

L.U.I.S.S. “GUIDO CARLI”

Dottorato di Ricerca in Diritto Tributario delle Società

XXI CICLO

*La disciplina italiana in materia di prezzi di trasferimento:
profili di criticità e prospettive evolutive*

Giammarco Cottani

RELATORE: CHIAR.MA PROF.SSA LIVIA SALVINI

Sinopsi: L'evoluzione dell'impresa multinazionale e obbligo di una rivoluzione “copernicana” della disciplina sul *transfer price*

La presente ricerca è preordinata a un'analisi critica della disciplina italiana in materia di prezzi di trasferimento così come prevista dal combinato disposto degli articoli 110, c. 7, e 9 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (“TUIR”). In particolare, l'analisi svolta propone una riformulazione della normativa interna la quale, *rebus sic stantibus*, tanto sotto il profilo soggettivo quanto oggettivo sembrerebbe discostarsi dall'interpretazione che l'Organizzazione per la Cooperazione e Sviluppo Economico (“OCSE”) nelle linee Guida (“*TP Guidelines*”) del 1979, aggiornate al 1995¹, fornisce del principio guida in materia, vale a dire il prezzo di libera concorrenza o *arm's length principle*².

Ad avviso di chi scrive sono numerosi i profili di criticità emergenti dall'analisi dell'interazione tra la normativa domestica summenzionata e la disposizione convenzionale di cui all'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE in tema di tassazione degli utili delle imprese associate, presente nella maggior parte delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia.

A tal riguardo, una disamina dei profili soggettivi e oggettivi della normativa interna e dei suoi correlativi limiti, mi fa propendere per la necessità di una formulazione alternativa della disposizione, che sia volta a recepire le modifiche caratterizzanti nel panorama internazionale; in altri termini, una disciplina in materia di prezzi di trasferimento che al passo con i mutati scenari economici cui le imprese vengono quotidianamente a confrontarsi.

Il fulcro della presente analisi ruota intorno all'assunto che la disciplina sul *transfer pricing per sé* è agli albori di quella che, coniano un termine proprio di altre discipline, sembrerebbe porsi come una “rivoluzione

¹ *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, 1995.

² La letteratura, tanto domestica quanto internazionale, che ha analizzato i diversi profili dell'*arm's length principle* è vastissima: senza pretesa di esaustività, si confrontino le opere di G. Maisto, *Il Transfer price nel diritto tributario italiano e comparato*, Cedam, Padova, 1985; T.W. Vogelaar, *The OECD Guidelines: their Philosophy, History, Negotiation, Form, Legal Nature, Follow up Procedures and Review*, in Horn, *legal problems of codes of conduct for MNEs*, Frankfurt, 1980; A. Musselli-A.C. Musselli, *Il transfer pricing*, Milano, 1997; F. Balzani, *Il Transfer Pricing*, in AA.VV. *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Cedam 1999; M. Piazza, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano 2004; L. Carpentieri, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Giuffrè 1997; H. Hamaekers, *Arm's length principle - how long?*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2/2001, p. 30 e ss.; G. Zizzo, *Le regole generali per la determinazione del reddito di impresa*, *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario, Imposta sul reddito delle persone fisiche, II*, Torino, 1994; *OECD Report, Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Three taxation issues*, Paris, 1984; R. Cordeiro Guerra, *La disciplina del transfer price nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Trib.* 2000, p. 421 e ss.; Treasury Department's office of International Tax Counsel to President Barack Obama, *A study of intercompany pricing of Multinational Groups: Microsoft and Round Island One*, USA 2009.

copernicana” di questa specifica branca del diritto tributario internazionale. La questione, com’è noto, si colloca nell’ambito della crescente necessità, avvertita dai gruppi industriali operanti su scala globale, di una costante “specializzazione” delle proprie attività al fine di mantenersi competitivi e sfruttare le sinergie derivanti dalle economie di scala e dalla delocalizzazione dei fattori di produzione verso giurisdizioni “a basso costo”. Siffatte strategie imprenditoriali determinano - ad esempio in settori industriali quali il farmaceutico o l’automobilistico - la creazione di beni immateriali chiave per lo sviluppo della filiera produttiva e rilevanti, in particolare, per la creazione di *valore* dell’attività imprenditoriale. A fronte dello sfruttamento di beni e/o funzioni *uniche*, e pertanto rapportabili solo all’interno delle imprese consociate facenti parte del gruppo multinazionale, emerge nitida la contestuale assenza di dati comparabili sul mercato ai quali rapportare la determinazione di corretti valori di mercato. Ne consegue che il contribuente non è più in grado di procedere a una determinazione del prezzo di trasferimento di beni e servizi tra imprese associate facendo ricorso ai metodi c.d. “tradizionali”, ossia basati sul confronto del prezzo (*CUP*), costo maggiorato (*Cost Plus*) e prezzo di rivendita (*Resale Price Method*).

Pertanto, come ho cercato di dimostrare più approfonditamente nel seguito della trattazione, dinanzi ai mutati scenari che i mercati su scala globale vengono a offrire alle imprese operanti su scala transnazionale, il metodo del confronto tra i prezzi applicati da imprese associate e quelli stabiliti tra soggetti terzi indipendenti è solamente una delle diverse modalità a disposizione di contribuenti e amministrazioni finanziarie per porre in essere compiutamente un’analisi di comparabilità, ma non l’unica (e non necessariamente la più affidabile).

In termini generali, la presente ricerca è finalizzata a legittimare giuridicamente e sostanziare i seguenti assunti:

- I. Si suggerisce di dare pieno riconoscimento (quantomeno a livello di prassi interpretativa interna) al ricorso ai metodi c.d. “redditali” – quali il metodo basato sul confronto margine di utile netto delle transazioni (c.d. *Transactional Net Margin Method*) ed il metodo di ripartizione dell’utile consolidato (c.d. *Profit Split Method*), i quali, in determinate circostanze, si pongono come l’unica plausibile alternativa a tutte quelle ipotesi in cui non siano disponibili sufficienti elementi sui quali procedere all’analisi di comparabilità delle transazioni (si pensi, come già accennato, ai negozi giuridici che determinano il trasferimento infragruppo di beni immateriali). Tale conclusione è supportata tanto dalla prassi invalsa nella maggior parte dei paesi industrializzati (facenti parte del G-20, per intenderci), quanto dall’attività attualmente svolta dal “Comitato per gli affari fiscali” dell’OCSE, il quale ha pubblicato nel gennaio del 2008 un documento

(“Draft”) intitolato “*Transactional profit methods*”³. Con tale pubblicazione si è cercato, da un lato, (i) di illustrare in modo più completo di quanto sia stato possibile nell’ambito delle *TP Guidelines* del 1995 alcuni risvolti applicativi dei metodi di determinazione degli utili denominati appunto “*Transactional net margin method*” (TNMM) e del *Profit Split Method*; dall’altro, (ii) di stimolare una discussione in merito alla possibile estensione dell’ambito applicativo della ricostruzione del valore normale degli scambi infragruppo basato sulle summenzionate metodologie.

- II. Si suggerisce, nell’ambito della disciplina del TUIR, l’introduzione di una disposizione che faccia riferimento al “metodo più appropriato”, id est ad uno strumento che si adatti ai fatti ed alle circostanze del caso concreto, senza avallare alcuna forma di gerarchizzazione tra i metodi, come invece le stesse *TP Guidelines* dell’OCSE (quantomeno nella loro attuale formulazione) suggeriscono. Un riconoscimento espresso di tale approccio ovvierebbe ai limiti che attualmente emergono dallo svolgimento dell’analisi di comparabilità, fondamento di ogni studio in materia di *transfer pricing*. A tale riguardo, l’OCSE nel 2006 ed ancora nel 2008 ha pubblicato due ulteriori documenti⁴ in materia per cercare di fare chiarezza sulla reale natura del principio di libera concorrenza. In sostanza, il nodo focale di entrambi i documenti è cercare di stabilire se l’*arm’s length principle*, nel fare riferimento alle condizioni stabilite o imposte tra imprese associate se confrontate con quelle previste nelle transazioni tra soggetti terzi indipendenti, permetta all’amministrazione finanziaria di intervenire *esclusivamente* sulla corretta determinazione del valore della transazione da assoggettare ad imposizione; ovvero, interpretandosi la nozione di *condizioni* in maniera più lata, tale ultimo approccio porti l’A.F. ad essere giuridicamente legittimata a ricaratterizzare *in toto* la transazione posta in essere a livello infra-gruppo, *id est* utilizzando la norma interna che incorpora l’*arm’s length principle* come una specifica clausola anti-abuso. Nel cercare di dare risposta a tale quesito (tuttora irrisolto a livello di prassi, dottrina e giurisprudenza a livello internazionale) si suggerisce di modificare la superata formulazione dell’articolo 9 del TUIR ed introdurre un riferimento alla nozione di *condizioni della transazione* al fine di allineare la disciplina domestica al disposto di cui all’articolo 9 del modello di convenzione OCSE.

³ Il testo del documento *Transactional Profit Method: Discussion Draft for public comments*, 25 gennaio 2008, OECD, Paris è disponibile sul sito web dell’OCSE, www.oecd.org unitamente ai testi dei contributi in risposta alla richiesta di commenti sul contenuto del documento formulata dallo stesso Comitato per gli affari fiscali dell’OCSE.

⁴ I due documenti cui si fa riferimento sono, rispettivamente: *Comparability: Public Invitation To Comment on a Series of Draft Issues Notes*, 10 Maggio 2006, OECD Paris, consultabile, assieme ai commenti pervenuti sul documento e *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*, 19 settembre 2008, unitamente ai contributi ricevuti in risposta e sempre consultabili sul sito web dell’organizzazione.

- III. Un'analisi approfondita del punto *sub* II permetterà di dimostrare come allo stato attuale risulti concettualmente non sostenibile l'orientamento espresso da alcuni arresti della giurisprudenza interna (anche di legittimità) in ordine all'individuazione dell'esatta natura della norma interna in materia di prezzi di trasferimento.

Ad avviso di chi scrive, della disciplina in materia di prezzi di trasferimento tutto si può affermare meno che la sua origine discenda dalla nozione, di origine comunitaria, di "abuso del diritto". Tale assunto, come anticipato in precedenza, è corroborato dall'ultimo importante progetto intrapreso dall'OCSE in materia di prezzi di trasferimento, coinvolgente i profili in materia di *transfer pricing* derivanti dalle operazioni di ristrutturazione aziendale.

Pur essendo nella sua fase iniziale, ritengo che tale iniziativa si erga a "manifesto" di quella "rivoluzione copernicana" cui accennavo, rappresentativa di un nuovo approccio involgente non solo la disciplina in materia di prezzi di trasferimento, ma l'intera analisi del diritto tributario nel contesto dei mutati scenari economici. Se per Copernico, fautore della "teoria eliocentrica", era la Terra a ruotare intorno al sole e non viceversa, nel contesto tributario moderno sembrerebbe che il ruolo centrale e rafforzato è ora assunto dalla nozione di economicità e non più dall'accordo tra operatori economici come cristallizzato nel contratto.

Come avrò modo di dimostrare analizzando in dettaglio i recenti arresti giurisprudenziali non solo della giurisprudenza italiana, ma anche di quella comunitaria, si avverte allo stato attuale una pressante (e per certi versi condivisibile) richiesta di stabilire una "linea di confine" oltre la quale la libertà di iniziativa economica del contribuente non dovrebbe spingersi, laddove questa ultima vada a violare gli interessi erariali dello Stato – o degli Stati - in cui lo stesso va ad operare. Sembrerebbe, almeno in un contesto comunitario, che il ruolo di "sentinella" di questa immaginaria frontiera debba venire svolto dalla nozione di abuso del diritto in materia fiscale.

Tuttavia, per quanto l'introduzione di tale concetto si ponga come necessaria al fine di contemperare la tutela della certezza del diritto e della libertà di iniziativa economica da un lato con la tutela, dall'altro, dell'interesse fiscale espresso dall'attribuzione all'amministrazione finanziaria nel potere di disconoscere i risparmi di imposta conseguiti in modo abusivo, un'applicazione di tale principio senza giusto equilibrio rischi di essere foriero di ingiustificate estensione e rischi per la certezza del diritto stesso. Di conseguenza, nel corso della trattazione suggerirò una formulazione di una nozione di abuso che possa ricadere nell'ambito di una clausola anti-elusiva di tipo generale.

Da ultimo, le suesposte considerazioni dimostrano come, nel diritto tributario del XXI secolo, e, *a fortiori*, nell'ambito della disciplina dei prezzi di trasferimento, è richiesta agli operatori del diritto una sempre maggiore attenzione all'analisi economica delle relazioni contrattuali tra imprese - l'economia dei costi di transazione, in particolare – in modo da dimostrare che i confini tra di potere di mercato e potere contrattuale non sono così nitidi

come vorrebbero le partizioni giuridiche. Pertanto, è alla luce di un'analisi gius-economica che sembrerebbe opportuno valutare fin dove può spingersi un intervento di repressione dell'abuso di potere contrattuale, o se è più corretto intervenire dal versante della ri-caratterizzazione economica, da quello del diritto dei contratti o, come sembrerebbe tracciarsi nell'attuale contesto normativo cui si trovano ad operare gli operatori economici, in modo congiunto.

