

Capitolo 1

LA NORMATIVA INTERNA: L'ART. 110, COMMA 7, TUIR

di *Roberto Cordeiro Guerra*

Sommario: 1. La centralità della disciplina domestica nel sistema del *transfer price*. – 2. Il recente approdo ad una compiuta disciplina interna. – 3. Il quadro completo della disciplina interna: le fonti secondarie attuative e le ulteriori disposizioni rilevanti in materia. – 4. Collocazione sistematica ed operatività della norma. – 5. Il problema della natura: norma distributiva o antiabuso? – 6. Una recente conferma della centralità dei sistemi domestici: la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Fiat Chrysler.

1. La centralità della disciplina domestica nel sistema del *transfer price*

Nell'esperienza applicativa uno dei problemi principali degli operatori che devono confrontarsi con la corretta individuazione del valore fiscalmente rilevante delle transazioni intragruppo sovranazionali è quello della selezione, conoscenza, interpretazione e applicazione della cospicua mole di disposizioni rilevanti in materia¹.

La circostanza che tali disposizioni di dettaglio, essenziali per giungere ad una corretta implementazione della normativa *transfer price*, siano per lo più dettate da fonti sovranazionali, in gran parte appartenenti al genere della *soft law* (Linee Guida, manuali, raccomandazioni) tende a porre in secondo piano il ruolo e la rilevanza della normativa domestica.

Se a ciò si aggiunge la considerazione che per lungo tempo il nostro legislatore ha pressoché ignorato la disciplina di dettaglio della materia, ben si comprende come di fatto si sia verificata in passato una sorta di abdicazione implicita a favore delle Linee Guida OCSE, senz'altro costituenti il più completo ed aggiornato apparato di regolamentazione dei prezzi di trasferimento.

¹ Si pensi, ad esempio, alle regole concernenti la scelta del metodo di determinazione del valore *at arm's length* ed alle dettagliate disposizioni relative alla tecnica della sua determinazione rispetto alla variegata tipologia di beni o servizi oggetto di scambio.

In realtà, e senza affatto sottovalutare l'interazione con la normativa pattizia, comunitaria e sovranazionale, resta imprescindibile il ruolo della disciplina domestica.

L'opzione di tassare determinate operazioni in deroga alla regola generale di rilevanza del corrispettivo fissato tra le parti e sostituendo ad esso il valore di mercato coinvolge la potestà di imposizione domestica e deve dunque essere allocata in una disposizione interna. Del pari le scelte fondamentali in ordine al perimetro di applicazione del *transfer price* ed ai metodi della sua determinazione è opportuno che siano disciplinati dalla normativa domestica. In difetto sorgono, come già in passato successo, delicati problemi di coordinamento tra le norme pattizie, tradizionalmente vocate alla distribuzione del prelievo e quelle interne, la cui assenza o lacunosità è difficilmente integrabile. Inoltre, nel caso raro ma configurabile, di applicazione nei confronti di soggetti residenti in paesi con i quali non è in vigore una convenzione contro la doppia imposizione, solo la norma domestica può disciplinare, direttamente o mediante rinvio, le indispensabili regole applicative.

2. Il recente approdo ad una compiuta disciplina interna

Alla luce delle precedenti considerazioni, si comprende perché le modifiche apportate nel 2017 alla disciplina domestica siano andate a colmare una lacuna per molto tempo stigmatizzata dalla dottrina². In dettaglio, tramite la legge 21 giugno 2017, n. 96, si è intervenuti sul testo dell'art. 110, comma 7, del TUIR³, con l'intento, esplicitato nella relazione illustrativa, di “*adeguare la terminologia della disciplina domestica in materia di prezzi di trasferimento alle più recenti indicazioni emerse nella sede dell'OCSE anche nell'ambito dei lavori del progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*”⁴.

Si tratta in realtà di un intervento assai più radicale, volto a eliminare il *vulnus* della normativa domestica divenuto plasticamente sempre più evidente man mano

² Su questo specifico aspetto cfr. E. DELLA VALLE, *Commento all'art. 110, cc. 7-12 bis*, in G. TINELLI (a cura di), *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009, p. 1022 ss.; R. CORDEIRO GUERRA, *La disciplina del transfer price nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, p. 421 ss.; A. VICINI RONCHETTI, *Transfer price tra normativa nazionale e internazionale*, in *Rass. trib.*, 2014, p. 491 ss.

³ “*Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per zone colpite da eventi sismici, e misure per lo sviluppo*”, convertito in legge 21 giugno 2017, n. 96.

⁴ Su tale modifica normativa cfr. R. PAPOTTI, M. ANTONINI, *Principio di libera concorrenza per la valutazione dei prezzi di trasferimento*, in *Corr. trib.*, 2017, p. 1707 ss.; D. AVOLIO, *La disciplina nazionale sul transfer pricing si adegua al principio OCSE di libera concorrenza*, in *Il Fisco*, 2017, p. 2933 ss.

che la continua implementazione delle fonti sovranazionali in tema di *transfer price*⁵ evidenziava a contrario la laconicità della norma interna. Essa si limitava infatti a rinviare – per la determinazione del valore normale dei beni e dei servizi ceduti o ricevuti – alle disposizioni dell'art. 9⁶: norma, quest'ultima, che come la dottrina da tempo sottolineava, era in realtà pensata al diverso fine di individuare un valore sulla base del quale procedere a tassazione nelle cosiddette fattispecie illiquide, ossia quelle per le quali la base imponibile non è individuabile in una somma di denaro, come nei casi di liberalità o prestazioni in natura.

Sebbene tanto l'Amministrazione, fin dall'emanazione della storica circolare n. 80/1980⁷, quanto la giurisprudenza di legittimità⁸, con diverse pronunce, si fossero affannate a individuare convincenti basi giuridiche per l'applicabilità dei sempre più raffinati criteri di determinazione del *transfer price* sopravvenuti a livello sovranazionale, fino alla modifica del 2017 la normativa domestica era in sostanza un gigante dai piedi d'argilla.

Essa era infatti costruita sull'esplicito rinvio ad una disposizione – l'art. 9 – che recava evidenti profili di contrasto ed incompatibilità con le Linee Guida OCSE, la cui supplenza affermata nel diritto vivente era assisa su una base giuridica instabile.

Con l'intervento del 2017 si rimedia in modo definitivo a questo inconveniente. Da un lato, si elimina nella regola impositiva domestica il riferimento al valore normale determinato in base all'art. 9 e lo si sostituisce con il puntuale riferimento alle condizioni ed ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza; e già questo esplicito riferimento rende pacifico il rinvio alle Linee Guida OCSE che hanno elaborato i criteri applicativi dell'*arm's length principle*. Dall'altro, e ad ogni buon conto, la nuova disposizione aggiunge che con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finan-

⁵ OECD, *Transfer Price Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*, OECD Publishing, Paris, da ultimo aggiornate nel 2022.

⁶ È sufficiente leggerne il testo per rendersene conto: “Per valore normale si intende il prezzo o il corrispettivo mediamente praticato per beni o servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza ed al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali ed ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso”.

⁷ Circolare Min. Fin. 22 settembre 1980, n. 32.

⁸ Cfr. ad esempio in tal senso Cass. 22 aprile 2016, n. 8130, ove si argomenta che la norma allora vigente (art. 110, comma 7 nel testo ante modifica del 2017) “costituisce – in conformità con le linee guida fissate dall'art. 9 del Modello di Convenzione fiscale OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) sulla determinazione dei prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e per le amministrazioni finanziarie (1995-2010) – una deroga al principio per cui, nel sistema di imposizione sul reddito, questo viene determinato sulla base dei corrispettivi pattuiti dalle parti della singola transazione commerciale”.

ze possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le Linee Guida per l'applicazione del presente comma. In effetti poco dopo, con l'emanazione del d.m. 14 maggio 2018, preceduto da una consultazione pubblica volta a stimolare suggerimenti ed osservazioni da parte degli operatori, sono state effettivamente emanate dette linee, elaborate, come esplicitamente affermato nel preambolo del provvedimento, sulla base dell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, del rapporto finale sulle azioni 8, 9 e 10 del Progetto OCSE G20 *Base Erosion and Profit Shifting* e delle Linee Guida OCSE approvate dal Consiglio dell'OCSE in data 10 luglio 2017.

Il nuovo assetto normativo, scandito dalla normativa primaria (il testo modificato dell'art. 107 del TUIR) ed attuato da quella secondaria (d.m. 14 maggio 2018), consente dunque di superare le divergenze di opinione in precedenza esistenti sui rapporti tra normativa interna e sovranazionale e adegua la norma così riformata al suo ruolo di epicentro per l'applicazione della disciplina alle imprese domestiche.

Segnatamente, per un verso è ormai legislativamente sancito che anche rispetto ad operazioni con imprese residenti in Paesi privi di convenzione contro la doppia imposizione con lo Stato italiano si applicano i criteri elaborati in sede OCSE; per l'altro l'esplicito riferimento normativo all'*arm's length principle* ed il successivo rinvio operato dalla normativa secondaria rimuovono ogni ostacolo all'esplicazione della funzione impositiva domestica in conformità alla migliore prassi internazionale per la determinazione dei prezzi di trasferimento.

Il meccanismo approntato consente altresì di recepire aggiornamenti, novità ed ulteriori indicazioni provenienti dalle Linee Guida OCSE, ferma restando la necessità di procedere al riguardo di volta in volta tramite il ricorso alla normativa secondaria. Significativa e dirimente, in tal senso, la volontà del legislatore espressa nella lettera dell'art. 110, secondo il quale con decreto del Ministero delle Finanze possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le Linee Guida per l'applicazione del presente comma. Non si tratta di un rinvio recettizio a fonti esterne che ne comporti l'automatico recepimento, quanto piuttosto di una facoltà delegata a fonti secondarie e consistente in una duplice attività: la selezione delle migliori pratiche internazionali in materia e la redazione di Linee Guida su di esse basata. Con la conseguenza applicativa che al sopravvenire di nuove prassi, quali ad esempio le nuove Guidelines pubblicate il 20 gennaio 2022 dall'OCSE (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*), le stesse assumeranno rilevanza se ed in quanto recepite con l'aggiornamento delle linee guide interne in precedenza già emanate dal Ministero delle Finanze⁹.

⁹ Cfr. in proposito G. MARINO, *L'art. 9 nei trattati conclusi dall'Italia*, *ivi*, Cap. I.

3. Il quadro completo della disciplina interna: le fonti secondarie attuative e le ulteriori disposizioni rilevanti in materia

Ulteriori disposizioni, oggetto di più approfondito commento nei capitoli successivi, concorrono oggi a completare il quadro della normativa domestica.

Quanto al perimetro soggettivo di applicazione¹⁰, il disposto dell'art. 110, comma 7, del TUIR, che fa riferimento “*a società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa*”, è stato oggetto di chiarimento ad opera del decreto 14 maggio 2018. In particolare, con la norma secondaria per un verso si chiarisce che per “*imprese associate*” debbano intendersi l'impresa residente nel territorio dello Stato e le società non residenti allorché una di esse partecipa, direttamente o indirettamente, nella gestione, nel controllo o nel capitale dell'altra, o lo stesso soggetto partecipa, direttamente o indirettamente, nella gestione, nel controllo o nel capitale di entrambe le imprese; per l'altro si puntualizza altresì che la partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale è da ravvisarsi nelle situazioni per le quali vi sia una partecipazione per oltre il 50% nel capitale, nei diritti di voto, o negli utili di un'altra impresa, oppure l'influenza dominante sulla gestione di un'altra impresa, sulla base di vincoli azionari o contrattuali. In tal modo, pur residuando ancora qualche ambito di incertezza, si è inteso sostanzialmente avvicinare l'ambito soggettivo di applicazione della norma italiana alle indicazioni contenute nel Modello di Convenzione OCSE, incentrato sulla partecipazione alla gestione, controllo o capitale dell'altra impresa, escludendo per converso la rilevanza dell'ipotesi di mera soggezione economica in assenza di puntuali legami contrattuali o azionari¹¹.

Contestualmente alla modifica dell'art. 110, comma 7, del TUIR, il d.l. 24 aprile 2017, n. 50 ha introdotto nel corpo nel d.P.R. n. 600/1973 l'art. 31-*quater*.

¹⁰ In dottrina cfr. in proposito G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008, p. 159; E. DELLA VALLE, *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, p. 133; G. MARINO, *La relazione di controllo quale presupposto soggettivo nel 'transfer pricing' e dintorni*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, p. 901; G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa*, in G. TESAURO (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario. L'IRPEF*, Torino, 1994, p. 581; D. PONTICELLI, S. TRONCI, *International/Italy – The Non-Unique Notion of “Control” in Transfer Pricing – Interpretation, Legislative Developments and Problematic Aspects from an Italian and International Perspective*, in *International Transfer Pricing Journal*, vol. 28, n. 4, 2021, Published online: 17 June 2021; C. GARBARINO, *Transfer price*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XVI, Torino, 1999, p. 8; R. DWARKASING, *The Concept of Associated Enterprises*, in *Intertax*, 2013, p. 420 ss.; G. KOFLER, *Article 9. Associated Enterprises*, in *Klaus Vogel On Double Taxation Conventions*, 2015, pp. 633-634.

¹¹ Opposta conclusione era sostenuta dalla Circolare Min. Fin. 22 settembre 1980, n. 32 (prot. n. 9/2267), ove si argomentava che il concetto di controllo desumibile dall'art. 2359 c.c. era idoneo ad intercettare fenomeni di influenza economica, ancorché potenziale, dominante e non limitata nel tempo.

In sintesi, nei casi in cui dall'applicazione del principio di libera concorrenza derivasse non un aumento ma un decremento di reddito era in precedenza consentito di effettuare una variazione in diminuzione del reddito in dichiarazione “*soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito di speciali 'procedure amichevoli' previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi*”.

Ai sensi dell'art. 31-*quater* del d.P.R. n. 600/1973, la rettifica in diminuzione, oltre che nei casi di procedure amichevoli tra Stati, è adesso possibile a conclusione di controlli effettuati nell'ambito di attività di cooperazione internazionale i cui esiti siano condivisi dagli Stati partecipanti ed a fronte di una rettifica in aumento definitiva e conforme al principio di libera concorrenza effettuata da uno Stato con il quale è in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni. A tal fine il contribuente è tenuto a presentare apposita istanza, secondo modalità e termini contemplati dal provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate 30 maggio 2018, prot. n. 108954/2018.

Prima ancora della modifica apportata nel 2017, tramite l'art. 26 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, è stato disciplinato il profilo degli oneri documentali. In proposito si è scelto di non introdurre un obbligo generalizzato ma piuttosto di incentivare la predisposizione del *set of documents* premiando il comportamento trasparente del contribuente con il riconoscimento della c.d. *penalty protection*¹². Dopo l'emanazione di un primo provvedimento tramite il quale erano state dettate le relative disposizioni attuative¹³, l'art. 8 delle Linee Guida emanate nel 2018 ha previsto l'aggiornamento dei requisiti in base ai quali la documentazione si considera idonea a consentire il riscontro della conformità al principio di libera concorrenza, in linea con le migliori pratiche internazionali. A tale adeguamento si è poi esplicitamente provveduto con il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020, prot. n. 2020/360494, illustrato dalla circolare n. 15/E del 26 novembre 2021¹⁴.

La disciplina dell'art. 110, comma 7 rileva altresì, in forza dell'espresso rinvio disposto dall'art. 152, comma 3, del TUIR, ai fini della determinazione dei componenti di reddito attribuiti alla stabile organizzazione relativamente alle transazioni e alle operazioni compiute con la casa madre¹⁵.

¹² Per la relativa disciplina cfr. l'art. 1, comma 6 del d.lgs. n. 471/1997, come novellato dall'art. 15, comma 1, lett. a) del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158. Prima di tale modifica legislativa, la disciplina in questione era contenuta nell'art. 1, comma 2-*ter* del medesimo decreto.

¹³ Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, prot. n. 2010/137694.

¹⁴ In proposito cfr. T. STEFANUTTO, “*I nuovi oneri documentali in materia di prezzi di trasferimento, quando la forma assurge a sostanza*”, 1° gennaio 2022.

¹⁵ In proposito cfr. S. DORIGO, *L'interazione tra la normativa in materia di stabile organizzazione e prezzi di trasferimento*, *ivi*, Cap. XXXII.

Infine, giova rammentare che l'art. 1, comma 281, della legge n. 147/2013 ha esteso espressamente all'IRAP la disciplina sui prezzi di trasferimento contemplata ai fini IRES dall'art. 110, comma 7, restando tuttavia dibattuta la valenza innovativa o interpretativa di tale disposizione, dalla quale dipende la sua applicabilità anche ai periodi di imposta antecedenti al 2014.

4. Collocazione sistematica ed operatività della norma

La disciplina del *transfer price* è contenuta nel corpo dell'art. 110, intitolato "Norme generali sulle valutazioni" ed inserito nel Titolo II (IRES), Capo II del TUIR (Determinazione della base imponibile delle società e degli enti commerciali residenti).

Si tratta di collocazione in linea con il modo di operare della disposizione. Nell'ambito del reddito d'impresa i componenti reddituali derivanti da operazioni a titolo oneroso rilevano di regola in base al corrispettivo contrattualmente stabilito tra le parti. Nelle operazioni transnazionali tra soggetti appartenenti ad un unico centro d'interessi – il gruppo – la fissazione del corrispettivo potrebbe essere condizionata da vari fattori esterni alla logica di mercato. Ad esempio, la convenienza fiscale ad allocare materia imponibile ove il prelievo è più basso od altre esigenze extrafiscali quali i riflessi sulle politiche di retribuzione, la volontà di ridurre il profitto di una controllata per ragioni di rapporto con altri Stati esteri, l'intento di eludere oneri antidumping o altre esigenze gestionali strettamente inerenti alla logica di gruppo.

Per evitare i riflessi fiscali della fissazione dei corrispettivi intragruppo in funzione di tali esigenze, il legislatore neutralizza tale eventualità sostituendo il criterio di determinazione della componente reddituale: in luogo del corrispettivo pattuito si assume rilevante ai fini della determinazione dell'imponibile il valore di mercato della transazione. Di conseguenza, la norma non è riconducibile al rango di quelle presuntive, articolata nella specie sulla deduzione che un prezzo inferiore al valore di mercato sia sintomo di occultazione di base imponibile, quanto piuttosto al novero di quelle che operano direttamente sulla base imponibile, assumendo il valore normale quale metro di rilevanza dei costi e ricavi inerenti a beni e servizi scambiati intragruppo.

In concreto, l'impresa potrà decidere di conformarsi a siffatta disposizione in due modi diversi. Un primo consiste nel fissare il corrispettivo delle transazioni con consociate estere in misura corrispondente al loro valore normale, da determinare in base al metodo ritenuto più idoneo a tal fine. In tal caso, il prezzo di scambio risulterà tendenzialmente in linea con la normativa fiscale di riferimento, senza necessità di variazioni in sede di dichiarazione; risultato perseguibile anche previ eventuali aggiustamenti di prezzo da operare tendenzialmente alla fine del periodo d'imposta ove le singole transazioni non risultino in tutto od in parte alli-

neate. Un secondo possibile approccio è quello di lasciare fermi i corrispettivi patuiti infragruppo, intervenendo poi in sede di dichiarazione, tramite variazioni in aumento o (ove consentito) in diminuzione, al fine di adeguare alla normativa fiscale l'entità dei costi e ricavi tassabili a valore normale.

Conseguenziale a tale modo di operare della disposizione è la tendenziale irrilevanza penale delle contestazioni in materia di *transfer pricing*, la quale viene in gioco solo a fronte di maggiori ricavi effettivamente conseguiti o di costi fittizi; ipotesi non ricorrente ove in sede di rettifica *transfer price* si contesti che, ferma l'entità del corrispettivo percepito, il valore normale dei beni venduti fosse superiore o l'ammontare dei costi effettivamente pagati per l'acquisizione di beni o servizi sia indeducibile nella parte eccedente il loro valore di mercato¹⁶.

5. Il problema della natura: norma distributiva o antiabuso?

Questione molto discussa è quella della natura, distributiva o antielusiva, della normativa in tema di *transfer price*¹⁷. Il problema, oltre ad un evidente interesse teorico, riveste anche un rilevante impatto pratico: corollario applicativo dell'opzione per la natura antielusiva è infatti l'applicabilità dell'art. 110, comma 7 solo in presenza di un vantaggio fiscale, ravvisabile allorquando dalla transazione infragruppo derivi uno spostamento di materia imponibile in un paese connotato da una fiscalità più vantaggiosa di quella domestica¹⁸.

La giurisprudenza di legittimità ha in un primo tempo sostenuto la tesi della natura antielusiva in alcune pronunce¹⁹, affermando segnatamente che il fenome-

¹⁶ Sul punto v. L. TOSI, *Normativa penale e prezzi di trasferimento*, *infra*, Cap. XLI.

¹⁷ Al riguardo v. C. SACCHETTO, *Il transfer pricing internazionale: una disciplina alla ricerca della propria identità*, in *Rass. trib.*, 2016, p. 886 ss.; A. VICINI RONCHETTI, *I prezzi di trasferimento*, in AA.VV., *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, a cura di C. Sacchetto, Torino, 2016, p. 201ss.; G. BIZIOLI, *Considerazioni critiche in merito all'orientamento giurisprudenziale in tema di transfer pricing*, in *Riv. guard. fin.*, 2014, p. 687; M. GRANDINETTI, *La legge interpretativa sul c.d. transfer price interno*, in A. VICINI RONCHETTI (a cura di), *Fiscalità della internazionalizzazione delle imprese. Studi sul D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147*, Torino, 2018; A. BALLANCIN, *Natura e ratio della disciplina italiana sui prezzi di trasferimento internazionali*, in *Rass. trib.*, 2014, p. 73 ss.; ID., *La disciplina del transfer price tra onere della prova, giudizi di fatto e l'(in)esistenza di obblighi documentali*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 1982 ss.; G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa*, in AA.VV., *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, diretta da F. Tesaurò, Torino, 1994.

¹⁸ Ulteriore conseguenza, segnalata da E. DELLA VALLE, *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, cit., p. 140, è la eventuale possibilità di disapplicare la norma medesima ricorrendo al c.d. *ruling* negativo di cui al comma 8 dell'art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973 nel caso in cui la manipolazione dei prezzi di trasferimento non fosse motivata da ragioni fiscali.

¹⁹ Cfr. in tal senso Cass. n. 22023/2006; Cass. n. 11226/2007; Cass. n. 22010/2013; Cass. 24 lu-

no del *transfer pricing*, contrastato dal legislatore mediante l'art. 110, comma 7, del TUIR consiste nell'attuazione di politiche di prezzi mediante transazioni infragruppo a valori diversi da quelli di mercato “finalizzate a spostare l'imponibile presso le imprese associate che, nei rispettivi territori, godano di esenzioni fiscali e subiscano minore tassazione”²⁰; con la conseguenza che se l'Ufficio intende operare rettifiche di *transfer pricing* deve “in primo luogo accertare se la fiscalità in Italia era all'epoca dell'operazione superiore rispetto a quella in vigore nel territorio dello Stato dell'impresa non residente ... e [solo] in secondo luogo determinare il valore normale dei beni oggetto dell'operazione”²¹.

Le due pronunce più recenti in tal senso risalgono al 2018²² e ribadiscono che l'art. 110, comma 7 – nel prevedere che i componenti derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, le quali direttamente o indirettamente controllano l'impresa, sono valutati in base al valore normale – “fissa una clausola antielusiva finalizzata ad evitare il trasferimento di utili mediante applicazione di prezzi inferiori o superiori al valore dei beni scambiati onde sottrarli all'imposizione fiscale in Italia a favore di tassazioni inferiori”.

L'orientamento contrario, già presente in precedenza²³, ritiene che “la disciplina italiana del *transfer pricing*, come negli altri Paesi, prescinde dalla dimostrazione di una più elevata fiscalità nazionale. Se si vuole, la disciplina in parola rappresenta una difesa più avanzata di quella direttamente repressiva della elusione. Elusione che, per tale ragione, non occorre dimostrare. E questo, appunto, perché la disciplina di che trattasi è rivolta a reprimere il fenomeno economico in sé. Difatti, tra gli elementi costitutivi della fattispecie repressiva del *transfer pricing* di cui dal d.P.R. n. 917/1986, art. 76, comma 5 (oggi art. 110, comma 7), non si rinviene quello della maggiore fiscalità nazionale. Non occorre, si ripete, provare la elusione”. Analogamente la Corte di Giustizia UE (sentenza del 21 gennaio 2010, *SGI*, causa C-311/08), chiamata a pronunciarsi sulla legittimità comunitaria della disciplina belga in materia di *transfer pricing*, ne ha giustificato l'utilizzo, e quindi la sua compatibilità con le disposizioni del Trattato UE, in ragione della natura di disciplina diretta in via principale alla “tutela della ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri”²⁴.

glio 2015, n. 15642; Cass. 13 maggio 2015, n. 9709; Cass. n. 8130/2016; Cass. 27 gennaio 2016, n. 6656.

²⁰ Così in particolare Cass. 13 maggio 2015, n. 9709.

²¹ In tal senso Cass. n. 15642/2015.

²² Cass., Sez. trib., 28 dicembre 2018, n. 33610 e n. 33611.

²³ In tal senso v. Cass. n. 17953/2012; Cass. n. 10739/2013; Cass. n. 7716/2013; Cass. n. 15005/2015; Cass. n. 16399/2015; Cass. n. 7493/2016; Cass. n. 21410/2017; Cass. n. 27018/2017.

²⁴ Così testualmente Cass., sentenza n. 10739/2013, in *GT-Riv. giur. trib.*, 2013, con nota di E. DELLA VALLE, *Oggetto ed onere della prova nelle rettifiche da transfer price*, p. 776 ss. In senso analogo Cass. n. 7493/2016, ove si afferma che “la prova gravante sull'Amministrazione finanziaria

Tale orientamento è divenuto dominante dopo il 2018, epoca a partire dalla quale la Corte ha costantemente affermato che la normativa sui prezzi di trasferimento non integra una disciplina antielusiva in senso proprio, ma è finalizzata alla repressione del fenomeno economico del *transfer pricing*²⁵.

La questione presenta ampi margini di opinabilità. È vero infatti che in sede OCSE, e dunque per così dire nel contesto sovranazionale nella quale è nata la disposizione, è diffusa l'opinione che essa rappresenti uno strumento di corretta determinazione ed allocazione della base imponibile spettante alla giurisdizione di ciascuno stato, finalizzato ad evitare fenomeni di doppia imposizione economica²⁶. Tant'è che proprio nelle Guidelines 2017 si è esplicitamente affermato che *“una rettifica fiscale potrebbe risultare appropriata anche quando non esiste l'intento di ridurre o di evadere le imposte”*, giacché *“la valutazione del transfer pricing non deve essere confusa con la valutazione dei problemi relativi alla frode o all'elusione fiscale, anche se le politiche di trasferimento possono essere utilizzate a tali scopi”*.

non riguarda la maggiore fiscalità nazionale o il concreto vantaggio fiscale conseguito dal contribuente, ma solo l'esistenza di transazioni, tra imprese collegate, ad un prezzo apparentemente inferiore a quello normale, incombendo, invece, sul contribuente, giusta le regole ordinarie di vicinanza della prova *ex art. 2697 c.c.*, ed in materia di deduzioni fiscali, l'onere di dimostrare che tali transazioni siano intervenute per valori di mercato da considerarsi normali”.

²⁵ V. in tal senso Cass. 29 gennaio 2019, n. 2387; Cass. 21 gennaio 2021, n. 1232; Cass. 20 maggio 2021, n. 13850. Da ultimo, con ordinanza n. 15906/2021, la Suprema Corte ha ribadito che in materia di *“transfer pricing”* l'Amministrazione finanziaria ha l'onere di provare l'esistenza di transazioni economiche, tra imprese collegate, ad un prezzo apparentemente inferiore a quello normale, ma non anche quello di dimostrare la maggiore fiscalità nazionale o il concreto vantaggio fiscale conseguito dal contribuente, perché la normativa di riferimento non è una disciplina antielusiva in senso proprio.

²⁶ Significative in tal senso le affermazioni contenute nei parr. 10-11 del Commentario all'art. 25 Modello OCSE: *“Par. 10: Article 25 also provides machinery to enable competent authorities to consult with each other with a view to resolving, in the context of transfer pricing problems, not only problems of juridical double taxation but also those of economic double taxation, and especially those resulting from the inclusion of profits of associated enterprises under paragraph 1 of Article 9; the corresponding adjustments to be made in pursuance of paragraph 2 of the same Article thus fall within the scope of the mutual agreement procedure, both as concerns assessing whether they are wellfounded and for determining their amount. Par. 11.: This in fact is implicit in the wording of paragraph 2 of Article 9 when the bilateral convention in question contains a clause of this type. When the bilateral convention does not contain rules similar to those of paragraph 2 of Article 9 (as is usually the case for conventions signed before 1977) the mere fact that Contracting States inserted in the convention the text of Article 9, as limited to the text of paragraph 1 – which usually only confirms broadly similar rules existing in domestic laws – indicates that the intention was to have economic double taxation covered by the Convention. As a result, most member countries consider that economic double taxation resulting from adjustments made to profits by reason of transfer pricing is not in accordance with – at least – the spirit of the convention and falls within the scope of the mutual agreement procedure set up under Article 25”*.

Ciononostante, sovente il riferimento al vantaggio fiscale quale fattore che la normativa intende combattere riemerge in sede di approccio generale al fenomeno. Così, ad esempio, nell'ambito del BEPS, uno spazio rilevante è dedicato a combattere le politiche di pianificazione fiscale aggressiva realizzate tramite la fissazione di prezzi di trasferimento finalizzati a spostare utile in giurisdizioni a bassa fiscalità; od ancora la Corte di giustizia, sollecitata a stabilire se il regime di tassazione ad *arm's length* costituisca una restrizione delle libertà fondamentali, ha per un verso ritenuto compatibili le normative nazionali in quanto preordinate a combattere fenomeni di abuso e per l'altro adombrato la possibilità di sottrarsi alla loro applicazione in presenza di operazioni intragruppo giustificate da valide ragioni economiche²⁷.

Alla luce di tali premesse, potrebbe concludersi che la *ratio* antielusiva, benché presente, rimanga per così dire nella filigrana della disposizione, in quanto non espressamente palesata nella sua lettera; constatazione che ha condotto autorevole dottrina a parlare di norme ad antielusività non resa esplicita nel dettato normativo²⁸ o antielusive in senso improprio²⁹.

Se si opta in tal senso, con il corollario di non attribuire al vantaggio fiscale rilevanza determinante per l'applicazione del regime del *transfer price*, rimane tuttavia da meglio ponderare un punto spesso non sufficientemente approfondito.

Ci spieghiamo meglio. Una volta individuata la funzione della normativa nella corretta distribuzione delle basi imponibili tra le giurisdizioni interessate e nell'intento di evitare una doppia imposizione economica del medesimo profitto, resta da chiedersi se tanto le normative nazionali quanto quella sovranazionale siano coerentemente ed efficacemente strutturate per il raggiungimento effettivo di tali obiettivi ispiratori.

In effetti, la *ratio* distributiva è intimamente connessa a quella di evitare la doppia imposizione, che ne costituisce il rovescio della medaglia: volendo plasticamente rappresentare come una torta l'imponibile riferibile ad una specifica transazione, allorché si determina la porzione spettante ad uno Stato occorrerà per

²⁷ V. in tal senso Corte Giust. UE 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*; Corte Giust. UE 21 gennaio 2010, causa C-311/08, *SGL*; Corte Giust. UE 31 maggio 2018, causa C-382/16, *Hornbach Baumarkt AG*. In dottrina cfr. G. ESCALAR, *Rettifiche dei prezzi di trasferimento, contrasto dell'abuso ed esimente delle valide ragioni commerciali*, in *Corr. trib.*, 2020, p. 861 ss.

²⁸ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte Generale*, Torino, 2011, p. 246 parla di disposizioni la cui antielusività non è resa esplicita nel dettato normativo connotandone però la *ratio* in quanto norme con cui il legislatore interviene sulla disciplina sostanziale di un tributo con finalità di ostacolare pratiche elusive.

²⁹ G. ZIZZO, *Elusione ed evasione tributaria*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, p. 2178, ove si aggiunge che norme del genere pongono un problema di sottocopertura normativa, perché non colpiscono tutte le possibili forme di elusione ed uno di sottocopertura, perché idonee ad intercettare anche comportamenti privi di carattere elusivo.

converso ridurre (od aumentare) quella spettante all'altra giurisdizione coinvolta.

Ora se ciascun rilievo in materia di *transfer price* pervenisse fisiologicamente a questo epilogo finale, tanto l'esigenza distributiva che quella di contrasto alla doppia imposizione risulterebbero pienamente (ed equamente perseguite). Nella realtà tale epilogo, lungi dal costituire la normalità, rappresenta un'eccezione perseguibile dal contribuente con notevole dispendio di energie ed all'esito di un percorso ancora denso di ostacoli ed incognite.

Sussiste quindi il rischio concreto che un recupero di materia imponibile operato in assenza di un vantaggio fiscale del gruppo determini oltre ad una ripresa a tassazione, l'applicazione di sanzioni ed altresì (in tutto od in parte) un fenomeno di doppia imposizione economica.

Per evitare epiloghi del genere, occorrerebbe che la disciplina di ciascuna delle fasi nelle quali si scompone l'azione di recupero in materia di *transfer pricing* fosse orientata al risultato finale di una tassazione corretta sia sotto il profilo della distribuzione che rispetto al divieto di doppia imposizione.

Nella fase dell'accertamento, ad esempio, il coinvolgimento obbligatorio di entrambi gli stati interessati costituirebbe il mezzo più efficace per incanalare fin dall'inizio la procedura verso una definizione concorde: se si tratta di distribuire base imponibile tra due giurisdizioni la contemporaneità della verifica è senz'altro il mezzo più adeguato.

In quella contenziosa, che pure ha conosciuto significative implementazioni sul versante degli strumenti attivabili dal contribuente, la giustiziabilità del divieto di doppia imposizione dovrebbe essere agevole ed effettiva, in quanto conseguente ad un diritto del contribuente piuttosto che ad una concessione discrezionale da parte degli Stati interessati³⁰.

Infine, quanto all'aspetto sanzionatorio, l'eventuale applicazione della sanzione per infedele dichiarazione, di regola commisurata alla maggior imposta dovuta, potrebbe essere esclusa o comunque correlata solo all'eventuale vantaggio fiscale derivante dalle differenti aliquote vigenti nelle giurisdizioni interessate.

³⁰ In proposito cfr. M. TRIVELIN, *Studi sugli strumenti di soluzione delle controversie fiscali internazionali con particolare riguardo al transfer pricing*, Torino, 2018; ID., *La risoluzione delle controversie internazionali: l'attuazione della Direttiva UE 2017/1852*, in C. BUCCICO, S. DUCCESCHI, S. TRAMONTANO (a cura di), *L'evoluzione della fiscalità internazionale. Le venti "primavere" di Napoli*, Milano, 2020, p. 71 ss.; P. PISTONE, *The Settlement of Cross-Border Tax Disputes in the European Union*, in B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, 2018, p. 333 ss.; L. DEL FEDERICO, *La risoluzione delle controversie fiscali internazionali: soft law dell'OCSE, Direttiva Ue 2017/1852 e D.Lgs. n. 49 del 2020*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, III, p. 980 ss.; L. DEL FEDERICO, P. PISTONE, M. TRIVELIN, *Risoluzione delle controversie fiscali internazionali nell'Unione Europea*, Pisa, 2021; M.G. DE FLORA, *La tutela dei diritti del contribuente nel procedimento tributario tra fattispecie interne ed internazionali*, Napoli, 2022, p. 167 ss.

6. Una recente conferma della centralità dei sistemi domestici: la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Fiat Chrysler

La centralità della regolamentazione interna dei metodi determinazione del *transfer price* risulta viepiù confermata dalla recente pronuncia della Corte di Giustizia, nelle cause riunite C-885/19 P | Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione e C-898/19 P | Irlanda/Commissione³¹.

Per comprendere la vicenda occorre premettere che il 3 settembre 2012 le autorità tributarie lussemburghesi avevano adottato un «*tax rulings*» a favore della Fiat Chrysler Finance Europe, impresa del gruppo Fiat che forniva servizi di tesoreria e di finanziamento alle società del gruppo con sede in Europa, abbracciando diversi settori³². Il *ruling* approvava un metodo di determinazione della remunerazione per tali servizi, sul quale la FFT fondava l'individuazione dell'utile annuale da tassare in Lussemburgo.

Con decisione del 21 ottobre 2015, la Commissione ha ritenuto che detta decisione fiscale anticipata costituisse un aiuto di stato incompatibile con il mercato interno ai sensi dell'art. 107 del TFUE, constatando altresì che il Lussemburgo non le aveva comunicato il progetto di decisione fiscale anticipata di cui trattasi e non aveva osservato l'obbligo di sospensione, in violazione delle disposizioni dell'art. 108, par. 3, del TFUE: di conseguenza, veniva ordinato al Lussemburgo di recuperare dalla FFT l'aiuto illegale.

In sostanza, secondo la Commissione, il *ruling* contemplava una definizione dei prezzi di trasferimento che consentiva di quantificare l'utile prodotto dalla società in Lussemburgo in misura ridotta rispetto a quella ottenibile in base alle regole ordinarie espresse dal principio di libera concorrenza³³.

Il Lussemburgo e la FFT proponevano ricorso dinanzi al Tribunale dell'Unione europea; quest'ultimo confermava la decisione della Commissione europea, ritenendone corretto l'impianto argomentativo sia in fatto che in diritto³⁴.

³¹ Per un acuto commento della sentenza cfr. R. MICELI, *La sentenza Fiat Chrysler Finance Europe. Il principio di libera concorrenza cade dinanzi alla legalità tributaria (Corte di Giustizia, cause riunite C-885/19 P e C-889/19)*, in *Riv. dir. trib. int.*, 3, 2022, p. 71 ss.

³² In particolare, finanziamenti provenienti dal mercato, investimenti di liquidità, servizi di coordinamento e di consulenza finanziaria alla società del gruppo, servizi di gestione di tesoreria infragruppo, finanziamento inter societario a breve e medio termine, coordinamento con altre società di finanziamento. Per una più puntuale ricostruzione della vicenda cfr. ASSONIME, *Aiuti di Stato e ruling fiscali: gli sviluppi giurisprudenziali*, in *Note e Studi*, 1, 2022.

³³ Cfr. Decisione UE 21 ottobre 2015, n. 2016/2326, Relativa all'aiuto di Stato SA.38375 a favore di FIAT.

³⁴ Cfr. Tribunale UE 24 settembre 2019, cause riunite T755/15 e T759/15, *Fiat Chrysler Finance Europe*, in *Riv. dir. trib. int.*, 3, 2021, p. 127, con nota di L. PIVA, *Il caso Fiat: principio di libera concorrenza ed efficacia della disciplina degli aiuti di stato nel contrasto all'harmful tax competition*. In argomento cfr. altresì R. PETRUZZI, *Transfer pricing aspects of intra group financing*, 2016,

La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla decisione del Tribunale, ha dichiarato che esso ha erroneamente confermato il sistema di riferimento adottato dalla Commissione ai fini dell'applicazione del principio di libera concorrenza alle società residenti in Lussemburgo, omettendo di tener conto delle norme specifiche che attuano tale principio in detto Stato membro. In particolare, argomenta la Corte, in materia di aiuti di Stato l'esame del requisito relativo al vantaggio selettivo implica, in un primo tempo, di determinare il sistema di riferimento, ossia il regime fiscale «normale» applicabile nello Stato membro interessato, e di dimostrare, in un secondo tempo, che la misura fiscale di cui trattasi deroga a tale sistema di riferimento, in quanto introduce differenziazioni tra operatori che si trovano, sotto il profilo dell'obiettivo perseguito da tale sistema, in una situazione materiale e giuridica comparabile, senza tuttavia trovare giustificazione nella natura o nella struttura del sistema in questione.

Ai fini della valutazione del carattere selettivo di una misura fiscale è quindi necessario che il regime fiscale comune o il sistema di riferimento applicabile nello Stato membro interessato sia correttamente individuato nella decisione della Commissione ed esaminato dal giudice investito di una contestazione vertente su tale individuazione.

A tal riguardo, la Corte conclude che, poiché, al di fuori dei settori in cui il diritto tributario dell'Unione è oggetto di armonizzazione, spetta allo Stato membro interessato determinare, attraverso l'esercizio delle proprie competenze in materia di imposte dirette e nel rispetto della propria autonomia fiscale, le caratteristiche costitutive dell'imposta, solo il diritto nazionale applicabile nello Stato membro interessato deve essere preso in considerazione al fine di individuare il sistema di riferimento in materia di imposte dirette, essendo tale individuazione a sua volta un presupposto indispensabile al fine di valutare non solo se esista un vantaggio, ma anche se quest'ultimo abbia carattere selettivo³⁵.

Ad avviso della Corte il Tribunale è incorso in un errore di diritto nell'applicazione dell'art. 107, par. 1, del TFUE, consistente nel non aver proceduto, al fine di stabilire se una misura fiscale possa configurare un vantaggio selettivo, ad un

Capitolo 3; F. PEPE, "Concorrenza fiscale dannosa" e tax rulings: L'uso "strategico" dell'arm's length principle sulla disciplina europea degli aiuti di stato e l'imprevista(?) "egemonia" della Commissione europea nell'area della fiscalità internazionale, in *federalismi.it*, 28 febbraio 2018 p. 1 ss.; R. MICELI, *La funzione degli aiuti di stato europei nella fiscalità del XXI secolo*, in *Studi tributari europei*, 2021, p. 17; S.M. RONCO, *Aiuti di stato e "tax rulings": la difficile convivenza del giudizio di selettività con il principio di libera concorrenza*, in *Dir. trib. int.*, 2020, p. 1285; M. BOCACCIO, *La disciplina degli aiuti fiscali tra la funzione di controllo e quella di armonizzazione impropria: il ruolo della selettività*, in *E-Public Finance Research Papers*, 20, 2016; R. Miceli, *La funzione degli aiuti di Stato europei nella fiscalità del XXI secolo*, in *Studi europei*, 11, 2021; A. QUATTROCCHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto tributario*, Padova, 2020.

³⁵ In proposito v. P. SANTIN, *La selettività e il sistema impositivo di riferimento nella più recente giurisprudenza europea sugli aiuti di Stato fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, 2023, parte IV, p. 37 ss.

raffronto con il sistema di tassazione vigente nello Stato membro interessato, mediante un esame obiettivo del contenuto, dell'articolazione e degli effetti concreti delle norme applicabili in forza del diritto nazionale di detto Stato.

In particolare, per quanto a noi interessa, secondo la Corte è inutilizzabile un principio generale di libera concorrenza europeo, sullo stampo di quello definito in sede internazionale dall'OCSE, che possa fungere da parametro di riferimento per la qualificazione di condotte di concorrenza fiscale dannosa censurabili quali aiuti vietati.

Al contrario, il principio di libera concorrenza può essere desunto solo dalla disciplina nazionale giacché la sua configurazione è rimessa al potere discrezionale di ogni Stato membro, quale “*espressione del principio di legalità dell'imposta che fa parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione in quanto principio generale del diritto*”³⁶.

In ossequio a tale linea di ragionamento la Corte asserisce che il *ruling* censurato non risulta selettivo sulla base del quadro generale di riferimento nazionale dal momento che un'indagine in tal senso non è stata effettuata dalla Commissione.

Orbene, non v'è dubbio che tale decisione – a prescindere dai numerosi temi d'interesse che solleva – valorizza in modo deciso l'autonomia degli Stati membri nella disciplina dei metodi di determinazione del *transfer price*.

Anche da questo punto di vista si conferma opportuno l'intervento normativo attuato tramite il d.l. n. 50/2017 al fine delineare una compiuta disciplina domestica dei prezzi di trasferimento. Non solo. La maggiore libertà di manovra che l'indirizzo espresso dalla Corte di Giustizia concede ai singoli Stati membri potrebbe in futuro consentire al nostro legislatore di forgiare tale disciplina non esclusivamente in un'ottica di recupero di materia imponibile, ma altresì quale possibile fattore di promozione di investimenti esteri, in ragione dell'efficienza, semplicità e convenienza del regime domestico del *transfer price*.

³⁶ Corte Giust. 8 novembre 2022, C-855/19 e C-898/19, *Fiat Chrysler Finance Europe*, punto 97.