

Seminario di aggiornamento professionale
per i Giudici Tributari dell'Emilia-Romagna

Bologna, 21 novembre 2015

I prezzi di trasferimento

La collocazione di un intervento in materia di prezzi di trasferimento all'interno della sessione del Convegno dedicata alle questioni di diritto internazionale potrebbe sembrare ovvia e scontata. Tuttavia essa mi appare, in questo momento, quanto mai opportuna ed attuale se si considerano per un verso alcune recenti evoluzioni giurisprudenziali e normative interne e, per altro verso, alcune novità recentissime maturate al livello europeo in relazione al controllo sui prezzi di trasferimento da parte di organismi europei. Su di queste mi soffermerò particolarmente nel corso della relazione.

L'art. 110 c7 tra disposizione antielusiva e norma di chiusura del sistema.

Nella sistematica del Testo Unico in materia di imposte sui redditi le norme in materia di prezzi di trasferimento sono tradizionalmente state considerate come norme eccezionali, nel senso che esse prevedono per particolari operazioni, un diverso criterio di valorizzazione della componente reddituale che ne risulta: segnatamente esse .

La disposizione cui è necessario fare riferimento, come noto, è l'art. 110, c.7 che prevede uno specifico criterio di valorizzazione di componenti reddituali realizzate a seguito di operazioni svolte con soggetti appartenenti allo stesso gruppo societario e residenti all'estero. Segnatamente, in deroga al criterio generale di valorizzazione delle componenti reddituali in ragione del corrispettivo pattuito e contabilizzato, la disposizione in materia di prezzi di trasferimento prevede l'utilizzo del valore normale del bene o del servizio acquistato o ceduto.

Non si tratta dell'unico caso in cui all'interno del sistema di determinazione del reddito di impresa si fa riferimento, derogando al principio del corrispettivo, a quello del valore normale e tuttavia mentre per altre disposizioni il criterio del valore normale può sembrare un riferimento imposto dalla natura dell'operazione di riferimento, la disposizione in materia di prezzi di trasferimento è caratterizzata da una chiara scelta normativa funzionale alla protezione dell'interesse al prelievo.

Abbandonata ormai la ricostruzione della disposizione in termini di norma procedimentale, che assegnerebbe all'amministrazione particolari poteri di rettifica, e ricondotta quindi la disposizione tra quelle di diritto sostanziale in materia di determinazione del reddito di impresa, sembra particolarmente diffusa negli ultimi tempi la tendenza da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione a considerare le disposizioni in materia di prezzi di trasferimento come norme antielusive speciali. L'art. 110 c.7 costituirebbe cioè una norma antielusiva volta ad evitare indebiti arbitraggi fiscali da parte dei gruppi societari che operano con soggetti residenti in diversi ordinamenti. Il meccanismo di sostituzione del corrispettivo con il valore normale sarebbe derivazione di un generale principio volto a contrastare le pratiche infragruppo tese a pianificare il carico fiscale minimizzandolo attraverso lo spostamento della materia imponibile verso ordinamenti in cui i soggetti residenti possono godere di regimi fiscali più miti.

Questo inquadramento coglie un aspetto della disciplina in materia di prezzi di trasferimento che è innegabile, e tuttavia proprio se ricostruita in chiave antielusiva la disposizione conterrebbe a bene riflettere una contraddizione intrinseca perché, a fronte della natura antielusiva della disposizione, sarebbe coerente pretenderne l'applicazione solo quando, attraverso l'alterazione dei corrispettivi, si realizzi un risparmio di imposta complessivo del gruppo societario, condizione che invece non rientra invece tra i requisiti per l'applicazione dell'art. 110, c7.

Proprio constatando che il modello della norma speciale antielusiva non si attaglia perfettamente alla disposizione nazionale in materia di prezzi di trasferimento, si è perciò proposto di considerare la disposizione come una norma di chiusura del sistema di imposizione sui redditi nazionali; norma con la quale il legislatore interno intende intercettare quelle manifestazioni di ricchezza reddituale che, altrimenti, migrando all'estero sfuggirebbero ad imposizione. Il fine della normativa fiscale sarebbe cioè agganciato alla territorialità dell'imposizione e all'esigenza di evitare che, attraverso la fissazione ad hoc di corrispettivi contrattuali, si determini un travaso di materia imponibile su soggetti esteri che si pongono al di fuori del perimetro in cui lo Stato può esercitare il potere di imposizione. La disposizione in materia di prezzi di trasferimento parteciperebbe cioè della stessa natura delle norme sull'imposizione all'uscita, chiudendo il sistema di imposizione sui redditi "agganciati" al territorio tassandoli al momento del loro "travaso" in capo a soggetti esteri.

Ad ulteriore conferma di questo approccio alle disposizioni nazionali in materia di prezzi di trasferimento si può poi porre mente alla "asimmetria" del meccanismo di sostituzione del corrispettivo con il prezzo prevista dalla disposizione dell'art. 110 c7. Com'è noto si prevede che l'applicazione del criterio del valore normale operi solo nel caso in cui ciò porti ad un innalzamento della base imponibile del soggetto residente in Italia. Viceversa, per espressa disposizione normativa, il meccanismo di sostituzione dei corrispettivi con il valore normale non trova automatica applicazione qualora ne derivi una minore base imponibile; la rettifica "a valore normale" che sfoci in una diminuzione della base imponibile del soggetto residente è infatti possibile solo a condizione che si attivi una particolare procedura amichevole di aggiustamento correlativo. E' chiaro dunque che se la norma prevede che la rettifica "a valore normale" avvenga *de plano* solo qualora ne derivi un "vantaggio" per l'erario italiano, la funzione della normativa non può che esser

“di protezione” della base imponibile nazionale, evitando appunto “delocalizzazioni” all’estero sempre all’interno dello stesso gruppo societario.

Questa impostazione, che pur mi pare persuasiva sotto diversi aspetti, non mi pare possa però giustificare da sola l’impianto della disciplina sui prezzi di trasferimento, così come organizzato nella normativa italiana. Se l’unica ispirazione fosse quella di garantire la tassazione delle basi imponibili realizzate sul territorio nazionali, allora il meccanismo di sostituzione del corrispettivo patuito con il valore dovrebbe valere per tutte le transazioni che comportano uno spostamento all’estero di base imponibile; in sostanza dovrebbe valere per tutte le transazioni che un operatore nazionale con un operatore estero anche quando questi non appartiene al medesimo gruppo societario. Ma, com’è noto, il testo della disposizione contenuta nell’art. 110, c.7 è invece chiaro nell’individuare come requisito per l’applicazione del meccanismo di sostituzione del corrispettivo con il prezzo, la appartenenza dei soggetti allo stesso gruppo e ignorare un tale dato non mi sembra possibile.

Pertanto, proprio valorizzando la duplice caratterizzazione delle operazioni che rientrano nell’applicazione dell’art. 110 c. 7 (operazioni transnazionali e infragruppo) e che quindi sono suscettibili di rettifica a valore normale, mi pare più corretto affermare l’ispirazione di protezione della base imponibile nazionale conviva con l’ispirazione antielusiva in materia di prezzi di trasferimento. La disposizione interna da una parte intende contrastare lo spostamento di materia imponibile all’estero, con cui si sottrae gettito allo Stato (*rectius* artificialmente diminuendo la base imponibile su un soggetto passivo sul quale lo Stato può esercitare il proprio potere impositivo); dall’altra parte essa trova applicazione solo se lo spostamento all’estero della materia imponibile avviene tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo societario (benché residenti in Paesi diversi).

Insomma un’ispirazione territoriale e antielusiva in cui i due aspetti, quello di protezione della base imponibile dei soggetti legati al territorio, e quello del

contrasto all'artificioso risparmio di imposta tramite arbitraggi fiscali infragruppo, sono cumulativamente soddisfatte.

Del resto, questa conclusione mi sembra avvalorata sia dalle evoluzioni in ambito internazionale, sia e più decisamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia la quale nei casi in cui il giudice europeo si è pronunciato sulla "compatibilità" delle normative transfer pricing con le libertà fondamentali, ha inquadrato le disposizioni nazionali come misure nazionali che, pur se contrastanti con le libertà fondamentali, sono tese a contrastare pratiche di sottrazione di materia imponibile agli Stati attraverso lo spostamento di essa all'estero e giustificate tuttavia dalla necessità di garantire un equilibrato riparto del potere impositivo tra gli Stati membri dell'Unione. In sostanza un equilibrato riparto del potere impositivo all'interno dell'Unione postula che ogni Stato mantenga il diritto di tassare in maniera congrua i valori prodotti sul proprio territorio al momento in cui, a seguito di un particolare atto del contribuente, esso perde il potere di tassare tali redditi, pur rimanendo il reddito nella disponibilità del medesimo contribuente.

La nuova disposizione di interpretazione autentica dell'art. 110 c.7.

Sulla possibilità di configurare l'applicazione dei prezzi di trasferimento interni.

Queste considerazioni sull'inquadramento preferibile delle norme nazionali in materia di prezzi di trasferimento sono fondamentali per valutare la possibilità, vagheggiata in qualche pronuncia della Suprema Corte, di estendere la disciplina recata dall'art. 110 c.7, e in particolare il meccanismo di sostituzione del corrispettivo con il valore normale del bene scambiato o del servizio prestato, alle transazioni tra soggetti residenti.

Si è visto che nella struttura e nello spirito della normativa sui prezzi di trasferimento convivono due ispirazioni di evitare arbitraggi fiscali e di tutelare la territorialità dell'imposta.

Nelle operazioni tra soggetti entrambi residenti, o comunque entrambi soggetti a imposizione in Italia, non c'è alcuno spostamento all'estero della base imponibile e quindi non ha senso alcuno addurre l'esigenza di evitare il travaso all'estero di redditi imponibili, che è invece requisito fondante per l'applicazione del criterio della normalizzazione delle operazioni.

L'unico interesse sotteso all'applicazione del transfert pricing è quella antielusiva o se si preferisce "antiabuso", perché è evidente che la sottrazione al prelievo fiscale si può verificare benissimo anche a prescindere dallo spostamento all'estero della materia imponibile; ci si può benissimo sottrarre all'imposta italiana anche con operazioni interne che conservano in capo a soggetti italiani la ricchezza.

Da quanto telegraficamente riportato emerge allora che l'applicazione del meccanismo di sostituzione del corrispettivo con il valore normale del bene o servizio alle transazioni interne non può esser argomentata dall'esistenza della disposizione di cui all'art. 110, c7. In altri termini la possibilità di rettifica del valore normale per le transazioni tra soggetti residenti c.d. transfer pricing interno, non può esser in chiave di interpretazione estensiva o analogica della disposizione di cui all'art. 110 c.7.

Questo ovviamente non sta a significare che l'applicazione del meccanismo del valore normale per operazioni interne sia del tutto irrazionale o proibito, ma solo ad evidenziare che – in un'ottica sistematica – vi sono solo esigenze antielusive a supporto delle rettifiche a valore normale di transazioni interne.. In questi casi il richiamo all'applicazione estensiva o, come forse sarebbe meglio dire, analogica dell'art. 110, c.7 non può considerarsi sistematicamente corretto perché la questione esiziale, nelle vicende di rettifica a valore normale per transazioni domestiche infragruppo, è la riduzione dell'imposta complessivamente dovuta dal "gruppo societario" che si realizza attraverso la

fissazione *ad hoc* di corrispettivi e la canalizzazione dei redditi imponibili su soggetti che possono fruire di un regime fiscale di favore.

Alla luce di queste considerazioni è facile comprendere che il recente intervento di interpretazione autentica dell'art. 110 c.7 rischia di risultare poco utile se l'obiettivo del legislatore interprete era quello di evitare l'applicazione del meccanismo di sostituzione del corrispettivo con il valore per le transazioni interne. Come si è visto, per ragioni sistematiche, la disciplina recata dall'art. 110 c.7 è già inapplicabile a supporto di rettifiche interne a valore normale, perché questo *modus operandi* si fonda su esigenze solo parzialmente coincidenti con quelle dell'art. 110 c.7.

Del resto, se si leggono attentamente le pronunce della Suprema Corte di Cassazione che hanno avallato il TP interno, si ricava l'impressione che l'argomento fondamentale su cui si fondano le pronunce è quello antielusivo e che l'art.110 c.7 viene citato solo come esempio di un utilizzo in chiave antielusiva del meccanismo di sostituzione del prezzo con il valore del bene o servizio scambiato.

Perciò se l'obiettivo del legislatore era arginare una giurisprudenza che si va affermando sull'applicabilità dei prezzi di trasferimento per le transazioni interne, a poco serve affermare il divieto di applicazione alle operazioni interne (ma non si tratterebbe evidentemente di analogia in senso tecnico) della norma dell'art. 110 c.7 che prevede l'utilizzo del valore normale solo per le operazioni transnazionali.

La determinazione processuale del valore normale

Spostandosi da un piano teorico giuridico a quello applicativo, è giocoforza constatare che la questione principale in materia di prezzi di trasferimento è rappresentato dalla esatta determinazione del valore normale.

Su questo tema è ormai copiosa la produzione dell'OECD che ha elaborato sul punto una casistica in relazione ai metodi che possono risultare maggiormente idonei alla determinazione del valore normale, e tale casistica trova ampio seguito nella pratica degli operatori.

Spostandosi la questione in fase giudiziaria è però compito del giudice decidere in merito al valore normale dei beni e servizi la cui contabilizzazione è oggetto di contestazione da parte dell'Agenzia delle Entrate. A tal proposito bisogna considerare che il giudizio sul valore normale non è un giudizio di fatto in senso tecnico; non è cioè un giudizio che attiene all'accadimento di un evento (*rectius*, alla verità sull'accadimento di un evento), ma è un giudizio ipotetico su una caratteristica di un bene o di un servizio, ossia – cercando di semplificare la complessità delle definizioni – sul valore assegnato secondo coordinate spazio-temporali ben precise. Il giudice è cioè chiamato ad esprimersi su un ipotetico valore di cessione del bene o di prestazione del servizio a terzi non correlati nel luogo e nel tempo in cui è avvenuta effettivamente la cessione o la prestazione.

Pur se non si tratta di un giudizio di fatto in senso tecnico, è opinione comune e condivisa che per l'accertamento giudiziale di esso debba trovare applicazione la regola fondamentale sulla conoscenza nel processo che attiene ad elementi diversi dal giudizio di diritto, ossia il principio di ripartizione dell'onere probatorio così come enunciata dall'art. 2697 cc e adattata alla specificità del processo tributario.

Perciò, sembra evidente che l'onere di dimostrare un disallineamento tra corrispettivi e valori contabilizzati dal contribuente, ricada sull'amministrazione la quale peraltro non solo dovrà provare il disallineamento ma dovrà sforzarsi di identificare il più probabile valore normale del bene o del servizio, pena la mancata soddisfazione dell'onere probatorio e quindi la dichiarazione di infondatezza dell'atto con cui la pretesa è stata affermata. In questo senso mi sembra prevalentemente orientata la giurisprudenza della Cassazione (vedi Cass. 10345/2007) la quale ritiene che l'amministrazione debba provare il

maggior valore del bene o servizio oggetto di transazione, ricercando ed utilizzando i “*comparables goods or services*” e solo laddove l’amministrazione abbia provato in maniera sufficiente il diverso valore di mercato da assegnare ai beni o servizi, il contribuente ha l’onere di eccepire dimostrando la correttezza dei prezzi e la coincidenza con il valore dichiarato¹.

Spesso poi, in considerazione dell'estrema complessità delle valutazioni, il giudice tributario è tentato di rivolgersi ad un Consulente Tecnico D'Ufficio assegnandogli il compito di determinare il più probabile valore di mercato di un bene o servizio controverso.

Si tratta ovviamente di una possibilità utilizzabile dal giudice tributario perché l’oggetto della consulenza soffermandosi sulle valutazioni economiche del bene non rientra nel sapere proprio del giudice tributario (unico grande limite imposto per l’attivazione di una consulenza tecnica da parte del giudice).

La fissazione dei prezzi di trasferimento come ipotesi di aiuti di Stato.

La migliore riprova dell’estrema complessità (e in definitiva dell’opinabilità) delle statuizioni in ordine al valore normale da assegnare ai beni o servizi è data dal successo che negli anni passati hanno riscosso i procedimenti di definizione preventiva tra amministrazione e contribuente dei prezzi di trasferimento per specifiche operazioni. Si tratta di accordi diffusi in molti Stati i quali hanno per oggetto la fissazione di un valore normale di un bene o di un servizio che sarà acquistato o ceduto dal soggetto residente, e che impegna l’amministrazione e il contribuente a rispettare tale valore per un periodo prefissato.

Su questi accordi grava però un’incognita legata a recenti evoluzioni del controllo da parte delle istituzioni europee in relazione alle normative sugli aiuti di Stato.

¹ Nello stesso senso anche Cass 11949/2012 e Cass. 10739/2013.

Proprio in questi giorni si ha infatti notizia delle prime decisioni definitive in relazione a procedure di infrazione iniziate dalla Commissione che si sono concentrate sulla conclusione da parte di alcuni Stati membri di *Advanced Price Agreements* con imprese multinazionali. La posizione della Commissione è piuttosto lineare e può esser sintetizzata come segue. La conclusione di un accordo tra amministrazione finanziaria e contribuente che consenta a quest'ultima di valorizzare alcune componenti in misura inferiore al valore normale del bene o servizio scambiato, garantisce alle società beneficiarie – e solo ad esse – un vantaggio fiscale selettivo determinabile nella minore imposta sul reddito dovuta in forza dell'accordo. Pertanto, le società che beneficiano di un accordo in cui il valore “accettato” è inferiore al valore normale, sono poste in una condizione di vantaggio rispetto alle loro concorrenti che, viceversa, sono obbligate a considerare per analoghe transazioni un valore di mercato.

La conseguenza che se ne può trarre, avendo in mente le norme europee in materia di aiuti di Stato, è piuttosto scontata: lo Stato che ha accordato l'aiuto fiscale, attraverso la conclusione di un accordo che ha fissato i prezzi di trasferimento in misura non congrua con il valore di mercato, è obbligato al recupero dello stesso accertando la maggiore imposta derivante da una rettifica a valore normale delle operazioni.

Questa evoluzione però comporta una serie di problemi di diritto interno e, in generale di diritto internazionale, di non poco conto.

Se è vero che uno Stato ha accordato l'aiuto aderendo ad un valore diverso dal valore di mercato, è anche vero che ad ogni rettifica transfer pricing corrisponde in linea di principio un aggiustamento correlativo. L'aiuto fruito in uno Stato è “sterilizzato” dalla maggiore base imponibile determinata in un altro Stato dalla società facente parte del gruppo e delle due l'una: o a seguito del recupero dell'aiuto si procede immediatamente all'aggiustamento correlativo, oppure si determina un'asimmetria piuttosto imbarazzante per cui una

medesima operazione è valorizzata dal cedente in un modo e dal cessionario in altro.

E' chiaro che la prima è la soluzione che appare maggiormente coerente e lineare ma, se così è, dobbiamo aspettarci in un prossimo futuro un controllo della commissione europea di sindacato non solo delle disposizioni normative, ma anche dell'agire delle Amministrazioni nazionali. Il punto vero è che fino ad oggi, in materia fiscale, il sindacato della Commissione in chiave di controllo sugli aiuti di Stato era stato confinato alle previsioni normative e non si era mai spinto a verificare concretamente l'applicazione di disposizioni che appaiono neutre dal punto di vista della concorrenza..

La vera svolta dell'amministrazione risiede nell'aver affermato che la violazione delle regole in materia di aiuti di Stato può discendere anche dall'implementazione di una normativa che di per sé non appare assolutamente selettiva o discriminatoria (appunto le regole in termini di fissazione dei prezzi di trasferimento).

Ciò che può derivare in futuro da questo genere di controlli non è dato sapere. Si può solo avvertire che l'emersione di questo tipo di controversie fiscali induce a leggere attentamente il nuovo riparto di giurisdizione in materia di prezzi di recupero degli aiuti di Stato di tipo fiscali, perché se è vero che l'attuale assetto del riparto di giurisdizione assegna tutte le controversie in materia di recupero alla cognizione del giudice amministrativo, è anche vero che casi come questi evidenziano la necessità di un giudice con una elevata sensibilità per il particolarismo della materia tributaria.

In ultimo, è possibile evidenziare dei risvolti imprevedibili che possono derivare dall'ordine di recupero dell'aiuto concesso attraverso la fissazione di un prezzo di trasferimento favorevole.

Provo a far riferimento proprio ad uno dei casi recentemente deciso, relativo ad un gruppo che ha società controllate anche in Italia. Oggetto di indagine è stato il caso di una società di diritto lussemburghese che operava da centro finanziario

per le società facenti parte del gruppo e, in particolare, realizzava proventi appunto fornendo liquidità alle consociate e ricavandone un interesse. La società lussemburghese aveva quindi stipulato un accordo con l'amministrazione finanziaria del Lussemburgo che le consentiva di considerare ai fini fiscali un particolare interesse sul capitale prestato. Questo interesse è stato ritenuto troppo basso dalla Commissione Europea che quindi, nella decisione di recupero, ragionevolmente imposto il recupero della maggiore imposta determinata sulla scorta di un tasso di interesse determinato at *arm's length*. Il Granducato del Lussemburgo dovrà quindi recuperare la maggiore imposta derivante dalla rettifica a valore normale degli interessi.

Ma a questo punto bisogna considerare che la rettifica a maggiore normale, implica un aggiustamento correlativo in capo alle società consociate (tra cui quella residente in Italia). L'aggiustamento correlativo evidenzierà, con ogni probabilità, una minore base imponibile e quindi una minore imposta del soggetto residente. In linea di principio, nulla vieterebbe la presentazione di un'istanza di rimborso da parte della società residente, istanza che sarebbe supportata da una decisione europea che ha fissato il giusto valore normale dell'interesse da pagare.

Certamente si potrà dire che tale domanda finirebbe per esser rigettata a seguito della applicazione dell'art. 110 c. 7 il quale ha un funzionamento asimmetrico e non consente la rettifica a valore normale qualora l'esito ne sia una diminuzione di base imponibile a meno di attivazione di procedura amichevole. Si arriva quindi al punto critico della normativa interna in materia di prezzi di trasferimento: la sostituzione del prezzo con il valore normale dei beni o servizi avviene solo se da ciò si risulta una maggior base imponibile per il soggetto italiano. Ma se tale norma impedisce l'effettiva attuazione di una decisione Europea e la piena applicazione delle norme sugli aiuti di Stato, non è forse dovere del giudice interno operarne una disapplicazione ?

Giangiacomo D'Angelo