
RIVISTA DI DIRITTO DELL'IMPRESA

quadrimestrale fondata da FRANCO DI SABATO

diretta da NICCOLÒ ABRIANI, CARLO AMATUCCI, ANTONIO BLANDINI
ASTOLFO DI AMATO, DANIELA DI SABATO, AURELIO GENTILI,
VINCENZO MELI, AURELIO MIRONE, GIUSEPPE NICCOLINI,
ANDREA PACIELLO, FABIO PADOVINI, GIANMARIA PALMIERI,
VINCENZO RICCIUTO, RENATO SANTAGATA, GIULIANA SCOGNAMIGLIO



Edizioni Scientifiche Italiane

Riflessioni sul prezzo di mercato nel *transfer pricing* e sui limiti al sindacato del fisco

di ALBERTO MARIA GAFFURI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La struttura dell'art. 9 del Tuir. – 3. Il mercato di riferimento. – 4. Prezzo medio e comportamento economicamente ragionevole. – 5. Segue. Le ragioni dell'interpretazione accolta. – 6. Il controllo sul prezzo non può tradursi in un giudizio di merito sull'operazione commerciale. – 7. Il caso del valore venale diverso nel mercato del cedente e in quello del cessionario. – 8. La residualità del criterio del prezzo medio nel mercato di riferimento.

1. Nelle operazioni tra parti societarie correlate, in cui una è italiana e l'altra è straniera, accade talvolta che l'accordo sul prezzo sia finalizzato a favorire... il contenimento del carico fiscale complessivo del gruppo.

Invero, dato che tutti i soggetti partecipanti al rapporto commerciale sono proiezioni dello stesso centro di interesse economico, essendo membri del medesimo agglomerato societario, il corrispettivo negoziato talora non riflette il valore reale dei beni o dei servizi scambiati. A vantaggio dell'intero complesso di enti societari, le pattuizioni non sempre garantiscono la giusta remunerazione delle prestazioni rese; la preoccupazione che accomuna i contraenti, con riguardo alla determinazione del compenso contrattuale, è di incrementare il flusso di reddito verso le imprese consociate aventi sede nei paesi a bassa fiscalità e, corrispondentemente, di depauperare il risultato economico imponibile in capo alle imprese ubicate in territori con regimi fiscali non favorevoli¹.

¹ Nelle transazioni infragruppo, i contraenti sfruttano le asimmetrie fiscali tra gli ordinamenti tributari nazionali e, manipolando opportunamente i corrispettivi, spostano la materia imponibile verso gli Stati dove il prelievo fiscale è più mite. Vedi L. CARPENTIERI, *Valore normale e transfer pricing "interno", ovvero alla ricerca dell'arma accertativa perduta*, in *Riv. dir. trib.*, 9, 2013, 450. Così, anche G. ZIZZO, *Transfer pricing, valutazioni e reati fiscali*, in *Rass. trib.*, 2, 2015, 426.

Manipolando opportunamente i corrispettivi negoziali si possono incrementare i costi o ridurre gli utili delle imprese residenti in Stati ad elevata fiscalità ed ottenere l'effetto opposto per quelle residenti in Stati caratterizzati da regimi fiscali di favore.

Per contrastare questa prassi non inusuale, una norma specifica, recata dall'art. 110 del Tuir², stabilisce che i componenti di reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato le quali, direttamente o indirettamente, controllano l'impresa domestica o ne sono controllate o, infine, sono dominate dallo stesso soggetto al cui controllo soggiace il contraente nazionale, sono valutati in base al valore venale dell'oggetto del contratto, a prescindere dal corrispettivo pattuito³.

Fiscalmente, dunque, occorre prendere in considerazione il prezzo in comune commercio, trascurando l'effettiva remunerazione dei servizi o dei beni oggetto di scambio all'interno del gruppo, se il primo importo non coincide⁴ con il secondo⁵.

L'art. 110 non definisce la nozione di valore normale. A tal fine, esso rinvia ai precetti dell'art. 9 del Tuir.

2. Nella prima parte del terzo comma dell'art. 9 si delinea il concetto di valore normale, descritto come «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».

² A giudizio di R. CORDEIRO GUERRA, *La disciplina del transfer pricing nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2000, 429, è senz'altro di tipo presuntivo il ragionamento che ha indotto il legislatore ad introdurre nell'ordinamento la norma in esame, nel senso che, in presenza di operazioni con imprese estere collegate, sono ritenute alquanto probabili manovre sui prezzi, funzionali all'interesse fiscale del gruppo.

³ La valutazione basata sul valore normale trova applicazione non solo per le ordinarie voci di costo e di ricavo, ma anche per le altre componenti reddituali, cfr. L. TOSI e R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, CEDAM, Padova, 2007, 54; E. DELLA VALLE, *sub. art. 110*, in *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, a cura di G. Tinelli, Padova, 2009, 1035.

⁴ La sostituzione del valore di mercato al prezzo contrattualmente convenuto è obbligatoria solo se dal confronto con il corrispettivo normalmente determinato tra parti indipendenti deriva un aumento dell'imponibile in Italia. Se ne consegue una diminuzione del reddito tassabile, l'aggiustamento quantitativo indotto dal riferimento al valore venale è ammesso solo se ne fa richiesta un'autorità straniera, nell'ambito di una procedura amichevole disciplinata da una convenzione contro la doppia imposizione., in cui viene coinvolta l'Amministrazione italiana per cercare di risolvere un caso di reiterazione di pretese fiscali.. sulle stesse componenti di reddito.

⁵ È obbligo del contribuente provvedere a tale sostituzione direttamente in seno alla dichiarazione. Sotto questo profilo, la norma in esame non è rivolta solo all'Amministrazione – la quale, in sede di accertamento, è tenuta a riprendere a tassazione l'eventuale differenza tra il valore commerciale e il corrispettivo negoziato – ma è vincolante anche per l'impresa residente coinvolta in transazioni internazionali con parti correlate. Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, II, UTET, Torino, 2012³, 150; E. DELLA VALLE, *sub. art. 110*, cit., 1026; D. STEVANATO, *La rilevanza penale del transfer pricing: una questione ancora aperta*, in *Dial. dir. trib.*, 4, 2007, 478.

Nel secondo periodo della disposizione si enunciano taluni criteri per la determinazione del valore normale, disponendo che debba farsi preferibilmente riferimento, «in quanto possibile», ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi o, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso⁶.

Secondo il convincimento espresso dal Giudice di legittimità⁷, l'ordine di priorità applicativa dei precetti è invertito rispetto alla loro posizione all'interno del testo della norma.

La definizione di valore normale contenuta nella prima parte del citato art. 9, terzo comma, sebbene non possa essere intesa come una mera declaratoria di principio, svolge però un ruolo sussidiario rispetto alla funzione preminente assoluta dai criteri per la determinazione del corrispettivo in comune commercio sanciti nella seconda parte del comando normativo, che sono costituiti dal cd. metodo del confronto interno e dall'ulteriore strumento di analisi comparativa che trae spunto dalle indicazioni sui prezzi provenienti da organi pubblici (che è una particolare tipologia di cd. confronto esterno).

Stando alla ricostruzione esegetica operata dalla Cassazione, invero, al fine di stabilire il prezzo richiesto ordinariamente nel mercato, occorre dare la preferenza alla tecnica del c.d. confronto interno, basata sui listini e sulle tariffe del soggetto che fornisce i beni o i servizi; in seconda battuta, solo se l'uso del primo criterio non dà esiti soddisfacenti, l'Amministrazione dovrà trarre indicazioni (confronto esterno) dalle mercuriali o dai prezzari delle camere di commercio, ovvero dalle tariffe professionali; infine, in via del tutto residuale, l'ufficio potrà fare ricorso (altro tipo di confronto esterno) al compenso medio determinato in condizioni di libera concorrenza per merce similare, nel tempo e nel luogo in cui avviene la consegna di quanto è stato promesso⁸.

⁶ L'estrema laconicità del dettato normativo ha indotto buona parte della dottrina a ritenere la disposizione non del tutto adeguata allo scopo per la quale è stata introdotta. Cfr. E. DELLA VALLE, *Il transfer price nel sistema di imposizione del reddito*, in *Riv. dir. trib.*, 2, 2009, 157; R. CORDEIRO GUERRA, *op. cit.*, 438 ss.; L. CARPENTIERI, *Reddito in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Giuffrè, Milano, 1997, 20; A. VICINI RONCHETTI, *Transfer price tra normativa nazionale e internazionale*, in *Rass. trib.*, 3, 2014, 489.

⁷ Si veda Cass., 23 ottobre 2013, n. 24005, con nota di S. CIPOLLINA, *Il valore normale nel transfer pricing: mercato rilevante e metodo del confronto del prezzo*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 4, 2013, 103.

⁸ S. CIPOLLINA, *op. cit.*, 111, ricorda che vi è dunque un preciso ordine da seguire nell'applicazione dei diversi metodi di quantificazione del valore normale; la stessa sequenza, tra l'altro, mette in luce l'Autrice, è contenuta nella norma interna e nelle indicazioni operative redatte dall'Ocse. Sull'esistenza di una gerarchia tra i metodi di valutazione del valore venale, al cui apice si trova il confronto interno e in posizione subordinata il confronto esterno, si vedano anche: L. TOSI e R. BAGGIO, *op. cit.*, 55.

Vista la priorità accordata a livello normativo all'elenco dei prezzi fissati dal fornitore, la Cassazione asserisce che il mercato di riferimento per determinare il valore in comune commercio è indefettibilmente quello in cui opera il cedente⁹.

La dottrina non ha mancato di criticare la tesi sostenuta dalla Corte di legittimità, mettendo in risalto come, non solo nell'interpretazione dominante in ambito internazionale¹⁰, ma persino nelle indicazioni esegetiche fornite (peraltro non recentemente) dall'Amministrazione nostrana¹¹, il parametro di confronto per verificare la congruità del corrispettivo pattuito dai contraenti è tradizionalmente identificato nel prezzo praticato nel luogo dove agisce il cessionario.

3. Tuttavia, né le asserzioni compiute dalla Cassazione né le opinioni dissenzienti espresse dalla dottrina sembrano cogliere pienamente nel segno.

In realtà, non può essere assunto imprescindibilmente come mercato di riferimento né quello di residenza del cedente¹² né quello di residenza del cessionario¹³.

⁹ 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 soggetti che commerciavano i beni ceduti dalla società italiana erano tutti 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 era già giunta in una pronuncia di poco anteriore, la n. 22010/2013, annotata da M. GHIRINGHELLI e R. De PIRRO, *Transfer pricing e finanziamenti infragruppo: il mercato del mutuante identifica il valore normale*, in *Il fisco*, 39, 2013, 6139 ss., relativa ad un caso nel quale la capogruppo tedesca aveva concesso un finanziamento in denaro alla controllata italiana, pattuendo un interesse in linea con i tassi vigenti in Italia, di importo ben superiore alla remunerazione del capitale dato in prestito normalmente pretesa 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.

¹⁰ A. VICINI RONCHETTI, *op. cit.*, 515.

¹¹ Rammenta A. VICINI RONCHETTI, *op. cit.*, 516, che, ad avviso del Ministero delle finanze, espresso nella circolare n. 32 del 1980, «per garantire l'identità delle transazioni controllate, in linea di principio, il mercato rilevante deve essere ... quello del destinatario dei beni oggetto della transazione».

¹² La Cassazione trae argomenti in favore della sua tesi anche dalla disciplina dell'art. 1510 c.c., riguardante il luogo della consegna della merce. S. CIPOLLINA, *op. cit.*, 112, considera questo riferimento ad una norma civilistica non convincente; desta perplessità fare perno su di una disposizione codicistica, operante in un ambito affatto diverso da quello fiscale, per individuare il mercato di riferimento ai fini tributari.

¹³ P. BESTO, *Il transfer pricing*, in *Manuale di fiscalità internazionale*, a cura di A. Dragonetti, V. Piacentini e A. Sfondrini, Ipsoa, Milano, 2012, 1253, afferma che il riferimento preferenziale al mercato del destinatario vale soprattutto per i beni più che per i

L'art. 9 dispone che occorre prendere in considerazione il prezzo in comune commercio nel tempo e nel luogo dove i beni sono forniti 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 del fornitore ed entrano nella sfera detentiva del richiedente.

Si deve guardare all'ambito spazio-temporale nel quale vi è il distacco della merce dall'organizzazione imprenditoriale del soggetto erogatore e la merce medesima entra nella disponibilità del cliente, che diventa titolare del potere di farne l'uso desiderato e che, nel contempo, viene gravato dal rischio della sua perdita o del suo danneggiamento.

Il mercato di riferimento è quello nel quale avviene questa successione nella capacità di disporre in modo sovrano.

Esso – si ripete – non può dunque essere considerato in modo fisso e indissolubile né il territorio in cui risiede il fornitore né lo Stato dove ha la sede la parte ricevente. Dipende dalle circostanze concrete di ciascuna transazione.

4. L'art. 9 qualifica come prezzo di mercato quello medio che sarebbe stato concordato tra parti indipendenti, con riguardo a beni o servizi uguali o simili a quelli ceduti in concreto tra società appartenenti allo stesso gruppo.

La norma detta, in apparenza, un criterio di confronto.. oggettivo ed inderogabile.

In linea teorica, il dato di riferimento si assesta rigidamente sul valore mediano dei prezzi ordinariamente concordati tra operatori indipendenti, nel mercato entro il quale è conclusa la transazione tra parti correlate, ovvero il luogo dove avviene il trasferimento della disponibilità pratica e giuridica dei beni o dei servizi tra cedente e cessionario.

Tuttavia, assegnare un significato così intransigente e privo di

servizi: il prezzo dei beni è influenzato dai costi diretti di distribuzione e trasporto per raggiungere il luogo di vendita e, nel caso detto luogo si trovi all'estero, dai dazi all'importazione, oltre che, eventualmente, da regolamenti specifici e prezzi imposti. Più difficilmente il corrispettivo della prestazione dei servizi è esposto all'influenza di questi fattori.

Per un'approfondita analisi dei plurimi metodi di determinazione del prezzo di trasferimento nelle diverse tipologie di operazioni infragruppo: C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Ipsoa, Milano, 2008, 1163 ss.

elasticità alla disposizione in esame non pare corrispondere al reale intento del legislatore¹⁴.

È ben vero che un'indubitabile finalità perseguita dal precetto di cui si discorre è fornire un parametro di valutazione obiettivo e semplificato al contribuente e agli uffici tributari per dirimere eventuali contrasti nella valutazione dei prezzi di trasferimento.

Ma questo intento di semplificazione non solo non appare avere natura esclusiva, ma neppure sembra essere quello principalmente perseguito dal redattore della norma.

In realtà, quest'ultima persegue finalità di ragionevolezza nella determinazione dei prezzi negli scambi infragruppo.

Allorché nel testo dell'art. 9 si menziona il prezzo mediamente praticato nel tempo e nel luogo in cui si perfeziona l'accordo negoziale tra parti correlate, la norma non si propone di enunciare un criterio di comparazione inflessibilmente radicato sul semplice valore medio di mercato; essa sembra riferirsi, in modo più ragionevole, ad un paradigma valutativo più elastico, ovvero alla condotta normalmente tenuta, nella determinazione del corrispettivo, da soggetti contraenti tra i quali non corre alcun rapporto di parentela societaria¹⁵.

Per compenso mediamente praticato la disposizione, almeno in prima battuta, non vuole indicare un dato numerico preciso, ossia quello che si trova esattamente a metà della scala di valori¹⁶ che potrebbe assumere il prezzo concordato tra parti negoziali in-

¹⁴ F. MENTI, *Il transfer pricing e l'onere di provare la conformità dei prezzi praticati a quelli di libera concorrenza*, in *Dir. prat. trib.*, 1, 2014, 43, rileva che l'applicazione del regime dei prezzi di trasferimento agli scambi intracomunitari tra società dello stesso gruppo potrebbe apparire in contrasto con il diritto europeo; bisogna, tuttavia, considerare che la stima agganciata al valore normale è finalizzata a garantire che il reddito prodotto in Italia non sia qui sottratto a tassazione, mediante artificiosi spostamenti verso paesi con regimi fiscali più favorevoli, preservando, di conseguenza, la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri dell'Unione. Il contrasto ai tentativi di aggiramento degli obblighi fiscali è uno dei motivi imperativi che, ad avviso della Corte di Giustizia, giustificano gli interventi normativi che restringono la fruizione di una libertà fondamentale.

¹⁵ C'è chi, peraltro, come E. MARCHISIO, *Il valore del gruppo e il valore nel gruppo. Disciplina civilistica e fiscale degli scambi infragruppo a valore diverso da quello di mercato*, in *Riv. dir. trib.*, 1, 2014, I, 89 ss., dissente totalmente dal criterio prescelto dalla legge fiscale per determinare il valore di mercato, la quale, come detto, richiede una comparazione con gli scambi posti in essere tra imprese indipendenti. Ad avviso dell'Autore, il legislatore tributario ignora che il riferimento, nei contratti infragruppo, a valori diversi da quelli di mercato rappresenta la normalità, poiché risponde alle esigenze di gestione efficiente delle risorse finanziarie comuni del nucleo di imprese.

¹⁶ P. BORJA, *Il transfer pricing interno come operazione elusiva e l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, 9, 2013, 442, sostiene che il valore normale non è tanto un indicatore numerico puntuale, quanto piuttosto una indicazione metodologica da adottare per determinare una fascia di valori ragionevolmente prospettabili.

dipendenti, ma designa invece un metodo di analisi opportunamente adattabile alle circostanze concrete: essa richiede di individuare, sulla scorta di una valutazione condotta caso per caso, il prezzo che ragionevolmente sarebbe stato fissato tra soggetti economici non aderenti allo stesso gruppo, in transazioni similari a quella conclusa tra parti correlate¹⁷.

Non è detto che questo prezzo – il quale può dirsi coerente con la prassi valutativa adottata in condizioni di libera concorrenza – corrisponda puntualmente al valore collocato al centro dell'intervallo numerico tra la soglia massima e quella minima entro cui oscilla il compenso di mercato. Esso potrebbe attestarsi su livelli quantitativi differenti dall'importo che si trova in posizione mediana¹⁸.

Non solo.

Occorre considerare attentamente le circostanze in cui avviene la fornitura di beni o servizi tra parti aderenti al medesimo gruppo e compararle con le caratteristiche normali di un contratto dello stesso tipo concluso tra operatori indipendenti. Considerando le prestazioni stabilite nel contratto stipulato dalle imprese collegate, può risultare che, anche se non fossero stati articolazioni del medesimo centro di interesse economico, i contraenti avrebbero stabilito un prezzo non solo non esattamente uguale alla media dei corrispettivi di mercato, ma addirittura estraneo all'ordinaria banda di oscillazione di quei corrispettivi.

Dunque, il prezzo fiscalmente riconosciuto può discostarsi – e talora anche sensibilmente – da quello che si colloca nel mezzo della gamma dei mutevoli (entro certi confini quantitativi) valori mercantili. Esso coincide con quello – spesso di ammontare maggiore o minore del dato mediano – che, in situazioni similari, avrebbero ragionevolmente pattuito operatori non legati da nessi partecipativi.

¹⁷ Occorre rammentare che il recepimento dei valori di mercato nella base imponibile delle imposte sui redditi è tendenzialmente indiretto, essendo mediato dall'attività negoziale degli operatori economici. In tal senso: S. CIPOLLINA, *op. cit.*, 105, per la quale, anche se la disciplina dell'art. 110 fa eccezione a questa regola, la deroga deve considerarsi ammessa se si fonda comunque sul contenuto di un'altra relazione contrattuale, assunta a parametro di confronto, che si sarebbe instaurata in condizioni di libera concorrenza.

¹⁸ Ricordo che, secondo R. LUPI, *Processo tributario e transfer pricing tra prova e argomentazione*, in *Corr. trib.*, 38, 2007, 3095, la prova del valore normale segue un percorso indiretto, poiché concerne innanzitutto le vicende da cui emerge implicitamente l'ordine di grandezza del valore normale, più che il suo importo puntuale; anche le cifre assunte come «valori normali» costituiscono infatti più l'espressione di un ordine di grandezza tendenziale, dietro cui esiste una fascia di valori, senza confini precisi, ma caratterizzata, agli estremi, dalle zone grigie proprie di tutte le stime.

5. La ricostruzione proposta, che attribuisce un senso più elastico ed articolato ai precetti dell'art. 9, è avvalorata da una serie di elementi normativi, che si illustrano di seguito.

I) Innanzitutto, lo stesso art. 9, dopo aver definito come valore venale quello medio di mercato, prescinde, tuttavia, almeno in prima battuta, dal prezzo in comune commercio, disponendo che si deve avere riguardo preferibilmente ai listini del soggetto cedente¹⁹.

Il riferimento preferenziale non è dunque alle dinamiche dei corrispettivi di mercato e ai loro valori medi, ma alla prassi negoziale seguita dal soggetto che fornisce i beni o i servizi.

Rileva primariamente, se la situazione pratica lo consente, la condotta commerciale individuale, che deve essere valutata sotto il profilo della ragionevolezza e della plausibilità²⁰ rispetto al presumibile modo di agire che avrebbe adottato un operatore indipendente, attivo nel medesimo settore merceologico e nello stesso ambito territoriale dove agisce l'impresa con legami di gruppo.

II) In secondo luogo, la norma sul *transfer pricing* racchiusa nell'art. 110 ha natura antielusiva e si iscrive all'interno dei precetti volti ad impedire manovre non sorrette da valide ragioni economiche, dirette esclusivamente o prevalentemente ad ottenere indebiti vantaggi fiscali²¹.

¹⁹ Ad avviso della Cassazione (sent. n. 22010/2013, cit., e n. 24004/2013, cit.), come si è già accennato, l'art. 9 impone all'ufficio di prendere in considerazione, nell'accertamento del reddito d'impresa, in via principale, i listini e le tariffe del venditore; solo in via sussidiaria, nell'ipotesi di inesistenza o di inattendibilità delle indicazioni sui prezzi provenienti dal cedente, l'attenzione deve spostarsi alle mercuriali ed alle tariffe stabilite da organi pubblici, quali le camere di commercio o gli ordini professionali. Ne discende, secondo il punto di vista sostenuto dalla Cassazione, che la definizione di valore normale contenuta nella prima parte dell'art. 9 – sebbene non possa essere intesa come mera affermazione di principio, avendo anch'essa un innegabile valore cogente – svolge tuttavia un ruolo complementare, essendo la sua rilevanza subordinata all'inutilizzabilità dei criteri per la determinazione del prezzo corretto nelle cessioni infragruppo, costituiti dai predetti listini e tariffe predisposti dal cedente o dalle pubbliche autorità.

²⁰ M. KOOMEN, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – Part II*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2015, 231, scrive che «the necessity to hypothesize arm's length conditions for a transaction not found between independent parties leads to a focus on the commercial and economic rationale of the transaction, The arm's length principle, as internationally developed, refers explicitly to the economic and commercial reality of the transaction and the economic principles that generally govern relationships between independent parties».

²¹ Sostiene la Cassazione (tra le altre, nelle sent. nn. 17955/2013, 22010/2013, cit., e 24004/2013, cit.) che la disciplina riguardante il *transfer pricing* 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

Dunque occorre analizzare l'operazione conclusa da parti correlate alla luce dei principi di efficienza imprenditoriale e ragionevolezza²².

settori del diritto tributario nazionale. Invero, i principi antielusivi diretti a evitare che, all'interno di gruppi di società, siano effettuati trasferimenti di utili mediante l'applicazione di prezzi inferiori al valore normale, onde sottoporli a tassazioni agevolate, discendono sia dai capisaldi comunitari sull'abuso del diritto, sia dalle clausole antielusive di diritto nazionale predisposte in via generale (cfr. il sopra citato art. 9 del Tuir, sul «prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni o servizi della stessa specie o similari in condizioni di libera concorrenza ed al medesimo stadio di commercializzazione») o per ipotesi e settori peculiari (ad es., la l. n. 408/1990, art. 10, sui vantaggi fiscali da operazioni societarie; il d.p.r. n. 600/1973, art. 37 bis, su specifiche fattispecie elusive). In argomento, nella letteratura internazionale, M. KOOMEN, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – Part I*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2015, 152 conferma che «there is one major common objective of the domestic implementation of the arm's length principle considered, namely that the arm's length principle reflects an anti-abuse approach. The United States has an anti-abuse objective, as evidenced in the wording in its IRC section 482 and successive amendments to both the IRC and the underlying regulations, case law and government reports. The same is true of the United Kingdom (as seen in its case law and especially in the amendments a decade ago to broaden the scope and integrate thin capitalization rules into the transfer pricing regime), as well as in Australia (as seen in its initial legislation under the anti-abuse division of its law, the extensive guidance issued and its most recent new transfer pricing law that also expands the scope and guidance on the interaction with thin capitalization rules). An anti-abuse approach is also seen in the Netherlands, namely in its case law that emphasizes recharacterization». A. BALLACIN, *Natura e ratio della disciplina italiana sui prezzi di trasferimento internazionali*, in *Rass. trib.*, 1, 2014, 73 ss. sostiene, tuttavia, che, pur non potendo negare alla disciplina sui prezzi di trasferimento la funzione di contrasto agli abusi fiscali (poiché tale disciplina è stata introdotta nel nostro ordinamento anche per arginare fenomeni di allocazione ottimale del reddito nel contesto di gruppi internazionali, mediante lo sfruttamento del differenziale di imposizione tra giurisdizioni statali), pare più confacente all'attuale disposto normativo una lettura del transfer pricing che ampli la valenza della regolamentazione al di là della circoscritta prospettiva dell'elusione, fino a comprendere quella più ampia della corretta delimitazione della potestà impositiva degli Stati. In quest'ottica, le norme sui prezzi di trasferimento si rendono applicabili anche quando non vi sono differenze sostanziali nel livello di imposizione tra gli Stati interessati. Anche A. TOMASSINI, *Ripartito tra fisco e contribuente l'onere della prova nel transfer pricing*, in *Corr. trib.*, 2, 2014, 121 ss., riferisce che la Corte di Giustizia (nella sentenza 21 gennaio 2010, causa C-311/08) ha annesso alla normativa sul transfer pricing il primario obiettivo di tutelare la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri. Tuttavia, mi sembra che questa finalità riequilibratrice delle attribuzioni statali in materia fiscale, le quali, attraverso l'obbligo di dichiarare ai fini impositivi i prezzi in comune commercio, vengono esercitate in conformità a criteri oggettivi e imparziali, non si ponga in alternativa all'intento antiabusivo, ma sia un complemento di quello, posto che la disciplina sui prezzi di trasferimento è proprio diretta a scoraggiare manovre.. volte a spostare artificiosamente materia imponibile da uno Stato ad un altro.

²² A proposito delle manovre sui prezzi di trasferimento tra società imparentate, tutte residenti in Italia, la Cassazione nella sent. n. 17955/2013, cit., ha asserito che «inoltre vale sempre il principio cardine secondo cui, in presenza di un comportamento assolutamente contrario ai canoni dell'economia e privo di adeguata spiegazione, è legittimo l'accertamento del fisco (D.P.R. n. 600 del 1973, art. 39, e D.P.R. n. 633 del 1972, art. 54; cfr. C. 1821/01, 10802/02, 23634/08; v. sull'antieconomicità delle percentuali di ricarico C. 20832/05, 21575/05, 23183/05, 1546/07 e, riguardo all'IVA, C. 26167/11). Come si è

Bisogna primariamente verificare la congruità del prezzo pattuito in concreto, in relazione alle scelte che avrebbe compiuto un operatore avveduto. Non è affatto detto., tenuto conto delle caratteristiche della specifica transazione, che il corrispettivo più aderente alla logica economica sia costituito dal prezzo medio di mercato²³.

III) Proprio per dar modo alle imprese collegate di dimostrare i criteri che hanno materialmente ispirato le loro decisioni riguardo al prezzo, dovrebbe essere imprescindibile l'esplicazione di una fase di interlocuzione con l'ufficio tributario, preliminare rispetto all'adozione di un atto impositivo.

In proposito, la giurisprudenza di legittimità²⁴, nell'ambito di un orientamento di pensiero che, pur con qualche ripensamento, sta prendendo piede e che è volto a tutelare le esigenze garantiste sottese al rispetto delle regole procedimentali – la cui inosservanza si ritiene meritevole di punizione (che si sostanzia nell'invalidità degli atti amministrativi confezionati senza rispettare quelle regole) anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste – ha riconosciuto il ruolo essenziale, nell'esplicazione del rapporto tra fisco e contribuente, svolto dal principio del contraddittorio. Questa impostazione concettuale ha trovato l'avallo delle sezioni unite²⁵, le quali mettono in risalto la forza espansiva di detto principio, sancendo che esso ha assunto, «proprio con specifico riferimento alla

esattamente sostenuto in dottrina, riguardo alle manovre *intercompany* sui prezzi di trasferimento interni, la giustificazione dovrà ricadere sul versante delle valide ragioni economiche (analogamente a quanto richiesto dal D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 bis), nella prospettiva di togliere ai vantaggi fiscali 'sistematici' la patina di elusività. In tesi generale, non si può escludere che considerazioni di strategia generale inducano le imprese a compiere operazioni di per sé stesse antieconomiche in vista ed in funzione di altri benefici. Tuttavia occorre che le varie operazioni rispondano a criteri di logica economica, i quali, a loro volta, devono essere funzionali a meccanismi di mercato in regime di libera concorrenza (*arm's length principle*), giammai a elementi distorsivi del mercato e della concorrenza. Sicché la finalità di risparmio non può attuarsi semplicemente attraverso l'elusione degli oneri fiscali (C. 10820/02)».

²³ Sostiene A. VICINI RONCHETTI, *op. cit.*, 515, che il confronto con i listini dei prezzi va applicato con cautela. Il riferimento a detti listini deve essere compiuto tenendo conto delle molteplici condizioni che possono influire sulla determinazione dei corrispettivi, posto che il richiamo ad essi è preceduto dall'inciso «in quanto possibile». Tale locuzione deve essere intesa nel senso che non basta la mera esistenza dei listini per giustificare il ricorso ad essi, poiché quest'ultimo deve essere fatto in coerenza con le statuizioni di cui al primo periodo del terzo comma dell'art. 9. In senso conforme: L. CARPENTIERI, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, cit., 25.

²⁴ Sul punto: A. COLASANTI, *Il contraddittorio obbligatorio nell'elusione fiscale al vaglio della Corte costituzionale*, in *Rass. trib.*, 1, 2015, 203 ss.

²⁵ Cass., Sez. U., 29 luglio 2013, n. 18184 in *Rass. trib.* 2013, 1129 ss. ed in *Corr. trib.*, 2013, con nota di F. TUNDO, *Illegittimo l'atto impositivo emesso ante tempus: le Sezioni Unite chiudono davvero la questione?*, in *Corr. trib.*, 36, 2013, 2836 ss.

materia tributaria, un valore sempre maggiore», sulla spinta della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea²⁶.

Se le norme sul transfer pricing sono espressione del più generale principio antielusivo, ora sancito dall'art. 10 bis della l. n. 212/2000, le garanzie procedurali contemplate da quella norma, tra cui l'obbligo di interpellare il contribuente sulle ragioni della sua condotta, devono essere rispettate anche quando si rettificano i prezzi di trasferimento infragruppo.

IV) La centralità del confronto dialettico²⁷, dell'enunciazione

²⁶ La giurisprudenza europea ha sancito, in una nota sentenza emessa in materia di tributi doganali (C-349/07, *Sopropè*, commentata da: A. MARCHESELLI, *Il diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario è principio fondamentale del diritto comunitario*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 3, 2009, 210 ss.; G. RAGUCCI, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2, 2009, 569 ss.; P. PIANTAVIGNA, *Resistenze nazionali all'indefettibilità del contraddittorio endoprocedimentale*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 3, 2010, 57 ss.), l'esistenza di un diritto generalizzato al contraddittorio, riconoscendone la natura di canone fondamentale dell'ordinamento europeo, quale diretta derivazione dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Peraltro, come riferisce ancora A. COLASANTI, *op. cit.*, 203 ss., in una recente decisione (3 luglio 2014, cause riunite C-129/13 e C-130/13, pubblicata, con commento di A. MARCHESELLI, *Il contraddittorio va sempre applicato ma la sua omissione non può eccepirsi in modo pretestuoso*, in *Corr. trib.*, 2014, 2536 ss.), la Corte di Giustizia, dopo aver confermato la centralità del diritto al contraddittorio – il quale è imprescindibile per il rispetto della garanzie difensionali e s'impone come regola generale, anche in assenza di prescrizioni specifiche – riconosce che tale diritto possa subire talune restrizioni, legittime nella misura in cui risultino ragionevoli, giustificate e proporzionate. La sentenza si sofferma, poi, sulle conseguenze dell'omesso contraddittorio, e, in particolare, sulla portata della relativa eccezione sollevata dal soggetto passivo, che denunci la violazione del diritto ad essere ascoltato prima dell'adozione del provvedimento lesivo. Interpretando il principio del contraddittorio in un'ottica sostanzialistica, la Corte afferma che la nullità dell'avviso di accertamento non discende dalla mera omissione del contraddittorio, ma dalla dimostrazione che, se la fase di interlocuzione fosse stata esperita, l'atto avrebbe potuto avere un contenuto diverso. Il contribuente pregiudicato, pertanto, non può limitarsi a lamentare il difetto del contraddittorio, in maniera pretestuosa o a meri fini dilatori, ma ha l'onere di illustrare le argomentazioni difensive che, ove tempestivamente introdotte nella fase procedimentale, avrebbero potuto potenzialmente arricchire il quadro istruttorio, e modificare, di conseguenza, le conclusioni dell'ufficio.

²⁷ In una recente sentenza (n. 15311/2014), la Cassazione è giunta a qualificare nulla la cartella di pagamento emessa a carico di un contribuente, ove non preceduta dalla comunicazione dell'esito del controllo formale, sul riconoscimento della finalità garantista svolta dalla comunicazione, «quale atto attraverso cui si realizza compiutamente la necessaria interlocuzione tra l'Amministrazione Finanziaria e il contribuente». In Cass., sez. u., 18 settembre 2014, n. 19667/2014, con commento di A. MARCHESELLI, *Il contraddittorio deve precedere ogni provvedimento tributario*, in *Corr. trib.*, 39, 2014, 3019 ss., la Corte si è ancora soffermata sul tema della partecipazione al procedimento tributario, pronunciandosi sulle conseguenze di un provvedimento emesso in assenza di chiarimenti preliminari con il destinatario. La Suprema Corte afferma l'esistenza di un principio di diritto, secondo il quale, in via generale, l'Amministrazione finanziaria è gravata dal dovere di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, ogni qual volta debba essere adottato un atto o provvedimento in grado di incidere negativamente sui diritti e interessi del contribuente. Sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di contraddittorio, si veda F. TUNDO, *La rilevanza del contraddittorio procedimentale quale principio generale dell'or-*

delle ragioni sottese alle determinazioni negoziali²⁸, dell'analisi che riposa sull'apprezzamento dei connotati pratici e giuridici dell'operazione, al fine di valutarne la coerenza economica, mettendo da parte ogni rigida predeterminazione ancorata al semplicistico metodo dell'esatta media di mercato, trova ulteriore conferma nella normativa, recentemente introdotta nel nostro ordinamento²⁹, della documentazione che può essere predisposta dalle imprese per illustrare al fisco il processo di formazione del prezzo pattuito nelle operazioni intercompany³⁰.

6. Nelle verifiche in tema di *transfer pricing*, l'ufficio non può

dinamento, in *Riv. dott. comm.*, 1, 2015, 186 ss., per il quale non può più sostenersi. che, nella materia tributaria, il contraddittorio sia circoscritto alle fattispecie previste da specifiche disposizioni; esso costituisce invece un principio fondamentale immanente nell'ordinamento, cui dare attuazione anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa. Per un'accurata disamina delle posizioni dottrinali e dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di diritto al contraddittorio si rinvia a G. RAGUCCI, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Giappichelli, Torino, 2009.

²⁸ L'opportunità, se non l'obbligo, del contraddittorio è confermata anche dalle indicazioni comportamentali fornite nelle Guidelines dell'OCSE del 1995, laddove si legge, al par. 5.2., che «...*both the tax administration and the taxpayer should endeavor to make a good faith showing that their determination of transfer pricing are consistent with the arm's length principle regardless of where the burden of proof lies (...). The burden of proof should never be used by either tax administrations or tax payers as a justification for making groundless or unverifiable assertions about transfer pricing*», cfr. E. DELLA VALLE, *sub. art. 110*, cit., 1044.

²⁹ Con l'art. 26 del d.l. 78/2010.

³⁰ L'apparato documentale di cui si discorre si compone di due parti: la prima è detta *masterfile* ed è diretta a descrivere la struttura complessiva e l'attività globale del gruppo; nella seconda, che è denominata documentazione nazionale, è illustrata la politica di determinazione dei prezzi di vendita adottata in concreto dall'impresa italiana. Se il fisco accetta le spiegazioni fornite e ritiene congruo il prezzo stabilito dai contraenti, nei confronti di quest'ultimi non verrà adottato alcun provvedimento. Se l'Amministrazione ritiene non condivisibili le delucidazioni contenute nei documenti predisposti dall'impresa e, quindi, nel complesso, non appropriato il prezzo concordato dalle parti negoziali, essa recupera a tassazione l'eventuale costo dedotto in eccesso o il ricavo dichiarato in difetto. Tuttavia, qualora il metodo seguito per calcolare il prezzo sia adeguatamente descritto nella documentazione, ancorché il risultato dell'elaborazione compiuta dall'impresa non sia condiviso dall'ufficio, questo non potrà irrogare sanzioni, ai sensi dell'art. 1, comma 2 ter, del d.lgs. n. 471/1997. Sulla normativa in esame, si vedano, tra gli altri, oltre al mio, *La nuova disciplina in tema di documentazione dei prezzi di trasferimento*, in *Rass. trib.*, 2011, 1444 ss.; E. DELLA VALLE, *La documentazione sulla Transfer Pricing Policy al debutto nell'ordinamento interno*, in *Corr. trib.*, 28, 2010, 2252 ss.; ID., *Transfer pricing: l'esimente relativa alla rettifica del valore normale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 1, 2012, 65 ss.; A. ALBANO, *Illecito tributario e sanzioni improprie in materia di prezzi di trasferimento*, in *Riv. dir. trib.*, 7-8, 2013, 73 ss.; D. AVOLIO e B. SANTACROCE, *Documentazione sul transfer pricing: considerazioni de iure condendo su alcuni casi dubbi*, in *Corr. trib.*, 2, 2012, 127 ss.; G. DONEDDU e I. LA CANDIA, *Documentazione del transfer pricing come causa di non punibilità*, *Corr. trib.*, 2012, 513 ss.; A. MUSSELLI, G. PERACIN, S. BENEDETTIN e F. DI CIAULA, *Transfer pricing: la nuova disciplina nazionale sulla documentazione*, in *Il fisco*, 2010, 7527 ss.

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 esplica a livello della determinazione del prezzo, non al livello superiore riguardante, globalmente, la scelta di vendere o acquistare in un certo luogo e a o da un certo soggetto.

La volontà dell'impresa di comprare o commerciare in un certo mercato deve rimanere sullo sfondo come dato presupposto intangibile.

Di fronte agli analitici rilievi dell'amministrazione circa l'alterazione dei prezzi di trasferimento, si deve dimostrare che il compenso pattuito corrisponde a quello che avrebbe concordato un'impresa indipendente, qualora avesse concluso affari dello stesso tipo e nelle stesse circostanze di tempo e di luogo in cui ha instaurato rapporti commerciali con membri del suo gruppo la società sospettata di aver manipolato i corrispettivi.

Non sono ammesse discussioni sulla convenienza di instaurare rapporti commerciali con l'estero (che può dipendere da fattori diversi dal prezzo), ma sulla ragionevolezza del prezzo medesimo, mediante un confronto con il corrispettivo che avrebbero stabilito parti indipendenti, coinvolte in scambi nei mercati in cui ha agito l'impresa collegata.

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

Prendiamo, per chiarire, i due esempi descritti in precedenza, tratti dall'esperienza giurisprudenziale, relativi l'uno ad una società italiana che vende in Belgio, l'altro ad una società italiana che ottiene un finanziamento dalla capo-gruppo tedesca.

A ben considerare, invero, nelle situazioni prospettate, l'azione correttiva del fisco non investe più soltanto il prezzo pattuito dai contraenti. Questo, invero, non desta dubbi particolari di coerenza. Il corrispettivo stabilito dal cedente e dal cessionario non è incompatibile con quello che avrebbero negoziato imprese in posizione di reciproca indipendenza, poiché non si discosta dal valore normale della merce nel mercato dell'acquirente.

Riprendendo l'esempio relativo alla vendita di beni in Belgio, il cedente, quand'anche fosse stato un operatore privo di legami con il cessionario, avrebbe dovuto accettare un compenso meno elevato rispetto alle vendite concluse in Italia, perché nello Stato estero di destinazione della merce, il valore venale è più basso.

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 la somme da una banca o da un altro finanziatore in posizione di terzietà, in quanto l'importo degli accessori corrisponde alla misura ordinaria richiesta in Italia.

7. Come è accaduto nei casi giurisprudenziali esaminati, non è infrequente che un bene o un servizio sia scambiato ad un prezzo diverso nel territorio in cui risiede il fornitore e nel territorio in cui agisce il richiedente.

In una siffatta situazione, la giurisprudenza di legittimità asserisce che occorre riferirsi esclusivamente al valore medio ordinario riscontrabile nel mercato in cui ha sede il cedente.

Ma questa soluzione a senso unico non corrisponde affatto al paradigma comportamentale di un operatore indipendente.

Invero, se si desidera distribuire beni o servizi in uno Stato estero dove il prezzo è mediamente più basso rispetto a quello praticato usualmente nelle cessioni dello stesso genere poste in essere nel mercato d'origine, è del tutto normale che si accetti una riduzione del corrispettivo.

Allo stesso modo, se si acquisisce un bene o un servizio da un fornitore residente in un luogo dove il prezzo di libera concorrenza è più elevato, se paragonato al livello medio del compenso contrattuale preteso nello Stato dove il soggetto ricevente risiede, è prassi ordinaria che quest'ultimo si impegni a sborsare una somma superiore a quella che sarebbe stata pagata per una corrispondente transazione commerciale interna.

Come si è detto, quando si applicano le disposizioni dell'art. 110, si valuta la congruità del prezzo pattuito, non la ragionevolezza globale dell'operazione.

Se l'atto di acquisizione riguarda beni o servizi indispensabili o utili per l'esercizio dell'impresa, oppure se l'atto di trasferimento ai terzi rientra nella normale attività del fornitore e l'operazione attiva o passiva assicura comunque nell'immediato o in futuro un margine di utile³¹, il fisco, richiamando i precetti dell'art. 110, non

³¹ Si immagini una vendita verso l'estero che, pur conclusa ad un prezzo inferiore al valore di mercato interno, sia comunque adeguatamente remunerativa o un acquisto che, pur stipulato per un prezzo superiore al valore venale posseduto dalla cosa fornita nel territorio nazionale, consenta, nel momento della rivendita della cosa stessa, di conseguire un ricavo superiore ai costi.

Si noti, poi, che in certi casi, un'operazione può avere una ragionevolezza economica persino in assenza di un utile certo. Può accadere che un'impresa venda volontariamente sottocosto, se questo temporaneo sacrificio è sopportato in vista di sperati vantaggi futuri, come, ad esempio, la distribuzione del prodotto in un nuovo territorio o l'aumento della quota di mercato.

può sindacare la scelta del soggetto economico sotto il profilo dell'opportunità complessiva della transazione.

Se (I) il fornitore ha conseguito un guadagno inferiore a quanto avrebbe potuto realizzare, qualora avesse offerto i beni o i servizi altrove, ma il prezzo concordato è in linea con il valore venale della merce nel mercato dell'acquirente, o (II) se la parte che necessita dei beni o dei servizi si impegna a sborsare per ottenerli un corrispettivo superiore alla spesa che avrebbe sopportato, laddove si fosse rivolto ad un fornitore differente, ma l'ammontare del prezzo pattuito è comunque coerente con il valore venale della merce nel mercato del cedente, l'ufficio non ha titolo per negare la legittimità fiscale dell'operazione e per sostituire al compenso deciso dai contraenti il prezzo mediamente praticato nel mercato interno.

Agendo in questo modo, il fisco si spinge ben al di là di una mera valutazione riguardante il prezzo deciso dai contraenti; esso cancella, nei fatti, l'operazione posta in essere concretamente e la tramuta in un'altra che l'impresa avrebbe potuto realizzare e che l'Amministrazione ritiene più vantaggiosa.

Se si esaminano con attenzione le censure formulate dall'autorità fiscale, risulta evidente che, dietro di esse, si cela, come accennato, l'insoddisfazione per la determinazione dell'impresa domestica di vendere o acquistare contraendo i propri margini di utile. 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.

È la strategia delle relazioni commerciali che l'amministrazione finanziaria mette sotto accusa. Il fisco sta dicendo all'impresa che, dal suo punto di vista, non ammette vendite o acquisti che non consentono di ottenere, immediatamente, il massimo vantaggio economico possibile.

Quindi – si ribadisce – il fisco non si limita ad esaminare la coerenza del prezzo pattuito, ma, più radicalmente e surrettiziamente, si arroga il potere di verificare la logicità economica dell'operazione rispetto ad ipotetiche alternative (vendite o acquisti in altri mercati) che, a suo modo di vedere, avrebbero condotto ad esiti reddituali più soddisfacenti, scartando le decisioni dell'impresa, laddove le reputi non convenienti dal punto di vista del ritorno economico immediato.

In verità, l'adeguatezza del prezzo al valore venale diventa un aspetto di interesse secondario; all'amministrazione quel prezzo non sta bene, a prescindere dalla corrispondenza con le soglie quantitative ordinarie, perché, a suo modo di vedere, non permette la massimizzazione dei guadagni; invero, secondo le sue stime, po-

tevano essere poste in essere operazioni commerciali alternative (in luoghi e con controparti differenti) che avrebbero garantito risultati gestionali migliori.

Ma, innanzitutto, un sindacato del fisco così esteso, penetrante ed analitico non è ammissibile.

In secondo luogo, in questa sua valutazione riguardo all'oculattezza e all'ammissibilità fiscale della transazione realizzata in concreto, l'amministrazione finanziaria esamina esclusivamente il dato relativo al prezzo (indipendentemente dalla sua corrispondenza con le presumibili determinazioni di un'impresa indipendente) e il suo riflesso istantaneo sulla redditività dell'impresa coinvolta.

Esso non considera le altre caratteristiche dell'operazione, il fascio di situazioni, eventi, rapporti relazionali che fanno da sfondo al contratto e la pianificazione dell'attività imprenditoriale, che può indurre ad accettare un sacrificio nell'immediato per ottenere un vantaggio in un momento successivo³².

Dunque, se è ragionevole presupporre, secondo i risultati di un'analisi imperniata sugli ordinari standard comportamentali adottati da imprese indipendenti, che un soggetto non appartenente al gruppo, laddove avesse deciso di vendere o acquistare nell'identico contesto spazio-temporale in cui è avvenuta la transazione tra le società imparentate³³, non sarebbe riuscito ad ottenere condizioni negoziali diverse, la scelta contrattuale compiuta in concreto (con le relative variabili del momento, del luogo e della controparte contrattuale) non può essere contestata e sovvertita dall'ufficio con gli strumenti di accertamento e determinazione reddituale offerti dall'art. 110.

Altrimenti significa che il confronto con transazioni tra parti indipendenti non è operato per verificare la concordanza con il valore di mercato del prezzo pattuito tra società collegate, ma – con un ampliamento non consentito dei confini del controllo affidato alla pubblica autorità – per stabilire se esistono alternative al contratto realmente concluso che sarebbero state più vantaggiose per gli interessi economici generali dell'impresa associata.

8. Dunque, mediante il richiamo all'art. 9, l'art. 110 permette

³² La diversità del prezzo potrebbe essere giustificata anche dalla differente e superiore qualità dei beni o dei servizi, o dalle disomogenee (talora più propizie, talaltra più gravose) clausole contrattuali (termini di consegna, tempi e modalità di pagamento, garanzie, ecc.).

³³ Eventualmente imposta dalla società di vertice. Rientra nel normale gioco delle relazioni economiche che un'impresa sia costretta ad assumere certe decisioni, perché indotta o influenzata da terzi che si trovano in posizione dominante.

di prescindere e di modificare il prezzo stabilito nelle transazioni tra parti correlate, se questo non corrisponde a quanto avrebbero presumibilmente concordato soggetti indipendenti dal punto di vista giuridico ed economico.

Qualora invece l'importo di denaro dovuto al cedente sia allineato al compenso che, con ragionevole probabilità, avrebbe preteso un'impresa non collegata all'altro contraente, non vi sono margini per una correzione del fisco, anche se detto importo non è esattamente collimante con il valore medio di mercato (quest'ultimo è identificabile con il luogo dove avviene il passaggio della disponibilità della merce dal fornitore al richiedente, come detto) e, soprattutto, anche se esistevano alternative più favorevoli al contratto stipulato in concreto, potendo, in teoria, la società approvvigionarsi o vendere in altri luoghi, ad altre condizioni e con altre controparti.

La riconducibilità al valore venale medio nel mercato di riferimento³⁴ è ammessa solo nei casi in cui il contribuente, al quale

³⁴ O, al limite, all'eventuale importo che si colloca a metà tra il valore in comune commercio rilevato nel territorio dove opera il fornitore e il prezzo ordinario praticato nel mercato del soggetto ricevente, se questi dati economici non sono coincidenti.

Si potrebbero poi adottare i criteri di determinazione del prezzo di mercato proposti dall'Ocse, alternativi al metodo del confronto del prezzo interno o esterno, come suggeriscono numerosi interpreti. Vedi S. CIPOLLINA, *op. cit.*, 110, per la quale la genericità delle disposizioni interne disegna una cornice legislativa sufficientemente ampia da consentire il recepimento delle indicazioni Ocse per via interpretativa; E. DELLA VALLE, *sub. art. 110*, cit., 1043, il quale asserisce che l'adesione del legislatore a questo ampliamento dei metodi ricostruttivi del valore venale si desume implicitamente dalle norme sul c.d. ruling internazionale di cui all'art. 8 del d.l. n. 269/2003; V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DÈ CAPITANI DI VIMERCATE e O.C. CORRADO, *Diritto tributario internazionale. Manuale*, CEDAM, Padova, 2009, 232 ss.; C. GARBARINO, *op. cit.*, 1143 ss.; G. MAISTO, *La disciplina dei prezzi di trasferimento infragruppo*, in *Materiali di diritto tributario internazionale*, a cura di C. Sacchetto L. Alemanno, Ipsoa, Milano, 2002, 269 ss.; F. MENTI, *op. cit.*, 41; P. BESIO, *op. cit.*, 1251; M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2004, 1105. Contra, tuttavia, R. CORDEIRO GUERRA, *op. cit.*, 438-439, ad avviso del quale, posto che i criteri elaborati dall'Ocse sono concepiti per permettere la determinazione del prezzo di libera concorrenza anche in assenza della possibilità di fare comparazioni con atti negoziali in cui intervengono soggetti terzi, impiegare i metodi alternativi, contemplati dalle raccomandazioni della sopra citata organizzazione transnazionale, nell'applicazione dell'art. 110 del Tuir equivarrebbe ad ampliarne in modo occulto il raggio di operatività. Per una ricognizione delle varie posizioni espresse in argomento e dei loro aspetti di concordanza e diversità, si vedano: A. MUSSELLI e A.C. MUSSELLI, *Transfer pricing*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006, 72 ss.

Invero, nei rapporti dell'Ocse dedicati al *transfer pricing*, accanto al metodo «tradizionale» del confronto del prezzo (ivi detto *Comparable Uncontrolled Price Method*) – che consiste appunto nel comparare il prezzo delle transazioni infragruppo con il prezzo che viene praticato per transazioni simili poste in essere tra imprese indipendenti (confronto esterno), ovvero tra una delle parti dell'operazione verificata ed un'impresa indipendente (confronto interno) – convivono altri due metodi c.d. tradizionali (*Traditional Transaction Methods*) ossia il *Resale Price Method* ed il *Cost Plus Method*, basati, al fine di individuare il prezzo corretto di una fornitura interna ad un gruppo, su adeguati mar-

deve essere data l'occasione di fornire le opportune spiegazioni, non collabori efficacemente con l'autorità fiscale³⁵, illustrando le ragioni e le circostanze che hanno ispirato l'accordo relativo al prezzo e la sua sostanziale coerenza con le scelte ad un'impresa non imparentata con la controparte contrattuale.

gini di profitto, sottratti o aggiunti, rispettivamente, al prezzo di rivendita a terzi estranei al gruppo di ciò che è stato acquistato da un membro del complesso multisocietario o al costo sostenuto da un'impresa del gruppo per un acquisto concluso con un fornitore indipendente, nonché i *Transactional Profit Methods*, che prendono in considerazione l'utile generato dalle operazioni (*Profit Split Method* e *Transactional Net Margin Method*). Cfr. E. DELLA VALLE, *sub. art. 110*, 1041.

Stando alle Guidelines dell'Ocse sul *transfer pricing* del 2010, il *Transactional Net Margin Method* «*examines the net profit relative to an appropriate base (i.e. costs, sales, assets) that a taxpayer realises from a controlled transaction...; the net profit indicator of the taxpayer from the controlled transaction*» va messo a confronto con il «*net profit... that the same taxpayer earns in a comparable uncontrolled transaction*». Invece con il *Profit Split Method* si provvede a determinare «*the division of profits that independent enterprises would have expected to realise*».

L'uso di questi ultimi metodi (c.d. reddituali) si è già affermato da tempo nella prassi amministrativa. Sempre più spesso, invero, le verifiche fiscali si fondano sui criteri di calcolo e ripartizione del profitto cui si è prima accennato e, soprattutto, sul TNMM (*Transactional net Margin Method*), vale a dire il sistema incentrato sul confronto del margine netto conseguito in operazioni tra imprese non collegate. La Cassazione, investita delle controversie tra fisco e contribuente in merito alla legittimità degli accertamenti scaturiti da verifiche condotte con quelle metodologie, ne ha riconosciuto svariate volte la validità, cfr. A. VOZZA, *Prospettive giurisprudenziali sulle rettifiche del transfer pricing fondate su metodi reddituali*, in *Corr. trib.*, 25, 2014, 1952 ss.

³⁵ Nella dialettica fra fisco e contribuente, il primo non deve dimostrare una più elevata fiscalità nazionale, (in questo senso Cass. n. 10739/2013; conformemente R. LUPI, *op. cit.*, 3096, sostiene che le rettifiche intragruppo in base al valore normale operano indipendentemente dal regime fiscale applicabile alla controllata.. estera in cui risiede; tuttavia la presenza di una fiscalità sostanzialmente omogenea tra i due paesi è un elemento che indirettamente conferma la buona fede del soggetto italiano, escludendo il perseguimento di un vantaggio fiscale; questo rafforza le altre argomentazioni sul calcolo del valore normale, confermando la mancanza di motivi per alterare il prezzo in ragione di convenienze fiscali); a livello di onere probatorio è bastevole, secondo alcune decisioni di legittimità (tra cui n. 10739/2013, cit.), che l'ufficio adduca la conclusione di transazioni tra imprese imparentate, affinché l'ufficio medesimo possa disconoscere il prezzo pattuito contrattualmente. Tuttavia, stando all'orientamento espresso in altre pronunce di ultima istanza (n. 22010/2013, cit., n. 11949/2012 e n. 22023/2006), l'amministrazione è gravata dall'onere di illustrare e documentare la ricorrenza dei presupposti.. dell'elusione, soprattutto se le rettifiche del fisco concernono.. comportamenti positivi del reddito. In tal caso, invero, incombe sull'amministrazione finanziaria – in ossequio alle regole generali in materia di allegazioni probatorie (art. 2697 c.c.) – il compito di attestare.. lo scostamento tra il corrispettivo pattuito ed il valore normale dei beni o dei servizi scambia e di spiegare quale sarebbe il vantaggio fiscale ottenuto dall'impresa domestica con quello scostamento.

Invece, in base al pensiero della suprema Corte (cfr.: Cass. 1709/07; n. 11949/2012, cit.), qualora l'operazione infragruppo riguardi acquisti fatti dall'impresa italiana, è il contribuente che deve farsi carico di fornire la dimostrazione, non solo dell'esistenza e dell'inerenza delle componenti negative di reddito, ma anche.. di ogni elemento che consenta di verificare la rispondenza al normale valore dei corrispettivi pattuiti, in forza del principio di vicinanza della fonte di prova. Il contribuente ha la facoltà di illustrare la congruità del prezzo con qualsiasi mezzo di prova documentale (Cass. n. 11949/2012; n. 7343/2011).

In questo numero

Saggi

- A. Di Amato, *La confisca per sproporzione come misura di prevenzione e la dubbia legittimità della disciplina*
- N. Abriani, *Corporate governance e doveri di informazione nella crisi dell'impresa*
- G. Niccolini, *A proposito di una massima imprecisa (con una breve chiosa critica e con qualche osservazione sulla competenza del tribunale delle imprese a conoscere delle controversie sul compenso di amministratori e liquidatori di società di capitali)*
- A. Dentamaro, *La disciplina della business judgement rule nella legge per la mejora del governo corporativo in Spagna*
- G. Dongiacomo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti: la disciplina generale e il contratto di compravendita*
- P. Mammola, *Conformità, interessi, e pubblicità nella deliberazione assembleare di trasformazione omogenea progressiva di società a responsabilità limitata con quorum agevolato*
- A.M. Gaffuri, *Riflessioni sul prezzo di mercato nel transfer pricing e sui limiti al sindacato del fisco*
- F. Cuccu, *Riflessioni in tema di trasferimento della sede della società: spunti da un caso recente*

Casi e pareri

- Trib. Monza 12 ottobre 2015, n. 2519, commento di M. Costanza, *L'art. 56 co. 2 l.f. fra abuso del diritto e creazione del diritto*
- Sentenza Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, 13 luglio 2015, n. 9355, commento di E. della Bruna, *Ingannevolezza della comunicazione commerciale, (in)adeguatezza organizzativa e responsabilità degli internet providers (il caso Tripadvisor)*
- Sentenza Corte di Appello di Napoli 3 luglio 2014, n. 3080, commento di G. Mollo, *La tutela del creditore nel contratto di pegno irregolare*

www.edizioniesi.it

