

Dottorato di Ricerca in
“Diritto degli Affari e Tributario dell’Impresa”
XXVI CICLO
Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Livia Salvini

GLI STRUMENTI DI COMPOSIZIONE DELLE
CONTROVERSIE IN MATERIA DI *TRANSFER PRICING*
Problematiche applicative e prospettive evolutive

(SINTESI)

Tutor
Chiar.ma Prof. ssa Laura Castaldi

Dottorando
Giovanni Paudice

CAPITOLO 1

Introduzione

L'attuale realtà imprenditoriale manifesta un'evidente tendenza verso forme organizzative complesse. I gruppi multinazionali (MNE) operanti nei mercati globali tendono oramai a "ramificarsi" in diverse giurisdizioni e, sotto questo profilo, le politiche di *transfer pricing* – disciplinando dunque il funzionamento delle transazioni infragruppo – rappresentano elementi di assoluta strategicità per il gruppo multinazionale.

Occorre tuttavia considerare che gli standard di fiscalità condivisi a livello internazionale non hanno tenuto il passo con la globalizzazione dell'economia. Difatti, nell'ambito della normativa tributaria concernente il *transfer pricing*, in ragione della ripartizione dei poteri impositivi tra Stati, si continua a fare riferimento ai concetti di "separate entity" ed "arm's length"; a considerare, cioè, il gruppo di impresa come un insieme di entità nazionali giuridicamente distinte, anziché come un unico contribuente globale.

Il problema è che queste regole sono l'espressione di un conflitto tra l'economia globale, che ha trasformato il gruppo multinazionale in un'unica impresa integrata, e il perimetro di applicazione rigorosamente nazionale del diritto che è in grado di manifestare la propria effettività solo nei confronti di persone ed enti costituiti sul proprio territorio o che con esso abbiano intessuto rapporti giuridicamente rilevanti.

Uscire da questa ambivalenza non è sempre agevole e vengono così a crearsi problemi di doppia imposizione, alquanto ricorrenti in materia di *transfer pricing*. La doppia imposizione nei casi di *transfer pricing* normalmente è o può essere causata da una rettifica della dichiarazione di una delle società interessate, in applicazione delle regole di valutazione al valore normale delle transazioni intervenute con la società estera correlata. Nell'ipotesi in cui i ricavi della società accertata vengano rettificati in aumento, si verifica una doppia imposizione a causa del fatto che l'altra società residente in un altro Stato non ha dedotto i corrispondenti costi, in quanto il maggior valore non si è riflesso nel corrispettivo indicato nel contratto. La doppia imposizione economica si rinviene proprio considerando unitariamente il MNE risultante dalla integrazione dei due soggetti giuridicamente autonomi..

Diventa così di assoluta “*attualità*” l’adozione, sul piano nazionale e internazionale, di efficaci strumenti di composizione delle controversie, anche preventivi, tra Stati e gruppi multinazionali in materia di *transfer pricing* proprio come strumenti di risoluzione dei siffatti problemi di doppia imposizione.

Procedendo per gradi sono state analizzate, partitamente, le misure unilaterali, bilaterali e sovranazionali approntate dal nostro ordinamento come strumenti di risoluzione dei conflitti in parola, e segnatamente:

- I. il *ruling internazionale*, quale misura unilaterale (successivo capitolo 2);
- II. la MAP, quale misura bilaterale (successivo capitolo 3);
- III. la Convenzione Arbitrale 90/436/CEE del 23 luglio 1990, quale misura sovranazionale (successivo capitolo 4).

Al termine di siffatta analisi, dopo aver evidenziato tutti gli elementi di criticità che caratterizzano gli odierni strumenti di risoluzione dei conflitti *de quibus* a disposizione del contribuente e sottolineato altresì le aree di intervento per un loro “*rinnovamento*”, ci si proiettati in una “*prospettiva evolutiva*” indicando nuovi strumenti di risoluzioni che potrebbero affiancarsi a quelli esistenti (successivo capitolo 5).

CAPITOLO 2

Ruling internazionale

L’OCSE ha indicato come soluzione adeguata per prevenire l’insorgere di controversie in materia di *transfer pricing* l’utilizzo di accordi preventivi, gli APA, tra il contribuente e l’Amministrazione Finanziaria, della durata media compresa tra i tre e i cinque anni, in base ai quali, prima dell’effettuazione della transazione infragruppo, vengono individuati i criteri e le modalità che porteranno alla definizione e alla determinazione dei prezzi di trasferimento.

Più propriamente, a seconda dei soggetti che intervengono nell’intesa, la forma che un APA può assumere è quella di accordo unilaterale, bilaterale o multilaterale.

L’APA unilaterale rappresenta un accordo stipulato tra una sola Amministrazione Finanziaria ed un contribuente. Appare, sin d’ora, evidente che la definizione di una simile intesa non determina la risoluzione delle problematiche in materia di doppia imposizione, poiché l’Autorità fiscale dello Stato competente a tassare il reddito dell’impresa, controparte nella transazione, potrebbe

legittimamente disconoscere le regole stabilite nell'accordo medesimo (al quale non ha partecipato) rideterminando autonomamente i prezzi di trasferimento.

L'APA bilaterale o multilaterale si differenzia dall'APA unilaterale, in quanto coinvolge due o più società del gruppo e corrispondentemente le due o più Amministrazioni Finanziarie dei Paesi in cui tali società risiedono. In particolare, la conclusione di APA bilaterali o multilaterali viene ricondotta alla procedura amichevole di cui all'art. 25, paragrafo 3, del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni.

Ciò premesso, nell'ordinamento italiano si è registrato un primo “*tentativo*” di attuazione della disciplina in materia degli APA, attraverso l'istituto del c.d. *ruling* di *standard* internazionale, introdotto dall'art. 8 del D.L. n. 269/2003 e che ha avuto concreta esecuzione attraverso il successivo provvedimento di attuazione del 23 luglio 2004 del Direttore dell'Agenzia delle Entrate. Tale istituto, sebbene pensato come accordo unilaterale, a partire dalla fine del 2010, molto opportunamente la competente Autorità italiana può renderlo “*bilaterale*” a richiesta (accettata) del contribuente, relativamente ai Paesi con cui l'Italia ha in vigore le Convenzioni Bilaterali, con l'attivazione della procedura di accordo bilaterale, ai sensi dell'art. 25, paragrafo 3, del Modello OCSE di Convenzione contro la doppia imposizione (cosiddetta «*mutual agreement procedure-map-Apa request*»).

In particolare, il *ruling* può avere ad oggetto “*la preventiva definizione*”, in contraddittorio, dei metodi di calcolo del valore normale delle transazioni intercompany di cui al comma 7 dell'articolo 110 del T.U.I.R. In particolare, la procedura di *ruling* internazionale si conclude con la sottoscrizione congiunta di un accordo quinquennale che dovrà essere rivisto nel caso in cui intervengano mutamenti nelle circostanze di fatto e di diritto che hanno portato a determinate conclusioni. Proprio l'intesa - un accordo tra il contribuente e l'Amministrazione Finanziaria avente ad oggetto operazioni complesse di carattere transnazionale - è il connotato qualificante del nuovo istituto, che si distingue, dunque, dalle altre forme di *ruling* caratterizzate da un “*responso unilaterale*” della Amministrazione Finanziaria.

L'introduzione dell'istituto del *ruling* internazionale nel nostro ordinamento rappresenta un indubbio passo in avanti che risponde alle crescenti esigenze di internazionalizzazione delle imprese derivanti dalla globalizzazione dei mercati. Essa consente di conferire maggiore certezza a tutta una serie di problematiche in materia di *transfer pricing* potenzialmente

suscettibili di accertamento da parte dell'Amministrazione Finanziaria, evitando così futuri contenziosi.

In particolare, un'analisi specifica dei connotati generali dell'istituto ha consentito di evidenziarne i rilevanti pregi sintetizzabili nella possibilità per il contribuente: i) di acquisire certezza in relazione alla propria obbligazione tributaria soprattutto in contesti fortemente integrati nei quali è particolarmente ardua la definizione di politiche di *transfer pricing* prive di valutazioni soggettive che prestino il fianco a interpretazioni diverse da parte dell'Amministrazione Finanziaria; ii) di giungere ad un accordo con l'Amministrazione Finanziaria in un clima di fattiva collaborazione come tale idoneo a consentire negoziazioni soddisfacenti per entrambe le parti dell'accordo.

Per quanto concerne l'Amministrazione Finanziaria non si può sottacere che la complessità intrinseca della disciplina del *transfer pricing*, in quanto “*scienza inesatta*”, e la natura del MNE, ultrastatuale e fortemente integrato, pongono significative difficoltà in fase accertativa. In tale contesto, il nuovo istituto può rappresentare un valido compromesso per salvaguardare da un lato la posizione del contribuente e dall'altro le pretese erariali dello Stato. A ciò si aggiunga che, tale istituto, può consentire all'Amministrazione Finanziaria di acquisire e/o mantenere un *know how* aggiornato sia sulle continue evoluzioni delle organizzazioni delle imprese sia sulle possibili applicazioni delle metodologie di *transfer pricing* più appropriate.

Per altro verso, si è tuttavia avuto modo di rilevare come alcune caratteristiche del *ruling* internazionale presentino elementi di criticità che potrebbero minare l'appetibilità del nuovo istituto. Tra queste abbiamo evidenziato la natura non bilaterale dell'accordo, la possibilità di ritardi nella procedura, la mancanza espressa di copertura penale.

In particolare, non va sottaciuto che l'unilateralità del nuovo istituto non consente di eliminare il rischio di fenomeni di doppia imposizione per il contribuente, causati da differenti approcci delle Amministrazioni Finanziarie coinvolte nelle transazioni rilevanti e difficilmente risolvibili anche tramite le procedure amichevoli previste dal Modello OCSE.

Si è evidenziato come, a partire dalla fine del 2010, l'Autorità competente italiana può renderlo “bilaterale” a richiesta (accettata) del contribuente, relativamente ai Paesi con cui l'Italia ha in vigore i trattati bilaterali, con l'attivazione della procedura di accordo bilaterale, ai sensi dell'art. 25, paragrafo 3, Modello OCSE. Ne consegue che la minimizzazione di fenomeni di doppia imposizione passa attraverso la definizione di un accordo sotto tutti i profili coerente con il

principio dell'*arm's length*, ed in quanto tale pienamente condivisibile dall'Amministrazione Finanziaria dell'altro/i Paesi coinvolto/i.

Tali considerazioni inducono a prefigurare quale scenario evolutivo auspicato, l'istituzione di programmi bilaterali o multilaterali che prevedano un coordinato coinvolgimento di tutte le Amministrazioni Finanziarie coinvolte, già nella fase di avvio della procedura di definizione di accordi in materia di *transfer pricing*.

CAPITOLO 3

Mutual Agreement Procedure (MAP)

Un altro strumento di risoluzione dei conflitti in materia di *transfer pricing* è previsto dalle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione; trattasi segnatamente della procedura amichevole (*Mutual Agreement Procedure*, d'ora innanzi anche “MAP” o anche “MAP da Convenzione Bilaterale”).

Le Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione attualmente in vigore prevedono delle norme procedurali, sulla falsariga dell'articolo 25 del Modello OCSE. Trattasi di forme semplificate di consultazione tra gli Stati contraenti, nel cui campo di applicazione rientra anche il fenomeno della doppia imposizione economica internazionale connesso alla disciplina dei prezzi di trasferimento.

In particolare, la procedura amichevole in senso stretto, prevista dall'art. 25 paragrafo 1 e 2 del Modello, e rilevante ai fini delle controversie in materia di *transfer pricing* ha una struttura bifasica:

- i) la prima, interna, che si apre con la proposizione da parte del contribuente del reclamo di fronte all'Autorità competente; essa si risolve dunque nel rapporto che si instaura tra il contribuente e l'Amministrazione di uno Stato contraente e conduce all'accoglimento o al rigetto dell'istanza
- ii) la seconda, internazionale, solo eventuale che si svolge tra le Autorità competenti degli stati contraenti; essa dunque - introdotta a seguito all'accoglimento dell'istanza del contribuente, considerata ammissibile e fondata - consiste nel rapporto tra le due Amministrazioni Finanziarie e si conclude con un atto denominato “*mutuo accordo*”.

Più nel dettaglio, l'autorità competente investita della questione a seguito del reclamo del contribuente che lamenta la doppia imposizione, deve in primo luogo, valutare la possibilità di porre rimedio essa sola all'imposizione non conforme alla Convenzione, mediante l'adozione di misure unilaterali, ossia in autotutela ai sensi del decreto legge 30 settembre 1994, n. 564, (senza dover quindi intraprendere una procedura amichevole con l'Autorità dell'altro Stato contraente, al più coinvolgendola per eventuali scambi di opinioni o di informazioni).

In caso contrario, il reclamo viene notificato all'autorità competente dell'altro Stato. Dunque la procedura verrà avviata nel caso in cui l'Autorità adita non possa risolvere unilateralmente il caso ad essa sottoposto in quanto la misura che viene contestata è stata posta in essere dall'altro Stato contraente. In questa fase la procedura non si articola più sul piano dei rapporti tra contribuente e Stato, ma tra Stati. Emerge quindi in modo alquanto evidente, come le parti sono esclusivamente gli Stati interessati, e non anche i contribuenti che potrebbero subire gli effetti della doppia imposizione. Si tratta quindi di un procedimento che inizia su impulso del contribuente ma che poi si svolge tra le Amministrazioni competenti. Naturalmente, l'autorità competente informa il soggetto istante in merito alla ricevibilità dell'istanza e alla valida instaurazione della procedura.

L'analisi svolta con riferimento alla fattispecie *de qua* si è soffermata diffusamente sui profili soggettivi, sugli aspetti procedimentali, sui rapporti con il contenzioso interno, sul contenuto dell'accordo eventualmente raggiunto da parte delle autorità competenti.

Alla luce della suddetta indagine i problemi pratici connessi alla procedura amichevole individuati sono in particolare:

- i) la durata della procedura amichevole: non sono definiti i tempi della procedura, in maniera da vincolare le Amministrazioni a collaborare in maniera efficiente;
- ii) la partecipazione del contribuente che ha un ruolo limitato e circoscritto (e non è qualificabile come parte in senso tecnico);
- iii) soprattutto, la mancanza di un obbligo in capo alle autorità competenti ad avvenire ad una soluzione; si è infatti evidenziato come una volta instaurata la fase internazionale della procedura, in capo alle Autorità preposte non vi sia alcuna obbligazione di giungere alla composizione amichevole, cioè di raggiungere l'accordo. Trattasi dunque di una mera

obbligazione di mezzi, e non di risultato, per le parti in causa; di talchè le Amministrazioni potrebbero così non giungere ad alcuna delibera per risolvere la controversia sul *transfer pricing*. E tale aspetto rappresenta la lacuna principale della procedura amichevole

Proprio in ragione della scarsa incisività della MAP ed al fine di renderla maggiormente efficace, l'OCSE, nel 2008, ha introdotto il “nuovo” par. 5 dell'art. 25 del Modello, nel quale viene espressamente previsto il ricorso all'arbitrato internazionale in caso di mancato accordo fra le due Amministrazioni Finanziarie. Il paragrafo 5 dell'art. 25 del Modello OCSE introduce dunque un meccanismo che consente il ricorso alla procedura arbitrale (una Commissione Arbitrale) per la risoluzione delle questioni che hanno impedito alle autorità competenti di raggiungere un accordo, entro due anni dalla sottoposizione del caso. Tale procedura è parte integrante della procedura e non costituisce meccanismo alternativo per la risoluzione delle controversie che insorgono ai sensi della Convenzione. In particolare, entro sei mesi dalla pronuncia del parere da parte della Commissione arbitrale, le autorità competenti degli Stati contraenti possono ancora adottare, di comune accordo, misure volte ad eliminare la causa che ha determinato l'insorgere della controversia. Qualora entro sei mesi dall'emissione del parere da parte della Commissione Arbitrale le autorità competenti di ciascuno Stato contraente non abbiano raggiunto un accordo per eliminare la causa della controversia, esse devono conformarsi a detto parere e dargli esecuzione.

Ad oggi, tredici Convenzioni in vigore tra l'Italia e gli Stati *partner* recano una clausola arbitrale. Detta clausola, presente in Trattati negoziati però prima dell'inserimento della clausola arbitrale nel Modello OCSE, prevede in genere l'attivazione dell'arbitrato solo a seguito del consenso di entrambi gli Stati e del contribuente. Non stabilisce, quindi, un vincolo preventivo (*mandatory arbitration*) per gli Stati contraenti a intraprendere l'arbitrato in caso di mancata soluzione della controversia per via di amichevole composizione. Il che sembra rendere ancora una volta la procedura amichevole un' “*arma spuntata*”, e fornire l'ennesima dimostrazione di quanto complesso sia ogni tentativo di creare degli spiragli nelle giurisdizioni interne degli Stati al fine di espandere il campo di azione dei Trattati internazionali.

L'analisi svolta ha quindi evidenziato come sia certamente auspicabile un rinnovamento sia della rete convenzionale italiana sia dello stesso ordinamento interno che dia maggiore forza ed efficacia alla procedura amichevole che rappresenta un mezzo ideale per permettere di superare i problemi di doppia imposizione che costituiscono un grave ostacolo per gli investimenti internazionali e quindi per lo sviluppo economico e la competitività di un Paese nel cosiddetto "mercato globale". L'assenza di obblighi vincolanti e con tempistiche ben definite per le Amministrazioni Finanziarie coinvolte unitamente ad una spesso assente volontà di convergere su conclusioni comuni su aspetti applicativi delle norme pattizie, limita la possibilità per i contribuenti di percorrere fattivamente la strada delle *mutual agreement procedures*.

Risulta poi essenziale prevedere il coinvolgimento del contribuente, che dovrebbe diventare attore principale nella produzione della documentazione iniziale e partecipare alla fase di analisi, fornendo informazioni aggiuntive e motivazioni utili ad "indirizzare" le scelte delle Amministrazioni Finanziarie coinvolte, rendendo – *rectius* "trasformando" - le procedure amichevoli in quello strumento (oggi solo potenziale) capace di eliminare le sempre più frequenti situazioni di doppia imposizione.

Un primo tentativo volto a rendere di maggior *appeal* l'istituto è legato all'introduzione del paragrafo 5 all'art. 25 del Modello Convenzionale ed all'obbligo di muovere, in caso di stallo della procedura, in direzione dell'arbitrato internazionale.

CAPITOLO 4

La Convenzione Arbitrale 90/436/CEE

A livello comunitario, al fine anche di sopperire al limite della procedura MAP da Convenzione Bilaterale (che non prevede un obbligo di risultato), il Consiglio della Comunità Europea ha approvato la Convenzione 90/436/CEE del 23 luglio 1990, relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili alle imprese associate riconducibili a rettifiche in materia di *transfer pricing* ribattezzata comunemente "Convenzione Arbitrale". Lo scopo della Convenzione 90/436/CEE è di eliminare in ambito comunitario (Unione Europea) la doppia imposizione economica derivante da una rettifica di *transfer pricing*.

Si possono individuare quattro fasi, in successione temporale e correlate tra loro, con cui descrivere il funzionamento della procedura. In particolare, ai sensi del combinato disposto degli

articoli 1 e 4, la Convenzione Arbitrale si applica quando, in conformità al principio di libera concorrenza, uno Stato contraente attrae a tassazione in capo a una propria impresa gli utili afferenti a un'impresa di un altro Stato contraente. In tale evenienza, se le due imprese e l'altro Stato contraente non accettano la rettifica, l'articolo 5 della Convenzione Arbitrale prevede – come prima fase – che possa essere aperta una procedura amichevole; trattasi della classica procedura amichevole che non si distingue sostanzialmente da quelle previste dal modello OCSE e dalla maggior parte delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1 della Convenzione Arbitrale, viene prevista - come seconda fase - che se le autorità competenti interessate non raggiungano, nell'ambito della procedura amichevole, un accordo che elimini la doppia imposizione entro due anni dalla data in cui il caso è stato sottoposto per la prima volta, esse devono istituire una Commissione Consultiva (*Advisory Commission*) cui conferiscono l'incarico di esprimere un parere (*opinion*) sul modo di eliminare la doppia imposizione. Sul punto va precisato che si tratta propriamente di una Commissione di autorevoli consulenti piuttosto che di una Commissione di arbitri, composta da soggetti idonei a fornire all'amministrazione considerazioni ed indicazioni utili per la soluzione delle questioni. La Commissione rende il parere non oltre i sei mesi dalla data in cui la questione è stata sottoposta alla sua attenzione (art. 11. 1 della Convenzione Arbitrale).

Il successivo articolo 12 della Convenzione Arbitrale sancisce – come terza fase – una nuova valutazione della questione da parte delle autorità competenti che dovranno prendere una decisione che elimini la doppia imposizione. Ciò entro sei mesi dalla data in cui la Commissione Consultiva abbia reso il suo parere (art. 12.1 della Convenzione Arbitrale). E' naturale che, in questa fase, le autorità competenti tengano conto e valutino il parere reso dalla Commissione Consultiva, ma è altresì previsto che possano raggiungere una decisione che si discosti dal parere reso dalla predetta Commissione Consultiva.

Tuttavia, sempre l'articolo 12 – come quarta fase – prevede che, se le autorità competenti, non riescano a raggiungere un accordo nei termini su indicati, allora sono obbligate ad agire in accordo con il parere (art. 12.1 della Convenzione Arbitrale): sono quindi obbligate ad eliminare la doppia imposizione in conformità a quanto indicato dalla detta Commissione Consultiva. Dunque le Autorità competenti hanno l'obbligo non più di fare del loro meglio per trovare una soluzione alla doppia imposizione, ma di pervenire ad una soluzione per tale doppia imposizione secondo le procedure di seguito meglio illustrate.

In definitiva, con la sottoscrizione della Convenzione, gli Stati hanno convenuto una obbligazione di risultato avente ad oggetto l'eliminazione della doppia imposizione.

La Convenzione è fortemente innovativa nella misura in cui può essere considerata come uno dei primi strumenti giuridici che impongono l'obbligo di eliminare la doppia imposizione internazionale in capo alle Amministrazioni fiscali dei singoli Stati. Quello che rileva è che, laddove sia instaurata la procedura prevista dalla Convenzione, al termine del procedimento deve essere trovata una soluzione che elimini la doppia imposizione, avendone il contribuente comunque diritto.

Tuttavia, nonostante la sua indubbia portata sistematica, occorre registrare la scarsissima applicazione della procedura arbitrale, penalizzata da un iter procedurale lungo sotto il profilo temporale ed alquanto complesso. Sotto questo profilo, sono stati indicati i miglioramenti da apportare che potrebbero rendere l'istituto di maggiore *appeal* per i contribuenti.

CAPITOLO 5

Prospettive evolutive

I problemi connessi alla doppia imposizione originati da rettifiche in materia di *transfer pricing* possono essere superati oltre che mediante un miglioramento degli esistenti strumenti volti a superare le odierne inefficienze (c.d. "*incremental approaches*") anche, e soprattutto, con l'introduzione di nuove misure e meccanismi.

Nella disamina di nuove misure e meccanismi, si è fatto cenno ai c.d. "*Safe Harbours*". Essi consistono in regimi normativi semplificati che trovano applicazione nei confronti di determinate categorie di contribuenti (ovvero a fronte di determinate operazioni o fattispecie negoziali) e possono riguardare: i) le regole tecniche di determinazione del giusto prezzo di scambio; ii) un *range* di valori entro il quale tale prezzo può variare; oppure iii) la documentazione da presentare all'Amministrazione Finanziaria per giustificare l'applicazione di un determinato valore ad una transazione infragruppo.

L'OCSE suggerisce il ricorso ai *Safe Harbours* soprattutto nel caso di transazioni meno complesse e/o poste in essere dai c.d. “*small taxpayers*”; al contrario, esso dovrebbe essere evitato con riferimento a transazioni caratterizzate da un elevato grado di complessità. In definitiva, i *Safe Harbours* si presentano dunque come strumenti di valenza limitata e recanti anche essi criticità che ne sconsigliano un utilizzo generalizzato.

Più in generale, al di là dei possibili miglioramenti agli esistenti strumenti di risoluzione delle controversie in materia di *transfer pricing* e delle possibili aree di miglioramento, occorre valutare altresì l'introduzione di nuove misure e meccanismi più efficaci e coerenti con l'attuale contesto economico fortemente globalizzato.

A tal fine, pare utile, in primo luogo, richiamare quanto indicato in precedenza dove si è evidenziata come la dimensione globale del reddito del MNE (in quanto espressione della direzione unitaria del gruppo) rende di particolare complessità la sua ridefinizione su base territoriale. In aggiunta, occorre altresì considerare che, nell'attuale contesto economico sempre più integrato e globalizzato, si sta rivelando sempre più difficile applicare il principio dell'“*arm's length*” nell'ambito delle transazioni intragruppo. Difatti si sta rivelando sempre più complesso rinvenire transazioni poste in essere da soggetti indipendenti che siano comparabili. 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.

Proprio in siffatto contesto di riferimento, una tassazione unitaria su base consolidata del MNE si presterebbe a risolvere in maniera più efficace le su descritte problematiche.

Ed in questa direzione, si muove la proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (anche detta *Common Corporate Consolidated Tax Base*, o in breve anche “**CCCTB**”).

La proposta di Direttiva si fonda infatti sull'adozione di un meccanismo di consolidamento degli utili (e perdite) realizzati dalle varie entità di un gruppo societario, che consente di rendere irrilevanti ai fini fiscali le operazioni infragruppo transfrontaliere effettuate all'interno della UE (disattendendo quindi l'applicazione del principio di libera concorrenza come criterio di

valutazione di siffatte operazioni); di talchè l'effetto è proprio quello di rimuovere i problemi di doppia imposizione economica internazionale che ne possono discendere.

La Commissione pertanto, ancora una volta, rileva la doppia imposizione come un inconveniente derivante dall'interazione tra diversi sistemi nazionali non coordinati e, al tempo stesso, l'insufficienza delle Convenzioni a garantirne l'eliminazione nel quadro del mercato unico. La rete convenzionale, infatti, offre soluzioni pensate per un contesto internazionale bilaterale, inadeguate in un quadro strettamente integrato che pone l'eliminazione della doppia imposizione come un proprio primario obiettivo economico.

Il progetto di Direttiva è stato (ed tuttora) ampiamente osteggiato soprattutto a livello politico, in quanto l'approvazione di un provvedimento del genere, per di più nella forma di una Direttiva, comporterebbe in primo luogo un trasferimento di competenze esclusive dagli Stati Membri in favore dell'Unione: una limitazione di sovranità funzionale ad un processo di armonizzazione, che farebbe del reddito delle società una materia armonizzata al pari delle imposte indirette.

Eppure la strada della tassazione consolidata potrebbe essere una soluzione “*comprehensive*”, capace di risolvere le attuali problematiche di cui si discute.

In linea generale, occorre osservare come nell'attuale momento storico-economico, il punto di “*rottura*” è espresso da un forte *gap* tra globalizzazione economica e globalizzazione giuridica: Sotto questo profilo, diventa sempre più cruciale condividere ed adottare soluzioni “*comprehensive*”, superando le individualità dei singoli Stati. L'attuale sistema fiscale internazionale non riflette più come il MNE realmente operi e agisca nell'odierno contesto mondiale; l'attuale sistema fiscale internazionale continua ad assumere che le diverse *entities* facenti parte di un MNE, agiscano in maniera autonoma l'una dall'altra; ma trattasi, con palmare evidenza, di una “*fiction*” considerato che il MNE rappresenta invece un contribuente globale che persegue una strategia di *business* globale.

Ed ecco, quindi, che si impone di identificare nuovi ed innovativi approcci alla tassazione del MNE, procedendosi ad una revisione dei “*fondamentali*” degli standard di fiscalità internazionali esistenti.

E, così, allora, tra i principali indagati vi è proprio il *transfer pricing*, che per la ripartizione dei poteri impositivi continua, come evidenziato nel corso della trattazione, a far riferimento ai

concetti di “*separate entity*” e “*arm’lenght*”; a considerare cioè il gruppo di imprese come un insieme di entità nazionali giuridicamente distinte, piuttosto che come unico contribuente globale. Eppure molti degli attuali problemi possono (*melius*, potrebbero) essere affrontati conformando l’attuale sistema fiscale internazionale all’odierno contesto economico globalizzato e, colmando, quindi, in definitiva il detto *gap* tra globalizzazione economica e globalizzazione giuridica. In particolare, un MNE andrebbe considerato, sotto il profilo fiscale, per quello che è realmente: un contribuente globale costituito da varie *entities*, coordinate da un *centralised managment* e qualificate da una integrazione funzionale e da economie di scala.

Al fine di implementare il sistema in questa direzione, andrebbero sostituite le attuali regole sul *transfer pricing* con un *formulary approach* (simile a quello indicato con riferimento alla CCCTB), ossia: i) prevenendo la tassazione del MNE quale contribuente globale che viene tassato su un unitario profitto di gruppo); ii) ripartendo tale unitario profitto di gruppo in base ad una formula prestabilita basata su fattori di natura sostanziale, quali i dipendenti, gli *assets* materiali ed il volume dei ricavi. In forza di ciò sarebbero prive di rilevanza fiscale le transazioni intragruppo nell’ambito del MNE, risolvendosi così in radice la questione della corretta determinazione a valore normale del prezzo pattuito e per l’effetto caducandosi *ab origine* qualsiasi problema di doppia imposizione.

Più nel dettaglio, due misure andrebbero previste per implementare siffatto sistema fiscale:

- Il MNE dovrebbe predisporre una sorta di resoconto economico-patrimoniale consolidato e sottoporlo alle autorità fiscali di ciascun paese dove opera con la propria attività;
- Il MNE dovrebbe altresì predisporre una reportistica dettagliata, distinta per ciascuno Stato dove opera, dei propri dipendenti, asset materiali, vendite e profitti.

Queste due misure potrebbero costituire la base di un sistema fiscale che prenderebbe dunque in considerazione l’unitario profitto di gruppo conseguito dal MNE, piuttosto che i profitti realizzati da ciascuna *entity* che ne fa parte. Si tratterebbe quindi poi di allocare questi profitti nei diversi paesi in cui il MNE conduce la propria attività, sulla base di criteri oggettivi e trasparenti (una formula matematica similare a quella indicata con riferimento alla CCCTB).

Il *formulary approach* qui proposto ovviamente non è scevro da problemi e molti aspetti ad esso sottesi andrebbero ben ponderati e analizzati; basti solo pensare, a titolo esemplificativo: i) alla esatta definizione del perimetro soggettivo per stabilire quali *entities* facciano parte del MNE,

quale contribuente globale; ii) al computo della base imponibile consolidata, iii) alla stessa formula di ripartizione del profitto globale di gruppo (che andrebbe forse anche “adattata” in relazione al settore merceologico di appartenenza); iv) al trattamento degli *intangibles* riferibili al MNE dei quali è titolare, dal punto giuridico, una delle entity facenti parte del MNE; v) alla sua introduzione su scala internazionale mediante la stipula di Trattati Multilaterali; vi) alla condivisione di regole di cooperazione e confronto tra Amministrazioni fiscali.

Trattasi però, in definitiva, di una soluzione che conduce ad un sistema di tassazione più equo su scala mondiale; una soluzione di “*equilibrio*” in grado di contemperare, da un lato, la risoluzione dei fenomeni di doppia imposizione, e, dall’altro, evitare l’erosione delle basi imponibili degli Stati. E sotto questo profilo, dunque, oltre a risolvere i problemi di doppia imposizione, verrebbe anche risolto, correlativamente e specularmente, l’eventuale utilizzo di politiche di *transfer price* finalizzate al “*trasferimento*” di utili tra imprese o verso Stati a fiscalità privilegiata (*profit shifting*) che ha determinato una crescente attenzione da parte delle Autorità fiscali.

Sarà quindi interessante seguire gli sviluppi del confronto delle Amministrazioni Finanziarie tra di loro e con le imprese che si sta svolgendo in sede OCSE.

Di fronte alla evidente inadeguatezza degli attuali principi di fiscalità internazionale che non hanno tenuto il passo con la realtà del mercato globale, ciò che appare necessario è un lavoro di profonda revisione. In questa direzione, il *formulary approach* rappresenta la manifestazione di un “*diritto globale*” (coerente con l’odierna economia globalizzata); un corredo condiviso di principi generali che funge da collante per i diversi ordinamenti nazionali (fermo restando le agevolazioni – in un contesto di trasparenza e fiducia – approntate unilateralmente da ogni singolo Stato).