

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

INDICE

1.

INDICE 1

1. Sinopsi: L’evoluzione dell’impresa multinazionale ed obbligo di una rivoluzione “copernicana” della disciplina sul “ *transfer price*”3..... 1

The imposition of taxes and the expenditure of tax proceeds are governmental functions (...) The whole justification for permitting the corporate executive to be selected by the stockholders is that the executive is an agent serving the interests of his principal. The interest of the principal is that the executive generate profits, no matter what. This justification disappears when the governments intervenes to balance the stakeholders’ interest to preserve the certainty of the rule of law. 1

The imposition of taxes and the expenditure of tax proceeds are governmental functions (...) The whole justification for permitting the corporate executive to be selected by the stockholders is that the executive is an agent serving the interests of his principal. The interest of the principal is that the executive generate profits, no matter what. This justification disappears when the governments intervenes to balance the stakeholders’ interest to preserve the certainty of the rule of law.

Milton Friedman, The Social Responsibility of Business is to increase its profits,

NY Times, 13 settembre 1970

1. 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

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

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, coniando un termine proprio di altre discipline, sembrerebbe porsi come una "rivoluzione 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

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.

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*

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.

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 basata 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 infragruppo, *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.

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

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.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

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 temperare 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 ricaratterizzazione 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.

2. Introduzione: Il *Transfer Pricing* nel XXI Secolo

L'attuale realtà imprenditoriale presenta un accentuato sviluppo verso forme organizzative complesse. Tale complessità, in particolare, si manifesta tanto sotto il profilo strutturale/organizzativo delle imprese, quanto sotto quello della relativa collocazione delle stesse nello spazio. A tale riguardo, i gruppi multinazionali operanti nei mercati globali (di seguito, "MNEs" o *Multinational Enterprises*) tendono inevitabilmente a "ramificarsi" in diverse giurisdizioni.

Con l'espressione "ramificazioni" voglio, in senso assolutamente atecnico, richiamare l'idea di sofisticate organizzazioni imprenditoriali le quali, caratterizzate da un forte livello di centralità a livello decisionale, tendono a sviluppare una miriade di centri d'imputazione di interessi e rapporti giuridicamente rilevanti.

Per quanto formalmente e giuridicamente indipendenti, siffatti centri d'imputazione di rapporti giuridici, per la loro stessa natura di essere parte di un gruppo operante su scala multinazionale, non possono sostanzialmente determinarsi in modo autonomo rispetto al soggetto al quale sono riconducibili⁵.

In termini generali, pertanto, l'emergere della realtà (economica, ancor prima che giuridica) delle MNEs è conseguenza inevitabile del crescente fenomeno dell'integrazione dei mercati e della creazione di economie di scala nelle quali i gruppi imprenditoriali, al fine di rimanere competitivi e garantire la loro stessa sopravvivenza, sono "obbligati" a riconsiderare i propri *business models*⁶.

A tale riguardo, dalla fine degli anni '80 - inizi degli anni '90 le imprese, a prescindere dal comparto industriale o produttivo in cui si trovavano ad operare, hanno iniziato a manifestare la necessità di adattare le proprie strutture organizzative verso una centralizzazione di quelle funzioni chiave per la generazione di valore: mi riferisco ad i c.d. *key value-drivers*⁷. Con tale ultimo termine intendo fare riferimento a quelle

⁵ Illuminante in tal senso, ai fini della descrizione dei rapporti decisionali all'interno dei gruppi multinazionali, è stato l'intervento tenuto dal Prof. W. Schon alla Conferenza organizzata il 10-11, 2008, *the International Network for Tax Research (INTR)*; *the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*; e la *branch tedesca dell'International Fiscal Association*. In particolare, Schon si sofferma sulla circostanza che "given the realities of MNE business models and operations, there need to be realistic expectations as to the nature of legal entity authority in the context of globally integrated MNE's. To this end, control of strategy and related decisions lie with group bodies/committees (made up of personnel from many countries and legal entities) and not with any particular entity..."

⁶ Sul punto, per approfondimenti si rinvia allo scritto di D. Francescucci, *The Arm's length principle and group dynamics – Part 1: the Conceptual shortcomings*, in *International Transfer Pricing Journal*, No. 2, 2004, IBFD Publications, Amsterdam, the Netherlands.

⁷ Per una analisi dei profili di finanza aziendale relativi alla centralizzazione dei *key-value drivers* si rinvia agli studi di A. Hayri, R. Clark, *Firm Profitability in recession*, in *Tax Management Transfer Pricing Report*, 6 marzo 2002, pp. 905-908. BNA Publishing.

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

funzioni che incorporano il rischio imprenditoriale generatore di utile (il c.d. *residual profit*) e che normalmente è soggetto a particolari procedure di controllo all'interno di gruppi multinazionali⁸. Invero, la rilevanza di tale ultima nozione già fu evidenziata nel 1979 *Transfer Pricing Report* dell'OCSE il quale, al paragrafo 1.23. andava a disporre quanto segue: “*In the open market, the assumption of increased risk will also be compensated by an increase in the expected return...*”⁹

Ne consegue che, per quanto l'MNE si articolano in entità plurime dislocate in diverse giurisdizioni, le stesse si caratterizzano per l'astratta riconducibilità ad un unico centro decisionale, con automatica coincidenza di interessi tra le varie entità che la compongono. In altri termini, la complessa articolazione di un'impresa in una serie più o meno numerosa di “ramificazioni” che non intacca i poteri di direzione e controllo del centro imprenditoriale sulle proprie emanazioni, garantisce un valido strumento per perseguire in maniera efficace svariate strategie di impresa.

Fra queste ultime, tuttavia, vanno a evidenziarsi principalmente quelle strategie imprenditoriali che il gruppo MNE realizza a favore delle proprie associate attraverso la conclusione di negozi giuridici a condizioni potenzialmente diverse da quelle che sarebbero state applicate nel caso in cui la medesima operazione fosse stata realizzata da soggetti indipendenti.

Diviene allora naturale comprendere come le motivazioni che inducono alla determinazione di un prezzo di trasferimento di un bene o servizio diverso da quello normalmente applicato_qualora la medesima transazione avesse preso luogo tra soggetti indipendenti siano influenzate da diversi fattori: tale ultimo assunto costituisce il presupposto economico-giuridico delle problematiche afferenti i prezzi di trasferimento.

È ad esempio possibile (ma non necessario) che attraverso una determinata modulazione dei prezzi, l'impresa miri: ad (i) eludere le disposizioni valutarie, (ii) incidere sulle richieste di aumenti salariali evidenziando profitti meno elevati, (iii) stimolare le autorità governative ad elevare il prezzo imposto di alcuni prodotti in relazione all'aumento dei costi, (iv) ridurre i profitti delle controllate al fine di evitare reazioni negative negli Stati esteri, ovvero (v) pianificare le diverse attività del gruppo in vista della minimizzazione dell'*ETR* (*Effective Tax Rate* o carico fiscale effettivo).

⁸ Nel corso della trattazione si avrà più volte occasione di tornare sull'argomento; per approfondimenti della nozione di *residual profit* e *KERT* (*Key Entrepreneurial Risk taking*) functions si rinvia ad I. Verlinden, A. Smits, *Mastering the Intellectual Property Life Cycle*, PriceWaterhouseCoopers Publications, 2009, pp. 53.

⁹ Tale concetto è stato riprodotto testualmente nella *revision* delle TP Guidelines nel 1995.

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

Pertanto, la coincidenza dell'interesse fiscale tra le diverse entità del gruppo (necessariamente coincidente con l'interesse dell'impresa operante come centro decisionale) consente in via potenziale di modellare le specifiche condizioni di fatto e di diritto delle varie affiliate appartenenti al gruppo, per creare un microsistema sfuggente alle ordinarie regole del mercato.

Ecco allora che¹⁰, al fine di disciplinare le transazioni poste in essere all'interno del "microsistema" dei gruppi multinazionali, si è deciso in ambito internazionale di adottare l'*arm's length principle* (o principio del prezzo di libera concorrenza), secondo cui il prezzo stabilito nelle transazioni commerciali tra imprese associate deve corrispondere al prezzo che sarebbe stato convenuto tra imprese indipendenti per transazioni identiche – o analoghe/similari – sul libero mercato.

Alla luce di quanto premesso, oggetto del presente contributo è dimostrare come, alla luce dell'evoluzione della realtà imprenditoriale dei gruppi multinazionali operanti in un'economia "globale", il summenzionato principio del valore normale necessita di un sostanziale *restyling* interpretativo il quale, *a fortiori*, si appalesa necessario nell'ambito della disciplina interna di cui al combinato disposto dell'articolo 110, comma 7 e 9, comma 3, del TUIR.

A tale riguardo, è doveroso evidenziare che la maggior parte delle giurisdizioni facenti parte dell'OCSE¹¹ (ivi inclusa l'Italia) hanno reiteratamente interpretato la possibilità di creare una sorta di "condizionamento" dei prezzi di trasferimento tra imprese associate al fine di localizzare – come scopo immediato o mediato – materia imponibile verso Stati a fiscalità privilegiata.

Ritengo tale ultimo assunto non corretto.

In primo luogo, da un punto di vista storico, la migliore dottrina aiuta a ricordare che le teorizzazioni delle motivazioni alla base dell'introduzione di una disciplina sui prezzi di trasferimento possono essere ricondotte a due categorie¹²:

1. esigenze c.d. "indirette" di investimento, riconducibili all'adozione di tecniche più efficaci per il trasferimento di utili in quanto svincolate dai tempi e dalle forme richieste dal diritto societario; e

¹⁰ Come si evidenzierà in dettaglio nel capitolo 3.

¹¹ Fanno parte dell'OCSE (secondo la terminologia anglosassone, OECD e francese, OCDE) Australia, Austria, Belgio, Canada, Corea, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Giappone, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Messico, Nuova Zelanda, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Slovacchia, Spagna, Svezia, Svizzera, Stati Uniti, Turchia ed Ungheria. Inoltre, nel maggio del 2007 l'Organizzazione con sede a Parigi ha avviato colloqui per l'accesso (presumibilmente a partire dal 2010) con Cile, Estonia, Israele, Russia e Slovenia.

¹² Cfr. G. Maisto, *Il transfer price*, p. 2

2. necessità di remunerare gli investimenti della capogruppo a livello locale.

Detto altrimenti, il necessario punto di partenza per meglio comprendere il reale funzionamento dell'*arm's length principle* richiede in primo luogo di inquadrare la vera natura del *transfer price* per poi, successivamente, ricavare l'esatta natura delle disposizioni tributarie che ne analizzano il fenomeno.

A tale riguardo, è interessante notare come la scienza economico-aziendale del *corporate finance* ha da sempre qualificato i metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento quali meri strumenti valutativi delle performance del management di un MNE.

Più in dettaglio, l'angolo visuale adottato degli studiosi di *business economics* definisce il *transfer price* come "*the amount charged by one segment of an organization for a product or service that it supplies to another segment of the same organization*"¹³. In sostanza, il transfer pricing non nasce come strumento di pianificazione fiscale, ma risulta ontologicamente correlato alla stessa esistenza dei gruppi multinazionali.

Pertanto, se si traspone tale analisi all'interno di una previsione normativa, la disposizione *standard* di diritto interno atta a disciplinare il summenzionato fenomeno si traduce in un peculiare criterio di valutazione fiscale dei corrispettivi relativi a cessione di beni e prestazioni di servizi qualora si verifichino determinati presupposti. Questi ultimi sono riassumibili nella circostanza che (i) dette operazioni siano effettuate infra-gruppo e che (almeno in linea tendenziale) (ii) coinvolgano una consociata non residente.

Ora, volendo riportare testualmente la posizione espressa a livello OCSE in merito all'individuazione della reale natura della disciplina in materia di prezzi di trasferimento, Ms. Caroline Silberztein¹⁴ si è espressa inequivocabilmente affermando che "*tax administrations should not automatically assume that associated enterprises have sought to manipulate their profits by means of a transfer pricing technique*". Detto in altri termini, non può sostenersi *ex se* una presunzione dell'esistenza di un comportamento elusivo/abusivo da parte delle MNEs strumentale al trasferimento di base imponibile verso paesi a fiscalità di vantaggio. Al contrario, siffatte problematiche valutative sorgono tutte le volte in cui, all'interno di un gruppo presente in varie giurisdizioni, viene posta in essere una transazione!

La summenzionata premessa, come già anticipato, serve a evidenziare una fondamentale caratteristica del *transfer pricing*: siamo dinanzi ad un

¹³ Cfr. Robert G. Eccles, *The Transfer Pricing Problem* (D.C. Heath and Company, Lexington/Toronto: 1985); C.T. Horngren, W.O. Stratton and G.L. Sundem, *Introduction to Management Accounting* (Prentice Hall International Inc.: 2002), pp. 396-403.

¹⁴ *Head* della Transfer Pricing Unit dell'OCSE.

fenomeno economico ancor prima che giuridico¹⁵ il quale, per quanto di immediato impatto sul carico fiscale complessivo del gruppo multinazionale, non contiene *in nuce* elementi derivanti dal diritto tributario.

Detto altrimenti, l'attività di *price setting* nel contesto di transazioni intercorrenti tra entità facenti parte del medesimo gruppo è sicuramente estranea dal muovere, in primo luogo, verso il raggiungimento di obiettivi di minimizzazione fiscale. Una volta determinato il corrispettivo, lo *step* successivo dell'analisi richiede l'individuazione e documentazione di una causa giustificativa del prezzo stabilito tra le parti affiliate (venendo quest'ultima rappresentata, appunto, dalla conformità dello stesso al prezzo di libera concorrenza).

Al fine di dimostrare come il prezzo di libera concorrenza richieda allo stato attuale un'interpretazione al passo con l'evoluzione degli scenari economici moderni cui le imprese vanno a confrontarsi, è opportuno individuare quali sono i fattori che hanno portato alla nascita dei gruppi multinazionali.

In merito alla natura ed all'esistenza dei gruppi multinazionali diversi economisti hanno avanzato diverse teorie che si riallacciano ai tre seguenti filoni interpretativi¹⁶:

1. la c.d. "*transaction costs theory*" (o teoria dei "costi della transazione");
2. la teoria del "vantaggio monopolistico"; ed infine
3. la teoria delle "risorse".

Il punto dal quale muovono le tre correnti di pensiero summenzionate è il medesimo: i mercati svolgono la propria attività d'intermediazione tra operatori economici indipendenti per il tramite del meccanismo dei prezzi ma, diversamente dalle ipotesi alla base della teoria micro-economica dei corrispettivi, nella maggior parte dei casi ottengono risultati "imperfetti" in quanto gli operatori economici dispongono di informazioni errate ed agiscono in maniera irrazionale.

Al fine di eliminare siffatte imperfezioni, ecco allora che sulla base della c.d. "*transaction costs theory*" i mercati sviluppano un meccanismo basato sui costi di transazione (costituiti dagli esborsi necessari per

¹⁵ Da tempo la migliore dottrina a livello internazionale si è orientata per fornire una tale lettura della disciplina dei prezzi di trasferimento: su tutti, P. Fris, *Dealing with Arm's length and comparability in the years 2000*, in *International Transfer Pricing Journal*, 6, 2003, IBFD, Amsterdam, p. 194 e P. Cauwenbergh, *Does the Arm's length standard require a flexible or rigid interpretation?*, in *International Transfer Pricing Journal*, 4, 1997, IBFD, Amsterdam, p. 137.

¹⁶ Ai fini della presente ricerca, si è scelto di focalizzare l'analisi sulla tesi *sub* 1), atteso che le teorie *sub* 2) e 3) risultano delle mere specificazioni della *transaction costs theory*.

raccogliere informazioni, svolgere attività di negoziazione ed implementare negozi giuridici tra soggetti giuridici indipendenti) strumentale all'eliminazione dei suddetti malfunzionamenti¹⁷.

Ne consegue che in tale scenario economico le MNEs esistono e si espandono per la semplice circostanza che riescono ad organizzare e gestire siffatte "imperfezioni" in maniera più efficiente rispetto a quanto ottengono i mercati.

In particolare, la ragione ontologica alla base della nascita dei gruppi multinazionali va individuata nella circostanza che questi ultimi riescono a minimizzare i costi di transazione emergenti dal coordinamento di un'attività economica. Invero, il semplice fatto di disporre di *assets* giuridicamente rilevanti (siano essi tangibili o intangibili, o anche di mera forza-lavoro) all'interno di un'unica realtà economica e decisionale permette di ridurre drasticamente i costi di transazione emergenti, ad esempio, dalla necessità di negoziare un contratto con un soggetto terzo indipendente.

Al fine di corroborare tale ultimo assunto ritengo utile citare quanto affermato dal premio Nobel per l'economia (nonché principale fautore della *transaction costs theory*) Ronald Coase secondo cui "*companies make sense when the transaction costs associated with buying things on the market exceed the hierarchical costs of maintaining a bureaucracy...*"¹⁸.

Ad avviso dello studioso, infatti, il mero fatto di utilizzare il mercato determina l'insorgenza di costi di transazione: ciò significa che gli esborsi necessari per l'acquisto di un bene o la prestazione di un servizio attraverso la negoziazione con terzi (*id est*, il mercato) incorporano un *quid pluris* del semplice prezzo di produzione del bene, atteso che il corrispettivo percepito rifletterà il margine di profitto correlato allo svolgimento dell'attività di negoziazione, ricerca d'informazioni, protezione di segreti industriali etc.

Ne discende che un gruppo (di imprese, ancor prima che multinazionale) trova la propria ragione di essere nel momento in cui è possibile ottenere il medesimo prodotto o servizio evitando i summenzionati costi di transazione.

Eccoci dunque arrivare al primo importante snodo della presente analisi: nel quadro economico del XXI secolo una corretta esegesi dell'*arm's length principle* deve muovere dal paradigma secondo cui tanto il libero mercato quanto il gruppo multinazionale di imprese rappresentano strutture organizzative alternative prodromiche alla conclusione di transazioni tra soggetti collegati (a prescindere che si tratti di rapporti tra

¹⁷ Cfr. J.F. Hennart, *Transaction costs theory and the multinational enterprise*, Oxford University Press, 1959.

¹⁸ Cfr. J. Mickelthwait e A. Woolridge, *The Company – A short history of a revolutionary idea*, Widenfeld & Nicholson, London, 2003, p. 10 e pp. 175-176.

entità affiliate, ovvero *internal dealings* tra casa madre e stabile organizzazione del soggetto estero)¹⁹.

La premessa di cui sopra permette di dimostrare come una MNE tenda naturalmente a “replicare” le condizioni di libero mercato esistenti tra soggetti indipendenti al fine di eliminare le inefficienze di quest’ultimo e contestualmente abbattere i costi di transazione connessi alla conclusione di transazione giuridicamente rilevanti tra soggetti “*behaving at arm’s length*”²⁰.

Quanto appena affermato è tanto più vero in tutte quelle situazioni – sempre più frequenti in cui comparabili esterni sono assenti (con la conseguenza che prezzi di mercato *ex se* non esistono); a titolo esemplificativo, si consideri il crescente sviluppo di quei settori industriali (chimico, farmaceutico, industria *high-tech*) che generano valore per azionisti e *stakeholders* dallo sfruttamento di beni intangibili quali marchi, brevetti, *know-how* etc. ad alta redditività potenziale²¹.

In maniera sorprendente, è quasi passato inosservato quanto le stesse TP Guidelines dell’OCSE già nel 1995, avevano evidenziato in merito alla necessità di adottare un nuovo approccio ermeneutico nei confronti dell’*arm’s length principle* che cioè prendesse atto della diversa realtà economica creata dal proliferare dei gruppi multinazionali e la cui lettura fosse svincolata dall’individuazione di eventuali pretese elusive.

In particolare, il paragrafo 1.10 delle TP Guidelines recita testualmente: ”Una difficoltà pratica relativa all’applicazione del principio di libera concorrenza consiste nel fatto che imprese associate possono avviare transazioni che imprese indipendenti non sarebbero in grado di realizzare. Tali transazioni **non vengono necessariamente poste in essere per motivi di elusione fiscale, ma possono avere luogo poiché, nel corso delle transazioni, i membri di una multinazionale affrontano delle circostanze commerciali differenti rispetto a quelle che avrebbero affrontato imprese indipendenti**”.

Dall’affermazione del summenzionato principio il corollario logico-giuridico che se ne ricava ben si attaglia all’evoluzione dell’organizzazione imprenditoriale dei gruppi multinazionali.

¹⁹ Interessanti, con riferimento all’enunciazione dell’*internationalization theory* per giustificare realtà organizzative distinte, sono le conclusioni cui perviene O. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust implications*, New York, Free Market Press, 1975, p.8.

²⁰ Per similari considerazioni circa l’emanazione della normativa statunitense in materia di *transfer pricing*, la ben nota *Section 482* dell’*Internal Revenue Code*, cfr. M. Granfield, *An economic analysis of the documentation and financial implications of the new section 482 regulations*, in *Tax Notes International*, 12, 1993, pp. 99-100.

²¹²¹ In tal senso, secondo la rivista *Interbrand* tre quarti della capitalizzazione di mercato delle società annoverate nella rivista *Fortune 500* alle fine degli anni ’90 si rinviene nello sfruttamento di *intangibile property*. Cfr. *Interbrand, Best Global Brands 2007*, rinvenibile sul sito web www.interbrand.com

Più in dettaglio, le TP Guidelines non affermano – alla luce delle circostanze prese in considerazione nel paragrafo 1.10 – che le transazioni concluse tra imprese associate sono inevitabilmente non rispettose del principio di libera concorrenza così da poter riqualificare od “ignorare” sulla base di supposti intenti elusivi perseguiti dal contribuente. Piuttosto, le TP Guidelines al paragrafo 1.13 riaffermano la supremazia dell’*arm’s length principle* quando si indica che “*il principio di libera concorrenza è teoricamente valido in quanto assicura la migliore approssimazione dei meccanismi di libero mercato nel caso in cui vengano trasferiti beni e/o servizi tra imprese associate. **Sebbene, in pratica, non possa essere sempre applicato correttamente**, esso produce degli adeguati livelli di reddito tra i membri delle multinazionali, accettabili dalle amministrazioni fiscali.*”

Da quanto affermato, dunque, ne discende che l’attività di *pricing* della transazione tra imprese facenti parte del medesimo gruppo multinazionale si pone come mero evento collaterale di una ben più complessa attività decisionale che, al contrario, si focalizza sulle condizioni commerciali e finanziarie caratterizzanti il negozio giuridico posto in essere tra soggetti affiliati.

Detto in altri termini, se il *pricing* è la valvola regolatrice del corretto funzionamento del libero mercato, non si può configurare nei medesimi termini anche all’interno di un MNE; al contrario, quest’ultimo è sostituito da un meccanismo di gerarchia decisionale all’interno del gruppo che trasforma il *pricing* in un mero *management tool* (seppur di primaria importanza per il corretto svolgimento di attività di *tax compliance*).

È palese allora come risulti limitativo e non in armonia con una corretta interpretazione del prezzo di libera concorrenza articolare – come la disciplina interna di cui al combinato disposto dell’articolo 110, comma 7 e 9, comma 3 del TUIR allo stato attuale richiede - una disciplina tributaria dei prezzi di trasferimento focalizzata esclusivamente sul prezzo o corrispettivo pattuito tra le parti.

Come noto, infatti, le TP Guidelines fanno riferimento tanto all’applicazione di metodi tradizionali basati sul valore normale della singola operazione conclusa tra imprese associate (c.d. *traditional transactional methods*) quanto ai metodi basati sul confronto dell’utile derivante dalle transazioni (c.d. *transactional profit methods* quali il *TNMM* ed il *Profit Split Method*).

Tuttavia, sia in ambito internazionale²² che – per quanto concerne la fattispecie in esame – secondo la prassi amministrativa interna²³, viene

²² Cfr. il paragrafo 3.49 della versione corrente delle TP Guidelines dell’OCSE, in forza del quale “*i metodi tradizionali basati sulla transazione sono da preferirsi ai metodi basati sull’utile della transazione come strumento per stabilire se un prezzo di trasferimento rispetti il principio di libera concorrenza, cioè se esista una condizione speciale che incida sul livello degli utili tra imprese associate.*”

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

riconosciuta prevalenza gerarchica a metodi basati sul confronto (i) del prezzo (*CUP Method*) ovvero (ii) dei margini di utile lordo derivanti dal trasferimento di beni o servizi nel corso di una transazione tra imprese affiliate (rispettivamente, *Cost Plus* e *Resale Price Method*).

Tuttavia, una più attenta indagine investigativa che tenga conto dei mutati scenari organizzativi dei gruppi multinazionali mette in luce come una gerarchia tra metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento non abbia più ragione di essere.

Si è già avuto occasione di rilevare che una corretta *transfer pricing policy* attuata a livello di gruppo svolge una funzione molto più rilevante del semplice obiettivo di minimizzazione dell'impatto della variabile fiscale, ponendosi in realtà come *performance* e *risk management tool* degli obiettivi fissati (a livello globale) per le entità facenti parte di tale "microcosmo imprenditoriale". Tuttavia, a prescindere dall'angolo visuale che si adotta per analizzare la disciplina del *transfer pricing*, il cuore pulsante della stessa è pur sempre rappresentato dall'*arm's length principle*.

Come si evidenzierà a breve, l'applicazione del principio di libera concorrenza si fonda sull'analisi di comparabilità, enucleata nei suoi tratti essenziali dall'articolo 9, comma 1, del Modello di Convenzione OCSE che pare opportuno anticipare in questa sede.

In forza di tale analisi, ai fini di una corretta determinazione del prezzo di trasferimento di un bene o servizio è sempre necessario un confronto delle condizioni convenute o imposte tra due o più imprese associate nelle loro relazioni commerciali o finanziarie con le condizioni che sarebbero state convenute o imposte tra imprese indipendenti.

Sulla base delle considerazioni sopra esposte, è naturale che oggetto di confronto siano anche i prezzi intesi come una delle condizioni oggetto di confronto, ma non la prioritaria.

Pertanto, data la complessità raggiunta dal livello di integrazione/verticalizzazione di imprese facenti parte del medesimo gruppo multinazionale, nella pratica è spesso impossibile individuare soggetti realmente indipendenti operanti in determinati settori economici.

Si prenda, a titolo esemplificativo, il settore automobilistico. A livello mondiale le multinazionali del settore hanno adottato modelli distributivi simili, in forza dei quali un distributore locale "controllato" acquista le vetture da uno dei produttori del gruppo per poi rivenderle alla rete di concessionari locali i quali, a loro volta, vendono le automobili al consumatore finale.

²³ Cfr. la C.M. 22 settembre 1980, no. 32/9.2267 e C.M. 12 dicembre 1981, no. 42 e C.M. 21 ottobre 1997, no. 271/E.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

In tale contesto, se si volesse andare a “testare” la “normalità/anormalità” del corrispettivo e, in particolare, delle condizioni stabilite a livello intra-gruppo per le cessioni dal produttore al distributore e si individuasse, quale *tested party*, proprio una filiale distributiva del gruppo, ci si troverebbe in grave difficoltà atteso che sarebbe praticamente molto difficile, se non impossibile, identificare un distributore comparabile indipendente.

Ancora, si consideri la situazione in cui – in una congiuntura economica sfavorevole e di forte recessione – un gruppo multinazionale consideri a livello centrale la possibilità di ridurre i costi di produzione attraverso la creazione di una centrale acquisti (c.d. *procurement center*) in una giurisdizione fiscalmente favorevole (Svizzera od Irlanda, ad esempio) e che, al contempo, la stessa permetta di migliorare le efficienze di attività logistica a vantaggio delle affiliate del gruppo.

È pacifico che nell’ultima ipotesi descritta tale opzione di miglioramento della filiera produttiva risulti non solo scevra da ogni considerazione di carattere fiscale, ma anche preclusa ad un soggetto terzo indipendente per il semplice fatto di non essere parte di un gruppo multinazionale.

In sostanza, la conseguenza di tale ristrutturazione del “modo di condurre l’impresa”²⁴ in linea di principio dovrebbe permettere ai vari distributori “controllati” la realizzazione di un più elevato margine di utile operativo se confrontato con quello ottenuto nella fase *pre-restructuring* come conseguenza della riduzione dei costi di fornitura.

Orbene, un’applicazione “rigida” del prezzo di libera concorrenza, *id est* un’interpretazione che non tenga conto dei complessi scenari organizzativi derivanti dall’implementazione di un’articolata *supply chain* a livello di gruppo, condurrebbe a ritenere la transazione non rispettosa del principio di libera concorrenza. Tale conclusione, dal lato dell’amministrazione finanziaria, potrebbe essere avvalorata dall’assenza di transazioni comparabili ovvero dal solo ricorso ai metodi c.d. “tradizionali” quali il *CUP*, *Cost Plus* o *Resale Price methods*.

In realtà, l’adozione di metodi allo stato attuale considerati di “ultima istanza” (c.d. *last resort methods*) quali il *Transactional Net Margin Method* (o metodo del margine netto della transazione) ovvero il *Profit Split Method* (o metodo di ripartizione dell’utile) permettono, come si dimostrerà in concreto, di ovviare alle difficoltà derivanti dall’assenza di informazioni affidabili relative transazioni comparabili intervenute tra soggetti terzi indipendenti.

Invero, il requisito dell’analisi di comparabilità quale elemento portante su cui si innesta la concreta applicazione dell’*arm’s length principle* è

²⁴Per approfondimenti si rinvia al capitolo 6.1. ed in particolare al *Discussion Draft* dell’OCSE *Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring*, 19 settembre 2008, p. 7, consultabile sul sito www.oecd.org/ctp/tax.

finalizzato alla creazione di un *level playing field* in cui le MNEs possono rapportarsi da un punto di vista funzionale (in termini di beni utilizzati, rapporti giuridici e, soprattutto, rischi assunti) ad operatori economici terzi che possono qualificarsi come (i) produttori, (ii) distributori o (iii) prestatori di servizi.

Tuttavia, alla luce di quanto suesposto non dovrebbe sorprendere che le summenzionate categorizzazioni, per quanto strumentali ad una completa ed affidabile analisi di comparabilità, risultano estremamente ardue quando oggetto di *transfer pricing analysis* sono gruppi multinazionali a c.d. “funzionalità ibrida”²⁵.

A tale riguardo, si ipotizzi che oggetto di una *transfer pricing audit* è il gruppo multinazionale svedese IKEA. Il primo (e più importante!) quesito al quale è necessario cercare di trovare una risposta è stabilire se le entità affiliate al gruppo offrano un *qualcosa* che si avvicina più ad un prodotto, ovvero se ciò che l’utente finale acquista è in realtà un servizio.

Più in dettaglio, IKEA in sostanza offre ai propri clienti miglioramenti degli *standard* di vita di nuclei familiari. Come attività correlate all’acquisto del prodotto, le varie imprese del gruppo offrono attività di *interior design*, assicurazione in caso di malfunzionamento dei beni, consegna a domicilio, assistenza per il montaggio etc. Il complesso di tali attività richiede al gruppo IKEA di avere a disposizione più di 1800 fornitori “a basso costo” e di buona qualità sparsi in più di cinquanta paesi nel mondo. Il gruppo dispone anche di più di trenta uffici acquisti, di un gruppo di *designers* in un ufficio *design* centralizzato in Svezia, di un altro centro globale di assistenza tecnica e più di 14 magazzini, ciascuno di essi dotato un sistema elettronico di ordinazioni altamente sofisticato.

Volendo “tradurre” la complessa filiera produttiva del gruppo IKEA in un linguaggio consono a svolgere una corretta analisi ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento tra le varie entità del gruppo, sarebbe corretto qualificare ciascun’entità del gruppo come un semplice distributore? Ad avviso di chi scrive, cercare di individuare – come nell’ipotesi sopra descritta – una distinzione tra produttori, distributori o meri *service providers* è sì strumentale all’individuazione di comparabilità funzionali, ma di certo non sufficiente a soddisfare il più ampio *standard* comparabilità come richiesto dal paragrafo 1.15 delle TP Guidelines, qualora lo stesso venisse applicato in maniera “rigida” e cioè andasse sempre e comunque a prendere in considerazione tutti e cinque i fattori di comparabilità: mi riferisco alle (i) caratteristiche dei beni o servizi, (ii) condizioni contrattuali, (iii) condizioni economiche, (iv) strategie commerciali ed appunto (v) al ruolo centrale svolto dall’analisi

²⁵ Per un’approfondita analisi di *supply chain management* si rinvia agli interessanti scritti di R. Normann e R. Ramirez, *From value chain to value constellation: designing interactive strategy*, in Harvard Business Review on Managing the Value Chain, pp. 188-194, 1993, Harvard Publishing Press.

funzionale (in considerazione della proprietà dei beni utilizzati e dei rischi assunti)²⁶.

Alla luce di quanto sopra esposto, è pacifico che tanto maggiore risulti la comparabilità fra la transazione potenzialmente comparabile avvenuta sul mercato (e per cui vi sono informazioni disponibili) e la transazione analizzata, tanto più l'oggetto della comparazione si sposta verso il prezzo. Viceversa, minore è la comparabilità fra le transazioni (o minori sono le informazioni disponibili), tanto più l'oggetto della comparazione si sposta verso il margine lordo di contribuzione (come nel caso del metodo del costo maggiorato o del metodo del prezzo di rivendita) ovvero, in considerazione dei fatti e delle circostanze emergenti dalla transazione, verso il margine netto (in caso di adozione del metodo del margine netto di utile derivante dalla transazione, o *TNMM*), ovvero verso l'utile operativo (nel caso del metodo di ripartizione dell'utile).

Rinviando l'analisi di dettaglio dei metodi a una fase successiva della trattazione²⁷, quello che preme rilevare in questo momento è la duplice circostanza che:

1. una moderna interpretazione dell'*arm's length principle* focalizzata esclusivamente sul confronto del prezzo e che non tiene conto delle condizioni finanziarie e commerciali negoziate o imposte tra imprese associate non risulta in linea con le direttive OCSE in materia di prezzi di trasferimento e, soprattutto, non pienamente rispettosa dell'analisi di comparabilità. Ne consegue, in via preliminare, che la disciplina italiana come risultante dall'attuale stato della sua formulazione risulta non pienamente in armonia con la disciplina di cui all'articolo 9 del modello OCSE e fortemente a rischio, per il contribuente, di dare luogo a fenomeni di doppia imposizione economica;
2. la complessità raggiunta dalla struttura organizzativa di gruppi multinazionali del XXI secolo evidenzia la necessità di rimuovere qualsivoglia gerarchia nella scelta del metodo più appropriato per la determinazione dei prezzi di trasferimento. In particolare, per quanto classificati come metodi di "ultima istanza", è necessario riconsiderare il posizionamento dei *transactional profit methods* nel ventaglio di strumenti a disposizione del contribuente per ottenere valori che siano in armonia con il prezzo di libera concorrenza.

A corroborare quello che ritengo essere un intervento legislativo inevitabile al fine di porre la legislazione interna in materia di *transfer*

²⁶ In base al paragrafo 1.15 delle TP Guidelines "essere comparabile significa che nessuna delle differenze (nel caso esistano) tra le situazioni oggetto del confronto può effettivamente incidere sulla condizione da esaminare dal punto di vista della metodologia (ad esempio, prezzo o margine), o che si possono effettuare degli aggiustamenti ragionevolmente equi al fine di eliminare le conseguenze dovute a tali differenze".

²⁷ Si rinvia per approfondimenti sul funzionamento dei metodi al capitolo 6 del presente contributo.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

pricing in linea con i migliori *trends* emergenti a livello internazionale, si consideri quanto disposto dal paragrafo 1.70. delle TP Guidelines dell'OCSE.

Tale paragrafo pone l'accento sulla circostanza che “non dovrebbe accadere che le informazioni utili, quali possono essere quelle derivate da transazioni sul libero mercato non identiche a transazioni tra imprese associate, siano da scartare solo perché alcuni standard rigidi di comparabilità non sono pienamente soddisfatti...Inoltre, dovrebbe essere consentito qualsiasi metodo quando la sua applicazione risulti positiva per ciascun membro del gruppo multinazionale interessato dalla o dalle transazioni cui si applica la metodologia, così come per le amministrazioni fiscali presenti nella giurisdizione di ciascuno dei membri stessi.”

Ne consegue, dunque, che già l'attuale versione delle TP Guidelines introduce quel parametro di flessibilità nell'implementazione del prezzo di libera concorrenza che ritengo essere l'elemento fondamentale per una lettura “moderna” della disciplina in materia di prezzi di trasferimento.

3. *L'Arm's Length Principle* o Prezzo di Libera Concorrenza come Cuore del Sistema: Origine

L'*arm's length principle* o prezzo di libera concorrenza è nato e si è affermato come lo *standard* internazionale per la corretta allocazione dei diritti impositivi tra stati con riferimento alla categoria dei redditi di impresa²⁸.

Il consenso riconosciuto all'attuale sistema di diritto tributario internazionale (fondato sulla distinzione chiave tra tassazione nello stato di residenza del contribuente e in quello della fonte del reddito) scaturisce dall'adesione incondizionata alla dottrina della c.d. *economic allegiance*²⁹, in base alla quale la potestà impositiva relativa all'*active income* (*id est*, redditi di impresa) va in termini generali attribuita allo stato della fonte, mentre eventuali pretese su componenti reddituali derivanti da *passive activities* (come interessi e *royalties*) vanno allocate in via primaria allo stato di residenza del soggetto investitore.

In conformità a quanto premesso, un'analisi dettagliata svolta a livello OCSE del *tax treaty network* di 150 paesi (per circa 2500 convenzioni contro la doppia imposizione) ha dimostrato come gli Stati tendano sempre più a specificare cosa si intenda per *active business income* quando, con riferimento alla determinazione dei redditi di impresa di un soggetto non residente, attribuiscono allo stato in cui viene localizzata la stabile organizzazione potestà impositiva primaria³⁰.

Tuttavia, è importante rilevare che la summenzionata regola costituisce un'eccezione al fondamentale enunciato in base al quale, in presenza di un'attività di impresa che presenti elementi di extraterritorialità, la potestà tributaria deve essere attribuita *in via esclusiva* ad uno dei due stati contraenti e, segnatamente, allo Stato di residenza, ma ciò, appunto, soltanto nel caso in cui l'impresa non operi per il tramite di una stabile organizzazione.

Prima di addentrarci in un'analisi storica della disposizione chiave a livello convenzionale in materia di *transfer pricing*, vale a dire l'articolo 9 del modello OCSE, è importante evidenziare come la migliore dottrina internazionalistica abbia sottolineato che l'attuale sistema di diritto tributario internazionale presenta due fondamentali profili di criticità, e precisamente: (i) la circostanza che lo stesso mal si adatta alla crescente

²⁸ Cfr. gli scritti di M.B. Carroll, *Global perspectives of an International tax lawyer*, New York, 1978, pp 38 e ss; P. Baker, *Double taxation conventions*, London, loose-leaf, No.9B.01 e J. Avery-Jones ed altri, *The origins of concepts and expressions used in the OECD Model and their adoption by States*, in *Bulletin for International Taxation*, 6, 2006, p. 220.

²⁹ Il primo studioso che teorizzò la dottrina fu S.I. Langbein, *The unitary method and the myth of arm's length*, in *Tax Notes International*, No. 625, 17 febbraio 1986, pp. 629 e ss.

³⁰ A tale riguardo, l'articolo 7 del Modello di Convenzione OCSE ed il corrispondente articolo 7 del Modello di Convenzione delle Nazioni Unite esplicitano l'utilizzo dell'*arm's length principle* e del *separate enterprise method* come modalità guida di determinazione degli utili della stabile organizzazione.

mobilità internazionale del mercato dei capitali in relazione alla tassazione dei c.d. *portfolio investments* e, per quel che interessa ai fini della presente ricerca (ii) l'emergere dei gruppi multinazionali mal si attaglia ad una "rigida" applicazione del prezzo di libera concorrenza³¹.

Ciò detto, non è questa la sede per affrontare in dettaglio le numerose problematiche derivanti dall'allocazione dei diritti impositivi tra Stati nell'ambito delle convenzioni internazionali contro la doppia imposizione. Ciò che preme rilevare è l'origine a livello OCSE dell'*arm's length principle* ai fini dell'attribuzione di diritti impositivi sui redditi di impresa prodotti da *associated enterprises*.

La regola fondamentale per la tassazione degli utili di imprese associate è contenuta nell'articolo 9, comma 1, del Modello di Convenzione OCSE³², che nella sua attuale versione dispone quanto segue: "Allorché:

a) un'impresa di uno Stato contraente partecipa, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa dell'altro Stato contraente, o

b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa di uno Stato contraente e di un'impresa dell'altro Stato contraente, e, nell'uno e nell'altro caso, le 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 in conseguenza."

In realtà, l'attuale formulazione di questa disposizione è il frutto di un processo laborioso iniziato alla fine degli anni '20 con l'allora Lega delle Nazioni (o *League of Nations*), con l'obiettivo di utilizzare l'*arm's length principle* (fondato a sua volta sull'*independent enterprises/separate accounting standard*) in due contesti giuridici separati, e precisamente:

1. per l'allocazione dei redditi d'impresa tra la casa madre in uno stato contraente e la sua stabile organizzazione localizzata all'estero; e
2. per l'allocazione dei redditi di impresa tra entità affiliate (*associated enterprises*).

In particolare, nel 1928 la Lega delle Nazioni procedette alla pubblicazione di quattro modelli di convenzione contro le doppie imposizioni, perseguendo contestualmente l'obiettivo di (i) allocare diritti impositivi sulle imposte di successione, (ii) garantire assistenza

³¹ Cfr. R.S. Avi-Yonah, *The structure of International taxation: a proposal for simplification*, in BNA TMTTPR, 1 Novembre 2000, pp. 3 e ss.

³² Riprodotto in tutte le convenzioni contro le doppie imposizioni concluse dall'Italia.

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

amministrativa al verificarsi di fenomeni di doppia imposizione (tanto giuridica che economica) ed infine (iii) garantire assistenza nella fase di riscossione delle imposte.

Con specifico riguardo all'*arm's length principle*, già nel 1927³³ il *Draft Model* di convenzione contro le doppie imposizioni presentato dalla Lega delle Nazioni prevedeva, all'articolo 5, l'introduzione di un meccanismo di *separate accounting* come il metodo primario di attribuzione di reddito di impresa tra le diverse stabili organizzazioni di un medesimo soggetto giuridico³⁴.

Il modello di Convenzione del 1928, tuttavia, decise di non specificare un metodo di allocazione dei redditi di impresa condiviso a livello internazionale, lasciando implicitamente trasparire una mancanza di consenso tra i Paesi che all'epoca presero parte ai lavori.

Ne conseguì che eventuali dispute su una corretta tassazione dei redditi di impresa derivanti da attività avente carattere transfrontaliero dovevano venire risolte dalle amministrazioni fiscali interessate in sede di *competent authority procedures*.

Al fine di risolvere siffatto stato d'*impasse*, la *Fiscal Committee* della Lega delle Nazioni commissionò allo studioso Mitchell B. Carroll uno studio su 35 giurisdizioni delle norme di diritto interno riguardanti l'allocazione di reddito. Il *Report* che ne seguì nel 1933, intitolato *The Taxation of Foreign and National Enterprises*³⁵, andò a categorizzare i metodi di attribuzione del reddito d'impresa come segue:

- I. Metodo della "contabilità separata" (o *Separate Accounting*);
- II. Metodo "empirico"; e
- III. Metodo dell'"allocazione frazionata" (c.d. "*Fractional Apportionment*").

Nel suo studio, Carroll mise in luce che – dei tre metodi summenzionati – quello del *separate accounting* doveva caratterizzarsi quale metodo primario, mentre quelli empirici dovevano essere trattati alla stregua di *secondary methods*. In termini pratici, secondo tale meccanismo si doveva riconoscere autonomia tributaria tanto alle *branches* di un soggetto estero, quanto ad imprese associate facenti parte del medesimo gruppo multinazionale, a meno che l'amministrazione fiscale interessata

³³ Cfr. *League of Nations, Double Taxation and Evasion – Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Documento C.216.M.85.1927.11, 11 Aprile 1927.

³⁴ Per chiarezza espositiva, è pacifico - tanto a livello di diritto interno che comparato - qualificare sotto il profilo giuridico, la stabile organizzazione non come un'entità autonoma e distinta rispetto alla casa madre, della quale costituisce una mera diramazione amministrativa. Dal punto di vista fiscale, invece, è considerata un'entità separata sia dal punto di vista dell'ordinamento nazionale sia, in sede OCSE, dall'articolo 7 del Modello di Convenzione (come aggiornato in data 18 luglio 2008). A fugare ogni dubbio in sede interna, si rinvia alla R.M. No. 44/E del 30 marzo 2006.

³⁵ *Taxation of Foreign and National Enterprises*, Volume I, Documento della Lega delle Nazioni No. C.73.M.38.1932.II.A.

ero in grado di dimostrare che “*profits had been diverted to other parts of the enterprise*”. Ad avviso di Carroll, quindi, l’operatività dell’*arm’s length principle* scattava solo nel momento in cui utili generati da un’entità operativa erano artatamente trasferiti ad altri soggetti alla luce del perseguimento di un vantaggio fiscale.

Il *Report* di Carroll costituì il sostrato giuridico necessario su cui si innestò la pubblicazione della *Draft Convention on Allocation of Business Income between States for the Purposes of Taxation*, pubblicata nel medesimo anno³⁶.

Sulla base di tali studi, pertanto, la percezione internazionale delle problematiche afferenti il *transfer pricing* è successiva a quella della necessità di ridurre al massimo i fenomeni di doppia imposizione mediante la definizione di criteri oggettivi di determinazione del luogo di produzione del reddito. In sostanza, le prime rimangono quasi indistintamente “assorbite” in quest’ultima.

Volendo sintetizzare, quindi, quanto sinora riportato, si nota come la prima formulazione di un criterio per la disciplina dei rapporti tra imprese associate è implicitamente contenuta nell’articolo 5, primo comma, del Modello di Convenzione elaborato dalla Società delle Nazioni nel 1927 che procede – sulla base della *unitary entity theory* – che assimila imprese affiliate alle stabili organizzazioni. Ne deriva dunque che ai fini tributari le caratteristiche del rapporto tra controllante e controllata (così come tra casa madre e stabile organizzazione) non sono colte per essere collocate nel più generico contesto dei criteri per la ripartizione del potere impositivo tra Stato di residenza e Stato della fonte.

Secondo tale concezione, pertanto, le imprese associate sono considerate un unico soggetto il cui reddito globale, pari alla sommatoria del reddito di tutte le affiliate, viene ripartito sulla base di criteri forfettari. È palese, dunque, che il c.d. *formulary apportionment method*³⁷ (o metodo di ripartizione globale formulare) trova il suo antesignano nella c.d. *unitary entity theory*.

Tale impostazione del problema, tuttavia, fu sostituita dalla ricostruzione “antitetica” suggerita come sopra da Carroll e fu espressa per la prima volta nel Modello di Convenzione elaborato nel 1933³⁸, che andava ad affermare la necessità di attribuire piena autonomia alle imprese associate in sede di determinazione del relativo reddito imponibile, valutando i valori delle reciproche relazioni economiche alla luce di

³⁶ *League of Nations, Fiscal Committee*, 1933, Ginevra.

³⁷ Come si analizzerà nel prosieguo della trattazione al capitolo 7, l’adozione del *formulary apportionment method* è il motivo di principale contrasto tra gli Stati Membri dell’Unione Europea per l’adozione di una base imponibile consolidata comunitaria per le società (Progetto meglio noto con l’acronimo di *Common Consolidated Corporate Tax Base*).

³⁸ Per approfondimenti storici sull’elaborazione della disposizione si veda K. Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law, 3rd Edition, the Hague, 1997, p. 518.

quelli normalmente stabiliti (sulla base, appunto della *separate accounting theory*).

Più in dettaglio, la norma richiamata andava a disporre testualmente che: “*When an enterprise of a Contracting State has a dominant participation in the management or capital of an enterprise of another contracting State, or when both enterprises are owned or controlled by the same interests, and as the results of such situation there exists, in their commercial or financial relations, conditions different from those which would have been made between independent enterprises, any item of profits or loss which should normally have appeared in the accounts of one enterprise, but which has been, in this manner, diverted to the other enterprise, shall be entered in the account of such former enterprise, subject to the rights of appeal allowed under the law of the State of such enterprise*”.

In forza di tale disposizione, pertanto, la riconosciuta autonoma rilevanza delle imprese associate si salda strettamente con il potere riconosciuto all’amministrazione finanziaria di operare l’attribuzione in rettifica del reddito che ciascuna impresa avrebbe conseguito svolgendo le proprie attività in condizioni di autonomia anziché nell’ambito di un rapporto di controllo, vale a dire con la necessità di “neutralizzare” i condizionamenti derivanti dall’esistenza di specifici rapporti fra le società.

Il summenzionato principio, peraltro, è stato affinato nell’ambito del dibattito sulle problematiche (prima accennate) attinenti le modalità di determinazione degli utili riferibili alle stabili organizzazioni³⁹, i cui risultati sono recentemente confluiti nel *Report Attribution of Profit to Permanent Establishments* redatto dal Comitato Affari Fiscali dell’OCSE ed approvato in sede definitiva dal Consiglio OCSE in data 17 luglio 2008⁴⁰.

La regola di cui all’articolo 6 del Modello di Convenzione della Lega delle Nazioni vide la sua prima concreta applicazione con l’articolo IV della Convenzione contro le doppie imposizioni tra Francia e Stati Uniti,

³⁹ Sul tema, correlato ma non oggetto della presente ricerca, si confrontino G. Maisto, *Le spese deducibili nella determinazione del reddito della stabile organizzazione all’estero*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1979, I, p. 1204 e ss.; A. Manzitti, *Brevi note in tema di stabile organizzazione e mandato gestorio*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, IV., p. 171 e ss.; E. Cacciapuoti, *Sulla deducibilità delle spese sostenute dalla società madre ed attribuite alla stabile organizzazione*, in *Dir. Prat. Trib. Internaz.*, 2001, pp. 512 e ss.

⁴⁰ In tale sede, infatti, la volontà di perseguire un ampio consenso degli Stati appartenenti all’Organizzazione sulle modalità di determinazione del reddito delle stabili organizzazioni ha indotto il Comitato Affari Fiscali ad avviare l’indagine muovendo dal principio di fondo oramai largamente condiviso, secondo il quale è imponibile nello Stato della fonte il reddito che la stabile organizzazione avrebbe prodotto in regime di libera concorrenza (*rectius, at arm’s length*), vale a dire agendo quale impresa distinta ed indipendente rispetto al soggetto di cui, sotto il profilo giuridico, rappresenta una mera unità amministrativa. Il Report è reperibile sul sito internet dell’OCSE www.oecd.org

conclusa nel 1935. Invero, il trattato *de quo* fu principalmente negoziato per risolvere una controversia sorta tra i due paesi. In particolare, l'amministrazione finanziaria francese contestava a società americane di "gonfiare" i corrispettivi di cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate nei confronti delle controllate residenti in Francia, così determinando una sostanziale erosione di base imponibile. Tuttavia, dalle *drafting notes* che accompagnarono la negoziazione del trattato, emerse come il summenzionato articolo IV si basava sui principi della *Section 45* dello *US Revenue Act* del 1928, in base ai quali accertate attività di *profit shifting* potevano essere contrastate da un appropriato utilizzo dell'*arm's length principle*.

Pertanto, l'articolo 6 del Modello di Convenzione della Lega delle Nazioni– ispirato dal *Report* di Carroll – deve in realtà la sua genesi (così come la primaria versione dell'articolo 9 del Modello OCSE e la *Section 482* dello *US Internal Revenue Code*) alla suddetta *Section 45* del 1928⁴¹.

Un ulteriore sviluppo della regola introdotta dall'articolo 6 del Modello di Convenzione del 1933 venne elaborato dalla Commissione fiscale permanente della Società delle Nazioni negli anni che intercorrono dal 1940 al 1946, ed espresso nei documenti prodotti in occasione delle Convenzioni del Messico (giugno 1940 e luglio 1943) e Londra (novembre 1946).

In entrambi i modelli approvati in tali sedi, infatti, fu reinserito il contenuto del citato articolo 6, nel quale viene altresì specificamente introdotto il concetto di normalità quale parametro di riferimento per la valutazione dei prezzi praticati e delle condizioni imposte fra imprese associate⁴².

Successivamente, nel 1963 l'OCSE elaborò un modello di Convenzione contro le doppie imposizioni contenente una previsione sostanzialmente analoga a quella contenuta nell'articolo 7 del Modello di Convenzione della Società delle Nazioni. Infatti, all'articolo 9 di tale documento è inserita una disposizione in forza della quale viene espressamente attribuito all'Amministrazione Finanziaria il potere di rettificare (in aumento o in diminuzione) il valore delle transazioni effettuate tra imprese associate ove quest'ultimo sia difforme da quello desumibile in base alla prassi commerciale vigente.

A tale modello seguì quello del 1997 nel cui contesto la previsione di cui all'articolo 9 subisce una significativa integrazione; infatti, dopo il primo

⁴¹ Non è un caso, infatti, che in maniera quasi concomitante alla pubblicazione del *Carroll Report*, gli Stati Uniti nel 1935 emanarono la loro prima normativa in materia di *transfer pricing*, nell'ambito della *Section 482* dell'*Internal Revenue Code*, che andò ad incorporare l'*arm's length principle* come segue: "*the standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm's length with another uncontrolled taxpayer*". Sfortunatamente, le *Regulations* del 1935 non prevedevano alcuna linea direttiva su come andare a determinare i prezzi di trasferimento in maniera conforme a quanto richiesto dal principio di libera concorrenza.

⁴² Si veda sul punto l'articolo VII di entrambi i modelli.

comma - di tenore analogo a quello della corrispondente norma recata dall'articolo 7 del Modello di Convenzione della Società delle Nazioni – è aggiunta un'ulteriore previsione, in forza della quale: “*Where a Contracting State includes in the profits of that State – and taxes accordingly – profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other*”. Tale versione é stata poi ripetuta nei medesimi termini nel Modello approvato dall'OCSE nel 1992.

Volendo dunque riassumere quanto analizzato sinora, è palese che il cuore del problema, vale a dire l'origine della definizione ai fini tributari convenzionali del fenomeno del *transfer pricing* – con la contestuale indicazione del principio in forza del quale è possibile contrastarne eventuali effetti discorsivi sul piano dell'equa allocazione dei redditi imponibili – è riportato nel summenzionato articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE.

Tuttavia, nonostante sia relativamente agevole cogliere la *ratio* della disposizione *de qua*, è facile immaginare che i vari Stati intenzionati ad accoglierla per il tramite di una dettagliata normativa interna, abbiano dovuto specificarla in maniera considerevole. Tale necessità, unita all'inesistenza di una guida in grado di garantire uniformità alle soluzioni adottate dai vari Paesi, fece immediatamente emergere un alto rischio di distorsioni⁴³ che condusse l'OCSE – nel 1979 – alla redazione delle TP Guidelines sulla base del Rapporto *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*⁴⁴.

Nel 1979, dunque, furono fissate le prime direttive per la disciplina effettiva del *transfer pricing*. Il documento, infatti, nel riaffermare il principio contenuto nell'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE,

⁴³ Significativamente, sui profili di criticità emergenti da eventuali distorsioni nell'implementazione dei principi di cui all'articolo 9 del Modello OCSE, si segnala quanto evidenziato da M.H. Collins, *Analysis and comparison of National systems and OECD Guidelines*, in *Tax Treatment of Transfer Pricing*, IBFD, Amsterdam, 1996, secondo cui “...*The problems that this might cause were first significantly realized when the United States (...) introduced its very detailed transfer pricing regulations under Section 482 of the Internal Revenue Code in the mid-1960's (...) these Regulations gave a new and urgent signal to governments of the need to agree at least on some basic guidelines as well as to develop effective methods of cooperation with each other in the investigation and adjustment of transfer price*”.

⁴⁴ OECD, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, Parigi, 1979, cui ha fatto seguito una Raccomandazione del Consiglio con la quale i vari Governi nazionali sono stati invitati a conformare l'atteggiamento delle proprie Amministrazioni al contenuto di tale documento.

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

ha definito i metodi fondamentali applicabili⁴⁵ per stabilire il valore del prezzo di libero mercato, e precisamente il

- I. *CUP Method* (o metodo del confronto del prezzo);
- II. *Cost Plus Method* (o metodo del costo maggiorato);
- III. *Resale Price Method* (o metodo del prezzo di rivendita);
- IV. *Transactional Net Margin Method* (o metodo del margine netto di utile);
e
- V. *Profit Split Method* (o metodo di ripartizione dell'utile).

Il Rapporto del 1979 è stato poi seguito da un altro Studio nel 1984⁴⁶, afferente tre questioni specifiche: (i) aggiustamenti corrispondenti ed accordi anticipati sui prezzi, (ii) tassazione delle imprese bancarie multinazionali e (iii) allocazione dei costi di direzione centrale e dei servizi.

Nel 1995 è stato approvato l'ultimo Rapporto in materia, le *TP Guidelines*, che rappresentano un approfondimento e uno svolgimento degli studi effettuati nel 1979 e nel 1984, rispettivamente. A tale riguardo, la pubblicazione di tale ultimo documento nel 1995 – a differenza di quello precedente del 1979 – ha cercato il più possibile di riflettere il mutato contesto economico e, soprattutto, tecnologico dell'epoca, rivolgendosi non solamente alle Amministrazioni Finanziarie dei paesi facenti parte dell'OCSE, ma anche (se non in particolare) alle imprese, indicando loro le regole essenziali da seguire per applicare correttamente il meccanismo del *transfer pricing*.

⁴⁵ Sui quali più diffusamente, *infra*, ai capitoli 5 e 6.

⁴⁶ OECD, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Three Taxation Issues*, Parigi, 1984.

3.1. Applicazione e Profili di Criticità

La formulazione dell'articolo 9, comma 1, del Modello di Convenzione OCSE ed il relativo Commentario non rivelano immediatamente la reale finalità della disposizione contenente l'*arm's length principle*.

La risposta a tale interrogativo va in primo luogo individuata nel paragrafo 11 del Commentario all'articolo 25 del Modello di Convenzione OCSE, il quale indica che la *ratio* sottostante all'introduzione del comma 1 dell'articolo 9 è strumentale a garantire che la lotta alla doppia imposizione economica rientri tra gli obiettivi perseguiti dai trattati contro le doppie imposizioni.

Storicamente, infatti, la posizione dell'articolo 9, comma 1 del Modello OCSE tra le *distributive rules* e, in particolare, la sua correlazione con l'articolo 7, comma 1 ed 8 della *Model Convention* ha permesso di cogliere la ragion d'essere esclusiva della norma *de qua* nella prevenzione della doppia imposizione economica⁴⁷. Come si dimostrerà a breve, nonostante alcune prese di posizione a livello di dottrina internazionalistica⁴⁸, non si ritiene possa enuclearsi, tra gli obiettivi della disposizione summenzionata, quello della prevenzione dell'elusione fiscale in ambito convenzionale.

In realtà, sono numerose le peculiarità – e al contempo le incertezze – emergenti da un più attento scrutinio della disposizione convenzionale summenzionata.

Innanzitutto, l'articolo 9, comma 1, del Modello di Convenzione OCSE viene localizzato all'interno di quelle norme distributive dei diritti impositivi tra Stati contraenti, nonostante lo stesso non sia preordinato ad una specifica allocazione di potestà tributaria relativa ad una specifica categoria di reddito. Al contrario, la norma *de qua* prevede un meccanismo (appunto basato sull'*arm's length principle*) di quantificazione del reddito tra imprese associate a sua volta rispondente alle *allocation rules* contenute in un trattato contro la doppia imposizione.

In tal senso, l'articolo 9 cerca di regolare il corretto funzionamento della potestà impositiva tra due Stati della residenza, contrariamente alle regole distributive “ordinarie” caratterizzate dalla contrapposizione classica Stato della residenza- Stato della fonte.

Premettendo ciò che sarà oggetto di più ampia trattazione nel corso della presente ricerca, il fine ultimo della previsione *de qua* va rinvenuto in una corretta allocazione dei diritti impositivi sugli utili generati da imprese associate, da raggiungersi per il tramite dell'applicazione

⁴⁷ Cfr. H. Debatin, in *Der Betrieb*, 1972, p. 2030; R. Pollath, A.J. Radler, *Der Betrieb*, 1982, pp. 561 e 617.

⁴⁸ Mi riferisco in particolare ad alcuni esponenti della scuola tributaristica svedese, quali P. Sundgren, *Svensk Skattetidning*, 1991, p. 399 e G. Lindecrona, *Svensk Skattetidning*, 1992, p. 125.

dell'*arm's length principle*⁴⁹. Ne consegue che utilizzare a fini convenzionali l'articolo 9, comma 1 del Modello (e le TP Guidelines) esclusivamente per contrastare eventuali strutture elusive poste in essere dal contribuente rappresenta una forzatura interpretativa della disposizione priva di ogni legittimazione giuridica.

A rafforzare la tesi suesposta vorrei addurre le ulteriori due argomentazioni. In primo luogo, è pacifico che le convenzioni contro le doppie imposizioni non possano ampliare, ma al più restringere i diritti impositivi degli stati contraenti⁵⁰.

Tuttavia, con riferimento all'articolo 9, comma 1 del Modello di Convenzione OCSE una precisazione è d'obbligo, dal momento che il paragrafo 4 del Commentario all'articolo 9 va a rimarcare l'assenza di consenso tra i Paesi membri dell'OCSE in ordine all'individuazione della esatta natura – restrittiva o illustrativa – della disposizione in oggetto. In particolare, il paragrafo 4 del Commentario dispone quanto segue: "*A number of countries interpret the Article in such a way that it by no means bars the adjustment of profits under National law under conditions that differ from those of the Article and that it has the function of raising the arm's length principle at treaty level*"⁵¹.

Detto altrimenti, fare riferimento alla natura (i) restrittiva od (ii) illustrativa della norma summenzionata significa stabilire se; (i) l'interpretazione dell'*arm's length principle* contenuto nella stessa debba sempre conformarsi alla corrispondente norma di diritto interno, ovvero (ii) se l'inserimento della previsione all'interno di un Trattato contro le doppie imposizioni determini un'autonoma obbligazione convenzionale con riferimento all'implementazione del prezzo di libera concorrenza.

A mio avviso, l'*arm's length principle* costituisce un'autonoma *treaty obligation* per le seguenti ragioni. In primo luogo, se si analizza la prassi di paesi "all'avanguardia" in termini di evoluzione della disciplina in materia di prezzi di trasferimento come gli Stati Uniti, emerge che già in forza di direttive interne si era riconosciuta natura vincolante al prezzo di libera concorrenza in sede di applicazione di Trattati contro le doppie

⁴⁹ Inequivocabile in tal senso è quanto dispone il paragrafo 7 della prefazione delle TP Guidelines, in base al quale: "*questi principi di fiscalità internazionale sono stati scelti dai Paesi membri dell'OCSE in vista del duplice obiettivo di assicurare la corretta base imponibile in ciascuna giurisdizione e di evitare la doppia imposizione...*"

⁵⁰ C. Rotondaro, *The notion of associated enterprises: treaty issues and domestic interpretation – an overview*, in *International Transfer Pricing Journal*, No. 1, 2000, IBFD Amsterdam, p. 2. Per un'ampia disamina dei rapporti tra normativa convenzionale e interna, cfr. G. Melis, *Vincoli internazionali e norma tributaria interna*, contributo a *Direito Tributario Internacional Aplicado*, Volume III, pp. 550 e ss.

⁵¹ Il paragrafo 4 del Commentario all'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE fu aggiunto nel 1992 alla luce delle conclusioni raggiunte in un altro studio dell'Organizzazione, e segnatamente sulla base dei paragrafi 30-32 del *Report Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*, in *International Tax Avoidance and Evasion, Four related studies*, OECD, Parigi.

imposizioni⁵². A tale riguardo, la *Supreme Court* americana, nel caso *Container Corp. Of America v. Franchise Tax Board*⁵³, stabilì che l'amministrazione finanziaria deve adottare “ *some form of arm's length analysis in taxing the domestic income of multinational enterprises*” in sede di applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni.

In aggiunta a quanto sopra, il Commentario al Modello di Convenzione OCSE lascia poco adito a dubbi riguardo alla necessità di dover sempre ricorrere all'*arm's length principle* per una corretta implementazione dell'articolo 9. Invero, a partire dal 1963 il Commentario ha precisato che rettifiche degli utili di imprese associate non possono essere correttamente effettuate nello scenario in cui le transazioni oggetto di verifica fossero state concluse nel rispetto di “*open market commercial terms*”,⁵⁴.

Inoltre, a prescindere dalla circostanza che le *TP Guidelines* abbiano a più riprese esplicitato come l'*arm's length principle* sia lo *standard* internazionale guida nella determinazione dei prezzi di trasferimento, il *Thin Capitalization Report* dell'OCSE – rilasciato nel 1984 – ha chiarito che le norme di contrasto all'utilizzo a fini fiscali della sottocapitalizzazione delle imprese di regola non dovrebbero determinare aggiustamenti degli utili del *borrower* che eccedano “*an arm's length profit*”.

Pertanto, le suesposte considerazioni mi portano a concludere che l'*arm's length principle* debba essere interpretato, in un contesto convenzionale, alla stregua di una *tax treaty obligation*.

Ciò detto, riconoscere alla disposizione *de qua* un fine anti-elusivo sarebbe del tutto superfluo nell'ambito di una disposizione convenzionale che autorizzasse rettifiche ai fini dei prezzi di trasferimento atteso che, in ipotesi di assenza della norma di cui all'articolo 9, comma 1, del Modello di Convenzione OCSE, gli Stati contraenti sarebbero liberi di assoggettare ad imposizione persone fisiche e società residenti nella misura in cui la *non-discrimination provision* di cui all'articolo 24 del Modello venga rispettata.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, infatti, in un recente arresto giurisprudenziale⁵⁵ la Corte Federale tedesca ha affermato che una società controllata – residente in Germania – di una controllante italiana doveva comunque rimanere soggetta ad una disposizione di diritto interno la cui conformità all'*arm's length principle* era in dubbio dinanzi alla Corte Costituzionale.

⁵² Cfr. US Internal Revenue Service, *Report on the application and administration of Section 482*, 21 Aprile 1999, Capitolo 5 - II.

⁵³ Caso No. 463, US 159, 1983.

⁵⁴ Si rinvia, rispettivamente, al paragrafo 1 del Commentario all'Articolo 9 nella versione in vigore dal 1963 al 1977; ed all'attuale paragrafo 2 del Commentario all'articolo 9.

⁵⁵ German Federal Tax Court, Caso No. I R 27/03 del 9 novembre 2005, in *BSzBl*, II, 2006, 564.

Ciononostante, atteso che la Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Repubblica Federale Tedesca conclusa nel 1925 non conteneva una previsione simile all'articolo 9, comma 1 del Modello OCSE, i giudici riconobbero la legittimità, per l'amministrazione finanziaria locale, di applicare la disposizione interna.

Ma vi è di più. Il recente *Discussion Draft* dell'OCSE in materia di *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*⁵⁶ ha evidenziato al paragrafo 205 come “*apparent non-arm's length behaviour should as much as possible be dealt with on the basis of pricing adjustments, rather than by not recognising transactions*”.

Di conseguenza, nell'ambito della disciplina dei prezzi di trasferimento, la lotta alla prevenzione dell'elusione e dell'abuso fiscale deve essere affidata in via esclusiva alla norma di diritto interno.

Alla luce di quanto sinora discusso, sembra utile evidenziare due profili di criticità – uno di natura “formale” e l'altro di tipo “concettuale” – emergenti da un'analisi critica della norma di cui all'articolo 9, comma 1, del Modello di Convenzione OCSE e necessari per una migliore comprensione della proposta di riformulazione della norma interna oggetto della presente ricerca.

Traspare, dall'analisi sin qui condotta della norma convenzionale, che la disposizione di cui all'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE non è “*self supporting*”, *id est* necessita comunque di un riferimento più o meno implicito alla norma interna dei paesi che devono andare ad applicare il Trattato per una corretta interpretazione ed applicazione.

In aggiunta a quanto sopra, si consideri che il funzionamento e l'effettività del meccanismo dei *corresponding adjustments* è correlato alle modalità con le quali il Paese che va ad applicare il trattato interpreti, sulla base della propria disciplina domestica, la nozione di impresa associata.

In sostanza, ciò che si vuole dimostrare è la circostanza che la norma contenuta nell'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE esercita piena effettività nella sola ipotesi in cui la nozione di controllo come prevista dalla disciplina di diritto interno sia in linea – quantomeno in via potenziale – con quella prevista a livello convenzionale. Se così non è, *id est* qualora si verificasse un *mismatch* tra le due definizioni, l'unico risultato possibile sarebbe la doppia imposizione economica.

Come noto, la già menzionata definizione di *associated enterprises* è contenuta nel comma 1 dell'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE e ribadita al Capitolo I delle TP *Guidelines* come segue:

“*Allorche'*

⁵⁶ Pubblicato in data 19 settembre 2008 ed oggetto di ampia trattazione – per i profili che interessano in questa sede – *infra* al capitolo 6.1.

a) un'impresa di uno Stato contraente partecipa, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa dell'altro Stato contraente, o

b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa di uno Stato contraente e di un'impresa dell'altro Stato contraente... ”⁵⁷

Il paragrafo 1 della norma *de qua* - ad avviso di chi scrive - determina le condizioni che fanno scattare l'obbligo per il *treaty partner* di mettere in moto quel meccanismo di rettifiche corrispondenti (appunto, i *corresponding adjustments*) necessario per evitare l'insorgere di fenomeni di doppia imposizione economica sugli utili di imprese associate e contemplato dal paragrafo 2 della medesima disposizione⁵⁸. Tale ultimo disposto prevede che: “Allorche' uno Stato contraente include tra gli utili di un'impresa di detto Stato - e di conseguenza assoggetta a tassazione - utili sui quali un'impresa dell'altro Stato contraente e' stata sottoposta a tassazione in detto altro Stato, e gli utili così inclusi sono utili che sarebbero maturati a favore dell'impresa del primo Stato, se le condizioni fissate tra le due imprese fossero state quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, allora detto altro Stato farà un'apposita rettifica all'importo dell'imposta ivi applicata su tali utili”.

Con riguardo a tale ultimo profilo, l'interpretazione della interrelazione tra i due paragrafi della summenzionata disposizione è suggerita dai paragrafi 5 e 6 del Commentario all'articolo 9, in forza del quale: “*The rewriting of transactions between associated enterprises in the situation envisaged in paragraph 1 may give rise to economic double taxation (taxation of the same income in the hands of different persons), insofar as an enterprise of Country A whose profits are recise upwards will be*

⁵⁷ Ai fini di un'esauriente trattazione, viene riportato anche il testo in lingua inglese incluso nelle *TP Guidelines*: “*For the purposes of this Report, an “associated enterprise” is an enterprise that satisfies the conditions set forth in Article 9, subparagraphs 1a) and 1b) of the OECD Model Tax Convention. Under these conditions, two enterprises are associated if one of the enterprises participates directly or indirectly in the management, control or capital of the other or if “the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital” of both enterprises (i.e. if both enterprises are under common control)*”.

⁵⁸ Un esempio pratico evidenziante l'obbligatorietà dell'attivazione del meccanismo dei *corresponding adjustments* a seguito di un *primary adjustment* effettuato in conformità a quanto previsto dall'articolo 9, comma 1 del Modello di Convenzione OCSE, è fornito dal paragrafo 127 della *Technical Explanation* (Documento 1999-34700) della Convenzione tra Italia e Stati Uniti d'America che stabilisce quanto segue: “*Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State – and taxes accordingly – profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have been accrued to the enterprise of the first mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this treaty and, in any case, any such adjustment shall be made only in accordance with the mutual agreement procedure in Article 25*”.

*liable to tax on an amount of profit which has already been taxed in the hands of its associated enterprise in Country B. Paragraph 2 provides that in these circumstances, Country B shall make an appropriate adjustment so as to relieve the double taxation*⁵⁹. Ancora: “Country B (...) is committed to make an adjustment of the profits of the affiliated company only if it considers that the adjustment made in Country A is justified both in principle and as regards the amount”⁶⁰.

Dal testo del commentario appena citato, emerge quindi che (i) il fine ultimo del comma 2 dell’articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE è quello di combattere i fenomeni di doppia imposizione economica, ma (ii) solo ed esclusivamente “in the situation envisaged in paragraph 1”.

In altri termini, ciò sta a significare che il meccanismo di rettifiche corrispondenti si attiva solamente quando le condizioni previste dal comma 1 della medesima disposizione sono soddisfatte e focalizzate sulla nozione di “imprese associate” (o associated enterprises).

Come può facilmente desumersi al termine “associated enterprises” deve attribuirsi un ampio significato⁶¹. In particolare, lo status di “affiliazione” è ottenuto quando un’impresa di uno Stato contraente partecipa tanto (i) al capitale, quanto (ii) alla direzione o controllo dell’impresa residente in un altro Stato contraente. A tale riguardo, vorrei evidenziare quanto segue. *In primis*, la disposizione non specifica quale relazione esista tra le varie forme di “association” come tracciate dai paragrafi (a) e (b) del comma 1 dell’articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE.

A mio avviso, il principale elemento generatore di incertezza è la mancata definizione di cosa debba intendersi per “controllo”. Invero, siffatta nozione è presentata come un *quid pluris* diverso dalla mera partecipazione al capitale o *management* dell’altra impresa.

Non si rinvencono successive specificazioni della suddetta nozione né all’interno della disposizione dell’articolo 9, né in altre norme contenute nel modello di Convenzione OCSE. Di conseguenza, il termine “controllo” ricade nel problema – di ordine generale – delle “qualificazioni” nel diritto internazionale tributario e, in particolare, nella soluzione proposta dall’articolo 3, comma 2, del Modello di Convenzione OCSE (tra l’altro riprodotto in tutte le Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dall’Italia), che ricerca nei diritti interni il significato di termini non definiti a livello convenzionale⁶².

⁵⁹ Paragrafo 5 del Commentario all’articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE.

⁶⁰ Paragrafo 6 del Commentario all’articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE.

⁶¹ La dottrina è concorde nel riconoscere un *broad meaning* alla locuzione. Su tutti, P. Baker, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, Londra, Sweet & Maxwell, II Edizione, 1994, p. 217.

⁶² L’articolo 3, comma 2, del Modello di Convenzione OCSE dispone quanto segue: “Per l’applicazione dalla presente Convenzione da parte di uno Stato contraente, le espressioni non diversamente definite hanno il significato che ad esse è attribuito dalla legislazione di detto Stato contraente relativa alle imposte oggetto della Convenzione,

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

Ritengo, dunque, che una corretta applicazione dell'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE sembrerebbe richiedere – in determinate circostanze – un riferimento diretto al contesto nel quale il Trattato è stato concluso (*id est*, un'individuazione dell'intenzione degli Stati contraenti al momento della conclusione dello stesso con specifico riguardo alla legislazione del *treaty partner* a quel tempo vigente) al fine di evitare l'insorgere di fenomeni di doppia imposizione economica.

Tuttavia, il raggiungimento di tale obiettivo potrebbe essere facilmente vanificato nell'ipotesi in cui la nozione di “controllo” contemplata dall'articolo 9 venisse interpretata esclusivamente alla luce della normativa tributaria interna del Paese nel quale deve essere effettuato il *corresponding adjustment*.

Ritengo utile illustrare un caso pratico al fine di dimostrare le complesse problematiche emergenti da una non corretta interpretazione della summenzionata norma.

Si consideri una cessione di beni tra una società italiana ed una danese. Si ipotizzi che tra le due entità non esista alcun tipo di affiliazione eventualmente risultante dalla partecipazione al capitale ovvero alla direzione di una società ad opera dell'altra. Tuttavia, in considerazione dell'esistenza di vincoli contrattuali tra le due imprese capaci di influenzare le decisioni imprenditoriali di entrambe, le due entità presentano un certo livello di “affiliazione”, riconducibile alla nozione di “*association*” cui l'articolo 9, comma 1, del Modello OCSE fa riferimento.

Orbene, alla luce delle direttive ministeriali impartite con la C. M. no. 32 del 1980, l'Amministrazione Finanziaria italiana ben potrà considerare la situazione sopra descritta tra le fattispecie annoverabili nella nozione di “controllo” di cui alla norma convenzionale dell'articolo 9, atteso che la C.M. identifica (come si illustrerà approfonditamente *infra*) il concetto de quo con ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale desumibile dalle singole circostanze.

Al contrario, alla luce del diritto tributario interno danese, è riconducibile alla fattispecie di “controllo” esclusivamente quella relazione tra due o più imprese caratterizzata (i) dalla partecipazione – diretta o indiretta – ad almeno il 50 per cento del capitale sociale, ovvero

a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione; il significato che ad esse e' attribuito dalle leggi di detto Stato applicabili in materia fiscale e prevalente rispetto al significato dell'espressione ai sensi delle altre leggi di tale Stato” La letteratura riguardante la tematica della “qualificazione” dei termini nel diritto internazionale tributario è vastissima. Per citarne solo alcuni cfr. J. Avery Jones, *The interpretation of Tax Treaties with particular reference to Article 3 (2) of the OECD Model*, in *British Tax Review*, 1984, a p. 14; K. Vogel and R. Prokisch, *Interpretation of double taxation conventions*, in *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXVIIIa, 1993; K. Van Raad, *Interpretation and Application of Tax Treaties by Courts*, in *European Taxation*, No.1, 1996, p.4.

(ii) l'esercizio – diretto o indiretto – di almeno il 50 per cento dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria.

In tale scenario, quindi, l'individuazione di una qualunque forma di "affiliazione" rilevante ai sensi dell'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE è basata – secondo l'amministrazione finanziaria danese - su un criterio meramente formale, contrastante con l'analisi di tipo fattuale richiesta invece dalla prassi interna di diritto italiano.

Da quanto sopra ne consegue che qualora la cessione di beni fosse oggetto di un *primary adjustment* in Italia, con conseguente recupero a tassazione di parte degli utili trasferiti in Danimarca, quest'ultimo Paese ben potrebbe opporsi a rettificare con un *downward corresponding adjustment* il corrispettivo della transazione, sull'assunto che in forza del diritto interno non può ravvisarsi alcun rapporto di affiliazione tra le imprese. Di conseguenza la transazione *de qua* sfuggirebbe al rispetto della disciplina in materia di prezzi di trasferimento come prevista dall'articolo 9 della Convenzione contro la doppia imposizione conclusa tra Italia e Danimarca⁶³.

A mio avviso, al fine di evitare il sorgere di altrimenti inevitabili fenomeni di doppia imposizione economica esistono - come nel caso sopra descritto - due possibilità, entrambe praticabili, che muovono dall'utilizzazione della regola interpretativa di cui all'articolo 3, comma 2, del Modello di Convenzione OCSE.

La prima soluzione si focalizza sulla necessità di riferirsi "*at the context of the provision*" nel momento in cui si va ad applicare l'articolo 9, comma 1, della Convenzione.

In termini pratici, ciò significa obbligare la Danimarca ad attenersi agli obblighi di diritto internazionale pattizio derivanti dalla firma del Trattato (il cui fine ultimo, appunto, è evitare la doppia imposizione, tanto giuridica che economica) e richiedere all'A.F. di tale paese di operare le rettifiche corrispondenti agli utili computati in capo all'impresa danese.

Tuttavia, tale prima soluzione non convince appieno, atteso che si potrebbe validamente argomentare che l'Italia compie la rettifica in aumento sugli utili dell'impresa residente sulla base del proprio diritto interno e non della norma convenzionale *de qua*.

Una seconda soluzione – che ritengo più convincente – muove ancora una volta dall'assunto di cui all'articolo 3, comma 2 del Modello OCSE, focalizzandosi questa volta non sul "contesto", bensì sull'"applicazione del Trattato". In sostanza, il diritto che uno Stato contraente vanta di

⁶³ E' interessante notare come Italia e Danimarca abbiano di recente negoziato una nuova Convenzione contro le doppie imposizioni, conclusa il 5 Maggio 1999 a Copenhagen e ratificata con la legge No. 745 dell'11 luglio 2002. La Convenzione – entrata in vigore il 27 gennaio 2003 – è andata ad includere all'articolo 9 proprio quel paragrafo 2 necessario per i *corresponding adjustments* e precedentemente assente nel Trattato concluso nel febbraio del 1980.

interpretare una disposizione del Trattato alla luce del proprio diritto interno è soggetto alla condizione che anche l'altro Stato stia applicando una previsione convenzionale: nel caso di specie, l'articolo 9, comma 1.

Nell'esempio proposto, quindi si deve ipotizzare che tanto l'Italia quanto la Danimarca applichi la disposizione convenzionale summenzionata. Tuttavia, essendo l'Italia "*the State applying the provision of the Treaty*", la Danimarca dovrebbe accettare la qualificazione di "controllo" come proposta dallo Stato che esegue la rettifica primaria.

Se così non fosse, la Danimarca fornirebbe una lettura errata dell'articolo 9 comma 1, piegandolo, in maniera strumentale, a stabilire meramente se il *primary adjustment* compiuto dall'Italia è conforme alle previsioni del Trattato⁶⁴.

Esaurita l'analisi di tale profilo "formale", vorrei addentrarmi ora nelle altrettanto importanti problematiche di natura concettuale emergenti dall'applicazione dell'*arm's length principle*.

In particolare, il summenzionato principio (impropriamente tradotto con la locuzione "prezzo di libera concorrenza") è stato da sempre oggetto – soprattutto nella letteratura statunitense⁶⁵ – di una serie di critiche, così riassumibili:

1. L'*arm's length principle* non fornisce un soddisfacente *market-based benchmark* per giungere – con particolare riguardo a "specifiche circostanze" – alla determinazione di un corretto prezzo di trasferimento. In particolare, le specifiche circostanze cui faccio riferimento ricomprendono transazioni controllate nelle quali oggetto del trasferimento è un bene immateriale ad alto valore aggiunto nell'ambito della filiera produttiva del gruppo multinazionale che legittima il soggetto titolare all'attribuzione del profitto residuale (c.d. *unique o non-routine intangibile*)⁶⁶;
2. Il presupposto (collegato al punto *sub* (1)) dal quale muove una corretta applicazione dell'*arm's length principle*, vale a dire l'esistenza di transazioni comparabili sul mercato, è sempre meno affidabile, se non assente, a causa del crescente ruolo assunto dalle MNEs in determinati mercati e settori industriali;
3. L'*arm's length principle* genera sproporzionati costi di *compliance* in capo al contribuente, che si traducono in gravosi oneri o obblighi documentali da dover soddisfare, pena l'applicazione di sanzioni;

⁶⁴ In maniera simile si è espresso J. Avery Jones, *The 1992 OECD Model Treaty: Article 3 (2) of the OECD Model Convention and the Commentary to it: Treaty Interpretation*, in *European Taxation*, No. 8, 1993, p. 254.

⁶⁵ Cfr. B.E. Lebowitz, *Transfer pricing and the end of international taxation*, in *BNA TMTPR* 13, 1 Novembre 2000, S-61, p.1. nel quale l'Autore sostiene che "...the problems are theoretically predictable, and hence inevitable, consequences of any effort to use the arm's length system to allocate the profits of any unified international corporate group – that is I believe that the method is unsound in theory".

⁶⁶ Cfr. J.R. Mogle, *Intercompany transfer pricing for intangible property*, 6 *BNA TMTPR* 3, 21 maggio 1997, *Special Report*

4. Una non corretta applicazione del principio summenzionato può facilmente generare fenomeni di doppia imposizione economica in ipotesi gli Stati interpretino diversamente lo stesso sulla base del proprio diritto interno.

Tanto premesso, ai fini della presente ricerca intendo concentrarmi sulla critica *sub* 1) per dimostrare come l'arm's length principle possa costituire ancora oggi il "fondamento" sul quale costruire una moderna disciplina dei prezzi di trasferimento. Tuttavia, si rendono necessari degli "affinamenti al suddetto principio per garantirne un corretto funzionamento.

A mio avviso, i principali oppositori dell'*arm's length principle* muovono dalla circostanza che imprese facenti parte di un gruppo multinazionale, assumono comportamenti "differenti" da quelli assunti da soggetti terzi indipendenti operanti sul mercato. Ne consegue che (i) la transazione tra imprese associate può differire considerevolmente da quella conclusa tra operatori indipendenti sul libero mercato, non risultando disponibili le informazioni necessarie a svolgere un'analisi di comparabilità (c.d. *benchmarkings problem*).

Si aggiunga che (ii) la libertà - relativa - accordata ai membri di una MNE di allocare funzioni e rischi può viziare la corretta implementazione di rettifiche da compiersi sulle *comparable uncontrolled transactions*, atteso che risulterebbero arbitrarie data l'assenza di informazioni (c.d. *functional adjustments problem*).

Come già evidenziato, *supra* con riguardo a quanto previsto dal paragrafo 1.10 delle TP *Guidelines*, l'OCSE ha espressamente riconosciuto che - per motivi estranei all'elusione fiscale o aggiramento di norme tributarie - imprese associate possono assumere un comportamento negoziale diverso da quello ordinariamente seguito da soggetti indipendenti⁶⁷. Detto altrimenti, il motivo ontologico cui si può ricondurre tale discordanza è rintracciabile in quegli *integration behaviours* (o comportamenti sinergici) che caratterizzano un soggetto parte di un gruppo multinazionale.

Siffatti comportamenti sinergici sono il risultato, per usare la terminologia adottata dall'OCSE al paragrafo 1.10. - di "*circostanze commerciali differenti rispetto a quelle che avrebbero affrontato le imprese indipendenti*".

⁶⁷ È interessante notare come già nella versione iniziale del 1979, le TP *Guidelines* - al paragrafo 12 - avessero già messo in luce il problema della non rinvenibilità di transazioni indipendenti (governate dai meccanismi della domanda e dell'offerta sul libero mercato) comparabili a quelle attuate da imprese affiliate all'interno di un gruppo multinazionale. Invero, si stabiliva che: "*There will be many cases where no useful evidence of controlled transactions will be available because, for example, the goods or services which are supplied are so special to the group that there is no open market in them and they are not supplied to independent enterprises. This may be particularly the case for example for semi-finished products or in relation to transfers of technology*".

Ora, con riguardo a tale ultimo profilo due illustri esperti di *transfer pricing*⁶⁸ hanno messo in luce che: “...*this basic premise renders the search for comparable transactions relatively fruitless, given that appropriate adjustments for such differences may not be possible in specific contexts, and calls into question the administrative strategy of requiring taxpayers to document their related-party transactions in terms of evidence from independent comparables, or at a minimum requiring strict adherence to the tenets of the arm’s length standard*”.

Invero, sebbene la determinazione di un prezzo di trasferimento sia relativamente semplice alla presenza di transazioni comparabili, nel caso, invece, di operazioni effettuate all’interno della filiera produttiva (come nel caso del trasferimento di prodotti semi-lavorati all’interno di *vertically integrated MNEs*), difficilmente si avrà a disposizione un mercato esterno di riferimento utilizzabile come *benchmark*.

Pertanto, è indubitabile che nell’ambito di attività di *intra-group trading* è compito arduo rinvenire validamente comparabili siffatte transazioni per applicare tanto i metodi c.d. “tradizionali” (quali il *CUP*, *Cost Plus* o *Resale Price Method*)⁶⁹ quanto, in determinate circostanze, fare ricorso al metodo reddituale del TNMM.

In altri termini, la causa principale dell’assenza di validi *comparables* da utilizzare per la corretta determinazione dei prezzi di trasferimento è rintracciabile, come evidenziato da Amerkhail, nell’esistenza stessa dei gruppi multinazionali⁷⁰.

Parafrasando la studiosa, “*if MNE exist because of market imperfections in the arm’s length market, the implication is that comparable transactions will not be found when an MNE is successful because the MNE will have driven the arm’s length competitors out of business. Presumably an MNE that could have operated at arm’s length through a local entity would have done so because of the normal difficulties of operating in a foreign country with a different culture and legal system. If an MNE chooses to integrate and still remains profitable, this suggests that there are disadvantages to operating through the market, disadvantages that would make finding arm’s length comparables a difficult task*”.

Tanto premesso, resto dell’avviso che non è corretto ritenere gli *integration behaviours* una caratteristica riferibile a tutti i segmenti di produzione di una MNE. Intendo dire che nell’ambito di gruppi multinazionali caratterizzati da un forte livello d’integrazione e sinergie

⁶⁸ H.N. Higinbotham – M. Levey, *When arm’s length isn’t really arm’s length: issues in the application of the arm’s length standard*, in Intertax, Volume 26, Issues 8-9, 1998, pp. 235 e ss.

⁶⁹ Paradigmatico, a tale riguardo, il caso *E.I. DuPont de Nemours & Co. Vs. United States*, 608, F.2d 445, 450-52 (CT.Cl. 1979) che ha messo in luce le difficoltà relative a reperire informazioni su transazioni comparabili al fine della selezione di margini lordi di profitto da aggiungere ai costi di produzione.

⁷⁰ V. Amerkhail, *Arm’s length or formulary apportionment? Sometimes the best choice is both*, in BNA TMTPR 13, 1 Novembre 2000

operative si possono distinguere segmenti “*core*” da quelli più propriamente definiti “*satellite*”⁷¹.

In sostanza, con il primo termine intendo riferirmi a quei segmenti della *supply chain* caratterizzati dalla titolarità (giuridica ovvero economica) di beni intangibili ad alto valore aggiunto (brevetti, marchi, *know-how* etc.) utilizzati nello svolgimento delle funzioni-chiave (a livello di produzione o ricerca e sviluppo) per la generazione del *residual profit* (di norma attribuibile all’entità che all’interno del gruppo riveste il ruolo di *fully-fledged entrepreneur*⁷²) e rispetto ai quali generalmente non si hanno comparabili a disposizione⁷³.

Al contrario, i segmenti c.d. “*satellite*” (quali possono essere, a titolo esemplificativo, le entità svolgenti attività di *contract manufacturing* ovvero *contract R&D*) sono in generale quelli che residuano all’interno della filiera produttiva dell’MNE e che non generano una condivisione – tra le imprese associate – dei rischi connessi con l’attività di produzione e sviluppo di beni e servizi. Ne consegue che la remunerazione da ascrivere a tali “segmenti” ricade nella categoria dei c.d. “*routine profits*” o a basso valore aggiunto.

Pertanto, se proviamo a ricondurre la summenzionata distinzione nell’ambito dell’applicazione dell’*arm’s length principle*, l’emergere del problema della mancanza di transazioni comparabili sorge esclusivamente per le transazioni infra-gruppo poste in essere tra i *core segments* del gruppo multinazionale.

Detto in altri termini, è molto probabile (fino a rasantare la certezza) che se all’interno dell’MNE si concludono transazioni aventi ad oggetto il trasferimento i beni (materiali o immateriali) e/o funzioni uniche e alto valore aggiunto, sarà ben difficile avere a disposizione *comparable transactions* che giustificheranno l’adozione dei metodi c.d. tradizionali come suggeriti dalle TP Guidelines.

Ecco allora che, data l’evoluzione dei modelli organizzativi dei gruppi multinazionali (con specifico riferimento a quelli attivi nei comparti industriali *high-tech*, come il farmaceutico, automobilistico, chimico, elettronica o, più in generale, la cui fonte di valore si basa sullo sfruttamento di *intangibles*⁷⁴) il ricorso ai metodi reddituali (o di

⁷¹ Cfr. V. Amerkhail, id.

⁷² Cfr. *Transfer Pricing and business restructuring: streamlining all the way*, Ed. Anuschka Bakker, IBFD, Amsterdam, 2009, p. 37. Per una lettura del fenomeno in chiave manageriale si rinvia agli scritti di D.W. Carlton, J.M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Addison Wesley Capitolo 2, , 2000., pp. 47-48,

⁷³ Il *residual profit*, come analizzerò più in dettaglio *infra* al capitolo 5, secondo l’OCSE è tendenzialmente generato da funzioni ad alto rischio (e corrispondente valore aggiunto) svolte da imprese associate non confrontabili con quelle svolte da imprese indipendenti (c.d. *non-benchmarkable functions*).

⁷⁴ A tale riguardo, è interessante notare come nell’ultimo decennio anche settori “tradizionali” come l’abbigliamento hanno assistito ad una trasformazione dei propri “*core value generating assets*”. Si pensi al caso dell’azienda di abbigliamento Tommy Hilfiger che, secondo la descrizione fornita dalla giornalista Naomi Klein nel proprio libro *No Logo* (Londra, Flamingo, 2000, p. 24) “*is less in the business of clothes*

profitto) diviene una necessità - ancor prima che una possibilità – per giungere ad un prezzo di trasferimento conforme all’*arm’s length standard*.

A mio avviso, un’ulteriore importante corollario giuridico può ricavarsi da una lettura delle transazioni tra imprese associate in termini di distinzione tra segmenti “*core*” e “*satellite*”.

In tal senso, l’attività combinata dei due summenzionati segmenti determina l’individuazione – ai fini economici - di un “premio di efficienza” a livello del gruppo MNE considerato nella sua totalità. Ne consegue che la creazione di un gruppo multinazionale genera un livello di utile consolidato maggiore della sommatoria delle singole entità costituenti la multinazionale. A tale riguardo, come evidenziato da Lebowitz⁷⁵ “...one would expect, for example, that if a company chooses to establish a subsidiary rather than to transact with an independent agent, **the company expects the former alternative to involve lower transaction costs or some other synergies and therefore higher profit...**”.

Ai fini tributari (*rectius*, ai fini di una corretta applicazione dell’*arm’s length principle*) pertanto, il quesito in cerca di una risposta è il seguente: quale giurisdizione é legittimata ad assoggettare ad imposizione siffatto “premio di efficienza”, *id est* l’utile residuale derivante dalle sinergie dei segmenti “*core*” e “*satellite*” e, per così dire, “mascherato” a livello di gruppo?

In maniera (*quasi*) sorprendente, un’applicazione “rigida” dell’*arm’s length principle* non fornisce un’adeguata soluzione alla domanda di cui sopra, traducendosi nella maggior parte dei casi nella necessità di individuare una *tested party* (*id est* l’impresa oggetto di analisi) residente in una giurisdizione diversa da quella in cui in realtà dovrebbe allocarsi l’*efficiency premium*⁷⁶.

In effetti, la scelta della *tested party* determina la giurisdizione nella quale la parte di *efficiency premium* concernente la transazione “controllata” sarà oggetto di imposizione. A tale riguardo, con il termine *tested party* mi riferisco all’entità che tendenzialmente (i) svolge le

*manufacturing than it is in the business of signing his name. The company is run entirely through licensing agreements with Hilfiger commissionino all its products from a group of other companies: Jockey International makes Hilfiger underwear, Pepe Jeans London makes Hilfiger Jeans, Oxford Industries makes Tommy shirts, the Stride Rite Corporation makes its footwear. **What does Tommy Hilfiger manufacture? Nothing at all.***

⁷⁵ B.E. Lebowitz, *Transfer Pricing and the end of International Taxation*, id., p.12.

⁷⁶ Cfr. il paragrafo 3.43 delle *TP Guidelines*, ispirato dalle US Treas. Reg. Sec. 1.482-5 (b) (2) (i) che ha definito la *tested party* come “*the participant in the controlled transaction whose operating profit attributable to the controlled transactions can be verified using the most reliable adjustments, and for which reliable data regarding uncontrolled comparables can be located. Consequently, in most cases the tested party will be the least complex of the controlled taxpayers and will not own valuable intangible property or unique assets that distinguish it from potential uncontrolled comparables*”.

funzioni più semplici all'interno della filiera produttiva e che (ii) non è titolare giuridica di beni (tangibili od intangibili) unici, ergo ad alto valore aggiunto.

Alla luce di quanto premesso, se la scelta della *tested party* è operazione relativamente semplice quando la transazione infra-gruppo intercorre tra un segmento “*core*” ed uno “*satellite*”, la soluzione è meno ovvia quando le entità oggetto della transazione sono entrambe titolari di beni giuridici ad alto valore aggiunto e svolgono entrambe funzioni *non-benchmarkable* (ad esempio, entrambe sono coinvolte in processi di produzione ad alto contenuto tecnologico).

Pertanto, ritengo che i c.d. metodi *one-sided* (quali il *Cost-Plus*, il *Resale Price* ed il *TNMM*), vale a dire quelli che individuano solamente una *tested party*, impediscono di tener conto dell'esistenza del “premio di efficienza” generato dalle sinergie di gruppo e, pertanto, ostacolano una corretta determinazione di un prezzo ad *arm's length*.

Il summenzionato problema non solo è stato implicitamente preso in considerazione nelle TP *Guidelines* al paragrafo 1.9⁷⁷, ma è stato qualificato dalla letteratura economica come “*the continuum price issue*”, emergente tutte le volte in cui la redditività aggregata calcolata sulla base della remunerazione dei servizi svolti dalle singole entità è inferiore alla redditività combinata effettiva del gruppo integrato⁷⁸.

Se si vuole trasporre la summenzionata teoria nell'ambito di transazioni intercorrenti a livello di gruppo, si ipotizzi una transazione tra un produttore ed un distributore avente ad oggetto macchinari ad alto contenuto tecnologico. In siffatto scenario, il “*continuum price*” si localizza tra il prezzo minimo come individuato dall'applicazione del metodo *Cost Plus* ed il prezzo massimo stabilito sulla base della *Resale Price methodology*.

Ciò premesso, trovandoci dinanzi a metodi *one-sided*, sia il metodo *Cost Plus* che il *Resale Price* muovono dall'assunto che gli *assets*, le funzioni ed i rischi generatori dell'utile residuo vadano individuati in capo all'entità controllata *non-tested*⁷⁹. Pertanto il problema resterebbe irrisolto qualora si adottassero tali metodologie.

⁷⁷ Il paragrafo 1.9. recita come segue: “*Alcuni ritengono che il principio di libera concorrenza presenti deficienze intrinseche, poiché l'approccio di considerare separatamente le entità non sempre giustifica le economie di scala e l'interrelazione delle diverse attività create dalle imprese integrate. Non esistono, comunque, criteri obiettivi che siano ampiamente accettati relativamente alla ripartizione delle economie di scala o dei benefici dell'integrazione delle imprese associate.*”

⁷⁸ Cfr. S.I. Langbein, *The unitary method and the myth of arm's length*, cit., p. 633.

⁷⁹ In maniera conforme, V. Amerkhail, cit., nota che “*the use of one-sided TPMs tends to allocate to the tested party or parties a level of profitability consistent with relatively routine risks and intangibles, leaving the profits or losses attributable to unusual risks or unique intangibles on the other side of the controller transaction. Such treatment is appropriate if, and only if, all the entrepreneurial activities of the commonly controlled group actually are on the untested side of the controlled transaction*”.

Anche il metodo reddituale del margine netto di utile (o TNMM) rinvenibile dalla transazione controllata può evidenziare il problema del “*continuum price*”, atteso che i margini comparati ed individuati attraverso gli indicatori del livello di utile (ad esempio, *net profit on sales*, *net profit on costs* e *net profit on assets*) (di seguito, *PLI* o *profit level indicators*) possono essere influenzati da fattori estranei alla determinazione dei prezzi di trasferimento⁸⁰.

Pertanto, gli unici due metodi che possono validamente fornire una soluzione sono rappresentati il (i) *CUP* (o metodo del confronto del prezzo) ed il (ii) *Profit Split* (o metodo di ripartizione dell’utile).

Tuttavia, data la difficile rinvenibilità di transazioni comparabili sul mercato (soprattutto alla presenza di *unique intangibles* e *significant non benchmarkable functions*) il metodo *CUP* raramente potrà essere applicato.

Ne consegue, dunque, che nella pratica il *profit split method* risulterà di grande aiuto perché procederà alla suddivisione dell’utile combinato emergente dalla transazione controllata, così evidenziando il premio di efficienza emergente dall’attività integrata dell’MNE.

Ciononostante, come evidenziato da Avi Yonah⁸¹ “...even this method would leave a residual that cannot be allocated to any portion of the MNE because it represents the additional profit resulting simply from the existence of the MNE as a whole. This residual cannot be allocated in its entirety to either party on theoretical grounds”.

Detto altrimenti, l’applicazione del metodo di ripartizione degli utili permetterebbe di dare evidenza – nella determinazione dell’*arm’s length price* – dell’utile residuale emergente dalla transazione, ivi inclusa quella parte emergente dal semplice fatto che le imprese stanno traendo vantaggio delle sinergie derivanti dall’essere parte di un gruppo multinazionale.

Come dimostrerò al termine della presente ricerca, l’unico rimedio a siffatto “*continuum price problem*” é dunque costituito dall’attribuzione all’amministrazione finanziaria del potere di effettuare delle rettifiche ai prezzi di trasferimento che, per comodità, chiameremo *group dynamics adjustment*.

In conclusione, il meccanismo qui suggerito cerca di riflettere quella che a mio avviso dovrebbe essere una lettura dell’*arm’s length principle* che

⁸⁰ A tale riguardo, è utile richiamare il paragrafo 3.36 delle *TP Guidelines*, in forza del quale “*i margini netti possono essere influenzati direttamente dalle seguenti forze operanti nell’industria: minaccia di nuovi concorrenti, posizione concorrenziale, efficienza gestionale e strategie individuali, minaccia dei prodotti sostitutivi, strutture variabili dei costi... differenze del costo del capitale... e il grado di esperienza dell’azienda... A sua volta, ognuno di tali fattori può essere influenzato da numerosi altri elementi.*”

⁸¹ Cit., a p. 76.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

risulti in armonia con i mutati scenari socio-economici che i gruppi multinazionali stessi hanno contribuito a creare.

In particolare, ci terrei a rilevare che l'elemento nodale emergente dall'analisi sin qui svolta s'incentra sull'adozione di una chiave di lettura economico-sostanzialistica di quelle che prima erano semplici categorie giuridiche utilizzate per interpretare relazioni giuridiche tra soggetti facenti parte di un gruppo di imprese.

In altre parole, oggi i gruppi multinazionali non dovrebbero più essere analizzati in termini di rapporti giuridici tra "società madre/figlia" o "società sorelle". Al contrario, le MNE vanno suddivise in:

- A. Centri di imputazione costo (tipicamente identificabili con i "segmenti" del gruppo responsabili della produzione e della ricerca e sviluppo) e
- B. Centri di imputazione di utile (in termini generali, i venditori/distributori che interagiscono direttamente con la clientela e registrano eventuali mutazioni della c.d. *customers' demand curve*).

È pacifico che il raggiungimento di tale modello di *business* dei gruppi multinazionali si è reso possibile grazie allo sviluppo esponenziale di nuove tecnologie di comunicazione, le quali a loro volta hanno reso possibile la nascita di un modello organizzativo direzionale di tipo centralizzato.

Una volta che il *central management* o *vertically integrated model* è diventato realtà, l'*arm's length standard* ha poco alla volta iniziato a perdere terreno per lasciare spazio a forme di *internal pricing* le quali (talvolta prescindendo da qualunque considerazione di natura fiscale) permettono di raggiungere l'obiettivo ultimo di massimizzazione dell'utile. Consolidato.

In termini pratici, ciò si risolve nella determinazione – ad opera dei *cost centers* – di un prezzo che riflette il mero costo di produzione, vale a dire senza alcun margine di utile lordo e, nel contempo, nella massimizzazione degli utili marginali ad opera dei *profit centers*.

Il risultato che si ottiene, dunque, è il rispetto dell'*arm's length principle* principalmente per il soddisfacimento di obiettivi di *tax reporting compliance*, ma non più dal punto di vista di determinare le dinamiche di *internal pricing* dei gruppi multinazionali moderni.

4. La Normativa Italiana a confronto con le Linee Guida dell'OCSE in materia di Prezzi di Trasferimento

Nel sistema tributario italiano la nozione di *transfer pricing* ha assunto una caratterizzazione ben diversa da quanto invece si è cercato di illustrare nei capitoli precedenti. Infatti, l'attuale disciplina interna tende a identificare i fenomeni in materia di prezzi di trasferimento in termini di discordanza tra il valore di mercato di un'operazione commerciale o finanziaria (c.d. "valore normale") e quello (c.d. "anormale) pattuito da soggetti legati da una coincidenza di interessi economici e giuridici e dalla unicità del fine⁸².

Prima di addentrarmi in un confronto tra la normativa domestica e quella convenzionale al fine di evidenziare le discordanze della prima rispetto alla seconda (e così legittimare la necessità di un intervento riformatore della disciplina *de qua*) mi sembra opportuno far precedere la trattazione dell'argomento da una breve disamina del sistema delle fonti che regola la materia in esame nell'ordinamento tributario italiano.

Sul piano del diritto positivo, la principale fonte normativa in materia di prezzi di trasferimento è costituita dall'articolo 110, comma 7 del TUIR⁸³ (ex articolo 76, comma 5), il quale prevede la rideterminazione dell'operazione infragruppo in base al valore normale. Ai fini dell'individuazione del valore normale occorre fare riferimento, da un lato, al comma 2 del summenzionato articolo 110 e, dall'altro, al comma 3 dell'articolo 9⁸⁴ del TUIR, oltre a ulteriori strumenti interpretativi esogeni rispetto al TUIR.

⁸²Così, quasi letteralmente G. Maisto, *L'imposizione diretta nei rapporti internazionali*, in AA.VV., *Le imposte della riforma*, Genova, 1991, p. 12.

⁸³Il comma 7 dell'articolo 110 prevede che: "*I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali "procedure amichevoli" previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti*".

⁸⁴La disposizione *de qua* dispone quanto segue: "*Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore*".

Riguardo a tale ultimo profilo, mi riferisco in particolare alla (oramai vetusta!) Circolare Ministeriale del 22 settembre 1980, No. 32/9/2267 (di seguito, la “Circolare”), intitolata “*Prezzi di trasferimento e valore normale nella determinazione dei redditi di imprese assoggettate a controllo estero – Istruzioni*”.

Tale Circolare fu emanata dal Ministero delle Finanze al fine di recepire le direttive contenute nel Rapporto iniziale dell’OCSE del 1979 in materia di prezzi di trasferimento. La stessa esordiva, infatti, ponendo l’accento sulla necessità di fornire opportune istruzioni in materia che “*tenessero 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 16-5-1979 sull’argomento, ebbe anche a raccomandare alle Amministrazioni fiscali degli Stati contraenti il rispetto del principio di libera concorrenza in sede di esame e di aggiustamento dei prezzi di trasferimento*”.

Ora, per quanto la migliore dottrina abbia teso a evidenziare la diretta derivazione della Circolare dal Rapporto OCSE del 1979⁸⁵ (successivamente integrato, come visto, con successivi interventi nel 1984 ed infine nel 1993), ritengo che la disciplina interna si discosti notevolmente dalla posizione espressa dall’Organizzazione, soprattutto in punto di recepimento dell’*arm’s length principle*.

Volendo anticipare la conclusione della mia analisi, la nozione di “valore normale” di cui all’articolo 9 del TUIR non accoglie il criterio fondamentale dell’*arm’s length principle*, il cui elemento cardine è rappresentato dal riferimento alle condizioni della transazione tra imprese associate di cui il prezzo è elemento rilevante, ma non esclusivo.

Tanto premesso, è opportuno andare a delimitare l’ambito (i) soggettivo e (ii) oggettivo della disposizione di cui all’articolo 110, comma 7, del TUIR⁸⁶.

Con riguardo al punto *sub* (i) occorre anzitutto evidenziare che i soggetti passivi della disposizione *de qua* sono le “imprese residenti” che pongono in essere operazioni del tipo descritte dalla norma in esame. L’utilizzo dell’espressione “impresa”, prescindendo da ogni

⁸⁵Cfr. G. Maisto, *Il Transfer Price*, cit., Padova, 1985, p. 21.

⁸⁶ Sull’esame dell’argomento nel diritto tributario italiano si rinvia a F. Adami, *La disciplina dei prezzi di trasferimento*; R. Cordeiro-Guerra, *La disciplina del transfer price nell’ordinamento tributario italiano*, in *Riv. Dir. Trib.*, No.4, 2000, pp. 421 e ss.; C. Garbarino, *Transfer Price*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. Commerciale, Torino, 1999; G. Maisto, *Il regime tributario delle operazioni intercorrenti tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato*, in *Riv. Dir. Trib.* 1991, No. 11, p. 757; S. Mayr, *Normativa antielusione e rapporti intercompany*, in *Corr. Trib.*, 1991, No. 50, p. 371; M. Micheli, *Transfer Pricing interno: traslazione di reddito tra tipi diversi di società*, in *Il Fisco*, 2000, No. 13, pp. 3561.

qualificazione di tipo formale del soggetto agente, determina l'estensione della norma a tutti i soggetti (*id est* persone fisiche e giuridiche) che esercitino un'attività economica organizzata al fine della produzione e/o scambio di beni e servizi, secondo la disposizione civilistica contenuta nell'articolo 2082 del codice civile.

A tale riguardo, occorre rilevare come tale interpretazione, per quanto ampia, rispetti fedelmente il dato letterale della norma e sia stata accolta nella Circolare. Invero, le argomentazioni addotte dall'Amministrazione finanziaria per supportare un'interpretazione estensiva del termine "impresa" sono a mio avviso pienamente condivisibili, atteso che la Circolare spiega come *"un'interpretazione restrittiva che comprenda [...] soltanto le società di capitali, nella considerazione che trattandosi di imprese controllate occorre far riferimento ai soggetti sottoposti al controllo di cui all'articolo 2359 del Codice Civile, non trova supporto nell'ampia formulazione della norma e, oltre che sottrarre ingiustificatamente alla speciale disciplina una notevole quantità di transazioni, incentiverebbe l'utilizzazione di talune forme organizzative imprenditoriali a scapito di altre facendo venir meno, così, il criterio di neutralità cui devono ispirarsi, preferibilmente, le leggi fiscali"*.

Ai fini dell'applicazione della disposizione in esame è altresì necessario che l'impresa italiana e la società estera tra cui le transazioni hanno luogo siano tra loro legate da un rapporto di controllo. A tale riguardo, la norma individua tre differenti fattispecie costituite dal:

(i) controllo diretto;

(ii) controllo indiretto'e

(iii) dall'ipotesi in cui la società controlli entrambi i soggetti.

Ora, sembra opportuno sottolineare che la norma *de qua*, nell'individuare la fattispecie *sub* (iii) richiede espressamente che il soggetto che controlla le due imprese rivesta la forma societaria. Pertanto restano escluse, in conformità al dato letterale della norma, le ipotesi in cui l'impresa italiana e quella estera sono controllate da una medesima persona fisica.

Invero, a proposito del summenzionato profilo, l'Amministrazione Finanziaria – in particolare nel settore dei servizi – potrà invocare l'applicazione del principio di inerenza per colpire scelte antieconomiche del contribuente e disconoscerne i vantaggi fiscali che lo stesso spera di ottenere⁸⁷

Ciò premesso, è pacifico che l'elemento centrale intorno al quale viene a ruotare l'applicazione della norma interna sia l'identificazione della

⁸⁷Cfr. Cass. No. 12813 del 17 maggio 2000, in *Guida Normativa* del 6 ottobre 2000 e Cass. No. 11645 dell'11 maggio- 17 settembre 2001, in *Guida Normativa* dell'11 ottobre 2001.

nozione di “controllo”. In particolare, occorre considerare se, in assenza di un esplicito richiamo da parte del Legislatore, le ipotesi di controllo debbano ritenersi circoscritte a quelle previste dal legislatore civilista nell’articolo 2359 del codice civile⁸⁸.

A mio avviso, in virtù del fatto che il legislatore tributario ha richiamato espressamente in altre disposizioni⁸⁹ la definizione contenuta nell’articolo 2359 del codice civile, sembra potersi concludere che il concetto di “controllo” di cui all’articolo 110, comma 7 del TUIR non debba essere circoscritto a quanto previsto in sede civilistica⁹⁰.

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

In tal senso, la Circolare continua sottolineando come l’alterazione dei prezzi di trasferimento sia spesso basato su situazioni di collegamento costituite dall’influenza di un’impresa sulle decisioni imprenditoriali dell’altra trascendenti i meri vincoli contrattuali od azionari e sconfinando in considerazioni di carattere meramente economico.

In particolare, il concetto di controllo – si ribadisce, ai soli fini della disciplina del *transfer pricing* – comprende ogni forma di influenza economica attuale o potenziale desumibile da una serie di circostanze, come elencate nella Circolare⁹¹.

⁸⁸ Dispone l’articolo 2359 del codice civile: *Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria; 2) le società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*

Ai fini dell’applicazione dei nn. 1 e 2 del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un’altra società esercita un’influenza notevole. L’influenza si presume quando nell’assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

⁸⁹ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla norma di cui all’articolo 1, comma 3 del Decreto Lgs. No. 358 del 1997 in materia di riorganizzazione delle attività produttive.

⁹⁰ Tale posizione è stata generalmente accolta anche in sede dottrinale. Per tutti, cfr. M. Leo-F. Monacchi, M. Schiavo, *Le imposte sui Redditi nel Testo Unico*, Giuffrè, 2000.

⁹¹ Le circostanze cui la Circolare fa riferimento sono le seguenti: *“a) vendita esclusiva di prodotti fabbricati dall’altra impresa; b) impossibilità di funzionamento dell’impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell’altra impresa (fattispecie*

Quanto appena riportato mi permette di concludere nel senso che – ai fini dell’applicazione dell’articolo 110, comma 7, del TUIR - tra i due soggetti deve intercorrere un rapporto di tipo “misto”, nel senso che deve rilevarsi un controllo in senso economico come definito dall’articolo 2359 del codice civile, ovvero un controllo in senso giuridico inteso come possibilità di un’impresa di incidere sulle scelte contrattuali dell’altra, indipendentemente dai vincoli di natura economica.

Per ciò che attiene, invece, all’analisi dei presupposti (ii) oggettivi di applicazione della norma, l’articolo 110, comma 7 del TUIR ha precisato che la rideterminazione “a valore normale” dei componenti reddituali ha luogo solamente nell’ipotesi in cui da tali operazioni derivi un aumento del reddito.

Tuttavia, la formulazione originaria della norma, prima cioè che fosse stata modificata da parte del D.P.R. No. 42 del 4 febbraio 1988, aveva creato rilevanti problemi sul piano del diritto internazionale e degli impegni assunti dal nostro Paese nei confronti di altri Stati, atteso che non era infrequente l’emergere di scenari in cui, a causa di rettifiche di utili operate in uno Stato estero, scaturiva la doppia imposizione economica dei medesimi elementi reddituali.

Laddove, quindi, un’impresa italiana poneva in essere transazioni con una società controllata non residente e, conseguentemente, l’A.F. dello Stato estero procedeva a una rettifica in aumento di utili della società ivi residente, la limitazione allora contenuta nell’articolo 110, comma 7 del TUIR non consentiva all’impresa italiana di rettificare a valore normale le proprie componenti reddituali in modo da evitare la doppia imposizione economica sul medesimo flusso reddituale.

Come già preliminarmente anticipato, le convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni sul reddito redatte in conformità al Modello di Convenzione OCSE prevedono che le autorità competenti degli Stati Membri possano, su richiesta dei contribuenti, avviare una procedura di consultazione amichevole al fine di eliminare fenomeni di doppia imposizione⁹².

comprensiva delle joint ventures); c) diritto di nomina dei membri del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi della società; d) membri comuni del consiglio di amministrazione; e) relazioni di famiglia tra le parti; f) concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria; g) partecipazione da parte delle imprese a centrali di approvvigionamento o vendita; h) partecipazione delle imprese a cartelli o consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione di prezzi; i) controllo di approvvigionamento o di sbocchi; l) serie di contratti che modellino una situazione monopolistica; m) in generale tutte le ipotesi in cui venga esercitata potenzialmente o attualmente un’influenza sulle decisioni imprenditoriali”.

⁹²L’articolo 25 del Modello di Convenzione OCSE dispone, riguardo alla c.d. *Mutual Agreement Procedure*, quanto segue: “1) Quando un residente di uno Stato contraente ritiene che le misure adottate da uno o da entrambi gli Stati contraenti comportano o comporteranno per lui un’imposizione non conforme alle disposizioni della presente Convenzione, egli può, indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Pertanto, l'accordo raggiunto dalle Amministrazioni finanziarie – laddove si accetti una rettifica di utili in aumento operata in uno Stato – avrà l'effetto di richiedere una corrispondente rettifica in diminuzione nell'altro Stato.

Ne segue che, nel caso in cui lo Stato interessato alla rettifica in diminuzione fosse stato l'Italia, la limitazione contenuta nell'originaria versione dell'articolo 110, comma 7, avrebbe determinato l'impossibilità di procedere alla rettifica, atteso che non ne derivava un aumento del reddito.

Il Legislatore, quindi, è intervenuto al fine di eliminare tale ostacolo il cui effetto pratico era quello di determinare una violazione degli impegni assunti a livello internazionale.

Pertanto, con il citato D.P.R. No. 42 del 1988 è stato aggiunto un ulteriore periodo alla disposizione *de qua*, il quale estende l'applicabilità della norma sulla rivalutazione a valore normale anche nei casi in cui ne deriva una diminuzione del reddito, ma solo nell'ipotesi in cui quest'ultima sia richiesta in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali procedure amichevoli previste dalle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione sul reddito.

A tale riguardo, terrei a porre l'accento che l'emendamento apportato dal D.P.R. no. 42 del 1988 ha – almeno sotto tale profilo – uniformato la disciplina interna a quella in vigore nei Paesi nei quali la normativa in materia di *transfer pricing* è più avanzata, atteso che rettifiche in diminuzione degli utili devono essere eseguite solo in esecuzione di obblighi derivanti da una norma convenzionale (quale, appunto, l'articolo 25 del Modello di Convenzione OCSE), pena l'emergere di fenomeni di doppia non imposizione (c.d. *double non taxation*).

Tanto premesso, l'impostazione del problema attorno al quale ruota, a mio avviso, la necessità di una riformulazione della norma interna sinora descritta è relativamente semplice; invero, già da una superficiale analisi dell'interrelazione della nozione di "valore normale" di cui all'articolo 9 del TUIR con il dogma dell'*arm's length principle* come contenuto nell'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE, le differenze emergenti sono lampanti e di natura sostanziale.

nazionale di detti Stati, sottoporre il caso all'autorità competente dello Stato contraente di cui è residente o, se il suo caso ricade nell'ambito di applicazione del paragrafo 1 dell'articolo XXII, a quella dello Stato contraente di cui possiede la nazionalità'. Il caso dovrà essere sottoposto entro i due anni che seguono la prima notificazione della misura che comporta un'imposizione non conforme alla Convenzione.2) L'autorità competente, se il ricorso le appare fondato e se essa non è in grado di giungere ad una soddisfacente soluzione, farà del suo meglio per regolare il caso per via di amichevole composizione con l'autorità competente dell'altro Stato contraente, al fine di evitare una tassazione non conforme alla Convenzione".

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

A tal fine, se si muove da una lettura del dato formale della norma convenzionale, risalta immediatamente che la disposizione fa riferimento esclusivo alle condizioni convenute o imposte tra due imprese associate nelle loro relazioni commerciali o finanziarie. In altri termini, la determinazione del prezzo non è il criterio guida per una corretta allocazione degli utili tra i soggetti affiliati (e per una conseguente valida determinazione della base imponibile) come invece sembrerebbe emergere dalla lettura della disposizione di cui all'articolo 9 comma 3 del TUIR.

In particolare, la chiave di volta della presente analisi risiede nella circostanza che l'*arm's length principle* su cui si articola la struttura dell'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE ha una portata interpretativa più ampia rispetto alla corrispondente disposizione di diritto interno.

Detto altrimenti, se l'applicazione della norma convenzionale ricomprende nel proprio alveo la nozione di "valore normale" di cui all'articolo 9, comma 3 del TUIR, non può dirsi lo stesso con riguardo all'ipotesi inversa.

Ciò sta a significare che l'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE tende a disciplinare i termini negoziali stabiliti tra imprese associate, ivi incluso il prezzo, ma inevitabilmente si espande (almeno secondo la lettura moderna che oggi si fornisce dell'*arm's length principle*) sino a mettere in discussione l'insieme di termini e condizioni che costituiscono il sostrato giuridico economico su cui si innesta la dinamica intercorrente tra le *related parties*.

Riguardo a tale ultimo profilo, è interessante notare come nel *Draft* rilasciato a settembre 2008 su *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*, l'OCSE ha avviato un dibattito (lungi dal trovare una soluzione nel breve termine) sulla nozione (frutto della teoria economica dei giochi, o *Game Theory*⁹³) delle *alternative options realistically available*⁹⁴, ovvero sia di quelle alternative realisticamente a disposizione

⁹³ Sul punto si richiamano le interessanti considerazioni svolte da A. Vogeles, S. Gonneth e B. Gottschling, *Transfer prices determined by game theory: Application to IP*, in *Tax Planning International Transfer Pricing*, BNA, 1108, p.3.

⁹⁴Tale nozione, che ha generato "allarme" all'interno della *business community* per i suoi effetti pregiudizievoli su legittime transazioni economiche, si rinviene al paragrafo 58 del *Discussion Draft*, che indica quanto segue: "*The application of the arm's length principle is based on the notion that independent enterprises, when evaluating the terms of a potential transaction, will compare the transaction to the other options realistically available to them, and they will only enter into the transaction if they see no alternative that is clearly more attractive. Consideration of the options that would be realistically available at arm's length is relevant to comparability and pricing of the transaction (see paragraph 1.15 of the TP Guidelines) and also for the assessment of whether it would be commercially rational for a party to enter into the restructuring transaction in the context of the application of the guidance on recognition of transactions at paragraphs 1.36 – 1.41 of the TP Guidelines.*"

del contribuente nello strutturare la transazione con un soggetto affiliato.

Tale concetto è stato introdotto (come si evidenzierà nelle conclusioni del presente lavoro) per provare a delimitare l'interpretazione del termine "condizioni" di cui all'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE. In altre parole, se l'impresa associate avesse agito in qualità di soggetto terzo indipendente anziché come entità parte di un gruppo e soggetta a "restrizioni imprenditoriali", avrebbe comunque accettato di porre in essere l'operazione a condizioni meno vantaggiose di quelle realmente a sua disposizione, ivi incluso l'accettazione di un prezzo inferiore?

Premettendo che tornerò su tale aspetto in sede di conclusione del presente lavoro, sembrerebbe - da una ricostruzione "storica" dell'*arm's length principle* - che una corretta applicazione dello stesso possa determinare rettifiche di utili in capo ad un'impresa associata anche in situazioni dove non sia necessario procedere ad una rettifica del corrispettivo della transazione. Invero, il Modello di Convenzione OCSE fa riferimento a svariati scenari in cui l'applicazione dell'*arm's length principle* in transazioni "controllate", rispetta il *pricing* come stabilito dalle parti contraenti.

A titolo di esempio, valga per tutti il richiamo al paragrafo 3, lettera b) del Commentario all'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE, in cui è espressamente previsto che "*la disposizione è rilevante non solamente per stabilire quando il tasso di interesse previsto in un contratto di mutuo è conforme al principio di libera concorrenza, ma anche per accertare se il contratto stesso debba effettivamente essere qualificato come finanziamento, ovvero se ci si trova dinanzi ad un'altra forma di pagamento, in particolare un versamento nel capitale del mutuatario*". In siffatta ipotesi, quindi, l'adozione dell'*arm's length principle* può determinare una rettifica degli utili anche in assenza della rettifica di prezzi.

Orbene, qualora si volesse sostenere la conformità della norma interna di cui all'articolo 9, comma 3 del TUIR con quella convenzionale sarebbe sufficiente far leva sul ruolo prominente attribuito in entrambe le disposizioni al *pricing* della transazione. Tuttavia, avverso tali argomentazioni militano due circostanze, e segnatamente:

(I) il fatto che l'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE non presenta riferimento alcun al corrispettivo della transazione, focalizzandosi esclusivamente sulle *condizioni* del rapporto negoziale infragruppo, nozione, quest'ultima, assente nella norma domestica ; e, soprattutto,

(II) la circostanza che la norma interna di cui all'articolo 9, comma 3 del TUIR, impedisce tanto al contribuente quanto all'amministrazione finanziaria di fare uso - in ipotesi di transazioni concluse con società residenti in Stati con i quali l'Italia non ha concluso una Convenzione contro le doppie imposizioni - dei metodi reddituali non fondati su un confronto di prezzi quali il *TNMM* ed il *Profit Split Method* e la cui diffusione, come si evidenzierà nel capitolo successivo, è sempre più diffusa.

Invero, tali ultimi metodi si contrappongono concettualmente ai metodi tradizionali basati (i) sul confronto del prezzo (CUP) ovvero (ii) sul confronto tra i margini lordi di utile (*Cost Plus* e *Resale Price*) poiché procedono a una ripartizione dell'utile derivante dall'operazione, al contrario dei metodi tradizionali che procedono, invece, a una diretta individuazione di un prezzo ad *arm's length*.

A tale riguardo, il paragrafo 3.2. delle *TP Guidelines* nella versione del 1995 fa riferimento a circostanze che al momento della sua introduzione erano considerate eccezionali, ma che oggi sono divenute la norma nei gruppi multinazionali moderni. In particolare il paragrafo indica che: *“i metodi basati sull'utile della transazione esaminano gli utili provenienti da particolari transazioni controllate. Ai fini delle presenti linee Guida, essi sono il metodo di ripartizione dell'utile (o Profit Spli Method) e il metodo basato sul margine netto della transazione (o Transactional Net Margin Method). Di solito, le imprese non effettuano transazioni in cui l'utile è una condizione “convenuta o imposta” nell'ambito delle transazioni stesse... Tuttavia, nei casi eccezionali in cui la complessità dell'attività reale d'impresa crea **difficoltà pratiche** nei modi di applicazione dei metodi tradizionali basati sulla transazione ... l'applicazione dei summenzionati metodi basati sull'utile della transazione può consentire una determinazione del transfer price conforme al principio di libera concorrenza”*.

Orbene, le difficoltà pratiche cui fa riferimento il summenzionato paragrafo sono quelle ampiamente discusse in sede di apertura del presente lavoro e rappresentate dall'assenza di attendibili transazioni comparabili tra soggetti terzi indipendenti sul mercato, in particolare quando la transazione conclusa dalle imprese associate abbia ad oggetto complesse realtà imprenditoriali il cui valore è racchiuso in (i) beni intangibili, ovvero nello svolgimento di *significant non benchmarkable functions*.

Ora, in maniera conforme all'attuale versione dei Capitoli I-III delle *TP Guidelines* la Circolare discute dei metodi reddituali al capitolo III, attribuendo priorità gerarchica ai metodi tradizionali rispetto a quelli reddituali. Alla luce delle considerazioni sinora svolte e di quelle che seguiranno, tale priorità gerarchica non ha più ragione di essere.

Vale la pena ricordare che il metodo del CUP o di “confronto del prezzo” prevede una determinazione del valore normale sulla base del

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

confronto del prezzo di cessione di beni o corrispettivo per la prestazioni di servizi trasferiti nel corso di una transazione controllata con quello stabilito nel corso di una transazione comparabile. Tale metodo presuppone un'identità (o forte similarità) dei beni o servizi trasferiti.

Il metodo del “prezzo di rivendita” (o *Resale Price Method*) muove dall'individuazione del prezzo al quale il bene acquistato da un'impresa associata è rivenduto a terzi indipendenti. Successivamente, tale prezzo è ridotto di un margine lordo (c.d. *resale gross margin*), che costituisce l'ammontare con il quale il rivenditore intende coprire i costi di vendita e le proprie spese operative, realizzando così un profitto. Infine, il metodo del “costo maggiorato” (o *Cost Plus*) il prezzo di trasferimento è determinato sulla base dei costi di produzione aumentato di un margine di utile lordo.

A tale ultimo riguardo, sia il *Cost Plus* che il *Resale Price* sono *one-sided methods* (cioè, analizzano la transazione “controllata” solamente dal lato del produttore o distributore, rispettivamente) che (differentemente da quanto accade per il CUP) valorizzano l'analisi delle funzioni svolte dalle *tested parties* e, quindi, richiedono una minore necessità di comparare i prodotti, atteso che – al fine di comparare il valore ad *arm's length* della transazione associata - oggetto di comparazione non è il prezzo cui il bene o servizio viene scambiato nel libero mercato, ma il margine lordo direttamente dipendente dalle funzioni effettivamente svolte dal produttore o dal rivenditore.

Per quanto concerne i metodi “alternativi” o di “ultima istanza”, si rileva che mentre il metodo di ripartizione dell'utile (*Profit Split*) consiste nell'identificazione del profitto complessivo conseguito dalle imprese associate a seguito di una o più specifiche transazioni e nella sua ripartizione, tra le medesime imprese interessate nell'operazione, in seguito ad un'analisi economica tesa ad individuare l'assegnazione che sarebbe stata convenuta tra soggetti indipendenti. Il metodo basato sul margine netto della transazione (o TNMM), invece, esamina il margine di utile relativo ad una base adeguata (costi, vendite, *assets*) che un contribuente realizza da una transazione controllata o da transazioni controllate che conviene aggregare.

Infatti, già nel 1981⁹⁵ (quando ancora le realtà organizzative dei gruppi erano ben lontane dalla complessità raggiunta oggi) la prassi ministeriale aveva avuto occasione di confrontarsi (ed accettare) con un'applicazione del *profit split method*. Il caso sottoposto al vaglio dell'Amministrazione Finanziaria riguardava una società francese attiva nel settore del turismo che aveva proceduto all'apertura di un ufficio di rappresentanza in Italia.

La casa madre francese svolgeva attività di *marketing* di servizi turistici (nel caso di specie, soggiorni in alberghi e località turistiche in Italia),

⁹⁵ Cfr. C.M. No. 9/2555 del 1981

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

mentre alla *branch* italiana veniva affidato l'incarico di gestire le attività amministrative, finanziarie e logistiche di tali *hotels* e villaggi turistici per conto della casa madre.

Al momento della determinazione dell'allocazione dei costi e dei ricavi generati dall'attività summenzionata l'A.F. accettò una suddivisione perfettamente conforme all'adozione del metodo di ripartizione dell'utile sulla base di un'analisi di comparabilità (ivi inclusa un'analisi funzionale) del soggetto estero attivo in Italia, sicché il 75 per cento del fatturato delle vendite venne attribuito alla *branch* italiana in considerazione delle importanti funzioni imprenditoriali svolte (e dei rischi assunti e dei beni giuridici utilizzati).

Più in dettaglio, il ricorso a tale metodo, quindi, permette di ripartire l'utile conseguito dalle due imprese in due fasi. Nella fase 1 viene attribuita a ciascuna impresa una quota di utile che consenta alla stessa la realizzazione di un utile netto pari o simile all'utile conseguito o che sarebbe stato conseguito da un'impresa indipendente. In tale fase, ovviamente, non si tiene conto del margine di profitto attribuibile a funzioni esercitate dall'impresa nell'operazione in verifica che hanno carattere di unicità e incomparabilità.

Successivamente a tale ripartizione, la fase 2 prevede che le imprese procedano alla ripartizione dell'utile c.d. residuale, *id est* l'utile complessivo diminuito delle quote di utile attribuito alle due imprese e remunerativo di funzioni a basso valore aggiunto (c.d. *routine functions*).

L'utile residuo è poi ripartito in conformità a svariati criteri, ma ciò che preme in questa sede rilevare è che lo stesso tende a riflettere l'utile attribuibile a funzioni non suscettibili di facile valutazione o comparabilità (c.d. funzioni cui viene attribuito il c.d. *residual profit*).

Alla luce di quanto suesposto, appaiono evidenti i limiti della norma interna di cui all'articolo 9, comma 3 del TUIR la quale, ad avviso di chi scrive, non appare idonea a giungere alla determinazione di un prezzo di trasferimento, soprattutto quando oggetto della transazione è un bene immateriale.

Dato per assodato che *ex se* la norma interna non permette un automatico riferimento ai metodi reddituali, c'è da rilevare che ad ogni buon conto la Circolare prende in considerazione al Capitolo V la "cessione di beni immateriali", distinguendo tra le due figure giuridiche del (i) trasferimento di proprietà ovvero del diritto di godimento e (ii) gli accordi per la ripartizione dei costi (c.d. *cost sharing agreements*).

Preliminarmente, va ricordato che il paragrafo 6.3. delle TP *Guidelines* distingue tra (i) *trade intangibles* (o beni immateriali commerciali) e (ii) *marketing intangibles* (o beni immateriali derivanti da attività di marketing).

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

La distinzione fondamentale tra i due è che mentre i primi legano la loro esistenza al sostenimento effettivo di spese di ricerca al fine dell'ottenimento di brevetti, tecnologie di produzione o *know how* che possono assicurare – anche per periodi limitati di tempo – posizioni di monopolio sul mercato, i secondi sono invece costituiti dai marchi, nomi commerciali o altri segni distintivi dei prodotti, legando il loro successo alla “reputazione” riscossa in pubblico, sulla base della percezione qualitativa che di essi ha il cliente (ad esempio, attraverso campagne pubblicitarie).

In sostanza, la differenza tra i *trade* ed i *marketing intangibles* deve essere ricercata nella tipologia di costi che l'impresa deve sostenere per crearli (o comunque per acquisirli). Nel primo caso, infatti, si tratta di costi di ricerca e sviluppo, mentre nel secondo di spese promozionali, vale a dire di costi da sostenere prima dell'immissione del prodotto sul mercato, ovvero in concomitanza o successivamente.

Tanto premesso, se proviamo a seguire i suggerimenti della Circolare con riferimento a transazioni aventi ad oggetto beni immateriali, i risultati in tale specifico settore sono scadenti.

Partendo dal metodo del confronto del prezzo, infatti, è evidente che nella maggior parte dei casi tale approccio risulterà poco appagante, atteso che requisito sostanziale dell'intangibile (cui è connesso il relativo *profit potential*) è la sua originalità. Di conseguenza, appare arduo identificare sul mercato un prodotto simile cui attribuire un prezzo che sia *arm's length*.

In particolare, difettando l'identità qualitativa, non può procedersi a confrontare il prezzo oggetto di verifica con quello praticato per transazioni comparabili tra imprese indipendenti (confronto esterno) oppure tra due imprese che eseguono una transazione ed un'impresa indipendente (c.d. confronto esterno).

Neppure appare possibile il ricorso al metodo del *Cost Plus* o del *Resale Price Method*, e ciò per la semplice circostanza che difettano informazioni sufficienti sui margini lordi applicati, rispettivamente, da produttori o distributori terzi.

Pertanto, i metodi reddituali rappresentano nella maggior parte dei casi l'unica soluzione praticabile.

Ci terrei, da ultimo, a porre in luce le ambiguità poste in risalto dalla normativa interna per quanto attiene alla disciplina del trattamento del trasferimento del diritto di sfruttamento di beni immateriali.

Le ambiguità, invero, sono numerose e quasi paradossalmente discendono dalla circostanza che le istruzioni ministeriali sono puntuali e diffuse sull'argomento.

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

Con riguardo a tale profilo, da un lato sarà considerato il costo sostenuto dal concedente per la generazione del bene immateriale – se prodotto in economia; in alternativa, sarà computato il costo al netto degli ammortamenti se pervenuto a questi da terze economie. A fronte di tutto ciò, va tenuto presente, come elemento determinante, il vantaggio tecnologico e commerciale che presumibilmente potrà essere conseguito dal licenziatario.

Secondo le istruzioni ministeriali, è proprio tale ultimo elemento, *id est* l'*economic e competitive advantage* del licenziatario l'elemento imprescindibile per determinare la congruità del canone (*royalty*) oggetto di pattuizione tra le parti.

Orbene, in contrasto ad ogni logica di rispetto dell'*arm's length principle*, in sede ministeriale si è deciso di adottare un regime di salvaguardia (c.d. *safe harbours*⁹⁶) al fine di ovviare alle difficoltà di dar conto di criteri analitici per la determinazione del valore normale del canone. Per questa ragione si è stabilito un limite del 2 per cento sino al 5 per cento massimo per i canoni dovuti a fronte del diritto di sfruttamento di opere dell'ingegno (tralasciando qualunque genere di considerazione per i *marketing intangibles*!).

Royalties superiori al 5 per cento, pertanto, andranno ritenute congrue solamente se il contribuente potrà dimostrare in modo convincente valide ragioni in ordine all'alto livello tecnologico del settore economico in questione o altre circostanze probanti.

Da ultimo, del tutto assenti sono le indicazioni riferibili alla disciplina dei contributi versati per la partecipazione alle spese di ricerca e sviluppo sostenute dalla capogruppo o da altro soggetto del gruppo nell'interesse di una o più delle consociate⁹⁷.

⁹⁶Con l'espressione *safe harbours* si indica una previsione normativa applicabile ad una data categoria di contribuenti che li esonera da determinati obblighi assoggettandoli ad altri più semplici. Tale strumento è sempre stato oggetto di contrasti a livello internazionale perché tende ad ovviare, *id est* ad escludere, l'applicazione dell'*arm's length principle*.

⁹⁷Faccio riferimento in questa sede ai c.d. *buy-in payments* oggetto di grande dibattito soprattutto negli Stati Uniti. Cfr. in tal senso per una disamina esaustiva V. Amerkhail, *The Coming Conflict: Global Implications of the Proposed US Services and Intangibles Regulations*, in *Tax Management Transfer Pricing Report*, BNA, 4-14-04, 2009, p. 9.

5. L'Impulso dell'OCSE

Come noto, l'applicazione del principio di libera concorrenza ruota attorno all'analisi di comparabilità⁹⁸. In particolare, il paragrafo 1.15 delle TP *Guidelines* stabilisce la regola in base alla quale l'applicazione del principio di libera concorrenza deve fondarsi sul confronto tra le condizioni praticate per una transazione tra imprese associate e quelle praticate per una transazione tra imprese indipendenti.

A tale riguardo, "essere comparabile" significa che (i) nessuna delle differenze (nel caso esistano) tra le situazioni oggetto del confronto può effettivamente incidere sulla condizione da esaminare dal punto di vista della metodologia (ad esempio, prezzo o margine di profitto), ovvero (ii) si possono effettuare delle correzioni ragionevolmente eque al fine di esaminare le conseguenze dovute a tali differenze.

Tanto premesso, una corretta implementazione del procedimento di comparabilità presuppone un duplice passaggio argomentativo:

(a) in primo luogo, è necessario un confronto tra le condizioni accettate o imposte tra due imprese associate nelle loro relazioni commerciali o finanziarie con quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti per determinare se una rettifica dei prezzi di trasferimento possa essere legittimamente effettuata;

(b) completata la fase *sub* (a), solo nell'ipotesi in cui venga identificato un differimento delle condizioni accettate o imposte tra imprese associate con quelle che sarebbero state convenute da soggetti terzi, si potrà legittimamente procedere al computo del *transfer pricing adjustment*, a sua volta da intendersi come (i) ricalcolo degli utili che sarebbero stati percepiti dalle imprese associate in assenza di tali condizioni, ovvero (ii) ad un ripristino di quest'ultime su un' *arm's length basis*.

⁹⁸ Tale aspetto è stato ribadito con forza dall'OCSE nel *Draft Comparability: Public Invitation to Comment on a series of Draft Issues Notes* (pubblicato il 10 maggio 2006 sul sito www.oecd.org/ctp/tax) dove si è affermato che: "*Paragraph 1 of Article 9 of the OECD Model Tax Convention is the authoritative statement of the arm's length principle:*

"[When] conditions are made or imposed between [...] two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly." [emphasis added]

This paragraph is the foundation for comparability analyses because it introduces the need for a comparison between conditions made or imposed between associated enterprises and those which would be made between independent enterprises, as well as for a calculation of profits that would have accrued to the enterprise at arm's length."

Pertanto, per determinare il grado di comparabilità ed, in modo particolare, le eventuali correzioni da apportare per pervenire ad una attendibile validità della stessa, è di primaria importanza conoscere le modalità con le quali società indipendenti valutano le transazioni potenziali. A loro volta, per accertare gli elementi di una transazione potenziale le società indipendenti confronteranno la transazione oggetto dell'analisi con le altre realistiche possibilità che il mercato offre, e concluderanno la transazione soltanto nell'ipotesi in cui non sia a loro disposizione una soluzione più vantaggiosa.

Tale minore o maggiore appetibilità di una transazione potenziale è determinata dall'analisi di cinque fattori (c.d. *comparability factors*) che dovranno essere ponderati cumulativamente e diversamente in ragione della tipologia di transazione analizzata alla luce dei fatti e circostanze del caso concreto.

Il primo fattore da prendere in considerazione nell'analisi di comparabilità è rappresentato dalle (1) caratteristiche dei beni e dei servizi⁹⁹. Come può facilmente desumersi, tale fattore riveste particolare importanza nell'applicazione dei metodi basati sui prezzi delle transazioni, mentre assume minore rilievo nei metodi basati sulla comparazione dei margini di profitto (come il *Cost Plus*, il *Resale Price*, il *TNMM* ed il *Profit Split Method*).

Il secondo – e allo stato dell'evoluzione della disciplina dei prezzi di trasferimento, il più importante¹⁰⁰ – fattore di comparabilità è rappresentato dall'analisi funzionale¹⁰¹, che ha come obiettivo ultimo quello di identificare e comparare le attività e le responsabilità più significative (*rectius*, a valore aggiunto) sul piano economico svolte dalle imprese associate e dai soggetti terzi indipendenti. In sostanza, le funzioni che devono essere oggetto d'identificazione e confronto vanno dalla progettazione, alla fabbricazione, all'imballaggio, all'attività di ricerca e sviluppo, alla prestazione di servizi, acquisti, commercializzazione, pubblicità, etc.

⁹⁹ Cfr. il paragrafo 1.19 delle TP *Guidelines*.

¹⁰⁰ La rilevanza dell'analisi funzionale a elemento caratterizzante l'analisi di comparabilità è stata consacrata con l'adozione (il 18 luglio 2008) del *Report* finale dell'OCSE sull'attribuzione degli utili alla stabile organizzazione. In tale documento, invero, si esalta la nozione di “*significant people functions*” secondo cui la corretta imputazione di *profits* a livello della stabile organizzazione richiede l'esatta individuazione delle attività economiche rilevanti da essa abitualmente esercitate o, se si preferisce, delle funzioni-chiave da essa svolte nell'ambito dell'attività imprenditoriale condotta dalla società od ente di cui è parte. Per approfondimenti, si rinvia allo scritto di M. Bennett, R. Russo, *Discussion draft on a new article 7 of the OECD Model Convention*, in *International Transfer Pricing Journal*, No. 2, 2009, Volume 16, pp. 73 e ss.

¹⁰¹ Una dettagliata descrizione dell'analisi funzionale è svolta nei paragrafi che vanno dall'1.20 all'1.27 del capitolo I delle TP *Guidelines*.

Come evidenziato in apertura del presente lavoro, nell'ambito dell'analisi funzionale assume un ruolo fondamentale la ripartizione dei rischi tra le imprese associate, atteso che sono questi ultimi gli elementi cui va correlata la remunerazione dell'attività svolta.

Il terzo fattore di analisi sono le clausole contrattuali. Siffatto elemento si collega al precedente nella misura in cui ripartisce le responsabilità inerenti alla transazione. In caso di mancanza di disposizioni scritte, le relazioni contrattuali tra le parti devono essere dedotte dai loro comportamenti¹⁰².

Il quarto fattore da dover considerare è la situazione economica generale in cui si svolge la transazione¹⁰³. Invero, è logico che il prezzo di piena concorrenza possa variare secondo il mercato anche per transazioni inerenti agli stessi beni e servizi. Di conseguenza, al fine di porre in essere il confronto con il comportamento di un soggetto terzo, è necessario che il mercato sul quale operano le imprese associate e quelle indipendenti prese a campione siano comparabili e che eventuali differenze riscontrate non abbiano un effetto sensibile sui prezzi.

Ne consegue che in conformità a tale fattore è necessario identificare il mercato o i mercati in causa, facendo riferimento al livello di sostituibilità dei beni, alla posizione geografica e dimensione dello stesso ed al grado di concorrenza sul mercato.

L'ultimo, (ma altrettanto rilevante) fattore da prendere in considerazione è rappresentato dalle strategie d'impresa¹⁰⁴. A tale riguardo, esse richiedono di focalizzarsi su numerosi aspetti quali la messa a punto di nuovi prodotti, il grado di diversificazione, l'avversione al rischio, l'eventuale considerazione di fattori politici quali l'analisi degli interventi dello Stato sotto forma di controllo dei prezzi o dei tassi d'interesse etc.

Alla luce di quanto premesso, un passaggio fondamentale da tenere a mente per una corretta comprensione dell'analisi di comparabilità è la circostanza che, a prescindere dal metodo adottato, tutti i cinque summenzionati fattori devono essere sempre esaminati in dettaglio, con un grado di incidenza diverso a seconda che il contribuente abbia adottato un metodo tradizionale ovvero reddituale.

Altro aspetto fondamentale dell'analisi di comparabilità è la circostanza che le risultanze della stessa raramente giungeranno all'individuazione di un solo importo (prezzo o margine) costituente il miglior referente possibile per stabilire se una transazione ha rispettato “*arm's length terms*”. È molto più probabile, invece, che – come riportato testualmente dal paragrafo 1.45 delle *TP Guidelines* – “*non essendo, il transfer*

¹⁰² Paragrafi 1.28- 1.29 delle *TP Guidelines*.

¹⁰³ Cfr. il paragrafo 1.30 delle *TP Guidelines*.

¹⁰⁴ Cfr. i paragrafi 1.31.-1.35 delle *TP Guidelines*.

pricing, una scienza esatta”, l’applicazione del metodo o dei metodi più appropriati porti alla determinazione di una forchetta di valori, tutti con un’attendibilità equivalente e che garantiranno un’approssimazione delle condizioni che sarebbero state stabilite tra imprese indipendenti.

Ciò detto, è ora più semplice comprendere le motivazioni sottostanti una riconsiderazione della gerarchia dei metodi. Credo, anzi, utile a sostanziare la mia proposta porre l’accento sulle seguenti argomentazioni.

In primo luogo, vorrei riportare la posizione espressa dal delegato dell’A.F. australiana dinanzi al *Working Party* No. 6 dell’OCSE¹⁰⁵. Egli, a supporto della proposta degli Stati Uniti in ordine ad un maggiore riconoscimento e accettazione dei metodi reddituali, ha affermato quanto segue: “*Australia strongly agrees with the United States comments on this paragraph Profit based methods are OECD authorised methods and are not on a par with using “taxpayer’s internal decision-making factors and performance assessment criteria”. In Australia’s experience profit methods are often the most appropriate transfer pricing methods for use by taxpayers, often because of the absence of reliable comparable data to apply the traditional transaction methods. Australia considers that the categorisation of profit methods as method of last resort needs to be re-evaluated*”.

A tale riguardo, in una prospettiva comparatistica diviene interessante ripercorrere storicamente l’introduzione negli Stati Uniti del *Comparable Profit Method* (o metodo di confronto degli utili) che ha a sua volta giustificato l’emanazione nel 1994 della c..d. *Best Method Rule*¹⁰⁶.

Infatti, nella versione promulgata nel 1968, la *Section 482* delle *US Regulations* contemplava, accanto ai tre metodi c.d. “tradizionali” un non ben specificato “*fourth method*” il cui ricorso era giustificato nella sola ipotesi in cui non era possibile individuare transazioni comparabili tra imprese indipendenti, data l’unicità della transazione, del diritto o bene trasferito ovvero della funzione svolta.

Il problema, avvertito già agli inizi degli anni ’70, ruotava intorno alla circostanza che le transazioni tra imprese affiliate iniziavano ad avere ad oggetto beni le cui caratteristiche erano uniche (fenomeno, quest’ultimo, dovuto al *gap industriale* a favore degli Stati Uniti la cui capacità produttiva industriale era rimasta intatta dopo la seconda guerra

¹⁰⁵ Il *Working Party* No. 6 è la Commissione responsabile dell’analisi della disciplina in materia di *Transfer Pricing*.

¹⁰⁶ Alla luce delle 1994 *US Regulations* la disciplina americana in materia di prezzi di trasferimento prevede che: “*The arm’s length result of a controlled transaction must be determined under the method that, under the facts and circumstances, provides the most reliable measure of an arm’s length result. Thus, there is no strict priority of methods, and no method will invariably be considered to be more reliable than others*”.

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

mondiale), ovvero le cui transazioni venivano poste in essere a livelli di mercato diversi rispetto a quelli cui si trovavano soggetti terzi indipendenti.

Si pensi, a tale riguardo, al caso degli acquisti di beni dalla capogruppo effettuati un distributore affiliato che, rispetto a un soggetto terzo indipendente, spesso non deve far fronte alle variazioni di prezzo causate dalle oscillazioni occorrenti sul mercato all'ingrosso (c.d. *wholesale level*). Soprattutto, è pressoché impossibile che il soggetto affiliato riesca a reperire informazioni attendibili sui margini di utile lordo applicati da un soggetto terzo indipendente, per il semplice fatto che i database di pubblico dominio non riportano tale informazioni.

Per far fronte a tale *deficit* legislativo, nel 1988 lo *US Treasury Department* pubblicò un *White Paper*¹⁰⁷ nel quale si concludeva che, in tutte le situazioni aventi ad oggetto (i) il trasferimento del diritto di sfruttamento su beni immateriali, ovvero (ii) il soggetto licenziatario non aveva né sviluppato né acquisito *valuable non routine intangibles* e (iii) non riuscivano ad identificarsi transazioni comparabili sul mercato, l'entità del canone da corrispondere al licenziante doveva essere calcolato attribuendo a quest'ultimo un *Basic Arm's Length Return Method* (c.d. BALRM). In conformità a tale formula, quindi, il calcolo della *royalty* sarebbe andato ad assorbire l'utile residuale derivante dallo sfruttamento del bene immateriale rendendo il canone comparabile agli utili netti che soggetti terzi indipendenti avrebbero ottenuto su una transazione simile.

Il risultato di tale studio portò nel 1992 alle *US Proposed Regulations* che andavano a sostituire il summenzionato "*Fourth Method*" con il *Comparable Profits Method*. Quest'ultimo autorizza tanto il contribuente che l'amministrazione finanziaria ad accertare se gli utili netti conseguiti da imprese associate potessero rientrare nell'intervallo di utili nozionali, a loro volta calcolati muovendo dagli *operating profits* ottenuti da soggetti terzi indipendenti.

Tale premessa, pertanto, aiuta a meglio comprendere da dove l'OCSE abbia preso lo spunto per avviare il processo (tuttora in corso e la cui finalizzazione è prevista per l'inizio del 2011) di periodico aggiornamento delle TP Guidelines, con specifico riguardo ai capitoli I e III (involgenti, appunto, l'analisi di comparabilità ed i metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento).

Facendo seguito alla pubblicazione del *Comparability Draft* del maggio del 2006, l'OCSE nel gennaio del 2008 ha rilasciato il *Discussion Draft* sui *Transactional Profit Methods* al fine di illustrare – in modo più esauriente di quanto era stato fatto con le *TP Guidelines* del 1995 – alcuni risvolti applicativi del *TNMM* e del *Profit Split Method*, nell'ottica

¹⁰⁷ A Study of Intercompany pricing under Section 482 of the Code, IRS Notice 88-123, 1988 -2 CB, p. 458

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

di stimolare una discussione in merito alla possibile estensione dell'ambito applicativo della ricostruzione del valore normale degli scambi infragruppo utilizzando le summenzionate metodologie.

In sostanza, il *Draft* del 2008 cerca di ovviare, da un lato, ai limiti insiti nella disciplina dell'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE (e del relativo Commentario) e , dall'altro, di offrire una chiave di lettura delle TP *Guidelines* che si possa adattare ai mutati scenari imprenditoriali determinati dall'esistenza di gruppi multinazionali – come ampiamente illustrato - fortemente integrati.

Infatti, la disposizione convenzionale non chiarisce quali siano le metodologie attraverso le quali è possibile pervenire alla determinazione di un valore congruo delle transazioni infragruppo. Ne consegue che spetterebbe alle singole discipline nazionali procedere all'elaborazione di metodi di valorizzazione degli scambi *intercompany*.

D'altro lato, anche se le TP *Guidelines* indicano tanto l'applicazione di metodi basati sul valore normale della singola operazione conclusa tra imprese associate (c.d. *traditional transactional methods*) quanto i metodi basati sull'utile emergente dalla transazione (*transactional profit methods*, viene (come più volte rimarcato) attribuita attendibilità prevalente ai metodi c.d. "tradizionali".

Come anticipato, secondo la corrente formulazione dei capitoli I e III delle direttrici OCSE i metodi reddituali rimangono, di fatto, destinati a regolare solo situazioni residuali. In questa prospettiva, il principale obiettivo del *Discussion Draft* del 2008 è proprio analizzare nel dettaglio i *pro* e *contro* concernenti la soppressione di siffatto *last resort status* in favore di un approccio più tendente alla *best method rule* americana analizzata poco fa, fa e tendente a selezionare quel metodo che, in ogni caso specifico, assicura il maggior grado di attendibilità e approssimazione all'*arm's length principle*.

Ebbene, le conclusioni raggiunte dal *Discussion Draft* del gennaio 2008 sul punto sono degne di nota, anche se non riescono a colmare quella distanza concettuale fra il principio gerarchico precedentemente affermato nelle TP *Guidelines* e la summenzionata *Best Method Rule*.

In sintesi, il *Discussion Draft* propone 3 integrazioni alle TP *Guidelines* che andrebbero ad impattare direttamente sul *last resort status* dei metodi reddituali. La prima integrazione coinvolgerebbe il paragrafo 1.68 delle TP *Guidelines*, con specifico riferimento all'assunto secondo cui: "Nessun metodo è valido per qualsiasi possibile situazione e non è necessario confutare l'applicazione di questo o quel metodo".

In sostanza, la modifica tende a inserire un linguaggio che – divergendo sostanzialmente dalla regola in vigore negli Stati Uniti – introdurrebbe la regola del "metodo più appropriato" (o *most appropriate method*). La disposizione sarebbe formulata come segue: "La selezione di un metodo

deve essere sempre fatta mirando a scegliere il metodo più appropriato per il caso specifico considerando i punti di forza e di debolezza di ogni metodo, l'adeguatezza di ogni metodo alla luce dell'analisi di comparabilità effettuata (con specifico riguardo all'analisi funzionale), la disponibilità di informazioni attendibili ed, infine, l'affidabilità di eventuali rettifiche preordinate ad eliminare differenze riscontrate nell'analisi di comparabilità'."

Ora, come può facilmente desumersi dall'adozione di tale linguaggio, ruolo centrale (*rectius*, rafforzato) verrebbe assunto dall'analisi funzionale che nell'attuale scenario di *vertically and highly integrated supply chains* diverrebbe elemento cardine per una corretta determinazione dell'*arm's length price*.

La seconda modifica riguarderebbe il paragrafo 2.49 delle TP *Guidelines* che, se accolta, andrebbe (a mio avviso ragionevolmente, vista la più facile applicabilità dei metodi c.d. "tradizionali") a bilanciare la prima sostanziale modifica discussa *supra*.

Infatti, a sostanziale riconoscimento dell'affermazione di una "parziale gerarchizzazione" dei metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento, si suggerisce di rendere comprensibile il seguente concetto in forza del quale: "allorché sia un metodo tradizionale, sia uno reddituale possono essere applicati in modo attendibile, il metodo tradizionale deve essere preferito al metodo reddituale".

Infine, la terza modifica riguarda i paragrafi 2.49A (che andrebbe inserito *ex novo* nelle TP *Guidelines*) ed il paragrafo 3.2 delle TP *Guidelines*. Esso rappresenta senza dubbio la maggiore innovazione apportata dal *Draft* in quanto l'OCSE propone un elenco di situazioni in cui l'applicazione dei metodi reddituali appare preferibile rispetto all'applicazione dei metodi c.d. tradizionali.

In sintesi, i primi potrebbero risultare più adatti dei secondi quando:

(i) la comparazione tra margini netti di utile risulti essere più appropriata rispetto alla comparazione dei margini lordi di contribuzione (si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui un'impresa associata sostenga un diverso tipo di spese operative rispetto all'impresa impegnata nella transazione comparabile); ovvero

(ii) quando entrambe le imprese associate svolgano funzioni non confrontabili (le già menzionate *non-benchmarkable functions*) con quelle svolte da imprese indipendenti (ed automatico rinvio al *profit split method*); ed, infine

(iii) quando non vi sia disponibilità di informazioni pubbliche sui margini lordi di contribuzione conseguiti da imprese indipendenti nelle transazioni giudicate comparabili.

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

Ricapitolando: le prime due modifiche proposte dal *Discussion Draft on Transactional Profit Methods* “affinano” il quadro interpretativo attualmente proposto dalle *TP Guidelines*, anche le stesse non devono essere confuse con le *Regulations* statunitensi. Ciò è tanto più vero se si considera che la *Best Method Rule* americana pone a carico del contribuente un gravoso onere probatorio, consistente nel documentare le motivazioni che hanno indotto l’impresa associata ad escludere gli altri metodi a sua disposizione (tale *compliance burden* non viene, invece, contemplato nel *Draft* dell’OCSE).

Pertanto, qualora le prime due proposte fossero accolte (come sembra essere il caso) all’interno delle *TP Guidelines*, il nuovo quadro interpretativo fornirebbe una parità iniziale di tutti i metodi. Tuttavia, nel caso di contemporanea applicabilità di un metodo tradizionale e di uno reddituale, il primo avrebbe ancora la precedenza. Si ribadisce, inoltre, nel *Draft* del 2008 ciò che già lo studio del 2006 sull’analisi di comparabilità aveva evidenziato, ovvero che il principio di libera concorrenza rigetta l’utilizzo di transazioni controllate, ma non di soggetti controllati.

In altri termini, ciò significa che le transazioni effettuate da una filiale di un’impresa multinazionale con soggetti indipendenti possono essere utilizzate nell’analisi di comparabilità senza violare il principio dell’*arm’s length* (ci si riferisce all’esistenza di *internal CUPs* da usare come *benchmark*).

Tanto premesso, ciò che rappresenta il vero elemento di rottura rispetto al passato è la proposta formulata in seno all’OCSE di riconoscere l’esistenza di situazioni in cui i metodi di profitto siano da preferirsi *tout court* a quelli tradizionali e, menzionando chiaramente l’ipotesi della non disponibilità di informazioni pubbliche sul margine lordo di contribuzione applicato da soggetti terzi indipendenti, sembra legittimare la scelta di numerosi contribuenti che hanno optato per l’uso comune del metodo transattivo della comparazione dell’utile netto o *TNMM*.

Prima di analizzare nel dettaglio i vantaggi derivanti da un uso diffuso dei metodi reddituali, mi sembra opportuno svolgere a questo punto alcune considerazioni sull’analisi di comparabilità, al fine di evitare incomprensioni.

A livello OCSE, tutti i metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento, *id est* sia quelli tradizionali, che quelli reddituali, sono basati sulla transazione. Ne consegue che qualora si vogliano applicare correttamente entrambe le categorie metodologiche, in assenza di transazioni comparabili “interne”, sarà necessario reperire informazioni relative a singole transazioni poste in essere tra soggetti indipendenti.

Com’è facile immaginare, suddette informazioni sono molto difficili da rinvenire, atteso che raramente le imprese diffondono dati sulle loro transazioni (spesso questi ultimi sono catalogati alla stregua di

confidential business information!). A ciò si aggiunga che gli obblighi di informativa generalmente previsti per i gruppi multinazionali riflettono il loro *modus operandi*, e cioè si ottengono dati aggregati o consolidati per linee di *business* o addirittura, dell'azienda nel suo insieme.

La risposta a tale quesito a mio avviso rafforza l'idea di chi (come chi scrive) ritiene che i metodi reddituali debbano assurgere quantomeno al rango di strumenti equiparati ai c.d. *traditional transactional methods*. Infatti, se il contribuente (o l'Amministrazione Finanziaria) decide di adottare il metodo basato sul confronto del prezzo (o CUP), in linea di principio non sarà mai possibile utilizzare dati aggregati, atteso che il "prezzo" di un insieme di transazioni tra loro non omogenee non assume alcuna rilevanza economica.

Ad esempio, se si volesse identificare un "CUP" per un determinato prodotto elettronico di consumo, non sarebbe logico esaminare il ricavo aggregato di un soggetto terzo indipendente che vende, in condizioni comparabili, una gamma di prodotti elettronici di consumo, salvo che (i) questi ultimi non siano tutti dello stesso identico tipo e (ii) si abbiano a disposizione anche i dati del soggetto terzo sulle quantità vendute, circostanza questa piuttosto rara.

Nell'applicazione di altre metodologie (come il TNMM od il *Profit Split*) risulta, invece, possibile aggregare transazioni di soggetti terzi indipendenti, se queste ultime formano un insieme omogeneo di transazioni tutte tra loro comparabili in base ad una stringente applicazione dei cinque fattori di comparabilità summenzionati. A tale riguardo, il corretto livello di aggregazione (o disaggregazione) dei dati sarà in ogni caso determinato dalle circostanze specifiche. In altre parole, solo se un'impresa X svolge un'attività che prevede un'unica tipologia di transazione, sarà possibile considerare i dati aggregati a livello dell'intera società.

Ciò detto, la necessità (da parte tanto delle A.F. che del contribuente) di svolgere comunque un'analisi di comparabilità al fine dell'individuazione di *arm's length conditions* rende spesso desiderabile il ricorso acritico a dati aggregati d'interesse realtà aziendali, facilmente disponibili per il tramite di *database* commerciali o di sistemi informativi centralizzati in possesso delle A.F. e che inevitabilmente tende a ridurre il livello qualitativo medio delle analisi.

Va, infatti, tenuto presente che l'analisi sui prezzi di trasferimento richiede un costante confronto con le condizioni di mercato, confronto da intendersi innanzitutto sotto il profilo economico. Pertanto, l'esistenza di più transazioni connesse tra loro comporta la necessaria aggregazione dei flussi di beni e servizi insiti nella catena del valore (c.d. *portfolio approach*) di modo che – a fronte dell'alternativa di scomporre la transazione infragruppo in molteplici componenti al fine di procedere ad una valorizzazione transazione per transazione – la possibilità di operare un confronto a livello aggregato (che va sempre dichiarato e motivato) di

utili netti e margini operativi, oltre ad essere un criterio più facilmente adottabile, permette di eseguire un'analisi più rispondente alle concrete modalità applicative dell'*arm's length principle*.

Ciò detto, la tematica dell'aggregazione delle transazioni è differente da quella – illustrata ai paragrafi 1.42- 1.44 delle TP *Guidelines* – che affronta la tematica dell'aggregazione delle transazioni da parte del contribuente. In altri termini, per il contribuente sorge il problema di valutare l'eventuale aggregazione di singole trattazioni; per le transazioni potenzialmente comparabili di soggetti terzi, invece, può sorgere la necessità di effettuare la disaggregazione al fine di reperire utili informazioni.

A tale ultimo riguardo, i dati concernenti, l'intera impresa non vanno utilizzati se quest'ultima pone in essere almeno un'altra transazione oltre quella in esame che (i) non è ad essa comparabile secondo i cinque fattori di comparabilità e (ii) non ha effetto sui dati relativi all'intera impresa.

Quanto sopra porterà a ottenere, il più delle volte, l'utilizzo nell'analisi di comparabilità – di un intervallo di valori di libera concorrenza in luogo di un unico valore (che sia un prezzo o un margine). L'utilizzo dell'intera gamma di valori sarà legittimo, ad avviso dell'OCSE, solo nei casi in cui tutti i valori che compongono l'intervallo siano affidabili in maniera relativamente equivalente¹⁰⁸.

Ora, al di là delle problematiche inerenti alla legittimazione ed all'affrancamento dei metodi reddituali, mi sembra utile rilevare che il *Discussion Draft* dell'OCSE del gennaio del 2008 entra nel dettaglio di varie problematiche applicative legate all'uso di entrambi i metodi reddituali. Le prime osservazioni riguardano l'uso del *Transactional net margin method*.

Innanzitutto, è opportuno precisare in questa sede che, secondo quanto stabilito dalle TP *Guidelines* del 1995, il TNMM si applica comparando il margine netto di utile conseguito da un'impresa associata nella transazione infra-gruppo con il margine netto conseguito da imprese indipendenti in transazioni comparabili. Oggetto della comparazione è il profitto netto relazionato ad una base appropriata quale vendite, costi totali o *assets* utilizzati nel ciclo produttivo.

Più in dettaglio, l'applicazione del TNMM è fondata sul concetto che l'utile conseguito da imprese operanti nello stesso settore e in condizioni simili dovrebbe tendere a essere simile entro un ragionevole periodo. In sostanza, il TNMM segue le stesse logiche del metodo del *cost plus* e del prezzo di rivendita; la sola reale differenza fra i metodi si ha con riferimento all'oggetto della comparazione che, nel caso del TNMM, è il margine netto.

¹⁰⁸ Cfr. il paragrafo 1.45 delle TP *Guidelines*.

Ebbene, il *Discussion Draft* tocca diverse problematiche di natura tecnica strettamente inerenti all'uso e all'applicazione del TNMM. Fra queste, le osservazioni di maggior interesse riguardano l'uso del TNMM per verificare i risultati derivanti dall'applicazione di un altro metodo (*sanity check*) e le modalità di effettuazione dell'analisi di comparabilità.

Con riferimento al primo punto, il *Discussion Draft* specifica che l'uso del TNMM come *sanity check*, benché non obbligatorio e non richiesto ai contribuenti, possa essere utile in diverse circostanze. In particolare, si fa riferimento a casi in cui vi siano particolari complessità legate all'applicazione di un metodo tradizionale (ad esempio, aggiustamenti, scarsità d'informazioni) o casi in cui il risultato ottenuto tramite l'applicazione di un altro metodo appaia non realistico o impraticabile.

Nella pratica, il TNMM è utilizzato spesso come metodo di controllo nei casi di applicazione del metodo del prezzo di rivendita. Il procedimento è comune e solitamente molto semplice: i prezzi di trasferimento fra casa madre e distributori collegati esteri vengono stabiliti tramite l'uso del metodo del prezzo di rivendita garantendo ai distributori un margine di utile lordo di mercato.

In una seconda fase, si procede all'esame del conseguente conto economico del distributore per esaminare gli effetti dell'applicazione del metodo anche in termini di margini netti. In questa seconda fase, eventuali scostamenti dai dati di mercato possono svelare un errore nella scelta del primo metodo o nella sua applicazione.

In ogni caso, il *Discussion Draft* conclude che vi è un totale consenso fra i Paesi membri per non modificare l'approccio seguito fino ad ora all'interno delle TP *Guidelines* e, quindi, non obbligare contribuenti ed autorità fiscali ad utilizzare più di un metodo per ogni transazione al fine di evitare l'insorgere di onerosi costi di *compliance*. Tuttavia, conclude il *Discussion Draft*, potrebbe essere utile inserire all'interno delle TP *Guidelines* ulteriori indicazioni per i casi in cui i contribuenti ritengano autonomamente necessario l'uso di un metodo di controllo.

Con riferimento al secondo punto, vale a dire con riferimento all'analisi di comparabilità per l'applicazione del TNMM, il *Discussion Draft* propone alcune modifiche al testo originario delle Linee Guida.

In questa prospettiva, è bene precisare che l'analisi di comparabilità è il procedimento che viene immediatamente dopo la fase d'identificazione di transazioni commerciali potenzialmente comparabili a quella sotto osservazione. Essa serve appunto per definire il grado di comparabilità fra le transazioni ed è effettuata esaminando i fattori considerati al capitolo I delle TP *Guidelines*.

Secondo le TP *Guidelines*, infatti, più il risultato dell'analisi di comparabilità è positivo, più è possibile applicare i metodi tradizionali. Al contrario, fra gli aspetti positivi dei metodi reddituali vi è che i margini netti possono tollerare maggiormente alcune differenze funzionali tra le transazioni controllate e quelle sul libero mercato

rispetto ai margini di utile lordo. Le differenze tra imprese riguardo alle funzioni realizzate, infatti, si riflettono spesso nelle differenze concernenti le spese di esercizio e di conseguenza, le imprese possono avere una vasta gamma di margini di utile lordo e ottenere però livelli di utile netto largamente simili¹⁰⁹.

Le modifiche suggerite dal *Discussion Draft* hanno l'obiettivo di porre nuovamente l'enfasi sull'analisi di comparabilità (e si ripete, sull'analisi funzionale) anche in caso di applicazione dei metodi reddituali. In quest'ottica il *Discussion Draft* riafferma la centralità dell'analisi di comparabilità riagganciandosi proprio all'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE ed al principio del prezzo di libera concorrenza che, per primo, introduce il concetto di comparazione fra le transazioni infra-gruppo e le transazioni commerciali avvenute sul libero mercato.

Ora, il fatto che i metodi reddituali, ed in particolare il TNMM, siano meno soggetti rispetto agli altri metodi a eventuali differenze nelle funzioni svolte dalle parti impegnate nella transazione può essere preso in considerazione, ma non deve divenire un pretesto per ignorare il cardine del principio di libera concorrenza.

Valga questo esempio (riportato nel *Discussion Draft* del 2008) per illustrare le summenzionate differenze:

“It is recognized that the transactional net margin method can be less sensitive to some differences in the characteristics of products than the comparable uncontrolled price or resale price methods. In practice when applying the transactional net margin method a greater emphasis is generally placed on functional comparability than on the characteristics of products. The transactional net margin method can however be less sensitive to some differences in functions which are reflected in variations in operating expenses as illustrated below.

Below it is shown a difference on the effect of a difference in the intensity of the marketing function performed by a distributor. The example below is for illustration only. It is not intended to provide any guidance on the choice of the transfer pricing method, on the choice of comparables, on the efficiency of distributors or on arm's length rates of return, but only to illustrate the effects of differences between the intensity of the marketing function of a distributor and of comparables.

¹⁰⁹ Cfr. il paragrafo 3.34 delle *TP Guidelines* in forza del quale: “É probabile che i prezzi vengano influenzati dalle differenze tra i prodotti, mentre i margini lordi dalle differenze tra le funzioni, ma gli utili d'esercizio risultano meno influenzati da tali differenze. Come per i metodi del prezzo di rivendita e del costo maggiorato, i quali sono simili al metodo basato sul margine netto della transazione cioè, tuttavia, non significa che un elevato grado di similarità delle funzioni tra due imprese conduca a dei confronti attendibili”.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

	Case 1 The distributor performs a limited marketing function	Case 2 The distributor performs a more significant marketing function
Sales of product (for illustration purposes, assume both sell the same volume of the same product on the same market at the same price)	1,000	1,000
Purchase price from manufacturer taking account of the significance of the marketing function in accordance to the functional analysis	600	480 (*)
Gross margin	400 (40%)	520 (52%)
Marketing expenses	50	150
Other expenses (overheads)	300	300
Net profit margin	50 (5%)	70 (7%)

- (*) Assume that in this case the difference of 120 in transaction price corresponds to the difference in the intensity of the marketing function performed by the distributor (additional expense of 100 plus remuneration of the function of the distributor)

Under Illustration 1, if a taxpayer is operating with a related party manufacturer as in case 2 while the third party “comparables” are operating as in case 1, and assuming that the difference in the intensity of the marketing function is not identified because of for instance insufficiently detailed information on the third party “comparables”, then the risk of error when applying a gross margin method could amount to 120 (12% x 1,000), while it would amount to 20 (2% x 1,000) if a net margin method was applied. This illustrates the fact that, depending on the circumstances of the case and in particular of the effect of the functional differences on the cost structure and on the revenue of the “comparables”, net profit margins can be less sensitive than gross margins to differences in the intensity of functions”.

Infine, gli ultimi paragrafi del *Discussion Draft* sono dedicati all’esame di varie problematiche applicative legate all’uso del metodo del *profit split*. Di particolare interesse sono le considerazioni fatte in merito alla possibilità di scegliere il *profit split* come metodo più adeguato nei casi delle cosiddette *unique contributions*.

A tale riguardo è utile premettere che il metodo del *profit split* si applica ripartendo l’utile d’esercizio consolidato derivante da una transazione in verifica come lo avrebbero ripartito imprese indipendenti impegnate in una transazione comparabile. Tale ripartizione può avvenire anche tramite un’analisi delle contribuzioni di ciascuna parte (c.d. *contribution analysis*). L’indicatore di profittabilità da utilizzarsi per la ripartizione deve essere il margine netto, anche se in alcuni casi può essere preferibile utilizzare il margine d’utile lordo. Anche il *profit split* dovrebbe avere (almeno in teoria) un’applicazione residuale limitata a poche ipotesi particolari.

Infatti, secondo quanto stabilito dalle *TP Guidelines*, il *profit split* dovrebbe essere applicato principalmente nei casi in cui le transazioni siano più d’una, strettamente collegate e così complesse per cui non sia possibile individuare sul libero mercato nessuna forma di transazione o insieme di transazioni nemmeno parzialmente comparabili (esattamente la tipologia di transazioni ordinariamente concluse da multinazionali fortemente integrate e che generano il proprio valore dallo sfruttamento di beni immateriali!).

Non è un caso, allora, che il *Discussion Draft* – al fine di riflettere la realtà di MNE ad alto contenuto “tecnologico” - sembra proporre un’estensione delle ipotesi di applicabilità del metodo prendendo in esame le transazioni commerciali che richiedono “*unique contributions*” dalle imprese che vi partecipano. Detto altrimenti, il metodo del *profit split* viene consigliato nei casi in cui entrambe le imprese impegnate nella transazione infra-gruppo forniscano un contributo unico per cui

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

non sia possibile individuare situazioni similari o transazioni comparabili.

In questi casi, lo svolgimento di funzioni particolari o la detenzione di beni immateriali “senza eguali” da parte di entrambe le imprese associate rende inutile la ricerca di transazioni comparabili e, di fatto, obbliga le imprese a determinare i prezzi di trasferimento ipotizzando un’allocazione dei profitti fra le parti corrispondente a quella che sarebbe stata accettata dalle parti stesse se fossero state fra loro indipendenti.

Per tali situazioni, il *Discussion Draft* del 2008 suggerisce che l’allocazione dei profitti fra le imprese associate venga basata su una valutazione dei relativi contributi che ogni impresa fornisce nell’ambito del complesso delle attività relative alla transazione commerciale. Benché dati esterni relativi a transazioni fra società terze, potrebbero essere anch’essi rilevanti, l’OCSE riconosce che essi sarebbero in ogni caso meno importanti che in quelli di applicazione di altri metodi.

Sempre secondo il *Discussion Draft*, infatti, l’esperienza mostra come in diversi casi il metodo del *profit split* possa essere applicato con successo senza fare alcun riferimento ad informazioni esterne.

Si ritiene utile, in conclusione, proporre due casi pratici al fine di dimostrare come l’utilizzo dei metodi reddituali permetta di sopperire ai limiti insiti nell’adozione dei soli metodi tradizionali.

Esempio No. 1 (Applicazione del Metodo TNMM)

Il **gruppo AB** svolge la propria attività d’impresa nell’ambito della fornitura globale di componenti *hardware* per apparecchi elettronici (computer portatili, lettori MP3 etc.).

La casa madre del gruppo é la società **Man US**, residente fiscalmente negli Stati Uniti e titolare del marchio e del *know-how* necessario per la produzione dei beni.

Man US detiene a sua volta la totalità del capitale sociale di **Man S.r.l.**, società italiana responsabile per l’intero gruppo della produzione dei componenti *hardware*.

Le altre entità affiliate del gruppo **AB** svolgono attività di *marketing* e vendita dei prodotti su base locale.

Orbene, una corretta analisi di comparabilità (ivi inclusa una completa analisi funzionale) richiede in primo luogo di individuare le relazioni esistenti tra le società del gruppo e le transazioni rilevanti ai fini dell’applicazione della disciplina dei prezzi di trasferimento.

Dalle informazioni sommarie fornite, **Man S.r.l.** si occupa esclusivamente della produzione dei componenti. In particolare, la società italiana può qualificarsi come produttore su commessa (c.d. *contract manufacturer*) per conto della controllante statunitense **Man**

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

US, non impegnato in alcuna attività distributiva e al quale può essere associato un basso profilo di rischio e funzioni limitate.

Per ciò che attiene, invece, all'individuazione delle transazioni rilevanti ai fini della determinazione del prezzo di trasferimento al "valore normale", occorre focalizzarsi sulle vendite dei componenti di *hardware* prodotti dalla società italiana a favore di quella statunitense.

La società italiana – assoggettata a verifica – dichiara su richiesta di adottare la metodologia del *Cost Plus*, applicando sul costo di produzione una percentuale di ricarico pari al 5 per cento. Il suddetto margine lordo di contribuzione viene giustificato dal contribuente sulla base della "*ventennale esperienza maturata dalla nostra azienda leader nel settore. Infatti, i dati in nostro possesso su competitor filiali di gruppi concorrenti consentono di affermare che un tipico produttore su commessa di componenti hardware ottiene indicativamente un mark-up sui costi di produzione compreso in un intervallo tra il 3 e il 5 per cento*".

A supporto dell'approccio metodologico scelto, la società italiana adduce le seguenti motivazioni, e segnatamente che: (i) a livello di gruppo si è individuata come *tested party* il soggetto italiano in verifica in quanto entità meno complessa e, soprattutto, (ii) si è scelto un metodo tradizionale tra quelli che l'Amministrazione Finanziaria indica da preferirsi.

Tale approccio metodologico non può essere ritenuto accettabile per le seguenti ragioni. In primo luogo, non è possibile individuare alcuna transazione comparabile tra **Man S.r.l.** e soggetti terzi indipendenti. Detto altrimenti, **Man US** risulta essere l'unico committente della società italiana.

In secondo luogo, la controllante americana non porta a termine alcun acquisto delle medesime o similari componenti *hardware* da soggetti terzi indipendenti.

Inoltre (e ciò risulta l'elemento discrezionale determinante per il rifiuto della metodologia *Cost Plus* suggerita dal contribuente) mancano informazioni "esterne" relative tanto (i) ai prezzi applicati da terze parti indipendenti, quanto (ii) dei margini di contribuzione lordi applicati da soggetti terzi per la produzione di beni della medesima categoria prodotti dalla *tested party* italiana.

Pertanto, per una corretta soluzione del caso in esame si suggerisce di procedere come segue.

Innanzitutto, il punto di partenza – nella considerazione dei cinque fattori di comparabilità in precedenza discussi – è la necessità di svolgere una completa analisi funzionale e dei rischi che guidi alla scelta dell'entità assoggettata a controllo e all'individuazione del metodo che porti ad una migliore approssimazione del valore normale.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Ora, riguardo alla transazione oggetto di verifica, frequentemente il prezzo di trasferimento è determinato con riferimento all'entità meno complessa (generalmente, il distributore ovvero il produttore con limitate funzioni e rischi).

Nel caso *de quo*, pertanto, la scelta della società italiana come *tested party* (perché entità meno complessa) appare corretta così come, in linea di principio, la scelta del metodo del "costo maggiorato". Tuttavia, occorre verificare se vi sia disponibilità di informazioni sui margini lordi di contribuzione applicati da terzi indipendenti e svolgenti funzioni simili che, come visto, nell'ipotesi al vaglio dei verificatori è assente.

Vi è di più. Il metodo prescelto non viene correttamente applicato per quanto riguarda la determinazione del *cost plus mark-up*, atteso che lo stesso viene forfettariamente stimato in base all'"esperienza del gruppo", ma ignorando qualsivoglia ricorso a dati oggettivamente riscontrabili sul mercato. Infatti, i dati relativi a competitors, quali filiali di gruppi concorrenti, non sono utilizzabili poiché riferibili a transazioni poste in essere tra soggetti non indipendenti.

Al contrario, facendo leva su di una fonte informativa accettabile (quale, ad esempio, l'insieme dei dati finanziari e di bilancio di società italiane classificate per codice di attività), potrebbe essere utile procedere ad una comparabilità funzionale. A tale riguardo, si provvederà a selezionare:

- Un "x" numero di produttori indipendenti di componenti elettronici generici e dispositivi per computer i quali, a loro volta,
- risultino comparabili a **Man S.r.l.** in ordine al profilo funzionale e di rischio, tenendo conto dei summenzionati fattori di determinazione della comparabilità previsti dalle *TP Guidelines*.

Ne consegue che, in assenza di informazioni in merito a margini lordi di contribuzione riferibili a soggetti terzi comparabili, sarà necessario andare a confrontare i margini netti di utile della società in verifica con quelli di società comparabili. In tal senso, quindi, il metodo *Cost Plus* è da escludere.

Si suggerisce, quindi di adottare il metodo del confronto del margine netto di utile riveniente dalla transazione (appunto, il TNMM), con scelta dell'indice finanziario (o *profit level indicator*) dato dal rapporto tra utile operativo/costi operativi. In questo modo, si utilizzerebbero per il confronto dati rinvenibili nell'ambito dei bilanci civilistici di società nazionali.

Da ultimo, l'indice finanziario prescelto – calcolato con riferimento alla società in verifica – andrà confrontato con un intervallo di indici, a loro volta calcolati con riferimento alle società comparabili prescelte ed utilizzando dati riferibili a più di un'annualità. Tale scelta, peraltro, ben si sposa con quanto previsto dai paragrafi 1.19 e 1.20 delle *TP Guidelines* per quanto riguarda un esauriente svolgimento dell'analisi funzionale.

Esempio No. 2 (Applicazione del Profit Split Method o Metodo di ripartizione dell'utile)

A e B sono due imprese associate residenti fiscalmente in due giurisdizioni differenti. Entrambe sono coinvolte nella produzione di macchinari altamente specializzati e sostengono spese di ricerca e sviluppo, le quali portano alla creazione di un *intangibile* avente mutua utilizzazione. Ai fini del presente esempio, s'ipotizza che la natura del presente bene immateriale è tale che il valore della contribuzione alla creazione dello stesso da parte di A e B - nel periodo d'imposta in questione - è proporzionale ai costi che A e B hanno sostenuto a tale riguardo per lo sviluppo dello stesso.

Si assuma ora che A e B procedano alla vendita dei macchinari esclusivamente nei confronti di soggetti terzi.

Data la circostanza che (i) entrambe le entità coinvolte nella transazione dispongono della titolarità economico-giuridica dell'intangibile (ad esempio, il brevetto sul processo industriale di produzione), (ii) che le funzioni di produzione svolte da A e B sono di "routine" e comparabili con quelle (identiche o simili) svolte da soggetti terzi sul mercato, si determina un margine di contribuzione lordo del 10 per cento sui costi di produzione.

Ne consegue che l'utile residuo dovrebbe essere ripartito in proporzione alla spesa sostenuta da A e B per sviluppare il bene immateriale.

Ai fini contabili, l'applicazione del metodo del *profit split* richiede l'applicazione di quello che chiameremo un *two-step process*:

	A	B	A+B
Ricavi di Produzione	100	300	400
Costi di Produzione	60	170	230
Utile Lordo	40	130	170

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

(EBITDA)			
Spese d'esercizio	3	6	9
Altre spese operative	2	4	6
Costi sviluppo beni immateriali	30	40	70
Utile d'esercizio (Operating Profit)= EBIT	5	80	85

Step 1: determinazione della redditività "ordinaria" iniziale per lo svolgimento di attività produttive comparabili (nell'esempio, Costi di Produzione + 10%)

A	$60 + (60 * 10\%) = 66$	→ remunerazione iniziale per l'attività di produzione svolta da A = 6
B	$170 + (170 * 10\%) = 187$	→ remunerazione iniziale per l'attività di produzione svolta da B= 17
Utile complessivo allocato sulla base della remunerazione di attività ordinarie		6 + 17 = 23

Step 2: determinazione dell'utile residuo da ripartire sulla base delle "unique benchmarkable contributions" e "unique intangibles"

- Nel caso il *residual profit* coincide con l'*operating profit* si otterranno i seguenti risultati:

Utile d'esercizio complessivo (EBIT)	85
Utile già ripartito sulla base dello <i>Step 1</i>	23
Utile residuo da allocare in proporzione al contributo	62

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

relativo di A e B allo sviluppo dei beni immateriali	
<i>Residual profit</i> attribuito ad A : $62 * 30/70$	26.57
<i>Residual profit</i> attribuito a B : $62 * 40/70$	35.43
Utile complessivo attribuito ad A : 6 (remunerazione iniziale) + 26.57 (<i>residual profit</i>)	32.57
Utile complessivo attribuito a B : 17 (remunerazione iniziale) + 35.43 (<i>residual profit</i>)	52.43
Totale	85

6. Proposta di Riformulazione della Norma Interna in materia di Prezzi di Trasferimento

Sulla base delle considerazioni svolte nei capitoli precedenti, ritengo allora necessario – alla luce delle rilevate difformità sussistenti tra la nozione di “valore normale” come prevista nella disciplina interna e *l’arm’s length principle* di derivazione convenzionale – suggerire un intervento riformatore della disciplina italiana in materia di prezzi di trasferimento come segue:

1. Procedere all’inserimento – all’interno dell’articolo 9 del TUIR (o, in alternativa, all’articolo 110, comma 7 dello stesso) - di un riferimento espresso al termine “condizioni” come espressamente previsto dall’articolo 9, comma 1, del Modello di Convenzione OCSE. Siffatta modifica, invero, permetterebbe di ristabilire quel *level playing field* tra A.F. e contribuente nell’utilizzo di tutte le metodologie contemplate nelle *TP Guidelines* e così ovviare agli ostacoli emergenti soprattutto quando la transazione in verifica è posta in essere con un Paese con il quale l’Italia non ha stipulato una Trattato contro le doppie imposizioni. A tale riguardo, si potrebbe contemplare un rimando espresso alle *TP Guidelines* nell’ipotesi in cui queste (come è effettivamente il caso) siano oggetto di un periodico aggiornamento;
2. Una volta implementato il punto *sub* 1), sarebbe utile un intervento a livello di prassi amministrativa preordinato alla rimozione della gerarchia metodologica la quale, alla luce della modernizzazione dei modelli imprenditoriali posti in essere dai gruppi multinazionali, non ha più ragione di essere. A tale riguardo, si propone di adottare il seguente linguaggio: “*La selezione di una metodologia ai fini dell’individuazione del valore normale (o prezzo di libera concorrenza) deve essere sempre preordinata all’individuazione del metodo più appropriato alla luce dei fatti e delle circostanze del caso concreto. A tale riguardo, la scelta del metodo più appropriato deve essere effettuata avendo specifica considerazione a: (i) i punti di forza e di debolezza di ogni metodo; (ii) la ragionevolezza del metodo alla luce della tipologia di transazione oggetto di analisi (tipologia la cui individuazione deve essere frutto di un’approfondita analisi funzionale); (iii) la disponibilità di informazioni e dati ragionevolmente attendibili (con specifico riferimento a transazioni comparabili tra soggetti indipendenti) al fine di applicare il metodo selezionato e/o altri metodi; (iv) il livello di comparabilità esistente tra la transazioni poste in essere da imprese associate e quelle di soggetti terzi, ivi inclusa l’affidabilità delle rettifiche di comparabilità da porre in essere al fine eliminare eventuali differenze*”;
3. Data la oggettiva semplicità di applicazione, suggerisco di mantenere il riconoscimento di una preferenza (si badi bene, non di una gerarchia!) nei confronti dei metodi c.d. “tradizionali” solamente se e nella misura in cui questi ultimi ed i metodi “redditali” possono essere applicati in maniera egualmente attendibile;

4. Tuttavia, alla luce di quanto discusso nel corso del presente elaborato, ritengo imprescindibile dare riconoscimento espresso a tutte quelle situazioni nelle quali i metodi reddituali (e segnatamente, il *TNMM* ed il *Profit Split Method*) portano a risultati più attendibili di quanto, invece, non possono garantire i metodi tradizionali. Faccio riferimento, in particolare, a quelle ipotesi in cui – alla luce dell’analisi funzionale di una transazione tra imprese associate, se confrontata con la valutazione di una similare tra entità comparabili – emerge che una *net profit margin analysis* è più affidabile di una *gross profit margin analysis*, in termini di migliore approssimazione della “forchetta” di valori ritenuti ad *arm’s length*. A titolo di esempio, si può ragionevolmente ritenere che un’analisi sui margini netti di utile sia validamente sostenibile perché ad esempio, (i) viene individuato un livello di spese operative al di sotto del margine di contribuzione lordo per il quale la *tested party* non è responsabile. Un’altra ipotesi concerne (ii) tutte quelle transazioni nelle quali l’utilizzazione di beni immateriali unici ad alto valore aggiunto (c.d. *significant unique intangibles*) generati dall’attività di entrambe le imprese associate ovvero (iii) lo svolgimento di funzioni altamente integrate rende il metodo di ripartizione degli utili più appropriato di una *one-sided method*. Inoltre, (iv) quando non vi sono – ovvero sono limitate – le informazioni sui margini lordi di contribuzione applicati da soggetti terzi comparabili, metodi quali il *Cost Plus* o il *Resale Price* sarebbero di più difficile applicazione a eccezione dei casi in cui vi siano comparabili interni soddisfacenti;
5. Da ultimo, una disciplina dei prezzi di trasferimento che possa definirsi completa, a prescindere dal metodo utilizzato, deve riconoscere un ruolo centrale all’analisi di comparabilità. In particolare, la nozione di comparabilità presuppone l’esame di due elementi: (i) la transazione tra imprese associate e (ii) quella tra soggetti indipendenti ritenuta potenzialmente comparabile. Ciò che preme rilevare in questa sede è la circostanza che la ricerca di transazioni comparabili non deve essere né confusa, né separata con l’analisi di comparabilità.
6. In conformità a quanto affermato nel punto 5, si suggerisce pertanto un processo (che chiameremo *10 steps process*) nel quale si deve propriamente articolare un’analisi di comparabilità e che permette, al contempo, di far assumere all’analisi funzionale il ruolo di chiave di volta per una corretta determinazione dei prezzi di trasferimento. Come segue.

Step 1: Analisi ad ampio spettro delle circostanze del contribuente che ha posto in essere la transazione con un’impresa affiliata;

Step 2: Determinazione dei periodi d’imposta oggetto dell’analisi;

Step 3: Analisi della transazione tra imprese associate fondata, in particolare, su un accurato svolgimento dell’analisi funzionale al fine di individuare, laddove necessario, la *tested party*, la metodologia più

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

appropriata per l'individuazione del valore normale, l'indicatore finanziario più appropriato nel caso di adozione di un metodo reddituale e l'identificazione dei fattori di comparabilità più rilevanti;

Step 4: Valutazione di comparabili esterni, se esistenti;

Step 5: Determinazione dell'attendibilità delle fonti di informazioni dalle quali reperire comparabili esterni;

Step 6: Scelta del metodo;

Step 7: Identificazione dei fattori rilevanti per ritenere una transazione potenzialmente comparabile a quella posta in essere tra imprese associate;

Step 8: Determinazione delle rettifiche da apportare all'analisi di comparabilità, laddove necessario;

Step 9: Interpretazione dei dati raccolti; e

Step 10: Implementazione di attività di accertamento (documentazione) nella fase successiva a quella di adozione della metodologia (c.d. attività di *transfer pricing risk management*).

6.1. Correlazioni tra Disciplina sui prezzi di trasferimento e clausola anti-elusiva

Alcune delle recenti decisioni della giurisprudenza interna (di merito, ma soprattutto di legittimità) in materia di prezzi di trasferimento offrono l'opportunità di svolgere alcune considerazioni su quella che sembra essere una sempre più diffusa tendenza a livello internazionale: mi riferisco in particolare all'interpretazione, ad opera delle corti, dell'origine delle norme in materia di prezzi di trasferimento come clausole anti-elusive.

Una più attenta riflessione permette di evidenziare come tuttavia tale orientamento si riveli giuridicamente non sostenibile, se non addirittura foriero di conseguenze negative, per il funzionamento dell'intero meccanismo di determinazione del reddito d'impresa.

A tale riguardo, preme innanzitutto rilevare come da un *excursus* storico della nascita della disciplina sul *transfer price* in Italia si possa evidenziare come la stessa fosse nata per arginare fenomeni di pianificazione fiscale nel contesto di gruppi internazionali¹¹⁰. Invero, l'antesignano della disciplina interna in materia, l'articolo 113 del DPR 29 gennaio 1958, N. 645, stabiliva quanto segue: “*Nel reddito dei soggetti esteri che esplicano la loro attività nel territorio dello Stato per conto di società, ditte ed associazioni estere, mediante la vendita ed il collocamento di materie prime o di merci o mediante la fabbricazione di prodotti, sono computate anche le somme corrisposte alla società, ditta od associazione estera, sotto forma di maggiorazione dei prezzi delle materie prime, prodotti o merci o sotto forma di provvigioni, di compartecipazioni agli incassi, di commissioni di premi e simili, sempre che si tratti di pagamenti non soggetti alle disposizioni dell'articolo 128*”.

Illustrando il contenuto della disposizione, autorevole dottrina¹¹¹ ne individuava la giustificazione nella considerazione che nell'ipotesi in cui tra una ditta estera ed una italiana sussistevano le particolari relazioni ipotizzate nella disposizione *de qua*, si poteva fondatamente presumere l'esistenza di un interesse ad aumentare i corrispettivi pagati alla compagine straniera in modo da diminuire in maniera uguale e corrispondente il reddito (all'epoca) soggetto all'imposta di ricchezza mobile dell'impresa italiana.

Altresì si osservava che, essendo principio fondamentale del tributo mobiliare che dal reddito lordo si dovevano dedurre tutte le spese effettivamente sostenute dal contribuente, e che quindi l'A.F. non avrebbe potuto negare la deduzione di una spesa effettivamente sopportata allegando che la stessa avrebbe potuto essere minore, la norma andava ad assolvere lo scopo di evitare una facile evasione, vietando la deduzione di tali maggiorazioni rispetto al prezzo normale.

¹¹⁰ Così sul punto P. Pistone, *I prezzi di trasferimento*, in *L'Ordinamento Tributario*, a cura di A. Pistone, III, Padova, 1986, 121 e ss.

¹¹¹ In maniera approfondita, A. Berliri, *Il testo unico delle imposte dirette. Esposizione istituzionale dei primi due titoli*, Milano, 1960, 260-287.

**Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle
società, XXI Ciclo**

Le successive evoluzioni normative, descritte nei capitoli precedenti, hanno dunque portato all'odierna regolamentazione – concentrata nell'articolo 110, comma 7 del TUIR - che ad avviso di autorevole dottrina portano a leggere la disciplina italiana in materia di prezzi di trasferimento come una norma che “*se riguardata esclusivamente sotto il profilo del diritto interno, si rivela essenzialmente come una norma antielusione, destinata ad impedire la sottrazione di gettito per l'erario italiano*”¹¹².

A mio avviso, tale lettura della disposizione interna risulta ontologicamente sbagliata, *rectius* lascia adito al diffondersi di quella discrasia concettuale tra creazione della normativa in materia di *transfer pricing*, così come originariamente intesa dall'OCSE al momento dell'emanazione delle *TP Guidelines* nel 1979 ed effettiva implementazione delle stesse negli Stati aderenti all'organizzazione.

Approfondiamo il punto in questione. In primo luogo, già nell'originaria formulazione delle *TP Guidelines* nel 1979¹¹³ l'OCSE aveva precisato come “*transfer pricing issues should not be confused with problems of tax fraud or tax avoidance, even though transfer pricing policies may be used for such purposes*”.

Successivamente, nella revisione delle linee guida, avvenuta nel 1995, l'Organizzazione si è spinta oltre, precisando al paragrafo 7 della Prefazione che “*these international taxation principles (id est, l'arm's length principle ed il separate entity approach che lo stesso rappresenta) have been chosen by OECD Member Countries as serving the dual objectives of securing the appropriate tax base in each jurisdiction and avoiding double taxation, thereby minimizing conflicts between tax administrations and promoting international trade and investment*”¹¹⁴.

¹¹² Così testualmente G. Zizzo, *Regole generali per la determinazione del reddito d'impresa*, cit. 378, “manifesto” dell'interpretazione della disposizione *de qua* fornita dalla dottrina dominante in Italia. Invero sul tema si sono pronunciati in maniera analoga A. Manzitti, *Nuove norme contro l'abuso dei paradisi fiscali*, in *Le società*, 1992, 16 ss; S. Mayr, *Normativa antielusione e rapporti intercompany*, in *Corr. Trib.*, 1991, p. 3717; P. Adonnino, *Stati e territori aventi regime fiscale privilegiato e loro concreta identificazione*, in *Dir. prat.trib.*, 1993, I, 504 e ss.; P. Marino, *Paradisi fiscali: problemi applicativi e proposte di modifica*, in *Le operazioni fiscali internazionali*, a cura di V. Uckmar - C. Garbarino, Milano, 1995, 367 ss.

¹¹³ OECD, *Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs on Transfer Pricing and Multinational Enterprises (1979)*, loose leaf, Paris, Prefazione, paragrafo 3.

⁵¹ E' interessante notare come a livello comunitario la Commissione, nell'ambito dei progetti di lavoro svolti dallo *European Joint Transfer Pricing Forum (EJTPF)*, abbia ritenuto opportuno rimarcare la natura non-elusiva delle disposizioni in materia di prezzi di trasferimento. Più in dettaglio, nel contributo fornito dal gruppo di esperti presieduto da G. Maisto sulle interrelazioni tra disciplina del *transfer pricing* e sanzioni si è considerato di estrema rilevanza sottolineare la circostanza che “*...the most important feature [of the OECD study] on the subject is the debate on the relationship between transfer pricing and tax avoidance. The variety of situations in the different Member States is indeed also related to the perception and appreciation of transfer pricing which in some Member States is regarded as a tax avoidance technique so that*

In sostanza, ad avviso dell'Organizzazione il piano concettuale cui deve trovare giuridica sistemazione la disciplina in materia di prezzi di trasferimento è ben definito, caratterizzandosi cioè come coacervo di norme di natura valutativa asservite al raggiungimento del duplice obiettivo di:

(I) garantire la corretta allocazione di base imponibile tra le varie giurisdizioni coinvolte nelle transazioni infra-gruppo di natura transnazionale;

(II) evitare l'emergere di fenomeni di doppia imposizione economica¹¹⁵ in un contesto *cross-border* al fine di promuovere il commercio internazionale.

Conseguentemente, ravvisare *in nuce* una finalità anti-elusiva nella disciplina interna in materia di prezzi di trasferimento significa porre in essere un'attività ermeneutica tendente a deformare i confini concettuali ordinari della stessa. Se ciò è vero, risulta allora più agevole trovare risposta all'interrogativo sollevato: è corretta l'equazione prezzi di trasferimento *uguale* clausola anti-elusiva? O, in altri termini, è giusto porre ontologicamente sul medesimo piano norme in materia di *transfer pricing*, disciplina in materia di CFC e disposizioni volte a contrastare l'utilizzo a fini fiscali della sottocapitalizzazione delle imprese?

La risposta, ad avviso di chi scrive, è negativa.

Più in dettaglio, l'articolo 110, comma 7 del TUIR, correttamente inserisce la disposizione *de qua* sotto il Titolo "*Norme generali sulle valutazioni*". Nella sostanza, la disposizione mira ad evitare che un soggetto all'interno di un gruppo multinazionale, avendo la possibilità di dosare i corrispettivi in funzione della convenienza fiscale, determini costi e ricavi all'interno della giurisdizione italiana in misura diversa dal valore di mercato delle merci o dei servizi che li originano. Atteso che è principio generale in tema di reddito di impresa che tali componenti

such characterization influences the penalty regime applied by the tax administration of such State in the event a transfer pricing adjustment is made". Per approfondimenti si rinvia al contributo di G. Maisto *Review of Penalty Regimes within the EU regarding Transfer Pricing Documentation and adjustments: the Transfer Pricing Penalties Report*, disponibile presso il sito della Commissione Europea a http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/13th-Maisto.pdf.

¹¹⁵ Ai fini di garantire la massima chiarezza espositiva, è pacifico che per doppia imposizione economica debba intendersi l'assoggettamento della medesima componente reddituale nel medesimo periodo di imposta in capo a due soggetti legalmente distinti residenti in due diverse giurisdizioni. L'OCSE sul punto è categorica nel definire, tanto al paragrafo 1 di introduzione al Modello di Convenzione quanto al paragrafo 1 del Commentario all'articolo 23, "*international double taxation*" come "*the imposition of comparable taxes in two or more states in respect of the same income for identical periods. Identity with respect to the taxpayer gives rise to juridical double taxation. Art. 7 of the OECD Model governs international juridical double taxation of business profits. In the absence of taxpayer identity, double taxation is of an economic nature. Art. 9 of the OECD Model governs international economic double taxation*".

reddituale rilevino nella misura effettivamente sostenuta, un comportamento non rispettoso del suesposto principio, sarebbe del tutto lecito. Ecco allora che il legislatore è correttamente intervenuto con una disposizione *ad hoc* solo latamente preordinata ad evitare condotte elusive.

Certo è che se proprio si vuole dare una lettura della disposizione in chiave anti-elusiva, si può affermare che la stessa può essere utilizzata per fronteggiare tutte quelle condotte in cui cumulativamente (i) l'obiettivo ultimo ed unico perseguito dal contribuente si concreta nella minimizzazione del carico impositivo ed (ii) al fine di raggiungere lo stesso, il soggetto si discosta *in toto* dal rispetto dell'*arm's length principle*.

Pertanto, ritengo non conforme alla reale *ratio* del principio del valore normale (e conseguentemente delle norme in materia di *transfer pricing*) tutte quelle posizioni, espresse tanto a livello dottrinale quanto recentemente ribadite a livello giurisprudenziale, che leggono la norma ora analizzata come una specifica clausola anti-elusiva.

Al fine di sostanziare le argomentazioni qui presentate, è utile riportare quanto affermato nel 1995 da Ron Haigh, Presidente del comitato esecutivo della *Task Force* istituita dall'OCSE per la revisione dell'OECD *Transfer Pricing Report* del 1979¹¹⁶ in occasione dell'ultimo meeting svoltosi prima dell'implementazione delle nuove *TP Guidelines*: “*Il principio di libera concorrenza non nasce come concetto giuridico o tributario. Siamo dinanzi ad un concetto di natura economica e, come tale, interpretarlo alla luce di rigide categorie giuridiche risulterebbe un'inutile forzatura*”¹¹⁷. Pertanto, porre tale nozione a fondamento di un'asserita logica anti-elusiva della norma in materia di prezzi di trasferimento sembra, per utilizzare le parole di Haigh, “*an unnecessary constraint*”.

Al contrario, la disciplina inserita nei commi 10 ed 11 dell'articolo 110 del TUIR trova certamente la propria ragione d'essere nell'esistenza di una forte probabilità che quelle componenti negative generate, a carico dell'impresa italiana, da cessioni o prestazioni effettuate da società localizzate in paradisi fiscali scaturiscano in realtà (i) da operazioni inesistenti ovvero (ii) non effettive. In tali circostanze, il Legislatore, al ricorrere di determinate condizioni, presume un comportamento non *latu sensu* elusivo, bensì evasivo, e lo combatte con una norma che, invertendo l'onere probatorio, pone a carico del soggetto italiano la prova dell'effettività della transazione.

A dimostrazione della diversa *ratio* delle due citate disposizioni, è di recente intervenuta la già richiamata (*sub* capitolo 4.3.) sentenza della

¹¹⁶ Il documento, reperito negli archivi interni dell'OCSE, non è disponibile per la pubblicazione.

¹¹⁷ N.d.R.: Traduzione non ufficiale dell'autore.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Corte di Cassazione no. 22023 del 13 ottobre 2006¹¹⁸ cui ha fatto seguito la sentenza n. 52 del 9 maggio 2007 della Commissione Tributaria Provinciale di Pisa. In entrambi i casi, sia i giudici di legittimità che di merito hanno confermato che grava sull'amministrazione finanziaria l'onere della prova della ricorrenza dei presupposti per l'applicazione della disciplina sul *transfer pricing*.

Invero, le due sentenze in rassegna summenzionate consentono di collegare un tema generale del diritto tributario, come quello della prova, all'argomento oggetto della presente ricerca quale i prezzi di trasferimento. A mio avviso, infatti, da un esame delle interrelazioni tra disciplina della prova e *transfer pricing* si evincono con chiarezza quell'obbligo di "rimodulazione" della normativa interna ed, in particolare, la necessità di adottare una prospettiva interpretativa diversa per la nozione di "valore normale" di cui all'articolo 9 del TUIR.

Infatti, è pacifico che una materia giuridica con oggetto economico come il diritto tributario¹¹⁹ risulti caratterizzata dalla determinazione di valori economici. Come affermato nelle stesse *TP Guidelines* al paragrafo 1.36, questi ultimi derivano ordinariamente dalla rilevazione dei corrispettivi contrattuali, *id est* da vicende giuridiche intercorse tra le parti, suscettibili come tali di essere direttamente dimostrate in conformità a prove o presunzioni specifiche.

A tale riguardo, si pensi alla necessaria documentazione - ai fini di una corretta gestione della *transfer pricing risk management policy* all'interno di un gruppo multinazionale - delle vicende negoziali sulla base della esibizione dei contratti, delle fatture, delle note di consegna, dei bonifici bancari, delle dichiarazioni di terzi, etc.

In sostanza, facendo riferimento ai corrispettivi, la misurazione della capacità economica ai fini tributari ripercorre i rapporti tra le parti. Facendo riferimento, invece, alla nozione di "valore normale", la legislazione tributaria guarda direttamente alla capacità economica, senza la mediazione di un evento giuridico anche civilisticamente rilevante come il corrispettivo pattuito in sede contrattuale. Tale assunto a mio avviso vale sia quando il valore normale è (i) direttamente oggetto dell'imposizione fiscale (come ad esempio nel caso dell'imposta di registro), sia (ii) quando è utilizzato come parametro per una corretta determinazione dei corrispettivi occultati, sia (iii) nel caso del *transfer price*.

¹¹⁸ Identica per contenuto, e relativa ad annualità diverse, la sentenza della Corte di Cassazione n. 11226 del 2007. Entrambe le sentenze sono state esaustivamente commentate dalla dottrina; si vedano le note di D. Bergami, in *Corr. Trib.*, n. 47 del 2006, pp. 3732 e ss. ed A. Ballancin, *La disciplina italiana del transfer price tra onere della prova, giudizi di fatto e l'(in)esistenza di obblighi documentali*, in *Rass. Trib.*, n. 6, 2006, pp. 1982 e ss. Nello stesso senso vedasi *Comm. Trib. Reg. Lombardia*, no. 88 del 18 gennaio 2007, in *GT- Riv. Giur. Trib.*, no. 10/2007, p. 905.

¹¹⁹ Per la esatta individuazione dell'oggetto "economico" del diritto tributario, si rinvia alla lucida analisi di F. Gallo, *Le ragioni del fisco - Etica e giustizia nella tassazione*, Saggi il Mulino, cui aderisce R. Lupi, *Diritto Tributario*, Parte Speciale, pp. 1-10, Milano, Giuffrè, 2007.

Ecco allora che viene confermata l'interpretazione dell'*arm's length principle* (e del suo "corrispondente" italiano, il "valore normale" di cui all'articolo 9 del TUIR) come nozione meramente economica e da ricavarsi in via "indiretta", *id est* dirigendosi in prima battuta alle vicende da cui emerge implicitamente l'ordine di grandezza tendenziale del valore normale, dietro a cui, cioè, esiste una fascia di valori, senza confini precisi, ma caratterizzata da un *range* cui individuare la grandezza da assoggettare a tassazione. A mio avviso infatti, siffatta "nuova" lettura dell'articolo 9 del TUIR – peraltro offerta quasi "involontariamente" dai recenti arresti giurisprudenziali summenzionati – garantirebbe un pieno allineamento ai recenti sviluppi che l'OCSE, nel *Discussion Draft sulle Comparability Issues*, sta portando avanti nella prospettiva di dare piena affermazione al principio enucleato nel paragrafo 1.45 delle *TP Guidelines*, secondo cui "(...) *because transfer pricing is not an exact science, there will also be many occasions when the application of the most appropriate method or methods produces a range of figures all of which are relatively equally reliable*". In conclusione, attraverso la dimostrazione di circostanze materiali o di rapporti negoziali, reali o potenziali, si giunge alla determinazione di una fascia e non di un singolo valore da confrontare con il corrispettivo.

Alla luce dell'analisi suesposta, trovo sinceramente arduo ravvisare una qualsivoglia natura anti-elusiva nella disciplina in materia derivante dal combinato disposto degli articoli 9 e 110, comma 7 del TUIR.

Pertanto, se si raffronta analiticamente la disciplina *de qua* con quanto stabilito invece ai commi 10 ed 11 dell'articolo 110, in quest'ultima fattispecie non si tratta di determinare in misura diversa dal corrispettivo contrattualmente definito tra le parti l'ammontare della componente fiscalmente deducibile, quanto piuttosto di impedire, per dirla con le parole del Legislatore, la rilevanza fiscale di operazioni che non rispondono ad un effettivo interesse economico e non hanno avuto concreta esecuzione. Proprio tale confronto mi spinge ad ulteriori riflessioni sulla struttura della disposizione in tema di *transfer pricing*.

Ritengo errato ravvisare una presunzione di elusività *iuris et de iure* nell'articolo 110, comma 7 del TUIR, giacché così ragionando si opera un'indebita contaminazione tra la *ratio* della disposizione ed il modo in cui essa è tecnicamente configurata¹²⁰. Come dimostrato dall'analisi "storica" della disposizione, è certamente di tipo "presuntivo" la logica sottostante perseguita dal Legislatore ad introdurre la disposizione nell'ordinamento, nel senso, cioè, che in presenza di operazioni coinvolgenti operazioni con soggetti esteri rispetto ai quali sussiste una situazione di collegamento in termini di "influenza dominante attuale o

¹²⁰ Si esprimono in termini di presunzione assoluta Leo-Monacchi-Schiavo, *Il Testo Unico delle Imposte sui Redditi*, Giuffrè, 2000. A. Miraulo, *Doppia imposizione internazionale*, Giuffrè, 1990, p. 339.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

soltanto potenziale”¹²¹, si è ritenuto probabile una determinazione del corrispettivo operata in funzione dell’interesse fiscale dei contraenti.

Tuttavia, a prescindere dall’individuazione dell’esatta *ratio* della disciplina, si è scelto di darvi attuazione per il tramite di una disposizione la quale – lungi dal porsi come una presunzione, articolata sulla deduzione, da un fatto noto, di un altro ignoto – opera in via diretta sulla base imponibile, semplicemente mutandone il criterio ordinario di determinazione (basato sul *quantum* percepito o corrisposto) con un altro radicalmente diverso, ossia il valore normale determinato alla stregua dell’articolo 9 del TUIR.

Così ricostruita la *ratio* della norma, ci si domanda allora su quali argomentazioni possano giuridicamente fondarsi gli ultimi arresti giurisprudenziali che, al fine di disconoscere le pretese del contribuente riguardo a controversie insorte con l’A.F. in materia di *transfer pricing*, hanno ricostruito la norma interna come “(...) clausola antielusiva che trova, non solo, radici nei principi comunitari in tema di abuso del diritto (cioè strumentalmente piegato in funzione anomala e/o eccedente il suo normale esercizio)...[passim]... ma anche immanenza in diversi settori del diritto tributario nazionale essendo consentito all’Amministrazione finanziaria di disconoscere - ad esempio - i vantaggi fiscali conseguiti da operazioni societarie (L. n. 408 del 1990, art. 10) poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta”.

¹²¹ Così testualmente la C.M. no. 32 del 22 settembre 1980 e no. 42 del 12 dicembre 1981., come analizzato *supra*.

6.1.1. La nozione di abuso del diritto e la disciplina interna del *transfer pricing*

Muovendo da questo recentissimo “principio di diritto” enunciato nel 2006 dalla Corte di Cassazione, ritengo utile svolgere alcune riflessioni riguardo alla nozione di “abuso” nel diritto tributario, enucleato dai giudici della Suprema Corte al fine di dimostrare come tale approccio, se non applicato con il giusto equilibrio, possa mettere a repentaglio uno dei capisaldi di ogni sistema giuridico, vale a dire il principio della certezza del diritto.

Il caso sottoposto al sindacato dei giudici di legittimità nell’ottobre del 2006¹²² vedeva coinvolto il distributore italiano di una nota casa automobilistica americana, ritenuto responsabile di sovrapproduzione. Secondo i verificatori, la società italiana si era accollata senza compenso l’onere - gravante per legge sulla società costruttrice - delle riparazioni e manutenzioni delle vetture acquistate da consociate estere. A parere della Guardia di Finanza, se detti costi non fossero stati ripetuti dal fornitore, la rivenditrice avrebbe sopportato spese aggiuntive, non essendovi prova dell’applicazione di una “riserva di garanzia” nella determinazione del *transfer price* tra le affiliate. Ne discendeva che la mancanza di una garanzia legale per vizi veniva a riverberarsi sul valore normale di transazione, con effetti quantomeno elusivi.

Più in particolare la Suprema Corte, nel bollare la ricostruzione dei fatti effettuata dai verificatori come “*suggestiva e non condivisibile*” e nel valorizzare le sentenze di merito (in particolare, quella della Commissione Tributaria regionale del Lazio) che sostenevano l’esistenza di un valido accordo di gruppo che metteva la società italiana al riparo da ogni tipo di riscontro, riteneva opportuno lanciarsi in una digressione circa la reale natura della disciplina interna in materia di prezzi di trasferimento giungendo alle seguenti due conclusioni:

1. A fronte di un accordo internazionale di gruppo che forniva indizi probatori univoci, era l’amministrazione finanziaria onerata di dimostrare in concreto che la regola di assorbimento della garanzia non era stata rispettata e costituiva metodo “elusivo” per scaricare i costi (riducendo gli utili) nel paese di più bassa fiscalità;
2. La norma interna in materia di prezzi di trasferimento – come già anticipato – discenderebbe dai principi comunitari in tema di abuso del diritto (!) ma anche “*immanenza in diversi settori del diritto tributario nazionale*”.

¹²² Per un’analisi dettagliata della sentenza, si permetta di rinviare, oltre che a di D. Bergami, in Corr. Trib., n. 47 del 2006, pp. 3732 e ss. ed A. Ballancin, *La disciplina italiana del transfer price tra onere della prova, giudizi di fatto e l’(in)esistenza di obblighi documentali*, in Rass. Trib., n. 6, 2006, pp. 1982 e ss., all’articolo di G. Chiesa, G. Cottani, *Supreme Court Decision on Transfer Pricing: Burden of Proof, Anti-Avoidance Interpretation and Abuse of Law Principle*, in *International Transfer Pricing Journal*, 3, 2007, Amsterdam, pp. 192 ss.

La sentenza assume rilievo sotto diversi profili. Colpisce innanzitutto la totale mancanza di riferimento alla vetusta C.M. del 22 settembre 1980, N. 32/9/2267 la quale, come analizzato, costituisce l'unica presa di posizione ministeriale in materia di prezzi di trasferimento. Di contro, conforta notare che il Collegio abbia inteso suffragare la propria decisione con un espresso richiamo alle *TP Guidelines*, riconoscendo quindi la possibilità per l'OCSE di agire da referente principale della materia.

Ciò che tuttavia non convince della sentenza in rassegna è, relativamente al punto *sub*) 1, che sia necessario per l'A.F. provare l'effettiva realizzazione di una condotta di “*profit shifting*” verso “paesi a bassa fiscalità”¹²³. Con specifico riguardo a tale ultimo profilo, non si comprende su quali criteri i verificatori debbano basarsi per considerare una giurisdizione a “bassa fiscalità” nel momento in cui una transazione viene posta in essere (si devono, a titolo esemplificativo, prendere in considerazione le norme dello stato estero sugli ammortamenti anticipati, ovvero norme di carattere agevolativo devono venire escluse?).

Sino a tale arresto giurisprudenziale, invero, un'eventuale condotta elusiva del contribuente era accertata a prescindere da quelli che erano i risultati, in termini di ottimizzazione fiscale, raggiunti nelle giurisdizioni estere. Pertanto, il ragionamento dei giudici della Corte sembrerebbe volto a *presumere* (si tratta di presunzione relativa, sia ben chiaro) che, in tutte le ipotesi in cui si verifica una cessione di beni o trasferimento di servizi all'interno del gruppo, la ricerca della minimizzazione fiscale con totale assenza di valide ragioni economiche sottostanti a giustificare l'operazione si ponga come unico obiettivo perseguito. Se tale assunto è vero, allora l'interprete ardito della norma interna in materia di *transfer price* potrebbe spingersi a “sfruttare” il ragionamento della Corte sino ad escludere l'applicabilità della norma di cui all'articolo 110 comma 7 del TUIR in tutte quelle transazioni in cui una delle entità affiliate del gruppo multinazionale è residente in un paese ad alta fiscalità (Stati Uniti, Francia, Germania e Regno Unito solo per menzionarne alcuni).

Pertanto, tale prima argomentazione dei giudici di legittimità mi sembra francamente non sostenibile.

Con riguardo al punto *sub* 2), viene naturale svolgere due considerazioni, una limitatamente alla sentenza in commento e l'altra, di carattere più generale, circa la nozione di abuso del diritto.

Innanzitutto, ritengo poco comprensibile rintracciare un collegamento tra la norma interna in materia di prezzi di trasferimento ed il principio, di origine comunitaria, di abuso del diritto. Invero, il richiamo espresso che i giudici della Suprema Corte fanno alle *TP Guidelines* non legittima l'attribuzione a queste ultime del rango di norme di diritto comunitario

¹²³ Per approfondimenti sull'attività di *profit shifting* all'interno di condotte elusive od evasive, si rinvia alla dettagliata analisi svolta da P.Baker, *Tax Avoidance, Tax Evasion and Tax Mitigation*, nell'audizione tenuta dinanzi alla Commissione Fiscalità delle Nazioni Unite a Ginevra nell'ottobre del 2003 e reperibile sul sito www.taxbar.com.

derivato, quali Regolamenti o Direttive. Si è pur sempre di fronte a mere linee guida che, come tali, non possono vedersi attribuita forza di legge sulla base di un'attività ermeneutica.

In termini più generali, è interessante notare come la pronuncia della Corte di Cassazione si innesta in quel recente filone giurisprudenziale, avviato dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea, che ha dato impulso al *revirement* del dibattito sull'elusione fiscale, in Italia già assai vivo a seguito delle note sentenze della Corte di Cassazione in materia di *dividend washing* ed usufrutto di azioni rese alla fine del 2005 sulle quali non intendo dilungarmi¹²⁴.

Ed infatti, a partire dalla sentenza *Halifax*¹²⁵, la Corte di Giustizia ha per la prima volta elaborato ed applicato una compiuta ed articolata nozione di abuso del diritto/elusione fiscale di carattere generale basata, come affermano i giudici del Lussemburgo, sui principi generali non scritti dell'ordinamento comunitario. Nozione, quest'ultima, successivamente confermata ed affinata, con interessanti precisazioni, nella sentenza *Cadbury Schweppes*¹²⁶.

In primo luogo, ritengo utile rilevare che i precedenti comunitari hanno costituito uno spunto importante per la sensibilizzazione del giudice italiano al tema dell'elusione fiscale, atteso che nel nostro ordinamento, sul piano legislativo, le pratiche di aggiramento della norma tributaria sono sempre state prese in considerazione da fattispecie tipizzate¹²⁷.

Ciò premesso, benché corredato in sentenza da ampi richiami ai precedenti, il principio affermato dalla Corte di Giustizia nel caso *Halifax* presenta numerosi profili di originalità rispetto alla precedente giurisprudenza della stessa Corte e, sotto altro profilo, sembrerebbe richiamare la nozione di elusione fiscale di cui al nostro articolo 37-*bis* del D.P.R. no. 600 del 1973¹²⁸.

¹²⁴ Cass. Sez. Trib., 14 novembre 2005, no. 22932, con commento di M. Beghin, *L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria ed interrogativi in ordine alla funzione giurisdizionale*, in GT, Riv. Giur. Trib. No. 3/2006, pp. 212 e ss.

¹²⁵ Sentenza del 21 Febbraio 2006, C-255/02, rinvenibile in GT-Riv. Giur. Trib., No. 5/2006, pp. 377 e ss., con commento di A. Santi, *Il divieto di comportamenti abusivi si applica anche al settore dell'IVA*.

¹²⁶ Sentenza 12 settembre 2006, C-196/04, ampiamente commentata a livello di dottrina internazionale. Sul punto si segnalano gli scritti di G. Meussen, *The ECJ significantly limits the application of CFC rules in the Member States*, in European Taxation, No. 1, 2007, Amsterdam, pp. 13 e ss. e T. O'Shea, *The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidarise: tax avoidance or tax mitigation?* in EC Tax Review, No. 1, 2007, pp. 13 e ss.

¹²⁷ Giova sul punto ricordare che in tema di imposizione indiretta la qualificazione del negozio ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro va operata, a prescindere dal titolo e dalla forma apparente, in base alla sostanza ed agli effetti dello stesso ai sensi del disposto di cui all'articolo 20 del D.P.R. 26 aprile 1986, No. 131.

¹²⁸ Per un'esauriente disamina di tali profili si rinvia agli scritti di L. Salvini, *L'elusione IVA nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in Corr. Trib. No. 39/2006, pp. 3097 e ss. e R. De La Feira, *Prohibition of Abuse of (Community) Law: the creation of a new*

L'aspetto più interessante della sentenza *de qua* risiede principalmente nel fatto che, per la prima volta, nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo si tracciano le caratteristiche salienti della fattispecie di abuso del diritto in ambito comunitario. In breve, in *Halifax* la questione muoveva intorno alla determinazione della spettanza del diritto di detrazione IVA sugli acquisti da parte di due società operanti nel settore immobiliare, possedute da una banca con bassa percentuale di detraibilità e costituite appositamente – come stabilito dai giudici che hanno rimesso la questione pregiudiziale alla Corte – per consentire al gruppo il pieno recupero dell'imposta.

I giudici britannici, in sostanza, avevano formulato delle questioni pregiudiziali preordinate a conoscere, *in primis*, se operazioni effettuate al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale e prive di un autonomo obiettivo economico fossero qualificabili come operazioni soggette ad IVA ed, *in secundis*, se la dottrina dell'abuso del diritto come sviluppato dalla Corte consentisse la negazione del diritto alla piena detrazione dell'IVA da parte delle due società costituite dalla banca.

Tralasciando la prima domanda, che esula dal campo d'indagine oggetto della presente ricerca, sulla seconda questione la Corte – citando alcuni suoi precedenti, non tutti riguardanti la materia fiscale¹²⁹ – ribadisce che “*gli interessati non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente del diritto comunitario*” ed aggiunge che “*nel settore dell'IVA perché possa parlarsi di comportamento abusivo le operazioni controverse devono (...) procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale (...) il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali*”.

Mi sembra che tra i passaggi più rilevanti della sentenza in rassegna emerga il fatto che, nonostante la Corte interpreti una norma in materia di detrazione IVA, il principio enucleato dalla stessa relativamente a tale imposta vada ad assumere portata più ampia, costituendo applicazione di un principio generale del diritto comunitario.

A tale riguardo, benché la Corte impieghi il termine “abuso” (nel caso di specie, del diritto di detrazione), la definizione fornita sembrerebbe ben

general principle of EC Law through Tax, in *Common Market Law Review*, No. 45, 2008, pp. 395 e ss.

¹²⁹ Interessante ad esempio il riferimento della Corte comunitaria alla sentenza *Emsland-Starke*, Corte di Giustizia CE, 14 dicembre 2000, causa C-110/99, concernente un'operazione di esportazione ad “U” dove – per usufruire delle “restituzioni” all'esportazione – la merce veniva consegnata al destinatario extracomunitario e da questi poi restituita, senza alcuna utilizzazione e con i medesimi mezzi, all'esportatore. Tale sentenza è stata richiamata anche dai giudici di legittimità nella summenzionata sentenza no. 22023 (meglio nota come “caso Ford”).

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

attagliarsi alla fattispecie di elusione fiscale come conosciuta nel nostro ordinamento.

A ben vedere, tuttavia, la definizione data dai giudici del Lussemburgo alla nozione di “abuso” sembra discostarsi da quella contenuta nell’articolo 37-bis del D.P.R. no. 600 del 1973 per almeno tre elementi:

- In *Halifax* si sottolinea la necessità che il fine elusivo sia esclusivo (necessità peraltro ribadita nella sentenza *Cadbury Schweppes*), *id est* emerga la completa assenza di valide motivazioni economiche sottostanti all’operazione;
- Non è necessaria la contestuale presenza, nella complessiva fattispecie elusiva, di particolari “atti fatti o negozi” quali quelli individuati all’articolo 37-bis, secondo comma; da ultimo
- Il principio enucleato dalla Corte si applica all’IVA, cui non è invece applicabile l’articolo 37-bis del D.P.R. No. 600 del 1973.

Ciò premesso, a seguito della decisione in *Halifax* recenti sentenze della Corte di Cassazione e soprattutto concrete applicazioni della norma anti-elusiva di cui al D.P.R. No. 600 del 1973 da parte dell’amministrazione finanziaria evidenziano una sorta di “sovertimento” della stessa, nel senso di considerare elusivo ogni comportamento del contribuente che, tra più alternative messe a disposizione del sistema, scelga quella fiscalmente meno onerosa, salvo dimostrare di avere valide ragioni economiche per farlo.

In altre parole, l’indagine sul comportamento dei privati, anziché avere di mira la ricognizione dei dati strutturali del sistema fiscale e dei suoi principi di fondo (si pensi, a titolo esemplificativo, ai criteri di coordinamento per evitare la doppia tassazione degli utili societari, ai principi per riconoscere o meno rilevanza ai costi delle partecipazioni, etc.), tende progressivamente a focalizzarsi sulla ragionevolezza dell’azione imprenditoriale e/o sul carattere anomalo ed apparentemente anti-economico delle scelte negoziali adottate. Ecco allora che in questo modo ogni cambiamento organizzativo¹³⁰ od opzione negoziale rischi di essere considerata elusiva quando la stessa appaia determinata da obiettivi di ordine fiscale che opzioni alternative rispetto a quelle considerate e messe in atto dal contribuente non avrebbero consentito di raggiungere.

La summenzionata linea di ragionamento emerge in maniera palese nell’analisi della *Issues Notes* No. 2 e 4 del *Business Restructuring Discussion Draft*, laddove – sulla base del combinato disposto dei paragrafi 58 e 209, viene affermato che “(...) *The application of the*

¹³⁰ Si pensi appunto alla posizione di alcuni Stati Membri dell’OCSE, quali il Regno Unito, nell’approcciare la fenomenologia del *business restructuring* come delineata nel *Discussion Draft* del 19 settembre 2008 sulla base di una presunta ratio anti-elusiva dell’*arm’s length principle* (e del termine *conditions* di cui all’articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE) come emergente dalla lettura dei paragrafi 1.36- 1.41 delle *TP Guidelines*. Tale aspetto è già stato affrontato estensivamente *supra* al capitolo 6.1.

arm's length principle is based on the notion that independent enterprises, when evaluating the terms of a potential transaction, will compare the transaction to the other options realistically available to them, and they will only enter into the transaction if they see no alternative that is clearly more attractive. The OECD is of the view that at arm's length, an independent party would not enter into a restructuring transaction that is expected to be clearly detrimental to it if it has the option realistically available to it not to do so".

Con riferimento a tale ultimo aspetto, in un recente arresto giurisprudenziale¹³¹ la Suprema Corte ha confermato il recupero a tassazione dei costi sopportati da un notaio per l'ottenimento di prestazioni di servizi "a prezzi fuori mercato". Costi, dunque, contrari alle leggi economiche ed inidonei a concorrere alla determinazione della base imponibile IRPEF. La pronuncia colpisce nella parte in cui si afferma che *"erroneamente i giudici di merito affermano che il comportamento manifestamente antieconomico del contribuente lavoratore autonomo non sarebbe suscettibile di valutazione, ai fini dell'accertamento tributario, in ossequio al principio di libertà d'impresa, sancito dall'articolo 41 della Costituzione"*. Si aggiunge, inoltre, che *"il contribuente è libero di organizzare la propria attività in maniera antieconomica, ma se ne derivi un'attenuazione dell'obbligo di contribuire alla spesa pubblica, egli è tenuto a dare conto alla collettività di tale anomala scelta. In questa prospettiva, i comportamenti che si pongono in contrasto con le regole del buon senso e dell'id quod plerumque accidit, uniti alla mancanza di una giustificazione razionale (che non sia quella di eludere il precetto tributario), assurgono al ruolo di elementi indiziari gravi precisi e concordanti che legittimano il recupero a tassazione dei relativi costi"*. Principio, quest'ultimo, che ad avviso della Corte *"ha assunto valenza legale con l'introduzione del D.P.R. No. 600 del 1973, aggiunto dal Decreto Legislativo N. 358, articolo 7"*.

In sostanza, ciò che colpisce della sentenza *de qua* è la circostanza che più volte nel corpo della stessa venga richiamato il profilo di antieconomicità del comportamento tenuto dal contribuente. Appare allora opportuno analizzare in cosa consista tale ultima connotazione della fattispecie, per poi delineare una nozione di "abuso" utilizzabile al fine di formulare una regola generale (ancorché residuale) la quale – superando i limiti di tipicità imposti dal terzo comma dell'articolo 37-bis del D.P.R. N. 600 del 1973 – vada a sanzionare quei comportamenti "innominati" a carattere abnorme od eccessivo rispetto alla finalità da conseguire e destinati a provocare un'ingiustificata sproporzione tra vantaggio perseguito e mancata percezione del "giusto tributo"¹³².

¹³¹ Cass. Sez. trib. 15 settembre 2008 (3 luglio 2008), no. 23635.

¹³² Sul richiamo alla nozione di "giusto tributo" nel contesto della nozione di "abuso del diritto", si rinvia in dottrina a R. Lunelli, E. Barazza, *L'abuso del diritto secondo le SS.UU. e la Sezione tributaria della Corte di Cassazione*.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Nella sentenza ora richiamata, il quesito da porre è il seguente: per quale ragione il pagamento di costi per prestazioni di servizi erogate da una società di capitali dovrebbe reputarsi contrario a quelli che vengono definiti i “canoni dell’economia” ?

A tal riguardo, sono dell’idea che laddove il carattere di antieconomicità lo si voglia riferire ad una singola operazione, lo stesso non potrà che tradursi nell’incapacità di quest’ultima di remunerare (in una prospettiva rispettosa delle *arm’s length conditions*) i costi della produzione.

Pertanto, potremmo tentare di definire “diseconomico” quel percorso negoziale che determini (i) da una parte, la sopportazione di un onere rivelando, (ii) dall’altra, l’oggettiva incapacità di gestirlo attraverso il conseguimento di proventi adeguati. In conformità a tali argomentazioni, pertanto, mi sembra difficile sostenere che il costo più elevato sopportato nel caso di specie dal notaio al fine assicurarsi le prestazioni di servizi degli ex-dipendenti riveli, oggettivamente, il carattere dell’antieconomicità. Invero, dal testo della pronuncia non risulta che siano state eseguite indagini sul fronte dei compensi dichiarati dal suddetto professionista; né emerge la benché minima effettuazione di un’analisi di comparabilità tra i suddetti compensi ed i nuovi costi sostenuti. In breve, nella prospettiva investigativa qui proposta, la “non-economicità” del comportamento semplicemente non sussiste.

Arriviamo dunque al cuore della questione. Può l’ordinamento tributario ostacolare – con i mezzi a sua disposizione – il riassetto organizzativo tanto di un’attività libero-professionale quanto di un gruppo multinazionale che svolge operazioni integrate fra le varie affiliate localizzate in diverse giurisdizioni, sostenendo che l’unico scopo perseguito consiste in una riduzione del carico fiscale?

Rimanendo alla ultima controversia appena affrontata, il contribuente si era semplicemente limitato a sfruttare un’opportunità che il sistema tributario gli aveva messo a disposizione, consistente nella disciplina agevolativa dettata per le società operanti nel Mezzogiorno. Di conseguenza il vantaggio conseguito, che nella fattispecie ha assunto le sembianze della minore imposizione sulla società agevolata, era stato – mi si passi il termine – già “preventivato” dal legislatore al momento della introduzione nel tessuto normativo della disposizione di favore.

Se quanto appena affermato corrisponde al vero, qual’è allora la reale funzione della norma anti-elusiva di cui al D.P.R. no. 600 del 1973 e, soprattutto, a quale definizione di “abuso” si può giungere in termini generali?

Ritengo che sulla stessa funzione della norma anti-elusiva non sembra, almeno a livello dottrinale, esservi affatto una visione condivisa. È stato ad esempio autorevolmente affermato che spetterebbe al contribuente “*fornire la prova che la concatenazione anomala di fatti, atti, negozi che egli architettò non già per ottenere risparmi di imposta ma al fine (funzione giuridica della concatenazione) di conseguire risultati economici ulteriori e diversi rispetto a quelli acquisibili con la*

*concatenazione tipica*¹³³. Come si può notare, una tale visione sembrerebbe considerare elusivo ogni risparmio d'imposta ottenuto mediante l'adozione di strutture negoziali anomale od "atipiche", qualora le stesse siano state realizzate al solo fine di conseguire un tale risparmio di imposta e, soprattutto, tale posizione si porrebbe in aperto contrasto con le ultime pronunce della Suprema Corte di Cassazione che attribuiscono – quantomeno in materia di prezzi di trasferimento – all'A.F. l'onere di provare il trasferimento di utili e materia imponibile "verso paesi a bassa fiscalità" (parafrasando nuovamente il caso *Ford* discusso in precedenza).

In altri termini, siffatto *iter* logico rischierebbe di inficiare un'analisi preordinata alla ricerca dell'elusione, intesa come aggiramento dello spirito della legge fiscale, per sostituirla con un giudizio di normalità/anormalità del comportamento economico che potrebbe spingersi al punto di considerare come elusivi schemi negoziali tra i più innovativi ed avanzati per il semplice fatto di essere "inconsueti".

Come si innesta allora la possibilità di definire entro limiti precisi la nozione di abuso all'interno della norma anti-elusiva di cui al D.P.R. N. 600 del 1973?

L' "abuso del diritto" a mio avviso si caratterizza per essere un fenomeno *borderline* che si colloca quale *tertium genus*, pertanto in posizione intermedia tra condotte fisiologiche (osservanti della norma) e condotte patologiche (contrarie alla norma)¹³⁴.

Pertanto, l' "abuso del diritto" nel settore tributario si basa sull'impiego di una norma giuridica allo scopo di conseguire finalità diverse da quelle proprie e consiste nel piegare a fini distorsivi schemi contrattuali ed istituti ordinamentali, facendo in pratica assumere ad un negozio o comportamento gli effetti propri della regola aggirata.

Sembra emergere, dalla giurisprudenza sin'ora citata, che il tratto caratterizzante l'abuso è costituito, appunto, dal fatto che le parti vogliono "contemporaneamente" sia la causa tipica e legittima, sia quella illegittima perché contraria a norma imperativa. A tale riguardo l'abuso non implica necessariamente la natura fraudolenta o fittizia dell'operazione economica.

La frode è un comportamento volutamente finalizzato a trarre in inganno o, comunque, a rendere arduo all'Amministrazione finanziaria il cogliere la vera natura dell'operazione, presupponendo un certo artificio.

¹³³ Si confronti sul punto G. Falsitta, *Manuale di Diritto Tributario*, Cedam, Padova, 2000, p. 153.

¹³⁴ È questo il distinguo riportato da Cass., 5 maggio 2006, n. 10353, in tema di detrazione IVA operata da società costituita al solo scopo di compiere una operazione economica isolata prima di mettersi in stato di liquidazione (acquisto e vendita di immobile dopo averlo ristrutturato per ottenere il recupero dell'imposta detratta e l'eventuale rimborso)

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

L' "abuso" si sostanzia nell'utilizzo "inesatto" di una norma giuridica in misura di regola "eccedente" la sua reale portata al fine di ottenere vantaggi fiscali che sarebbero leciti solo se rappresentanti l' "effetto naturale" della disposizione correttamente applicata alla fattispecie.

In altri termini l' "abuso", che dunque presuppone un esercizio "anormale" dei limiti del diritto, si manifesta, spesso, attraverso la "inusualità" di operazioni formalmente regolari ma non altrimenti spiegabili se non per ottenere risparmi d'imposta e/o altri vantaggi fiscali carpando la buona fede del legislatore.

A mio avviso, tuttavia il concetto di abuso non è correlabile al semplice ottenimento di un vantaggio fiscale nella misura in cui quel risparmio non rappresenti l'effetto di uno sviamento rispetto alle finalità proprie della norma. Non ogni risparmio d'imposta è, infatti, da qualificarsi come "indebito".

Con riguardo a tale ultimo profilo, nella relazione ministeriale di accompagnamento del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358 si segnalava - proprio sotto questo profilo - la distinzione esistente tra "elusione" e "mero risparmio d'imposta". In particolare, il risparmio di imposta si verifica quando, tra i vari comportamenti posti dal sistema fiscale su di un piano di pari dignità, il contribuente adotta quello meno oneroso. Ne consegue che non c'è aggiramento fino a che il contribuente si limita a scegliere tra due alternative che in modo strutturale e fisiologico l'ordinamento gli mette disposizione, atteso che le norme antielusione scattano solo quando l'abuso di questa libertà dà luogo a "manipolazioni" che - seppur formalmente legali - di fatto stravolgono i principi caratterizzanti il sistema fiscale.

Detto altrimenti, la scelta della via fiscalmente meno onerosa non è implicitamente vietata dal sistema purché non comporti un "aggiramento" di obblighi o divieti posti dall'ordinamento: di conseguenza emerge la necessità di svolgere, di volta in volta, una operazione di "selezione" tra i risparmi di imposta, separando quelli accettati dal sistema da quelli che il sistema medesimo invece disapprova.

Tuttavia, la mancanza di una clausola anti-elusiva generale ha indotto la giurisprudenza nazionale a colmare i vuoti recuperando il principio dell' "abuso del diritto" dalla giurisprudenza comunitaria, facendo propri, nei settori e per le operazioni fiscali non interessate da specifiche disposizioni antielusive, i principi ricavati da regolamenti e direttive che la stessa Corte di giustizia ha demandato al giudice nazionale di applicare verificando in concreto se nella fattispecie sottoposta al suo esame sussistessero gli elementi costitutivi di un comportamento abusivo¹³⁵.

¹³⁵ In tal senso si è orientata anche l'Amministrazione finanziaria che - con circolare del 13 dicembre 2007, n. 67/E, ha riconosciuto la possibilità di evidenziare fenomeni elusivi pur a prescindere da una norma positiva attributiva di tale potere.

Orbene, successivamente al caso *Halifax* l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia CE ha definito con precisione i contorni delle operazioni elusive. L'occasione è stata fornita, in particolare, dal caso *Part Service* su rinvio proposto proprio dalla nostra Corte di Cassazione¹³⁶.

Più in dettaglio, i giudici nazionali investivano la Corte di giustizia con rinvio pregiudiziale *ex art. 234 CE*¹³⁷ per conoscere se l'espressione utilizzata nella decisione «*Halifax*» di “*operazione compiuta essenzialmente per conseguire un vantaggio fiscale*” fosse equivalente, più ampia o più restrittiva di quella “*compiuta senza valide ragioni economiche all'infuori di un vantaggio fiscale*” e, conseguentemente, se il limite dell'abuso di diritto operasse quando le ragioni economiche fossero assolutamente “marginali od irrilevanti” e non una possibile “spiegazione alternativa”.

Il cuore della controversia (dove la Corte si era trovata al cospetto di una operazione di “frazionamento negoziale” non avente altro scopo economico se non quello di determinare una base imponibile IVA minore di quella prevista in costanza di un unico contratto di leasing) consisteva nello stabilire se fosse da riservare un “trattamento differenziato” al caso in cui l'unico scopo del negozio fosse quello di eludere rispetto al caso in cui il negozio poteva produrre anche un ulteriore effetto lecito.

Il giudice comunitario precisava che l'esistenza di una pratica abusiva può essere affermata anche qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo “*scopo essenziale*” ancorché “*non esclusivo*”, non essendo l'abuso impedito nella misura in cui nell'operazione concorrano – sia pur marginalmente – altre ragioni economiche. Tale pronuncia segna dunque una netta inversione di tendenza rispetto a quanto i giudici del Lussemburgo avevano statuito nel caso *Cadbury Schweppes*. Più in dettaglio, l'elemento più rilevante di tale pronuncia è che si spinge sino ad allargare il solco tracciato dalla sentenza *Halifax*, venendo considerato sempre “abusivo” il ricorso a forme di transazione che abbiano come scopo principale un (indebito) risparmio fiscale ancorché accompagnato da secondarie (e lecite) finalità economiche.

La Corte di Cassazione - quale giudice *a quo* – andava così a stabilire che il frazionamento di un'operazione in distinti contratti, il cui contenuto economico era di far ottenere contemporaneamente l'utilizzazione di un bene, il procacciamento della provvista finanziaria necessaria e l'assicurazione contro i rischi di perdita o di deperimento economico, superava la “soglia minima” della pratica abusiva perché aveva come scopo principale quello di realizzare un risparmio d'imposta attraverso una diminuzione del corrispettivo soggetto ad IVA senza che concorressero altre plausibili ragioni economiche (16).

¹³⁶ Corte di giustizia UE, 21 febbraio 2008, causa C-425/06, “Part Service”.

¹³⁷ Ordinanza della Corte di Cassazione 4 ottobre 2006, No. 21371.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

La conclusione che a mio avviso si può ricavare da tale analisi della giurisprudenza recente è che l'abuso del diritto è suscettibile di caratterizzare

1. tanto le operazioni compiute al solo scopo di realizzare un vantaggio fiscale senza altra convenienza economica,
2. quanto le operazioni compiute allo scopo di realizzare un vantaggio fiscale superiore rispetto a quello di convenienza economica.

Si rendono a questo punto necessarie ulteriori precisazioni.

Ritengo che – in un ordinamento come quello italiano negli ultimi anni caratterizzato da una vera e propria “ipertrofia legislativa” - parlare di “abuso del diritto” nel settore tributario significa addentrarsi in un campo dove occorre utilizzare particolare cautela da parte (i) tanto dell'Amministrazione finanziaria quanto (ii) del giudice che deve verificarne le conclusioni.

Ciò che in particolare mi sembra, allo stato attuale del dibattito, affrontato con eccessiva leggerezza è la considerazione – oggettivizzata nell'ordinamento - che l'impiego di forme contrattuali e/o organizzative che consentono la «minimizzazione» del carico fiscale rientrano nelle scelte imprenditoriali e dunque nella libertà di iniziativa economica riconosciuta tanto dalla Costituzione e dall'ordinamento comunitario. *A fortiori*, l'evoluzione degli strumenti giuridici è necessariamente collegata alle rapide mutazioni della realtà economico-finanziaria nella quale possono trovare spazio forme nuove, non strettamente legate ad una angusta logica di profitto della singola impresa.

Pertanto, al cospetto di complesse strategie di gruppo come quelle poste in essere all'interno di gruppi multinazionali che adottano strategie ispirate al c.d. “*global supply chain business model*”¹³⁸ spetterà in primo luogo (I) all'A.F. fornire la prova in positivo del presupposto del recupero fiscale, consistente nel far risaltare – attraverso la ridefinizione e/o riqualificazione delle contestate operazioni secondo schemi usuali e leciti – le anomalie che fanno ritenere quelle operazioni prive di reale contenuto economico diverso dall'ottenere un mero risparmio di imposta; successivamente, spetterà (II) al contribuente dover fornire la controprova opponendo al Fisco specifiche e plausibili spiegazioni dell'esistenza di valide ragioni economiche concorrenti.

Con riguardo a tale ultimo profilo, è interessante raffrontare l'iter argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione nei suoi recenti arresti giurisprudenziali con quanto affermato nel *Discussion Draft* sul *business*

¹³⁸ Per un'approfondita analisi dei vari modelli di *business* adottati dai gruppi multinazionali si rinvia all'analisi svolta estensivamente nei capitoli 3.3. e 6.1. Per una visione manageriale delle modalità organizzative dei gruppi multinazionali si rinvia agli studi svolti *The Nature of the Firm in Readings in Price Theory*, Stigler and Boulding, Chicago, R. D. Irwin, 1952.

restructuring del settembre del 2008 in ordine all'esistenza di valide ragioni economiche atte a giustificare la realizzazione di determinate transazioni all'interno del gruppo. In relazione a tale ultimo profilo, un passaggio cruciale afferma quanto segue” “*MNEs are free to organise their business operations as they see fit. Tax administrations do not have the right to dictate to an MNE how to design its structure or where to locate its business operations. MNE groups cannot be forced to have or maintain any particular level of business presence in a country. They are free to act in their own best commercial and economic interests in this regard. In making this decision, tax considerations may be a factor. Tax administrations, however, have the right to determine the tax consequences of the structure put in place by an MNE, subject to the application of treaties and in particular of Article 9 of the Model Tax Convention*”¹³⁹.

In sostanza, l'OCSE va a rafforzare quanto a livello dottrinale si sostiene da tempo, ovvero che l'A.F. non è legittimata a sindacare le modalità imprenditoriali attraverso le quali i privati svolgono la propria attività d'impresa. Ma vi è di più. Sembra che l'OCSE richieda uno sforzo ermeneutico aggiuntivo tanto alle amministrazioni finanziarie quanto ai giudici nel sindacare la ragionevolezza di un'operazione il cui ambito applicativo sembrerebbe limitato ai fini dei prezzi di trasferimento, ma che in realtà è potenzialmente in grado di ottenere “*far reaching implications*”, *id est* un ragionamento potenzialmente applicabile a qualunque tipologia di transazione. Invero, sembra che nel *Draft* appena menzionato si introducano tre criteri interpretativi, e segnatamente:

(i) la sussistenza – a livello del gruppo multinazionale globalmente considerato – di valide motivazioni economiche ulteriori rispetto all'obiettivo di minimizzazione fiscale, (quest'ultimo peraltro validamente legittimato dall'assunto “*tax considerations may be a factor*”);

(ii) la necessità di analizzare le “valide ragioni economiche” alla luce delle opzioni alternative realisticamente a disposizione del privato al momento di porre in essere la transazione; e da ultimo

(iii) l'obbligo di conciliare la sussistenza delle valide ragioni economiche a livello di gruppo con una corretta applicazione dell'*arm's length principle* a livello di singola entità in ossequio al pieno rispetto del *separate entity approach* e dell'articolo 9 del Modello OCSE di Convenzione nel quale lo stesso è contenuto¹⁴⁰.

¹³⁹ Paragrafo 196 del Discussion Draft.

¹⁴⁰ La validità di tale assunto viene a mio avviso corroborata dalla lettura del paragrafo 1.42. delle TP Guidelines, laddove si statuisce che “In teoria, al fine di ottenere la più corretta approssimazione al giusto valore di mercato, il principio di concorrenza dovrebbe essere applicato transazione per transazione”. Per una posizione conforme ravvisabile nella dottrina internazionale, si rinvia al commento al *Discussion Draft* inviato da PricewaterhouseCoopers, *Framework for a response to a series of OECD Draft issues notes*, Ottobre 2008, rinvenibile sul sito

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

In altre parole, dovrebbe ritenersi pacifico l'assunto secondo cui il ricorso al paragrafo 1.37 delle *TP Guidelines*¹⁴¹ - utilizzato quale sorta di ancora di salvezza cui fare ricorso in tutte le ipotesi in cui una giurisdizione, pur non essendo dotata di una clausola generale anti-elusiva, autorizzi l'A.F. a non tenere conto di una struttura adottata da un contribuente nell'effettuare una transazione tra imprese associate - deve essere rigettato nella misura in cui il/i soggetto/i coinvolto/i ha/hanno a sua/loro disposizione e, *a fortiori*, riesce/riescono a documentare l'esistenza di un "*bona fide business purpose*" il quale ultimo dovrebbe essere a sua volta interpretato alla luce dei canoni ermeneutici utilizzati per disciplinare il principio di libertà di iniziativa economica (come previsto dall'articolo 41 della nostra Carta Costituzionale).

Quanto appena affermato mi permette di giungere ad una prima, seppur sommaria, conclusione; una lettura dell'*arm's length principle* quale specifica clausola anti-elusiva non può trovare ragion d'essere ad eccezione della possibilità - riconosciuta all' A.F. - di effettuare rettifiche se e nella misura in cui le condizioni finanziarie e commerciali (ivi incluso il prezzo!) della transazione a livello di entità affiliate differiscano da quanto soggetti terzi indipendenti comparabili avrebbero stabilito. Detto altrimenti, si tratta di svolgere un'analisi anti-elusiva nel rispetto dei limiti prestabiliti da una corretta interpretazione dell'articolo 9 del Modello OCSE.

Da ultimo, vorrei svolgere alcune considerazioni di politica fiscale intorno alla nozione di "abuso del diritto".

Come già anticipato, mi sembra che un sostanziale stato di incertezza la faccia da sovrano circa la corretta interpretazione dell'utilizzo di tale nozione nel settore tributario. In primo luogo, bisogna fare subito chiarezza su un punto: le imprese non hanno interesse a favorire l'elusione fiscale, né tantomeno l'evasione, che comportano tanto ingiusti arricchimenti per chi li pratica, vantaggi competitivi ed incentivi distorti, nonché gravi danni per la collettività. Ancora di più, le imprese appoggiano con convinzione e quasi con "egoistico" interesse l'azione dei poteri pubblici in questo settore.

Ciò detto, è anche necessario per le imprese conoscere in anticipo sulle proprie scelte il quadro normativo in cui le stesse operano ed andranno ad operare in futuro. Detto altrimenti, nel momento di programmazione, le imprese devono potersi affidare al quadro normativo che conoscono, senza che - a distanza di anni dal compimento di una scelta - si debbano confrontare con applicazioni del diritto e letture delle norme del tutto ignote all'epoca in cui hanno formato le decisioni imprenditoriali.

Tale ultimo approccio a mio avviso ancora una volta ben si sposa con la disciplina in materia di prezzi di trasferimento, atteso che le *TP Guidelines* - al paragrafo 1.51. - statuiscono a chiare lettere quella che

http://www.oecd.org/document/25/0,3343,en_2649_33753_42155737_1_1_1_1,00.htm

¹⁴¹ Paragrafo quest'ultimo analizzato approfonditamente *supra* al Capitolo 6.1.

in gergo viene chiamata regola dell' "hindsight" o del "senno di poi" in forza della quale "anche i dati degli anni successivi a quello della transazione possono essere rilevanti ai fini dell'analisi dei prezzi di trasferimento; le amministrazioni fiscali devono però prestare attenzione onde evitare l'uso di considerazioni a posteriori". Se ciò è vero, mi domando come - a titolo esemplificativo - l'A.F. dovrebbe affrontare l'analisi di un trasferimento infragruppo di un bene immateriale dalle alte potenzialità di mercato ma che, al momento della conclusione del negozio, presenta un valore di mercato pari a zero per il semplice fatto di essere - si ribadisce, al momento del trasferimento - ancora in fase di sperimentazione.

Mi domando ancora: puo' - nell'ipotesi appena descritta - ritenersi legittimamente applicabile quanto oggi affermato dalla Suprema Corte di Cassazione riguardo al superamento del c.d. "principio di frammentazione" dei giudicati (in base al quale ogni annualità fiscale conservava piena autonomia), prevalendo invece il principio della cd. Ultrattività¹⁴², sicché la regola antielusiva potrebbe riverberare i suoi effetti anche in periodi di imposta diversi rispetto ai quali si fosse in ipotesi formato un giudicato contrario che confermasse - esplicitamente od implicitamente - la liceità dell'operazione?

Ritengo che la risposta a tale quesito si debba basare su'analisi dei fatti e delle circostanze, ancor meglio supportata dalla introduzione nell'ordinamento nazionale di una clausola anti-elusiva avente carattere generale. A *fortiori* tale assunto è ancora più valido per tutte le controversie concernenti il *transfer pricing*, da sempre notoriamente caratterizzate nel quasi "obbligatoriamente" richiedere un giudizio sul fatto.

A mio avviso, una soluzione chiara era comunque già stata raggiunta nel momento in cui nel 1997 nel nostro ordinamento si introduceva il ben noto articolo 37-bis del D.P.R. No. 600 del 1973. Si tratta di una norma ben fatta che, nella sua schematicità e completezza, ricorda la struttura di gran parte delle norme presenti nel codice civile. Nessuno, in dottrina e giurisprudenza, aveva mai "sospettato" l'esistenza di principi generali in materia di "abuso del diritto" nel settore tributario. Ciò che più sorprende è la circostanza che l'articolo 37-bis supporta questa pacifica tesi: che bisogno ci sarebbe mai stato di una norma quale quella appena summenzionata se fosse già esistito un principio generale che proibisce l' "abuso" del diritto tributario?

¹⁴² In forza di tale principio si ritiene che il "giudicato esterno" che concerne un punto fondamentale comune a cause riguardanti periodi consecutivi di imposta può essere utilmente invocato per un periodo diverso da quello in cui è venuto a formarsi facendo «stato» per tutti. A tale riguardo si richiama Cass., SS.UU., 16 giugno 2006, n. 13916, in GT - Riv. giur. trib. n. 9/2006, pag. 755, con commento di C. Magnani, *Sui limiti oggettivi del giudicato tributario*, e M. Basilavecchia e A. Pace, in Corr.Trib. n. 34/2006, pag. 2693.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Al contrario, nel periodo 2005-2008 la Corte di Cassazione ha pronunciato una serie di sentenze nelle quali si vanno a legittimare pretese dell'A.F. su fattispecie molto datate, anteriori all'introduzione tanto dell'articolo 10 della legge No. 408 del 1990¹⁴³ quanto dell'articolo 37-*bis*, facendo leva su nozioni quali (i) la simulazione, (ii) la nullità del contratto per carenza di causa ed, appunto (iii) l' "abuso" del diritto, di derivazione comunitaria, che si applicherebbe a tutta la materia fiscale.

Si scorge - in questo "triennio" - uno sforzo da parte dei giudici della Corte specificamente finalizzato all'ottenimento di un risultato: quello di affermare l'esistenza di un principio dell'ordinamento tributario italiano secondo cui l'elusione sarebbe stata vietata da lungo tempo. Fissato aprioristicamente un risultato, si è cercato di supportarlo mediante il ricorso ad ogni possibile artificio argomentativo. *Iter* logico normalmente seguito da un avvocato, ma dal quale un giudice dovrebbe tenersi alla larga.

Al fine di raggiungere tale risultato, la Corte di Cassazione ha dapprima esplorato i temi della simulazione e del contratto in frode alla legge. Si è dunque determinato un contrasto - anche su temi processuali delicatissimi, quali la rilevabilità d'ufficio (!) di tali vizi e la delimitazione dell'oggetto del processo tributario - che ha portato alla rimessione di talune questioni fondamentali alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Non volendo insistere su tesi possibili oggetto di confutazione ad opera delle Sezioni Unite, i magistrati della sezione tributaria hanno spinto altrove la loro indagine, ritenendo di dover scorgere in alcune sentenze della Corte di Giustizia CE (paradigmatico il caso *Halifax*) l'esistenza di un immanente principio di diritto comunitario che vieta l'abuso del diritto tributario in genere e che si eleverebbe a vero e proprio canone ermeneutico dell'intero sistema.

Da ultimo, per liberarsi dell'obiezione che in *Halifax* la sentenza esplicava i suoi effetti esclusivamente nel settore dell'IVA (*id est* un tributo armonizzato, escludendosi dunque l'estensione dei principi ivi statuiti ai tributi nazionali) la Corte di Cassazione si è spinta con estrema disinvoltura ad affermare che il divieto dell' "abuso del diritto" in campo tributario costituisce "*uno dei principi e delle libertà fondamentali contenuti nel trattato CEE*",¹⁴⁴.

Inoltre, ritengo assolutamente non legittima la tesi secondo cui esisterebbe un principio generale anti-abuso discendente dalla diretta applicazione dell'articolo 53 della Costituzione, atteso che anche tale chiave interpretativa difetta di parametri normativi idonei a fornire ai contribuenti certezza sull'applicazione del principio ai casi concreti.

¹⁴³ Pacificamente, si considera l'articolo 10 della Legge No. 408 del 1990 la prima norma anti-elusiva "a schema aperto" applicabile per determinate operazioni (principalmente quelle a carattere "straordinario" come fusioni etc.)

¹⁴⁴ Così testualmente Cass. 6124/2009.

Mi spiego. Tale ultimo assunto si pone in contraddizione con l'idea autorevolmente sostenuta secondo la quale, nella realtà economica del XXI secolo, l'indice di capacità contributiva non debba più necessariamente misurarsi in termini di scambiabilità sul mercato¹⁴⁵. In altri termini, la situazione economica di un soggetto oggi non dipende più solamente da beni "proprietary", e cioè dall'aver qualcosa che si può vendere, ma anche, se non soprattutto, dall'aver o disporre di qualcosa che non si può né vendere, né comprare ma che, proprio per questo, paradossalmente "vale" e "costa".

Mi riferisco in sostanza a tutta quella rete di relazioni parentali, sociali ed amicali (e le recenti evoluzioni della disciplina in materia di *transfer pricing* per ristrutturazioni aziendali di gruppi multinazionali che generano il loro valore dalla titolarità giuridica dei c.d. *soft intangibles*, quali una lista-clienti, ovvero l'accesso "privilegiato" a determinati mercati) in grado di influire sulla capacità economica di un soggetto quanto e più del possesso di un reddito o di un patrimonio, ma che non dovrebbero essere (i) né oggetto diretto di tassazione né (ii) rientrare nel sindacato di valutazione della "ragionevolezza economica" da parte dei giudici dell'A.F. in quanto unici del privato e, come tali, non comparabili con il comportamento di operatori economici terzi. Ad avvalorare siffatta evoluzione degli indici di capacità contributiva, valga per tutti il caso *GE Capital Canada vs. The Queen* deciso nel dicembre del 2006 dalla Corte d'Appello di Ottawa, secondo cui si è ritenuto legittimo il disconoscimento della deducibilità di *guarantee fees* corrisposte dalla controllata canadese del gruppo *General Electric* a favore della controllante americana. In particolare, ad avviso dei giudici canadesi la *subsidiary*, essendo parte integrante del gruppo GE (segnatamente, svolgendo il ruolo di *finance company* del gruppo), avrebbe dovuto beneficiare – in virtù dell'appartenenza ad un gruppo multinazionale così prestigioso – del medesimo *credit rating* accordato alla *parent company* garante. Ne seguiva che la stessa *GE Canada* avrebbe potuto beneficiare del medesimo finanziamento senza la necessità di ottenere garanzie infra-gruppo.

Ricapitolando: se il ragionamento della Cassazione fosse valido, e cioè se l' "immanenza" di una regola anti-abuso discendesse direttamente dall'articolo 53 della Costituzione, ciò starebbe a significare che la Corte di Cassazione considera l'articolo 37-bis del D.P.R. no. 600 del 1973 quale mera espressione specifica di un principio più generale, così sancendo per il passato l'inutilità dell'opera del Legislatore, che per anni si è al contrario adoperato per individuare analiticamente le fattispecie elusive nella convinzione della tassatività delle norme che consentono all'amministrazione finanziaria di disconoscerne gli effetti.

L'impressione che colgo da tale quadro giurisprudenziale è che la Cassazione sta diventando sempre più un giudice del fatto, dirigendo i suoi sforzi interpretativi su terreni sinora inesplorati rispetto a quanto l'amministrazione finanziaria aveva visto sinora nei precedenti gradi di

¹⁴⁵ F. Gallo, *Le ragioni del Fisco*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2008.

giudizio, in virtù della circostanza (di natura procedimentale) che la questione dell'abuso si pone in queste sentenze per la prima volta d'ufficio in Cassazione.

A tutto ciò deve aggiungersi che massima ampiezza di giudizio la Cassazione si riserva sotto il profilo sostanziale della individuazione delle fattispecie elusive e, ancora prima, della definizione - immanente nell'ordinamento - del concetto di elusione/abuso.

Mi sembra dunque che i recenti orientamenti giurisprudenziali della Suprema Corte abbiano inferto un grave *vulnus* su beni primari dell'ordinamento: mi riferisco in particolare alla (i) certezza del diritto ed (ii) alla tutela dell'affidamento.

A tale riguardo, nessuno tra i contribuenti che hanno posto in essere comportamenti oggetto delle sentenze citate conosceva o poteva "ragionevolmente" conoscere l'esistenza dei principi che sono stati utilizzati (il più delle volte, a loro danno) dalla Cassazione. Comportamenti certamente riprovevoli od illegittimi sulla base degli attuali criteri interpretativi, ma che al tempo in cui furono posti in essere nessuna norma ne stabiliva il carattere elusivo.

Il quadro summenzionato rende a mio avviso sempre più urgente un intervento del legislatore che si riveli idoneo a garantire gli opposti interessi in gioco. Un punto di partenza per l'introduzione di una nuova disciplina può essere certamente costituito dalla Comunicazione della Commissione Europea del 10 dicembre 2007¹⁴⁶ in cui si richiede agli Stati Membri l'introduzione di una clausola generale (ad esempio modellata sulla disposizione di diritto canadese come emerso nel caso *Mil Investments vs. Canada*¹⁴⁷) e di non di un mero ampliamento dell'elencazione delle fattispecie già previste.

¹⁴⁶ Ci si riferisce alla nota della Commissione CE del 10 Dicembre 2007 intitolata "*The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation - within the EU and in relation to third countries*" [COM(2007) 785 final commentata in dottrina da L. DEBROE., *International tax planning and prevention of abuse under domestic tax law, tax treaties and EC law*, IBFD Publications, 2008, Amsterdam.

¹⁴⁷ *Mil Investments vs. Canada*, 2006 D.T.C. 3307 (TCC), affirmed 2007 D.T.C. 5437. La controversia verteva sul trasferimento di residenza di un fondo di *private equity* inizialmente costituito presso le Cayman Islands e la cui residenza veniva successivamente trasferita in Lussemburgo al solo fine di beneficiare dell'esenzione sui *capital gain* accordata dall'articolo 13 della Convenzione Lussemburgo-Canada. L'Amministrazione finanziaria canadese (soccumbente nel grado finale di giudizio) sosteneva la piena compatibilità con il trattato summenzionato della disposizione interna anti-abuso la cui applicazione prevede il soddisfacimento – in via cumulativa – di tre criteri così formulati: "Applying the GAAR involves three steps: (a) determine whether there is a "tax benefit" arising from a "transaction" under Secs. 245(1) and (2); (b) determine whether the transaction is, or is part of a series that contains, an "avoidance transaction" under Sec. 245(3) in the sense of not being "arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit"; and (c) determine whether the avoidance transaction is abusive under Sec. 245(4). All three

Tale ultima soluzione, infatti, potrebbe agevolare il compito dei giudici nel relegare ad una sorta di “norma speciale” qualsiasi disposizione che delimitasse oggettivamente l’ambito del disconoscimento antielusivo, superandola in applicazione diretta del principio costituzionale nelle imposte sul reddito e dei principi comunitari nell’IVA.

I tempi dunque sembrano maturi per l’introduzione di una clausola generale che

1. vada a specificare in modo più chiaro rispetto all’attuale 37-bis, primo comma del D.P.R. No. 600 del 1973, la nozione di “elusione” sino a ricomprendere quella di “abuso” e che, al contempo,
2. costituisca la necessaria applicazione, ad opera della legge ordinaria, dei principi costituzionali e comunitari così come invocati dalla Corte stessa.

Una clausola generale fondata sui due summenzionati capisaldi avrebbe il vantaggio di guidare i giudici sotto almeno due profili: ribadendo la necessità che il vantaggio tributario conseguito debba essere (i) indebito, *id est* contrario alla *ratio legis* della disposizione che si presume “sfruttata” e che (ii) l’esistenza di valide ragioni economiche venga valutata esclusivamente come un’esimente da valutare solo e soltanto si ravvisi l’aggiramento di norme tributarie diretto a conseguire un vantaggio indebito.

Per concludere, con riguardo a tale ultimo profilo, è a mio avviso di primaria importanza che il sindacato dell’amministrazione finanziaria o delle corti non si incentri esclusivamente sull’esistenza di ragioni extra-fiscali che giustifichino il comportamento del contribuente anche se il vantaggio conseguito non si manifesta contrario alle finalità perseguite dal legislatore, soprattutto in considerazione del fatto che la nostra Costituzione all’articolo 41 tutela la libertà d’iniziativa economica, anche se diretta a conseguire un risparmio d’imposta.

I tempi paiono dunque maturi - una volta definita la latitudine abusiva dell’elusione e precisati gli oneri probatori che competono al Fisco ed al contribuente - per implementare l’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 superando i limiti di tipicità imposti dal terzo comma mediante formulazione di una regola generale (ancorché residuale) che sanzioni quei comportamenti «innominati» a carattere abnorme od eccessivo, rispetto alle finalità da conseguire, destinati a provocare una «sproporzione ingiustificata» tra vantaggio perseguito e mancata percezione del giusto tributo.

Una regola legislativa in tal senso servirebbe, tra l’altro, a superare le perplessità ermeneutiche avanzate dalla dottrina in merito all’indistinto richiamo (specie in materia di imposizione locale) ai parametri antiabuso ricavati dai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria.

steps must result in an affirmative determination before the GAAR can be applied to deny a tax benefit”.

7. Conclusioni: La Necessità di un “*Balanced Approach*” nell’analisi della Disciplina dei Prezzi di Trasferimento

“*And so what is the meaning of the term truth? To me, it implies at least confrontation and acceptance of facts as they are. It implies facing up to the world as it is, even if doing so is preface to trying to change the world into what one wishes it to be...In sum, it implies clear eyes and courageous acceptance of what is the case all round...*”

A.C. Grayling, *the Choice of Hercules*, Oxford Press, 2005, p. 78

Alla luce di quanto sinora discusso, è pacifico ritenere che la disciplina dei prezzi di trasferimento si trovi agli albori di un radicale cambiamento, *rectius* di quella che ai miei occhi sembra essere una vera e propria “rivoluzione copernicana” della materia.

In particolare a me sembra, come emerso soprattutto nel capitolo precedente, che non solo le corti, ma l’intero diritto tributario internazionale stiano effettivamente riconsiderando la portata interpretativa del cuore del sistema su cui si basa il *transfer pricing*, vale a dire l’*arm’s length principle*.

In sostanza, è ancora possibile oggi fornire una spiegazione giuridica ad un fenomeno prevalentemente economico? Ancora: è possibile legittimare l’utilizzazione del prezzo di libera concorrenza come un “grimaldello” volto a svelare le reali (eventuali) “cattive intenzioni” sottostanti le transazioni poste in essere dai contribuenti, in ogni caso “formalmente” valide?

A provare a fornire una risposta a tale interrogativo sta provando l’OCSE con il recente e più volte richiamato lavoro relativo alle conseguenze derivanti dall’implementazione di ristrutturazioni aziendali sulle metodologie dei prezzi di trasferimento¹⁴⁸ (*Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*).

Non è obiettivo della presente ricerca analizzare nel dettaglio il summenzionato lavoro dell’Organizzazione, per quanto di estrema attualità e interesse. Tuttavia, un aspetto del documento sul quale vale la pena soffermarsi ai fini della presente ricerca attiene all’analisi svolta nell’ultima *Issues Note*, la numero 4¹⁴⁹. In tale passaggio, infatti, l’OCSE si sofferma su alcuni aspetti ermeneutici del prezzo di libera concorrenza

¹⁴⁸ Cfr., per un’analisi del progetto dal punto di vista della disciplina interna, A. Musselli, *Trattamento fiscale del business restructuring*, in *Fiscalità Internazionale*, maggio-giugno 2007, pp. 273 e ss.

Sia inoltre consentito rinviare agli scritti di A. Bakker, G. Cottani, *Transfer Pricing and business restructurings: the choice of Hercules before the tax authorities*, in *International Transfer Pricing Journal*, No. 6, 2008, Volume 15, pp. 272 e ss.; A. Bakker, G. Cottani, *Fourth Issues Note: Sting in the Tail*, in *International Transfer Pricing Journal*, No. 2, 2009, pp. 81 e ss.

¹⁴⁹ Cfr. pp. da 53 a 59 del documento.

che vanno oltre la mera legittimazione giuridico - fiscale delle operazioni di *business restructurings*¹⁵⁰, e che in realtà finiscono per riconsiderare i confini interpretativi insiti nell'applicazione dell'*arm's length principle*. Mi riferisco, in particolare, alla possibilità di utilizzare il summenzionato principio per disconoscere le transazioni effettivamente poste in essere dal contribuente (c.d. *recognition of the actual transactions undertaken*).

La delicata tematica è sviluppata nei paragrafi 1.36 e 1.37 delle TP Guidelines, che si ritiene utile riportare in questa sede per una migliore comprensione delle argomentazioni che verranno presentate in seguito:

“1.36 A tax administration’s examination of a controlled transaction ordinarily should be based on the transaction actually undertaken by the associated enterprises as it has been structured by them, using the methods applied by the taxpayer insofar as these are consistent with the methods described in Chapters II and III [of the TP Guidelines]. In other than exceptional cases, the tax administration should not disregard the actual transactions or substitute other transactions for them. Restructuring of legitimate business transactions would be a wholly arbitrary exercise the inequity of which could be compounded by double taxation created where the other tax administration does not share the same views as to how the transaction should be structured.

1.37 However, there are two particular circumstances in which it may, exceptionally, be both appropriate and legitimate for a tax administration to consider disregarding the structure adopted by a taxpayer in entering into a controlled transaction. The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form. In such a case the tax administration may disregard the parties’ characterisation of the transaction and re-characterise it in accordance with its substance. [...] The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price. [...]”

Pertanto, di regola l’esame da parte di un’A.F. di una transazione tra imprese associate dovrebbe basarsi sulla transazione effettivamente realizzata da dette imprese così come da queste strutturata (ciò che in dottrina è stato definito come il c.d. *as-structured principle*¹⁵¹).

¹⁵⁰ Con il termine *business restructurings* si fa riferimento, in senso atecnico, alle ristrutturazioni del modo di condurre l’impresa. In senso ampio, la locuzione include tutte le situazioni nelle quali un gruppo internazionale che svolge operazioni integrate fra le varie affiliate, locate in differenti Stati, decide di cambiare qualcosa nel ciclo produttivo.

¹⁵¹Cfr. D. Francescucci, *The arm’s length principle and group dynamics: conceptual shortcomings*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2, 2004, p. 78.

Tuttavia, le TP *Guidelines* al paragrafo 1.37 le TP *Guidelines* contemplano due circostanze nelle quali può rivelarsi eccezionalmente tanto (i) opportuno (ii) quanto legittimo per un'amministrazione fiscale di non tenere conto della struttura adottata da un contribuente nel porre in essere una transazione tra imprese associate.

La prima circostanza si verifica nel caso in cui la natura economica di una transazione differisca dalla sua forma. In tal caso, l'A.F. può non tenere conto di come le parti caratterizzano la transazione e ridefinire quest'ultima in conformità alle caratteristiche sostanziali. L'esempio proposto dalle TP *Guidelines* è un investimento in un'impresa associata sotto forma di prestito fruttifero quando, sulla base dell'*arm's length principle*, e considerando le circostanze economiche della società mutuataria, non si prevedeva che l'investimento sarebbe stato così strutturato. In tale circostanza potrebbe essere opportuno per un'A.F. definire l'investimento conformemente alla sua natura economica, con il risultato che il prestito possa essere trattato come una sottoscrizione di capitale.

La seconda circostanza, invece, si verifica quando – sebbene forma e sostanza della transazione coincidano – gli accordi relativi alla transazione, esaminati nella loro totalità, differiscono da quelli che sarebbero stati adottati da imprese indipendenti che agiscono (i) nell'ambito di un comportamento commerciale razionale e (ii) la struttura adottata impedisce in concreto all'A.F. di determinare un prezzo di trasferimento adeguato.

Un esempio di tale seconda circostanza potrebbe essere rappresentato da una vendita effettuata sulla base di un contratto a lungo termine, con pagamento in unica soluzione, con cui si attribuisce la titolarità giuridica a godere illimitatamente a godere dei diritti sulle proprietà intellettuali derivanti da ricerche future per il termine stabilito dal contratto.

Sebbene, in questo caso, possa essere opportuno considerare la transazione quale trasferimento di beni commerciali, sarebbe comunque conveniente per l'amministrazione finanziaria conformare, nella loro interezza (e non semplicemente con riferimento al *pricing*) le condizioni di detto trasferimento a quelle che avrebbero potuto essere ragionevolmente previste qualora il trasferimento di beni fosse stato oggetto di una transazione coinvolgente imprese indipendenti.

Ne consegue che, nel caso summenzionato, ad avviso delle TP *Guidelines* sarebbe opportuno che l'A.F. rettifichi le condizioni dell'accordo, nell'ambito di un'ottica commerciale razionale, come un accordo permanente di ricerca.

Come si evince tanto (i) dalla sua stessa formulazione letterale, oltre che (ii) dalla sua collocazione sistematica all'interno del capitolo sulla comparabilità, il summenzionato paragrafo 1.37 è al centro di un vibrante dibattito interpretativo preordinato a stabilire la legittimità dell'utilizzazione dell'*arm's length principle* in quei paesi, come il Regno Unito o l'Australia, nei quali manca una norma generale anti-

elusiva. Il quesito, in altre parole, ruota attorno all'utilizzazione del summenzionato paragrafo 1.37 come strumento interpretativo legittimante una lettura dell'*arm's length principle* in chiave anti-elusiva.

A questo proposito, deve rilevarsi come le argomentazioni avanzate a proposito dell'utilizzazione delle nozioni di "*commercial rationality*" e "*recharacterization of a transaction*" contenute nel summenzionato paragrafo discendono dalla copiosa produzione giurisprudenziale inglese che a più riprese ha posto in risalto la nozione di *substance*, al fine di operare la corretta qualificazione di rapporti giuridici¹⁵², ovvero di operare situazioni di simulazioni.

Tale dibattito, invero, trova la propria origine nello sviluppo della teoria sull'elusione fiscale nel Regno Unito, iniziato dal caso *Furniss vs. Dawson*. Il caso riguardava una tipica fattispecie di interposizione di persona e in cui fu affermato che ogni qualvolta la sostanza di una determinata fattispecie non corrisponda alla forma adottata, occorre dare prevalenza alla sostanza stessa¹⁵³. In altri termini, una determinata operazione può essere ignorata nonostante la relativa esistenza formale ove lo schema posto in essere dal contribuente non sia appropriato al risultato finale, venendo dunque meno i vantaggi tributari connessi all'adozione di tale schema.

Insomma, laddove la struttura adottata dal contribuente configuri uno schema preordinato di operazioni ed in esso emergano determinati *steps* aventi unicamente una motivazione tributaria, questi possono essere ignorati a fini fiscali, assumendo rilevanza unicamente il risultato finale.

Il siffatto orientamento, pienamente riflesso nel paragrafo 1.37 delle TP *Guidelines*, ad avviso di chi scrive mal si concilia con la natura dell'*arm's length principle*, oltre che creare notevoli problemi alla presenza di convenzioni internazionali.

A tale ultimo proposito, ove un'operazione sia posta in essere con Stati con i quali è in vigore una Convenzione contro le doppie imposizioni, sorgono delicate questioni di ordine costituzionale ed internazionale, da un lato con riferimento alla possibilità che una norma di diritto interno possa incidere su una disciplina di rango sovranazionale, dall'altro con riferimento al principio *pacta sunt servanda* che presiede all'applicazione dei trattati internazionali.

¹⁵² Cfr. il *The Duke of Westminster case*, 1936, AC 1 HL, richiamato da P. Baker, *Tax Mitigation*, cit. a p.35.

¹⁵³ In particolare nel caso *de quo* il contribuente X, azionista della società A, procedette alla vendita di tutte le sue azioni ad una società C. Per evitare la tassazione della conseguente plusvalenza in capo all'azionista, venne costituita una società B in un paradiso fiscale, interamente posseduta da X. Le azioni di A vennero fatte confluire da X in B in cambio di azioni della stessa società B. Quest'ultima, infine, cedette le azioni della società A alla società C realizzando una plusvalenza esente. In senso conforme, cfr. il caso deciso nel maggio 2007 dalla *Canadian Tax Court Mil Investments. Vs. the Queen*, commentato da F. Vincent in *Revue de Droit Fiscal Canadienne*, 2007, pp. 331 e ss.

Vero è, infatti, che il rispetto degli accordi assunti in ambito internazionale si misura dal grado di uniformità che detti accordi trovano sul piano applicativo nei vari Stati contraenti. Tra l'altro, tale uniformità applicativa rischia di essere seriamente compromessa laddove si ammetta *sic et simpliciter* l'applicazione di clausole interne anti-abuso i cui confini sono spesso poco definiti e come tali suscettibili di ambiti applicativi assai differenziati.

A tale riguardo, emblematica delle summenzionate preoccupazioni si rivela l'evoluzione giurisprudenziale dell'*Hoge Raad* (la Suprema Corte) olandese la quale, nell'elaborazione del concetto di "*fraus conventionis*", ne aveva fatto inizialmente applicazione in un'ipotesi di abuso del BKR, *id est* il Trattato regolante i rapporti tra i Paesi Bassi, le Antille Olandesi ed Aruba¹⁵⁴. In tale caso, infatti, una società canadese aveva interposto una società residente nelle Antille Olandesi tra sé e la propria figlia olandese al fine di beneficiare delle disposizioni del predetto Trattato. Operazione, questa, che la Corte Suprema ha ritenuto avere come unico fine l'ottenimento di rilevanti benefici fiscali, in assenza di qualsiasi valida ragione economica.

Successivamente, tuttavia, la Corte ha operato un parziale *revirement*, limitandone l'applicazione ai soli casi in cui dal testo del Trattato (ivi incluso il relativo Protocollo di applicazione) risulti l'intenzione di fare salve le norme anti-elusive.

La summenzionata decisione ha pertanto spinto il Ministero delle Finanze olandese ad includere nel Protocollo applicativo delle proprie Convenzioni contro le doppie imposizioni una clausola contenente la possibilità di invocare l'istituto della *fraus conventionis* nell'ipotesi di abuso del Trattato. Nella stessa direzione si sono mossi la Germania, che ha stipulato apposite clausole convenzionali contenenti un rinvio espresso alle norme interne anti-elusive¹⁵⁵ ed anche l'Italia, la quale nel Trattato contro la doppia imposizione stipulato con gli Emirati Arabi Uniti (1995) ha previsto, all'articolo 24, paragrafo 6, che il principio di non discriminazione pattuito non deve comunque limitare l'applicazione delle disposizioni interne volte a impedire l'evasione e l'elusione fiscale.

Tanto premesso, il *Discussion Draft sui Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings* ha riaperto il dibattito sulla compatibilità con il diritto tributario internazionale di clausole specifiche antielusive.

La motivazione di un *revirement* della discussione risiede nel fatto che le clausole generali anti-elusive, oltre a possedere contorni di difficile precisazione e modalità di applicazione tutt'altro che agevoli, pongono anche l'onere della prova in capo all'Amministrazione Finanziaria. Le clausole specifiche anti-elusive, invece, consentirebbero di delimitare con

¹⁵⁴Cfr. *Hoge Raad*, 8 gennaio 1986, BNB 1986/127 e *Hoge Raad*, 28 giugno 1989, BNB 1990/45.

¹⁵⁵ Segnatamente, nella Convenzione con il Belgio (punto 18 del Protocollo applicativo), con la Nuova Zelanda (punto 7c del Protocollo applicativo) e con la Finlandia (punto 6 del Protocollo applicativo).

maggior precisione l'ambito dei comportamenti sanzionati e, soprattutto, provare ad invertire l'onere della prova sul contribuente, al quale spetta di dimostrare l'effettività dell'operazione posta in essere.

Non è un caso, infatti, che proprio nella relazione di accompagnamento all'introduzione della disciplina francese in materia di prezzi di trasferimento si è espressamente dichiarato che tanto l'articolo 57 quanto l'articolo 238 A del *Code Generale des Impôts* (quest'ultimo in materia di transazioni con soggetti residenti in paradisi fiscali) sono stati introdotti al fine di contrastare delle operazioni che, in linea astratta, avrebbero potuto essere colpite attraverso l'istituto dell'*acte anormal de gestion*.

L'OCSE, invece, proprio con il suo ultimo lavoro ha voluto "prendere le distanze" da siffatta lettura della disciplina in materia di prezzi di trasferimento come specifico strumento legislativo anti-elusivo. Anzi, ci si è spinti sino ad affermare che transazioni poste in essere con Paesi a "bassa fiscalità" o a "regime fiscale privilegiato" debbano essere rispettate nella loro strutturazione qualora (i) vi siano valide ragioni economiche sottostanti e (ii) l'applicazione del prezzo di libera concorrenza sia avvenuta nel rispetto delle metodologie delineate nelle *TP Guidelines*. Tuttavia, continua il *Draft*, ciò non impedisce allo Stato interessato di caratterizzare la struttura diversamente sulla base di norme anti-elusive generali interne.

Testualmente, l'OCSE: "*Paragraphs 1.36 – 1.41 of the TP Guidelines are limited to the non-recognition of transactions for the purposes of making transfer pricing adjustments covered by Article 9 of the OECD Model Tax Convention (i.e. adjustments in accordance with the arm's length principle). They do not provide any guidance as to a country's ability to characterise transactions differently under other aspects of its domestic law. A discussion of the relationship between domestic anti-abuse rules and treaties is found in the Commentary on Article 1 of the Model Tax Convention (see in particular paragraphs 9.5, 22 and 22.1 of the Commentary).*

MNEs are free to organise their business operations as they see fit. Tax administrations do not have the right to dictate to an MNE how to design its structure or where to locate its business operations. MNE groups cannot be forced to have or maintain any particular level of business presence in a country. They are free to act in their own best commercial and economic interests in this regard. In making this decision, tax considerations may be a factor. Tax administrations, however, have the right to determine the tax consequences of the structure put in place by an MNE, subject to the application of treaties and in particular of Article 9 of the Model Tax Convention. This means that tax administrations may perform where appropriate transfer pricing adjustments in accordance with Article 9 of the Model Tax Convention and / or other types of adjustments allowed by their domestic law (e.g. under general or specific anti-abuse rules), to the extent that such adjustments are compatible with their treaty obligations".

Ad avviso dell'Organizzazione, dunque, una lettura dei paragrafi 1.36 -1.37 quale "surrogato" di una clausola anti-elusiva interna non renderebbe giustizia ad una lettura appropriata delle *TP Guidelines* e, in particolare, dell'*arm's*

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

length principle quale strumento economico di natura valutativa delle transazioni infragruppo.

Invero, come esplicitato nel paragrafo 204 del Draft: “***The OECD considers that apparent non-arm’s length behaviour should as much as possible be dealt with on the basis of pricing adjustments, rather than by not recognising transactions. In some situations, however, it may not be possible to arrive at an appropriate transfer price in the circumstances of the case***”.

In realtà, quello che preme rilevare in questa sede è dimostrare come, *a contrario*, sia proprio l’*arm’s length principle*, *rectius* la specificazione dello stesso per il tramite della nozione di “opzioni realisticamente a disposizione” del contribuente, a potersi rivelare di aiuto nel cercare di individuare la “razionalità” di un comportamento commerciale.

Più in dettaglio, muovendo dall’assunto che in linea teorica non spetterebbe all’Amministrazione Finanziaria sostituirsi al contribuente nella valutazione di vantaggi/svantaggi derivanti da una scelta imprenditoriale (per il semplice fatto che tale attività di sindacato non dovrebbe rientrare nei suoi compiti istituzionali), sarebbe utile, anziché qualificare un comportamento come “commercialmente razionale”, individuare, *a contrario*, degli strumenti interpretativi per determinare quando determinate scelte siano economicamente “illogiche”. A mio avviso, la nozione di “opzioni realisticamente a disposizione del contribuente” ben si concilierebbe con la formulazione di una clausola generale anti-abuso di tipo aperto.

Tanto premesso, al fine di delimitare i confini della nozione di “economicità/razionalità” di una transazione alla luce del linguaggio adottato dal paragrafo 1.37 delle TP *Guidelines* ritengo necessario focalizzare nuovamente l’attenzione sulla natura dell’*arm’s length principle* come emergente dall’articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE.

In particolare, nell’applicare il paragrafo 1 della succitata disposizione convenzionale occorre distinguere due situazioni, e segnatamente:

- a. quella relativa alle “*condizioni accettate o imposte*” esistenti tra imprese associate nelle loro relazioni commerciali o finanziarie; e
- b. quella relativa alle “*condizioni che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti*”.

A mio avviso, tale distinzione è di estrema rilevanza poiché la fattispecie *sub* (a) attiene al processo di mera determinazione/individuazione delle condizioni della transazione conclusa tra imprese associate, mentre quella contemplata *sub* (b) si riferisce alla possibilità di accertare e – qualora necessario – rettificare le condizioni della *controlled transaction* sulla base del principio del prezzo di libera concorrenza.

In tal senso, la formulazione dell'articolo 9, comma 1, del Modello di Convenzione OCSE aiuta a individuare una distinzione netta tra le ipotesi summenzionate. Tuttavia, la chiarezza del dato letterale della norma viene parzialmente offuscata dai richiami – presenti in diversi paragrafi del Capitolo I delle TP *Guidelines* – alla nozione di “*economic substance*”.

Più in dettaglio, il riferimento all'economicità di un'operazione, *rectius* la mancanza della stessa in una transazione, autorizzerebbe l'Amministrazione Finanziaria ad invocare l'applicazione della prima circostanza eccezionale di cui al paragrafo 1.37 delle TP *Guidelines*.

In linea di principio, quindi, una lettura coerente del suddetto criterio implicherebbe che, in tutti i casi in cui sia riscontrata una difformità tra la forma e la sostanza economica di una transazione tra imprese associate, questa venga riqualificata da parte dell' A.F.

Ovviamente, tale processo di ri-caratterizzazione risulta estraneo all'ipotesi contemplata nella fattispecie *sub* (a) di cui sopra, e cioè siffatta riqualificazione nulla ha a che vedere con la modalità di determinazione delle condizioni tra imprese associate risultando, tale attività, in una rettifica non di natura valutativa, bensì strutturale.

A tale riguardo, l'elemento di rottura – all'interno delle TP *Guidelines* – di un'utilizzazione armonica della nozione di “*economic substance*” è rappresentato dal fatto che il summenzionato criterio è espressamente richiamato anche nella sezione delle Linee Guida relativa all'analisi di comparabilità. In particolare, il paragrafo 1.26 stabilisce quanto segue: “*In linea con la successiva analisi relativa alle condizioni contrattuali, è possibile considerare se la ripartizione dei rischi indicata sia conforme alla natura economica della transazione. Al riguardo, in generale è la condotta delle parti che dovrebbe costituire la miglior prova dell'effettiva ripartizione dei rischi*”.

In sostanza, quindi, muovendo dall'assunto che la nozione di “*sostanza economica*” dell'operazione abbia il medesimo significato tanto al paragrafo 1.37 quanto nella succitata previsione, una lettura dei paragrafi 1.26-1.27 volta inappropriatamente a estendere l'ambito applicativo dello stesso autorizzerebbe l'A.F. a disconoscere gli effetti di una transazione anche (i) in assenza di una clausola generale anti-elusiva e (ii) pur trovandosi al di fuori dell'ambito applicativo eccezionale del paragrafo 1.37 delle TP *Guidelines*.

Tuttavia, se si analizza in maggiore profondità la nozione di “*economic substance*” nell'accezione emergente da una lettura sistematica delle Linee Guida OCSE, emerge un duplice distinto significato della stessa. E cioè:

1. Un significato di natura fattuale/sostanziale. Tale profilo è evidenziato dal dato testuale di cui ai paragrafi 1.26 ed 1.28- 1.29 delle TP Guidelines. Sulla base di tale enunciazioni, devono essere esaminate eventuali discrepanze tra le condizioni della transazione posta in essere tra imprese associate (e cristallizzate negli accordi contrattuali) e la condotta effettivamente realizzata dalle parti. Nell'ipotesi in cui venga registrata qualsivoglia difformità, la condotta effettivamente posta in essere dalle imprese associate si ritiene quella caratterizzante la determinazione delle condizioni dell'operazione infragruppo. In tale contesto, l'utilizzazione del concetto di "*economic substance*" dovrebbe tradursi nell'implementazione di mere rettifiche di natura valutativa.

2. Un significato rispondente all'*arm's length principle*. Tale profilo è evidenziato nei paragrafi 1.27 e 1.37 delle TP Guidelines. In sostanza, secondo tale accezione deve essere stabilito un confronto tra la forma della transazione (come cristallizzata in sede contrattuale) posta in essere tra le imprese associate e quella che sarebbe stata adottata da imprese indipendenti. In conformità a tale profilo, l' A.F. sarebbe autorizzata a non riconoscere la transazione come strutturata dal contribuente e qualificare la stessa in forza del solo paragrafo 1.37 delle TP Guidelines, dando così vita ad una rettifica di natura strutturale.

Pertanto, è proprio il punto sub (2) quello che a mio avviso evidenzia gli attuali limiti concettuali del Capitolo I delle TP Guidelines rispetto all'attuale contesto giuridico economico nel quale va ad applicarsi e derivanti da un improprio utilizzo (i) del concetto di "*economic substance*" nella succitata seconda accezione e (ii) dell'*arm's length principle ex se* come interpretato nei paragrafi 1.27 e 1.37.

Infatti, con riguardo al punto sub (i), entrambi i paragrafi 1.27-1.37 impropriamente si riferiscono alla "reale natura economica" di una transazione per ricollegarsi al comportamento (di natura formale e sostanziale) che soggetti indipendenti avrebbero adottato. Tuttavia, il paragrafo 1.27 attiene alla sola fase della determinazione delle condizioni accettate o imposte tra imprese associate; pertanto, lo stesso può dar vita a sole rettifiche di natura valutativa.

Detto altrimenti, con riguardo al punto *sub* (ii), ciò che risulta di primaria importanza rilevare è la circostanza che l'applicazione dell'*arm's length principle* nei due summenzionati paragrafi delle TP Guidelines (*id est*, 1.27 e 1.37) produce effetti qualitativamente differenti.

In particolare, le rettifiche di natura strutturale che talune A.F. illegittimamente pongono in essere sulla base della nozione di "*economic substance*" dei paragrafi 1.26- 1.27 dovrebbero, come già si è anticipato, limitarsi a aggiustamenti di natura valutativa (*id est* sui prezzi, margini lordi o netti di contribuzione) nel pieno rispetto dello spirito dell'*arm's length principle* come adottato nelle TP Guidelines.

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Il paragrafo 1.37, invece, dovrebbe attuarsi nelle sole circostanze eccezionali – rispettivamente - dell'*economic substance exception* e della *commercial rationality exception*, traducendosi nell' implementazione di limitate rettifiche di natura strutturale, che cioè procedono ad una riallocazione di funzioni, *assets* e rischi tali da andare a riqualificare l'intera transazione tra imprese associate.

In conclusione, ritengo che solo un riconoscimento espresso della summenzionata distinzione tra (i) rettifiche di natura valutativa e (ii) rettifiche di natura strutturale renderebbe possibile una lettura equilibrata e “bilanciata” dell'*arm's length principle* come richiesta da una lettura “moderna” della disciplina in materia di prezzi di trasferimento.

Questa è, al momento, la vera sfida che tutti i moderni Stati di diritto dovranno affrontare per potere efficacemente applicare il crescente fenomeno del *transfer pricing* con risvolti elusivi.

BIBLIOGRAFIA

Adonnino Pietro, *Stati e territori aventi regime fiscale privilegiato e loro concreta identificazione*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1993, I, 504

Amerkhail Valerie, *Arm's length or formulary apportionment? Sometimes the best choice is both*, in *BNA TMTPR* 13, 1 Novembre 2000

Amerkhail Valerie, *The Coming Conflict: Global Implications of the Proposes US Services and Intangibles Regulations*, in *Tax Management Transfer Pricing Report*, BNA, 4-14-04, 2009, 9

Avery Jones John, *The interpretation of Tax Treaties with particular reference to Article 3 (2) of the OECD Model*, in *British Tax Review*, 1984, 14

Avery Jones John, *The origins of concepts and expressions used in the OECD Model and their adoption by States*, in *Bulletin for International Taxation*, 6, 2006, 220

Avery Jones John, *The 1992 OECD Model Treaty: Article 3 (2) of the OECD Model Convention and the Commentary to it: Treaty Intrepretation*, in *European Taxation*, No. 8, 1993, 254

Avi-Yonah Reuven, *The structure of International taxation: a proposal for simplification*, in *BNA TMTPR*, 1 Novembre 2000, 3

Baker Philip, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, Londra, Sweet & Maxwell, II Edizione, 1994, 217

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Bakker Anuschka, Cottani Giammarco, *Transfer Pricing and business restructurings: the choice of Hercules before the tax authorities*, in *International Transfer Pricing Journal*, No. 6, 2008, Volume 15, 272

Bakker Anuschka, Cottani Giammarco, *Fourth Issues Note: Sting in the Tail*, in *International Transfer Pricing Journal*, No. 2, 2009, 81

Ballancin Andrea, *La disciplina italiana del transfer price tra onere della prova, giudizi di fatto e l'(in)esistenza di obblighi documentali*, in *Rassegna Tributaria*, n. 6, 2006, 1982

Balzani Francesca, *Il Transfer Pricing*, in AA.VV. *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Cedam, Padova, 1999, 36

Beghin Mauro, *L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria ed interrogativi in ordine alla funzione giurisdizionale*, in *Rivista Giurisprudenza Tributaria*, No. 3/2006, 212

Bennett Mary, Russo Raffaele, *Discussion draft on a new article 7 of the OECD Model Convention*, in *International Transfer Pricing Journal*, No. 2, 2009, Volume 16, 73

Berliri Antonio, *Il testo unico delle imposte dirette. Esposizione istituzionale dei primi due titoli*, Giuffrè, Milano, 1960, 260

Cacciapuoti Emidio, *Sulla deducibilità delle spese sostenute dalla società madre ed attribuite alla stabile organizzazione*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2001, 512

Carlton Dennis; Perloff Jeffrey, *Modern Industrial Organization*, Addison Wesley Capitolo 2, 2000, 47

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Carpentieri Loredana, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Giuffrè, Milano, 1997, 17

Carroll Mitchell Benedict, *Global perspectives of an International tax lawyer*, New York, 1978, 38

Chiesa Giovanna; Cottani Giammarco, *Supreme Court Decision on Transfer Pricing: Burden of Proof, Anti-Avoidance Interpretation and Abuse of Law Principle*, in *International Transfer Pricing Journal*, 3, 2007, Amsterdam, 192

Collins Maurice, *Analysis and comparison of National systems and OECD Guidelines*, in *Tax Treatment of Transfer Pricing*, IBFD publication, Amsterdam, 1996

Cordeiro Guerra Roberto, *La disciplina del transfer price nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rivista Diritto Tributario*, No.4, 2000, 421

De La Feira Rita, *Prohibition of Abuse of (Community) Law: the creation of a new general principle of EC Law through Tax*, in *Common Market Law Review*, No. 45, 2008, 395

Eccles, Robert, *The Transfer Pricing Problem*, D.C. Heath and Company, Lexington, Toronto, 1985, 13

Francescucci David, *The Arm's length principle and group dynamics – Part 1: the Conceptual shortcomings*, in *International Transfer Pricing Journal*, No. 2, 2004, IBFD Publications, Amsterdam, the Netherlands, 78

Gallo Franco, *Le ragioni del fisco – Etica e giustizia nella tassazione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 15

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Garbarino Carlo, *Transfer Price*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. Commerciale, Vol. XVI, Torino, 1999, 1

Granfield Michael, *An economic analysis of the documentation and financial implications of the new section 482 regulations*, in *Tax Notes International*, 12, 1993, 99

Hamaekers Hubert, *Arm's length principle - how long?*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2/2001, 30

Hayri Aydin; Clark Richard, *Firm Profitability in recession*, in *Tax Management Transfer Pricing Report*, 6 marzo 2002, 905, BNA Publishing, Washington

Hennart Jean François, *Transaction costs theory and the multinational enterprise*, Oxford University Press, 1959, 24

Higinbotham Harlow; Levey Marc, *When arm's length isn't really arm's length: issues in the application of the arm's length standard*, in *Intertax*, Volume 26, Issues 8-9, 1998, 235

Hornsgren Charles; Stratton William; Sundem Gary, *Introduction to Management Accounting*, Prentice Hall International Inc., 2002, São Paulo, 396

IBFD, *Transfer Pricing and business restructuring: streamlining all the way*, IBFD Publications, Amsterdam, 2009, 37

Langbein Stanley, *The unitary method and the myth of arm's length*, in *Tax Notes International*, No. 625, 17 febbraio 1986, 629

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Lebowitz Brian, *Transfer pricing and the end of international taxation*, in BNA TMTPR 13, 1 Novembre 2000, S-61, 1

Leo Maurizio; Monacchi Felice; Schiavo Mario, *Le imposte sui Redditi nel Testo Unico*, Giuffré, 2000, 36

Lindencrona Gustav, *Svensk Skate tidning*, Stockholm University Press, 1992,125

Magnani Corrado, *Sui limiti oggettivi del giudicato tributario*, in Corriere Tributario n. 34/2006, 2693

Maisto Guglielmo, *Il regime tributario delle operazioni intercorrenti tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato*, in Rivista Diritto Tributario, 1991, No. 11, 757

Maisto Guglielmo, *Il Transfer price nel diritto tributario italiano e comparato*, Cedam, Padova, 1985, 10

Maisto Guglielmo, *Le spese deducibili nella determinazione del reddito della stabile organizzazione all'estero*, in Diritto e Pratica Tributaria, 1979, I, 1204

Maisto Guglielmo, *L'imposizione diretta nei rapporti internazionali*, in AA.VV., *Le imposte della riforma*, ECIG, Genova, 1991, 12

Manzitti Andrea, *Brevi note in tema di stabile organizzazione e mandato gestorio*, in Rivista Dir. itto Tributario, 2001, IV, 171

Manzitti Andrea, *Nuove norme contro l'abuso dei paradisi fiscali*, in *Le società*, 1992, 16

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Marino Giuseppe, *Paradisi fiscali: problemi applicativi e proposte di modifica*, in *Le operazioni fiscali internazionali*, a cura di Victor Uckmar e Carlo Garbarino, Egea, Milano, 1995, 367

Mayr Sigfried, *Normativa antielusione e rapporti intercompany*, in *Corriere Tributario*, 1991, No. 50, 371

Melis Giuseppe, *Vincoli internazionali e norma tributaria interna*, contributo a *Direito Tributario Internacional Aplicado*, Volume III, 550

Meussen Gerard, *The ECJ significantly limits the application of CFC rules in the Member States*, in *European Taxation*, No. 1, 2007, Amsterdam, 13

Micheli Mauro, *Transfer Pricing interno: traslazione di reddito tra tipi diversi di società*, in *Il Fisco*, 2000, No. 13, 351

Micklethwait John; Woolridge Adrian, *The Company – A short history of a revolutionary idea*, Widenfeld & Nicholson, London, 2003, 10 e 175

Miraulo Anna, *Doppia imposizione internazionale*, Giuffré, Milano, 1990, 339

Mogle James, *Intercompany transfer pricing for intangibile property*, 6 BNA TMTPR 3, 21 maggio 1997, *Special Report*

Musselli Alberto, *Trattamento fiscale del business restructuring*, in *Fiscalità Internazionale*, maggio-giugno 2007, 273

Musselli Alberto; Musselli Andrea, *Il transfer pricing*, Il Sole 24Ore, Milano, 1997, 80

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Normann Richard; Ramirez Rafael, *From value chain to value constellation: designing interactive strategy*, in *Harvard Business Review on Managing the Value Chain*, 1993, Harvard Publishing Press, 188

OECD, Comparability: Public Invitation To Comment on a Series of Draft Issues Notes, 10 Maggio 2006, Paris, 4

OECD, Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies, in *International Tax Avoidance and Evasion, Four related studies*, OECD Report, Paris, 109

OECD, Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs on Transfer Pricing and Multinational Enterprises, OECD Report, Paris, 1979, 39

OECD, Transactional Profit Method: Discussion Draft for public comments, OECD Report, 25 gennaio 2008, Paris, 71

OECD, Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring, OECD Discussion Draft, 19 settembre 2008, Paris, 7

OECD, Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Three taxation issues, OECD Report, Paris, 1984, 26

O'Shea Thomas, *The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries: tax avoidance or tax mitigation?*, in *EC Tax Review*, No. 1, 2007, 13

Piazza Marco, *Guida alla fiscalità internazionale*, Il Sole 24Ore, Milano 2004, 108

Pistone Pasquale, *I prezzi di trasferimento*, in *L'Ordinamento Tributario*, III Volume, Padova, 1986, 121

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Rotondaro Carmine, *The notion of associated enterprises: treaty issues and domestic interpretation – an overview*, in *International Transfer Pricing Journal*, No. 1, 2000, IBFD Amsterdam, 2

Salvini Livia, *L'elusione IVA nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Corriere Tributario*, No. 39/2006, 3097

Sundgren Peter, *Svensk Skatte tidning*, Stockholm University Press, 1991, 399

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

US Internal Revenue Service, *Report on the application and administration of Section 482*, 21 Aprile 1999, Capitolo 5 – II, 85

Van Raad Keis, *Interpretation and Application of Tax Treaties by Courts*, in *European Taxation*, No.1, 1996, 4

Vogel Klaus; Prokisch Rainer, *Interpretation of double taxation conventions*, in *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXVIII, 1993, 258

Vogel Klaus, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law, 3rd Edition, the Hague, 1997, 518

Verlinden Axel; Smits Isabel, *Mastering the Intellectual Property Life Cycle*, PriceWaterhouseCoopers Publications, 2009, 53

Giammarco Cottani, Dottorando di ricerca in diritto tributario delle società, XXI Ciclo

Vogelaar Theo, *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

Vogele Alexander; Connett Sebastien; Gottschling Bastian, *Transfer prices determined by game theory: Application to IP*, in *Tax Planning International Transfer Pricing*, BNA, 1108, 3

Williamson Oliver, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust implications*, New York, Free Market Press, 1975, 286

Zizzo Giuseppe, *Le regole generali per la determinazione del reddito di impresa*, in Francesco Tesauro, *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario, Imposta sul reddito delle persone fisiche*, volume II, Utet, Torino, 1994, 290