugno 2015, n. 12760, con commento di Turchi A., *Giurisdizione tributaria e Convenzione europea sull'arbitrato*, in *Giur. it.*, 2015, n. 12, pagg. 2629 ss.

È pacifico, infatti, che sebbene il terzo comma del suddetto articolo disponga la non autonoma impugnabilità degli atti diversi da quelli elencati, in virtù di un'interpretazione estensiva che privilegia la sostanza sulla forma, risultano autonomamente impugnabili gli atti che producono effetti analoghi a quelli degli atti elencati, indipendentemente dalla loro denominazione²¹⁰.

In virtù di quanto sopra, nell'atto con cui l'Agenzia delle Entrate nega l'accesso alla procedura possono essere ravvisati elementi di «una funzione accertativa» (art. 19, comma 1, lett. a), D.lgs. 546/1992), di un rifiuto alla restituzione di tributi (art. 19, comma, 1, lett. g), D.lgs. 546/1992) o del diniego di agevolazioni (art. 19, comma, 1, lett. g), D.lgs. 546/1992)²¹¹.

3.3.2. *Direttiva (UE) 2017/1852*

Negli anni di applicazione pratica della Convenzione Arbitrale sono emerse una serie di criticità nel funzionamento della procedura di risoluzione della doppia imposizione. Tali limiti possono essere ricondotti principalmente alla portata limitata del meccanismo, alle modalità di accesso, all'eccessiva durata della procedura, nonché allo scarso ricorso alla fase arbitrale²¹², tutti aspetti che, a detta del legislatore, dovrebbero subire un netto miglioramento con l'emanazione del decreto di recepimento della Direttiva (UE) 2017/1852.

In effetti, lo schema di decreto si propone di coprire una platea più estesa di questioni controverse, andando a disciplinare tutti i casi di doppia imposizione e non solo quelli derivanti da rettifiche dei prezzi di trasferimento. Per doppia imposizione, ai fini qui discussi, si intende la contemporanea applicazione, da parte dell'Italia e di uno o più Stati membri, delle imposte contemplate da un Accordo bilaterale contro le doppie imposizioni o dalla Convenzione 90/436/CEE sullo stesso reddito o patrimonio imponibile, qualora ciò comporti *i)* un'imposizione aggiuntiva, *ii)* un aumento delle imposte dovute o *iii)* l'annullamento o la riduzione delle perdite che potrebbero essere utilizzate per compensare gli utili imponibili.

Parimenti viene esteso l'ambito soggettivo, non più limitato come prima alle imprese residenti in Italia e alle stabili organizzazioni di imprese residenti in altro Stato membro, ma rivolto a tutti i soggetti residenti ai fini fiscali in uno Stato membro la cui imposizione sia direttamente interessata in una questione controversa.

²¹⁰ Vedi Beghin M., *Diritto tributario*, op. cit., pagg. 374-375.

²¹¹ Così Trivellin M., *Studi sugli strumenti di soluzione delle controversie fiscali internazionali con particolare riguardo al transfer pricing*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pagg. 92-93.

²¹² Vedi la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato economico e sociale Europeo relativa ai lavori svolti dal Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento nel settore delle procedure di prevenzione e soluzione delle controversie e agli orientamenti in materia di accordi preventivi sui prezzi di trasferimento nell'UE (documento COM/2007/0071).

L'ampliamento del presupposto soggettivo è in linea con le nuove modalità di apertura della procedura disposti dall'art. 3 dello schema di decreto, ai sensi del quale, in linea di principio, l'istanza di apertura della procedura dovrà essere presentata non soltanto allo Stato di residenza o in cui è ubicata la stabile organizzazione, ma alle autorità competenti di tutti i Paesi membri interessati dalla controversia. Tuttavia, considerando che l'ampliamento dell'ambito soggettivo si estende anche alle persone fisiche e alle piccole e medie imprese residenti²¹³, per questi soggetti è stata disposta una procedura semplificata che prevede di far pervenire il reclamo soltanto all'Agenzia delle Entrate, evitando così l'onere di contattare amministrazioni fiscali estere.

La presentazione dell'istanza di apertura della procedura deve avvenire entro tre anni dal perfezionamento della prima notifica dell'atto o dalla data in cui è stato adottato il provvedimento che ha originato o potrebbe originare la questione controversa²¹⁴. In analogia a quanto detto in merito all'art. 25 del Modello OCSE, il termine di tre anni decorre dalla notifica dell'avviso di accertamento, ma il ricorrente può presentare istanza in data antecedente, ad esempio in presenza di un processo verbale di constatazione.

A tale proposito, si precisa che l'atto da cui origina la questione controversa non deve necessariamente provenire dallo Stato, come un atto di accertamento o un PVC, ma può promanare anche da un'iniziativa dello stesso contribuente, ad esempio in presenza di una domanda di rimborso all'Agenzia delle Entrate, a cui sia seguito un diniego espresso di rimborso o un silenzio-diniego, in conformità a quanto previsto dagli articoli 37, secondo comma, e 38 del D.P.R. 602/1973²¹⁵.

La domanda dev'essere corredata da una serie di informazioni, peraltro rimaste sostanzialmente identiche al passato, tra le quali le generalità dei soggetti interessati, informazioni particolareggiate sulle cause che hanno condotto al sorgere della doppia imposizione e relativi documenti giustificativi. Il contribuente dovrà anche indicare se vi siano in corso altre procedure amichevoli o procedure di risoluzione delle controversie presentate ai sensi degli

²¹³ Lo schema di decreto parla, per la precisione, di imprese non considerate di grandi dimensioni e non rientranti nella categoria di un grande gruppo ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2013/34/UE, rispettivamente quarto e settimo comma.

²¹⁴ Ai sensi del comma 12, art. 3 dello Schema di decreto legislativo in attesa di adozione definitiva, le persone fisiche residenti ai fini fiscali nello Stato e le imprese residenti che non siano grandi imprese e non rientrino nella categoria dei grandi gruppi ai sensi della Direttiva 2013/34/UE, sono esonerate da tale onere aggravato e potranno presentare istanza solamente all'Agenzia delle Entrate, la quale provvederà a notificare le autorità competenti degli Stati membri interessati entro due mesi dalla ricezione della comunicazione di cui al suddetto comma 12.

²¹⁵ Cfr. Mattarelli F., *Procedure di risoluzione delle controversie contro le doppie imposizioni: brevi commenti sullo schema di decreto legislativo all'esame del Parlamento*, in *Riv. dir. trib. Online*, 5 febbraio 2020. Vedi anche la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, in attuazione dell'art. 8, legge 4 ottobre 2019, n. 117.

Accordi internazionali contro le doppie imposizioni o la Convenzione 90/436/CEE sulla medesima questione controversa, in quanto viene dato seguito esclusivamente all'istanza presentata ai sensi del decreto legislativo in commento, le altre procedure considerandosi terminate alla data di prima presentazione dell'istanza ad una delle autorità competenti interessate.

Con riferimento alla presentazione della domanda, lo schema di decreto, al secondo comma dell'articolo 3, contiene una soluzione che non può non essere accolta con favore. Vi si specifica, infatti, che l'istanza di apertura della procedura amichevole non dev'essere per forza anticipata dall'instaurazione di una procedura contenziosa domestica, al contrario di quanto richiesto con i meccanismi alternativi attualmente in vigore.

È bene precisare, tuttavia, che sebbene non sia più obbligatorio instaurare il contenzioso interno, la sospensione della riscossione del maggior tributo è subordinata alla sospensione del processo tributario (così l'articolo 22, comma 3, dello schema di decreto). Questo significa che se il contribuente volesse sospendere la riscossione in pendenza di procedura amichevole, egli sarà comunque costretto ad impugnare l'atto dinanzi al giudice, per poi chiederne la sospensione ai sensi dell'art. 39, comma 1-ter, D.lgs. n. 546/1992 e ottenere, di conseguenza, anche la sospensione della riscossione²¹⁶.

Il medesimo secondo comma dell'art. 3, dello schema di decreto sancisce, poi, la compatibilità della definitività dell'imposta con le procedure amichevoli, purché la definitività promani dall'inerzia del contribuente nell'impugnare gli atti da cui deriva la maggiore imposta o dagli istituti deflativi del contenzioso, tra cui l'accertamento con adesione di cui al decreto legislativo 19 giugno 1997, n. 218 o la mediazione tributaria ai sensi dell'art. 17-bis, D.lgs. 546/1992²¹⁷. Dello stesso tenore l'articolo 19 dello schema di decreto, che al settimo comma dispone il rimborso o sgravio delle imposte non dovute o la riscossione di quelle dovute in ragione della procedura, anche quando dette imposte siano divenute definitive in Italia.

²¹⁶ Mattarelli F., *op. cit.*

²¹⁷ La relazione illustrativa all'art. 3, comma 2 dello schema di decreto esclude che l'accesso alla procedura amichevole possa essere, per contro, consentita in presenza di ravvedimento operoso ai sensi dell'art. 13, D.lgs. 472/1997, per i quali la violazione non sia già stata constatata e non siano iniziati accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento. Tale formulazione ha attirato critiche da parte della dottrina, non solo per «l'irrazionale soluzione per cui il ravvedimento successivo alla constatazione (...) non precluderebbe l'accesso alla procedura», ma anche perché da un lato viene negato l'accesso in presenza di ravvedimento, quando ai sensi di varie sentenze di legittimità ciò non costituisce ostacolo al rimborso delle imposte, mentre è consentito l'avvio della MAP in presenza di accertamento con adesione, considerato incompatibile con qualsiasi ipotesi di ripetibilità delle somme versate (così Mattarelli F., *op. cit.*).

Una volta presentata la domanda, l'Agenzia delle Entrate dovrà attestare l'avvenuta ricezione entro due mesi dall'istanza, ed entro lo stesso termine dovrà darne comunicazione anche alle altre autorità coinvolte. Se la domanda è presentata con la procedura semplificata prevista per le persone fisiche e le imprese non grandi, la comunicazione data alle altre autorità competenti vale come presentazione dell'istanza da parte dei soggetti agevolati.

La decisione sull'accoglimento della domanda, invece, deve pervenire entro sei mesi, scaduti i quali la domanda sarà considerata accolta secondo il principio del silenzio-assenso. L'Agenzia delle Entrate potrà rifiutare l'accoglimento della domanda, dando comunicazione dei motivi del rigetto, soltanto in caso di *i)* carenza delle informazioni richieste o di mancata risposta entro tre mesi alla richiesta di informazioni supplementari da parte dell'Agenzia delle Entrate, *ii)* mancanza di una questione controversa, *iii)* mancato rispetto del termine dei tre anni per la presentazione dell'istanza e *iv)* intervento di una sentenza di merito sulla medesima questione o di una decisione del giudice a seguito della domanda di conciliazione ai sensi degli articoli 48 e 48-bis del D.lgs. 546/92.

In analogia alle disposizioni della Convenzione Arbitrale, la Direttiva DRM prevede che l'Agenzia delle Entrate possa prendere una decisione in via unilaterale, se ritiene fondato il motivo del ricorso, adottando le necessarie misure deflative nel termine di sei mesi dalla ricezione dell'istanza o dalla ricezione delle informazioni supplementari, qualora richieste²¹⁸.

L'accesso alla procedura amichevole è condizionato al previo accoglimento dell'istanza da parte di tutte le autorità competenti coinvolte. Se l'istanza è stata rigettata da almeno una, ma non da tutte le autorità competenti, il contribuente può chiedere l'istituzione della commissione consultiva che deciderà, ai sensi dell'art. 16, comma 1, dello schema di decreto, sulla ammissibilità o meno della domanda o, a determinate condizioni, procederà direttamente alla fase arbitrale. Se, invece, tutte le autorità competenti rigettano l'istanza, il contribuente può presentare ricorso avverso il rigetto presso le commissioni tributarie competenti in conformità alle disposizioni nazionali²¹⁹.

²¹⁸ L'Agenzia delle Entrate potrà avvalersi dell'istituto dell'autotutela, se la questione controversa promana da un atto dell'amministrazione finanziaria italiana, o tramite il riconoscimento di un rimborso d'imposta. Limitandoci al caso del *transfer pricing*, il rimborso potrà essere riconosciuto solo quando l'Agenzia delle Entrate consideri conforme all'*arm's length* l'atto dell'amministrazione finanziaria estera.

²¹⁹ Relativamente all'Italia, si deve fare riferimento all'articolo 4, primo comma, del D.lgs. 546/1992. Nello specifico, considerando che il ricorso verrà proposto contro una decisione dell'Agenzia delle Entrate, essendo essa l'Autorità competente designata per l'Italia, si deve fare riferimento al secondo periodo del primo comma menzionato, a norma del quale è competente la commissione tributaria provinciale nella cui circoscrizione ha sede

La fase vera e propria di composizione amichevole non ha subito modifiche sostanziali, se non per quanto riguarda le tempistiche. Infatti, se per la Convenzione Arbitrale le autorità hanno ventiquattro mesi di tempo dal momento in cui il caso viene sottoposto per la prima volta o, se successivo, dalla data dell'avviso di accertamento o di misura equipollente²²⁰, con la Direttiva il termine dei due anni inizia a decorrere dal momento in cui è stata effettuata l'ultima notifica della decisione di accoglimento dell'istanza da parte di uno degli Stati membri interessati. Il termine dei due anni, poi, può essere prorogato fino ad un massimo di un anno su richiesta scritta e motivata di una delle autorità competenti.

Si evidenzia che mentre l'assenza di una sentenza di merito o della conciliazione ai sensi degli articoli 48 e 48-bis del D.lgs. 546/92 è condizione necessaria affinché la domanda venga accolta, la medesima condizione deve permanere per tutta la durata della fase amichevole. Pertanto, come espressamente previsto nello schema di decreto all'art. 7, quarto comma, la procedura termina se nelle more delle trattative, e quindi prima che venga raggiunto un accordo, interviene una sentenza della commissione tributaria o la suddetta conciliazione giudiziale.

Questa previsione costituisce un momento di rottura con la Convenzione 90/436/CEE, in cui la procedura amichevole è perfettamente concorrente con i procedimenti domestici, con l'unico limite quello della sentenza definitiva, in quanto l'amministrazione finanziaria non potrebbe rimborsare un tributo cristallizzato in una sentenza passata in giudicato. Nella MAP da Direttiva DRM, invece, anche una sentenza di primo grado – che potrebbe venir ribaltata in appello – costituisce causa ostativa alla prosecuzione della procedura, che viene puntualmente terminata²²¹.

Da notare che se viene posto termine alla definizione amichevole, il contribuente ha comunque l'opportunità di iniziare una nuova procedura MAP ai sensi delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni o della Convenzione 90/436/CEE, secondo i termini e alle condizioni previsti nei rispettivi accordi e convenzioni.

L'articolo 9 dello schema di decreto disciplina le modalità di accesso alla seconda fase del meccanismo di conciliazione fiscale, ovvero la procedura arbitrale. Questa fase culmina con una decisione della commissione consultiva, la cui costituzione è devoluta a una richiesta

l'ufficio al quale spettano le attribuzioni sul rapporto controverso, ovvero l'ufficio che ha notificato il rigetto della domanda di accesso alla procedura.

²²⁰ Così l'art. 5, lett. b) del Codice di condotta.

²²¹ Vedi, per un approfondimento, Mattarelli F., *op. cit.* punto 4; Passagnoli F., *op. cit.*, punto 4.

unilaterale del contribuente²²², quando invece con la Convenzione Arbitrale sono le autorità competenti a decidere sull'apertura della fase arbitrale.

L'art. 9 dello schema di decreto prevede una serie di circostanze che possono inficiare la prospettiva di adire la commissione consultiva.

In primo luogo, è previsto che l'accesso alla procedura arbitrale possa essere negato quando siano state comminate pene per i delitti di cui al Titolo II del D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, di cui si è già detto che non sono compatibili, in linea di principio, con le rettifiche da prezzi di trasferimento *intercompany*²²³. Tale norma potrebbe, d'altro canto, impedire l'accesso alla procedura nei casi di contestazione di reati non aventi natura fraudolenta, quelli, ad esempio, legati alla residenza fiscale o all'esistenza di una stabile organizzazione occulta. Vi è il pericolo, insomma, che la disposizione vada nel senso opposto rispetto alla finalità dichiarata di estendere il più possibile l'ambito operativo, rischiando di escludere un numero considerevole di casi, anche quando connotati da particolare tenuità dell'offesa²²⁴.

L'accesso alla procedura è negato anche in mancanza di una doppia imposizione. Qui si rinviene un allontanamento da quella che è la prassi del Modello OCSE dove, come chiarito al paragrafo 13 del Commentario all'art. 25, la MAP può essere richiesta in presenza di imposizione da parte di uno Stato contraente nei casi in cui la Convenzione attribuisce esclusiva titolarità di imposizione all'altro Stato contraente, ma quest'ultimo non è in grado di esercitare il proprio potere per motivi legati a carenze normative e la doppia tassazione, di conseguenza, non si verifica.

Vi sono, infine, determinate condizioni che devono sussistere affinché la commissione consultiva possa essere istituita. L'articolo 9, comma 3 dello schema di decreto dispone che si possa dare adito alla commissione soltanto nei seguenti casi:

- a) l'istanza di apertura della procedura amichevole è stata rigettata da almeno una, ma non da tutte le autorità competenti e secondo la normativa vigente nello Stato membro in cui

²²² Se le autorità competenti non adempiono, il contribuente può dare corso a un'azione giudiziaria dinanzi al giudice nazionale, presso il Presidente della Commissione tributaria regionale del Lazio, per obbligare gli Stati ad agire (articolo 11, comma 1, dello schema di decreto).

²²³ Nel caso in cui un procedimento domestico per una delle condotte di cui al Titolo II, D.lgs. 74/2000 si svolga simultaneamente alle procedure disciplinate dalla Direttiva (la procedura amichevole e la procedura di risoluzione arbitrale), l'Agenzia delle Entrate può sospendere la procedura fino a concorrenza della sentenza. Non vi è obbligo di sospensione, però, sicché il Fisco può anche decidere di non avvalersene, tenuto conto delle circostanze del caso e dello stato di avanzamento delle procedure (cfr. parere delle Commissioni II (Giustizia) e VI (Finanze) della Camera reso in data 20 febbraio 2020).

²²⁴ Cfr. Mattarelli F., *op. cit.*; Michelutti R., Ficaì G., *Ambito applicativo della nuova procedura di dispute resolution comunitaria*, in *Il Fisco*, 18/2020, pag. 1757.

è stata emessa la decisione di rigetto non può essere presentato ricorso avverso tale rigetto o il contribuente ha rinunciato per iscritto a tale ricorso;

- b) l'istanza di apertura della procedura amichevole è stata rigettata da tutte le autorità competenti interessate ed è stata emessa sentenza favorevole al ricorso contro tale rigetto in tutti gli Stati membri coinvolti;
- c) l'istanza di apertura della procedura amichevole è stata accolta da tutte le autorità competenti, ma senza che queste siano riuscite a giungere ad un risultato nei termini prestabiliti.

Se tutte le condizioni sopra riportate sono rispettate, la commissione può essere istituita su richiesta del contribuente da inoltrare a tutte le autorità competenti interessate, ad eccezione del caso in cui l'istanza sia avanzata dai soggetti agevolati, che possono inoltrare la richiesta soltanto all'Agenzia delle Entrate.

L'intervento della commissione consultiva è principalmente volto all'ottenimento di un parere circa la risoluzione della questione controversa entro sei mesi dal momento in cui è stata istituita (con eventuale proroga di tre mesi se la commissione lo ritiene necessario). Tuttavia, nel caso di cui alla summenzionata lettera *a*), in cui non tutte le autorità competenti hanno inizialmente accolto l'istanza di accesso alla procedura amichevole, la commissione decide sulla sussistenza o meno dei requisiti per l'accesso alla procedura e ne dà comunicazione alle parti entro sei mesi. Da questo momento, ciascuna autorità competente ha sessanta giorni per chiedere l'apertura della procedura amichevole ai sensi dell'art. 7 dello schema di decreto, altrimenti si procede automaticamente con la fase arbitrale.

Si è detto che l'istituzione della commissione consultiva è devoluta ad una domanda del contribuente, che è l'unico soggetto che decide sull'avvio della fase arbitrale, salvo il verificarsi di cause ostative. Le autorità competenti, tuttavia, possono influire in maniera considerevole su tale fase, decidendo di istituire non la commissione consultiva, bensì una commissione per la risoluzione alternativa delle controversie, anche sotto forma di Comitato permanente, possibilità introdotta con l'art. 13 dello schema di decreto.

Le due tipologie di commissioni non differiscono l'una dall'altra per il ruolo che vanno a ricoprire, né per i criteri di imparzialità e indipendenza che ne devono caratterizzare l'operato. Invece, la commissione per la risoluzione alternativa differisce da quella consultiva per la composizione – essa non ha una composizione predefinita, potendo essere plasmata dalle autorità competenti in base alle esigenze del caso – e per i meccanismi di risoluzione che può implementare – i quali possono benissimo discostarsi dalla procedura «con parere

indipendente» caratteristico della commissione consultiva e prevedere, invece, altre modalità di risoluzione, come quella con offerta finale (cd. *final offer* o *baseball arbitration*), o come la mediazione, la conciliazione, la consulenza e qualsiasi altro metodo ritenuto più idoneo²²⁵.

Quale che sia la commissione formata, una volta che questa ha espresso il proprio parere le autorità competenti decidono il caso entro sei mesi, ai sensi dell'art. 18 dello schema di decreto, potendosi a tal fine anche discostare dalla decisione resa con il parere della commissione. Tuttavia, se le parti non addivengono ad una soluzione nel termine prospettato, la decisione diventa vincolante e le autorità competenti sono tenute a conformarvisi.

Infine, una menzione speciale va dedicata all'intervento del giudice tributario nella soluzione di conflitti che possono derivare dall'applicazione (o non applicazione) della Direttiva. Lo schema di decreto legislativo prevede essenzialmente tre ordini di ricorso alle commissioni tributarie, di cui due legati alla fase di apertura della procedura amichevole e arbitrale, ed uno relativo all'*enforcement* dell'accordo raggiunto o della decisione della commissione.

Con riferimento ai primi, si è già menzionato che il rifiuto da parte delle autorità competenti di avviare la procedura amichevole è affiancato da alcune garanzie, in modo da circoscrivere il margine di discrezionalità delle stesse. Non solo, quindi, le autorità competenti hanno l'obbligo di motivare il proprio rifiuto, ma il contribuente sarà legittimato ad agire avverso tale decisione se lo ritiene opportuno. Bisogna differenziare, poi, il caso in cui il rifiuto proviene da tutte le autorità competenti da quello nel quale almeno una autorità, ma non tutte, ha rigettato la domanda.

Nel primo caso, infatti, il contribuente che vuole accedere alla procedura amichevole sarà costretto a ricorrere in giudizio per chiedere l'accoglimento della domanda²²⁶, mentre nel secondo il contenzioso domestico può essere scelto quale alternativa all'istituzione della commissione consultiva per la decisione in merito all'accoglimento dell'istanza di accesso alla procedura²²⁷.

Il secondo motivo di ricorso ai procedimenti giudiziali domestici è collocato all'art. 11 dello schema di decreto e riguarda l'inerzia delle autorità nell'istituire la commissione consultiva, pur in presenza di regolare richiesta da parte del contribuente. In tale eventualità, il soggetto

²²⁵ Cfr. Relazione illustrativa all'articolo 13 dello schema di decreto in commento.

²²⁶ Ai sensi dell'art. 8 dello schema di decreto, solo una soluzione favorevole al contribuente di tale ricorso, con sentenza passata in giudicato, consente l'instaurazione della commissione consultiva.

²²⁷ Così dispone l'art. 9, comma 4 dello schema di decreto, che consente al contribuente di ricorrere alla commissione consultiva se il soggetto interessato rinuncia per iscritto a dare adito ad un contenzioso domestico avverso il rigetto della domanda.

interessato si può rivolgere al giudice nazionale, individuato nel Presidente della Commissione tributaria regionale del Lazio, affinché quest'ultimo si sostituisca all'autorità competente e imponga l'istituzione della commissione e la nomina dei soggetti indipendenti.

Con il terzo motivo di ricorso agli organi giurisdizionali, il contribuente chiede che venga implementato l'accordo raggiunto dalle autorità competenti o la decisione della commissione consultiva, se la autorità competenti non riescono a concordare una soluzione diversa dalla decisione della commissione entro sei mesi dal momento in cui questa è stata notificata (vedi l'art. 19, comma 8 dello schema di decreto).

3.4. Scambio di informazioni e cooperazione internazionale

Ai sensi dell'art. 31-quater, punto *b*), D.P.R. 600/1973, le rettifiche in diminuzione del reddito possono essere riconosciute «a conclusione dei controlli effettuati nell'ambito di attività di cooperazione internazionale i cui esiti siano condivisi dagli Stati partecipanti».

L'Italia, in quanto Paese membro dell'Unione Europea, trae la propria disciplina sulla cooperazione amministrativa nel settore fiscale dalla Direttiva 2011/16/UE del Consiglio del 15 febbraio 2011 (nota come Direttiva 16), recepita a livello domestico con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 29 ed integrata nel tempo per includere il meccanismo dello scambio automatico di informazioni finanziarie (Direttiva 2014/107/UE), lo scambio automatico di informazioni concernenti il *ruling* preventivo transfrontaliero e gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento (Direttiva 2015/2376/UE) e l'accesso da parte delle autorità fiscali alle informazioni in materia di antiriciclaggio (Direttiva 2016/2258/UE). A livello normativo, la procedura dello scambio di informazioni è rinvenibile all'art. 31-bis, D.P.R. 600/1973.

Lo strumento comunitario della cooperazione e scambio di informazioni in materia fiscale, a dire il vero, nasce su impulso degli sforzi dell'OCSE sul tema, e sono state predisposte su modello della Convenzione multilaterale sulla mutua assistenza amministrativa in materia fiscale, della quale condivide, in linea di massima, la struttura²²⁸. Il modello OCSE, tuttavia, è caratterizzato da un ambito oggettivo più esteso, in quanto la Direttiva 16 non si applica, per espressa previsione, ai diritti per certificati e altri documenti rilasciati dalle autorità pubbliche, ai contributi previdenziali obbligatori, alle accise, ai dazi doganali e all'imposta sul valore aggiunto, diversamente dallo stesso modello OCSE.

²²⁸ Cfr. Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 368 del 9 gennaio 2017, informazioni sullo Schema di decreto legislativo concernente attuazione della direttiva (UE) 2015/2376 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale.

Il meccanismo predisposto con la Direttiva 16 prevede tre tipologie di scambio di informazioni, ovvero la cooperazione su specifica richiesta, lo scambio automatico e lo scambio spontaneo.

Nel primo caso l'autorità interpellata trasmette, su richiesta dall'autorità richiedente, ogni informazione pertinente in suo possesso su un caso specifico o di cui venga a conoscenza a seguito di un'indagine amministrativa. La risposta dev'essere inoltrata al più presto e, comunque, entro due mesi se l'autorità interpellata è già in possesso delle informazioni richieste o entro sei mesi se è necessario avviare un'indagine per procurare tali informazioni. Le parti possono concordare tempi diversi per l'adempimento.

Secondo la Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 maggio 2017, Causa C-682/15, perché una richiesta sia «idonea a innescare in capo allo Stato membro interpellato l'obbligo di rispondervi» ai sensi dell'art. 18 della Direttiva 2011/16, la stessa dev'essere connotata dal carattere di «prevedibile pertinenza» di cui all'art. 1, comma 1 della medesima Direttiva. Un'autorità interpellata, in altre parole, non si vedrà obbligata a rispondere a richieste generiche (cd. *fishing expedition*), ma solo a fronte di richieste di informazioni specifiche e prevedibilmente pertinenti alle questioni fiscali del contribuente²²⁹. Questa previsione dev'essere letta insieme alle tempistiche ordinariamente concesse per la risposta, tant'è che se la raccolta delle informazioni richieste necessiti l'avvio di un'indagine amministrativa (art. 6, Direttiva 2011/16), l'autorità interpellata sarà quasi sempre inadempiente a fronte di richieste vaghe.

Con lo strumento dello scambio automatico, per contro, la comunicazione di informazioni avviene in maniera sistematica, senza la preventiva richiesta da parte di un'autorità interpellante, ed ha ad oggetto categorie specifiche di reddito.

Particolare attenzione merita l'art. 8-bis della Direttiva 16 (come integrata dalla Direttiva (UE) 2015/2376), che introduce nel novero delle materie oggetto di scambio automatico le informazioni in merito ai *ruling* preventivi transfrontalieri e agli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento (di cui se ne discuterà nel prosieguo). La Direttiva 16 impone all'autorità competente di trasmettere alle autorità competenti di tutti gli altri Stati membri informazioni in merito ai *ruling* e agli accordi preventivi stipulati, con particolare riguardo all'identificazione

²²⁹ Vedi Vallefucio V., *Cooperazione fiscale tra Stati membri: scambio di informazioni e strumenti di difesa per intermediari e contribuenti*, in *Il Fisco*, 18/2017, pagg. 2751 ss.

del soggetto, diverso dalla persona fisica, e del gruppo di cui fa parte²³⁰, una sintesi del contenuto dell'accordo preventivo e una descrizione dei criteri utilizzati per calcolare i prezzi di trasferimento, nonché al periodo di validità dello stesso²³¹. Devono essere identificati eventuali altri Stati membri interessati ai *ruling* o agli accordi preventivi, che infatti possono richiedere copia degli accordi stipulati.

Una quantità minima di informazioni dovrà essere trasmessa anche alla Commissione europea, per permettere a quest'ultima di monitorare e valutare l'effettiva implementazione dello scambio automatico di informazioni con riguardo agli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento²³². La Commissione, infatti, è tenuta a raccogliere dati statistici sulla cooperazione e lo scambio di informazioni nel settore fiscale ai sensi dell'articolo 8-ter della Direttiva 16.

Per quanto riguarda lo scambio spontaneo di informazioni, infine, questo è avviato su comunicazione che un'autorità competente fornisce all'autorità competente di un altro Stato membro quando la prima ritiene che:

- a) esiste una perdita di gettito nell'altro Stato membro;
- b) un contribuente ottiene, in uno Stato membro, una riduzione o un esonero d'imposta che dovrebbe comportare per esso un corrispondente aumento delle imposte nell'altro Stato membro;
- c) le relazioni d'affari fra un contribuente dello Stato membro ed un contribuente dell'altro Stato membro sono svolte attraverso uno o più paesi in modo tale da comportare una diminuzione di imposta nell'uno o nell'altro Stato membro o in entrambi;
- d) l'autorità competente di uno Stato membro ha fondati motivi di presumere che esista una riduzione d'imposta risultante da trasferimenti fittizi di utili all'interno di gruppi d'impresa;
- e) in uno Stato membro, a seguito delle informazioni comunicate dall'autorità competente dell'altro Stato membro, vengono raccolte delle informazioni che possono essere utili per l'accertamento dell'imposta in quest'altro Stato membro.

²³⁰ Gli Stati membri possono escludere dalla comunicazione obbligatoria i dati relativi agli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento stipulati con Gruppi di imprese che hanno conseguito, nell'esercizio fiscale precedente alla stipulazione, modifica o rinnovo dell'accordo, un fatturato netto annuo inferiore a 40 000 000 euro.

²³¹ Sono esclusi dallo scambio automatico di informazioni gli accordi preventivi bilaterali o multilaterali stipulati con Paesi terzi se l'accordo fiscale internazionale in virtù del quale è stato negoziato l'accordo preventivo sui prezzi di trasferimento non ne consenta la divulgazione a terzi (articolo 8-bis, comma 3, Direttiva 2011/16/UE).

²³² Cfr. Atto del Governo n. 368, *cit.*

Le notizie carpite tramite lo scambio di informazioni possono determinare l'amministrazione finanziaria a procedere con controlli più approfonditi su determinati soggetti, di concerto con le altre autorità competenti, se quei soggetti presentano un interesse comune o complementare con gli Stati membri coinvolti. In tal caso, ai sensi dell'art. 31-bis, commi 6 ss. del D.P.R. 600/1973, l'autorità richiedente informa l'amministrazione competente dell'altro Stato dell'intenzione di procedere ai controlli simultanei, indicando i motivi che l'hanno indotta a scegliere il caso in questione. L'autorità interpellata, se sceglie di aderire al controllo simultaneo, designa un rappresentante cui compete la direzione e il coordinamento del controllo.

All'esito dei controlli sui prezzi di trasferimento nei termini sopra esposti, gli Stati partecipanti possono decidere che il reddito imponibile non è stato allocato in maniera conforme all'*arm's length*, procedendo a rettificare la dichiarazione del soggetto coinvolto nell'indagine (o dei soggetti, se si tratta di un gruppo di imprese). Rimanendo in tema di *transfer pricing*, la variazione appena menzionata dovrebbe, in linea di principio, essere a somma zero, nel senso che uno Stato effettuerà una rettifica primaria – in aumento – e l'altro Stato una rettifica in diminuzione di uguale importo, per fare in modo che non si generi una doppia imposizione sui redditi²³³.

3.5. Rettifiche in diminuzione unilaterali

Il novello art. 31-quater, comma 1, lett. c), D.P.R. 600/73 contiene le disposizioni per il riconoscimento in via unilaterale di una rettifica in diminuzione del reddito in applicazione della previsione dell'art. 110, comma 7. Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, emanato il 30 maggio 2018 dopo una consultazione pubblica sullo schema di Provvedimento, vengono delineate le modalità di presentazione dell'istanza da parte del contribuente e lo svolgimento della procedura.

Nello specifico, il Provvedimento subordina il riconoscimento di un *corresponding adjustment* ad un'istanza del contribuente, a fronte di una rettifica in aumento definitiva e conforme al principio di libera concorrenza effettuata da uno Stato con il quale è in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi.

Ai fini della disciplina *de qua*, per contribuente si intende (i) un'impresa residente nel territorio dello Stato che si trovi, rispetto ad una società non residente, in una o più delle condizioni indicate al comma 7 dell'art. 110 del testo unico delle imposte sul reddito, (ii) un'impresa

²³³ Cfr. Garbarino C, *op. cit.*, pag. 88.

residente che operi in uno Stato estero per il tramite di una stabile organizzazione e (iii) un'impresa non residente che esercita la propria attività nello Stato attraverso una stabile organizzazione.

La rettifica primaria a fronte della quale può essere presentata istanza *ex* lettera c) dell'art. 31-quater deve avere le caratteristiche indicate nella disposizione, ovvero essere (i) definitiva e (ii) conforme al principio di libera concorrenza. Con riferimento a questi presupposti si rendono necessari alcuni chiarimenti.

Per quanto riguarda il primo requisito ci si è interrogati se, tenendo conto dell'analogia terminologia utilizzata all'art. 165 del TUIR, per rettifiche definitive debbano essere intese quelle connotate dal carattere di «irripetibilità» come disposto nella circolare n. 9/E/2015 in materia di imposte assolate all'estero, ossia di non essere modificabili a favore del contribuente²³⁴. Alcuni hanno messo in dubbio la necessità di una tale previsione, anche considerando «i poteri di scambio di informazioni con le competenti amministrazioni fiscali estere che garantirebbero comunque il riscontro circa la definitività della pretesa impositiva»²³⁵.

Secondo le Entrate, infatti, non è necessario che la rettifica sia definitiva, quantomeno al momento della presentazione dell'istanza²³⁶; tuttavia, il contribuente deve indicare la fase in cui si trova la rettifica in aumento e le possibili circostanze in dipendenza delle quali la rettifica diventerà definitiva. Il chiarimento è da accogliere con favore. In caso contrario, invero, verrebbe svilita l'intenzione di minimizzare i tempi di istruttoria cui *prima facie* sembra essere orientata la riforma organica in commento²³⁷.

Per quanto riguarda la corrispondenza al prezzo di libera concorrenza della rettifica operata dallo Stato estero, nulla viene detto in merito al potere che l'Agenzia delle Entrate ha nel sindacare i criteri di determinazione dell'*arm's length*²³⁸. Né è chiaro se, ritenuto il metodo utilizzato all'estero non in linea con i criteri stabiliti dai principi OCSE, il contribuente abbia

²³⁴ Cfr. Formica G., Lillo D., *op. cit.*, pag. 2510; Papotti R., Antonini M., *La nuova procedura di eliminazione delle doppie imposizioni da rettifiche di transfer pricing in uno Stato estero*, in *Corr. trib.*, 27/2018, pagg. 2089 ss.

²³⁵ Cit. Papotti R., Antonini M., *op. cit.*, pag. 2090.

²³⁶ Tale condizione dovrà necessariamente sussistere nella fase finale dell'istruttoria ai fini del riconoscimento della rettifica in diminuzione (vedi *infra*).

²³⁷ La Relazione Tecnica al decreto-legge 50/2017 prospettava che le nuove procedure comporteranno la riduzione dei tempi di istruttoria e del numero complessivo delle procedure amichevoli con conseguente miglioramento dell'efficienza dell'attività amministrativa.

²³⁸ Cfr. Papotti R., Antonini M., *op. cit.*, pagg. 2090-2091.

comunque la possibilità di dimostrare che utilizzando una metodologia conforme all'*arm's length* si perviene al medesimo risultato²³⁹.

Chiariti i presupposti soggettivi ed oggettivi, il Provvedimento espone le modalità operative per la presentazione dell'istanza.

In primo luogo, l'istanza va indirizzata all'Ufficio Accordi preventivi e controversie internazionali dell'Agenzia delle Entrate, e dev'essere necessariamente corredato, a pena di inammissibilità, da una serie di informazioni, tra cui:

- gli elementi previsti per l'attivazione della procedura amichevole ai sensi delle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni sui redditi o della Convenzione Arbitrale 90/436/CEE;
- indicare chiaramente l'oggetto, ossia la richiesta di eliminazione della doppia imposizione generata da una rettifica in aumento, definitiva (o la fase in cui si trova la rettifica) e conforme al principio di libera concorrenza, effettuata dall'autorità fiscale dello Stato estero con il quale è in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi;
- recare la traduzione in italiano o, in alternativa, in lingua inglese degli atti impositivi emessi dalle autorità estere da cui scaturisce la doppia imposizione e tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari a constatare la conformità all'*arm's length* della rettifica.

Oltre alla documentazione sopra indicata, l'istanza dovrà indicare lo strumento giuridico che si intende attivare per la soluzione delle controversie internazionali, e precisamente la procedura amichevole prevista dalle Convenzioni internazionali bilaterali o dalla Convenzione Arbitrale.

Entro trenta giorni dalla ricezione dell'istanza corredata da relativa documentazione, l'Ufficio invia comunicazione all'istante sull'ammissibilità o meno della domanda. Nel secondo caso, peraltro, vengono concessi altri trenta giorni per l'integrazione della documentazione necessaria, e se il contribuente non vi provvede l'istanza è dichiarata inammissibile.

Se la domanda viene accolta, inizia la fase procedurale che consiste nell'analisi dell'istanza e della documentazione presentata, nonché nell'eventuale richiesta di contraddittorio con l'istante per accertare la completezza della documentazione fornita o per richiedere ulteriore documentazione. La mancata produzione della documentazione o dei chiarimenti richiesti è causa di estinzione della procedura. È altresì causa di estinzione la sopravvenuta conoscenza,

²³⁹ Cfr. Maisto e Associati, *Consultazione pubblica sui prezzi di trasferimento*, Ministero dell'economia e delle finanze, 21 marzo 2018.

da parte dell'Ufficio, di elementi e notizie relativi a fatti e circostanze in cui viene definitivamente constatato che il contribuente è passibile di sanzioni gravi connesse all'oggetto del procedimento.

Il procedimento si conclude entro 180 giorni dalla presentazione dell'istanza con l'emissione da parte dell'Ufficio di un atto motivato di riconoscimento o di non riconoscimento della rettifica in diminuzione. In caso di riconoscimento il Direttore dell'Agenzia delle Entrate, previo reperimento della certificazione o atto equivalente attestante la definitività della rettifica in aumento operata all'estero, emette un provvedimento che dispone la rettifica in diminuzione sul reddito e ne dà comunicazione all'Ufficio per l'espletamento di tutte le formalità necessarie.

Qualora la procedura si concluda con il mancato riconoscimento della rettifica in diminuzione del reddito, il contribuente può comunque richiedere l'attivazione di una procedura amichevole ai sensi dell'art. 31-quater, comma 1, lett. a), D.P.R. 600/1973.

3.6. Advance pricing agreements

Se l'eliminazione della doppia tassazione è essenziale per evitare i danni che questa può provocare al commercio internazionale, non meno rilevanti risultano i costi cui vanno incontro le Amministrazioni fiscali e le multinazionali nell'attivare le procedure amichevoli, soprattutto quelle aventi ad oggetto le *transfer pricing policies* adottate dalle multinazionali.

Conscia di ciò, l'OCSE ha consigliato agli Stati di dotarsi di strumenti volti a dirimere i contenziosi prima del loro insorgere già con l'emanazione delle «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*» del 1995. Il modello suggerito, denominato *advance pricing arrangement* (o APA), consiste in un accordo tra contribuente e Amministrazione fiscale che determina, in anticipo rispetto alle operazioni controllate e per un periodo di tempo predeterminato, una serie di criteri rilevanti (ad es. metodo, operazioni comparabili e le rettifiche appropriate da apportarvi, assunzioni critiche rispetto agli eventi futuri) per la determinazione dei prezzi di trasferimento delle transazioni medesime²⁴⁰. Gli APA possono essere unilaterali, bilaterali o multilaterali, a seconda del numero di autorità competenti coinvolte nelle negoziazioni.

La prospettiva di poter prevenire i contenziosi legati a ipotesi di doppia tassazione, in un quadro di cooperazione e dialogo tra contribuenti e Agenzia delle Entrate, ha indotto il legislatore, anche sulla scorta delle summenzionate raccomandazioni OCSE del 1995, a dotarsi di strumenti

²⁴⁰ OECD *Transfer Pricing Guidelines*, op. cit., paragrafo 4.134.

per la risoluzione della *double taxation* prima ancora che questa venga ad esistenza. Fu così che, nel 2003, il quadro normativo si arricchiva dello strumento del «*ruling* di standard internazionale».

Prima di allora, il contribuente che avesse voluto indagare la posizione dell'amministrazione finanziaria in merito a talune questioni riguardanti la disciplina dei prezzi di trasferimento avrebbe dovuto indirizzare un'istanza di interpello all'Agenzia delle Entrate, ai sensi dell'art. 11 dello Statuto del contribuente (legge 212/2000)²⁴¹, prima di mettere in atto il comportamento fiscalmente rilevante. La disposizione era però limitante, in quanto con l'interpello si andava a trattare «il tema dal punto di vista del diritto positivo, senza cioè dare la possibilità alle Amministrazioni di entrare nel merito delle specifiche transazioni poste in essere»²⁴².

Un altro limite consisteva nel fatto che la procedura, per come configurata, era finalizzata all'ottenimento del parere unilaterale dell'Agenzia delle Entrate in merito a fattispecie concrete e personali, mentre il confronto con il contribuente era limitato all'interpretazione che quest'ultimo forniva nell'istanza stessa di interpello.

3.6.1. *Il ruling di standard internazionale*

Il primo vero strumento di risoluzione preventiva introdotto nell'ordinamento interno, denominato *ruling* di standard internazionale, era disciplinato dall'art. 8 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269. Il *ruling* può essere ricondotto, come specificava il Bollettino del Ruling, al *genus* degli interpelli, differenziandosene, tuttavia, per la definizione in contraddittorio della materia oggetto di istanza ed in virtù di ciò rappresenta una categoria per certi versi autonoma. La procedura termina, infatti, con un accordo tra le parti e non con una pronuncia unilaterale da parte dell'amministrazione finanziaria come avviene con l'istanza di interpello²⁴³.

Potevano accedere al *ruling* le «imprese con attività internazionale» che volessero negoziare con l'amministrazione fiscale un accordo riguardante principalmente il regime dei prezzi di

²⁴¹ L'istituto dell'interpello era stato introdotto per la prima volta con l'art. 21 legge 30 dicembre 1991, n. 413, che disciplinava una speciale tipologia di interpello, detto antielusivo. Il successivo art. 7, comma 1, D.lgs. 358/1997 disciplina l'interpello cosiddetto disapplicativo, mediante il quale il contribuente aveva la possibilità di vedersi riconoscere la disapplicazione di determinate norme antielusive che limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta, ecc., quando il rischio del verificarsi degli effetti elusivi che la norma intende evitare non sussiste. L'art. 11, comma 1, lett. a) della legge n. 212/2000 reca la disciplina di una tipologia di interpello generalista, che consente al contribuente di ottenere il parere dell'Agenzia delle Entrate in merito ad un caso concreto e personale obiettivamente incerto, prima di porre in essere il comportamento fiscale.

²⁴² Così Strata M., D'Inverno G., *Transfer Pricing: I Safe Harbours e gli Advance Pricing Agreements*, in *Il Fisco*, 30/2002, pagg. 4791 ss.

²⁴³ Agenzia delle Entrate, Bollettino del *Ruling* di standard internazionale, 21 aprile 2010.

trasferimento, degli interessi, dei dividendi, delle royalties, nonché la valutazione preventiva della sussistenza o meno dei requisiti che configurano una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato, tenuti presenti i criteri previsti dall'articolo 162 del TUIR.

Il Provvedimento specificava che è da considerare «impresa con attività internazionale» qualunque (i) impresa residente nel territorio dello Stato che, in alternativa o congiuntamente,

- a) si trovi, rispetto a società non residenti, in una o più delle condizioni indicate nel comma 7 dell'articolo 110 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917;
- b) il cui patrimonio, fondo o capitale sia partecipato da soggetti non residenti ovvero partecipi al patrimonio, fondo o capitale di soggetti non residenti;
- c) abbia corrisposto a o percepito da soggetti non residenti, dividendi, interessi o *royalties*,

ovvero (ii) qualunque impresa non residente che esercita la sua attività nel territorio dello Stato attraverso una stabile organizzazione, qualificabile come tale ai sensi delle disposizioni vigenti in materia di imposte sui redditi.

Pur essendo rivolto alla preventiva risoluzione di questioni attinenti alla strutturazione delle operazioni transfrontaliere, l'accordo raggiunto tramite il *ruling* vincolava esclusivamente l'amministrazione fiscale italiana ed il contribuente ivi residente, non essendo prevista la cooptazione dell'amministrazione fiscale estera. A quest'ultima la norma riservava soltanto un ruolo marginale attraverso la sua messa al corrente dei termini dell'accordo, a contrattazione ormai ultimata, tramite l'inoltro di una copia dell'accordo raggiunto (art. 8, comma 3, decreto-legge 269/2003).

In questo senso l'istituto del *ruling* è assimilabile, nei fatti, agli *advance pricing arrangements* unilaterali, ovvero accordi raggiunti tra un'impresa e l'autorità fiscale del proprio Stato di residenza. Secondo l'OCSE, esiste il rischio che il contribuente accetti un accordo che alloca una quota troppo grande del reddito nel Paese con il quale è in vigore l'APA al fine di ridurre i contenziosi riguardanti il *transfer pricing* e le relative sanzioni. In questo modo i costi di *compliance* si spostano da questa ad altre giurisdizioni e quindi il problema permane²⁴⁴.

Per questo motivo gli APA unilaterali sono fortemente sconsigliati in quanto non forniscono alcuna garanzia in merito all'effettiva eliminazione della doppia imposizione qualora l'amministrazione fiscale estera disconosca, parzialmente o *in toto*, i criteri e i metodi di determinazione dei prezzi *intercompany*, con effetti negativi sulla possibilità di richiedere il *corresponding adjustment*. In effetti soltanto una rigorosa aderenza ai principi stabiliti nelle

²⁴⁴ Cfr. *OECD Transfer Pricing Guidelines*, 1995, Cap. IV, sottocapitolo IV.

Linee guida OCSE con riferimento alla determinazione dell'*arm's length* può rendere l'accordo accettabile dall'altra amministrazione fiscale²⁴⁵.

L'unico modo per evitare eventuali conflitti con le altre giurisdizioni consiste nello stipulare APA bilaterali o multilaterali con le autorità competenti di tutti gli Stati coinvolti nelle operazioni tra associate, puntando alla più ampia adesione possibile di imprese e amministrazioni fiscali. Solo così si può pensare di ridurre o eliminare il rischio del manifestarsi della doppia imposizione, in quanto tutti i Paesi rilevanti vi partecipano²⁴⁶.

Il problema delle imprese italiane consisteva nel fatto che l'Italia non disponeva, all'epoca, di una disciplina riguardante il raggiungimento di accordi multilaterali. Nel silenzio della legge, è stata suggerita la possibilità di stipulare accordi preventivi distinti con le varie Amministrazioni fiscali degli Stati interessati, fondando ciascuno di essi sui medesimi criteri²⁴⁷. Questa soluzione, però, presenta l'inconveniente della mancanza di dialogo tra le autorità fiscali e dell'assenza di garanzie circa l'accettazione, da parte delle stesse, di identici criteri di determinazione dei prezzi di trasferimento.

L'Agenzia delle Entrate, dal canto suo, si è col tempo attrezzata adottando i necessari provvedimenti per la stipula di accordi bilaterali e multilaterali, conformandosi alle *best practises* internazionali²⁴⁸. Lo strumento si basava sul combinato ricorso alla procedura di cui all'art. 8, decreto-legge 269/2003 e quella ex art. 25, comma 3 del Modello OCSE, facendosi perno in particolare sul secondo periodo di quest'ultimo, dove è stabilito che le autorità competenti possano consultarsi «al fine di eliminare la doppia imposizione nei casi non previsti dalla presente Convenzione».

La procedura del *ruling* internazionale venne, da ultimo, abrogata mediante l'art. 1, D.lgs. 14 settembre 2015, n. 147, il quale ha allo stesso tempo introdotto l'art. 31-ter del D.P.R. 600/73 concernente gli «accordi preventivi per le imprese con attività internazionale».

²⁴⁵ Cfr. Besio P., *op. cit.*, pag. 1741.

²⁴⁶ Cfr. *OECD Transfer pricing Guidelines, cit.*, 1995, Cap. IV, sottocapitolo III.

²⁴⁷ Cfr. Musselli, *op. cit.*, pag. 603.

²⁴⁸ «Al fine di rendere più efficace l'azione di contrasto ai fenomeni di doppia imposizione internazionale e di fornire certezza ai gruppi multinazionali in merito alle politiche dei prezzi di trasferimento intercompany, a partire dagli ultimi mesi del 2010, l'Amministrazione finanziaria italiana ha previsto la possibilità, per i contribuenti che ne avessero interesse, di presentare istanze volte alla conclusione di Advance Pricing Agreements di tipo bilaterale o multilaterale». Così l'Agenzia delle Entrate nel Bollettino del *ruling* di standard internazionale, II edizione, 2013.

3.6.2. Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale

Lo strumento si propone di ampliare le opportunità di contatto tra contribuente e amministrazione fiscale, creando un contesto di maggiore certezza e trasparenza normativa per gli operatori italiani e non, allo scopo di incrementare l'attrattività del mercato italiano per le imprese estere che vi si vogliono insediare²⁴⁹.

La *ratio* della norma, come si rinviene dalla caratterizzazione dell'accordo come «preventivo», consiste nella definizione *ex ante* del trattamento fiscale riservato ad una serie omogenea di operazioni e negozi transnazionali²⁵⁰. La norma tuttavia consente, sotto certe condizioni, di estendere retroattivamente l'efficacia dell'accordo e coprire anche fatti giuridici realizzati in mancanza di accordo (vedi *infra*).

Un importante aspetto innovativo degli accordi preventivi consiste nella possibilità, già prevista dalla prassi amministrativa ma mai codificata in una legge, di poter negoziare accordi bilaterali e multilaterali nell'ambito delle procedure amichevoli previste dalle Convenzioni bilaterali stipulate dall'Italia. Al momento l'amministrazione nazionale non ha fornito indicazioni in merito agli aspetti procedurali, ma il contribuente può fare riferimento alle linee guida espone nell'allegato n. 4 delle «*Guidelines for conducting advance pricing arrangements under the mutual agreement procedure*», alle indicazioni fornite nell'*Action 14* del progetto BEPS, nonché alla prassi seguita nei paesi più attivi nella negoziazione e stipula di APA multilaterali²⁵¹.

Il Provvedimento n. 2016/42295 dell'Agenzia delle Entrate²⁵² espone gli aspetti procedurali della disciplina, confermando in gran parte i requisiti già previsti per l'accesso al *ruling* internazionale e introducendo al contempo ulteriori fattispecie oggettive e soggettive, nonché nuove regole circa la durata e la vigenza dell'accordo sottoscritto, rendendolo in tal modo uno strumento più versatile rispetto al suo predecessore.

²⁴⁹ Cfr. Relazione accompagnatoria al D.lgs. 14 settembre 2015 n. 147 (cd. Decreto Internazionalizzazione).

²⁵⁰ Con riferimento alla «preventività», l'assimilazione degli accordi preventivi agli interpelli, come prima accennato parlando del *ruling* internazionale, dovrebbe indurci a ritenere necessario avviare la procedura prima di porre in essere il comportamento fiscalmente rilevante. In dottrina è stato notato, tuttavia, che non vi è traccia di previsioni che obblighino a procedere in tal senso e che, pertanto, il contribuente ben potrebbe negoziare un accordo riguardante un'operazione già compiuta o che è ancora in corso, ottenendo il riconoscimento della bontà dei criteri e metodi di determinazione dei prezzi *intercompany* (si veda Tomassini A., Martinelli A., *Il nuovo «ruling» internazionale*, in *Corr. trib.*, 24/2015, pagg. 1843 ss.).

²⁵¹ Cfr. Besio P., *op. cit.*, pag. 1745.

²⁵² Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 21 marzo 2016 recante «Disposizioni per l'attuazione della disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale».

Per ciò che riguarda, nello specifico, l'ambito oggettivo, la norma consente di stipulare accordi preventivi volti a predeterminare in anticipo gli aspetti fiscali riguardanti principalmente i seguenti ambiti:

- a) definizione in contraddittorio dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni di cui al comma 7, dell'articolo 110 del testo unico delle imposte sui redditi e dei valori di uscita o di ingresso in caso di trasferimento della residenza, rispettivamente, ai sensi degli articoli 166 e 166-bis del medesimo Testo Unico. Le imprese che aderiscono al regime dell'adempimento collaborativo hanno accesso alla procedura di cui al periodo precedente anche al fine della preventiva definizione in contraddittorio dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni di cui al comma 10 dell'articolo 110 del citato decreto del Presidente della Repubblica n. 917 del 1986²⁵³;
- b) attribuzione di utili e perdite alla stabile organizzazione in un altro Stato di un'impresa o un ente residente ovvero alla stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente;
- c) valutazione preventiva della sussistenza o meno dei requisiti che configurano una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato, tenuti presenti i criteri previsti dall'articolo 162 del TUIR, nonché dalle vigenti Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate all'Italia;
- d) applicazione delle norme concernenti l'erogazione o la percezione di dividendi, interessi, *royalties* e altri componenti reddituali a oppure da soggetti non residenti.

Le materie del contendere si sono, pertanto, arricchite di nuove fattispecie. Non si parla soltanto della possibilità di definire in contraddittorio i valori di uscita o di ingresso in caso di trasferimento della residenza all'estero o viceversa e della facoltà di sottoporre alla stessa procedura i metodi di calcolo del valore normale delle operazioni con le imprese residenti nei Paesi *black list*. L'art. 31-ter, D.P.R. 600/73 sottopone alla procedura in commento anche i criteri di attribuzione dell'utile imponibile tra casa madre e stabile organizzazione che, a dire il vero, erano già contemplati dalla previgente disciplina, ma solo nel Provvedimento attuativo dell'art. 8, D.L. 269/2003 emanato dall'Agenzia delle Entrate il 23 luglio 2004. L'accordo dovrebbe tenere in debita considerazione sia quanto previsto dall'art. 152 del TUIR in merito

²⁵³ Il secondo periodo dell'art. 31-ter, comma 1, lett. a), del D.P.R. 600/1973 deve considerarsi superato in virtù dell'abrogazione del citato comma 10 dell'art. 110 del TUIR disposta con Legge di stabilità per il 2016 (art. 1, comma 142, Legge 28 dicembre 2015, n. 208).

alla ripartizione del reddito tra casa madre e stabile organizzazione, sia quanto disposto dall'art. 168-ter del Testo Unico, che ha introdotto il regime della *branch exemption*²⁵⁴.

Ogni questione che deriva dall'applicazione delle materie sopraelencate devono essere tassativamente sottoposte alle autorità competenti attraverso l'istituto degli accordi preventivi. Tale prescrizione deriva dalla disposizione dell'art. 4, comma 1, lett. d) del decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 29 aprile 2016, in attuazione dell'art. 2, comma 6, D.lgs. 147/2015 sui nuovi investimenti. Con specifico riguardo a dette materie, infatti, la soluzione di qualunque questione insorgente circa la loro applicabilità è demandata ad un accordo tra contribuente e amministrazione fiscale. Con un'unica eccezione prevista in riferimento alla sussistenza dei requisiti che configurano una stabile organizzazione. Tale ultimo aspetto, per specifica previsione normativa, può essere sottoposto anche mediante l'istituto dell'interpello e, se sottoposto con istanza di interpello sui nuovi investimenti, può riguardare tanto le imposte dirette quanto quelle sul valore aggiunto²⁵⁵. Il contribuente, quindi, per ciò che attiene alla sussistenza dei requisiti della stabile organizzazione, avrà a disposizione un ulteriore strumento di dialogo con l'Agenzia delle Entrate, ovviamente in alternativa agli accordi *ex art. 31-ter*²⁵⁶.

Con riferimento agli «altri componenti reddituali» menzionati alla lettera d), il legislatore ha inteso introdurre una categoria residuale che, facendo eco all'espressione «con principale riferimento», vuole significare la non tassatività delle materie coperte dall'accordo preventivo. Si segnala, sul punto, che in virtù della sostituzione dell'art. 31-ter al vecchio art. 8 sul *ruling* (art. 31-ter, comma 7), è altresì inclusa tra le fattispecie che possono formare oggetto della domanda di accordo preventivo ogni questione attinente al regime del cd. *patent box*, di cui all'articolo 1, commi da 37 a 45, della legge 23 dicembre 2014, n. 190²⁵⁷.

Dopo aver fornito un elenco esemplificativo degli ambiti che possono costituire oggetto di accordi preventivi, il Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate prosegue con la trattazione dei soggetti autorizzati a presentare istanza per l'accesso a tale istituto, ovvero le imprese con attività internazionale. Vengono, in particolare, riproposti i requisiti soggettivi già valevoli per l'accesso alla disciplina previgente del *ruling* internazionale. Vi possono, infatti, fare ricorso le imprese residenti nel territorio dello Stato, qualificabili come tali ai sensi delle imposte sul reddito, che, in alternativa o congiuntamente:

²⁵⁴ Cfr. Besio P., *op. cit.*, pag. 1747.

²⁵⁵ Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate 1° giugno 2016, n. 25/E, par. 6.4.

²⁵⁶ Così Besio P., *op. cit.*, pag. 1748.

²⁵⁷ *Ibidem*.

- si trovino rispetto a società non residenti in una o più delle condizioni indicate nel comma 7 dell'articolo 110 del TUIR;
- il cui patrimonio, fondo o capitale sia partecipato da soggetti non residenti ovvero partecipi al patrimonio, fondo o capitale di soggetti non residenti;
- abbia corrisposto a, o percepito da soggetti non residenti, dividendi, interessi, *royalties* o altri componenti reddituali;
- eserciti la sua attività attraverso una stabile organizzazione in un altro Stato.

L'accordo preventivo è destinato, ai sensi dei paragrafi 1.3 ed 1.5 del Provvedimento, anche alle imprese non residenti che esercitano o hanno intenzione di esercitare la propria attività nel territorio dello Stato attraverso una stabile organizzazione. L'estensione dell'ambito soggettivo alle imprese che non dispongono ancora, al momento della presentazione dell'istanza, di una stabile organizzazione residente in Italia, è resa necessaria dall'ampliamento dell'ambito oggettivo alla valutazione circa la sussistenza dei requisiti che configurano una stabile organizzazione²⁵⁸. Per agevolare lo sfruttamento di tale nuova possibilità, evidentemente, occorre consentire alle imprese estere senza stabile organizzazione in Italia, prima escluse dalla procedura del *ruling*, l'accesso agli accordi preventivi²⁵⁹.

Le modalità di presentazione dell'istanza e le tempistiche sono analoghe a quelle previste per l'accesso alla procedura dell'art. 31-quater, comma 1, lett. c), D.P.R. 600/1973. L'istanza dev'essere presentata all'Ufficio Accordi preventivi e controversie internazionali il quale, se la ritiene ammissibile, inviterà il contribuente a comparire per mezzo del legale rappresentante al fine di accertare la completezza delle informazioni fornite e formulare eventuali ulteriori richieste, nonché per definire i termini di svolgimento del procedimento in contraddittorio, che si dovrà normalmente concludere entro 180 giorni dal ricevimento dell'istanza²⁶⁰.

L'istanza deve contenere gli elementi identificativi dell'impresa residente, della stabile organizzazione di un'impresa estera o del domiciliatario presso il quale si vogliono far pervenire le comunicazioni dell'Agenzia per i soggetti esteri che intendono esercitare la propria attività attraverso una stabile organizzazione. Dev'essere, poi, data chiara rappresentazione dell'oggetto dell'accordo.

²⁵⁸ In tal senso dispone l'art. 7 del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145.

²⁵⁹ Cfr. Bedogni C., *Gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, in *Il Commercialista Veneto*, [inserto] maggio-giugno 2016, pag. 4.

²⁶⁰ Termine che dovrà intendersi sospeso per un periodo di tempo pari a quello necessario per l'ottenimento delle informazioni richieste all'Amministrazione fiscale con cui sono stati attivati gli strumenti di cooperazione internazionale.

Per quanto riguarda in particolare il *transfer pricing*, il Provvedimento richiede, in aggiunta alle informazioni anzidette, una sintetica descrizione delle operazioni con le imprese associate, con indicazione dettagliata dei beni e servizi oggetto delle stesse; l'indicazione delle società con cui vengono intrattenute dette operazioni, specificando le ragioni per le quali esse rientrano nei parametri dell'art. 110, comma 7 del TUIR; l'illustrazione dei criteri e metodi di determinazione dei prezzi di libera concorrenza, allegando eventuale documentazione illustrativa.

La procedura si conclude non con un provvedimento unilaterale dell'Agenzia delle Entrate, come per le fattispecie *ex art. 31-quater, lett. c)* del D.P.R. 600/1973, bensì con un accordo tra Fisco e contribuente avente ad oggetto i criteri e i metodi di determinazione del *transfer pricing*.

L'accordo acquista efficacia vincolante per entrambe le parti che lo hanno sottoscritto e rimane in vigore per il periodo di imposta nel corso del quale è stipulato e per i quattro periodi di imposta successivi, salvo rinnovi. In questo frangente l'Agenzia delle Entrate dev'essere posta nelle condizioni di poter verificare il rispetto dell'accordo da parte del contribuente. A tal fine è previsto che l'impresa metta a disposizione dell'Ufficio, periodicamente o dietro apposita richiesta, la documentazione e gli elementi informativi necessari all'attività di verifica, eventualmente consentendo ai funzionari dell'Agenzia di accedere presso i locali di svolgimento dell'attività al fine di reperire e di prendere visione di tale documentazione. Segnalo, per completezza di esposizione, che la violazione totale o parziale dell'accordo è causa di estinzione – anche questa totale o parziale – dello stesso a cominciare dalla data in cui risulta accertato il comportamento integrante la violazione dell'accordo, a meno che il contribuente non faccia pervenire in tempo utile (trenta giorni dalla comunicazione dell'Ufficio) memorie a difesa del proprio operato, o quando queste siano ritenute insoddisfacenti²⁶¹.

Il contribuente può anche essere invitato presso l'Ufficio per fornire i chiarimenti e la documentazione utile ai fini della verifica e di ogni contraddittorio verrà redatto apposito verbale. Per tale via, peraltro, si procederà obbligatoriamente nel caso in cui, riscontrato un mutamento nelle condizioni di fatto e di diritto su cui si basa l'accordo, risulta evidente la necessità di una sua revisione²⁶².

²⁶¹ L'Agenzia delle Entrate considera due tipologie di violazione, collegate la prima all'inosservanza dei termini dell'accordo idonea a produrre effetti incompatibili con lo stesso, e la seconda alla mancanza di collaborazione e trasparenza da parte del contribuente durante le operazioni di controllo e verifica.

²⁶² Il Provvedimento chiarisce che «nel caso in cui, a seguito del contraddittorio, non si pervenga ad una comune decisione sulla revisione dell'accordo, o in tutti i casi in cui i mutamenti riscontrati nelle condizioni poste a base dell'accordo siano di consistenza tale da rendere impossibile la modifica, l'accordo stesso si intenderà privo di efficacia a partire dalla data in cui il mutamento delle condizioni di fatto e/o di diritto risulta intervenuto».

Qualora, però, tali mutamenti conseguano ad accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle procedure amichevoli previste dalle vigenti Convenzioni bilaterali, le parti sono vincolate a detti accordi, come convenuto con le autorità estere, a partire dai periodi precedenti purché non anteriori a quello di presentazione dell'istanza di accordo preventivo (art. 31-ter, comma 2, D.P.R. 600/73). La previsione ripropone, dunque, la procedura seguita dall'Agenzia delle Entrate per raggiungere accordi bi- o multilaterali, consentendo all'impresa di accedere ad una procedura MAP i cui contenuti essenziali saranno parte integrante di un successivo accordo unilaterale con l'autorità fiscale nazionale²⁶³.

È prevista, infine, un'ulteriore possibilità di estensione retroattiva degli effetti dell'accordo, ai sensi del comma 3 dell'art. 31-ter, D.P.R. 600/1973 (cd. *roll-back*). L'estensione è condizionata alla sussistenza delle circostanze di fatto e di diritto che caratterizzano l'accordo stipulato anche nelle annualità precedenti, ma non anteriori al periodo in corso alla data di presentazione dell'istanza²⁶⁴. In tal caso al contribuente è concessa la facoltà di far valere retroattivamente l'accordo stesso, «provvedendo, ove si renda a tal fine necessario rettificare il comportamento adottato, all'effettuazione del ravvedimento operoso ovvero alla presentazione della dichiarazione integrativa ai sensi dell'articolo 2, comma 8, del decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322, senza l'applicazione, in entrambi i casi, delle relative sanzioni». Ricapitolando, dunque, il contribuente può far retrodatare l'efficacia dell'accordo ai periodi d'imposta ricompresi tra l'annualità di presentazione dell'istanza e quella di ammissione dell'accordo.

²⁶³ Per arrivare a questo risultato, gli effetti dell'accordo negoziato all'interno di procedure amichevoli possono essere estesi a periodi d'imposta successivi a quelli oggetto di MAP. L'estensione ha luogo, su valutazione delle autorità competenti coinvolte e previo assenso del contribuente, «a condizione che i presupposti di fatto e di diritto siano rimasti immutati anche nel periodo o nei periodi d'imposta successivi a quelli sui quali è intervenuto l'accordo» (Agenzia delle Entrate, circolare 5 giugno 2012, n. 21/E, par. 4.2.11).

²⁶⁴ Il limite temporale alla retroattività non ha sicuramente alcuna ragione pratica se non quella di proteggere il gettito tributario. Infatti, nelle giurisdizioni fiscali più avanzate, dove è posta maggiore enfasi sulle esigenze delle imprese, l'estensione al passato degli effetti dell'accordo può riguardare annualità precedenti a quello di presentazione dell'istanza (Besio P., *op. cit.*, pag. 1752). A rimetterci è sicuramente il contribuente italiano, come spiego nel seguente esempio. Supponiamo che un'impresa intenda presentare istanza di accordo preventivo nel 2019, che l'accordo venga raggiunto nel corso del 2020 e che il contribuente rettifichi il reddito dell'anno 2019, in base alla norma in commento, senza subire sanzioni. Fino al 31 dicembre 2020, l'Agenzia delle Entrate può effettuare l'accertamento dei redditi riferiti ai periodi d'imposta che vanno dal 2014 al 2019 ma, per effetto del *roll-back*, solo con riferimento a quest'ultima annualità si è in regola, lasciando scoperte, quindi, le cinque annualità rimanenti, che potranno essere oggetto di rettifica del reddito e relativa sanzione. Pertanto, si ha che, pur avendo il contribuente agito in buona fede e condiviso con l'Agenzia delle Entrate informazioni riguardanti il proprio operato, l'Ufficio potrà basare le proprie indagini sui riscontri avuti con il contribuente nella fase di istruttoria. L'unico modo per risolvere i conflitti legati alle annualità per le quali il termine di decadenza dell'accertamento non è ancora spirato è quello di sottoporre il proprio caso mediante la procedura MAP (vedi *OECD MAP Peer Review Report, op. cit.*, pag. 19).

Nonostante gli evidenti punti di miglioramento, soprattutto in riferimento alla previsione di tempistiche certe con riferimento alla conclusione della procedura, permangono alcune criticità che possono rendere un'impresa riluttante ad intraprendere la negoziazione dell'accordo preventivo. Anche se bisogna subito premettere che gli enormi passi avanti fatti dall'amministrazione nell'implementazione di questi strumenti rende il rischio alquanto esiguo.

Mi riferisco al fatto che l'Agenzia delle Entrate non è in nessun modo obbligata a pervenire ad un accordo con il contribuente. In questo caso si ha che le autorità, nella fase di istruttoria, possono carpire approfondite informazioni in merito al *business* ed alle strategie adottate dall'impresa e, per quanto riguarda i prezzi di trasferimento *intercompany*, può venire a conoscenza di dettagli riguardanti il Gruppo che mai avrebbe raccolto nell'ambito di una normale attività di accertamento (in quanto è il contribuente stesso a fornire questi dettagli nella prospettiva di concludere un accordo). L'Agenzia delle Entrate, d'altra parte, può usare queste informazioni per una successiva attività di accertamento fiscale, senza esserle preclusa la verifica di fatti oggetto di negoziazione che non sia poi sfociata in un vero e proprio APA. Tale preclusione, invero, esiste solo con riferimento alle questioni oggetto dell'accordo preventivo durante tutto il periodo di vigenza del medesimo (art. 31-ter, comma 5, D.P.R. 600/1973)²⁶⁵.

Per quanto riguarda, invece, la possibilità di stipulare accordi simili agli APA multilaterali, per come è strutturata adesso la procedura, rileva la mancanza di un vero accordo tra le imprese coinvolte e le Amministrazioni fiscali. Si rammenti che nell'attivare una procedura amichevole, il contribuente delega alle autorità competenti degli Stati contraenti la migliore soluzione del proprio caso senza poter intervenire direttamente, se non con memorie e l'esposizione del proprio caso. L'unica nota positiva è che l'accordo raggiunto in ambito MAP, una volta implementato, definisce in maniera stabile e certa il trattamento fiscale riservato all'impresa ed elimina il rischio di rettifiche e sanzioni.

²⁶⁵ Cfr. *OECD Transfer Pricing Guidelines* 2017, Cap. IV, par. 4.166 ss.

CONCLUSIONI

Il problema della valutazione degli scambi infragruppo rimane ancora oggi uno degli aspetti più importanti nella gestione dei Gruppi multinazionali. Pur non essendo certo una questione nuova per le società – è un aspetto che ha ricevuto particolare attenzione con il diffondersi dei gruppi multinazionali prima, la globalizzazione dei mercati e lo sviluppo delle filiere internazionali, poi – il tema dei prezzi di trasferimento sarà sicuramente una *major issue* per le aziende globali di oggi e di domani, in particolare per l’impulso dato dallo sviluppo tecnologico che da due decenni impernia l’economia mondiale.

Predisporre una normativa sui prezzi di trasferimento adeguata, di facile comprensione e applicazione, permetterà alle aziende di concentrarsi sul proprio *core business* invece che cercare di conformarsi a stringenti requisiti di legge, soprattutto ove mal concepiti. Questa affermazione è tanto più evidente se si considera che l’informatizzazione dell’economia ha permesso la nascita di società globalizzate con risorse estremamente limitate²⁶⁶. Ciò vuol dire che aziende relativamente piccole possono essere destinatarie della disciplina sul *transfer pricing*, fatto che può anche impedirne lo sviluppo se dovessero essere costrette a drenare ingenti risorse finanziarie e umane nell’attività di *compliance* con la normativa sui prezzi di trasferimento, a maggior ragione nella fase di *start-up*.

Sul punto, possiamo dire che il nostro Paese stia prendendo la direzione giusta. In primo luogo, come si è visto, il legislatore domestico ha adeguato il termine di valore normale a quello di *arm’s length* di cui al Modello OCSE ed ha espressamente ancorato i metodi di calcolo del prezzo di libera concorrenza alla prassi internazionale. Questo accorgimento è sicuramente un aspetto positivo per tutte le società multinazionali operanti in Italia, in quanto dovrebbe permettere la standardizzazione delle *transfer pricing policies* a livello di Gruppo e l’uso di tecniche di *pricing* già profondamente incardinate nelle affiliate estere, riducendo in tal modo i costi che si dovrebbero altrimenti sostenere²⁶⁷.

²⁶⁶ Un chiaro esempio di ciò è la società WhatsApp Inc., la cui app di messaggistica è nata nel 2009 con un capitale iniziale di 8 milioni di dollari. Cinque anni più tardi, nel 2014, la società avrebbe raggiunto una *audience* di cinquecento milioni di persone in tutto il mondo. In quel momento WhatsApp contava 55 impiegati all’attivo. Vedi Shontell A., *Meet 15 Of The First WhatsApp Employees - Many Of Whom Are Set For Life*, Business Insider, 22 aprile 2014; AA.VV., *The history of WhatsApp*, Educator Resource Center, 11 agosto 2017.

²⁶⁷ Si è già detto che la riforma della disposizione dell’art. 110, comma 7, TUIR si pone in un rapporto di sostanziale continuità con la normativa previgente, in quanto già prima della riforma, amministrazione finanziaria, giurisprudenza e contribuenti facevano uso dei metodi OCSE per la valutazione dei prezzi infragruppo. Ritengo, tuttavia, positivo il fatto di averlo codificato finalmente in una disposizione di legge, ponendo fine alle questioni emerse in merito alla scarsa aderenza dell’art. 9, comma 3 del TUIR al principio dell’*arm’s length*.

Il modo in cui è stato abordato il tema delle linee guida domestiche per la determinazione dei prezzi, invece, lascia sperare per il meglio. Il contributo fornito dal MEF nel provvedimento del 14 maggio 2017 si distingue per un'eccessiva genericità e lo scarso approfondimento dei temi oggetto di analisi²⁶⁸.

Questo aspetto può essere visto sia in termini negativi, in quanto viene sprecata un'opportunità di raccordare il contesto normativo domestico alla prassi internazionale, ma anche in termini positivi, in quanto costringerà gli operatori a fare riferimento preminente alle Linee guida dell'OCSE. Considerando che queste sono state predisposte senza fare particolare enfasi sulle diverse realtà locali, il loro utilizzo comporta una naturale uniformità nei metodi di valutazione dei prezzi di trasferimento.

La questione è di importanza tutt'altro che marginale, in quanto adottare dei criteri diversi rispetto all'*arm's length principle* dell'OCSE può comportare degli oneri più ingenti come per le imprese, così anche per lo Stato. Se, infatti, è palese che nel caso in cui l'amministrazione finanziaria adotti dei criteri più stringenti rispetto all'*arm's length* questo si tradurrà irrimediabilmente in una doppia imposizione, non si può non considerare il caso contrario, in cui, cioè, le autorità valutino i prezzi di trasferimento secondo criteri favorevoli al contribuente. Se così fosse, non solo lo Stato potrebbe perdere ingente gettito derivante dallo spostamento all'estero di materia imponibile, ma si creerebbe spazio per distorcere e falsare la concorrenza e, di conseguenza, essere passibili di sanzioni secondo la normativa sul divieto di aiuti di Stato (art. 107, comma 1, TFUE)²⁶⁹.

Si veda, a titolo di esempio, la Decisione (UE) 2017/502 e la Decisione (UE) 2016/2326 della Commissione europea, entrambe del 21 ottobre 2015, sugli aiuti di Stato concessi rispettivamente dai Paesi Bassi a favore di Starbucks e dal Lussemburgo a favore del gruppo Fiat Chrysler Automobiles.

In un caso, la Commissione ha ritenuto che l'APA stipulato tra Paesi Bassi e Starbucks non fosse compatibile con il principio dell'*arm's length*, in primo luogo perché l'Autorità competente olandese ha utilizzato un metodo sbagliato per il calcolo dei prezzi di trasferimento

²⁶⁸ Cfr. Bognandi S., Fossati A., *Litigating in Italy: Transfer pricing dispute resolution evolves*, in *International Tax Review*, 24 marzo 2020.

²⁶⁹ Per un approfondimento si veda Calabrese M.A., *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli Advance Pricing Agreements nell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 1/2017, pagg. 21 ss.

(è stato usato il TNMM invece del CUP), e in secondo luogo perché ha applicato male tale metodo (non è stato effettuato il confronto con operazioni comparabili)²⁷⁰.

Nel secondo caso, relativo agli aiuti di Stato che il Lussemburgo ha concesso a favore del gruppo Fiat/Chrysler (nello specifico, alla società di diritto lussemburghese Fiat Finance and Trade Ltd), la Commissione ha ritenuto che pur essendo il metodo utilizzato nell'accordo preventivo sui prezzi di trasferimento, ovvero il TNMM, quello appropriato (paragrafo 248), la base di calcolo utilizzata per applicare tale metodo consentiva alla FFT di sottostimare i propri utili. In particolare, il criterio utilizzato nell'APA prevedeva l'applicazione del ROE, stimato con il modello CAPM, al capitale proprio regolamentare. Secondo la Commissione, invece, la base di calcolo appropriata avrebbe dovuto essere il capitale proprio contabile (paragrafo 249). L'utilizzo scorretto del TNMM, secondo la Commissione, ha permesso alla FFT di dichiarare una remunerazione inferiore a quella che avrebbe conseguito utilizzando l'*arm's length*²⁷¹ e ciò porta a ritenere sussistente il vantaggio selettivo ai sensi dell'art. 107, comma 1, TFUE²⁷².

Questi due esempi dimostrano come sia essenziale che gli Stati adottino dei criteri di determinazione del *transfer pricing* il più possibile aderenti al principio dell'*arm's length*. Se, come si è detto nell'introduzione, la politica dei prezzi di trasferimento non è di per sé uno strumento per conseguire vantaggi fiscali, cionondimeno si potrà obiettare che, in determinate circostanze, ovvero quando la normativa diverge da Paese a Paese, la loro pratica applicazione crea spazio per arbitraggi fiscali o, al contrario, per il sorgere di un eccesso di imposizione, a tutto detrimento dello sviluppo economico.

Accanto ad efficaci meccanismi di valutazione dei prezzi di trasferimento, si rende quantomai utile anche predisporre efficaci strumenti contro le distorsioni che naturalmente nascono quale

²⁷⁰ Il Tribunale dell'Unione Europea, con Sentenza del 24 settembre 2019 sulle cause T-760/15 e T-636/16, ha ribaltato la decisione della Commissione. Il tribunale ha ritenuto che la Commissione non avesse adeguatamente dimostrato come gli errori nella scelta e nell'applicazione del metodo di determinazione del *transfer pricing* avessero causato la riduzione dell'onere fiscale e, come conseguenza, il vantaggio ai sensi dell'art. 107, comma 1, TFUE (paragrafo 211 della Sentenza). Inoltre, il Tribunale sostiene che secondo la normativa olandese l'autorità competente non era tenuta a determinare i prezzi di trasferimento con un metodo – il *comparable uncontrolled price* – diverso da quello scelto dal contribuente – il *transactional net margin method* (paragrafi 214 e 215).

²⁷¹ Secondo la Commissione (paragrafo 345), il trattamento preferenziale di cui gode FFT in Lussemburgo incide in maniera positiva anche sulle altre società del gruppo Fiat Chrysler Automobilies. Non soltanto, infatti, la controllante Fiat S.p.a. gode in maniera diretta dalla riduzione del carico fiscale della sua controllata, ma quest'ultima, nei suoi rapporti con le altre società del Gruppo, riesce ad abbassare le condizioni di tariffazione dei prestiti proprio grazie a tale minor incidenza degli oneri fiscali.

²⁷² La Decisione 2016/2326 è stata confermata con Sentenza del Tribunale dell'Unione Europea del 24 settembre 2019 (cause T-755/15 e T-759/15). Il Tribunale, nei fatti, ha fatto propria la decisione della Commissione, affermando che con la scelta di un metodo non conforme all'*arm's length principle*, l'Amministrazione finanziaria lussemburghese avesse concesso al gruppo Fiat/Chrysler un trattamento preferenziale che può essere considerato vantaggio selettivo ai sensi dell'art. 107, comma 1, TFUE (paragrafo 326).

effetto collaterale delle rettifiche dei prezzi infragruppo. Si parla molto, in questo periodo, del problema della doppia imposizione, che abbiamo visto essere il tema centrale dei recenti sviluppi delle Convenzioni internazionali e comunitarie.

Per quanto riguarda il nostro Paese, le Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia erano, in un numero considerevole di casi, poco aderenti al Modello OCSE. Secondo i dati pubblicati dall'OCSE nel *MAP Peer Review Report* del 2017, i problemi più rilevanti afferenti gli accordi bilaterali di cui l'Italia fa parte integrano la scarsa diffusione della rettifica unilaterale – una sola Convenzione sulle 101 stipulate dall'Italia contengono una disposizione analoga al secondo comma dell'art. 9 del Modello OCSE²⁷³ – e della clausola arbitrale corrispondente al quinto comma dell'art. 25 del Modello OCSE – solo diciannove delle Convenzioni bilaterali dell'Italia contengono una clausola arbitrale, di cui peraltro non tutte prevedono una fase arbitrale obbligatoria oppure la condizionano al consenso delle autorità competenti²⁷⁴.

Su entrambi i fronti, la legislazione italiana ha conseguito dei netti miglioramenti negli ultimi tempi. Su tutti, la possibilità di rettifiche unilaterali su istanza del contribuente introdotte con l'art. 31-quater, lettera c), D.P.R. 600/73, che nei fatti neutralizza l'assenza di una disposizione analoga all'art. 9, comma 2, del Modello OCSE. Va salutata positivamente anche la decisione di aderire alla Convenzione Multilaterale e alla Direttiva (UE) 2017/1852. L'adozione di meccanismi standard condivisi a livello internazionale rappresenterà un punto di svolta nella gestione delle procedure amichevoli, mentre l'obbligatorietà della fase arbitrale dovrebbe consentire una eliminazione certa della *double taxation* in tempi ragionevolmente brevi.

Nei fatti, l'Italia mostra già da tempo risultati positivi per quanto attiene alla composizione amichevole delle dispute fiscali. I dati disponibili per il periodo 2016-2018 mostrano un quadro confortevole, con i tempi medi di conclusione di una MAP passati dai 58.08 mesi per le procedure iniziate prima del gennaio 2016, ai 14.34 mesi per quelle iniziate successivamente a tale data. Per quanto riguarda l'esito, circa il 70 per cento delle MAP si sono concluse con la completa eliminazione della doppia tassazione, mentre nell'8 per cento dei casi l'amministrazione finanziaria ha risolto il caso incombente in via unilaterale²⁷⁵.

Non mancano, in tutto questo, anche dei punti meno chiari. Se guardiamo allo schema di decreto legislativo per il recepimento della Direttiva DRM, non si comprende la ragione per cui una

²⁷³ OECD MAP Peer Review Report, op. cit., pag. 27.

²⁷⁴ Ivi, pag. 57.

²⁷⁵ OECD Mutual Agreement Procedure Statistics 2018 – Italy.

sentenza di merito – e non una definitiva – debba costituire ostacolo all’accesso alla *mutual agreement procedure*. In nessuna delle alternative attualmente disponibili ai contribuenti italiani si può scorgere un requisito tanto stringente, anche perché l’Amministrazione finanziaria, ai sensi dell’art. 2, decreto ministeriale 32/1997, può sempre annullare o revocare, in tutto o in parte, un proprio atto impositivo, salvo che sulla questione non sia intervenuta una sentenza passata in giudicato favorevole all’Amministrazione stessa²⁷⁶.

Un altro limite del complesso di norme attinenti alla materia in commento è la totale assenza di una disposizione che coinvolga il contribuente nelle trattative sugli *advance pricing agreements* multilaterali. Per come impostata, la normativa vigente fa della società un testimone passivo delle contrattazioni tra amministrazioni, mentre il suo contributo si limita alla presentazione di memorie, documenti e informazioni. Non è di consolazione neanche il fatto che, seppure la MAP relativa ai contenuti di un accordo preventivo si svolga tra autorità competenti, l’accordo stesso è, per contro, il punto di incontro tra Fisco e contribuente.

Vi è il rischio, infatti, che le altre autorità competenti siano restie ad accettare i termini negoziati *ex art. 31-ter, D.P.R. 600/1973* dalla controparte italiana, lasciando il contribuente o non coperto da un’APA multilaterale, o costretto ad accettare dei termini sensibilmente diversi da quelli preventivamente concordati.

²⁷⁶ Cfr. Mattarelli, *op. cit.*

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AA.VV., *The histroy of WhatsApp*, Educator Resource Center, 11 agosto 2017, disponibile in: <https://educatorresourcecenter.org/the-history-of-whatsapp/> [data di accesso: 14 aprile 2020]

Arcuri G., *La nozione di controllo nel Transfer Pricing*, in *Altalex*, 15 giugno 2017, disponibile in: <https://www.altalex.com/documents/news/2017/06/15/transfer-pricing-nozione-di-controllo> [data di accesso: 18 giugno 2019]

Avolio D., Devalle A., *Transfer Pricing: quando l'Ufficio cambia idea sul metodo (senza avvertire il contribuente)*, in *Corr. Trib.*, 12/2018, pagg. 922 ss. (commento a CTR Lombardia 7 luglio 2017, n. 3026)

Avolio D., Santacroce B., *Oneri documentali e prova nel «transfer pricing»*, in *Corr. Trib.*, 37/2012, pagg. 2866 ss. (commento a Cass. 11949/2012 e CTP Milano 99/2012)

Ballancin A., *La disicplina italiana del tansfer price tra onere della prova, giudizi di fatto e l'(in)esistenza di obblighi documentali*, in *Rass. Trib.*, 6/2006, pagg. 1982 ss.

Bantekas I., *The mutual agreement procedure and arbitration of double taxation disputes*, ACDI, Bogotà, 2008, pagg. 181-204

Bedogni C., *Gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, in *Il Commercialista Veneto*, [inserto] maggio-giugno 2016

Beghin M., *Atti di gestione «anomali» o «antieconomici» e prova dell'afferenza del costo all'impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, pagg. 413 ss.

Beghin M., *Diritto tributario*, 3a ed., CEDAM, Padova, 2017

Beghin M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, CEDAM, Padova, 2013

Besio P., *Il transfer pricing*, in Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, VII ed., IPSOA, Milano, 2016, pagg. 1504-1760

Bognandi S., Fossati A., *Litigating in Italy: Transfer pricing dispute resolution evolves*, in *International Tax Review*, 24 marzo 2020, disponibile in: <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1kv1vbv1hvtcc/litigating-in-italy-transfer-pricing-dispute-resolution-evolves> [data di accesso: 14 aprile 2020]

Borgoglio A., *Il transfer pricing non richiede la dimostrazione del Fisco della maggiore tassazione italiana*, commento a Cass. Civ., Sez. trib., Sentenza 3 maggio 2017, n. 21410, in *Il Fisco*, 41/2017, pagg. 3966 ss.

Calabrese M.A., *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli Advance Pricing Agreements nell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 1/2017, pagg. 21 ss.

Carpentieri L., Lupi R., Stevanato D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2003

Carpentieri L., *Valore normale e transfer pricing "interno" ovvero alla ricerca dell'arma accertativa perduta*, in *Riv. dir. trib.*, 9/2013, pagg. 448 ss.

Carroll M.B., *Taxation of Foreign and National Enterprises*, vol. IV, Ginevra, Società delle Nazioni, 1933

Cordeiro Guerra R., *La disciplina del transfer price nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, pagg. 421 ss.

CNDCEC, *Il transfer pricing: profili tecnici e spunti operativi*, 18 dicembre 2018

Della Rovere A., Vincenti F., *Transfer Pricing: le nuove guidelines dell'OCSE*, *Fisc. Comm. Int.*, n. 10/2017, pagg. 37 ss.

Della Valle E., *Transfer price: l'esimente relativa alla rettifica del valore normale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 1/2012, disponibile in: <http://www.rivistatrimestredirittotributario.it/transfer-price-esimente-relativa-rettifica-valore-normale> [data di accesso: 5 dicembre 2019]

Della Valle E., *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, I, pagg. 133 ss.

Dwarkasing R.S.J., *The concept of associated enterprises*, Intertax, 2013, ed. 8/9, pagg. 412-429

Fantozzi A., *La determinazione del reddito imponibile nei rapporti tra società italiane e collegate all'estero*, in *Riv. not.*, 1979, pagg. 790 ss.

Fantozzi A., *La stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2013, I, pagg. 99 ss.

Formica G., Lillo D., *Transfer Pricing e doppia imposizione: nuovi strumenti di risoluzione*, in *Il Fisco* 26/2018, pagg. 2507 ss.

Galardo S.M., *Rilevanza fiscale della nozione di controllo contenuta nel codice civile*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 4/2017, pagg. 78 ss.

- Garbarino C., *La tassazione delle società e dei gruppi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017
- Latini S., *Doppia imposizione: le controversie fiscali si risolvono più facilmente*, in *Fisc. inter.*, 12 febbraio 2020, disponibile in: <https://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalita-internazionale/quotidiano/2020/02/12/doppia-imposizione-controversie-fiscali-risolvono-facilmente> [data di accesso: 17 aprile 2020]
- Leo M., D'Alessio G. (a cura di), *Le imposte sui redditi nel Testo unico: Tomo 2*, Giuffrè Editore, Milano, 2014
- Lodin S., *Is the American Approach Fair? – Some Critical Views on the Transfer Pricing Issues*, in *Intertax*, 1995/5, pagg. 240 ss.
- Maisto e associati, *Consultazione pubblica sui prezzi di trasferimento*, Ministero dell'economia e delle finanze, 21 marzo 2018
- Maisto G., *Il progetto di rapporto Ocse sui prezzi di trasferimento*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1995, pagg. 357-407
- Maisto G., *Il «Transfer Price» nel diritto tributario italiano e comparato*, CEDAM, Padova, 1985
- Maisto G., *Transfer pricing in Italy*, in *Tax treatment of transfer pricing*, IBFD, Olanda, 1992
- Maisto G., *La disciplina dei prezzi di trasferimento infragruppo*, in Sacchetto C., Alemanno L. (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, IPSOA, 2002, pagg. 257-284
- Marini G., *In arrivo per le multinazionali e il Fisco il nuovo rapporto OCSE sul transfer pricing*, in *Rass. Trib.*, 11/1995, pagg. 1796 ss.
- Mattarelli F., *Procedure di risoluzione delle controversie contro le doppie imposizioni: brevi commenti sullo schema di decreto legislativo all'esame del Parlamento*, in *Riv. dir. trib. Online*, 5 febbraio 2020, disponibile in: <http://www.rivistadirittotributario.it/2020/02/05/procedure-risoluzione-delle-controversie-le-doppie-imposizioni-brevi-commenti-sullo-schema-decreto-legislativo-allesame-del-parlamento/> [data di accesso: 21 aprile 2020]
- Mayr S., Santacroce B., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA, Milano, 2013
- Mayr. S., *La rettifica dei costi e dei ricavi ex artt. 53 e 56 D.P.R. 597/1973: II parte – presupposti oggettivi*, in *Boll. Trib.*, 1977, pagg. 1045 ss.

- Mayr. S., *La rettifica dei costi e dei ricavi ex artt. 53 e 56, D.P.R. N. 597: I parte – presupposti soggettivi*, in *Boll. Trib.*, 1975, pagg. 1245 ss.
- Marino G., *La relazione di controllo nel diritto tributario*, CEDAM, Padova, 2008
- Michelutti R., Ficai G., *Ambito applicativo della nuova procedura di dispute resolution comunitaria*, in *Il Fisco*, 18/2020, pagg. 1752 ss.
- Miraulo A., *Doppia imposizione internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1990
- Monti A., *Le implicazioni sanzionatorie penali in materia di transfer pricing*, in *Dir. Trib. Int.*, Gennaio-Febbraio 2004, pagg. 37 ss.
- Musselli A., Musselli A.C., *Transfer pricing: i prezzi di trasferimento internazionali, fiscalità italiana e dei Paesi OCSE e documentazione di supporto*, Gruppo24Ore, Milano, 2011
- Papotti R., Antonini M., *La nuova procedura di eliminazione delle doppie imposizioni da rettifiche di transfer pricing in uno Stato estero*, in *Corr. Trib.*, 27/2018, pagg. 2089 ss.
- Papotti R., Antonini M., *Principio di libera concorrenza per la valutazione dei prezzi di trasferimento*, in *Corr. Trib.*, 22/2017, pagg. 1707 ss.
- Passagnoli F., *Direttiva DRM e legge di delegazione europea: in attesa dei decreti attuativi da parte del Governo*, in *Riv. dir. trib. Online*, 29 gennaio 2020, disponibile in: <http://www.rivistadirittotributario.it/2020/01/29/direttiva-drm-legge-delegazione-europea-2018-attesa-dei-decreti-attuativi-parte-del-governo/> [data di accesso: 21 aprile 2020]
- Peirollo M., *Ancora in tema di transfer pricing «interno»: limiti all'utilizzo del valore normale nei rapporti infragruppo tra società residenti*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, pagg. 999 ss.
- Petruzzi R., Koch P., Turcan L., *Baseball Arbitration in Comparison to Other Types of Arbitration*, in M. Lang, J. Owens, (a cura di), *International Arbitration in Tax Matters*, IBFD, Amsterdam, 2015, pagg. 139-158
- Picciotto S., *International Business Taxation: A Study in the Internationalization of Business Regulation*, Cambridge University Press, Stati Uniti, 2013
- Pozzo A., *Sui presupposti per l'applicazione della normativa «transfer pricing»*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1997, pagg. 664 ss.
- Rasi F., *L'interpretazione e l'applicazione delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni alla luce del BEPS e del MLI: Una, Nessuna o Centomila?*, Seminario di

aggiornamento professionale per i Magistrati delle Commissioni tributarie delle Regioni Molise, Abruzzo e Basilicata, 2017

Ricci C., *La tassazione consolidata nell'IRES*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015

Severi M., *Novità in materia di procedure amichevoli tra autorità competenti finalizzate ad evitare la doppia imposizione dei redditi d'impresa*, in *Riv. dir. trib. Online*, 8 aprile 2016, disponibile in: <http://www.rivistadirittotributario.it/2016/04/08/novita-materia-procedure-amichevoli-autorita-competenti-finalizzate-ad-evitare-la-doppia-imposizione-dei-redditi-impresa/> [data di accesso: 16 aprile 2020]

Shontell A., *Meet 15 Of The First WhatsApp Employees - Many Of Whom Are Set For Life*, Business Insider, 22 aprile 2014, disponibile in: <https://www.businessinsider.com/early-whatsapp-employees-2014-2?IR=T> [data di accesso: 14 aprile 2020]

Sozza G., *La fiscalità internazionale*, Edizioni Fag, 2 ed., Milano, 2010

Stevanato D., *Rettifiche dei corrispettivi infragruppo e transfer pricing "interno"*, in *Rass. Trib.*, 1/1999, pagg. 235 ss.

Strata M., D'Inverno G., *Transfer Pricing: I Safe Harbours e gli Advance Pricing Agreements*, in *Il Fisco*, 30/2002, pagg. 4791 ss.

Tesauro F., *La prova nel processo tributario*, in *Riv. dir. fin.*, fasc.1, 2000, pagg. 73 ss.

Tomassini A., Martinelli A., *Il nuovo «ruling» internazionale*, in *Corr. trib.*, 24/2015, pagg. 1843 ss.

Tomassini A., Martinelli A., *L'accesso alla «Mutual Agreement Procedure» nell'«arbitration convention»*, in *Corr. trib.*, 32/2012, pagg. 2494 ss.

Tomassini A., Martinelli A., *L'accesso alla «Mutual Agreement Procedure» nelle convenzioni bilaterali*, in *Corr. trib.*, 30/2012, pagg. 2345 ss.

Tosi L., *Transfer pricing: disciplina interna e regime convenzionale*, in *Il Fisco*, 7/2001, pagg. 2184 ss.

Trivellin M., *Studi sugli strumenti di soluzione delle controversie fiscali internazionali con particolare riguardo al transfer pricing*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018

Turchi A., *Giurisdizione tributaria e Convenzione europea sull'arbitrato*, in *Giur. it.*, 2015, n. 12, pagg. 2629 ss.

Valente P., Alagna C., Mattia S., *Controversie internazionali*, IPSOA, Milano, 2013

Vallefuoco V., *Cooperazione fiscale tra Stati membri: scambio di informazioni e strumenti di difesa per intermediari e contribuenti*, in *Il Fisco*, 18/2017, pagg. 2751 ss.

Wittendorff J., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, Olanda, 2010

SENTENZE

Sent. del Tribunale dell'Unione Europea del 24 settembre 2019 (cause T-755/15 e T-759/15)

Sent. del Tribunale dell'Unione Europea del 24 settembre 2019 (cause T-760/15 e T-636/16)

Decisione (UE) 2016/2326 della Commissione del 21 ottobre 2015

Decisione (UE) 2017/502 della Commissione del 21 ottobre 2015

Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 24 febbraio 2006, n. 4224

Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 13 ottobre 2006, n. 22023

Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 16 maggio 2007, n. 11226

Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 19 novembre 2007, n. 23859

Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 31 marzo 2011, n. 7343

Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 13 luglio 2012, n. 11949

Cass. Civ., Sez. trib., Sentenza 20 dicembre 2012, n. 23551

Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 8 maggio 2013, n. 10739

Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 24 luglio 2013, n. 17955

Cass. Civ., Sez. trib., Sent. 25 settembre 2013, n. 22010

Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 16 aprile 2014, n. 8849

Cass. Civ., Sesta Sezione, Sent. 30 ottobre 2014, n. 23124

Cass. Civ., Sez. Trib., sentenza 19 dicembre 2014, n. 27087

Cass. Civ., Sez. unite, 19 giugno 2015, n. 12760

Cass. Civ., Sesta Sezione, Sent. 22 giugno 2015, n. 12844

Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 17 luglio 2015, n. 15005

Cass. Civile, Sez. Trib., Sent. 5 agosto 2015, n. 16399

Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 18 settembre 2015, n. 18392
Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 15 aprile 2016, n. 7493
Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 22 aprile 2016, n. 8130
Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 30 giugno 2016, n. 13387
Cass. Civ., Sez. Trib., Sentenza 3 maggio 2017, n. 21410
Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 15 novembre 2017, n. 27018
Cass. Civ., Sez. Trib., Ordinanza 22 giugno 2018, n. 16548
Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 17 gennaio 2019, n. 1102
Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 5 aprile 2019, n. 9615
Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 25 giugno 2019, n. 16948
Comm. Trib. Regionale del Lazio, Sent. 12 aprile 2016, n. 2053
Comm. Trib. Regionale dell'Umbria, Sentenza 24 luglio 2017, n. 270
Comm. Trib. Regionale del Lazio, Sentenza 23 febbraio 2018, n. 1196
Comm. Trib. Regionale della Lombardia, Sent. 21 novembre 2018, n. 5005
Comm. Trib. Regionale della Lombardia, Sentenza 26 giugno 2019, n. 2757
Comm. Trib. Regionale della Lombardia, Sent. 19 ottobre 2019, n. 4241
Comm. Trib. Prov. di Alessandria, sentenza 28 novembre 1995, n. 1416
Comm. Trib. Prov. di Milano, Sentenza 18 marzo 1998, n. 577
Comm. Trib. Prov. di Gorizia, sentenza 12 giugno 2013, n. 83

CIRCOLARI

OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, OECD Publishing, Parigi, 2017

OECD (2017), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD Publishing, Parigi, 2017

OECD Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP), Centre for Tax Policy and Administration, Febbraio 2007

OECD, Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Italy (stage 1): Inclusive Framework on BEPS Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Parigi, 2017

Revisione del codice di condotta per l'effettiva attuazione della Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate (2009/C 322/01), Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea, 30 dicembre 2009

Agenzia delle Entrate, Risoluzione del 18 febbraio 2005, n. 18/E [oggetto: *Istanza di Interpello. Art. 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212. XX YY. Contributi versati dai membri di un GEIE alla sua stabile organizzazione*]

Agenzia delle Entrate, Bollettino del *Ruling* di standard internazionale, 21 aprile 2010

Agenzia delle Entrate, Circolare del 21 giugno 2011, n. 28/E [oggetto: *Risposte a quesiti in occasione di incontri con la stampa specializzata*]

Agenzia delle Entrate, Circolare del 5 giugno 2012, n. 21/E [oggetto: *Composizione delle controversie fiscali internazionali. Le procedure amichevoli*]

Agenzia delle Entrate, Bollettino del *ruling* di standard internazionale, II edizione, 19 marzo 2013

Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, protocollo n. 2016/42295 del 21 marzo 2016 [oggetto: *Disposizioni per l'attuazione della disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*]

Agenzia delle Entrate, Circolare dell'8 aprile 2016, n. 12/E [oggetto: *Chiarimenti interpretativi relativi a quesiti posti in occasione di eventi in videoconferenza organizzati dalla stampa specializzata*]

Agenzia delle Entrate, Circolare del 28 aprile 2016, n. 16/E [oggetto: *Anno 2016 - Prevenzione e contrasto all'evasione – Indirizzi operativi*]

Agenzia delle Entrate, Circolare del 1° giugno 2016, n. 25/E [oggetto: *Articolo 2 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147, (cd. Decreto Internazionalizzazione). Chiarimenti sull'ambito applicativo e sulle modalità di presentazione dell'interpello sui nuovi investimenti*]

Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, protocollo n. 108954/2018 del 30 maggio 2018 [oggetto: *Disposizioni per l'attuazione della disciplina di cui all'art. 31 quater, comma 1, lettera c) del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600,*

introdotto dall'art. 59 del Decreto Legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito dalla legge 21 giugno 2017, n. 96]

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Circolare del 19 dicembre 1999, n. 53 [oggetto: *Gruppo di lavoro sulla tassazione delle società di capitali - Verifiche campionarie*]

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Decreto del 14 maggio 2018 [oggetto: *Linee guida per l'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 110, comma 7 del Testo Unico delle Imposte sui redditi approvato con D.P.R. 22 Dicembre 1986, n. 917, in materia di prezzi di trasferimento*]

Ministero delle Finanze, Circolare del 22 settembre 1980, n. 32/9/2267 [oggetto: *Il prezzo di trasferimento nella determinazione dei redditi di imprese assoggettate a controllo estero*]

Ministero delle Finanze, Circolare del 12 dicembre 1981, n. 42 [oggetto: *Imposte sul reddito – Decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1980, n. 897 – Credito per imposte pagate all'estero (articoli 30 e 39) – Compensi per l'utilizzazione di beni immateriali, nonché per l'uso di beni mobili (articoli 31 e 43) – Prezzi di trasferimento (articoli 32, 34 e 38)*]

Risoluzione min. 10 marzo 1982, n. 9/198, della Dir. gen. imposte dirette, Div. IX [oggetto: *IRPEF – Redditi di impresa – Ricavi – Trasferimenti di pacchetti azionari tra società appartenenti allo stesso gruppo effettuati a valori di libro – Rettifica in base al valore normale – Limiti*]

Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 368 del 9 gennaio 2017 [oggetto: *informazioni sullo Schema di decreto legislativo concernente attuazione della direttiva (UE) 2015/2376 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale*]