



“*Year-end adjustments*” nel *transfer pricing*”

di Piergiorgio Valente

Frequentemente, alla fine del periodo di imposta, le imprese multinazionali, in fase di monitoraggio dei prezzi di trasferimento, rilevano che la *transfer pricing policy* adottata non ha prodotto i risultati previsti, oppure che i *transfer prices* praticati non rispettano il principio dell'*arm's length*.

Al fine di riallineare i risultati finali con quelli previsionali e garantire il rispetto del principio dell'*arm's length*, le imprese multinazionali ricorrono ai c.d. “*year-end adjustments*”, i quali potrebbero presentare delle criticità se non correttamente qualificati e adeguatamente documentati.

1. Premessa

Nel contesto del *transfer pricing*¹, con il termine “*compensating adjustment*” (di seguito anche “*year-end adjustments*”) si indicano gli aggiustamenti effettuati dalle imprese (generalmente al termine del periodo di imposta) al fine di **allineare i criteri di determinazione dei prezzi di trasferimento** adottati nel *fiscal year* con i **valori** che a consuntivo, in base alle comparazioni e alle risultanze del mercato di riferimento, risultano **coerenti con il principio del valore normale** di cui all'art. 9, comma 3, del Tuir e quindi con il criterio dell'*arm's length*.

In linea generale, i *compensating adjustments* sono aggiustamenti legittimi effettuati dalle im-

prese, che possono avere carattere:

- **ordinario**, in quanto **contrattualmente previsti** (ad esempio, basti pensare all'applicazione di un *Transactional Net Margin Method*, il quale a fine anno, nel momento in cui dati, quali costi e fatturato, risultino oggettivamente determinati, può prevedere una sorta di “conguaglio”, diretto ad “aggiustare” i *transfer prices* previsti in via ordinaria);
- **straordinario**, in quanto dovuti a seguito di **eventi e operazioni “infrequenti” e/o “eccezionali”** che hanno un impatto sui prezzi delle transazioni *intercompany*.

Le *Transfer Pricing Guidelines OCSE* (di seguito, “*Guidelines OCSE*”) non contemplano disposizioni specifiche in materia, essendo assente una guida operativa che consenta alle imprese l'applicazione del meccanismo degli *year-end adjustments* nel rispetto del principio dell'*arm's length*.

2. *Year-end adjustments*: principi generali

Come indicato dal *Joint Transfer Pricing Forum*² (di seguito, “*JTPF*”) nel documento “*Future*

² Nell'ottobre 2002, il Consiglio dell'UE, su proposta della Commissione europea, ha istituito il “*Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento*” (*Joint Transfer Pricing Forum*), con il compito di analizzare le problematiche di carattere fiscale connesse alla doppia imposizione da aggiustamento dei prezzi di trasferimento.

Il mandato del JTPF, è stato successivamente esteso, con decisione del Consiglio dell'UE, di biennio in biennio. Nel 2011, il mandato del JTPF è stato rinnovato ed esteso fino al 31 marzo 2015.

Nel mese di giugno 2011, il JTPF ha pubblicato il “*JTPF work programme 2011-2015*”.

¹ Per approfondimenti in materia di *transfer pricing*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, Ipsoa, 2012.

Work Program del 29 settembre 2010³, i suddetti aggiustamenti sono richiesti quando:

- “*the preliminary results*” della società in un determinato periodo di imposta non sono in linea con i risultati di *budget* previsti;
- “*the preliminary results*” della società non sono in linea con l’“*arm’s length range*” predeterminato;
- “*the actual results*” della società non sono in linea con i risultati previsti a *budget*;
- “*the actual results*” della società non sono in linea con l’“*arm’s length range*” predeterminato.

I fattori che generano tali differenze possono avere diversa natura ed essere pienamente legittime, come ad esempio:

- cambiamenti nell’ambiente economico circostante;
- **diminuzione del volume delle vendite** (o dei prezzi di vendita);
- **aumento delle spese operative**;
- presenza di **nuove transazioni** precedentemente non considerate.

Come indicato dal JTPF, nel documento “*Future Work Program*” del 29 settembre 2010, generalmente, nella prassi aziendale, tali aggiustamenti vengono effettuati nell’ultimo trimestre del periodo di imposta o in quello successivo e vengono implementati tramite le seguenti modalità:

- **lump-sum payment** effettuato al fine di consentire alla società ricevente di “ricadere” nel “*benchmarked margin range*”;
- **riallocazione di costi** in modo tale da aumentare la profittabilità;
- **previsione di nuovi servizi** (ad esempio, *marketing supports payments*) al fine di ridurre i margini eccessivi.

Frequentemente, accade che la società non riesca a “difendere” l’aggiustamento effettuato, a causa della difficoltà di qualificare i pagamenti e di individuare *third-party comparables* a supporto dei cambiamenti di prezzo praticati.

A titolo esemplificativo e non esaustivo, sarà difficile supportare un aggiustamento qualificato come:

- *royalty*: in tal caso, sarebbe necessario identificare l’*intangible*⁴ concesso in licenza ed e-

splicare le ragioni per le quali il pagamento di tale *royalty* non è stato riconosciuto e formalizzato in un *licence agreement* all’inizio dell’anno;

- *service fee*: in tal caso, sarebbe necessario dimostrare quali servizi sono stati forniti alla *related party*, i relativi costi e le motivazioni per le quali tali servizi non sono stati formalizzati in un *service agreement* all’inizio dell’anno.

Trattasi di pratiche difficilmente riscontrabili in rapporti tra parti indipendenti **ove non specificamente contrattualizzate**: ai fini della *compliance* con lo “spirito” della disciplina del *transfer pricing* e del rispetto del principio dell’*arm’s length*, l’adeguamento dei prezzi mediante i *compensating adjustments* dovrebbe seguire le medesime logiche utilizzate nei confronti di soggetti terzi indipendenti.

È opportuno sottolineare come anche l’OCSE stia cercando di disciplinare le *timing issues* relative al *transfer pricing*, dovute in particolar modo, all’esistenza di due differenti approcci nell’applicazione del principio dell’*arm’s length*:

- determinazione dei prezzi di trasferimento *on an ex-ante basis*, sulla base delle informazioni disponibili al momento di effettuazione della transazione;
- dimostrazione del rispetto del principio dell’*arm’s length, ex post basis*.

Come evidenziato nel “*Draft on Timing Issues Relating to Transfer Pricing: Request for Comments of the Secretariat of Working Party No. 6 of the OECD Centre for Tax Policy and Admini-*

Intangible Property” delle *Guidelines* OCSE.

Nell’ambito di tale progetto, il 6 giugno 2012, il “*Working Party No. 6 on the Taxation of Multinational Enterprises*” (WP6 TPI) ha pubblicato il documento “*Discussion Draft: Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions*”, (di seguito, “*Discussion Draft*”) contenente:

- una proposta di revisione del capitolo VI delle *Guidelines* OCSE;
 - una proposta di revisione dell’allegato al capitolo VI delle *Guidelines* OCSE, il quale prevede esempi applicativi delle disposizioni del medesimo capitolo VI.
- Il *Discussion Draft* si sostanzia principalmente in quattro punti-chiave:
- definizione di bene immateriale;
 - identificazione delle parti aventi il diritto a un “*ritorno economico*” relativo ai beni immateriali;
 - identificazione delle transazioni aventi ad oggetto l’uso o il trasferimento di beni intangibili;
 - determinazione delle condizioni di libera concorrenza nelle transazioni aventi ad oggetto beni immateriali.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing, op. cit.*, pagg. 2193 e seguenti.

³ Il documento è consultabile al seguente *link*: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/document/s/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/jtpf/2010/jtpf_015_2010_en.pdf.

⁴ L’OCSE ha avviato, nel 2010, un progetto di revisione della disciplina dei beni immateriali, in previsione dell’aggiornamento del capitolo VI “*Special Considerations for*

stration on Certain Transfer Pricing Issues” (di seguito, “Draft on Timing Issues”), pubblicato il 6 giugno 2012, l’esistenza dei due predetti approcci presenta una serie di problematiche tra le quali, appunto, la previsione degli **year-end adjustments**⁵.

Il 29 ottobre 2012, l’OCSE ha pubblicato il documento “The Comments Received with Respect to the Discussion Draft on Timing Issues Relating to Transfer Pricing”⁶, avente ad oggetto i commenti dei rappresentanti del settore privato ai quesiti posti con il Draft on Timing Issues del 6 giugno 2012.

In generale, i rappresentanti del settore privato hanno evidenziato la necessità di delineare *guidelines* operative in ambito OCSE in materia di *year-end adjustments* che consentano alle imprese di operare nel rispetto del principio dell’*arm’s length* e di regole comuni.

In particolare, l’attenzione si è focalizzata sul concetto di “*hindsight*”: a titolo esemplificativo, BUSINESSEUROPE ha evidenziato come sia inevitabile che un approccio *on an ex ante basis* adottato dal contribuente possa differire da un approccio *ex-post basis* adottato dalle Amministrazioni finanziarie, le quali, nella *transfer pricing analysis*, utilizzano informazioni più recenti ed affidabili di quelle utilizzate previsionalemente dal contribuente, nonché fondate sulla conoscenza di **dati “a consuntivo”** che il contribuente non poteva conoscere ed adottare all’inizio del periodo d’imposta⁷.

⁵ “(...) Issues related to the making of taxpayer initiated adjustments to prices reported by taxpayers in their books either at year-end or when filing a tax return, in order to conform their prices and financial results to the requirements of the arm’s length principle. A specific question is whether such adjustments will be respected by all affected countries”.

Per ulteriori approfondimenti, cfr. “Draft on Timing Issues Relating to Transfer Pricing: Request for Comments of the Secretariat of Working Party No. 6 of the OECD Centre for Tax Policy and Administration on Certain Transfer Pricing Issues” al seguente link: <http://www.oec.d.org/ctp/transferpricing/50519380.pdf>.

⁶ Il documento è consultabile al seguente link: http://www.oec.d.org/ctp/transferpricing/Timing_Issues_Comments.pdf.

⁷ “The conceptual difference between the two approaches manifests itself most clearly in positions taken by countries in relation to year-end adjustments. A pure ex ante analysis would basically be expected to lead to a result that makes such adjustments unnecessary whereas an ex post analysis would make the actual pricing applied during the tax year more or less irrelevant from a tax perspective as the necessary adjustments for tax purposes will be performed retroactively in the tax return (...) The

3. Il *timing* e la qualifica dell’aggiustamento: minimizzazione del rischio fiscale

Al fine di minimizzare il rischio di eventuali controversie in materia di *transfer pricing* si riscontra una particolare attenzione da parte delle imprese multinazionali nella verifica del rispetto del principio *arm’s length*⁸ e della coerenza della

real concern for business lies in the concept of hindsight. (...) If the taxpayer has priced transactions based on information available to him when entering into the transactions the outcome may of course differ from what it would have been if he had been aware of certain circumstances such as how the market would develop, significant financial downturns etc.. If a tax administration, when assessing the pricing applied in this situation, chooses to rely on more recent data that was not available to the taxpayer, a hindsight problem could arise. (...) It is very important that tax authorities do not use more recent information to construct some sort of perfect answer as to what the outcome of the ex ante analysis performed by the taxpayer should have been. In this context the assessment should respect the approach taken by the taxpayer and be focused towards trying to understand whether the outcome can be justified and explained given all facts and circumstances and in particular those that were clearly not known or taken into account by the taxpayer when the transactions were priced (...). Cfr. il documento “The Comments Received with Respect to the Discussion Draft on Timing Issues Relating to Transfer Pricing”, al seguente link: http://www.oec.d.org/ctp/transferpricing/-Timing_Issues_Comments.pdf.

⁸ Le *Guidelines* OCSE al fine di fornire una definizione di “*arm’s length*” operano un rinvio all’art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, il quale dispone che “Allorché:

- a) un’impresa di uno Stato contraente partecipa, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale, di un’impresa di un altro Stato contraente, o
- b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un’impresa di un altro Stato contraente e, nell’uno e nell’altro caso, le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni, convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni, sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che, a causa di dette condizioni, non sono stati realizzati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza”.

Per quanto concerne invece la disciplina italiana, la nozione di “valore normale” è disposta nell’art. 9 del TUIR:

“Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende 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. 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, ai mercuriali e ai

profittabilità con gli studi di *benchmarking* condotti ai fini dei prezzi di trasferimento.

I *tax managers* delle imprese multinazionali monitorano periodicamente le transazioni *intercompany* al fine di decidere se e quali azioni intraprendere nel caso in cui i **margin di profitto ricadano al di fuori dell'interquartile range**.

A livello di ciascuna impresa assume sempre più importanza il concetto di “*tax governance*”, strettamente connesso all'esigenza di neutralizzare il rischio fiscale.

Ai fini di un'efficace **gestione del rischio fiscale** assumono rilievo le scelte decisionali di alto livello sulla “posizione fiscale complessiva” dell'impresa. Una volta individuata quest'ultima, vale a dire, una volta definita la c.d. “filosofia fiscale” (“*tax philosophy*”), il consiglio di amministrazione è tenuto a decidere la “strategia fiscale” da perseguire.

Con l'obiettivo di massimizzare le opportunità di *business*, un'efficace politica aziendale di gestione del rischio fiscale dovrebbe determinare:

- il valore da raggiungere nell'assunzione del rischio;
- la riduzione dei costi conseguente alla riduzione del rischio medesimo;
- le risorse necessarie per la gestione delle opportunità e dei relativi rischi.

Il rischio fiscale dovrebbe essere gestito mediante l'adozione di *policies*, protocolli e strumenti soggetti a controllo da parte dell'*audit* interno con l'uso di metodi collaudati.

Come accennato, i **compensating adjustments** possono essere effettuati:

- **prima della fine del periodo di imposta;**

listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso (...)."

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 289 e seguenti.

⁹ A prescindere dalla strategia fiscale adottata, il rischio fiscale può essere adeguatamente gestito solo se vengono adottate e implementate *tax policies* idonee, dirette a individuare la strategia fiscale c.d. “di alto livello” e i principi e le linee guida operative. Esse dovrebbero, inoltre, essere approvate dal consiglio di amministrazione, dopo che lo stesso ha valutato gli obblighi tributari (*tax obligations*) della società e l'adeguatezza delle modalità selezionate per il loro adempimento.

Per ulteriori approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, Ipsoa, 2011, pagg. 631 e seguenti; P. Valente, *Tax governance e gestione del compliance risk*, in “Corriere Tributario” n. 35/2011; P. Valente, *Tax governance: la gestione del rischio fiscale nelle imprese*, in “Amministrazione & Finanza” n. 2/2011.

- in un **momento successivo** alla **fine del periodo di imposta**.

Nel primo caso si potrebbe assistere all'applicazione di uno “**sconto**” alle transazioni **ancora da effettuare** entro il periodo di imposta considerato, al fine di consentire alla società di ricadere nel *range* di riferimento, oppure ottenere il medesimo risultato prevedendo “*a lump-sum payment*”. In tale ipotesi, si rende necessario qualificare siffatto aggiustamento.

Gli aggiustamenti potrebbero essere effettuati anche successivamente alla fine del periodo di imposta, se ciò è consentito dalle legislazioni nazionali.

In alcuni Stati, ad esempio, è possibile effettuare tali aggiustamenti fino all'invio della dichiarazione dei redditi; in tal caso l'incoerenza con i bilanci civilistici della società deve essere adeguatamente documentata e/o comunicata, con particolare riferimento alla corretta applicazione del rispetto del principio della competenza economica e dell'autonomia dei periodi d'imposta, per quanto riguarda, in particolare, le regole e i principi propri del sistema tributario italiano.

È di fondamentale importanza la **forma** ed il **timing degli aggiustamenti** al fine di giustificare l'operazione in caso di verifica da parte delle Amministrazioni finanziarie.

Il primo *step* dovrebbe essere, pertanto, quello di identificare le modalità di applicazione dell'aggiustamento, tenendo in considerazione le implicazioni derivanti dalla tempistica di effettuazione.

Inoltre, i gruppi multinazionali, in fase di implementazione delle proprie *transfer pricing policies*¹⁰, dovrebbero procedere alla sottoscrizione di *intercompany agreements*¹¹, contenenti disposizioni sulle remunerazioni di competenza delle diverse società coinvolte nelle transazioni, sulle

¹⁰ Una *Transfer Pricing Policy* (di seguito, “*TPP*”) regola il complesso di diritti, doveri e responsabilità che le società appartenenti a gruppi multinazionali assumono espressamente nei confronti dei propri interlocutori, con i quali interagiscono nello svolgimento della propria attività.

In particolare, l'obiettivo di una *TPP* è quello di garantire la *compliance* da parte del contribuente alla normativa che disciplina il *transfer pricing* con riferimento, *in primis*, al rispetto dell'*arm's length principle*.

Per ulteriori approfondimenti in materia di *Transfer Pricing Policy*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 2597 e seguenti.

¹¹ Per ulteriori approfondimenti in materia di contrattualistica *intercompany*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 2447 e seguenti.

relative metodologie di calcolo e sugli eventuali aggiustamenti da effettuare periodicamente.

Ciò, perché i termini stabiliti nei contratti infragruppo rappresentano uno dei principali indicatori del rispetto del principio dell'*arm's length*: in sede di verifica, le Amministrazioni finanziarie verificano se i termini stabiliti negli *intercompany agreements* coincidono con quelli generalmente applicati tra soggetti terzi indipendenti.

La previsione di **aggiustamenti periodici**, ad esempio trimestrali o semestrali, potrebbe semplificare la verifica della coerenza dei *transfer prices* praticati con l'*arm's length*, anche se potrebbe rappresentare un eccessivo onere a carico dell'impresa.

Un'ulteriore modalità di minimizzazione del rischio fiscale può essere rappresentata dalla previsione di **Advance Pricing Agreements** (di seguito, "APAs")¹².

Gli APAs sono accordi preventivi tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria, della durata media compresa tra i tre e i cinque anni, in base ai quali, prima dell'effettuazione della transazione infragruppo, vengono individuati i criteri e le modalità tecniche che porteranno alla definizione e alla determinazione dei prezzi di trasferimento.

Gli APAs offrono l'opportunità, alle Amministrazioni finanziarie e ai contribuenti, di consultarsi in un contesto favorevole, evitando o prevenendo forme di contenzioso che potrebbero rivelarsi onerose in termini di risorse impiegate, dall'una e dall'altra parte, a fronte di esiti incerti nel merito e sul piano cronologico.

4. I lavori del Joint Transfer Pricing Forum

Nel giugno del 2011, il JTPF ha inviato alle Amministrazioni finanziarie dei Paesi membri un questionario, avente ad oggetto "dieci domande" sulle *practices* adottate in materia di *compensating adjustments*¹³.

In particolare, vengono trattate le seguenti *issues*:

- previsione nella legislazione nazionale di *compensating adjustments* e *guidelines* operative per la loro implementazione: 8 Stati membri prevedono l'applicazione di specifiche linee operative su tali aggiustamenti, mentre 19 Paesi membri hanno risposto di non avere previsto nessuno specifico riferimento normativo o di prassi. Di tali 19 Stati, solo la Repubblica Ceca ha comunicato di aver programmato l'introduzione di linee guida in materia;
- **timing dell'aggiustamento** e situazioni in cui prevederlo: la maggior parte delle Amministrazioni finanziarie dei Paesi membri ha comunicato di consentire gli aggiustamenti di fine anno, generalmente prima della "chiusura dei bilanci" o comunque primo dell'invio della dichiarazione dei redditi. Solo pochi Stati membri consentono tali aggiustamenti dopo l'invio della dichiarazione dei redditi. Con riferimento alle situazioni nelle quali prevedere l'aggiustamento, la maggior parte degli Stati membri ha dichiarato che una deviazione dall'*arm's length range* è sufficiente per giustificare l'aggiustamento¹⁴;
- **qualificazione dei compensating adjustments** ai fini delle imposte dirette e profili di rischio: la maggior parte dei Paesi membri non prevede specifiche disposizioni;
- **documentazione richiesta** al contribuente per giustificare l'aggiustamento: il contribuente dovrebbe fornire la documentazione di *transfer pricing* a supporto dell'aggiustamento. In particolare, in Germania è obbligatoria la sottoscrizione di un *intercompany agreement*, mentre la Svezia richiede anche un "invoice/credit note".
- **eventuale obbligo ad effettuare compensating adjustments**: la maggior parte degli Stati membri non prevede specifici obblighi a carico dei contribuenti con riguardo agli aggiustamenti. Tuttavia, alcuni Stati membri considerano la *performance* di *compensating year-end adjustments* quale conseguenza del generale requisito del rispetto del principio dell'*arm's length*;
- possibilità per il contribuente, che ha effettuato *compensating adjustments* contestati dall'Amministrazione finanziaria, di accedere al-

¹² Per approfondimenti in tema di *Advance Pricing Agreements*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 1593, e seguenti.

¹³ Cfr. il documento "Member States' responses to Questionnaire on compensating adjustments/year end adjustments" al seguente link: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/jtpf/2011/jtpf_019_rev1_2011_en.pdf.

¹⁴ In particolare, la Repubblica Ceca ha specificato che gli aggiustamenti dovrebbero essere effettuati se il *transfer price* non ricade all'interno dell'"interquartile range". Cipro consente esclusivamente "upward adjustments", mentre la Lettonia consente solo "downward adjustments subject to the relevant double tax treaty and confirmation by the other tax administration".

le procedure previste dalla **Convenzione Arbitrale n. 436/90/CEE**: nessuno Stato membro esclude la possibilità di accedere alle previsioni della Convenzione Arbitrale¹⁵;

- previsione nella legislazione nazionale dei c.d. *intentional set-offs*: circa la metà dei Paesi membri consente gli *intentional set-offs*¹⁶. Il questionario ha tuttavia evidenziato una scarsa esperienza dei Paesi membri in materia.

5. La sentenza della Corte di Cassazione n. 11949 del 13 luglio 2012

Con sentenza n. 164/4/09, depositata il 27 novembre 2009 e notificata il 19 gennaio 2010, la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia ha rigettato l'appello proposto dall'Agenzia delle Entrate avverso la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale, la quale ha accolto il ricorso proposto dalla società T. S.r.l. avverso gli avvisi di accertamento ricevuti, in materia di Irpeg, Iva e Irap per i periodi di imposta

¹⁵ Uno strumento internazionalmente previsto per la risoluzione delle controversie relative al *transfer pricing* è la Convenzione Arbitrale 90/436/CEE.

Quando un'impresa ritiene che i principi illustrati nell'art. 4 di tale Convenzione (rispetto dell'*arm's length principle* e attribuzione degli utili alla stabile organizzazione) non siano stati rispettati, può sottoporre il caso all'Autorità competente dello Stato nel quale è residente (o nel quale è residente la stabile organizzazione), indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione interna dello Stato interessato.

Per ulteriori approfondimenti in tema di Convenzione Arbitrale, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 1223 e seguenti; P. Valente, *Le procedure amichevoli come strumento di risoluzione delle controversie fiscali internazionali*, in "il fisco" n. 26/2012, fascicolo n. 2, pag. 4167; P. Valente, *Procedure arbitrali contro la doppia imposizione anche in caso di sanzioni gravi?*, in "Fiscalità & Commercio Internazionale" n. 9/2011.

¹⁶ Le *Guidelines* OCSE prevedono, al paragrafo 3.13, che un *intentional set-off* "(...) occurs when one associated enterprise has provided a benefit to another associated enterprise within the group that is balanced to some degree by different benefits received from the enterprise in return. These enterprises may indicate that the benefit each has received should be set off against the benefit each has provided as full or part payment for those benefits so that only the net gain or loss (if any) on the transactions needs to be considered for purposes of assessing tax liabilities. For example, an enterprise may license another enterprise to use a patent in return for the provision of know-how in another connection and indicate that the transaction result in no profit or loss to either party. Such arrangements may sometimes be encountered between independent enterprises and should be assessed in accordance with the arm's length principle in order to quantify the value of the respective benefits presented as set-offs".

2003, 2004, 2005 e 2006.

La società T. S.r.l. è interamente controllata dalla società H. S.A., con sede in Svizzera, e fa parte del gruppo multinazionale T. statunitense del quale costituisce la filiale unica per l'Italia, per la commercializzazione in esclusiva dei prodotti *software* (giochi per *personal computer*, per *play station*, ecc.).

Tali prodotti vengono importati dalla società T. S.r.l. tramite la società T. LTD (la quale fa parte del medesimo gruppo multinazionale ed è controllata dalla medesima casa madre), con sede in Gran Bretagna, fornitore unico dei prodotti commercializzati dalla filiale italiana.

In data 31 ottobre 2004 (ultimo giorno dell'esercizio fiscale), la società T. S.r.l. ha contabilizzato una fattura, emessa alla medesima data dalla società britannica T. LTD, per l'importo di £ 947.456,00.

Tale documento contabile, avente come causale "*Price adjustment to product sold during FY 2003/2004*", consiste nell'addebito alla società italiana di rettifiche in aumento dei prezzi in precedenza applicati, in relazione ad alcuni prodotti *software* acquistati dalla medesima società nel corso dell'esercizio finanziario suindicato.

L'Agenzia delle Entrate ha contestato tale operazione, considerandola una pratica elusiva¹⁷, essendo finalizzata a ridurre gli utili imponibili della società italiana mediante il ricorso abusivo allo strumento dei prezzi di trasferimento.

A supporto della propria tesi, l'Agenzia delle Entrate ha sottolineato che:

- tale operazione è stata effettuata l'ultimo giorno del periodo di imposta;
- trattasi di contabilizzazione di una fattura relativa a rettifica in aumento dei prezzi già praticati dalla società inglese fornitrice;
- i prezzi si discostano dal prezzo medio di acquisto degli stessi prodotti da parte della società T. S.r.l.

La Commissione Tributaria Regionale della Lombardia ha rigettato la tesi dell'Amministrazione finanziaria, ritenendo che l'onere della prova con riferimento al comportamento elusivo posto in essere dal contribuente è a carico dell'Amministrazione finanziaria (nel caso di specie, l'Amministrazione finanziaria non ha provveduto ad

¹⁷ Per "elusione" si intende il compimento di atti anomali al fine esclusivo di ottenere una riduzione del carico fiscale pur senza commettere alcuna violazione palese e diretta delle norme tributarie, violandone lo spirito, pur rispettandone la forma (cfr. sentenza della Corte di Cassazione n. 22023/2006).

adempiere al suddetto onere) e che non sussiste la dimostrazione di un comportamento elusivo posto in essere dal contribuente, e di un conseguente beneficio fiscale.

I giudici della Corte di Cassazione, dinanzi alla quale l'Amministrazione finanziaria ha proposto ricorso avverso la decisione della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, hanno affermato che la normativa sui prezzi di trasferimento rientra tra le disposizioni antielusive, essendo finalizzata a contrastare i trasferimenti di reddito da uno Stato all'altro, effettuati "manovrando" i corrispettivi infragruppo; di conseguenza, l'onere della prova della sussistenza dei presupposti di fatto dell'elusione grava, in via di principio, sull'Amministrazione finanziaria, la quale dovrebbe provare la fondatezza della rettifica operata, ovvero lo scostamento del corrispettivo praticato rispetto al valore normale.

Tuttavia, dato che la ripartizione dei costi infragruppo coinvolge anche la tematica dell'esistenza e dell'inerenza di tali costi, l'onere di fornire la dimostrazione dell'inerenza dei costi all'attività di impresa incombe sul contribuente¹⁸.

Nel caso di specie, l'Amministrazione finanziaria ha considerato la contabilizzazione di una fattura a fine anno (operante una rettifica dei prezzi di trasferimento praticati) il mezzo per "manipo-

¹⁸ La Suprema Corte ha stabilito che: "(...) l'applicazione delle norme sul transfer pricing non combatte l'occultamento del corrispettivo, costituente una forma di evasione, ma le manovre che incidono sul corrispettivo palese, consentendo il trasferimento surrettizio di utili da uno Stato all'altro, sì da influire in concreto sul regime dell'imposizione fiscale. Per tali essenziali connotazioni, pertanto, deve ritenersi che tale disciplina costituisca – secondo l'interpretazione più diffusa anche nella giurisprudenza di questa Corte – una clausola antielusiva (...)".

La violazione di una clausola antielusiva comporta che l'onere della prova della sussistenza dei presupposti di fatto, in via di principio, gravi sull'Amministrazione finanziaria che intende operare le conseguenti rettifiche. Tuttavia, i giudici della Corte di Cassazione hanno ritenuto che "(...) con riferimento alla determinazione del reddito di impresa, invero, il problema della ripartizione dei costi infragruppo involge anche il profilo dell'inerenza, oltre che quello dell'esistenza, dei costi dichiarati in seguito all'addebito di un servizio o di una cessione di beni, effettuati alla società controllata dalla controllante, o da altra società soggetta al medesimo controllo (...) L'onere di fornire la dimostrazione dell'esistenza e dell'inerenza di tali componenti negative del reddito, e qualora si tratti, come nella specie, di costi derivanti da servizi o beni prestati o ceduti da una società controllante estera ad una controllata italiana, anche di ogni elemento che consenta all'amministrazione di verificare il normale valore dei relativi corrispettivi, non può pertanto che cedere – in forza del c.d. principio di vicinanza alla prova – a carico del contribuente".

lare" i prezzi di trasferimento infragruppo ai fini elusivi, vale a dire con il semplice obiettivo di ottenere un beneficio fiscale.

Anche in tal caso, si evince l'importanza di un'apposita e idonea documentazione¹⁹ che giustifichi e supporti la *transfer pricing policy* adottata dalla società.

6. Conclusioni

In linea generale, in caso di aggiustamenti straordinari, si può concludere che:

- se i prezzi di trasferimento sono determinati anteriormente ad ogni transazione, in linea di principio nessun aggiustamento dovrebbe essere apportato, in quanto i prezzi dovrebbero essere determinati "**on a case by case basis**";
- quando un aggiustamento al *transfer price* si rende "necessario" al fine di ristabilire l'*arm's length nature* delle transazioni *intercompany*, esso dovrebbe essere effettuato sul **prezzo** e non sul margine di profitto e dovrebbe altresì essere adeguatamente documentato;
- al fine di effettuare tale aggiustamento, il contratto di riferimento deve contenere una **clausola** che disciplini tale fattispecie, specificando le modalità attraverso le quali può essere effettuato;
- è opportuno procedere ad un "**monitoraggio**" del **transfer pricing** nel corso dell'anno. Aggiustamenti di prezzi su base periodica (ad esempio, su base trimestrale) sono prefe-

¹⁹ Si rammenta che l'art. 26 del D.L. n. 78/2010 ha introdotto la possibilità, per il contribuente *compliant* in materia di documentazione preventiva di *transfer pricing*, di beneficiare dell'esclusione dall'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 471/1997, connesse alla rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'art. 110, comma 7, del Tuir.

Per ulteriori approfondimenti in materia di documentazione di *transfer pricing*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 561 e seguenti; P. Valente-R. Betti, *Idoneità teorica e sostanziale ai fini della disapplicazione delle sanzioni nel transfer pricing*, in "il fisco" n. 3/2012, fascicolo n. 1, pag. 381; P. Valente, *Strategie di comunicazione sul possesso della documentazione nel transfer pricing*, in "Corriere tributario" n. 25/2011; P. Valente-S. Mattia, *Documentazione transfer pricing per holding e subholding: come valutare il perimetro soggettivo*, in "Fiscalità e Commercio internazionale" n. 3/2011; P. Valente, *Transfer pricing: oneri di documentazione per i gruppi italiani ed esteri*, in "Fiscalità e Commercio internazionale" n. 1/2011; P. Valente, *Primi chiarimenti in materia di oneri di documentazione in Italia*, in "il fisco" n. 2/2011, fascicolo n. 1, pag. 219.

- ribili ad aggiustamenti effettuati al termine del periodo di imposta;
- ogni aggiustamento dovrebbe essere effettuato con riferimento a **singole transazioni**.

Qualora ciò si riveli molto oneroso per il contribuente, è opportuno procedere ad una aggregazione delle transazioni (ad esempio, per tipologia prodotto).