



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M. FANNO"

CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA

PROVA FINALE

"IL *TRANSFER PRICING*: DISCIPLINA E CONTROVERSIE"

RELATORE:

CH.MO PROF. GIULIO CAINELLI

LAUREANDO: MATTEO CAVAZZANA

MATRICOLA N. 1088801

ANNO ACCADEMICO 2016 – 2017

Sommario

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO PRIMO.....	6
IL TRANSFER PRICING COME FENOMENO INTERNAZIONALE E LE SUE CRITICITÀ.....	6
1. <i>Multinational Enterprises</i> e politiche di <i>Transfer Pricing</i>	6
1.2 La doppia imposizione economica internazionale come conseguenza del <i>transfer pricing</i>	9
1.2.1 La doppia imposizione economica	9
1.2.2 Transfer pricing e doppia imposizione economica internazionale.....	10
1.2.3 Gli svantaggi della doppia imposizione internazionale.....	11
1.3 Tax Base Erosion e Profit Shifting.....	11
1.3.1 Considerazioni sugli effetti distorsivi e sulle conseguenze negative delle politiche di transfer pricing aggressive.....	13
CAPITOLO SECONDO	15
LA DETERMINAZIONE DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO SECONDO L'OCSE	15
2.1 L'arm's length principle.....	15
2.2 I metodi tradizionali basati sulla transazione	16
2.2.1 Il Comparable Uncontrolled Price method (CUP).....	16
2.2.2 Il Resale Price method	17
2.2.3 Il Cost Plus method	19
2.3 I metodi basati sul confronto del profitto transazionale.....	20
2.3.1 Il Transactional Net Margin method (TNMM).....	20
2.3.2 Transactional profit split method	22
2.4 La scelta del metodo di determinazione dei transfer prices: il " <i>best method rule</i> ".....	24
2.5 La nuova normativa riguardante i metodi di determinazione di transfer prices: l' <i>Action 10</i> del BEPS <i>Action Plan</i>	25
CAPITOLO TERZO	28
METODI AMMINISTRATIVI PER EVITARE E RISOLVERE LE CONTROVERSIE IN MATERIA DI <i>TRANSFER PRICING</i> SECONDO L'OCSE	28
3.1 Le pratiche di conformità al regime dei prezzi di trasferimento (<i>transfer pricing compliance practices</i>).....	28
3.1.1 <i>Le procedure di verifica</i>	29
3.1.2 L'onere della prova	29
3.1.3 Le sanzioni	30
3.2 La procedura amichevole ex art. 25 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni (Mutual Agreement procedure, MAP) e la Convenzione Arbitrale 90/436/CEE.....	31

3.3 Gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento (Advanced Price Agreement - APA)	36
3.4 Evoluzione normativa e considerazioni personali.....	38
CAPITOLO QUARTO.....	42
LE NOVITÀ NELLA DISCIPLINA NAZIONALE SUL TRANSFER PRICING	42
4.1 L'abbandono del criterio del valore normale.....	42
4.1.1 L'art. 110 co. 7 prima del 2017: il valore normale.....	42
4.1.2 Il D.L. 50/2017: l'abbandono del criterio del valore normale	44
4.2 Il D.L. 50/2017: novità sulle rettifiche dei prezzi di trasferimento.....	45
4.3 Considerazioni personali.....	46
BIBLIOGRAFIA	49

INTRODUZIONE

L'evoluzione che negli ultimi anni ha riguardato le imprese multinazionali ha avuto forti ripercussioni sui sistemi fiscali dei vari Paesi.

In particolare la possibilità, dovuta alla peculiare natura di queste imprese, di determinare unilateralmente i prezzi interni di trasferimento (prezzi attraverso cui vengono valorizzati gli scambi infra-gruppo) ha portato all'utilizzo sempre più frequente di politiche di definizione di tali prezzi (*transfer pricing policies*) volte allo spostamento di materia imponibile verso i Paesi con regimi fiscali più convenienti.

Le politiche di *transfer pricing* poste in essere dalle imprese multinazionali possono dunque generare una serie di criticità per le Amministrazioni Fiscali dei Paesi appartenenti all'economia globale.

Nella presente analisi si andranno ad analizzare le problematiche connesse alla definizione dei *transfer prices* e le varie metodologie attraverso cui gli organismi internazionali e sovranazionali (in particolare l'OCSE) si propongono di risolverle; si prenderanno inoltre in analisi alcune delle più recenti novità in materia proposte dall'Amministrazione Fiscale nazionale, cercando di analizzarne i punti di forza e le debolezze anche con riferimento al contesto internazionale.

In particolare

- Nel Capitolo I si vedrà brevemente come l'evoluzione delle imprese multinazionali abbia contribuito all'aumento delle problematiche fiscali in materia di *transfer pricing* e si analizzeranno quindi le due principali criticità: il fenomeno della doppia imposizione economica e l'erosione delle basi imponibili (*tax base erosion*) causata dal *profit shifting*. Si avrà modo di descrivere, sempre in questo capitolo, le conseguenze negative di questi due fenomeni, proponendo in particolare alcune osservazioni sugli effetti distorsivi della *tax base erosion*.
- Nel Capitolo II si proporranno le metodologie stabilite dall'OCSE per la determinazione di valori corretti dei prezzi interni di trasferimento: si avrà modo di affrontare il principio fondamentale dell'*arm's length* su cui si basa la definizione di tali

prezzi. Inoltre si discuteranno alcune delle principali novità, *in primis* quelle proposte nell'ambito del Progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*).

- Nel Capitolo III verranno trattati alcuni dei metodi amministrativi proposti dall'OCSE volti a evitare e risolvere le controversie tra Stati, e tra imprese e Stati, riguardanti la determinazione dei *transfer prices*: in particolare verranno analizzate la *Mutual Agreement Procedure* proposta dall'OCSE e gli Accordi Preventivi di Determinazione dei Prezzi di Trasferimento, avendo modo di evidenziare gli aspetti più critici. Al termine del Capitolo verrà proposto un possibile rinnovamento della normativa sulla base dell' *unitary business approach*, fornendo alcune considerazioni sui possibili aspetti positivi e sulle criticità che ne emergerebbero.¹
- Nel Capitolo IV si tratteranno le novità apportate alla normativa nazionale sul *transfer pricing* apportate dal DL 50/2017. Si esporranno poi alcune considerazioni sulle finalità di tale rinnovamento della normativa e sugli obiettivi che vorrebbe/dovrebbe perseguire l'Amministrazione Fiscale italiana.

¹ I Capitoli II e III fanno riferimento principalmente alla versione del 2017 *delle Transfer Prices Guidelines for Multinationale Enterprises* proposte dall'OCSE.

CAPITOLO PRIMO

IL TRANSFER PRICING COME FENOMENO INTERNAZIONALE E LE SUE CRITICITÀ

1. *Multinational Enterprises* e politiche di *Transfer Pricing*

Negli ultimi due decenni la realtà economico-politica dei Paesi facenti parte dell'economia mondiale è profondamente cambiata come conseguenza del fenomeno della globalizzazione che ha portato ad un intreccio, mai così complesso, di relazioni economiche, politiche, sociali e culturali.

Considerando dunque gli aspetti più significativamente economici di tale fenomeno globale, ossia, in estrema sintesi, la crescente integrazione dei mercati, e tenendo conto anche delle novità del capitalismo moderno da un punto di vista più "tecnologico", *in primis* le sempre maggiori opportunità di perseguimento delle economie di scala, s'intuisce come per le organizzazioni sia stato e sia tuttora imprescindibile una costante evoluzione verso forme e modelli sempre più complessi.

A conseguenza di ciò, i gruppi multinazionali operanti nei mercati globali (*Multinational Enterprises* o "MNE") tendono sempre più ad articolarsi in una pluralità di centri d'imputazione di interessi e rapporti giuridicamente rilevanti in differenti giurisdizioni, mantenendo al tempo stesso un forte livello di centralità dal punto di vista decisionale.²

In altri termini, i fenomeni di cui si è brevemente parlato in precedenza (l'integrazione dei mercati e la creazione di economie di scala) hanno costretto i Gruppi imprenditoriali a riconsiderare i propri modelli di business, al fine di rimanere competitivi, e quindi a configurarsi come Gruppi multinazionali, ossia soggetti economici unitari caratterizzati da una forte centralità decisionale ma composti da una o più società controllate estere, ciascuna delle quali, giuridicamente distinte dalla casa madre, si configura come un centro d'imputazione autonomo anche dal punto di vista fiscale.

² Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2010, Pag 15

Si viene a creare in tal modo una sorta di contrapposizione tra unità e pluralità, a seconda che ci si riferisca alla natura economica oppure giuridica della MNE³.

Tra le numerose strategie che una configurazione d'impresa di questo tipo può mettere a disposizione, di particolare interesse ai fini della nostra analisi è la fattispecie in cui, all'interno del gruppo, vengono conclusi negozi giuridici a condizioni diverse da quelle che sarebbero state pattuite qualora la medesima operazione fosse stata realizzata da soggetti indipendenti (fattispecie che tende a realizzarsi per il fatto che, nel fenomeno in analisi, non si realizza quel conflitto d'interessi che invece caratterizzerebbe la conclusione di un negozio giuridico tra imprese indipendenti).

Dette transazioni, per la loro peculiarità, si prestano ad essere valorizzate anche secondo criteri differenti da quello del prezzo di libera concorrenza (*arm's length*⁴): si viene quindi alla definizione dei prezzi interni di trasferimento, ossia il corrispettivo, effettivo o teorico, del trasferimento della proprietà di beni/servizi/intangibili attraverso operazioni infra-gruppo.

Analizzando il fenomeno da una prospettiva squisitamente tributaria, rileva notare come in teoria, e purtroppo anche nella prassi, il *transfer pricing* (procedimento attraverso cui si determinano internamente i prezzi di trasferimento), possa essere uno strumento di pianificazione fiscale attraverso cui una MNE può realizzare fenomeni di elusione ed evasione fiscale internazionale⁵.

Questo accade quando i redditi prodotti vengono trasferiti attraverso politiche "aggressive" di *transfer pricing* verso imprese del Gruppo residenti in Paesi aventi Amministrazioni Fiscali più competitive (spesso sfruttando convenzioni contro le doppie imposizioni), realizzando in tal modo strategie di *profit shifting*.

Va pur detto che il *transfer pricing* non può essere definito *ex se* comportamento elusivo/abusivo, ma si configura come tale quando porta alla definizione di prezzi di trasferimento contrastanti con *l'arm's length principle*.

Difatti, come evidenziato dalle *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* elaborate dall'OCSE (da qui in poi anche **TP Guidelines**), le strategie di

³ Ciò avrà una forte rilevanza nella contrapposizione tra *separate entity approach* e *unitary business approach*.

⁴ Come si avrà modo di vedere nel Capitolo II, *l'arm's length principle* è considerato come il criterio fondamentale su cui Amministrazioni Fiscali e imprese devono basarsi per la determinazione dei prezzi di trasferimento.

⁵ Cfr. P. VALENTE, *Elusione fiscale internazionale*. Capitolo I, IPSOA, 2014.

pianificazione fiscale poste in essere dalle MNE perseguono sostanzialmente due obiettivi principali:

- evitare fenomeni di doppia imposizione (interesse solitamente legittimo);
- minimizzare il carico fiscale complessivo del gruppo (talvolta anche attraverso pratiche elusive/abusive)⁶.

Tali obiettivi non di rado vanno a scontrarsi con gli interessi delle Amministrazioni Fiscali che, se da un lato si propongono di agevolare le multinazionali attraverso convenzioni che eliminino o limitino le doppie imposizioni, dall'altro non percepiscono certo in modo positivo le politiche aggressive di *transfer pricing* che, anche sfruttando tali convenzioni, vanno a ridurre il reddito imponibile prodotto nel territorio del loro Paese di appartenenza.

Ovviamente, nei casi in cui le Amministrazioni Fiscali riscontrino situazioni in cui i prezzi applicati alle transazioni infra-gruppo siano il risultato di politiche di pianificazione fiscale "aggressive" lesive dell'*arm's length principle*, procederanno a rettificarli in diminuzione⁷ dopo averne ricalcolato il corretto valore; le imprese multinazionali che risulteranno colpevoli di aver volutamente alterato i detti prezzi verranno di norma sanzionate.

Pertanto al fine di attenuare il rischio di una rettifica in aumento dell'imponibile, le MNE spesso, come si vedrà, pongono in essere strategie di *tax governance* al fine di accordarsi preventivamente con le Amministrazioni Fiscali, come ad esempio:

- la predisposizione di una documentazione atta a facilitare la funzione di controllo dell'Amministrazione Fiscale (in molti Paesi tra cui l'Italia ad esempio, è previsto uno specifico regime di oneri documentali);
- gli "APA", accordi preventivi tra contribuente e Amministrazione fiscale circa la definizione dei *transfer prices*.

⁶ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Prefaction, paragrafo7

⁷ Provocando in tal modo una rettifica in aumento del reddito imponibile.

1.2 La doppia imposizione economica internazionale come conseguenza del *transfer pricing*

1.2.1 La doppia imposizione economica

Per doppia imposizione economica s'intende quel fenomeno in cui uno stesso reddito viene tassato più volte in capo a due diversi contribuenti⁸; due sono quindi gli elementi che caratterizzano questa fattispecie di doppia imposizione:

- l'identità della ricchezza (la ricchezza tassata è la stessa);
- la diversità dei contribuenti.

La doppia imposizione economica può avvenire sia a livello nazionale che a livello internazionale; la normativa nazionale in Italia, così come in molti altri ordinamenti, pone un divieto assoluto di doppia imposizione economica attraverso l'articolo 163 del T.U.I.R. : “...*la stessa imposta non può essere applicata più volte in dipendenza dello stesso presupposto, neppure nei confronti di soggetti diversi*”.

Le *TP Guidelines* statuiscono che la doppia imposizione è nociva e deve essere eliminata nella misura del possibile, poiché rappresenta un ostacolo potenziale allo sviluppo del commercio internazionale e dei flussi di investimento⁹.

Tale fenomeno solitamente si verifica quando due o più Stati utilizzano dei criteri impositivi (criteri con cui definiscono i redditi su cui effettuare il prelievo tributario) contrastanti: ad esempio uno Stato può utilizzare un criterio impositivo oggettivo, secondo il quale vengono tassati tutti i redditi prodotti nel territorio dello Stato, indipendentemente dal legame che sussiste tra il soggetto che lo produce e il territorio medesimo, mentre l'altro Stato potrebbe adottare un criterio impositivo soggettivo, tassando quindi i redditi prodotti da tutti i soggetti che presentano un certo legame con lo Stato stesso (residenza o semplicemente cittadinanza), a prescindere quindi dal fatto che tale reddito venga o meno prodotto nel proprio territorio.

⁸ Le *TP Guidelines* forniscono una definizione più generale di doppia imposizione, definendola come il fenomeno di inclusione dello stesso reddito nella base imponibile da parte di più di un'amministrazione fiscale, sia qualora il reddito sia imputabile a contribuenti diversi (doppia imposizione economica, per le imprese associate) sia quando sia imputabile alla stessa entità giuridica (doppia imposizione giuridica, per le stabili organizzazioni). Nella presente analisi ci si concentrerà sulla doppia imposizione economica.

⁹ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Prefaction, Chapter IV, paragrafo 4.1

Se precedentemente si è affermato che in molti ordinamenti esiste un divieto interno di doppia imposizione, va anche detto che non esiste alcun divieto in ambito internazionale che contrasti tale fenomeno.

Difatti ciascuno Stato può, nel legittimo esercizio della propria sovranità, esercitare un prelievo fiscale su un dato reddito senza dipendere dalle decisioni degli altri Stati.

Il superamento della doppia imposizione internazionale è quindi rimesso ai vari Paesi, tra cui spesso si sviluppano accordi a livello internazionale.

La normativa internazionale, e soprattutto la **procedura amichevole** ex art. 25 del Modello di convenzione OCSE e la **convenzione arbitrale** 90/436/CEE, si è indubbiamente adoperata per favorire la formazione di accordi internazionali stabilendone, come vedremo, alcune tipologie.

1.2.2 Transfer pricing e doppia imposizione economica internazionale

Può accadere che uno Stato riscontri la contrarietà all'*arm's length principle* nella determinazione dei prezzi interni di trasferimento tra due imprese facenti parte dello stesso Gruppo multinazionale e che quindi proceda a rettificare tali prezzi; la conseguente rettifica in aumento del reddito imponibile di una delle due imprese causerà una doppia imposizione economica, in quanto, alla componente di reddito rettificato in aumento, non corrisponderà un aumento dei costi deducibili per l'altra impresa¹⁰.

Difatti qualora uno Stato decidesse di rettificare in aumento il reddito dell'impresa residente nel suo territorio, l'altro Stato, nell'esercizio della sua sovranità, non sarebbe certo obbligato a operare la corrispondente rettifica in diminuzione.

Tale fenomeno si configura quindi come doppia imposizione economica (in quanto i due soggetti sono giuridicamente divergenti) derivante da *transfer pricing*, in quanto, proprio la controversia nella definizione di tali prezzi tra Amministrazioni Fiscali e MNE è l'*incipit* della doppia imposizione.

¹⁰ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Prefation, paragrafo 12

1.2.3 Gli svantaggi della doppia imposizione internazionale

La doppia imposizione è una dei fenomeni che suscitano maggior preoccupazione in ambito internazionale: difatti rappresenta uno degli ostacoli più rilevanti per le imprese che svolgono attività di *business* interfrontaliera.

La Commissione Europea attraverso la Comunicazione n.712 dell'11 novembre 2011, ha dimostrato che tale tassazione ha un "*non-legible impact on foreign investment location decision*", e che quindi può avere un impatto negativo sulla competitività delle imprese dell'UE in quanto essa disincentivi gli investimenti. Difatti la doppia imposizione è fonte di "*legal unceirtainty*" per il contribuente¹¹.

1.3 Tax Base Erosion e Profit Shifting

Per *Base Erosion and Profit Shifting* si intende l'insieme di strategie di natura fiscale che talune imprese pongono in essere per erodere la base imponibile (*base erosion*) e dunque sottrarre imposte al fisco. La traslazione dei profitti (*profit shifting*) da Paesi ad alta imposizione a Paesi a tassazione nulla o ridotta è, di fatto, essa stessa una strategia che conduce all'erosione della base imponibile. Tali pratiche sono consentite, tra l'altro, dalla rigidità dei sistemi fiscali a fronte di una estrema "flessibilità dei redditi di impresa", dalla possibilità di scindere l'imposizione delle fonti reddituali dalle attività economiche che le generano, dall'assenza di coordinamento e dalla presenza di asimmetrie tra i diversi regimi fiscali nazionali ad esempio in termini di un difforme trattamento (a fini fiscali) delle componenti di bilancio di impresa (interessi, dividendi, ecc.) e di una valutazione non uniforme delle voci reddituali associate a transazioni intra-gruppo e non.¹²

Essenzialmente le multinazionali hanno tre canali alternativi attraverso cui realizzare il *profit shifting*¹³:

¹¹ Cfr. "*Transfer pricing e doppia imposizione: soluzioni secondo la Commissione europea*", Piergiorgio Valente, Il Fisco 29/2012.

¹² Cfr. Servizio del Bilancio, (2015). Nota breve, "Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)". NB n. 13, ottobre 2015, Senato della Repubblica, XVII legislatura.

¹³ Cfr. DOCUMENT DE TRAVAIL N° 555, "Profit shifting trough transfer pricing: evidence from frnch firm level trade data", Vincent Vicard, Maggio 2015.

- i finanziamenti infra-gruppo (utilizzando tassi di interesse diversi da quelli di mercato o sfruttando il posizionamento di una società *conduit* al fine di beneficiare di una Convenzione internazionale sulle ritenute sugli interessi);
- la locazione di intangibili;
- **la manipolazione dei prezzi di trasferimento.**

*"Identifying the relative importance of alternative channels of profit shifting is crucial to understand their impact on national economies and for the design and implementation of anti-avoidance rules."*¹⁴

Come già detto, dunque, le MNE pongono in essere quelle che vengono definite politiche di pianificazione fiscale aggressive, ossia lesive dell'*arm's length principle*, al fine di ridurre l'importo complessivo pagato dal Gruppo alle Amministrazioni Fiscali.

In queste situazioni la normativa internazionale si è dimostrata spesso carente, in quanto l'interazione fra le norme di fiscalità contenute nei vari ordinamenti nazionali, oltre a determinare, come già spiegato, rischi in termini di doppia imposizione, produce spesso *gaps* o lacune che le imprese multinazionali possono sfruttare allo scopo di eliminare o ridurre considerevolmente il livello di imposizione sul reddito¹⁵; in tal modo, Convenzioni che hanno lo scopo di evitare doppie imposizioni, vanno a causare "doppie non imposizioni".

Gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva, realizzati tramite lo sfruttamento delle eventuali lacune derivanti dall'interazione delle normative nazionali, spesso sono legittime dal punto di vista formale, ma si pongono in contrasto con gli obiettivi e lo spirito delle disposizioni e dei principi di fiscalità internazionale applicabili.¹⁶

Per porre rimedio a tale fenomeno l'OCSE, nel febbraio 2013, ha pubblicato, con il supporto del G20, il Rapporto "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*" (Rapporto BEPS), con il quale si cercano di individuare le possibili soluzioni a questo problema.

¹⁴ DOCUMENT DE TRAVAIL N° 555, "Profit shifting through transfer pricing: evidence from french firm level trade data", Pag. 5, Vincent Vicard, Maggio 2015.

¹⁵ Cfr. IPSOA, "Contrasto al profit shifting: più scambio automatico di informazioni", Piergiorgio Valente - Valente Associati - GEB Partners.

¹⁶ Cfr. IPSOA, "Contrasto al profit shifting: più scambio automatico di informazioni", Piergiorgio Valente - Valente Associati - GEB Partners

1.3.1 Considerazioni sugli effetti distorsivi e sulle conseguenze negative delle politiche di transfer pricing aggressive

Si è già brevemente discusso di come la natura delle politiche di *transfer pricing* non sia di per se contraria alla normativa fiscale nazionale e internazionale, ma lo divenga qualora determini una lesione dell'*arm's length principle*, e cioè quando la principale *ratio* delle politiche di *pricing* infra gruppo si configura come un opportunistico perseguimento di vantaggi fiscali da parte delle MNE.

Gli effetti "patologici" determinati da tali comportamenti suscitano grande preoccupazione negli organismi sovranazionali e internazionali (tra cui *in primis* l'OCSE), e soprattutto nelle Amministrazioni Fiscali; per quest' ultime l'effetto distorsivo di tali politiche fiscali ha conseguenze dirette particolarmente negative, in quanto si vedono sottrarre materia imponibile in virtù della manipolazione dei prezzi interni di trasferimento¹⁷.

Ed è indubbio che l'effetto più diretto sia proprio la detta erosione delle basi imponibili degli Stati con regimi fiscali "meno appetibili"; tuttavia nella presente analisi ci si vuole concentrare pure su altre conseguenze meno dirette delle politiche di pianificazione fiscale aggressiva.

Invero nel considerare la detta riduzione dell'imponibile è necessario non soffermarsi soltanto sul danno fiscale subito dallo Stato, ma considerare i più profondi effetti distorsivi che essa può avere sulla moltitudine di soggetti residenti nello Stato di riferimento. Di fatti, le MNE sono caratterizzate solitamente per dimensioni (e quindi fatturato) elevate e di conseguenza le politiche di *transfer pricing* in analisi possono, in certi casi, determinare un impatto consistente sul reddito del Paese e quindi un impoverimento generale di coloro i quali in quel Paese risiedono¹⁸.

Inoltre la riduzione del reddito imponibile della società del Gruppo residente nel Paese avente l'Amministrazione Fiscale meno competitiva determinerà un danno per altre due categorie di *stakeholders*: *in primis* i soci di minoranza della società in analisi e, oltre a loro, tutti quegli *stakeholders* residenti nelle "zone limitrofe" di impianti e sedi principali di tale società.

¹⁷ Cfr. IPSOA, "Le novità del *transfer pricing*", Piergiorgio Valente, 2010

¹⁸ Anche nella prospettiva del valore aggiunto che l'investimento di tale guadagno mancato poteva determinare.

I primi infatti vedranno ridursi il loro dividendo e, in generale, a seguito di strategie solitamente decise dalla direzione centrale del Gruppo; il loro investimento perderà di valore senza che essi possano far altro che vendere le loro azioni.

Per quanto riguarda il danno arrecato al secondo gruppo di *stakeholder*, si pensi in particolare alle mancate assunzioni che un volume di reddito superiore avrebbe consentito nel contesto di una possibile crescita dimensionale dell'impresa appartenente al Gruppo.

Infine si pensi alla disparità di trattamento che subiranno le altre imprese che non presentano collegamenti con imprese residenti in paradisi fiscali e ai danni che esse possono subire non solo in termini etici, ma anche di perdita, talvolta ingiustificata, di competitività: esse, a parità di ogni altra condizione, si troveranno a sostenere uscite maggiori dovute solamente al diverso trattamento fiscale.

L'insieme di queste motivazioni ha spinto la normativa nazionale e internazionale ad adoperarsi per arginare il fenomeno del *profit shifting* attuato attraverso le politiche di *transfer pricing*.

CAPITOLO SECONDO

LA DETERMINAZIONE DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO SECONDO L'OCSE

2.1 L'arm's length principle

Si è detto che il criterio usato per verificare la congruità dei prezzi usati per le transazioni infra-gruppo è quello dell'*arm's length*, ossia del prezzo di libera concorrenza¹⁹.

È quindi necessario che tali transazioni avvengano al medesimo valore che si sarebbe riscontrato in un'eguale transazione tra parti indipendenti. Qualora si riscontrasse una differenza tra i *transfer prices* effettivamente applicati e i prezzi di libera concorrenza, le Amministrazioni Fiscali dovrebbero procedere con le rettifiche di tali valori e con l'imposizione di eventuali sanzioni.

Il Capitolo II delle *TP Guidelines* presenta cinque metodologie utilizzabili per determinare il corretto valore dei prezzi di trasferimento che vengono classificati all'interno di due sub-categorie:

- **i metodi tradizionali basati sulla transazione** (*traditional transaction methods*): comprendono il metodo del confronto del prezzo (*comparable uncontrolled price method* o CPU), il metodo del costo maggiorato (*cost plus method*) e il metodo del prezzo di rivendita (*resale price method*);
- **i metodi basati sul confronto del profitto transazionale** (*transactional profit methods*): comprendono il metodo della comparazione dei margini di utile netto (*transactional net margin method* o TNMM) e il metodo della ripartizione degli utili netti (*transactional profit split method*)²⁰.

¹⁹ "In order to apply the separate entity approach to intra-group transactions, individual group members must be taxed on the basis that they act at arm's length in their transaction with each others.", OECD publications, Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises, 2017.

²⁰ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Chapter II, paragrafo 2.1

Si fa presente che i metodi in analisi non sono un'indicazione esclusiva indirizzata alle Amministrazioni Fiscali come strumento di controllo dei prezzi applicati dalle MNE, ma devono essere considerate dalle MNE stesse nella definizione di *transfer prices* coerenti con l'*arm's length principle*.

2.2 I metodi tradizionali basati sulla transazione

2.2.1 Il Comparable Uncontrolled Price method (CUP)

Il metodo CUP è stato per molto tempo considerato il *best method* all'interno della gerarchia delle metodologie di determinazione dei prezzi di trasferimento.

Il presente metodo confronta il prezzo di beni o servizi trasferiti nel corso di una transazione tra imprese associate con il prezzo applicato a beni o servizi trasferiti nel corso di una transazione comparabile, avvenuta in circostanze comparabili, sul libero mercato.

Qualora si riscontri una differenza tra i due prezzi, ciò può indicare che le imprese associate stanno conducendo transazioni a condizioni non concorrenziali e risulta pertanto necessario sostituire il prezzo applicato da tali imprese con il prezzo della transazione sul libero mercato²¹.

Le *TP Guidelines* forniscono indicazione di quali transazioni possono essere considerate "*comparables*", e, in particolare, statuiscono che una transazione sul libero mercato è comparabile ad una transazione tra imprese associate (ed è quindi una *comparable uncontrolled transaction*) qualora venga soddisfatta almeno una delle seguenti condizioni:

- a) nessuna delle differenze (nel caso ve ne siano) tra le transazioni comparate o tra le imprese che avviano dette transazioni può influenzare in modo rilevante il prezzo di libero mercato;
- b) è possibile apportare correzioni sufficientemente accurate allo scopo di eliminare gli effetti di dette differenze.

²¹Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Chapter II, paragrafo 2.14

Naturalmente la probabilità di trovare transazioni perfettamente comparabili rasenta lo zero, perciò è evidente che il fattore che influenza maggiormente l'efficacia del *comparable uncontrolled price method* è la possibilità di apportare correzioni sufficientemente accurate.

Da quanto detto appare chiaro come il metodo in questione sia particolarmente affidabile nel caso in cui un'impresa indipendente venda lo stesso prodotto che è venduto tra due imprese associate: anche in questo caso possono riscontrarsi differenze di prezzo, ma, solitamente, sono facilmente contrastabili (si pensi ai costi di trasporto e alla relativa facilità con cui essi possono essere isolati).

Come accennato all' inizio, il CPU fino a prima della pubblicazione della versione delle *TP Guidelines* del 2010 era posto al vertice di una gerarchia delle metodologie di determinazione dei prezzi interni di trasferimento, tuttavia, ad oggi, sono state riscontrate diverse criticità che hanno portato a ridimensionarne l'utilizzo, ad esempio:

- la frequente non comparabilità tra prodotti (ad esempio in ragione delle diverse condizioni di vendita);
- la peculiarità connesse all'incorporazione di diritti di proprietà industriale nei prodotti (si pensi ad esempio ai marchi apposti sul prodotto);
- la non agevole reperibilità delle informazioni necessarie.

2.2.2 Il Resale Price method

Il metodo del prezzo di rivendita si riferisce solitamente alla fattispecie in cui un prodotto acquistato da un'impresa associata viene poi rivenduto ad un'impresa indipendente ad un dato prezzo.

Detto prezzo ("*resale price*") viene poi ridotto di un adeguato **margin lordo** ("*resale price margin*"), ossia la cifra con la quale il rivenditore dovrebbe ragionevolmente coprire le proprie spese di vendita e le altre spese di gestione e, alla luce delle funzioni svolte (considerando i beni utilizzati ed i rischi assunti), ricavare un utile adeguato. Ciò che rimane, dopo la sottrazione del margine lordo, può essere considerato, dopo aver apportato opportune

correzioni riguardanti altri costi associati alla compravendita del prodotto²², come prezzo di libera concorrenza per il trasferimento originario del bene tra le imprese associate²³.

Per determinare il margine lordo da sottrarre al prezzo di trasferimento le *Guidelines* suggeriscono di fare riferimento al margine del prezzo di rivendita che lo stesso rivenditore guadagna sugli articoli acquistati e venduti nel corso di transazioni comparabili sul libero mercato ("*internal comparable*"); inoltre è possibile servirsi dei margini guadagnati sul prezzo di rivendita da imprese indipendenti ("*external comparable*") in transazioni comparabili come "guida".

Il metodo in analisi si configura quindi particolarmente adatto ai casi in cui il distributore provvede alla commercializzazione di beni acquistati infra-gruppo e rivenduti a terzi, senza assumere particolari rischi o svolgere particolari funzioni²⁴.

Nell'utilizzare la presente metodologia si rende necessaria l'individuazione di una rivendita simile per la determinazione del *resale price margin*, tenendo conto di elementi quali

- la tipologia del prodotto;
- le peculiarità connesse all'incorporazione di diritti di proprietà industriale nei prodotti (ad esempio i marchi apposti sul prodotto);
- le funzioni esercitate dal rivenditore in relazione al bene oggetto della rivendita;
- la struttura di costo delle imprese comparabili.

L'utilizzo di questo metodo dovrebbe risultare più agevole rispetto al CUP in quanto sembrerebbe richiedere un meno corposo lavoro di correzione da effettuare al fine di ottenere dati comparabili: difatti in un'economia di mercato, mentre i prezzi dei beni tendono a variare per l'influenza di innumerevoli condizioni, i margini (lordi e netti) tendono invece a livellarsi.

È tuttavia il caso di rammentare ancora che tale metodo si presenta particolarmente adatto in situazioni in cui il rivenditore non pone in essere attività che aumentano sensibilmente il valore del bene oggetto di successiva rivendita e nei casi in cui la determinazione del prezzo

²² Come ad esempio i diritti doganali.

²³ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Chapter II, paragrafo 2.27.

²⁴ In tal caso infatti sarà relativamente semplice apportare le correzioni dovute e ottenere un significativo *benchmark* con cui confrontare i valori effettivi dei prezzi interni di trasferimento.

di rivendita avvenga in entro breve tempo dall'acquisto delle merci. Al contrario, qualora tali merci subiscano una trasformazione o vengano incorporate in altri beni, oppure ancora qualora in esse venga incorporato un bene immateriale (si pensi ad esempio ad un marchio), il *resale price method* presenta evidenti limiti: nel caso in cui l'impresa che acquista il bene sia in possesso di un intangibile di particolare valore, il prezzo ottenuto con il metodo in analisi, ancorché depurato del margine lordo, non si presterebbe alla comparazione con il prezzo della transazione interna (tale prezzo infatti "incorporerebbe" un ulteriore margine dovuto al valore dell'intangibile).

Anche in questo caso si noti come l'efficacia del metodo in analisi dipenda in larga parte dalla possibilità di operare correzioni in modo efficace.

2.2.3 Il Cost Plus method

Il metodo del costo maggiorato considera innanzitutto i costi sostenuti dal fornitore di beni o servizi, nel corso di una transazione infra-gruppo, per trasferire bene o erogare servizi ad un acquirente collegato. Un'appropriata percentuale di ricarico relativa al costo di produzione (*cost plus mark up*) viene poi aggiunta a detto costo, così da ottenere un utile adeguato, tenuto conto delle funzioni svolte e delle condizioni di mercato. Il risultato di tale operazione può essere considerato come l'*arm's length price* della *controlled transaction* originale.

Anche in questo caso, più che un confronto tra i prezzi delle transazioni, le *TP Guidelines* propongono un confronto tra i margini ricavati nelle transazioni, e a questo proposito il *mark up* applicato dal fornitore nella transazione infra-gruppo, dovrebbe essere definito attraverso l'osservazione del *mark up* che il fornitore stesso applica in transazioni comparabili con terze parti (*internal comparable*)²⁵.

Per le caratteristiche appena descritte, si intuisce che, come suggerito dalle *TP Guidelines*, tale metodo è particolarmente adatto a situazioni in cui "...*semi-finished goods are sold between associated parties, where associated parties have concluded joint facility agreement or long-term buy-and-supply arrangements, or where the controlled transaction is the provision of services*"²⁶.

²⁵ Si ritiene invece che il *mark up* che verrebbe applicato da un'impresa esterna per transazioni comparabili con imprese terze (*external comparable*) vada considerato più come una "guida" che come un effettivo parametro per la determinazione del prezzo interno di trasferimento.

²⁶ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, pag. 106

Da quanto esplicitato, appare evidente come il metodo in analisi non richieda l'identità dei beni e servizi oggetto dell'attività (anche se è quantomeno auspicabile una certa similarità), ma richieda invece la comparabilità di funzioni, rischi e investimenti.

A questo punto occorre tuttavia rilevare un'evidente criticità che accomuna il metodo in esame con il metodo del prezzo di rivendita: entrambi assumono che le imprese stiano applicando nella rivendita un prezzo che consenta di coprire i costi e ottenere una remunerazione. Naturalmente ciò potrebbe benissimo non accadere: si pensi ad esempio ad un'impresa che realizza una politica volta ad ampliare le proprie quote di mercato e a tale scopo decida di operare per un breve periodo in perdita. In questa situazione il *cost plus method* e il *resale price method* porterebbero a risultati ben poco significativi.

2.3 I metodi basati sul confronto del profitto transazionale

I *transactional profit methods* prendono in considerazione gli utili provenienti da particolari transazioni tra imprese associate.

Gli utili analizzati si configurano quindi come gli indicatori pertinenti per determinare se le transazioni sono avvenute in compatibilità con l'*arm's length principle*.

2.3.1 Il Transactional Net Margin method (TNMM)

Il metodo basato sul **margine netto** della transazione esamina il margine dell'utile netto relativo ad un'adeguata base di riferimento (ad esempio, costi e vendite) che un contribuente realizza in una transazione con un'impresa associata.

Si noti subito che il metodo in analisi presenta forte analogie con il metodo del costo maggiorato e il metodo del prezzo di rivendita, e quindi anche in questo caso si procede *in primis* con l'analisi dell'*internal comparable*, ossia confrontando il margine netto di una transazione controllata con quello che l'impresa realizza in transazioni comparabili con soggetti terzi; ove ciò non fosse possibile, il margine netto realizzato in transazioni tra soggetti terzi indipendenti può fungere da guida.²⁷

²⁷ Cfr. Piergiorgio Valetè, Approfondimento, *Il Transactional Net Margin Method* nella disciplina transfer pricing OCSE e nella circ. n.58/E del 2010, il Fisco, 12/2011

Il TNMM possiede senza dubbio il grande pregio di poter essere utilizzato quando risulta invece impossibile l'applicazione dei metodi tradizionali, e cioè in presenza di differenze nelle transazioni e/o nelle funzioni svolte che non possono essere eliminate tramite opportune correzioni: difatti, mentre i prezzi risultano "pesantemente" influenzati dalle differenze nelle transazioni e le differenze nelle funzioni hanno una forte incidenza nei margini lordi, i margini netti risultano meno inficiati da questi aspetti.

Per chiarire, le differenze funzionali sono spesso il risultato di differenze in termine di composizione della spesa operativa, le quali hanno sicuramente un impatto inferiore a livello "globale", ossia a livello di margine netto.

D'altra parte l'utilizzo dei margini netti presenta pure delle forti criticità, in quanto non riesce a dare evidenza di quei fattori esogeni che incidono sui margini come ad esempio una congiuntura economica particolarmente favorevole/sfavorevole, fattori che invece hanno un'influenza solitamente inferiore sui prezzi e sui margini lordi.²⁸

Le *TP Guidelines* forniscono comunque una serie di esempi di fattori che possono influenzare gli utili netti²⁹.

Il TNMM, alla luce di quanto detto, si presta ad essere utilizzato per valorizzare funzioni a basso valore aggiunto (per esempio la produzione e la distribuzione), e, a differenza dei metodi precedenti, si basa sulla comparabilità dei fattori produttivi impiegati piuttosto che sulla comparabilità delle funzioni svolte, dei rischi assunti o dei prezzi dei prodotti³⁰.

Da un punto di vista pratico, per il calcolo dei *transfer prices* tramite il TNMM occorre

- calcolare correttamente gli indici finanziari da confrontare (ad esempio il ROI o il ROS),
- selezionare transazioni comparabili a quelle oggetto di analisi,

²⁸ Inoltre l'OCSE nelle *TP Guidelines* suggerisce che "A transactional net margin method is unlikely to be reliable if each party to a transaction makes unique and valuable contributions..." , e che in tal caso sarà generalmente più appropriato l'utilizzo del *transactional profit split method*.

²⁹ Invero, ci si riferisce ai seguenti fattori: minaccia di nuovi concorrenti, posizione concorrenziale, efficienza gestionale e strategie individuali, minaccia dei prodotti sostitutivi, strutture variabili dei costi (come riflesso, ad esempio, dell'età dell'impianto e dei macchinari), differenze del costo del capitale (per esempio, l'autofinanziamento rispetto all'indebitamento) e il grado di esperienza dell'azienda (ossia, se l'azienda si trova in fase di avviamento o di maturità). A sua volta, ognuno di tali fattori può essere influenzato da numerosi altri elementi.

³⁰ Invero si richiede comunque un certo grado di comparabilità dei suddetti elementi.

- scegliere per la verifica una società del gruppo che non presenta beni immateriali unici³¹.

Per quanto riguarda l'individuazione delle transazioni comparabili, si ritiene che tale comparabilità debba riguardare i sostanza

- capacità imprenditoriale,
- composizione del capitale,
- dimensione delle operazioni,
- efficienza manageriale,
- struttura dei costi,
- posizione nel ciclo produttivo³².

Naturalmente è fatta salva la possibilità di operare i dovuti aggiustamenti.

Una volta individuato l'indice di redditività di un'impresa comparabile, lo si "applica" alla base di riferimento scelta per la società di cui si deve determinare il corretto valore dei prezzi di trasferimento; in questo modo si dovrebbe ottenere il valore "corretto" del profitto, ossia il profitto che la transazione avrebbe generato se fosse avvenuta tra imprese indipendenti.

Il margine netto va a questo punto sommato ai costi sostenuti: in questo modo si ottiene un prezzo che dovrebbe essere coerente con l'*arm's length principle*.

2.3.2 Transactional profit split method

La versione *TP Guidelines* del 2017 non riporta modifiche inerenti al metodo transazionale di ripartizione dell'utile, tuttavia all'inizio della sua trattazione, a pagina 133, informa che questa sezione sarà presto oggetto di una revisione, al fine di includere le conclusioni che saranno tratte dal *Working Party No. 6* riguardanti l'applicazione della presente metodologia; tale lavoro di revisione è stato demandato dall'*Action 10 del BEPS Action Plan* per fare chiarezza sull'applicazione dei metodi di determinazione dei *transfer prices*, e in particolare sul *transactional profit split method*³³.

³¹ In realtà il metodo sarebbe possibile utilizzare il metodo in questione pure in presenza di beni immateriali unici, a condizione che essi non siano sottoposti ad un rischio imprenditoriale significativo.

³² Cfr. Piergiorgio Valet, Approfondimento, Il Transactional Net Margin Method nella disciplina transfer pricing OCSE e nella circ. n.58/E del 2010, il Fisco, 12/2011

³³ Si parlerà in seguito delle criticità fondamentali inerenti al metodo in analisi individuate nell'ambito del progetto BEPS.

Il metodo in analisi si propone di eliminare gli effetti sugli utili derivanti da condizioni speciali convenute o imposte in una transazione tra imprese, determinando la ripartizione degli utili che imprese indipendenti avrebbero previsto di realizzare ponendo in essere la transazione o le transazioni.

In sostanza tale metodo va ad individuare l'**utile complessivo** derivante dalle transazioni tra le imprese associate³⁴ e lo ripartisce successivamente sulla base del criterio di ripartizione che sarebbe stato adottato in una transazione tra imprese indipendenti (qualora esistano transazioni comparabili)³⁵.

Il *profit split method* va quindi a considerare il "contributo" prestatato dalle due parti in una transazione tra imprese associate e va a confrontarlo con il modo in cui i profitti derivanti dalla transazione sono stati ripartiti, verificando, se possibile, la congruità della ripartizione in base al confronto con transazioni comparabili tra imprese indipendenti.

Come già accennato uno dei pregi di questa metodologia è quello di fornire risultati attendibili anche qualora entrambi i partecipanti a una transazione apportino contributi unici e di rilevante valore (per esempio beni immateriali unici): difatti, in tal caso, parti indipendenti ripartirebbero gli utili proporzionalmente ai rispettivi contributi..

In generale possiamo affermare che il principale pregio del metodo di ripartizione degli utili consiste nel rappresentare una soluzione per operazioni molto integrate per le quali non risulterebbe opportuno l'utilizzo degli altri metodi.

Uno svantaggio del metodo di ripartizione degli utili delle transazioni è rappresentato dalla relativa difficoltà di applicazione: le Amministrazioni Fiscali possono riscontrare non poche difficoltà nel reperire informazioni riguardanti società affiliate situate all'estero; inoltre può risultare difficile valutare costi e reddito complessivi per tutte le imprese associate che partecipano alle transazioni controllate: ciò richiederebbe l'uniformità nella tenuta di libri contabili e di documenti e l'applicazione di correzioni nell'ambito delle prassi in materia contabile e valutaria.

Per quanto riguarda la determinazione degli utili complessivi e delle basi di ripartizione le *TP Guidelines* stabiliscono che essi devono:

³⁴ Il termine "utili" va inteso in senso lato, e cioè comprendendo anche le perdite.

³⁵ Nel caso in cui non esistano transazioni comparabili, è possibile ipotizzare uno split dell'utile complessivo attraverso una base di ripartizione costruita con l'ausilio di dati interni riguardanti le funzioni esercitate dalle imprese associate, pendendo in considerazione i beni impiegati e i rischi assunti.

- essere coerenti con l'analisi funzionale della transazione controllata in esame e in particolar modo devono riflettere la ripartizione dei rischi tra le parti;
- essere coerenti con la determinazione degli utili complessivi da ripartire e con le basi di ripartizione che sarebbero stati concordati tra parti indipendenti;
- essere coerenti con il tipo di approccio adottato in materia di ripartizione degli utili (*Contribution Analysis* o *Residual Analysis*);
- poter essere misurati in maniera affidabile.

Le *Guidelines* propongono due metodi alternativi per la ripartizione dell'utile complessivo:

- **La *Contribution Analysis*:** l'utile complessivo viene ripartito valutando il valore del contributo prestato da entrambe le parti per la formazione dell'utile stesso, tenendo in considerazione i beni impiegati e i rischi assunti.
- **La *Residual Analysis*:** a ciascuna delle parti viene *in primis* assegnato un utile sufficiente ad assicurare un rendimento in linea con il principio di libera concorrenza, in linea con le funzioni ordinarie svolte nell'ambito delle transazioni in analisi; l'utile residuale viene quindi ripartito con la stessa metodologia usata nella *contribution analysis* per la ripartizione dell'utile complessivo.

Nelle *TP Guidelines* viene riportata un' importante indicazione per le Amministrazioni Fiscali: nell'esaminare l'applicazione del metodo in esame da parte di una MNE che valuti l'utile *ex ante* per determinare un prezzo coerente con l'*arm's length principle* è fondamentale tener conto del fatto che il contribuente non avrebbe potuto immaginare, all'epoca in cui furono stabilite le condizioni della transazione controllata, quale sarebbe stata l'entità degli utili derivanti dall'attività commerciale. Senza tale riconoscimento, l'applicazione del metodo di ripartizione degli utili potrebbe penalizzare o favorire il contribuente evidenziando circostanze che egli stesso non avrebbe potuto ragionevolmente prevedere.

2.4 La scelta del metodo di determinazione dei transfer prices: il "*best method rule*"

Le versioni precedenti al 2010 delle *TP Guidelines* presentavano una marcata gerarchia che andava a prediligere l'applicazione dei metodi c.d. tradizionali e, in particolare, del CUP.

Con la versione del 2010 il legislatore ha voluto probabilmente fornire il maggior numero possibile di strumenti alle MNE e alle Amministrazioni Fiscali allo scopo di evitare i fenomeni di doppia imposizione di cui si è discusso.

La normativa vigente statuisce che "*The selection of a transfer pricing method always aims at finding the most appropriate method for a particular case.*"³⁶ introducendo così il "*best method rule*", che impone l'applicazione della metodologia più coerente con la fattispecie in analisi.

Come si è visto, le *Guidelines* propongono un'esaustiva descrizione di pregi difetti dei metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento, evidenziando spesso le situazioni in cui un determinato metodo si presta ad essere utilizzato e le situazioni in cui invece l'utilizzo dello stesso metodo porterebbe a risultati non significativi.

Tuttavia dalla lettura delle *Guidelines* si evince come la gerarchia dei metodi di determinazione dei *transfer prices* non sia di certo superata, ma abbia solamente assunto contorni più sfumati: difatti in situazioni in cui i metodi tradizionali e i metodi basati sull'utile siano entrambi applicabili, la scelta deve necessariamente ricadere sui primi, e ancora, qualora tutti e tre i metodi tradizionali siano applicabili, si deve prediligere l'applicazione del CUP.

La novità della versione del 2010 sta nel riconoscere che esistono situazioni ove invece i metodi basati sull'utile sono da preferire, ad esempio nei casi in cui ognuna delle parti apporti contributi unici di rilevante valore alla transazione controllata, o qualora le parti partecipino a operazioni molto integrate, il metodo di ripartizione dell'utile risulta il più appropriato.³⁷

2.5 La nuova normativa riguardante i metodi di determinazione di transfer prices: l'Action 10 del BEPS Action Plan

Con l'Action 10 del *BEPS Action Plan* si è voluto fornire ulteriori strumenti ai Paesi facenti parte del G20 e dell'OCSE per far fronte ai sempre più frequenti tentativi di erosione delle basi imponibili posti in essere dalle MNE attraverso le politiche di *transfer pricing*. A questo scopo l'Action 10 ha provveduto a fornire dei miglioramenti alle metodologie di analisi dei

³⁶ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Chapter II, paragrafo 2.2.

³⁷ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, pag. 98

prezzi di trasferimento utilizzate sia dalle Amministrazioni Fiscali sia dai contribuenti multinazionali: ciò è avvenuto tramite l'inclusione nel Capitolo II delle *Transfer Pricing Guidelines* di nuove indicazioni, concernenti soprattutto le transazioni di *commodities*.

Le nuove disposizioni includono:

- chiarimenti riguardanti le esistenti disposizioni sul CPU, statuendo, tra l'altro, che tale metodo dovrebbe generalmente essere adatto per le transazioni di merci tra imprese associate;
- una nuova disposizione inerente la determinazione delle date di scadenza nei contratti di trasferimento di merci: con tale disposizione si vuole evitare che i contribuenti usino determinate date di scadenza con lo scopo di adottare i prezzi quotati a loro più vantaggiosi. È dunque consentito, sotto certe condizioni, alle Amministrazioni Fiscali di utilizzare la data di spedizione (o ogni altra data di cui sia disponibile evidenza) come data di scadenza per le transazioni di merci³⁸.

Inoltre è stata demandata al Working Party no. 10 un'altra importante compito: fornire chiarimenti riguardanti in particolare il *transactional profit split method*.

L'obiettivo è quello di fornire delle linee guida che tengano conto delle conclusioni raggiunte nel *Report on Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy* (OECD, 2015), sviluppato conseguentemente all'Action 1 del BEPS, che suggerisce di prestare una particolare attenzione alla sempre più evidente integrazione dei modelli di business risultante dalla *digitised economy*, e al potenziale ruolo che il *profit split method* potrebbe assumere in tale contesto³⁹.

A questo scopo il Report in analisi illustrato nell'Action 10 del BEPS *Action Plan* va ad indicare alcuni punti ove si ritengono necessari chiarimenti e miglioramenti, demandandone l'individuazione a Working Party No. 10.

In particolare si analizzano in seguito alcuni temi ove è richiesto un intervento.

1. La versione delle *Guidelines* in vigore suggerisce che il *profit split method* risulta essere solitamente il metodo più appropriato nel caso di funzioni fortemente integrate, tuttavia in una MNE questo fenomeno si presenta quasi sempre. Occorre quindi una

³⁸ Cfr. OECD/G20 publications, *Base Erosion and Profit Shifting Project*, 2015

³⁹ Come si è già detto, questo metodo risulta particolarmente appropriato nel caso in cui l'analisi riguardi imprese fortemente integrate.

più chiara descrizione della circostanza in cui si richiederebbe l'utilizzo del *profit split method*.

2. La versione delle *Guidelines* in vigore suggerisce che il *profit split method* risulta essere solitamente il metodo più appropriato in situazioni in cui entrambe le parti in una transazione apportano contributi di unici e di valore, ma, ad eccezione del caso esplicito degli *intangibles*, le *Guidelines* non forniscono specifiche indicazioni su cosa effettivamente possa essere considerato un "contributo unico e di valore". Anche in questo caso allora si necessitano ulteriori delucidazioni.
3. Per quanto riguarda la scelta delle basi di ripartizione dell'utile si è generalmente d'accordo sul fatto che essa debba avvenire sulla base di un'analisi funzionale dei contributi che le parti apportano alla transazione, tuttavia il modo in cui si dovrebbe attribuire valore ai suddetti contributi risulta ancora incerto. Nella pratica come si è già avuto modo di analizzare, vengono usati come basi per la ripartizione fattori quali il capitale investito, gli utili attesi ecc.. ma si ritiene che le *Guidelines* difettino ancora dell'individuazione degli aspetti chiave riguardanti la ripartizione degli utili.⁴⁰

⁴⁰ Cfr. OECD/G20 publications, *Base Erosion and Profit Shifting Project*, 2015, pag. 59

CAPITOLO TERZO

METODI AMMINISTRATIVI PER EVITARE E RISOLVERE LE CONTROVERSIE IN MATERIA DI *TRANSFER PRICING* SECONDO L'OCSE

Nel prosieguo della presente analisi si avrà modo di affrontare le varie metodologie proposte dall'OCSE allo scopo di eliminare o attenuare le problematiche derivanti dal fenomeno del *transfer pricing* contenute nella più recente versione delle *TP Guidelines*.

3.1 Le pratiche di conformità al regime dei prezzi di trasferimento (*transfer pricing compliance practices*)

Ogni Paese membro applica conformemente al suo diritto nazionale e alle sue procedure amministrative alcune pratiche volte ad assicurare la conformità alla normativa fiscale.

Solitamente tali pratiche seguono tre linee direttrici:

- sono volte a limitare le possibilità di trasgredire la normativa fiscale;
- vanno a facilitare il rispetto delle normative (per esempio disponendo delle guide);
- si propongono di rendere sconveniente per il contribuente l'inosservanza della norma.

Le pratiche volte ad assicurare la conformità alle normative fiscali rientrano nel campo della sovranità nazionale, tuttavia i loro effetti, nel caso del *transfer pricing*, vanno ad impattare, oltre che sul contribuente, sulle Amministrazioni Fiscali di altri Paesi; pertanto anche in questo caso l'*arm's length principle* risulta la direttrice su cui le Amministrazioni Fiscali dovrebbero focalizzare le loro pratiche interne, al fine di facilitare un'equa ripartizione delle imposte nei vari paesi e di evitare fenomeni di doppia imposizione ai danni dei contribuenti.

In particolare, le *Guidelines* prendono in analisi tre aspetti a cui le amministrazioni fiscali dovrebbero presentare particolare attenzione: **le procedure di verifica, l'onere della prova e le sanzioni**⁴¹.

⁴¹ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Capitolo IV, paragrafi 4.4-4.5.

3.1.1 Le procedure di verifica

Le consuete procedure di verifica e di controllo fiscale poste in essere dalle Amministrazioni Fiscali possono presentare diverse problematiche se applicate alla fattispecie dei prezzi di trasferimento, in quanto esse devono prendere in considerazione un gran numero di elementi e richiedono spesso analisi complesse.⁴²

A tal proposito occorre specificare che la determinazione di un prezzo di trasferimento non è di certo una scienza esatta, anzi in molti casi occorre prendere in considerazioni più di un possibile valore corretto.

L'aleatorietà che circonda i *transfer prices* va in molti casi a creare problematiche al contribuente: si pensi alla fattispecie in cui i criteri di determinazione⁴³ scelti dallo stesso e dall'Amministrazione Fiscale divergano, e per questo motivo si presenti il rischio di incorrere in una sanzione.

Le Amministrazioni Fiscali dovrebbero tenere conto della natura di tale fenomeno e quindi applicare una certa flessibilità nelle procedure di verifica, cercando di non richiedere un livello di precisione irrealistico ai contribuenti e di tener conto della loro realtà aziendale.⁴⁴

3.1.2 L'onere della prova

Anche per quanto riguarda l'onere della prova, la normativa fiscale varia da Paese a Paese.

In particolare è possibile individuare due fattispecie, distinguendo il caso in cui l'onere della prova gravi sulle Amministrazione Fiscale sia nell'ambito delle procedure interne sia nell'ambito di un contenzioso (come accade nella maggior parte dei Paesi) e la fattispecie in cui tale onere sia a carico del contribuente.

Nel primo caso il contribuente non è tenuto legalmente a dimostrare la correttezza dei prezzi di trasferimento applicati fino a che l'Amministrazione Fiscale non abbia provato *prima facie* che tali prezzi contrastino con l'*arm's length principle*.

Nel caso in cui l'onere della prova gravi sul contribuente, quest'ultimo è tenuto legalmente a collaborare con l'Amministrazione Fiscale: nel caso in cui non ottemperi a tale onere,

⁴² Si pensi alle analisi di comparabilità, del mercato di riferimento, e a tutte quelle analisi che vanno effettuate nella determinazione del corretto valore del *transfer price*.

⁴³ Ci si riferisce ai criteri elencati nel capitolo II delle *Guidelines* e trattati all'inizio di presente capitolo.

⁴⁴ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Capitolo IV, paragrafi 4.7-4.9.

l'Amministrazione Fiscale procederà a determinare il reddito imponibile con i dati a sua disposizione.

In questa seconda fattispecie, in caso di contenzioso, può accadere che tale onere risulti di fatto invertito, in quanto, qualora il contribuente abbia presentato a un tribunale prove sufficienti a dimostrare la correttezza dei suoi prezzi di trasferimento, l'Amministrazione fiscale avrà l'onere di presentare le prove atte a contestare la dichiarazione del primo.

Le *Guidelines* stabiliscono in ogni caso che l'Amministrazione Fiscale dovrebbe essere pronta a dimostrare in buona fede che ha determinato i prezzi di trasferimento in conformità con il principio di libera concorrenza, anche se l'onere della prova grava sul contribuente; allo stesso modo, il contribuente dovrebbe essere pronto a dimostrare in buona fede che ha determinato i suoi prezzi di trasferimento in conformità con il principio di libera concorrenza, quali che siano le regole in materia di onere della prova⁴⁵.

3.1.3 Le sanzioni

Le sanzioni stabilite dalle Amministrazioni Fiscali hanno lo scopo di disincentivare la mancata osservanza della normativa fiscale da parte dei contribuenti.

Anche in questo caso la prassi varia da Stato a Stato e dipende dal sistema tributario di riferimento.

Si distinguono *in primis* le sanzioni civili dalle sanzioni penali: quest'ultime sono sempre riservate ai casi gravi di frode fiscale, e solitamente in questo caso grava un onere della prova molto pesante sull'Amministrazione Fiscale. Le sanzioni civili sono senz'altro più comuni e nella maggior parte dei casi comportano sanzioni pecuniarie.⁴⁶

Le sanzioni pecuniarie civili vengono in genere comminate in uno o più dei seguenti casi: dichiarazione sottostimata dell'imposta dovuta oltre una certa soglia, negligenza del contribuente o condotta dolosa per evadere le imposte.⁴⁷

⁴⁵ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Capitolo IV, paragrafi 4.11-4.12, 4.16.

⁴⁶ Invero tali sanzioni possono essere pure non pecuniarie, come nel caso dell'inversione dell'onere della prova.

⁴⁷ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Capitolo IV, paragrafo 4.23.

Solitamente l'ammontare della sanzione viene calcolato come percentuale del reddito sottostimato, percentuale che, in genere, varia dal 20% al 200%, in relazione alla gravità della condotta.⁴⁸

In ogni caso i Paesi dovrebbero prestare una particolare attenzione alle problematiche che potrebbero scaturire da un sistema sanzionatorio troppo rigoroso: un tale sistema potrebbe spingere il contribuente a "spostare" un maggior reddito imponibile nel paese ove il rischio di incorrere in elevate sanzioni è più alto. Se ciò accadesse ci troveremmo in una situazione contraria all'*arm's length principle*, in cui il reddito imponibile di uno o più Paesi viene sottostimato.

L'equità di una data sanzione, ovvero la sua troppa rigidità è spesso difficile da valutare, ciò nonostante i Paesi membri dell'OCSE sono concordi nell'affermare che è possibile trarre le conclusioni seguenti, indipendentemente dagli altri aspetti del sistema fiscale in vigore in un dato Paese:

1. una sanzione per responsabilità oggettiva, basate sulla mera esistenza di una dichiarazione di valore inferiore a un certo importo, sarebbe eccessivamente severa nel caso in cui il contribuente avesse errato in buona fede;
2. non bisognerebbe comminare una sanzione a un contribuente per non aver considerato, nella determinazione dei prezzi di trasferimento, dati a cui non aveva accesso o per non aver applicato un metodo di determinazione che richiedeva dati a cui non aveva accesso.⁴⁹

3.2 La procedura amichevole ex art. 25 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni (Mutual Agreement procedure, MAP) e la Convenzione Arbitrale 90/436/CEE

La procedura amichevole viene indicata dall'articolo 25 del Modello di Convenzione fiscale OCSE come strumento per risolvere i problemi di doppia imposizione.

⁴⁸ Ad esempio le sanzioni più gravi si applicano, tra l'altro, per condotte dolose al fine di evadere le imposte.

⁴⁹ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Capitolo IV, paragrafo 4.28.

Tale procedura si applica a tutte quelle fattispecie di doppia imposizione (economica o giuridica) che colpiscono un qualsiasi soggetto dotato di soggettività tributaria⁵⁰.

Essa ha una natura "speciale", in quanto non è prevista dall'ordinamento interno dei vari Paesi: in questo modo si vuole evitare che i contribuenti subiscano l'onere di dover presentare un ricorso in ciascuno degli Stati contraenti in caso di non conforme applicazione delle disposizioni convenzionali in uno o in entrambi gli Stati.

Quindi, nel caso di una rettifica in aumento, indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale, il contribuente può presentare un ricorso all'autorità competente (solitamente l'Amministrazione Fiscale di uno degli Stati contraenti)⁵¹.

A questo punto, il "*Manual of Effecting Mutual Agreement Procedure*" (MEMAP) proposto dall'OCSE statuisce che *in primis* l'autorità competente, qualora ritenga il ricorso fondato, debba adoperarsi per risolvere la questione unilateralmente.

Nel caso in cui non venga raggiunta una soluzione tramite misure unilaterali, il reclamo viene notificato all'autorità competente dell'altro Stato; solo a questo punto viene propriamente avviata la procedura bilaterale.

Va rilevato che la possibilità di presentare il ricorso è l'unico coinvolgimento diretto del contribuente nella procedura amichevole: presentato il ricorso le autorità competenti sono gli interlocutori esclusivi e gli unici legittimati a sottoscrivere l'accordo bilaterale eventualmente raggiunto.⁵²

Il mancato coinvolgimento del contribuente rappresentava senza dubbio, fino al 2008, una delle criticità della procedura in esame, anche alla luce del fatto che non sussisteva in capo alle autorità competenti dei due Stati contraenti l'obbligo di pervenire alla risoluzione della controversia. Invero esse dovevano prestarsi unicamente ad un "obbligo di diligenza", che

⁵⁰ Invero il Modello OCSE stabilisce che la procedura amichevole è applicabile in qualsiasi caso di non conformità alla Convenzione stessa, e quindi ha un più ampio ambito d'applicazione che comprende, tra l'altro, i casi di doppia imposizione.

⁵¹ Il ricorso deve essere presentato entro tre anni dalla prima notifica della misura di uno degli Stati contraenti, che da luogo all'imposizione che si considera contraria alla Convenzione.

⁵² Cfr. "Le procedure amichevoli come strumento di risoluzione delle controversie internazionali", P. Valente, Il Fisco, n. 26/2012.

imponesse solamente che le Amministrazioni Finanziarie "facessero del loro meglio" per dirimere la controversia.⁵³

Nel 2008 si è giunti ad una svolta tramite l'inclusione nel citato articolo 25 del paragrafo 5: con l'integrazione di questo nuovo paragrafo è stato stabilito che, nei casi in cui le autorità competenti degli Stati contraenti non raggiungano un accordo che elimini la doppia imposizione entro due anni dall'attivazione della procedura amichevole, i problemi irrisolti saranno, a richiesta del soggetto che aveva attivato la procedura, risolti tramite un **procedimento arbitrale**.⁵⁴

In tal modo la risoluzione della controversia viene demandata ad una Commissione arbitrale, composta da tre membri, due dei quali scelti dalle autorità competenti dei due Stati contraenti (uno ciascuno) e un terzo, che assume la qualifica di Presidente, scelto dagli altri due membri tra le personalità indipendenti appartenenti agli Stati contraenti o ad uno Stato terzo, membro dell'OCSE. La Commissione, nel pronunciare il suo parere, applica le disposizioni della Convenzione e i principi generali del diritto internazionale, tenendo conto della legislazione interna degli Stati contraenti.

La Commissione arbitrale deve fornire il suo parere entro sei mesi dalla nomina del presidente.

Peraltro, tale parere non è considerato vincolante in quanto, entro sei mesi dal momento in cui la Commissione si è espressa, gli Stati contraenti possono ancora accordarsi e optare per misure alternative per la risoluzione della controversia; se tuttavia entro tale limite di tempo le autorità competenti non raggiungono un accordo, dovranno conformarsi e dare applicazione al parere espresso dalla convenzione.⁵⁵

Un forte limite della disposizione ex paragrafo 5 dell'art. 25 del Modello OCSE è che essa si applica solamente a condizione che, a livello bilaterale, sia inserita nelle convenzioni contro le

⁵³ Cfr. "Le procedure amichevoli come strumento di risoluzione delle controversie internazionali", P. Valente, *Il Fisco*, n. 26/2012.

⁵⁴ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Capitolo IV, paragrafo 4.31.

⁵⁵ In tal proposito le TP Guidelines indicano che: "Quando uno o più problemi sono stati sottoposti ad arbitrato conformemente a questa disposizione, e a meno che una persona direttamente interessata dal caso si rifiuti di accettare la procedura amichevole che dà applicazione alla decisione arbitrale, tale decisione sarà vincolante per entrambi gli Stati, e l'imposizione di qualsiasi persona direttamente interessata dal caso dovrà conformarsi alla decisione presa per quanto riguarda i problemi sottoposti ad arbitrato..."

doppie imposizioni degli stati contraenti⁵⁶, il che di fatto va a significare che la procedura amichevole si configura ancora come un'obbligazione di mezzi, e non come un'obbligazione di risultato.

A questo punto sono individuabili tre criticità fondamentali relative alla *Mutual Agreement Procedure*⁵⁷:

1. i limiti temporali indefiniti (in quanto i limiti stabiliti da una convenzione temporale possono prevalere su quelli previsti dalla procedura amichevole);
2. lo scarso coinvolgimento del contribuente;
3. la mancanza di un obbligo in capo alle autorità competenti ad avvenire ad una soluzione.

Al fine di ovviare, almeno in parte, alle evidenti mancanze del Modello OCSE, a livello comunitario, il 23 luglio 1990, è stata approvata la Convenzione arbitrale 90/436/CEE, relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni derivanti da rettifiche di *transfer pricing*.

Tale convenzione "*...si applica quando, ai fini dell'imposizione, 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...*" (art. 1 della "Convenzione").

Nell'articolo 4 della Convenzione in esame, si individua il principio cardine su cui si basa la Convenzione stessa, ossia, anche in questo caso, il principio di libera concorrenza; difatti si legge che: "*...in quanto e due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che a causa di dette condizioni non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza.*"⁵⁸

La procedura può quindi essere attivata su richiesta del contribuente o dello Stato contraente che non ha operato la rettifica.

La prima fase corrisponde in sostanza alla procedura amichevole descritta prima, tuttavia, qualora in tal modo non si arrivi a una soluzione della controversia, l'art. 7 della Convenzione

⁵⁶ Cfr. "Le procedure amichevoli come strumento di risoluzione delle controversie internazionali", P. Valente, Il Fisco, n. 26/2012.

⁵⁷ Tali limiti vengono esaustivamente trattati nel capitolo IV delle *Guidelines*.

⁵⁸ Cfr. Convenzione arbitrale 90/436/CEE, relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni derivanti da rettifiche di *transfer pricing*, art. 4 paragrafo 1.

arbitrale statuisce che : "... le autorità competenti istituiscono una commissione consultiva che incaricano di dare un parere sul modo di eliminare la doppia imposizione."

La **commissione consultiva**, per la cui composizione si rinvia all'articolo 9 della Convenzione in esame, ha il compito di esprimere un parere sul modo in cui la controversia sulla doppia imposizione possa esser risolta entro sei mesi dalla data in cui la questione le è stata sottoposta.

A questo punto gli Stati contraenti sono nuovamente chiamati a trovare una soluzione che elimini la doppia imposizione che deve tener conto del parere della commissione consultiva, ma che può comunque discostarsi da tale parere.

Se tuttavia, entro il termine di sei mesi dall'espressione del parere da parte della commissione, tale soluzione non viene trovata, allora i due Stati saranno obbligati ad eliminare la doppia imposizione nelle modalità indicate dalla commissione consultiva.⁵⁹

La Convenzione arbitrale, a differenza della procedura amichevole attivata sulla base di convenzioni bilaterali (che non contengono una disposizione analoga a quella di cui al paragrafo 5 dell'art. 25 del Modello OCSE), prevede l'obbligo di pervenire ad una soluzione del caso proposto.⁶⁰

Come elemento conclusivo riguardo alla procedura amichevole si vuole segnalare che l'Ocse sta cercando input dai contribuenti sugli accordi internazionali in materia di procedure amichevoli (*mutual agreement procedure*, MAP) in atto nel secondo gruppo di Paesi che saranno esaminati nell'ambito dell'*Action 14* del piano d'azione BEPS dell'OCSE per il contrasto dell'erosione della base imponibile e dello spostamento dei profitti.⁶¹

⁵⁹ Cfr. Convenzione arbitrale 90/436/CEE, relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni derivanti da rettifiche di *transfer pricing*, art. 12.

⁶⁰ Cfr. "Le procedure amichevoli come strumento di risoluzione delle controversie internazionali", P. Valente, Il Fisco, n. 26/2012.

⁶¹ "Il processo di revisione e di monitoraggio delle procedure amichevoli nell'ambito dell'azione 14 del BEPS è stato avviato a dicembre 2016 con le prime revisioni degli accordi in corso in Belgio, Canada, Paesi Bassi, Svizzera, Regno Unito e Stati Uniti." OEDC Publication, "OCSE: pronti alla revisione MAP e alla Raccolta dati", Stefano Foglia, 12.2.2017.

3.3 Gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento (Advanced Price Agreement - APA)

Un accordo preventivo sui prezzi di trasferimento è un accordo che fissa una serie di criteri per la determinazione dei *transfer prices ex ante*, ossia prima della realizzazione delle transazioni tra imprese associate; la procedura APA è attivata dal contribuente e porta ad un accordo tra una o più imprese e una o più Amministrazioni Fiscali.

Le *Guidelines* indicano come tali accordi si rivelino particolarmente utili qualora i tradizionali meccanismi fiscali e amministrativi risultino difficili da applicare.⁶²

Gli APA si dividono in:

- APA unilaterali, ossia accordi unilaterali tra un' Amministrazione Fiscale e un contribuente che ricade sotto la sua competenza territoriale, che non prevede l'intervento delle altre Amministrazioni Fiscali interessate.⁶³
- APA bilaterali o multilaterali, cioè accordi a cui prendono parte due o più Paesi.

Naturalmente gli APA bilaterali presentano molte più possibilità

- di ridurre il rischio di doppie imposizioni,
- di risultare più eque per Amministrazioni Fiscali e contribuenti e
- di offrire un maggior grado di certezza ai contribuenti.⁶⁴

In base all'accordo tra le parti, un APA può riferirsi a tutte le questioni in materia di *transfer prices* del contribuente, oppure può riguardare solamente determinate transazioni infragruppo.

Tra i diritti riconosciuti all'Amministrazione Fiscale partecipante all'APA è riconosciuta la possibilità di richiedere al contribuente una relazione annuale che attesti la conformità dei suoi prezzi di trasferimento alle condizioni previste dall'APA stesso.

⁶²Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Capitolo IV, paragrafo 4.134.

⁶³ Tuttavia in tal caso le *Guidelines* stabiliscono che le autorità competenti degli altri Paesi interessati devono essere informate al più presto possibile della procedura, affinché possano determinare se sono disponibili e in grado di accettare un accordo bilaterale nell'ambito della procedura amichevole.

⁶⁴ Difatti nel caso di un APA unilaterale una MNE non potrà aver la certezza che le condizioni accordate con un' Amministrazione Fiscale vengano considerate sufficienti anche da altri Stati, che potrebbero in ogni caso procedere a rettifiche in aumento dell'imponibile.

L'Amministrazione Fiscale potrà inoltre continuare ad esaminare il comportamento del contribuente nel corso delle sue regolari attività di verifica, tuttavia, in tale contesto, non potrà rimettere in discussione le metodologie previste dall'APA.⁶⁵

Naturalmente un APA sarà soggetto ad annullamento, anche con effetti retroattivi, nei casi di frode e falsa dichiarazione e in caso di inosservanza, da parte del contribuente, delle condizioni previste dall'APA stesso.

Gli accordi preventivi possono risultare particolarmente utili per i contribuenti multinazionale dato che, soprattutto per quanto riguarda gli APA bilaterali/multilaterali, riducono o addirittura eliminano l'incertezza dovuta alla possibilità di vedersi rettificare in aumento il reddito imponibile.

Gli accordi preventivi vanno quindi a ridurre notevolmente sia il rischio di doppia imposizione, sia il rischio concernente alla cosiddetta "non imposizione".⁶⁶

Dall'altro lato delle medaglia, gli APA presentano pure una serie di criticità: si procederà dunque qui sotto a descrivere alcuni dei principali svantaggi riguardanti gli accordi preventivi sulla linea proposta dall'OCSE.

Si è già avuto modo di evidenziare le problematiche connesse alla stipulazione di un APA unilaterale: *in primis*, esso può generare problematiche alle amministrazioni fiscali non coinvolte nell'accordo, che in tal caso potrebbero non riconoscere come congrui i metodi di determinazione dei *transfer prices* stabiliti nell'APA. In una tale situazione è evidente che l'accordo preventivo non raggiungerà uno dei suoi scopi principali, ossia quello di eliminare l'incertezza.

Un'altra problematica espressamente individuata dall'OCSE è connessa al rischio che gli accordi preventivi non si configurino come "accordi flessibili": in tal caso rischiano di generare crescenti criticità di pari passo all'evoluzione del mercato, nel senso che si ritroverebbero legati a prezzi di trasferimento ormai obsoleti.

Un ultimo fattore di criticità che si vuole prendere in analisi in questo elaborato riguarda la complessità che può riguardare gli accordi preventivi di determinazione dei *transfer prices*. Si

⁶⁵ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Capitolo IV, paragrafo 4.148.

⁶⁶ Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Capitolo IV, paragrafi 4.153, 4.156.

è già evidenziata, nel precedente capitolo, la complessità caratterizzante la disciplina della determinazione dei prezzi di trasferimento; invero l'individuazione di un valore *arm's length* risulta *ex se* piuttosto complessa (si pensi alle analisi di mercato che si dovrebbero porre in essere per l'individuazione di transazioni comparabili) e richiede un'enorme mole di informazioni.

Se a ciò si aggiunge che gli oneri documentali richiesti dagli APA sono solitamente maggiori di quelli da soddisfare nel caso di una verifica dei prezzi di trasferimento da parte dell'Amministrazione Fiscale, è facile capire come tale procedura risulti spesso molto costosa e, di conseguenza, inaccessibile per imprese di non grandi dimensioni. Si va a creare in tal modo una disparità di trattamento nei confronti di talune imprese.⁶⁷

A proposito delle dette criticità, le *Guidelines* presentano delle raccomandazioni che si dovrebbero seguire nella predisposizione di un APA:

- si deve prestare particolare attenzione all'affidabilità delle previsioni;
- ove possibile, un APA andrebbe concluso su base bilaterale o multilaterale;
- le Amministrazioni Fiscali dovrebbero garantire l'accesso paritario a tutti i contribuenti, ad esempio predisponendo procedure semplificate per i piccoli contribuenti.

3.4 Evoluzione normativa e considerazioni personali

Nei Capitoli II e III si è voluto presentare una visione generale della normativa OCSE sul *transfer pricing*: *in primis* si è voluto fornire una spiegazione delle metodologie atte a determinare la congruità dei prezzi di trasferimento al tanto citato principio *arm's length*; successivamente si è voluto portare all'attenzione alcune delle proposte della normativa internazionale per contrastare i problemi presentati al capitolo I di questo elaborato.⁶⁸

La determinazione dei prezzi interni di trasferimento si presenta invero come una procedura molto complessa e per nulla priva di criticità; in tal senso la riforma del 2008 che ha portato all'affermazione del cosiddetto "*best method rule*" rappresenta un chiaro miglioramento in

⁶⁷Cfr. OECD publications, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017, Capitolo IV, paragrafi 4.158, 4.160, 4.165, 4.166.

⁶⁸ Si segnala, per un possibile approfondimento, una lettura della sezione del capitolo IV delle *Guidelines* inerente ai *safe harbours*, che non sono oggetto di quest'analisi.

quanto è prova della volontà dell'OCSE di fornire tutti gli strumenti possibili, sia alle Amministrazioni Fiscali sia ai contribuenti, per affrontare i vari problemi in cui si incorre nell'adottare una politica di *transfer pricing*.

Inoltre è da vedere positivamente la progressiva riforma in tale materia portata avanti dal progetto BEPS che ha contribuito (e nel caso del *transactional profit split method* contribuirà attraverso al lavoro del Working Party no.6) ad accrescere la chiarezza delle *Guidelines* in tema di determinazione dei prezzi interni di trasferimento.

Per quanto riguarda la *Mutual Agreement Procedure* e gli *Advanced Price Agreement* si sono già evidenziati vantaggi e problematiche connesse, segnalando che, soprattutto per quanto riguarda i primi, l'OCSE ha posto in essere una raccolta di dati al fine di un rinnovamento della disciplina.⁶⁹

L'OCSE si sta quindi adoperando, soprattutto tramite il progetto BEPS, per migliorare i già presenti strumenti di risoluzione delle controversie legate al *transfer pricing*.

Stanti le numerose criticità legate ai metodi esistenti, è da chiedersi se tuttavia non possa essere utile pure una revisione di fondo della materia in esame; in particolare nella presente analisi si è avuto modo di evidenziare come la vigente normativa sia tutt'ora imperniata sul concetto di "*separate entity*"⁷⁰.

Tuttavia è evidente che gran parte delle criticità connesse al *transfer pricing* verrebbero eliminate qualora si abbandonasse tale approccio e si considerasse l'unità economica delle imprese multinazionali: in particolare, qualora l'intero imponibile del gruppo venisse tassato secondo regole internazionali, salvo poi essere ripartito tramite opportune basi di ripartizione tra i vari Stati in cui il reddito è generato, le MNE non otterrebbero alcun vantaggio dall'attuazione di *transfer pricing policies* aggressive.

La Commissione Europea si sta dimostrando sempre più favorevole all' utilizzo del "*unitary business approach*", e in particolare, in una pubblicazione del 4 Maggio 2017 è stato affermato che: "*The European Commission has decided to re-launch the common consolidated corporate tax base (CCCTB) project in a two-step approach, with the*

⁶⁹ Ciò avviene sulle linee guida delle proposte dell'*action 14* del rapporto BEPS, che non verrà trattata in questa sede.

⁷⁰La normativa, internazionale e nazionale si appoggia ancora ai concetti di *arm's length* e *separate entity*, statuiti come criteri cardine dall'OECD ormai nel 1979 attraverso il Report *Transfer Prices and Multinational Enterprises*, e confermati nel 2017 dall' OCSE attraverso la più recente versione delle TP Guidelines.

publication of two new interconnected proposals on a common corporate tax base (CCTB) and a common consolidated corporate tax base (CCCTB). These were published on 25 October 2016, and the 2011 CCCTB proposal (COM(2011) 121) was withdrawn on the same day. The re-launch follows the lack of progress on the 2011 proposal in the Council."

In particolare, nella comunicazione appena citata viene espressa la seguente opinione: "*The principle that companies should pay taxes in the country where profits are generated is not straightforward to apply when activities are cross-border and flows of money move easily.*"; uno dei metodi individuati per far fronte alle problematiche è appunto l' "*unitary business approach*", "*...which means taxing MNEs according to the real economic substance of where they actually do business.*".

La proposta presentata dalla Commissione, che vorrebbe preludere ad una direttiva del Consiglio Europeo, esprime la necessità di determinare un singolo insieme di regole per il calcolo del *corporate tax base*; in tal modo: "*Companies operating across borders in the EU would no longer have to deal with 28 different sets of national rules when calculating their taxable profits.*".

L'intenzione espressa dalla commissione è che la proposta di una *common corporate tax base* contribuisca a ristabilire una connessione tra la tassazione di un reddito e il luogo ove esso è stato prodotto tramite una formula di ripartizione da introdurre attraverso una nuova proposta di CCCTB.⁷¹

Contrariamente alla proposta di CCCTB del 2011, la nuova proposta sarà obbligatoria per un gruppo di imprese di determinate dimensione, identificate come quelle aventi un fatturato consolidato superiore a 750 milioni di euro.

Naturalmente l'adozione di una CCTB comporterebbe enormi implicazioni, si pensi solo alle criticità che potrebbe causare ai Paesi che nel tempo hanno costruito una sorta di vantaggio competitivo basato sull'attrattività del proprio sistema fiscale.

Esulando dalle questioni etico/morali, viene qui proposta la seguente considerazione: pur essendo vero che l'adozione di questa nuova prospettiva consentirebbe un efficientamento del sistema fiscale internazionale, in quanto porterebbe di certo ad una drastica riduzione delle

⁷¹ Si segnala infatti la necessità di una nuova proposta stante l'assenza di progressi successiva alla proposta del 2011.

controversie tra Amministrazioni Fiscali e MNE di cui si è ampiamente discusso, non è certo detto che esso non causerebbe alcuna criticità.

In particolare i criteri di ripartizione delle imposte tra i vari Stati dovrebbero essere definiti con chiarezza e ampiamente accettati, altrimenti con ogni probabilità, le controversie tra Stati non cesserebbero di sorgere.

Si dovrebbe altresì pensare alle varie procedure attraverso cui i Paesi possano mettere in discussione una ripartizione delle imposte considerata non congrua, e non è detto che tali procedure risulterebbero più snelle e con un maggior grado di certezza rispetto a quelle già in vigore.

Inoltre anche a livello di raccolta di dati e documentazioni, non è detto che si riesca a raggiungere un obiettivo di economicità: il reperimento di dati certi, specifici e confrontabili riguardanti i redditi prodotti dalle MNE nel mondo richiederebbe enormi cambiamenti, *in primis* nella contabilità dei Gruppi e nei metodi di raccolta e analisi delle Amministrazioni Fiscali.

Per concludere, sebbene la logica dell'*unitary business approach* presenti alcuni aspetti altamente desiderabili, la sua applicazione nella pratica, pur non essendo del tutto utopica, risulta complessa e per nulla priva di criticità: la futura efficacia di questa nuova possibile metodologia, è strettamente connessa all'efficienza e all'accortezza con cui verrà applicata.

CAPITOLO QUARTO

LE NOVITÀ NELLA DISCIPLINA NAZIONALE SUL TRANSFER PRICING

4.1 L'abbandono del criterio del valore normale

4.1.1 L'art. 110 co. 7 prima del 2017: il valore normale

L'art.110 co. 7 è considerabile come uno dei maggiori riferimenti per quanto riguarda la disciplina nazionale in tema di determinazione dei *transfer prices*.

In particolare in tale sede il legislatore affermava, tra l'altro, 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 valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2*"⁷².

Il citato comma 7 determinava quindi che, per le transazioni tra imprese associate di cui si è discusso nella presente analisi, il criterio di riferimento individuato dal legislatore era il c.d. **valore normale**. Ciò poneva un'importante questione: il valore normale a cui asseriva il TUIR poteva essere considerato equivalente all'*arm's length principle*?

Il co.2 dell'articolo 110 indicato dal co.7 rimandava dunque, per la definizione del valore normale, all'articolo 9 del TUIR.

Si definiva quindi al co.3 dell'articolo 9 del TUIR il criterio del valore normale, che, secondo l'articolo 110, doveva servire a determinare il corretto valore dei prezzi applicati alle transazioni tra imprese associate.

Per valore normale s'intendeva dunque "*...il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono*

⁷²"Testo Unico delle Imposte sui Redditi", art. 110 co.7, 2014

*stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso."*⁷³

Mentre la prima parte del comma appena citato, da sola, non poneva particolari problemi interpretativi, il riferimento ai listini del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, poneva seri problemi riguardo all'equivalenza tra il criterio del valore normale e l'*arm's length price*.

In particolare si è avuto modo di trattare nella presente analisi di come l'OCSE presenti cinque metodologie di determinazione dei prezzi di trasferimento, ciascuna delle quali si configura come la più adatta in determinate situazioni.

Era dunque evidente come la disciplina nazionale presentasse delle pericolose lacune rispetto alla disciplina posta in essere dall'OCSE: difatti il riferimento alla comparazione interna tramite i listini e le tariffe e la comparazione esterna attraverso i mercuriali e i listini delle camere di commercio non andava certamente ad includere la possibilità di utilizzare i metodi basati sull'utile promossi dall'OCSE.

Con la pubblicazione della Circolare n.32/1980 il legislatore asseriva :*" Di qui la necessità - anche in rapporto alla presente fase di attuazione del nuovo sistema tributario ed alla esigenza di assicurare uniformità interpretativa ed applicativa delle richiamate disposizioni - di opportune istruzioni in materia che tengano adeguatamente conto delle esperienze acquisite in altri Paesi e degli orientamenti dei vari Organismi internazionali ed in particolare dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) che, nel pubblicare il rapporto 16 maggio 1979 sull'argomento, ebbe anche a raccomandare alle amministrazioni fiscali degli Stati contraenti il rispetto del principio della libera concorrenza in sede di esame e di aggiustamento dei prezzi di trasferimento."*; si cercava in tal modo di allineare la concezione di valore normale all'*arm's length principle*.

⁷³"Testo Unico delle Imposte sui Redditi", art. 9 co.3, 22/12/1989

Era chiaro come tuttavia tale normativa non potesse non portare al sorgere di alcune ambiguità, che sono aumentate nel corso degli anni con l'evolversi della disciplina promossa dall'OCSE.

L'utilizzo "per *quanto possibile*" di listini o tariffe del soggetto fornitore di beni o servizi ecc... su cui si basava la determinazione del valore normale⁷⁴, certamente non teneva il passo con la normativa OCSE che, oltre all'analisi dei prezzi delle transazioni comparabili, conferiva una crescente importanza all'analisi di funzioni svolte, rischi assunti e beni impiegati (con particolare riferimento agli intangibili).

E nel contesto evolutivo attuale, di cui si è parlato nel Capitolo I, ove si può constatare, per quanto riguarda le MNE, un'evoluzione verso forme organizzative sempre più integrate, si capisce come sia sempre più indispensabile la possibilità di utilizzare tutti le metodologie OCSE di determinazione dei prezzi interni di trasferimento, comprese quelle basate sugli utili transazionali.

4.1.2 Il D.L. 50/2017: l'abbandono del criterio del valore normale

Con l'approvazione del decreto 50/2017 il legislatore ha apportato una modifica sostanziale alla disciplina nazionale sul *transfer pricing*.

Attraverso l'implementazione del presente decreto si segnala il superamento del criterio del valore normale; di fatti l'articolo 59 co.1 statuisce che all'articolo 110 del TUIR il comma 7 è stato sostituito come di seguito: "*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...*"

In tal modo viene eliminato quel riferimento all'articolo 9 co. 3 del TUIR foriero delle criticità precedentemente espresse: attraverso l'esplicito riferimento all'*arm's length principle* presente nella nuova formulazione del TUIR la normativa italiana sul *transfer pricing* si allinea

⁷⁴ "Testo Unico delle Imposte sui Redditi", art. 9 co.3, 22/12/1989.

finalmente a quella promossa dall'OCSE, consentendo l'utilizzo dei metodi di determinazione dei *transfer prices* basati sull'utile⁷⁵.

4.2 Il D.L. 50/2017: novità sulle rettifiche dei prezzi di trasferimento

L'art.59 co.2 del citato D.L. 50/2017 introduce l'articolo 31-quater al DPR 600/1973, che va a definire le ipotesi tassative in cui potranno essere riconosciute le rettifiche dei prezzi di trasferimento che in Italia determinano una riduzione del reddito imponibile.

In precedenza il legislatore riconosceva questa possibilità solamente se legata all'esecuzione di accordi derivanti da MAP previste dalle già citate Convenzioni contro le doppie imposizioni o dalla Convenzione 90/436/CE del 1990.

L'articolo 31-quater recentemente introdotto presenta due nuove fattispecie in cui il legislatore riconosce la possibilità di rettificare in diminuzione il reddito imponibile ossia

- la conclusione di controlli effettuati nell'ambito dell'attività di cooperazione internazionale i cui esiti siano condivisi dagli Stati partecipanti e
- un'istanza presentata dal contribuente, secondo modalità e termini da definire mediante un provvedimento dell'Agenzia delle Entrate, a fronte di una rettifica in aumento del reddito nella giurisdizione estera che abbia carattere definitivo, sia conforme al principio di libera concorrenza (secondo il vaglio dell'Amministrazione Fiscale italiana) e sia stata effettuata da Stati con i quali sia in vigore una convenzione contro le doppie imposizioni che consenta un adeguato scambio di informazioni (viene, comunque, precisato, che in caso di rigetto dell'istanza resta ferma, in capo al contribuente, la possibilità di richiedere l'attivazione di una MAP, ove ne ricorrano i presupposti).⁷⁶

Si è evidenziato nel Capitolo II come i MAP presentino alcune criticità, tra cui i tempi di risoluzione incerti. Invero, analizzando le procedure, si conviene che tali temi siano particolarmente lunghi. La *ratio* di tale norma è quindi quella di introdurre ipotesi alternative

⁷⁵ Cfr. "*Transfer price, nuovi standard anche per la diminuzione del reddito*" di Alessandra del Sole e Massimiliano Gazzo, Il Quotidiano del Fisco, 09/05/2017.

⁷⁶ Cfr. "*Transfer price, nuovi standard anche per la diminuzione del reddito*" di Alessandra del Sole e Massimiliano Gazzo, Il Quotidiano del Fisco, 09/05/2017.

ai MAP, in modo tale da ridurre numero e tempi di istruttoria, e conseguire in tal modo un efficientamento dell'attività amministrativa.

La fonte in esame evidenzia come siano ancora tuttavia da definire il modo in cui i detti obiettivi verranno correttamente realizzati, dato che nell'attuale contesto i lunghi tempi di attesa in caso di attivazione della MAP sembrano dovuti più a problematiche organizzative delle Amministrazioni coinvolte che a vincoli effettivi posti dalla normativa.

Viene dunque suggerito come la riduzione delle tempistiche e lo snellimento delle procedure amministrative potrà in concreto avvenire solamente se le nuove procedure comporteranno una valutazione autonoma da parte dell'Amministrazione italiana sulla ragionevolezza della contestazione effettuata dallo Stato estero interessato, e quindi senza una diretta negoziazione con lo Stato estero coinvolto, ma solamente attraverso un ricorso allo scambio di informazioni nei limiti necessari per acquisire le informazioni utili a effettuare detta valutazione autonoma.

Si specifica poi che sarà un provvedimento dell' Agenzia delle Entrate a chiarire le modalità concrete nonché i termini e le condizioni di questa nuova opportunità per il contribuente.

4.3 Considerazioni personali

Nel presente capitolo si è voluto dare spazio alle ultime novità nella normativa nazionale sui prezzi di trasferimento, novità che, anche alla luce di quanto visto nei capitoli precedenti, consentono di individuare la "linea d'azione" stabilita dal legislatore nell'affrontare le sempre più pressanti criticità derivanti dalla definizione dei prezzi interni di trasferimento.

S'è già avuto modo di constatare come la possibilità, riconosciuta dal 2017, di utilizzare anche le metodologie di definizione dei *transfer prices* basate sugli utili, sia finalizzata a fornire ad Amministrazioni Fiscali e contribuenti il maggior numero di mezzi possibili per evitare l'insorgere di problematiche valutative.

Invero si ritiene, nella presente analisi, che la scelta del legislatore italiano di eliminare il riferimento al valore normale dal novellato co.7 dell'articolo 110 TUIR e di uniformarsi quindi al criterio del prezzo di libera concorrenza promosso dall'OCSE, sia parte di una più generale azione di innovamento che mira, *in primis*, ad un efficientamento dell'attività delle Amministrazioni Fiscali.

In primo luogo, la possibilità di utilizzare *in toto* le metodologie OCSE va a ridurre il rischio che un'impresa residente in Italia, facente parte di un Gruppo multinazionale, subisca una rettifica in aumento dovuta esclusivamente alla divergenza tra i criteri di determinazione dei prezzi di trasferimento qualora lo Stato estero applichi una metodologia di determinazione basata sugli utili: è plausibile che in tale situazione si sarebbe aperta una MAP dai lunghi tempi di risoluzione e dai risultati per nulla scontati.

Anche il secondo comma dell'art. 59 del DL 50/2017 segue la medesima *ratio*: date le criticità individuate nelle MAP, l'obiettivo è quello di fornire mezzi di risoluzione delle controversie più "snelli", che prevengano l'utilizzo della Procedura Amichevole, ferma restando la possibilità di attivare quest'ultima qualora altri strumenti non portino alla risoluzione dei problemi.

In pratica, ove possibile, si stanno cercando nuovi strumenti alternativi alle MAP, che rendano "residuale" l'utilizzo di quest'ultime.

In tal modo si vuole probabilmente rendere il nostro Paese più competitivo dal punto di vista delle imprese multinazionali attraverso l'introduzione di procedure amministrative più "snelle" e che consentano di ridurre l'incertezza legata al *transfer pricing*.

Si può quindi affermare che il miglioramento della competitività del nostro paese dovrebbe quantomeno seguire due direzioni:

- lo snellimento delle procedure amministrative;
- la riduzione dell'incertezza.

La prassi ha evidenziato come i tempi lunghi e la complessità di procedure amministrative quali le MAP siano, il più delle volte, legati all'interazione tra diversi paesi, i quali, come già accennato, in molti casi presentano, nelle regolamentazioni fiscali interne, differenze che la Procedura Amichevole non riesce facilmente ad integrare.

Si pensi infatti alla Commissione arbitrale ex paragrafo 5 dell'art. 25 del Modello OCSE, che deve deliberare tenendo conto della legislazione interna degli Stati contraenti: prima del D.L. 50/2017 avrebbe riscontrato non poche criticità nel caso di una controversia tra Stato italiano e un altro Paese che, nel caso in questione, applicava, per esempio, il *transactional profit split method*.

Si ritiene dunque che lo snellimento della disciplina passi in primo luogo dalla possibilità di ridurre il più possibile la negoziazione intra-stati e lo scambio di informazioni, in modo tale da rendere l'Amministrazione Fiscale italiana il più indipendente possibile.

Tuttavia, come si è avuto modo di constatare nel confronto tra APA unilaterali e multilaterali, è chiaro che, in una situazione in cui non si è pervenuti ad un accordo sui prezzi di trasferimento con gli altri Paesi coinvolti, non pende in capo a questi ultimi alcun obbligo di accettare eventuali accordi stipulati tra l'Amministrazione Fiscale italiana e una MNE; in tal caso l'accordo non raggiunge il suo scopo di riduzione dell'incertezza.

S'intuisce dunque come sia necessario trovare il modo di bilanciare l'esigenza di "certezza" con la necessità di snellire le procedure amministrative.

La via da percorrere sembrerebbe quella di individuare quelle situazioni in cui una rettifica, o un'altra decisione, relativa ai prezzi di trasferimento applicata dal nostro Paese, sia tale da essere plausibilmente accettata e riconosciuta dagli altri Paesi coinvolti nella possibile controversia; nei suddetti casi appare conveniente servirsi di strumenti alternativi alle MAP, in quanto è ragionevole pensare che un ampio grado di autonomia, in capo al nostro Paese, nel deliberare la rettifica non vada a pregiudicare la citata esigenza di "certezza".

Un esempio è appunto il co.2 dell'art 59 DL 50/2017, in cui vengono previste ipotesi alternative alle MAP nel cui contesto è possibile operare rettifiche in diminuzione: difatti nella seconda ipotesi presentata, si asserisce come la rettifica in diminuzione sia conseguente a una rettifica in aumento operata da un Paese estero.

Chiaramente, in tale contesto, qualora l'Amministrazione Fiscale italiana riscontri la rettifica congrua anche rispetto alla normativa nazionale e opti quindi per la detta rettifica in diminuzione, non dovrebbero plausibilmente rilevarsi contrasti tra le due giurisdizioni in quanto la rettifica è stata deliberata *ex ante* dallo Stato estero.

Nelle fattispecie in cui la risoluzione della controversia necessiti un più complesso accordo tra Paesi, si avrà invece modo di usufruire della *Mutual Agreement procedure* ex art. 25 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, ovvero della citata Convenzione Arbitrale 90/436/CEE.

BIBLIOGRAFIA

COMMISSIONE EUROPEA, *Double Taxation in the Single Market*, [COM(2011)712], 11 novembre 2011

CONVENZIONE 90/436/CEE del 23 luglio 1990 relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili delle imprese associate (Gazzetta ufficiale CEE n. L 225 del 20/08/1990)

DEL SOLE A., GAZZO M. Transfer price, nuovi standard anche per la diminuzione del reddito, *Il Quotidiano del Fisco*, 09/05/2017

DL 50/2017, art. 59

EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS). EU Legislation in Progress: Common corporate tax base (CCTB), GUSTAF GIMDAL, 4 Maggio 2017

FOGLIA S., *OCSE: pronti alla revisione MAP e alla Raccolta dati*, OECD Publication, 12.2.2017

OECD, *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP)*, February 2007 Version

OECD (2013), *Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali*, Luglio 2010, OECD Publishing.

OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>

OECD (2017), *OECD Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Parigi.

Servizio del Bilancio, (2015). Nota breve, "Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)". NB n. 13, ottobre 2015, Senato della Repubblica, XVII legislatura.

VALENTE P. , Transfer Pricing e doppia imposizione: soluzioni secondo la Commissione europea, *Il Fisco*, N. 29/2012.

VALENTE P., 2014. *Elusione fiscale internazionale*, I ed., IPSOA

VALENTE P., 2010. *Le novità del transfer pricing*. III ed. IPSOA

VALENTE P., Il *Transactional Net Margin Method* nella disciplina transfer pricing OCSE e nella circ. n.58/E del 2010. *Il Fisco*, N. 12/2011

VALENTE P., Le procedure amichevoli come strumento di risoluzione delle controversie internazionali. *Il Fisco*, N. 26/2012

VALENTE P., CARRACCIOLI I. Treaty shopping e beneficiario effettivo: profili penal-tributari, *il Fisco*, N. 10/2016

VALENTE P., VALENTE ASSOCIATI, GEB PARTNERS, 2016. *Contrasto al profit shifting: più scambio automatico di informazioni*, IPSOA.

VICARD V. *Profit shifting through transfer pricing: evidence from french firm level trade data*, Dicembre 2014