

Stabile organizzazione e transfer pricing

Testo della relazione svolta nell'ambito del seminario di aggiornamento professionale per i Magistrati delle Commissioni Tributarie della Regione Lombardia, tenutosi a Milano il 22.1.2016

Gli argomenti relativi alla stabile organizzazione (d'ora innanzi indicata come S.O.) e al transfer pricing (da qui in avanti menzionato come T.P.) sono strettamente connessi dopo le modifiche introdotte nell'impianto normativo del Tuir dal d.lgs. n. 147/2015 (c.d. decreto internazionalizzazione).

Invero, in forza del secondo comma del nuovo testo dell'art. 152 Tuir, il reddito della S.O. è determinato come se questa fosse un'impresa distinta dalla casa madre (*"la stabile organizzazione si considera entità separata e indipendente, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati. Il fondo di dotazione alla stessa riferibile è determinato in piena conformità ai criteri definiti in sede OCSE, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati"*) e, pertanto, in forza del terzo comma, alla sede locale sono applicabili le norme sul T.P. nei rapporti interni con la casa madre (*"i componenti di reddito attribuibili alle stabili organizzazioni relativamente alle transazioni e alle operazioni tra la stabile organizzazione e l'entità cui la medesima appartiene sono determinati ai sensi dell'articolo 110, comma 7"*).

Questo intreccio ineluttabile, delineato dalla norma, tra il principio dell'impresa indipendente e la regola del T.P. (la quale impone di valorizzare i beni o i servizi scambiati in conformità al prezzo di mercato), tuttavia, non appare convincente. Capita, talora, che, persino nelle relazioni negoziali tra imprese indipendenti, il corrispettivo concordato si discosti dal valore in comune commercio o, addirittura, non sia previsto il versamento di alcun compenso.

Se si pone l'accento, recependo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza, sulla **natura antielusiva** dei precetti racchiusi nell'art. 110 c. 7, animati dalla finalità di impedire comportamenti antieconomici, adottati solo per abbattere l'imponibile fiscale (sostiene la Cassazione - tra le altre, nelle sent. nn. 17955/2013, 22010/2013 e 24004/2013 - che la disciplina riguardante il T.P. internazionale, secondo cui i componenti di reddito derivanti da operazioni "intercompany" con società non residenti sono valutati in base al valore normale dei beni e dei servizi scambiati, determinato ex art. 9 del Tuir., costituisce, nel complesso, una clausola antielusiva, la quale trova, non solo radici nei principi comunitari in tema di abuso del diritto, ma anche immanenza in settori del diritto tributario nazionale), si deve ammettere la possibilità di ottenere la loro disattivazione, mediante, eventualmente, l'esperimento dell'interpello disapplicativo.

Altro problema sollevato dall'applicazione dei precetti del T.P. è l'individuazione del mercato di riferimento.

In alcune recenti pronunce della Cassazione, si asserisce che questo coincide immancabilmente con il mercato di partenza, dove opera il cedente (così Cass., 23 ottobre 2013, n. 24005. Il caso riguardava una società italiana che aveva ceduto beni alla controllante belga, per un prezzo sensibilmente inferiore a quello preteso per le forniture eseguite in Italia nei confronti di clienti terzi. Stando alla ricostruzione dei fatti compiuta nella sentenza, in Belgio i soli utilizzatori dei beni provenienti dalla società italiana erano membri della stessa comunità di enti cui apparteneva l'impresa italiana. Nello Stato straniero non si svolgevano operazioni comparabili con soggetti estranei al gruppo. Alle stesse conclusioni la Cassazione è giunta in una decisione di poco anteriore, la n. 22010/2013, relativa ad un caso nel quale la capogruppo tedesca aveva concesso un finanziamento alla controllata italiana, pretendendo un interesse in linea con i tassi vigenti in Italia, di importo ben superiore alla remunerazione del capitale dato in prestito normalmente praticata in Germania. L'Amministrazione finanziaria, cui ha dato ragione la Corte di legittimità, ha negato la deducibilità degli interessi pagati dalla consociata italiana, ritenendoli superiori al valore normale, da determinarsi con riferimento al prezzo medio del mercato di riferimento, ritenuto dall'ufficio quello della società erogante, ovvero il mercato tedesco).

La tesi giurisprudenziale non appare condivisibile.

L'art. 9, cui rinvia l'art. 110 per la definizione di valore di mercato, dispone che occorre prendere in considerazione il prezzo in comune commercio nel tempo e nel luogo dove i beni sono acquisiti o i servizi prestati.

La norma intende riferirsi, in coerenza con i principi elaborati per stabilire quando le componenti attive o passive concorrono a formare il reddito d'esercizio, al momento temporale - e conseguentemente al sito geografico - in cui **i beni o i servizi sono consegnati**, ovvero escono dal controllo giuridico e materiale dell'alienante ed entrano nella sfera detentiva del richiedente.

Si deve guardare all'ambito spazio-temporale nel quale vi è il distacco dall'organizzazione imprenditoriale del cedente e l'oggetto della fornitura è messo a disposizione del cessionario, che diventa il soggetto investito del potere decisionale in merito alla sorte dello stesso e, nel contempo, gravato dal rischio della sua perdita o del suo danneggiamento.

Il mercato di riferimento non può dunque essere identificato a priori né in quello di provenienza dei beni o dei servizi né in quello di destinazione dei medesimi. Dipende dalle caratteristiche di ogni singolo caso.

Per di più, nelle verifiche in materia di T.P., l'ufficio non può scavalcare le decisioni dell'impresa sull'opportunità di concludere il contratto che risulta effettivamente sottoscritto. Il controllo del fisco riguarda un aspetto limitato del regolamento contrattuale; esso si deve esplicitare a livello della determinazione del prezzo. Il fisco non può alzare quel livello, andando a porre sotto esame, nella sua globalità, la scelta di vendere o acquistare in un certo luogo e nei confronti di o da un certo soggetto. Non sono ammesse discussioni sulla convenienza di acquistare o vendere all'estero (che può dipendere da circostanze diverse dal prezzo), ma sulla ragionevolezza del prezzo medesimo.

Questi confini posti all'indagine del fisco, tuttavia, non raramente sono superati da quest'ultimo.

Si considerino, per chiarire, le due vicende descritte in precedenza, tratte dall'esperienza giurisprudenziale, relative ad una società italiana che vende in Belgio e ad un'altra società italiana che ottiene un finanziamento dalla capo-gruppo tedesca.

A ben considerare, invero, nelle situazioni prospettate, l'azione correttiva del fisco non investe soltanto il prezzo pattuito dai contraenti. Questo, invero, non desta particolari dubbi di coerenza; il corrispettivo stabilito dal cedente e dal cessionario non è incompatibile con quello che avrebbero negoziato imprese prive di qualunque legame connettivo, poiché non differisce dal valore normale della merce nel mercato dell'acquirente.

Per esempio, nel caso prima menzionato del finanziamento erogato dalla casa madre tedesca, la consociata italiana avrebbe versato lo stesso tasso di interesse preteso dalla controllante, anche se avesse preso in prestito le somme da una banca o da un altro finanziatore posto in posizione di indipendenza, in quanto l'importo degli accessori corrisponde alla misura ordinaria richiesta in Italia.

Se si esaminano con attenzione le censure formulate dall'autorità fiscale, risulta evidente che, dietro di esse, si cela l'insoddisfazione per la determinazione dell'impresa domestica di operare con l'estero, poiché questa scelta comporta una contrazione del reddito tassabile in Italia. Per l'ufficio, l'impresa avrebbe dovuto astenersi senz'altro dal concludere i contratti che ha sottoscritto; essa avrebbe potuto e dovuto stipulare i negozi con soggetti diversi e a condizioni differenti.

Ma un simile sindacato, così penetrante ed invasivo, non è ammesso dalle norme sul T.P..

Si aggiunga che, stando alla nuova formulazione dell'art. 151 del Tuir, quale risulta dalle modifiche apportate al testo della norma dall'art. 7 del d.lgs. n. 147/2015, la presenza di una S.O. non conduce più alla trasformazione in reddito d'impresa di tutti i proventi conseguiti in Italia da un ente commerciale non residente. Le singole componenti reddituali, percepite attraverso una S.O., che hanno **indole oggettivamente diversa da quella imprenditoriale** (si pensi, per esempio, agli interessi, che rientrano, per loro carattere, tra i guadagni di capitale), **conservano la loro qualificazione naturale**. La disciplina anteriore, invece, era antitetica; in forza della regola precedentemente enunciata nella disposizione in esame, l'esistenza di una S.O. determinava l'attrazione di tutto il reddito conseguito da un'impresa estera in Italia nella categoria commerciale.

Inoltre, ai sensi del novellato art. 152 Tuir, il reddito della S.O. è determinato in base agli utili e alle perdite ad essa riferibili, per effetto delle operazioni concretamente poste in essere, in conformità alle disposizioni relative al computo dei redditi di natura commerciale, sulla base di un apposito rendiconto economico e patrimoniale, da redigersi secondo i principi contabili previsti per i soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche.

Infine, in forza del nuovo art. 168 ter del Tuir, un'impresa residente nel territorio dello Stato può optare per l'esenzione dal tributo diretto degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie

stabili organizzazioni all'estero. La scelta è irrevocabile ed è esercitata al momento di costituzione della S.O., con effetto dal periodo d'imposta della costituzione medesima.

Quando però la S.O. si trova in uno Stato estero a bassa fiscalità e non ricorrono le condizioni oggettive per escludere l'operatività delle regole, dettate dall'art. 167 del Tuir, riguardanti l'imputazione per trasparenza del risultato d'esercizio, l'opzione di cui si discorre diviene inefficace e il reddito generato dall'attività della sede locale va direttamente conteggiato nella base imponibile della casa madre.

Se la S.O. è già esistente, l'opzione può essere esercitata entro il secondo periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore dell'art. 14 del d.lgs. n. 147/2015. L'esercizio dell'opzione non comporta di per sé alcun realizzo di plusvalenze o minusvalenze.

L'impresa che risiede in Italia indica separatamente, nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta nel quale è esercitata l'opzione, gli utili e le perdite attribuibili a ciascuna S.O. nei cinque periodi d'imposta antecedenti. Se ne deriva globalmente una perdita fiscale netta, dedotta dal reddito della casa madre, gli utili successivamente realizzati dalla S.O. sono imponibili fino a concorrenza della stessa perdita.

In tal caso, dall'imposta dovuta entro i confini nazionali si scomputa il tributo versato all'estero, riportabile ai sensi dell'articolo 165, sesto comma, del Tuir.

In caso di esercizio dell'opzione, il reddito della S.O. va separatamente indicato nella dichiarazione dei redditi dell'impresa residente e, ai fini della sua determinazione, valgono i criteri di cui all'articolo 152 del Tuir, anche con riferimento alle transazioni intercorse tra la casa madre e la medesima S.O., nonché tra quest'ultima e le altre unità operative del medesimo apparato imprenditoriale.

Alberto Maria Gaffuri