

**Alma Mater Studiorum – Università di Bologna**

**DOTTORATO DI RICERCA IN**

**Diritto Europeo – indirizzo economico**

**Ciclo XXIX**

**Settore Concorsuale: 12D2 Diritto Tributario**

**Settore Scientifico Disciplinare: Diritto Tributario IUS 12**

**PREZZI DI TRASFERIMENTO:**

**STRUMENTI GIURIDICI E PROCEDURE DI RISOLUZIONE DELLE  
CONTROVERSIE FISCALI IN AMBITO COMUNITARIO.**

**IMPATTO SULLE LIBERTÀ ECONOMICHE FONDAMENTALI E SUL  
MERCATO INTERNO**

**Presentata da:** Dott.ssa Pamela Palazzi

**Coordinatore Dottorato**

**Supervisore**

**Prof.ssa Lucia Serena Rossi**

**Prof.ssa Claudia Golino**

**Esame finale anno 2018**

INTRODUZIONE .....	4
CAPITOLO 1 .....	8
I prezzi di trasferimento tra imprese appartenenti allo stesso gruppo multinazionale e potestà impositiva degli Stati Membri.....	8
1. Analisi economiche (dottrina aziendalistica).....	11
2. Modelli di internazionalizzazione delle imprese .....	17
3. Modalità di determinazione: i metodi previsti dalle Linee Guida OCSE.....	26
4. Verifiche fiscali in materia di prezzi di trasferimento.....	33
5. Pianificazione fiscale e abuso del diritto .....	37
6. Il progetto OCSE: BEPS - Base Erosion And Profit Shifting e focus sui beni intangibili.....	42
7. Verifiche fiscali internazionali: controlli congiunti e multilaterali .....	49
8. Questioni di doppia imposizione economica.....	52
9. Strumenti di risoluzione della controversia fiscale transnazionale.....	55
CAPITOLO 2 .....	58
Adozione della Convenzione 90/436/CEE relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili delle imprese associate .....	58
1. Storia dell'adozione della Convenzione Arbitrale.....	59
2. Natura giudica e base legale .....	66
3. Modalità di funzionamento.....	69
4. Ruolo del contribuente istante .....	72
5. Attuale coinvolgimento delle Istituzioni europee.....	73
6. I recenti lavori del Joint Transfer Pricing Forum in sede alla Commissione Europea .....	75
7. Statistiche sui casi pendenti presso le amministrazioni fiscali degli Stati Membri.....	83
8. Inefficienze applicative da parte degli Stati Membri.....	85
9. Motivi dell'inefficienza delle procedure .....	87
10. Mancata eliminazione della doppia imposizione e impatto sulla libertà di stabilimento .....	104
CAPITOLO 3 .....	112
Prospettive di introduzione di una Direttiva europea sui meccanismi di risoluzione delle controversie fiscali sulla doppia imposizione .....	112
1. L' Action Plan 2015 e i miglioramenti alla Convenzione arbitrale europea .....	115
2. Contesto della proposta di Direttiva europea: ragioni e obiettivi .....	122
3. Coerenza con le disposizioni esistenti in materia di politiche fiscali europee.....	127
4. Base giuridica, sussidiarietà e proporzionalità .....	129
5. Funzionamento del nuovo meccanismo di risoluzione delle controversie .....	131
6. Le implicazioni legali del passaggio dalla Convenzione alla Direttiva.....	140

7. Valutazione dell'arbitrato con riferimento al progetto BEPS dell'OCSE: la Convenzione Multilaterale in materia di risoluzione delle controversie fiscali internazionali .....	142
8. Confronto tra la proposta di Direttiva Europea e la Convenzione Multilaterale .....	152
9. Risarcimento del danno in caso di mancata eliminazione della doppia imposizione .....	155
CONCLUSIONI .....	160
1. Una valutazione critica sui meccanismi di risoluzione delle controversie fiscali internazionali per le imprese multinazionali in materia di prezzi di trasferimento nel mercato unico.....	160
2. Una valutazione critica sul funzionamento degli strumenti esistenti e possibile superamento delle criticità tramite l'introduzione di una Direttiva europea .....	164
BIBLIOGRAFIA .....	170

## INTRODUZIONE

La mia ricerca prende le mosse dalla consapevolezza che, nell'attuale scenario europeo, la crescente mobilità dei contribuenti, l'internazionalizzazione delle attività economiche e l'aumento delle operazioni transfrontaliere, rendono complesso per gli Stati membri accertare correttamente l'entità delle imposte dovute e ripartire in modo equo la potestà impositiva.

D'altra parte, le differenze del diritto tributario sostanziale e formale degli Stati Membri e la scarsa armonizzazione nell'ambito dell'imposizione diretta si ripercuotono negativamente sul funzionamento dei sistemi fiscali, dando origine a fenomeni di doppia tassazione, in particolare con riferimento alla complessa materia del *transfer pricing*, che rischiano di ostacolare la realizzazione di attività transfrontaliere e il regolare funzionamento del mercato interno.

Nell'ambito della materia dei prezzi di trasferimento, vale a dire la valorizzazione delle operazioni economiche tra società appartenenti allo stesso gruppo multinazionale, il tema di ricerca prescelto riguarda, l'analisi dei motivi che hanno condotto gli Stato Membri dell'Unione Europea ad introdurre la Convenzione arbitrale 90/436/CEE (Convenzione arbitrale o Convenzione arbitrale europea) per la risoluzione delle controversie fiscali internazionali sotto il profilo giuridico e pratico. L'obiettivo è quello di verificare se l'effettiva implementazione dello strumento garantisca un adeguato grado di tutela del contribuente e di certezza della procedura, nonché il risultato dell'eliminazione di fenomeni di doppia imposizione.

Tali aspetti verranno discussi analizzando l'impatto sulle effettive libertà economiche di investimento nel mercato unico europeo e sulle prospettive di miglioramento dell'impianto giuridico e di amministrazione fiscale europeo in ottica di efficienza, trasparenza e certezza per gli operatori economici.

In questi ultimi anni si è particolarmente intensificata l'attenzione delle Amministrazioni fiscali europee, singolarmente o presso gli organismi internazionali a cui aderiscono, ai fenomeni di evasione/elusione fiscale e al trasferimento di base imponibile tra Stati per il tramite delle operazioni infragruppo. L'evidente riferimento è al progetto elaborato dall'OCSE, il BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), e all'ambizioso *Action Plan* che riguarda inevitabilmente e prevalentemente la materia dei prezzi di trasferimento.

D'altra parte, non può essere ignorato a livello domestico dei Paesi Membri e internazionale l'attività di monitoraggio dei grandi contribuenti, il cospicuo incremento del numero delle verifiche fiscali a società residenti appartenenti a gruppi multinazionali e ai sostanziosi rilievi in materia di *transfer pricing*. Ne deriva, in capo alle imprese con attività internazionale, l'impegno di risorse nelle procedure contenziose nazionali e, anche, internazionali attraverso le procedure amichevoli tra autorità competenti.

Il ricorso alla Convenzione arbitrale europea è, e sarà, sempre più frequente da parte delle imprese multinazionali che si trovano a gestire fenomeni di doppia imposizione economica derivanti dalla rettifica in aumento degli utili in uno Stato e dall'implementazione delle nuove azioni BEPS e disposizioni stringenti dei trattati bilaterali e multilaterali. Tuttavia, il contribuente si trova a dover affrontare procedure di composizione delle controversie che ad oggi appaiono costose, lente, farraginose e con risultati non soddisfacenti in termini di certezza e neutralità fiscale.

La Commissione europea è intervenuta istituendo un apposito gruppo di lavoro, il *Joint Transfer Pricing Forum (JTPF)*, che si occupa del monitoraggio del funzionamento della Convenzione. Nel 2009 il Consiglio dell'Unione Europea ha anche adottato il Codice di Condotta per una efficiente attuazione della Convenzione. In effetti, negli ultimi anni sono emersi numerosi problemi applicativi legati alle

peculiarità dei vari sistemi giuridici e apparativi amministrativi coinvolti e alla gelosa conservazione delle entrate erariali da parte dei singoli Stati.

Basti pensare al complesso coordinamento dei rimedi internazionali per evitare la doppia imposizione con le procedure previste dai singoli ordinamenti interni, i problemi applicativi e differenti orientamenti interpretativi della convenzione multilaterale che si traducono in inefficienze nella risoluzione delle controversie fiscali internazionali a detrimento del funzionamento del mercato interno europeo.

La Commissione ha presentato il 25 ottobre 2016 un pacchetto fiscale che tra alcune misure fondamentali, propone anche un sistema più efficace per risolvere le controversie in materia di doppia imposizione nell'UE. Infatti viene riconosciuto che la doppia imposizione è uno dei principali ostacoli per le imprese in quanto crea incertezza, costi inutili e problemi di liquidità.

Attualmente sono circa 900 le controversie in materia di doppia imposizione nell'UE, per un valore stimato di 10,5 miliardi di EUR. La Commissione propone di adeguare gli attuali meccanismi di risoluzione delle controversie per rispondere più efficacemente alle esigenze delle imprese. Sarà in particolare contemplata una casistica più ampia e gli Stati membri avranno scadenze chiare per concordare una soluzione vincolante al problema della doppia imposizione sottoposto dal contribuente con operatività transnazionale.

La dissertazione verte dunque anche sulla proposta di Direttiva Europea per la risoluzione delle controversie afferenti la doppia imposizione quale importante e attesa evoluzione giuridica ed economica della Convenzione Arbitrale europea. Il testo definitivo è stato approvato dal Consiglio il 23 maggio scorso per il miglioramento del contesto economico dell'impresa con attività multinazionale e degli attuali meccanismi di composizione delle controversie in materia di doppia

imposizione nell'UE. Lo scopo è quello di definire, a partire dai sistemi esistenti, un'impostazione coordinata dell'UE per la composizione delle controversie, con regole più chiare e tempi più stretti. In questo ambito si esaminerà la soluzione di trasformare lo strumento convenzionale multilaterale in vigore con uno strumento proprio dell'ordinamento dell'UE con la finalità di migliorare il funzionamento del mercato unico in modo più efficiente tramite una celere e certa risoluzione delle controversie fiscali internazionali e i relativi fenomeni di doppia imposizione.

Saranno dunque sviluppate riflessioni sulla diversa base giuridica e i contenuti, nonché gli impatti sull'attività delle Amministrazioni fiscali e di tutela e maggior certezza per il contribuente.

Verranno infine anche discusse le possibili interazioni con la recentissima Convenzione multilaterale per l'attuazione di misure relative alle convenzioni fiscali finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti sottoscritta il 9 giugno scorso in ambito OCSE anche dai Paesi Membri.

## CAPITOLO 1

### **I prezzi di trasferimento tra imprese appartenenti allo stesso gruppo multinazionale e potestà impositiva degli Stati Membri**

La modalità di ripartizione della potestà impositiva fra Stati e di eliminazione della doppia imposizione nei confronti delle imprese multinazionali e a vantaggio del corretto funzionamento del mercato unito si sostanzia nella definizione condivisa dell'*arm's length principle* per la suddivisione della potestà impositiva tra Stati e come guida per i gruppi operanti su più Stati Membri e nell'adozione della Convenzione arbitrale in caso di rettifica degli utili tra imprese associate, dunque a seguito di verifiche fiscali.

La valutazione circa l'effettiva implementazione di tale strumento e l'impatto sul corretto funzionamento del mercato unico e della libera concorrenza ha condotto a focalizzare la mia attenzione sulle ragioni per l'introduzione della Convenzione europea nei diversi Stati membri, i limiti di funzionamento e la possibile contrazione della libertà di stabilimento, nonché le prospettive di miglioramento.

Nell'ottica aziendalistica il gruppo è un agglomerato di imprese giuridicamente distinte, ma economicamente vincolate in maniera durevole mediante l'azione di un unico soggetto economico. Il soggetto economico è colui il quale ha il potere di determinare l'indirizzo di gestione e nel cui interesse è organizzata l'attività d'impresa.

Peculiare per lo studio dell'economia dei gruppi è l'individuazione dei concetti di soggetto economico, che determina l'unitarietà gestionale delle imprese, e di soggetto giuridico, e cioè della persona (fisica o giuridica) che risponde con i propri mezzi

delle obbligazioni anche tributarie e che è titolare dei diritti derivanti dallo svolgimento dell'attività economica.

La dottrina aziendalistica ha analizzato i principali fattori genetici degli agglomerati di imprese riscontrandoli in motivi di ordine finanziario, economico, organizzativo, ambientale, tributario. Considerando solo quelli che comportano la necessità di una disciplina legale, in primo luogo occorre allora riconoscere che, col progredire dell'articolazione del gruppo su un numero variegato di livelli, il soggetto economico della società madre ha la possibilità di assicurarsi il controllo su una ingente massa di capitale di rischio, a fronte dell'apporto di una partecipazione finanziaria modesta se ragguagliata all'insieme.

Quando interessi esterni rispetto alla capogruppo si innestano su quelli interni nel formare il capitale delle imprese, la logica aziendale impone che si identifichino sia un'economicità minima globale per l'intero gruppo, sia un'economicità soddisfacente per ciascuna delle imprese.

Ne consegue che la variegata rete di interessi di minoranza esterni a quelli di controllo della società madre avranno aspettative minime di remunerazione del capitale investito.

La tendenza a soddisfare la condizione di economicità, per ciascuna impresa, sarà tanto più forte quanto maggiore è la forza contrattuale delle minoranze, ma anche e soprattutto quanto lo è quella espressa dal lavoro quale partecipante, sia pure indiretto, al soggetto economico.

Alla base dei possibili conflitti tra soggetto economico e minoranze vi sono i corrispettivi per gli scambi di beni o servizi intercorrenti tra le varie imprese dell'agglomerato poiché essi non sono caratterizzati da una libera negoziazione da parte di soggetti in contrapposizione di interessi.

L'art. 9 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE (anche Modello OCSE) stabilisce che le transazioni tra imprese di un medesimo gruppo multinazionale devono avvenire alle stesse condizioni che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, cioè ad *arm's length principle*.

Il principio compendia il vasto consenso internazionale raggiunto in materia: esso era già presente nel Modello OCSE del 1963. L'art. 9, 1° co., del Modello OCSE testualmente recita: “*Allorché: a) un'impresa di uno stato contraente partecipa direttamente o indirettamente alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa dell'altro stato contraente, oppure b) le medesime persone partecipano direttamente o indirettamente alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa di uno stato contraente e di un'impresa dell'altro stato contraente e, nell'uno e nell'altro caso, le due imprese, nelle loro relazioni commerciali e finanziarie, sono vincolate da condizioni concordate o imposte, diverse da quelle che sarebbero convenute tra due 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 lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati in conseguenza*”.

Il principio è anche noto col nome di contrattazioni secondo condizioni (o prezzi) di libera concorrenza (*arm's length principle*): nel Modello OCSE vigente si afferma che una delle ragioni principali per cui i paesi dell'Organizzazione hanno scelto il prezzo di libera concorrenza è che così si garantisce parità di trattamento fiscale tra le imprese che fanno parte di gruppi multinazionali e le imprese indipendenti; si evita la creazione di vantaggi o svantaggi tributari che alterano la competizione e in ultima analisi penalizzerebbero il commercio internazionale e lo sviluppo economico.

L'OCSE non sottovaluta il fatto che: a) in certi casi anche il principio del prezzo di libera concorrenza non è di agevole applicazione, soprattutto ove vi sia “una produzione integrata di beni, o la presenza di beni immateriali unici (non comparabili con altri) o di prestazioni di servizi specialistici”; b) alcuni ritengono insufficiente

*l'arm's length principle* ove nascano vantaggi dall'integrazione delle attività economiche. Tuttavia non vi sono criteri oggettivi largamente accettati per ripartire le economie di scala o da integrazione; c) difficoltà pratiche di applicazione derivino dal fatto che talvolta le imprese associate effettuano transazioni che imprese indipendenti potrebbero non voler effettuare, come la vendita di un bene immateriale per un prezzo fisso quando non sia stimabile, con precisione, il profitto derivante dal suo sfruttamento.

Anche tenendo conto dei citati specifici inconvenienti, *l'arm's length principle*, in generale, evita di alterare la competizione nei mercati per ragioni tributarie e l'applicazione di criteri alternativi incrementa sensibilmente il rischio di doppia imposizione delle imprese associate. In generale, le direttive OCSE, seppure abbiano la natura di raccomandazioni per i Paesi aderenti, rivestono particolare importanza in campo fiscale internazionale: il consenso raggiunto dall'Organizzazione è finalizzato ad evitare l'applicazione di criteri differenti per localizzare i redditi, possibile fonte di fenomeni di doppia imposizione.

### ***1. Analisi economiche (dottrina aziendalistica)***

Nella materia del *transfer pricing* come argomento di diritto tributario, la trattazione in ottica solo giuridica non è proficua ed è quasi priva di senso, perché la regola vigente nella maggior parte degli Stati, cioè il prezzo di libera concorrenza, quale insieme di condizioni adottate da imprese indipendenti in circostanze simili, è di chiara ispirazione economica. La scelta di dare spazio ad una premessa economica è doverosa per contestualizzare il tema dei prezzi di trasferimento.

Le metodologie fiscali di determinazione dei prezzi delle operazioni infragruppo vanno innanzitutto riferite a concetti di analisi economica e hanno ragione di esistere dato che per la loro implementazione, quando eseguite correttamente nel caso

concreto, consentono di approssimare condizioni di libera concorrenza. L'intento è proprio quello di dare conto della teoria economica e delle procedure fiscali, in un'ottica applicativa ove tutti i problemi vanno risolti in una prassi che sia espressione ragionata di esse.

La dottrina economica ed aziendalistica individua la nozione di prezzo di trasferimento come corrispettivo dello scambio di beni o servizi tra unità divise di una stessa impresa ovvero tra società giuridicamente indipendenti, ma appartenenti ad un gruppo. Esso rappresenta un valore che permette la scissione spaziale del risultato economico complessivo di un'impresa, o gruppo di società, tra le varie unità nelle quali è divisa.

Se si sta trattando di un gruppo di imprese e dunque l'unità è costituita da una società dotata di autonomia giuridica, al prezzo di trasferimento è legato anche l'effettivo movimento finanziario, che influenza il patrimonio degli enti che effettuano lo scambio. Ove gli scambi fossero caratterizzati dalla libera negoziazione di due entità indipendenti in conflitto di interessi, il prezzo di trasferimento non sarebbe altro che il prezzo di mercato.

Tuttavia negli scambi intradivisionali o tra società di un gruppo non si può mai parlare di prezzi di mercato. Neanche quando ci si riferisce a prezzi negoziati tra entità divisionali (o società di un gruppo) si è di fronte ad una libera negoziazione perché esiste, a monte, un intervento dell'unico soggetto economico alla guida dell'impresa multinazionale o del gruppo, e cioè l'alta direzione (nel prosieguo anche capogruppo), che permette la negoziazione e ne avalla i risultati.

La dottrina economica, e soprattutto quella aziendalistica, ha classificato gli obiettivi, i processi di scelta nonché i criteri di valorizzazione dei prezzi di trasferimento.

La teoria economica, ed in parte anche quella aziendalistica, ha proposto schemi prescrittivi legati al perseguimento di determinate finalità. Gli obiettivi che l'azienda

indivisa o il gruppo dovrebbe perseguire con una adeguata valorizzazione dei prezzi di trasferimento sono:

- a) l'ottimalità statica nell'allocazione delle risorse, con raggiungimento del massimo profitto per l'intero gruppo;
- b) la neutralità nella ripartizione del profitto complessivo tra le divisioni o società del gruppo, con corretta misurazione del contributo di ciascuna al risultato complessivo.

Queste due finalità possono coesistere entro una determinata politica oppure possono confliggere. Se il prodotto intermedio scambiato tra le divisioni o infragruppo è "quotato" in un libero mercato, ottimalità statica e neutralità coesistono, ove i prezzi di trasferimento siano stabiliti a valori di mercato. Invece quando non esiste un mercato dell'intermedio ovvero quando esiste una scelta strategica di integrazione, ottimalità statica e neutralità non possono essere perseguite contemporaneamente.

La dottrina aziendalistica ha infatti mostrato come il concetto di ottimalità statica, mutuato dall'analisi economica neoclassica, che prescrive la determinazione dei prezzi di trasferimento al costo marginale, consenta la massimizzazione del profitto dell'agglomerato, risultando però in contraddizione con la "filosofia" del decentramento organizzativo, alla base dell'individuazione di una divisione (o società) autonoma rispetto al complesso.

Semplificando l'analisi con l'ipotesi di uno scambio che avviene tra un produttore ed un distributore, la conseguenza di quanto prima affermato è che se si stabiliscono scambi valorizzati al costo marginale, il produttore risulta demotivato dal migliorare le proprie prestazioni, essendo consapevole che eventuali miglioramenti sarebbero contestualmente assorbiti da riduzioni nei prezzi di trasferimento. L'allocazione ottimale delle risorse garantite dal costo marginale è perciò di tipo statico, cioè sono privilegiati gli *short run profits*, poiché non incentiva l'efficienza intertemporale, ottenuta con l'innovazione nei processi produttivi o ai prodotti; il prezzo al costo

marginale non riconosce il sovrapprofitto laddove esso è generato, come sarebbe invece accaduto se lo scambio fosse avvenuto tra parti indipendenti.

Oltre al concetto di ottimalità statica è stato perciò individuato quello di ottimalità dinamica, che è connesso ad una neutrale ripartizione dei redditi: riconoscendo un margine di utile all'impresa che innova, all'interno di un ciclo integrato, si incentiva il miglioramento delle performances nel tempo. La dottrina aziendalistica ha cercato di sanare la contraddizione sopra descritta e ha sottolineato il fatto che quando ottimalità statica e neutralità confliggono, il potere di gestione dovrebbe assegnare un solo obiettivo alla politica dei prezzi di trasferimento, lasciando che "l'escluso" possa essere perseguito con altro strumento connesso alla direzione unitaria dell'azienda (o del gruppo).

Per fare un esempio, si è pensato che quando il ciclo produttivo sia integrato e perciò l'input di un'impresa risulti l'output di quella a monte nel ciclo, i prezzi di trasferimento debbano essere stabiliti al costo marginale (o standard), per garantire che non siano raggiunte soluzioni subottimali, che non determinano la massimizzazione del risultato dell'intero complesso.

La neutralità potrebbe essere recuperata registrando i risultati divisionali o delle società del gruppo laddove sono conseguiti col riconoscere, ai produttori degli intermedi, la loro capacità nel ridurre i costi (attuali) di produzione e "premiando" i relativi responsabili. Tuttavia sono anche state pensate soluzioni opposte.

Ottimalità statica e neutralità possono confliggere non solo rispetto alla valorizzazione dei prezzi di trasferimento ma anche rispetto ai loro processi di determinazione. Per ottenere un'ottimale allocazione statica delle risorse occorre spesso prescindere da processi decisionali autonomi dei responsabili divisionali (o di società del gruppo), necessitandosi un intervento autoritario del soggetto economico alla guida dell'agglomerato che imponga valori ai costi marginali.

In questo senso i prezzi sarebbero percepiti dalle unità divise (o società di gruppo) non più come “neutrali”, poiché non negoziati tra le parti, ma stabiliti d’imperio e per di più non al fine di determinare un corretto risultato di queste ultime, bensì per raggiungere il massimo profitto complessivo.

Correnti più recenti del pensiero aziendalista, orientati all’analisi strategica, hanno evidenziato che ottimalità e neutralità non devono essere considerati quali obiettivi fini a se stessi per l’azienda o il gruppo, ma obiettivi derivati e susseguenti all’adozione di strategie imprenditoriali che li precedono per importanza.

A monte della politica dei prezzi di trasferimento vi è il perseguimento di una strategia organizzativa del business quale può essere l’integrazione verticale delle fasi del ciclo produttivo o la diversificazione dei mercati o prodotti.

Adottato un tipo di strategia organizzativa la scelta delle fonti di approvvigionamento, della politica dei prezzi (e di altre variabili manageriali) dovrebbe essere stabilita per coerenza, con il preciso scopo di “amplificare” gli effetti organizzativi e strategici che si vogliono raggiungere.

Ad esempio, quando si intende sviluppare un alto livello di integrazione verticale, una coerente politica dei prezzi di trasferimento deve essere imposta dall’Alta direzione con valori ispirati ai costi e obbligo di rivolgersi alla fonte di approvvigionamento interna, favorendo così l’integrazione stessa.

Se invece si intende favorire la diversificazione, occorre lasciare alle unità o società del gruppo una completa autonomia di scambio con terzi; le transazioni interne non devono essere imposte dalla capogruppo, ma eventualmente possono essere permesse con valori ispirati al mercato (essendoci la possibilità di un’alternativa appunto di mercato) perché vi sia coerenza tra politiche dei prezzi e obiettivo strategico di tipo autonomistico – competitivo.

Queste concezioni aziendaliste sono riconciliabili anche con i più moderni approcci microeconomici, fondati sulla relazione tra rischio e rendimento atteso degli investimenti.

Stabilita una determinata strategia d'investimento e una eventuale politica di integrazione verticale, i vantaggi (o gli svantaggi) derivati dalla stessa vanno ripartiti in relazione ai rischi sopportati dalle parti.

In sintesi, la dottrina aziendalistica ha individuato i processi decisionali dei prezzi di trasferimento distinguendo tra scelte imposte dalla capogruppo alle unità divise (società autonome), rispetto a scelte negoziate tra le varie unità (o società di gruppo); quale processo intermedio tra i due estremi può individuarsi l'arbitrato dell'Alta direzione per dirimere conflitti delle unità.

Per le fonti di approvvigionamento dei beni o servizi la dottrina aziendalistica ha classificato processi con fonti "imposte", quando lo scambio dell'intermedio deve avvenire obbligatoriamente entro le divisioni - società di gruppo ovvero con fonti libere, quando queste ultime hanno anche la facoltà di scegliere operatori esterni terzi e indipendenti; anche qui è immaginabile un processo intermedio con l'intervento e l'influenza del vertice per dirimere conflitti derivanti dalla completa libertà lasciata alle unità.

Infine, per la valorizzazione, il pensiero economico ed aziendalista distingue tra prezzi orientati al costo, o al mercato, o in varia misura, misti perché prendono in parte aspetti dell'uno o dell'altro criterio.

In conclusione il termine "politiche" dei prezzi di trasferimento individua le scelte inerenti le finalità da perseguire, i processi decisionali sul decentramento organizzativo e sulle fonti di approvvigionamento, nonché sui criteri di valorizzazione.

Con riferimento alla prassi manageriale sui prezzi di trasferimento, diversi studi si sono susseguiti nel tempo sulla prassi delle imprese rispetto ai prezzi di trasferimento. Alcuni hanno preso spunto dall'indagine empirica per segnalare anche importanti aspetti teorici.

Noi qui riprendiamo, solo per brevissimi cenni, un interessante studio preparato dalla "Scuola di Direzione Aziendale (SDA) Bocconi" di Milano nel 2000. In questo interessante lavoro, riferito soprattutto ad un campione di imprese europee, emerge che oltre il 70% degli intervistati risponde che:

- l'affiliata è obbligata ad acquistare dal gruppo,
- i prezzi di trasferimento sono imposti dalla capogruppo alle affiliate,
- i prezzi di trasferimento non incidono sulle valutazioni di performances delle affiliate, poiché sono ancorati ad altri indicatori indipendenti dagli stessi prezzi.

## ***2. Modelli di internazionalizzazione delle imprese***

Al fine di contestualizzare i metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento è opportuno elaborare circa un argomento già ampiamente trattato negli studi di *management* - ossia quella relativa alle diverse tipologie di strategie di internazionalizzazione adottate dalle imprese e al differente ruolo rivestito, all'interno di queste, dalla società capogruppo e dalle società localizzate nei diversi mercati esteri per la quale esiste un'ampia e consolidata dottrina.

Si anticipa che detti studi evidenziano come le strategie di internazionalizzazione possono risultare ben diverse da caso a caso, potendo essere collocate in un continuo che vede ad un estremo le strategie c.d. globali, caratterizzate da approccio sostanzialmente uniforme ai diversi mercati geografici e dalla presenza di società

locali cui è affidato soprattutto il compito di porre in essere strategie definite e coordinate dal centro, e, all'altro estremo, le strategie c.d. multidomestiche, caratterizzate invece da un approccio differenziato per paese e dalla presenza di società locali a cui è affidato un ruolo co-imprenditoriale di primaria importanza.

In termini generali e per quanto rileva ai presenti fini, gli studi che si sono occupati di questo tema concordano nel ritenere che le imprese possono operare su una pluralità di mercati seguendo approcci diversi concepibili come un continuum compreso tra due estremi: l'uno denominato "strategia di standardizzazione globale" (di seguito anche "strategia globale"), l'altro "strategia multidomestica".

In breve, il primo modello è caratterizzato da alcuni tratti distintivi:

(a) l'impresa si rivolge ai diversi mercati geografici con dei sistemi d'offerta omogenei: ciò significa che il prodotto, il prezzo, la comunicazione e le modalità distributive presentano forti similitudini nei diversi paesi/mercati geografici;

(b) l'impresa capogruppo esercita un ruolo di guida/coordinamento molto forte non solo nel paese di origine, ma anche negli altri paesi in cui è presente, sicché le varie società estere tendono a svolgere un ruolo molto operativo esecutivo, ponendo in essere nei vari mercati le linee di azioni decise centralmente. Proprio per questo motivo, in letteratura, il ruolo della capogruppo è stato definito come quello del "fulcro centralizzato", mentre alle società estere viene attribuito il compito di "mettere in pratica i piani e le politiche provenienti dalla sede centrale", con ben pochi margini di flessibilità;

(c) l'impresa tende a concentrare le proprie attività critiche (produzione, marketing strategico e operativo, etc..) della catena del valore in poche località vantaggiose, allo scopo di realizzare economie di scala, di apprendimento e di localizzazione;

(d) ancora, l'impresa che persegue questo tipo di strategia definisce il proprio ambito competitivo in modo ampio così da ottenere "il raggiungimento di una significativa

quota di mercato a livello globale, di una distribuzione bilanciata fra presenza geografica dell'impresa e distribuzione geografica del mercato e di una presenza nei paesi strategici da un punto di vista globale”.

In altri termini, la strategia di standardizzazione globale punta ad ottenere una quota di mercato consistente a livello globale attraverso il raggiungimento di una quota di mercato significativa ed equilibrata in ciascuno dei mercati geografici di operatività. Ciò dal momento che, nell'ambito delle strategie globali, la posizione e l'andamento competitivo nei singoli mercati risultano essere significativamente influenzati dalla posizione detenuta negli altri paesi, e viceversa. In tal senso, è stato osservato che l'impresa che persegue una strategia globale tende ad agire avendo a riferimento un unico mercato mondiale, non scomponibile nella somma dei diversi mercati nazionali considerati autonomamente. Nei settori in cui prevalgono le strategie globali, infatti, l'arroccamento sul singolo o su pochi mercati locali costituisce, il più delle volte, il preludio ad una progressiva uscita dal settore stesso.

Esempi di settori caratterizzati dalla netta prevalenza di strategie globali – i c.d. settori globali in cui le imprese sono per così dire costrette a sviluppare strategie globali per non essere espulse dal mercato - sono rappresentati dal settore dei semiconduttori, dal settore delle motociclette e dal settore degli apparecchi televisivi. Esempi di imprese che hanno seguito questo modello di internazionalizzazione standardizzato a livello globale sono rappresentate, nel settore dei soft drinks da Coca-Cola e Pepsi Cola, nel settore automotive da Ferrari, nel settore food da McDonald's, nel settore dell'orologeria da Rolex, nel settore dell'arredamento da IKEA.

Queste aziende sono via via penetrate in mercati diversi da quello di origine adottando un modello di “standardizzazione globale”. Infatti:

(i) hanno percepito che i bisogni soddisfatti dal loro sistema di prodotto erano espressi in modo analogo da cluster di clienti presenti in una pluralità di mercati

geografici; in altri termini, esisterebbe un consumatore tipo delle bibite Coca-Cola in tutti i paesi del mondo così come esisterebbe un potenziale acquirente Ferrari in tutti i paesi del mondo;

(ii) hanno dunque sviluppato un sistema di prodotto (rappresentato dal prodotto in senso stretto, dal formato, dal packaging, dai servizi accessori al prodotto, etc.) i cui standard sono concepiti e aggiornati a livello centrale, omogeneo per tutti i mercati geografici serviti, con modesti/nulli adattamenti alle esigenze locali; in altri termini la Coca Cola vende in tutti i mercati geografici del mondo gli stessi formati così come la Ferrari vende gli stessi modelli e servizi in tutti i paesi del mondo con formule standardizzate;

(iii) hanno sviluppato strategie di marketing e di comunicazione omogenee per tutti i mercati geografici, facendo ricorso agli stessi messaggi di comunicazione e alle stesse leve di marketing. Coca-Cola e Pepsi Cola utilizzano le stesse campagne di comunicazione in tutto il mondo, sviluppate secondo linee guida definite centralmente e che utilizzano slogan e testimonial “universali”;

(iv) hanno accentrato le funzioni e le attività chiave nel conseguimento del vantaggio competitivo presso un'unica entità centrale (ad esempio la funzione R&S e l'attività di produzione per Ferrari, le attività di marketing strategico, di comunicazione e di sviluppo di nuovi prodotti per Coca-Cola e Pepsi-Cola), localizzando poche attività non core presso le *branch* locali presenti nei diversi mercati geografici serviti.

All'estremo opposto rispetto alle strategie globali, vi sono le strategie c.d. multidomestiche, le quali sono caratterizzate dai seguenti tratti distintivi:

(a) l'impresa si rivolge ai diversi mercati geografici con dei sistemi d'offerta differenziati: in altre parole, il prodotto, il prezzo, la comunicazione e le modalità distributive presentano delle diversità a seconda del mercato geografico approcciato;

(b) contrariamente a quanto accade nel caso dei settori globali, infatti, la competizione ha luogo nei singoli paesi in modo indipendente da quanto accade negli altri paesi. In altri termini la concorrenza è sostanzialmente determinata da fattori a connotazione prevalentemente locale. Anche qualora un'azienda abbia intrapreso con successo un processo di internazionalizzazione ed abbia provveduto a trasferire il proprio know-how da un paese ad un altro, il suo successo sarà fortemente condizionato dalla capacità di adattare il suo modello comportamentale alla realtà locale. Ne consegue che i vantaggi di una impresa sono essenzialmente specifici per ogni paese in cui l'azienda è presente; in questi casi il settore può essere visto come la sommatoria dei singoli mercati nazionali.

(c) inevitabilmente il numero delle attività sviluppate nei diversi mercati tende ad aumentare, proprio perché l'impresa deve collocare in ciascuna delle diverse aree geografiche le attività fondamentali per la creazione di vantaggi competitivi su base locale. Tale decentramento, ovviamente, ostacola lo sfruttamento dei vantaggi legati alle economie di scala, di apprendimento e di localizzazione. In tale senso la leva per conservare una "adeguata differenziazione" nelle diverse aree geografiche è la flessibilità nelle strategie di marketing o più generali, che viene concretamente ad operare grazie al confronto tra sede centrale e sedi locali;

(d) conseguentemente, il ruolo di guida e di coordinamento del quartier generale tende a ridursi d'importanza, proprio perché le unità locali sono chiamate a svolgere non già un mero lavoro di implementazione di strategie, ma piuttosto un lavoro di messa a punto di strategie adattate allo specifico mercato geografico di riferimento.

Dunque, le diverse unità nazionali, nell'ambito di una strategia multidomestica, diventano partner strategici le cui conoscenze e capacità sono vitali affinché l'azienda possa conservare un vantaggio competitivo di lungo periodo. Come è stato osservato, infatti, nel caso di strategie multidomestiche le imprese dovrebbero gestire le proprie attività internazionali come un portafoglio. Le unità operanti nei vari Paesi

dovrebbero essere in grado di controllare le attività rilevanti ai fini del conseguimento del successo nel loro specifico settore. Esse dovrebbero inoltre essere dotate di una grande autonomia. La strategia dell'impresa in un Paese dovrebbe essere determinata soprattutto dalle condizioni operative ivi operanti.

Si noti che anche nei modelli strategici c.d. internazionale e transnazionale – ossia i due modelli centrali tra i quattro individuati nel continuum delle strategie di internazionalizzazione – le consociate locali continuano a svolgere un ruolo co-impresonditoriale. Nelle strategie internazionali, alle consociate locali viene richiesto di adattare le strategie su base locale, di eventualmente sviluppare nuove idee, ancorché nell'ambito di un coordinamento più stretto e continuo con la casa madre; nelle strategie transazionali, addirittura, il punto di partenza è rappresentato dal riconoscimento che i diversi mercati potrebbero richiedere diverse soluzioni, sicché variano i ruoli delle unità nazionali.

In alcuni casi, le consociate locali adottano i prodotti standard globali e il ruolo si limita a un'efficace ed efficiente realizzazione delle decisioni centrali. Altre controllate vengono incoraggiate a differenziare le diverse leve della strategia di marketing; addirittura, in alcuni casi, le sedi locali propongono lo sviluppo di specifici prodotti che, se di successo, vengono poi adottati e commercializzati anche dalle altre sedi locali. In questi casi, la sede centrale delega il proprio ruolo di leader alla filiale, in netto contrasto con l'uniformità dei ruoli organizzativi che caratterizza invece la strategia globale;

(e) le imprese puntano a definire e raggiungere obiettivi di quota di mercato specifici in ogni singolo mercato geografico in cui operano, in ragione delle specificità di ogni singolo contesto competitivo, e sono talvolta caratterizzate da risultati commerciali non equilibrati, dove le vendite possono essere realizzate su uno o pochi mercati geografici dove l'adattamento alle specificità del singolo contesto sia stato di maggior successo. In questo tipo di settore, infatti, la scelta di avviare ed alimentare processi

di internazionalizzazione è solo una delle opzioni che si aprono all'impresa e non già una scelta cui l'impresa è costretta dalle caratteristiche strutturali proprie dell'arena competitiva in cui la stessa si trova ad operare. Di volta in volta l'imprenditore o il manager si troverà a valutare l'opportunità di perseguire l'espansione internazionale verso un nuovo paese in funzione della convenienza economica, delle disponibilità finanziarie, delle proprie preferenze e attitudini; nel processo di sviluppo internazionale sarà inoltre richiesta la capacità di adattare la strategia dell'impresa al territorio locale. I singoli mercati locali si caratterizzeranno per dinamiche competitive assai differenziate e gli attori del confronto competitivo potranno risultare diversi per dimensione, grado di internazionalizzazione ed altro senza che il confronto debba necessariamente risolversi a favore delle imprese internazionali.

Anche nel caso delle strategie multidomestiche è possibile citare numerosi esempi: molte imprese che operano nel settore del mobile hanno ottenuto un discreto successo in uno o pochi mercati, nell'ambito dei quali sono riusciti a trovare posizionamenti particolarmente favorevoli o ad anticipare le mosse degli altri operatori locali o, ancora, ad adattare il proprio sistema di offerta ai gusti locali.

Come sempre accade nei processi di formazione delle strategie, la scelta da parte di un'impresa di adottare il modello multidomestico rispetto al modello globale può dipendere tanto da caratteristiche oggettive del settore (o del prodotto) quanto da fattori soggettivi specifici d'impresa.

Tra i fattori oggettivi che suggerirebbero preferenzialmente l'adozione di una strategia multidomestica possono ad esempio annoverarsi le c.d. pressioni per l'adattamento locale. Queste risultano tanto più forti quanto più sussistono differenze significative fra i paesi/aree geografiche, tipicamente relativamente a quattro elementi: (1) gusti e preferenze dei consumatori, (2) infrastrutture, prassi e convenzioni, (3) canali distributivi e (4) legislazione.

Un altro elemento che può indirizzare l'impresa verso uno dei due modelli di strategia internazionale è rappresentato dalla diversa rilevanza assunta ai fini del successo competitivo dalle attività poste a valle, in prossimità del mercato del cliente, o nelle fasi più a monte, in prossimità dell'attività di vendita e distribuzione. L'eventuale rilevanza delle attività più vicine al cliente, distribuzione e vendite, potrebbe infatti comportare la presenza di vantaggi competitivi tendenzialmente specifici per ogni Paese. Viceversa, nei settori (o nei prodotti) in cui prevale il peso di alcune attività accentrabili e caratterizzate per rilevanti economie di scala (come ad esempio le attività di produzione e/o di ricerca e sviluppo in molteplici settori) o di apprendimento, vi sarà una spinta ad adottare strategie globali.

Una volta percepita l'esistenza di un vantaggio potenzialmente conseguibile attraverso la presenza internazionale, spetterà poi alle imprese cogliere queste opportunità attraverso la messa a punto di una serie di azioni o di un disegno strategico volto a raggiungere quel vantaggio, sulla base delle conoscenze e delle risorse disponibili (fattori soggettivi). Di talché, per effetto di elementi e orientamenti soggettivi (ossia specifici di ogni singola impresa), in taluni casi, le imprese metteranno a punto strategie internazionali più vicine ai modelli multidomestici, ossia perseguiranno strategie di espansione volte a conquistare specifici mercati e/o aree geografiche; in altri casi, le imprese, cogliendo i grandi vantaggi connessi a strategie internazionali coordinate e sfruttando la progressiva omogeneizzazione dei gusti a livello internazionale, metteranno a punto strategie globali il cui successo potrebbe a sua volta costringere le altre imprese del settore ad adottare strategie di internazionalizzazione analoghe.

Negli ultimi anni, un numero crescente di settori è stato caratterizzato per l'affermarsi di modelli di strategia globali. Ciò sia per l'esistenza di trend che favoriscono la messa in atto di tali tipi di strategie, sia per la presenza di un crescente numero di operatori che hanno colto questo tipo di opportunità e posto in essere strategie globali nei più svariati settori.

Ciò nonostante, esistono ancora alcuni settori o alcuni prodotti per i quali ancora prevalgono modelli di strategia multidomestica. Inoltre, i due modelli, come si avrà modo di illustrare nel seguito, possono coesistere anche all'interno di uno stesso settore o di una stessa organizzazione economica (impresa/Gruppo).

E' questo, ad esempio, il caso del settore di operatività degli spirits, in cui continuano a coesistere entrambi i modelli, anche all'interno della stessa organizzazione economica, sebbene negli ultimi decenni si sia registrato un forte incremento del peso delle strategie globali. Così, ad esempio, taluni prodotti (quali sempre a titolo di esempio nei caso dei più famosi whisky, rum, cognac) per storia, per omogeneità nei gusti dei consumatori vengono gestiti con un modello di standardizzazione globale.

Viceversa, nel caso di altri prodotti, tipicamente espressione di gusti/eccellenze regionali (tra i quali ricadono proprio gli amari o le bevande a forte caratterizzazione regionale come il mirto, la grappa), prevalgono strategie di maggior adattamento alle caratteristiche dei singoli mercati (ossia strategie multidomestiche o internazionali). A questo proposito può ad esempio citarsi il caso di Fratelli Branca Distillerie, il cui principale mercato di esportazione è in assoluto l'Argentina, seguito dalla Germania. Le campagne pubblicitarie realizzate da questo operatore, come si osserva dal sito, sono specifiche per ciascun paese; dal 1997 al 2007 sono stati realizzati ben sei spot per il solo mercato argentino e due per il mercato tedesco. Anche i documenti societari di fonte pubblica, la relazione sulla gestione e la nota integrativa al bilancio, forniscono evidenza della strategia implementata, ossia del distacco nei mercati periferici di importanti fasi della catena del valore: nel caso dell'Argentina, dove il prodotto più popolare è il Fernandito, oltre alle attività di marketing anche il processo produttivo è decentrato.

In sintesi, non esiste un solo modello nel comportamento internazionale delle imprese, ma una pluralità di modelli, i quali possono risultare adeguati in situazioni competitive diverse e frutto di specifici orientamenti aziendali. Ciò che qui rileva

osservare è che solamente nel caso dell'approccio proprio della strategia globale alle sedi locali viene attribuito, in via generalizzata, un ruolo di mero distributore/esecutore dei piani e delle strategie deliberate e studiate dal centro. Al contrario, se l'approccio adottato è più vicino a quello delle strategie multidomestiche (e internazionali), le sedi locali svolgono certamente un ruolo anche imprenditoriale, pur nell'ambito di un coordinamento più o meno intenso con la sede centrale.

Dunque la strategia di sviluppo del business avrà certamente un impatto nella individuazione della società del Gruppo funzionalmente meno complessa e del corretto metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento.

### ***3. Modalità di determinazione: i metodi previsti dalle Linee Guida OCSE***

Va fin da subito precisato che i criteri e i modelli elaborati dagli organismi internazionali e segnatamente dall'OCSE per determinare i prezzi di trasferimento non hanno un precipuo scopo antielusivo, ma piuttosto quello di risolvere i conflitti fra giurisdizioni per ripartire in modo equilibrato le rispettive pretese impositive e, in quest'ottica, aiutare i gruppi a vocazione internazionale a superare i problemi di doppia imposizione, ad acquisire maggiori certezze, a evitare adempimenti inutili, sì da sviluppare il loro business senza ostacoli fiscali.

In relazione a quanto sopra riportato, risulta utile ripercorrere, seppur in maniera sintetica, l'evoluzione in sede OCSE circa l'applicazione dei metodi per la determinazione del valore normale (o di libera concorrenza) alle operazioni infragruppo individuati e condivisi dalla prassi internazionale.

La determinazione del prezzo di libera concorrenza secondo il Modello OCSE del 1995 può essere effettuata attraverso i metodi tradizionali: (i) metodo del prezzo comparabile (CUP), (ii) metodo del prezzo di rivendita (RPM), (iii) il metodo del

costo maggiorato (CPM). Ove i predetti metodi non fossero utilizzabili quale alternativa residuale era raccomandata l'applicazione di metodi di tipo reddituale:

- Il metodo della ripartizione degli utili (il *Profit Split Method*);
- Il metodo del margine netto della transazione (*Transactional Net Margin Method*).

Tali metodi, secondo il Modello OCSE potevano essere utilizzati in situazioni particolari, ovvero laddove fosse particolarmente complessa l'applicazione di metodologie tradizionali, sempre al fine di preservare il rispetto del principio di libera concorrenza.

Come già accennato, il 22 luglio 2010 l'OCSE ha aggiornato le Linee Guida del 1995, per prendere in considerazione la continua evoluzione della disciplina e dei metodi utilizzati più diffusamente nella pratica tanto dalla comunità del business che dalle Amministrazioni fiscali.

È stata accantonata la logica della gerarchia dei metodi di determinazione del prezzo, in favore di uno standard basato sul principio della selezione e applicazione del metodo più appropriato alle circostanze specifiche della transazione infragruppo da analizzare.

Di conseguenza, i cosiddetti metodi reddituali (basati quindi sul profitto netto) perdono definitivamente la caratteristica di metodi di ultima istanza da utilizzare soltanto in casi eccezionali, pur rimanendo preferiti quelli tradizionali nei casi di più semplice e diretta applicabilità.

Le Linee Guida OCSE ora riconoscono ufficialmente una prassi diffusa: in molti casi concreti, infatti i metodi reddituali possono rivelarsi più indicati e spesso sono gli unici concretamente praticabili.

In altre parole, dal 2010 la gerarchia dei metodi ha lasciato definitivamente il posto alla “regola del metodo più appropriato” (*“Best Method Rule”*), con la

raccomandazione che il contribuente motivi le ragioni della selezione di un metodo piuttosto che di un altro relativamente al caso da analizzare.

Per determinare quali metodi siano applicabili e poi quale, tra questi, sia il più adatto a fornire la migliore approssimazione del valore di libera concorrenza per valutare la rispondenza al valore di mercato della transazione infragruppo in analisi, sia i contribuenti, sia le Amministrazioni finanziarie, devono prendere in considerazione alcuni criteri definiti dalle Linee Guida OCSE, che sono:

- punti di forza e di debolezza dei vari metodi riconosciuti dall'OCSE;
- coerenza dei metodi con la natura delle transazioni infragruppo e delle risultanze della specifica analisi funzionale dei soggetti coinvolti;
- disponibilità di informazioni contabili con riferimento alle transazioni tra parti indipendenti;
- grado di comparabilità tra la transazione controllata e quella tra parti indipendenti, tenendo conto della quantità e della complessità della stessa, dell'opportunità di eventuali aggiustamenti e rettifiche necessarie per eliminare le differenze materiali.

Per completezza, si deve precisare che, ad esito di un'approfondita analisi funzionale in capo alle società coinvolte nella transazione infragruppo da analizzare, occorre identificare la parte funzionalmente meno complessa, o *tested party*. Si tratta della società di cui verrà stimata la remunerazione per comparazione poiché essa svolge, nell'ambito della transazione, la funzione meno complessa e per la quale deve essere possibile trovare società comparabili. D'altro canto, il soggetto imprenditore (o *Principal*) è quello che svolge le attività più rischiose e complesse o detiene beni intangibili, per cui sarebbe troppo complesso e approssimativo valutarne la remunerazione.

Di seguito si espongono le principali caratteristiche del TNMM e del *Profit Split*.

Secondo il metodo del TNMM, il prezzo di libera concorrenza è determinato partendo dall'utile netto (o margine netto) della transazione infragruppo in analisi, solitamente espresso in percentuale rispetto ad una base di calcolo (totale delle vendite, dei costi o delle attività patrimoniali).

Il TNMM impone il confronto esterno con riferimento al margine ricavato da transazioni comparabili fra società indipendenti. La comparabilità fra la transazione *intercompany* e quelle tra parti indipendenti viene stabilita attraverso un'accurata analisi funzionale.

Eventuali aggiustamenti quantitativi andranno applicati per tenere conto di differenze significative tra le transazioni (per esempio la consistenza del magazzino o dell'attivo circolante). L'utilizzo di un intervallo di risultati (*range*) conformi al principio del prezzo di libera concorrenza, piuttosto che di un risultato puntuale, aiuta a ridurre ulteriormente gli effetti delle differenze fra le transazioni tra parti correlate e quelle tra parti indipendenti.

Il TNMM, in linea teorica, dovrebbe considerare solo gli utili/margini della *tested party* che sono attribuibili alle transazioni in esame piuttosto che l'utile di bilancio della società nel suo complesso.

Il metodo del TNMM esamina il margine netto realizzato nell'ambito di una transazione *intercompany* con un principio che è simile a quello del RM e del CP, differendo da essi per il tipo di margine considerato che è netto, cioè al netto delle spese operative (mentre il RM e il CP considerano dei margini lordi).

Il metodo è quindi certamente meno diretto rispetto ad un RM o un CP e a maggior ragione rispetto ad un CUP che prende come riferimento i prezzi dei beni e servizi, ma nondimeno esso si presenta come un metodo efficace e concreto, largamente utilizzato nella pratica professionale, in presenza di una delle due società coinvolte nella transazione con un profilo funzionale snello e semplice

Il metodo viene spesso impiegato per corroborare le conclusioni raggiunte mediante l'applicazione di uno degli altri metodi tradizionali basati sui margini lordi della transazione.

Nell'ambito del TNMM possono essere utilizzati differenti indicatori di profitto (anche “*profit Level Indicator*” o PLI), i più utilizzati dei quali sono:

- Return on asset (ROA): rapporto tra EBIT e attivo immobilizzato.
- Return on capital employed (ROCE): rapporto tra EBIT e totale attivo netto.
- Margine Operativo (MO): rapporto tra EBIT e fatturato o valore della produzione
- Return on totale cost (MOTC) : rapporto tra EBIT e totali costi di produzione
- Berry ratio: rapporto tra margine lordo e spese operative.

La scelta del più adeguato indicatore di profitto dipende naturalmente dal caso specifico ed è legata normalmente alla tipologia di attività svolta dalla *tested party*.

Dal punto di vista applicativo si utilizzano spesso dati riferiti a più annualità allo scopo di neutralizzare effetti congiunturali che possono incidere sulla significatività dei dati dei soggetti comparabili ed inoltre è consuetudine considerare un *range* interquartile di valori di libera concorrenza e non riferirsi solo a valori puntuali e/o mediani.

Il metodo si presta a risolvere situazioni nelle quali solamente una delle parti coinvolte nella transazione è l'imprenditore della transazione (*Principal*) o detiene beni intangibili unici, la cui misurazione è spesso molto complessa. In questi casi applicando un TNMM, viene testata la controparte in quanto funzionalmente meno complessa (*tested party*). Viene dunque dapprima valutato il margine netto di libera concorrenza del soggetto che svolge funzioni semplici e routinarie, mentre la remunerazione del *Principal* risulterà in modo residuale, lasciando allo stesso tutto il margine residuo.

Dal momento in cui viene testata la remunerazione di un solo soggetto (quello con funzioni meno complesse) si parla di metodo unilaterale o c.d. *one-side method*.

L'applicazione del TNMM ai risultati conseguiti da una società nella sua interezza può non essere adatta nel caso in cui la stessa sia impegnata in una vasta serie di transazioni con parti correlate, le quali non possono essere comparate su base aggregata con quelle effettuate con una società indipendente comparabile.

Il metodo della ripartizione degli utili (*Profit Split Method*) mira a determinare la proporzione con cui imprese indipendenti ripartirebbero tra loro l'utile complessivo di una transazione comparabile. Il *Profit Split* si basa sul calcolo dell'utile complessivo relativo alla transazione da analizzare e stima la ripartizione tra le stesse sulla base del contributo offerto da ciascuna società in modo coerente con quanto sarebbe avvenuto in condizioni di libera concorrenza. Il contributo di ciascuna società è determinato mediante lo svolgimento di un'analisi funzionale e valutato, ove possibile, con riferimento a dati di mercato esterni ed affidabili.

Il metodo prevede l'individuazione del margine di profitto complessivo della transazione e successivamente determina come ripartire detto margine tra i soggetti partecipanti. Sono previsti due differenti approcci per allocare il profitto: la *contribution analysis* e la *residual analysis*.

Con il primo metodo la ripartizione avviene sulla base del valore relativo attribuito alle funzioni svolte dalle parti coinvolte nella transazione. Con la *residual analysis* si procede normalmente attraverso due fasi:

- nella prima fase, ad ogni soggetto partecipante alla transazione viene attribuita una quota di utile quale remunerazione base per le funzioni routinarie. Questo rendimento viene desunto dal mercato e basato sulla remunerazione di società

indipendenti esaminate attraverso una tradizionale attività di *benchmarking* e l'applicazione di metodi come il TNMM.

- nella seconda fase, l'utile residuo viene allocato sulla base di informazioni che forniscano criteri di allocazione come ad esempio: le immobilizzazioni immateriali apportate, le spese sostenute in attività di R&S o per lo sviluppo dei beni intangibili (attività immateriali), i relativi poteri contrattuali ed i rischi sopportati.

Nella pratica il *residual approach* è più utilizzato perché consente di approcciare in modo più razionale l'allocazione del margine e riduce le possibili contestazioni da parte delle rispettive amministrazioni finanziarie.

Il *Profit Split* è un metodo bilaterale (o *two-side method*) e come tale permette una migliore allocazione dei margini rispetto ai metodi unilaterali (o *one-side*) che invece possono determinare risultati anche diametralmente opposti tra le due entità che partecipano alla transazione.

Il metodo è particolarmente adatto in tutti i casi in cui i metodi (unilaterali o *one-side*) non si possono applicare per mancanza di comparabili alle *tested party* ed è in assoluto il più adeguato ogni volta che la transazione avviene tra soggetti molto integrati e che apportano contributi ad elevato grado di unicità alla transazione, anche attraverso l'apporto e l'utilizzo di asset intangibili<sup>1</sup>. Di tal che diventa pressoché impossibile distinguere la minor contribuzione di una parte correlata rispetto all'altra e si rende necessario parlare di co-impreditorialità.

---

<sup>1</sup> A tal fine si riporta letteralmente il passaggio delle Linee Guida OCSE [2.109]: *Un metodo di ripartizione degli utili delle transazioni può anche risultare il metodo più opportuno da utilizzare qualora entrambi i partecipanti a una transazione apportino contributi unici e di rilevante valore (per esempio beni immateriali unici), perché in questo caso delle parti indipendenti ripartirebbero gli utili della transazione proporzionalmente ai rispettivi contributi e in questo caso un metodo bilaterale potrebbe risultare più appropriato rispetto a un metodo unilaterale. Inoltre, in presenza di contributi unici e di rilevante valore, le informazioni sugli elementi comparabili affidabili potrebbero essere insufficienti per applicare un altro metodo. D'altra parte, non si farebbe normalmente ricorso a un metodo di ripartizione degli utili delle transazioni, quando un partecipante alla transazione esercita soltanto funzioni semplici e non apporta nessun contributo unico e di valore (come nel caso di attività di produzione a contratto e di attività di servizi a contratto in circostanze appropriate) poiché in tali casi un metodo di ripartizione degli utili delle transazioni non sarebbe generalmente appropriato alla luce dell'analisi funzionale di quel partecipante.*

Il metodo è basato su informazioni contabili di dettaglio di entrambe le società e talora per ragioni legate a differenti criteri di contabilizzazione o più semplicemente per disponibilità dei dati può comportare difficoltà applicative e di verifica.

In seguito alla breve illustrazione dei metodi, si segnala che oggi è generalmente accettato dalla prassi che l'utilizzo dei metodi basati sul confronto dei prezzi e dei margini netti o lordi delle transazioni (metodi unilaterali), non siano necessariamente gli approcci più appropriati per la valutazione delle transazioni infragruppo, in quanto il loro utilizzo andrebbe circoscritto a quei casi in cui, ad esempio, società del gruppo svolgono funzioni semplici e routinarie di produzione (come il produttore su commessa), di distribuzione (come il mero distributore), di prestazione di servizi (come il ricercatore su commessa) o altre, tutte comunque caratterizzate dall'assenza di partecipazione ai rischi imprenditoriali. Di tal che diventa maggiormente agevole identificare il soggetto con un profilo funzionale complesso e di rischio imprenditoriale versus la sua controparte, caratterizzata da un profilo funzionale semplice e di rischio minimo (*tested party*).

Pertanto il *Profit Split*, come metodo che aggiunge ad una analisi di comparabilità a condizioni di mercato anche l'identificazione di funzioni e rischi unici (non ordinari) e di complessa valorizzazione, diventa il metodo da applicare in tutte le ipotesi ove vi sia una stretta integrazione delle imprese associate e delle rispettive funzioni in ragione del modello di business più confacente al mercato di riferimento.

#### ***4. Verifiche fiscali in materia di prezzi di trasferimento***

Il controllo del *transfer pricing* cioè la valutazione economica delle operazioni infragruppo è considerato una attività strategica nell'ambito delle attività di controllo

svolte dalle Amministrazioni finanziarie europee e numerosi documenti di indirizzo domestico e presentati in ambito internazionale delle stesse Amministrazioni lo sottolineano periodicamente. I controlli sul transfer pricing sono strategicamente molto importanti anche nell'ambito di moltissime attività di cooperazione e controllo svolte da Amministrazioni finanziarie, nonché oggetto di progetti internazionali bi/multilaterali.

Controlli e contenziosi tra imprese e Amministrazioni fiscali dei Paesi Membri sono aumentati in modo cospicuo a partire dal 2009.

Infatti lo Stato di residenza della società “dante causa”, della società cioè che effettua la produzione o cede il bene, potrebbe tendere a ritenere che il corrispettivo sia insufficiente a remunerare adeguatamente lo scambio e, a sua volta, lo Stato di residenza della società “avente causa” potrebbe contestare la non proporzionalità per eccesso del costo sostenuto.

La conseguenza di ciò è che questi rapporti commerciali sono divenuti ormai la principale causa di doppia imposizione economica dei gruppi transnazionali, come risulta dall'esito della consultazione pubblica lanciata nell'aprile 2010 dalla Commissione europea. Recenti studi OCSE hanno, peraltro, dimostrato che più del 70 per cento degli scambi commerciali transnazionali avviene tra società appartenenti al medesimo gruppo e ciò in ragione della sempre più evidente tendenza dei gruppi a segmentare per motivi organizzativi e di convenienza economica le tipiche fasi in cui si articola l'attività dell'impresa tradizionale (creazione, produzione e scambio di beni e servizi) affidandole, al proprio interno, a società distinte e il più delle volte insediate in Stati diversi.

La prassi recente dell'Amministrazione italiana, desumibile dalle verifiche fiscali, dimostra che in aggiunta a proposte o accertamenti veri e propri basati sui concetti della circolare del 1980 (che l'attuale giurisprudenza mostra ancora attuali), vi sono

controlli basati sul contenuto delle vigenti direttive OCSE, con una sofisticazione anche ragguardevole per gli strumenti di analisi.

A titolo esemplificativo, in alcuni casi i verificatori hanno proceduto a calcolare il margine o a registrare il prezzo conseguito dall'impresa in verifica o dalla sua controllante o affiliata con altri operatori associati per confrontarlo col margine realizzato o col prezzo praticato dalla stessa impresa (o stessa controllante o stessa affiliata) con operatori indipendenti (uso di comparabili interni). Della differenza che provocasse un minor imponibile per l'impresa domestica oggetto di controllo è stata chiesta spiegazione all'impresa in verifica e ove la spiegazione non fosse stata convincente si è proceduto alla rettifica delle operazioni *intercompany* con conseguente rettifica del reddito.

In altre situazioni i verificatori hanno proceduto all'analisi della posizione complessiva di una impresa associata italiana rispetto ad un indice di redditività netta (*Transactional Net Margin Method, TNMM*), per confrontarla con quella di operatori indipendenti svolgenti simili funzioni ed estrapolati da un database pubblico (edito dal *Bureau Van Dijk*, talvolta). Ad esempio, per distributori affiliati italiani si è proceduto al calcolo del ROS (*return on sales* – redditività delle vendite o cd. margine operativo) confrontando tale indice di redditività con quello di analoghi distributori indipendenti operanti sul mercato, talvolta europeo, talvolta solo domestico (ove possibile).

In altre situazioni ancora si è partiti dall'analisi prodotta dal contribuente per contestarne l'adeguatezza, producendo un "contro studio" atto a determinare i *comparables* ritenuti più appropriati per valutare la transazione per il contribuente in analisi. Comunemente, l'Amministrazione riceve dal contribuente, a giustificazione dei prezzi applicati, uno studio commissionato a professionisti specializzati per un distributore italiano a basso rischio e per il quale i prezzi erano determinati col TNMM con l'indice del ROS (margine operativo sulle vendite).

I prezzi di trasferimento tra produttore estero e distributore italiano sono cioè determinati dopo che venga stabilita una corretta remunerazione (tramite un campione di soggetti comparabili) del distributore stesso. I comparabili sono generalmente individuati in società europee svolgenti attività di distribuzione a basso rischio. I verificatori contestano che i comparabili possano essere di tipo paneuropeo ritenendo adeguati comparabili solo italiani (con un ROS più alto), mentre il contribuente contesta tale scelta ritenendo che i comparabili italiani mostrino anche distributori a più alto rischio rispetto all'attività svolta dal distributore affiliato e quindi funzionalmente più complessi.

Da quanto precede emerge la tipologia di contestazioni mosse dai verificatori e un quadro che suscita qualche preoccupazione. In particolare, le imprese lamentano che in molti casi è mancata da parte degli organi verificatori una reale predisposizione a collaborare con esse, a prendere atto del loro business e delle ragioni a giustificazione dei prezzi di trasferimento da esse utilizzati e realizzati sulla base di studi approfonditi, spesso svolti con l'ausilio di professionisti specializzati del settore.

È doveroso sottolineare che nella materia dei prezzi di trasferimento l'OCSE richiede la massima collaborazione dell'Amministrazione con le imprese, sottolineando che in questa materia non vi sono certezze e le soluzioni vanno cercate caso per caso in relazione alla specificità del core business dell'impresa.

D'altra parte, la finalità del regime dei prezzi di trasferimento non è di contestare il valore normale per mere esigenze di gettito, ma di addivenire a una giusta composizione della pretesa dello Stato italiano rispetto a quella dello Stato concorrente, dello Stato cioè in cui ha sede la società controparte contrattuale. Si assiste, invece, sempre più a riprese di ricavi (o a riduzioni di costi) da parte dei verificatori nazionali che non sono accettate dall'altro Stato perché non adeguatamente giustificate, con evidenti effetti di duplicazione di imposizioni.

In questo contesto, l'accertamento con adesione sollecitato dagli uffici e il più delle volte accettato dalle imprese non deve trarre in inganno sul fatto che si sia giunti in questo modo ad una ipotetica, pacifica composizione della vertenza. Tale accertamento, infatti, produce effetti nei soli confronti dell'Amministrazione finanziaria del Paese interessato; dunque non evita la doppia imposizione con l'altro Stato in cui risiede la società del gruppo controparte dell'operazione commerciale e, soprattutto, non deve essere considerato sic et simpliciter come ammissione "di colpa" del contribuente, dal momento che a tale accertamento le imprese tendono ad aderire soprattutto perché preoccupate da contenziosi dall'esito incerto e dalle gravose sanzioni previste dai vari ordinamenti.

La Commissione Europea ha raccomandato, con la Comunicazione COM(2014)315 del 6 giugno 2014, l'adozione di strumenti e di procedure specifiche per la gestione del rischio in materia di Transfer Pricing e per le verifiche sui prezzi di trasferimento.

In coerenza con queste indicazioni è necessario elaborare e regolamentare una procedura specifica e obbligatoria per le verifiche di Transfer Pricing, scandita da precise fasi da sottoporre a controllo da parte di un team sovraordinato rispetto a quello che conduce la verifica. Ogni step di tale procedura dovrebbe essere regolamentato, partendo dalla comprensione del business e delle politiche di transfer pricing adottate, anche con il supporto di consulenze e competenze esterne specializzate, per arrivare ad una definizione dei prezzi di trasferimento che sia il più possibile coerente con le *Guidelines* OCSE.

### ***5. Pianificazione fiscale e abuso del diritto***

Con il termine di pianificazione fiscale internazionale si intende far riferimento a quella logica imprenditoriale che, tenendo conto delle diverse giurisdizioni fiscali, le

quali operano come vincolo e allo stesso tempo incentivo all'azione, determina l'allocazione tra i differenti Paesi degli investimenti e delle funzioni economiche di un'attività imprenditoriale complessiva, anche in relazione alle differenti forme giuridiche offerte, come la scelta tra società filiale ovvero stabile organizzazione senza autonomia giuridica.

L'obiettivo del gruppo è quello di massimizzare i profitti, obiettivo che ha, dal punto di vista fiscale, la necessità di ridurre al minimo il carico tributario complessivo nel rispetto di tutte le regole previste dalle giurisdizioni fiscali coinvolte.

Pare doveroso precisare che con il termine di diritto internazionale tributario si fa riferimento all'insieme di relazioni intercorrenti fra gli Stati in ambito fiscale (e solo in sott'ordine tra Stati e contribuenti) e perciò per effettuare uno studio di pianificazione fiscale ci si dovrà, invece, principalmente richiamare al diritto tributario internazionale dei singoli Paesi. Occorrerà analizzare sia la legislazione fiscale interna dei vari Paesi, sia le convenzioni internazionali eventualmente stipulate dagli stessi per evitare le doppie imposizioni.

Appare una prospettiva distorta quella di pensare all'istituto della globalizzazione attuato dalle multinazionali come ad un processo motivato da ragioni prevalentemente fiscali; la ricerca di economie sui costi di produzione, dei mercati di sbocco, di nuove fonti di approvvigionamento delle materie prime o di altre azioni imprenditoriali di delocalizzazione, rappresentano un modo storico dello sviluppo dell'economia capitalistica: per esempio possiamo pensare all'utilizzo di manodopera dei Paesi in via di sviluppo a causa del basso costo dei salari.

Tuttavia, nel processo di valutazione entra in gioco anche la variabile fiscale: a parità di condizioni (per esempio il costo del lavoro), un investimento in un Paese diventa più conveniente in relazione a quello in un altro per il minor livello di tassazione dell'attività d'impresa. Le problematiche alle quali abbiamo accennato, nonché la valutazione della convenienza economica di gestire un'attività estera tramite una

*branch* o una società controllata, di finanziarla con prestiti ovvero con capitale proprio, considerando gli aspetti fiscali e le disposizioni legislative dei vari Paesi, entrano tutte in gioco in uno studio di pianificazione fiscale.

Dal punto di vista giuridico, usualmente, gli ordinamenti tributari dei più importanti Stati prevedono che gli scambi tra imprese residenti in Paesi industrializzati, siano regolati dalla normativa sul *transfer pricing*.

Il rispetto delle regole sul *transfer pricing* nelle diverse giurisdizioni costituisce una verifica fondamentale della corretta e lecita pianificazione fiscale.

Come già accennato, in campo internazionale, gode di particolare consenso, raggiunto in sede OCSE, il principio fiscale di valutazione delle transazioni infragruppo secondo condizioni che avrebbero convenuto imprese indipendenti in circostanze simili.

Effettuando, perciò, una generalizzazione valida per molte tra le più importanti giurisdizioni, considerando le direttive e i principi OCSE, la generalizzazione è valida nella misura in cui le legislazioni nazionali dei Paesi vi aderiscono, l'impresa multinazionale si trova libera di pianificare ove localizzare gli investimenti, e perciò di ripartire rischi e funzioni dell'attività d'impresa nei vari Paesi.

Una volta presa questa decisione il gruppo si trova a dover rispettare le regole sulla remunerazione delle funzioni svolte dalle varie imprese nazionali secondo condizioni che avrebbero convenuto operatori indipendenti. L'ossequio a tale vincolo determina la localizzazione del reddito e l'applicazione delle normative di diritto tributario sostanziale vigenti nei vari Paesi.

A parità di condizioni potrebbe essere conveniente allocare le attività e i beni immateriali, che rappresentano la leva di generazione del profitto e la quota più importante della remunerazione complessiva, nei Paesi a fiscalità non eccessiva o con regimi fiscali preferenziali e di vantaggio. Tuttavia per conseguire questo fine si

dovranno rispettare le regole che determinano l'acquisto del possesso dei citati beni, verificando che le stesse siano eventualmente condivise dalle varie giurisdizioni fiscali interessate.

La distinzione tra abuso del diritto/elusione fiscale e legittima pianificazione degli investimenti, che tiene conto anche, ma non solo, di questo fattore, va valutata in relazione a due specifiche verifiche (che andiamo ad elencare) partendo, però, dalla premessa che il concetto di libertà d'impresa comprende anche la libertà di stabilimento geografico della stessa.

La prima verifica da effettuare per risolvere il dilemma pianificazione/elusione riguarda la risposta da dare alla seguente domanda:

1. l'imprenditore (il gruppo) rispetta le regole di attribuzione del possesso dei beni capitali o fattori di produzione secondo principi che avrebbero stabilito parti indipendenti in circostanze simili?

La seconda verifica riguarda la risposta al seguente quesito:

2. data una corretta allocazione geografica dei fattori produttivi, ottenuta rispondendo affermativamente alla domanda precedente, tali fattori di produzione sono remunerati secondo condizioni che avrebbero contrattato parti indipendenti in analoghe situazioni?

Ove si possa affermativamente rispondere anche a questa seconda domanda, non deve essere consentita alcuna censura di elusività al gruppo in questione, seppur quando siano sfruttate delle vantaggiose condizioni offerte da determinate giurisdizioni fiscali.

Quando accade che le regole di tassazione degli scambi infragruppo divergono nei vari Paesi o per mancata adesione al principio di regolarli secondo le condizioni che avrebbero convenuto imprese indipendenti o perché le giurisdizioni interessate

applicano metodi diversi per stabilire tali condizioni, la decisione di investimento deve tenere conto del concreto rischio e del correlativo onere di subire una doppia tassazione all'interno del gruppo.

In ambito europeo, la Commissione ha adottato il “pacchetto fiscale anti-elusione” costituito da una serie di iniziative legislative e non legislative dell'UE intese a rafforzare le norme contro l'elusione dell'imposta sulle società e a rendere la tassazione delle imprese più equa, semplice ed efficace. Esso si basa sulle raccomandazioni dell'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) formulate nel 2015 per affrontare il problema dell'erosione della base imponibile e trasferimento degli utili (BEPS).

Tra gli obiettivi del pacchetto rientra (i) impedire la pianificazione fiscale aggressiva; (ii) aumentare la trasparenza; (iii) creare un contesto più equo per le imprese nell'UE.

Il 12 luglio 2016 il Consiglio ha adottato la direttiva anti-elusione. La direttiva (ATAD) stabilisce una serie di misure giuridicamente vincolanti contro la pianificazione fiscale aggressiva. In particolare, la direttiva è volta ad affrontare le situazioni in cui i gruppi societari traggono profitto dalle disparità esistenti fra i sistemi fiscali nazionali al fine di ridurre il loro onere fiscale complessivo. A tal fine, prevede disposizioni giuridiche contro la pianificazione fiscale aggressiva relative a limitazioni sulla deducibilità degli interessi, norme sull'imposizione in uscita (ritenute alla fonte), norme sulle società controllate estere, una norma generale anti-abuso, norme sui disallineamenti da strumenti ibridi.

La direttiva garantirà inoltre che le misure anti-BEPS dell'OCSE siano recepite in modo coordinato, anche da parte dei 7 Stati membri dell'UE che non sono membri dell'OCSE.

## ***6. Il progetto OCSE: BEPS - Base Erosion And Profit Shifting e focus sui beni intangibili***

In occasione del G20 del luglio 2013, l'OCSE ha presentato il progetto più ambizioso che abbia mai affrontato, denominato BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) per il contrasto all'evasione ed elusione fiscale internazionale da parte delle Amministrazioni fiscali dei Paesi aderenti. L'obiettivo è sviluppare 15 azioni multilaterali atte a definire nuove linee guida per prevenire fenomeni di doppia non imposizione o manovre abusive da parte dei gruppi multinazionali. Particolare accento è posto sulla materia del transfer pricing.

Si registra anche in sede OCSE un crescente approccio antielusivo alla tematica dei prezzi di trasferimento. In particolare, il rapporto del febbraio 2013 evidenzia una preoccupante tendenza dei gruppi a “dirottare” la tassazione dei redditi derivanti da attività economiche esercitate in determinati Paesi verso altri Paesi a bassa fiscalità o addirittura verso paradisi fiscali.

Il rapporto ha messo in evidenza il fenomeno di dissociazione fra luogo di svolgimento dell'attività e luogo di tassazione dei relativi redditi cioè la crescente “segregazione” tra i paesi in cui si svolgono le attività economiche effettive e i paesi in cui emergono, ai fini fiscali, le basi imponibili; questo potrebbe essere in una certa misura riconducibile, fra le varie cause, anche agli attuali criteri di determinazione del transfer pricing applicati dagli operatori come strumenti che danno preminente rilievo alle strutture legali e contrattuali, favorendo fenomeni di profit *shifting*.

Il tema investe, anzitutto, l'adeguatezza degli standards e dei vigenti principi di fiscalità internazionale a collocare territorialmente i profitti delle imprese della new economy nei Paesi in cui esercitano la loro tipica attività digitale; ma riguarda anche aspetti che sono di estremo interesse per tutti i grandi gruppi multinazionali, con particolare riferimento al *business restructuring* e alla allocazione degli *intangibles*.

Alcune delle azioni individuate dall'Action Plan BEPS del 19 luglio 2013 si focalizzano, pertanto, sui prezzi di trasferimento, con l'obiettivo di sottoporre ad esame le attuali regole in tema di *intangibles*, di allocazione dei rischi o di business *restructuring* per assicurare una maggiore coerenza della quota di profitti attribuibile alle varie entità con l'effettivo apporto arrecato da ciascuna di esse alla creazione del valore di produzione del gruppo; per evitare, cioè, di riconoscere profitti esagerati ad una determinata entità solo perché essa, ad esempio, abbia assunto contrattualmente su di sé i rischi o i maggiori rischi dell'attività imprenditoriale complessiva del gruppo (oppure la proprietà degli *intangibles* da cui tale attività si sviluppa) e diminuire, di conseguenza, quelli riferibili alle entità che realmente realizzano la produzione e la commercializzazione dei beni e dei servizi: è proprio in questa ripartizione del profitto che si realizza fondamentalmente il fenomeno elusivo, laddove i gruppi collochino le società cui competono i rischi o la proprietà degli *intangibles* in Paesi a bassa fiscalità.

Tra i documenti di recente pubblicazione, si annovera appunto – per quello che interessa ai fini del presente paragrafo – il rapporto, nella sua versione definitiva “*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*”, (di seguito anche Rapporto OCSE 2014) sviluppato in seno all'Action 8, che evidenzia gli aspetti più rilevanti nella valutazione di operazioni che coinvolgono l'impiego e lo sviluppo di beni intangibili nelle transazioni infragruppo, al fine di assicurare che i profitti vengano tassati nel luogo dove il valore è stato effettivamente generato.

Preme segnalare che l'OCSE raccomanda l'adozione di misure volte a contrastare l'allocazione dei profitti sulla base della mera proprietà legale di un bene intangibile o in assenza di effettive funzioni e sostanziali rischi assunti.

Pertanto vengono evidenziati principi quali:

- (i) la necessità di assicurare un allineamento dell'attribuzione del reddito imponibile e della tassazione tra le società del gruppo multinazionale che tenga conto dell'elemento più importante, quale, la creazione del valore.

- (ii) nel caso di sinergie derivanti da azioni/decisioni definite a livello di gruppo, i benefici, frutto di tali strategie, devono essere ripartiti tra i membri del gruppo in proporzione al contributo da questi apportato.

Viene sottolineata l'importanza dell'analisi funzionale ai fini della comprensione delle funzioni svolte, degli assets impiegati e dei rischi assunti da ogni soggetto appartenente al gruppo.

In particolare per quanto concerne l'analisi funzionale e di comparabilità per determinare il valore normale per l'impiego o il trasferimento di un *intangible*, si deve procedere a:

- L'identificazione del bene immateriale;
- L'individuazione del soggetto che detiene la proprietà del bene immateriale;
- La determinazione del contributo apportato da ogni membro del Gruppo allo sviluppo, valorizzazione, manutenzione, protezione e sfruttamento del bene immateriale;
- Individuazione della natura della transazione che ha ad oggetto l'uso o il trasferimento del bene immateriale ed il modo in cui tale transazione contribuisca alla creazione del valore.

A questo punto risulta utile ripercorrere anche la definizione della locuzione "*Intangible*" fornita dallo stesso Rapporto OCSE 2014 " ... *something which is not physical assets or a financial asset, wick is capable of being owned or controlled for use commercial activities and whose use or transfer would be compensated, had it occurred in transaction between independent parties in comparables cicumtances*"<sup>2</sup> [par. 6.6 del Rapporto OCSE 2014 sui beni intangibili], definizione al quanto ampia e comunque non corrispondente alle definizioni utilizzate ai fini contabili e/o legali [6.7 e 6.8 del Rapporto OCSE sui beni intangibili].

---

<sup>2</sup> Traduzione in italiano: "una cosa che non è un bene tangibile o un'attività finanziaria, che è in grado di essere posseduta o controllata per essere impiegata in attività commerciali e il cui utilizzo o trasferimento verrebbe remunerato se avvenisse in transazioni tra soggetti indipendenti in circostanze comparabili".

Per quanto qui si intende approfondire, viene fornita una nuova e specifica definizione del Marketing Intangible quale “*An intangible that relates to marketing activities, aids in the commercial exploitation of a product or service, and/or has an important promotional value for the product concerned. Depending on the context, marketing intangibles may include, for example, trademarks, trade names, customer lists, customer relationships, and proprietary market and customer data that is used or aids in marketing and selling goods or services to customers.*”<sup>3</sup> [6.16 del Rapporto OCSE 2014 sui beni intangibili].

Successivamente nella sezione (B) viene posta enfasi alla ripartizione dei profitti derivanti dall'utilizzo di un *intangible* laddove il proprietario legale (o “*legal owner*”) del bene immateriale è diverso da chi svolge l'attività diretta allo sviluppo, valorizzazione, manutenzione, protezione e sfruttamento (proprietario economico o “*economic owner*”).

In merito a questo punto il Rapporto OCSE 2014, riporta il principio secondo cui qualora il *legal owner* svolga funzioni non rilevanti, impieghi assets non rilevanti e si assuma rischi altrettanto irrilevanti, limitandosi a detenere la proprietà legale del bene immateriale, non avrà diritto ai profitti derivanti dal loro sfruttamento, salvo un compenso *at arm's length* (a valori di mercato) in qualità di *legal owner*. Con tale assunto l'OCSE evidenzia l'importanza relativa al contributo fornito dalle società nella creazione del valore, sulla base delle funzioni svolte, beni impiegati e rischi assunti.

A tal proposito merita soffermarsi anche sulla considerazione sviluppata in merito al distributore che effettivamente sostiene i costi della sua attività di sviluppo e di marketing; per esempio, quando non vi è alcuna previsione contrattuale a carico del proprietario legale di rimborsare le spese, l'analisi dovrebbe concentrarsi sulla misura

---

<sup>3</sup> Traduzione in italiano: “*bene immateriale afferente le attività di marketing, in grado di facilitare lo sfruttamento commerciale di un prodotto o un servizio e/o che ha un importante valore promozionale per il prodotto, ad esempio: marchi, marchi commerciali, liste clienti, relazioni commerciali, e dati afferenti i clienti che vengano usati o facilitino l'attività di marketing e di vendita dei prodotti.*”

con cui il distributore è in grado di condividere i potenziali benefici derivanti dalle funzioni esercitate, beni impiegati, rischi assunti nel presente o nel futuro.

Infatti, in alcune situazioni (come nel caso dell'applicazione di modelli multidomestici) il distributore impiega uno sforzo dal quale scaturisce una creazione e/o aumento del valore dei beni immateriali impiegati, svolgendo funzioni e assumendo rischi superiori a quelli di altri distributori indipendenti in condizioni simili. In tali casi, il beneficio da attribuire al distributore dovrebbe essere determinato sulla base di ciò che un distributore indipendente richiederebbe in circostanze analoghe, vale a dire una remunerazione aggiuntiva da parte del proprietario del marchio o di altri beni immateriali. Tale remunerazione potrebbe assumere la forma di profitti più elevati di distribuzione (derivanti da una diminuzione del prezzo di acquisto del prodotto), una riduzione del tasso di royalty, o una quota dei profitti associati con il valore aggiunto dei marchi o di altri marketing intangibles, per compensare il distributore per le sue funzioni, i beni, i rischi, nonché la creazione di valore.

Inoltre, sempre il Rapporto OCSE 2014, in merito all'analisi di comparabilità, pone accento anche sulle caratteristiche di mercato, riconoscendo che vi possono essere specifiche caratteristiche in un determinato mercato geografico in cui i prodotti sono venduti e da cui possono derivare effetti in termini di prezzi o margini ovvero vantaggi e/o svantaggi tali da influenzare la comparabilità di due diverse transazioni.

#### Esempio 11 del Rapporto OCSE 2014

Per quanto d'interesse in questa sede, appare opportuno soffermarsi sull'esempio 11 del Rapporto OCSE 2014. Società "Primair" residente nello Stato X, la quale produce orologi commercializzati in diversi paesi nel mondo sotto il marchio (R). Primair risulta il titolare del marchio registrato (R) ed il marchio in questione è ampiamente conosciuto negli stati dove viene commercializzato; tuttavia il marchio (R) non è mai stato commercializzato nello Stato (Y) e di conseguenza non è riconosciuto nel rispettivo mercato.

Al fine di commercializzare gli orologi a marchio (R) nel mercato dello Stato (Y), Primair decide di entrare nel mercato costituendo una società di diritto locale, di seguito Società (S), la quale dovrà svolgere l'attività di distribuzione nel proprio mercato di riferimento. La società provvede inoltre a sviluppare il suo mercato, attuando un piano di marketing, supportandone tutti i costi ed assumendo tutti i rischi associati alla strategia promozionale implementata.

Il contratto tra la società (S) e Primair, non prevede un ammontare di spese di marketing, bensì che la Società (S) deve adoperarsi nel migliore dei modi affinché promuova e commercializzi gli orologi a marchio (R).

Poiché il distributore in questo caso sopporta costi e rischi per la sua attività di marketing, la questione diventa come la società (S) possa partecipare ai (potenziali) benefici dall'attività espletata, se si tiene conto di un'attenta analisi di comparabilità ed identificando diverse società indipendenti impegnate in funzioni di marketing e di distribuzione sotto simili condizioni e tenuto conto accordi di commercializzazione e distribuzione a lungo termine.

Si supponga, tuttavia, che il livello di spese di marketing della società (S) sostenuto in un arco temporale da 1 a 5 anni superi di gran lunga i costi di marketing che vengono sostenuti dai distributori comparabili indipendenti. Si supponga inoltre che l'elevato livello di spesa sostenuto dalla Società (S) rifletta le sue performance supplementari o più intense funzioni di quelle effettuate dai potenziali comparabili e che Primair e la Società (S) prevedano sulla base di queste funzioni aggiuntive di generare maggiore margini o un aumento del volume delle vendite dei prodotti.

Data l'entità delle attività di sviluppo del mercato intraprese dalla Società (S) è evidente che la Società (S) ha dato un contributo funzionale più elevato per lo sviluppo del mercato e del marketing intangibile, assumendo costi e rischi significativi rispetto alle società che svolgono una semplice attività distributiva e quindi ritenute potenzialmente comparabili.

Pertanto si può concludere che i profitti da attribuire alla Società (S) debbano essere significativamente superiori rispetto ai margini conseguiti da potenziali comparabili che svolgono la semplice attività distributiva sulla base di simili accordi di distribuzione a lungo termine.

Sulla base di questi fatti, vale a dire funzioni svolte ed i costi di marketing nettamente superiori ai livelli della funzione di un distributore indipendente, compreso il livello di spese di marketing che questi sostengano, la Società (S) non sarebbe adeguatamente compensata dai margini sulla rivendita degli orologi (R) realizzati da un puro e semplice distributore.

In questa circostanza, sottolineano le linee guida, sarebbe opportuno per l'Amministrazione fiscale dello Stato (Y) proporre una rettifica dei prezzi di trasferimento compensando la Società (S) per le attività di marketing svolte (tenendo conto dei rischi assunti e le spese sostenute) su una base coerente con quanto imprese indipendenti avrebbero realizzato in termini di profitto in transazioni comparabili.

In casi simili, le stesse raccomandazioni OCSE invitano a riflettere sulla necessità di un'analisi di comparabilità più dettagliata, che conduca alla determinazione di una adeguata remunerazione spettante. e che potrebbe essere basata sulla:

- Riduzione del prezzo pagato dalla società (S) per gli orologi a marchio (R), acquistati infragruppo da Primair per la successiva distribuzione. A tal fine viene raccomandata l'applicazione del *Profit Split*, sulla base del quale si provvede alla suddivisione dei profitti complessivi derivanti dalle vendite degli orologi a marchio (R) nel paese (Y) in primis, riconoscendo alla Società (S) e a Primair un rendimento di base per le funzioni che svolgono e successivamente ripartire l'utile residuo su una base che tenga conto del contributo fornito dalle due società nella generazione di reddito e del valore del bene intangibile.

- Compensazione diretta della Società (S) per l'eccesso di spese di marketing oltre ad un utile adeguato per le funzioni e rischi assunti, come le società potenzialmente comparabili.

Per una corretta trattazione del caso, preme dare evidenza di come il documento in commento valorizzi proprio l'adozione del *Profit Split* quale metodo più appropriato nella determinazione del valore delle transazioni in linea con il principio del valore normale, in casi simili e di difficoltà nell'identificare società comparabili in termini di attività di marketing svolte.

In aggiunta, sono le stesse Linee Guida OCSE a consigliare di porre particolare attenzione e prudenza all'utilizzo del TNMM in quanto questo metodo, nei casi in analisi, rischia di attribuire una quota troppo elevata dei profitti al *legal owner*, specie se i soggetti che svolgono una parte significativa delle funzioni principali, sono trattate come *tested party*, vale a dire come soggetti funzionalmente meno complessi.

E' evidente che l'applicazione del TNMM nell'esempio prospettato, condurrebbe all'attribuzione semplicistica di reddito alla società distributrice, senza tener conto dell'importanza di un'analisi funzionale e fattuale approfondita su ambedue i soggetti coinvolti nella transazione infragruppo.

## ***7. Verifiche fiscali internazionali: controlli congiunti e multilaterali***

Nella lotta comune contro l'evasione fiscale e l'evasione fiscale, le organizzazioni internazionali di governance hanno sviluppato strumenti diversi. Uno di questi strumenti è la verifica fiscale congiunta in cui due o più paesi si uniscono per formare un unico gruppo di verificatori per esaminare una questione / transazione di uno o più soggetti passivi correlati con attività commerciali transfrontaliere.

Le organizzazioni internazionali di governance, come l'OCSE, l'Unione europea e il Forum delle amministrazioni tributarie africane (ATAF), promuovono, tra l'altro,

l'utilizzo di audit fiscali congiunti come strumento per combattere la frode fiscale, l'evasione fiscale e la pianificazione fiscale aggressiva.

La letteratura su questo fenomeno si concentra prevalentemente sui vantaggi e gli ostacoli all'utilizzo dello strumento e sulla necessità di modificare la legislazione di riferimento. Inoltre, nella pratica si possono trovare indicazioni per le società invitate a partecipare ad un audit fiscale congiunto, nonché i riferimenti ai pochi audit fiscali congiunti condotti e ai risultati di un progetto pilota condotto dai Paesi Bassi e dalla Germania e dall'Italia e dalla Germania.

L'analisi porta a risultati che sostengono fortemente le iniziative di governance internazionali verso un quadro legislativo multilaterale sulle verifiche fiscali congiunte. Poiché la legislazione internazionale in questo settore dovrebbe essere redatta con grande cura, è consigliabile aumentare il numero di progetti pilota con lo scopo di condividere il know-how e costruire capacità tecniche. L'impresa e gli operatori raccomandano lo sviluppo del quadro legislativo multinazionale e di statistiche pubbliche sugli esiti dei controlli fiscali congiunti eseguiti.

Nella maggior parte degli stati, le verifiche delle società appartenenti a gruppi multinazionali e degli individui ad elevata capacità contributiva sono stati tradizionalmente svolti unilateralmente e separatamente o attraverso controlli fiscali simultanei.

Un controllo fiscale simultaneo è un accordo da parte di due o più paesi per esaminare contemporaneamente e indipendentemente, ognuno nel suo territorio, gli affari fiscali dei contribuenti (o del contribuente) in cui hanno un interesse comune o correlato allo scopo di scambiare tutte le informazioni pertinenti ottenute.

Invece, nel caso di una verifica fiscale congiunta, i due o più paesi si uniscono per formare un unico gruppo di lavoro con funzionari provenienti dalle Amministrazioni fiscali coinvolte per esaminare un tipo di transazione di uno o più soggetti passivi consociati (sia soggetti giuridici che privati) con attività commerciali transfrontaliere.

Ciò può includere transazioni transfrontaliere che riguardano società affiliate correlate organizzate nei paesi partecipanti e in cui i paesi hanno un interesse comune o complementare. In tal modo il contribuente è messo in condizioni di comunicare congiuntamente e condividere informazioni con i rappresentanti dei vari paesi.

Lo sviluppo di questi tipi di audit e gli importi di imposizione in ballo molto elevati richiedono una procedura efficiente per la risoluzione anticipata delle controversie fiscali già nel corso dell'attività istruttoria.

I lavori in sede europea hanno avuto essenzialmente l'obiettivo di armonizzare regole e istituti per evitare conflitti e doppia imposizione e favorire, viceversa, un approccio alla gestione del rischio basato sulla trasparenza e sulla fiducia. In particolare, occorre far sempre seguire, alla rettifica dei prezzi di trasferimento effettuata dall'Amministrazione di uno Stato, la corrispondente rettifica (di segno opposto) nell'altro Stato. In quest'ottica, è prevista la possibilità di effettuare, nel contesto della direttiva sulla cooperazione amministrativa, verifiche simultanee o congiunte (all'interno dell'Unione) per chiudere il gap oggi esistente fra gli istituti attivabili solo in via preventiva (APA o ruling unilaterali) e gli istituti che possono invece essere avviati solo dopo un accertamento (le procedure amichevoli della Convenzione arbitrale o delle convenzioni contro le doppie imposizioni).

Naturalmente, sarà poi necessario coordinare i risultati delle joint audit condotte dalle varie amministrazioni europee interessate, evitando che dopo una lunga istruttoria congiunta da parte delle autorità competenti, ciascuna arrivi alle proprie conclusioni (come sembra talora si verifichi) senza che vi sia stata una reciproca condivisione delle varie contestazioni. Come ipotesi alternativa, o parallela, rispetto alle joint audit, potrebbe essere previsto un onere di comunicazione in capo alle Autorità fiscali che operano la rettifica in un determinato Stato.

Tale comunicazione riguardante, esclusivamente, la ripresa in materia di prezzi di trasferimento dovrebbe essere indirizzata alle autorità fiscali dello Stato di residenza della controparte dell'operazione (o delle operazioni) con la descrizione delle

motivazioni economico-giuridiche che giustificano la rettifica e dei criteri applicati. L'altro Stato dovrebbe essere invitato a presentare le sue eventuali osservazioni o a porre in essere meccanismi compensatori per eliminare ex ante situazioni di doppia tassazione, ferma restando la disapplicazione delle sanzioni a tutela dell'impegno collaborativo del contribuente.

### **8. *Questioni di doppia imposizione economica***

Per doppia imposizione giuridica si intende quel fenomeno attraverso il quale un componente reddituale (ad esempio, dividendi o interessi) è assoggettato a imposizione due o più volte in capo al medesimo soggetto in due o più Stati; per doppia imposizione economica, invece, si intende il fenomeno per cui due o più soggetti sono assoggettati a imposizione sul medesimo componente reddituale da parte di due o più Stati, ad esempio, gli utili delle imprese associate<sup>4</sup>.

Si verifica doppia imposizione quando diversi Stati membri tassano lo stesso reddito. Può rappresentare un serio ostacolo fiscale per le imprese che operano in più di uno Stato membro, in quanto determina costi inutili e oneri amministrativi per le imprese stesse. La doppia imposizione nel mercato unico incide negativamente sugli investimenti transfrontalieri e causa distorsioni e inefficienze economiche.

L'11 novembre 2011 la Commissione europea ha pubblicato la Comunicazione *"Double Taxation in the Single Market"* [COM(2011)712]. Dopo aver illustrato gli svantaggi connessi alla doppia imposizione nel mercato interno e gli attuali (inadeguati) meccanismi per la sua soluzione, l'istituzione comunitaria delinea alcune possibili soluzioni. La Commissione definisce la doppia imposizione come la *"imposition of comparable taxes"* da parte di due o più giurisdizioni nei confronti del medesimo reddito. Fenomeni di doppia imposizione possono riguardare anche le

---

<sup>4</sup> Cfr. Commentario all'Articolo 23 A e B del Modello OCSE, paragrafi 1 e 2.

situazioni cd. “puramente domestiche”; tuttavia, nella comunicazione n. 712 dell’11 novembre 2011 si fa riferimento esclusivamente ai rapporti transfrontalieri.

In ambito internazionale, la doppia imposizione deriva dai casi c.d. di “dual residence” o di imposizione nello Stato di residenza e nello Stato della fonte.

La doppia imposizione economica in materia di prezzi di trasferimento deriva da un aggiustamento verso l’alto dei profitti di un’impresa in uno Stato membro dell’UE basato sul principio dell’*arm’s length* senza essere seguito da un corrispondente adeguamento a livello di un’impresa associata residente nell’altro Stato membro coinvolto nelle operazioni in esame.

La controversia sorge perché i due (o più) Stati membri dell’UE coinvolti non condividono lo stesso parere sulla corretta applicazione del principio dell’*arm’s length* a specifiche transazioni di consociate localizzate in diversi Paesi.

La base comune della proposta sulla base imponibile consolidata tra gli Stati membri (CCCTB) eliminerebbe il rischio di doppia imposizione nell’UE, ma in attesa dell’accordo su questo punto sono necessarie altre soluzioni.

Si precisa che le ipotesi di doppia imposizione emergenti dalla rettifica degli utili di imprese associate, in applicazione della normativa in materia di prezzi di trasferimento, costituiscono una delle fattispecie più ricorrenti tra quelle oggetto di controversie fiscali internazionali. Tanto in ragione del fatto che le valutazioni circa l’effettivo rispetto delle condizioni di libera concorrenza nell’ambito di operazioni tra imprese associate risultano caratterizzate da profili di particolare complessità e tecnicismo.

Nella succitata Comunicazione si rileva che, allo stato attuale della legislazione comunitaria, non è possibile rinvenire una disposizione che obblighi gli Stati membri

ad eliminare la doppia imposizione. Tali fenomeni non sono di per se stessi contrari alle disposizioni comunitarie, nella misura in cui derivano dall'esercizio parallelo delle sovranità fiscali da parte degli Stati Membri interessati. In sostanza, nessuna disposizione comunitaria obbliga gli Stati membri ad eliminare la doppia imposizione cd "non discriminatoria" in quanto la stessa non rientra nell'ambito di applicazione delle libertà fondamentali.

La maggior parte degli Stati membri ha concluso trattati fiscali bilaterali per mitigare la doppia imposizione quando essa si verifica, ed esistono procedure per comporre le eventuali controversie. Si tratta tuttavia di procedure lunghe, costose e che non sempre sfociano nella risoluzione della controversia. La convenzione multilaterale sull'arbitrato, concordata dagli Stati membri per comporre le controversie fra Stati membri, fornisce un aiuto. Il suo campo di applicazione è però limitato alle controversie in materia di prezzi di trasferimento, e non vi sono possibilità di ricorso in merito all'interpretazione delle norme.

La doppia imposizione è tra le questioni che suscitano maggiori preoccupazioni a livello comunitario e rappresenta uno degli ostacoli più rilevanti per le imprese che svolgono attività di business transfrontaliera. Essa è altresì fonte di incertezza legale e fiscale per il contribuente.

I fenomeni di doppia imposizione accrescono l'onere fiscale complessivo e conseguentemente hanno un impatto negativo sugli investimenti; come rilevato nella Comunicazione, ricerche empiriche dimostrano che la tassazione sulle società ha un impatto non irrilevante sulla scelta di localizzazione degli investimenti esteri, con pregiudizio per la competitività delle imprese nel mercato unico.

La doppia imposizione produce anche un impatto negativo indiretto: i contribuenti potrebbero evitare di incorrere in situazioni di doppia imposizione adattando la

propria condotta alle circostanze concrete. La doppia imposizione non solo un onere ma una vera e propria barriera allo svolgimento dell'attività economica.

Nella stessa Comunicazione si sottolinea che l'eliminazione della doppia imposizione, ove giuridicamente possibile, comporta talvolta costi eccessivi sul piano amministrativo e temporale.

### ***9. Strumenti di risoluzione della controversia fiscale transnazionale***

Come anticipato, le fonti internazionali di riferimento sono le Convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni e la Convenzione arbitrale europea.

Le Convenzioni bilaterali, oltre a contenere specifiche disposizioni atte a rimuovere o a mitigare in via primaria i fenomeni di doppia imposizione internazionale, prevedono uno specifico strumento di risoluzione delle controversie che possono eventualmente insorgere tra gli Stati: la procedura amichevole disciplinata dall'articolo 25 del Modello OCSE di convenzione per evitare le doppie imposizioni sul reddito e sul patrimonio (di seguito "Modello OCSE") e dal relativo Commentario.

La procedura amichevole è istituto di consultazione diretta tra le Amministrazioni fiscali degli Stati contraenti, le quali dialogano attraverso le rispettive "autorità competenti", nelle forme ritenute più idonee, con il fine di pervenire a un accordo sull'oggetto della procedura. In tal senso la MAP costituisce lo strumento per la risoluzione delle controversie internazionali, nelle situazioni in cui un soggetto residente di uno dei due Stati contraenti ritiene che le misure adottate da una o entrambe le Amministrazioni finanziarie comportano o comporteranno nei suoi confronti un'imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione.

L'Italia, come tutti i Paesi Membri, ha concluso un numero elevato di Convenzioni bilaterali, aventi come obiettivo l'eliminazione della doppia imposizione giuridica ed economica attraverso l'allocatione della potestà impositiva tra gli Stati contraenti. Ciascuna di esse include una disposizione equivalente all'articolo 25 del Modello OCSE, avente ad oggetto le procedure amichevoli.

Al fine di favorire una più efficace e trasparente gestione delle MAP, a partire dal 2004 l'OCSE ha avviato un progetto volto a migliorare il funzionamento dei meccanismi per la composizione delle controversie fiscali internazionali.

Tale progetto ha condotto, tra l'altro, alla stesura del Manuale OCSE in tema di efficace gestione delle procedure amichevoli (*“Manual on Effective Mutual Agreement Procedures”, di seguito MEMAP*). Quest'ultimo fornisce alle Amministrazioni fiscali e ai contribuenti le informazioni di base sul funzionamento delle MAP, identificando alcune *best practices* cui le Amministrazioni fiscali degli Stati membri dovrebbero conformarsi.

Anche le Linee guida OCSE sulla determinazione dei prezzi di trasferimento, all'interno del Capitolo IV relativo agli strumenti amministrativi per evitare e risolvere le controversie generate da rettifiche di transfer pricing, dedicano un apposito paragrafo all'impiego delle MAP. In esso vengono messi in luce tanto gli aspetti generali quanto quelli più strettamente connessi con la problematica delle rettifiche corrispondenti, da effettuare in caso di rettifiche primarie di transfer pricing.

Accanto alle Convenzioni bilaterali vige la menzionata Convenzione arbitrale 90/436/CEE, attivabile in ipotesi di doppia imposizione economica generata da rettifiche dei prezzi di trasferimento praticati fra imprese associate residenti nell'Unione europea.

Ai fini dell'applicazione della Convenzione arbitrale occorre, altresì, fare riferimento alle raccomandazioni contenute nel *“Codice di condotta per l'effettiva attuazione della Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate”*, adottato dal Consiglio dell'Unione europea in data 22 dicembre 2009 (di seguito *“Codice di condotta”*).

## CAPITOLO 2

### **Adozione della Convenzione 90/436/CEE relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili delle imprese associate**

Il presente Capitolo intende analizzare le motivazioni che hanno ispirato le istituzioni comunitarie ad intervenire ed elaborare la Convenzione 90/436/EEC (nel prosieguo anche Convenzione europea o arbitrata) del 23 luglio 1990 relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili delle imprese associate, in attuazione del principio di proporzionalità e di leale cooperazione.

Il preambolo della proposta ne confermava l'obiettivo: *“considerando che è probabile che la doppia imposizione possa provocare distorsioni in situazioni di concorrenza e nei movimenti di capitale e che quindi possa ostacolare l'instaurarsi del mercato comune”*.

Tale fonte intergovernativa disciplina infatti una specifica procedura per la composizione delle controversie internazionali in materia di prezzi di trasferimento applicati tra imprese localizzate in diversi Stati Membri e per la risoluzione dei problemi di doppia imposizione che emergono in conseguenza di rettifiche unilaterali, da parte dell'Autorità fiscale di uno Stato membro, degli utili di un'impresa ivi residente.

Più in particolare, la Convenzione arbitrata trova applicazione quando, ai fini dell'imposizione, gli utili inclusi negli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono (o saranno) probabilmente inclusi anche negli utili di un'impresa di un altro Stato contraente a seguito dell'aggiustamento dei prezzi di trasferimento operato dall'Amministrazione finanziaria di uno Stato.

Alla base dell'applicazione della Convenzione risiede il principio cardine cui devono ispirarsi le imprese nella determinazione dei prezzi infragruppo, vale a dire il principio di libera concorrenza, desumibile dal disposto dell'art. 4, allorché si parla di “*condizioni convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti*”.

Per avere una visione chiara su quali siano i meriti e la fattibilità di queste procedure è prima importante avere una comprensione della storia della Convenzione e dei recenti tentativi di migliorarne il funzionamento; nonostante qualche sforzo in tal senso si continuano ad identificare alcune strozzature che ostacolano il funzionamento della Convenzione. Successivamente, i piani previsti dalla Commissione saranno analizzati, anche alla luce dei recenti sviluppi a livello OCSE.

### ***1. Storia dell'adozione della Convenzione Arbitrale***

Le origini della Convenzione risalgono al programma d'azione della Commissione per la tassazione del 1975, in cui ha annunciato l'intenzione di emettere una proposta per l'eliminazione della doppia imposizione dovuta alla rettifica dei profitti da parte degli Stati membri dell'UE<sup>5</sup>. Il motivo iniziale di una tale proposta, tuttavia, non era l'effetto negativo dell'esistenza di doppia imposizione in quanto tale.

L'istituzione della allora Comunità economica europea ha causato un aumento degli scambi transfrontalieri e l'istituzione di imprese multinazionali. La Commissione europea temeva che tale aumento avrebbe portato a situazioni in cui queste multinazionali avrebbero trasferito artificialmente i profitti in modo da trarre beneficio dai vantaggi fiscali manipolando i prezzi di trasferimento o le transazioni tra le imprese associate residenti in diversi Stati membri dell'UE.

---

<sup>5</sup> Cfr. Commission Communication on an action programme for taxation, COM(75) 391 final (23 July 1975), para. 25.

Al fine di contrastare tali pratiche o il loro rischio, la Commissione europea ha emesso, nel marzo 1976, una proposta di direttiva che è stata conosciuta come direttiva relativa all'assistenza reciproca amministrativa: direttiva 77/799 / CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1977, concernente la mutua collaborazione da parte delle autorità competenti degli Stati membri nel campo della fiscalità diretta e della tassazione dei premi assicurativi.

La direttiva è stata sostituita dalla direttiva relativa alla mutua assistenza dell'UE (2011): Direttiva 2011/16 / UE del Consiglio, del 15 febbraio 2011, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore della fiscalità relativa allo scambio di informazioni nell'accertamento delle imposte dirette.

La Commissione europea era tuttavia convinta che un aumento dello scambio di informazioni, a seguito dell'adozione della direttiva in parola, avrebbe potuto anche causare un aumento del numero di casi di doppia imposizione in materia di prezzi di trasferimento all'interno di un gruppo di imprese con operatività transazionale.

Il paragrafo 10 del preambolo del progetto di direttiva sulla mutua assistenza amministrativa (77/799) ha affermato che, *“it is not impossible that the introduction of measures for a wider exchange of information between the tax administrations will bring about an increase in the number of cases where there is double taxation, especially in the field of transfer pricing within groups of companies [...]”*.

Secondo la Commissione, tale doppia imposizione comporterebbe distorsioni nelle condizioni di concorrenza nel mercato comune e anche nei movimenti di capitali tra le imprese associate. La Commissione ha affermato che, se si verificasse tale doppia imposizione, i contribuenti dovrebbero essere certi che tale doppia imposizione (potenziale) verrebbe eliminata.

A questo proposito, la Commissione europea aveva contestualmente annunciato di emettere una proposta di direttiva relativa all'eliminazione della doppia imposizione a seguito dell'adeguamento degli utili tra le imprese collegate<sup>6</sup>.

La proposta di direttiva del Consiglio relativa all'eliminazione della doppia imposizione in relazione all'adeguamento dei prezzi di trasferimento applicati tra imprese collegate tramite procedura arbitrale<sup>7</sup> è stata emessa nel 1976. La Commissione europea ha voluto che entrambe le proposte di direttiva fossero adottate contemporaneamente, in quanto complementari<sup>8</sup>.

Questa proposta era allora unica in ambito fiscale internazionale, poiché non esistevano trattati fiscali che includevano una procedura obbligatoria per risolvere le controversie. Al contrario, le convenzioni bilaterali esistenti in quel momento prevedevano solo una procedura amichevole per il raggiungimento di un accordo comune che li impegna a cercare di eliminare la doppia imposizione, pur non prevedendo un obbligo di risultato. Il Consiglio non ha tuttavia potuto raggiungere l'unanimità richiesta per adottare la proposta di direttiva arbitrale: solo la Danimarca era disposta ad adottarla<sup>9</sup>.

In sostanza, gli Stati membri dell'UE hanno sollevato tre obiezioni alla proposta.

Innanzitutto, la natura obbligatoria e vincolante della procedura di arbitrato che si sarebbe applicata se le autorità competenti interessate non fossero riuscite a raggiungere un accordo comune entro un periodo di due anni. Poiché la decisione della commissione arbitrale sarebbe stata direttamente vincolante per le

---

<sup>6</sup> Cfr. European Commission, Ninth General Report on the Activities of the European Communities (Feb. 1976).

<sup>7</sup> Cfr. COM(76) 611 final (2 Dec. 1976)

<sup>8</sup> Goergen, al tempo direttore del dipartimento Fiscalité of the European Community; Interview R. Goergen, *Tax Planning Intl. Forum* 4, p. 61 (1978)

<sup>9</sup> Documento del Consiglio R/960/78 (FIN 250) of 24 Apr. 1978, par. 3. Belgio, Francia, Irlanda, Italia e Regno Unito opposero una procedura arbitrale obbligatoria nella sua interezza. Cfr. H.M. Liebman & H. Tielemans, *European Community, Tax Planning Intl. Rev.* 4, pp. 17-18 (1982) e *See Netherlands Parliamentary History on the Netherlands 1985 Budget in Questions and Answers*, Vakstudie Nieuws 2447 (1984).

Amministrazioni coinvolte (nonché sui contribuenti), gli Stati membri dell'UE avrebbero subito una contrazione della sovranità fiscale dopo la scadenza del biennio.

In secondo luogo, preoccupava l'assenza nella direttiva di qualsiasi possibilità di negare l'accesso alle procedure in caso di identificazione di frodi commesse dall'impresa o le imprese associate o nel caso in cui non si fosse verificata alcuna doppia imposizione a seguito dell'imposizione di un aggiustamento del profitto.

Infine, circa l'eventuale competenza della Corte di giustizia di pronunciarsi sul contenuto della proposta direttiva e sulla sua applicazione da parte degli Stati membri dell'UE preoccupava la questione del monitoraggio dello Stato membro dell'UE in particolare se avesse agito o no in linea con le disposizioni della direttiva proposta e / o avesse adeguatamente attuato tali disposizioni.

Un altro timore degli Stati membri dell'UE riguardava il fatto che i giudici della Corte di giustizia sarebbero diventati competenti per pronunciarsi sulle controversie sui prezzi di trasferimento, senza che avesse sufficiente conoscenza e esperienza in questo campo altamente tecnico e valutativo.

Sebbene gli Stati membri dell'Unione europea non abbiano accolto con favore la proposta di direttiva arbitrare, la maggior parte ha tuttavia riconosciuto il problema della doppia imposizione e del suo impatto sullo sviluppo economico del mercato comune. Il punto principale del disaccordo tra gli Stati membri da un lato e la Commissione europea dall'altro era sostanzialmente la forma giuridica dello strumento arbitrare e l'obbligo di risultato con l'intervento delle istituzioni europee.

Gli Stati membri dell'UE, su proposta dei Paesi Bassi, hanno preferito la sottoscrizione di una convenzione multilaterale sulla base dell'articolo 220 del trattato CE (ora abrogato) piuttosto che di una direttiva ai sensi dell'articolo 100. Ai sensi dell'articolo 220, gli Stati membri dell'UE dovevano: “[s]o far as is necessary,

*enter into negotiations with each other with a view to securing for the benefit of their nationals the abolition of double taxation within the Community”.*

Secondo gli Stati membri dell’Unione europea, una simile convenzione multilaterale non avrebbe fatto parte delle fonti dell’ordinamento comunitario (ora UE) e, di conseguenza e gli Stati non avrebbero dovuto rinunciare a una parte della loro sovranità in materia fiscale, poiché la competenza della Corte di giustizia non sarebbe stata estesa ai casi relativi alla convenzione in parola. Il servizio giuridico del Consiglio e la Commissione espressero obiezioni circa la scelta della convenzione multilaterale quale base giuridica<sup>10</sup>.

Questa differenza di opinioni, insieme ad altri disaccordi, hanno portato ad un arresto delle negoziazioni. Altri punti di discussione riguardarono (1) l’ambito di applicazione della procedura arbitrale e se dovesse essere esteso a tipi di doppia imposizione diversi da quelli derivanti dalla rettifica dei prezzi di trasferimento, (2) l’effetto vincolante della procedura arbitrale, (3) l’interazione con le procedure nazionali di ricorso giurisdizionale domestico e (4) la possibilità di revisione delle decisioni arbitrali da parte dei giudici nazionali o dalla Corte di giustizia.

Nel 1984, Tugendhat, in quel momento un membro della Commissione incaricato della fiscalità, ha interrotto questa situazione di stallo attraverso due azioni<sup>11</sup>. In primo luogo, egli suggerì di combinare le tre proposte pendenti nell’ambito dell’imposizione diretta: la *Parent-Subsidiary Directive* (90/435)<sup>12</sup>, la *Merger*

---

<sup>10</sup> Cfr. Council docs. R/912/78 (JUR 55 FIN 230) of 28 Apr. 1978, pp. 3-5 and 7829/85 (JUR 99 FISC 74) of 26 June 1985, pp. 2-3.

<sup>11</sup> Cfr. Commission Communication on fiscal measures aimed at the encouragement of cooperation between undertakings of different Member States, COM(85) 260 (5 July 1985), par. 1-2.; J.F. Chown, *IFA Congress 1988 – Draft EC Directives on Parent-Subsidiary Directive, on Mergers and on Arbitration*, Vol. 13b, p. 37 (International Fiscal Association 1989); P. Farmer & R. Lyal, *EC Tax Law* p. 307 (Clarendon Press Oxford 1994); D. Schelpe, *The Arbitration Convention: Its Origin, Its Opportunities and Its Weaknesses*, EC Tax Rev. 4, p. 69 (1995); and E. Van der Bruggen, *The European Court of Justice and the Free Movement of Tax Treaty Judgments*, EC Tax Rev. 2, p. 58 (2002)..

<sup>12</sup> Cfr. Parent-Subsidiary Directive (1990): Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States, EU Law IBFD.

*Directive (90/434)*<sup>13</sup> la *Arbitration Directive/Arbitration Convention (90/436)* in un singolo pacchetto fiscale.

In secondo luogo, la Commissione europea ha ritenuto preferibile (temporaneamente) introdurre una procedura arbitrale tramite una convenzione multilaterale piuttosto che rinunciare ad introdurre una procedura amministrativa in essere idonea alla risoluzione delle controversie fiscali internazionali in materia di prezzi di trasferimento<sup>14</sup>. In altre parole, ha accettato di perseguire una convenzione multilaterale piuttosto che una direttiva. Dopo ampie discussioni nel periodo 1984-1990 relative a questioni riguardanti la direttiva Madre-Figlia (90/435) e la direttiva sulle Fusioni (90/434), il Consiglio ha infine acconsentito il 23 luglio 1990 alle tre misure quali parti integranti del pacchetto fiscale menzionato<sup>15</sup>.

Le procedure della direttiva arbitrale inizialmente proposta sono state modificate in due modi. In primo luogo, la “commissione arbitrale” è stata trasformata in una “commissione consultiva”. Di conseguenza, gli Stati membri dell’UE non sono direttamente e in prima istanza vincolati dal parere di questa commissione consultiva, ad esclusione del caso in cui non riescano a raggiungere una decisione definitiva per eliminare la doppia imposizione entro sei mesi dalla data in cui la commissione fornisce il proprio parere.

In secondo luogo, una clausola relativa all’inammissibilità della procedura in caso di frode fiscale è stata inclusa nell’articolo 8 della Convenzione, consentendo agli Stati membri dell’UE di precludere l’accesso e l’avvio di una procedura arbitrale in caso di sanzioni gravi. Secondo gli Stati membri dell’UE, senza includere una tale clausola,

---

<sup>13</sup> Cfr. EU Merger Directive (1990): Council Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the Common System of Taxation Applicable to Mergers, Divisions, Transfers of Assets and Exchanges of Shares Concerning Companies of Different Member States, OJ L 225 (1990), EU Law IBFD.

<sup>14</sup> Cfr. J.C. Scholsem, *EC: The Proposal for a Council Directive on the Elimination of Double Taxation Arbitration Procedure*, Intertax 11-12, p. 427 (1982).

<sup>15</sup> Cfr. Commission White Paper on completion of the Internal Market, COM(1985) 310 final (14 June 1985), EU Law IBFD e Commission Communication on Guidelines on company taxation, SEC(1990) 601 final (20 Apr. 1990).

verrebbero effettivamente invitati i contribuenti a manipolare arbitrariamente e fraudolentemente i loro prezzi di trasferimento, in quanto l'eliminazione della doppia imposizione sarebbe sempre garantita anche in tali casi.

Come già accennato, per ragioni pratiche, la Commissione europea ha temporaneamente accettato l'adozione di una procedura con forma giuridica di una convenzione multilaterale a discapito della direttiva arbitrale. Tuttavia, ha sempre mantenuto la sua preferenza per la direttiva, quale strumento giuridico più appropriato per eliminare la doppia imposizione derivante da controversie relative ai prezzi di trasferimento in ambito europeo.

Tale travagliato processo di negoziazione tra istituzioni europee e Stati Membri, tra l'altro, è stato seguito da una comunicazione del 20 aprile 1990 in cui la Commissione europea ha invitato gli Stati membri dell'UE ancora una volta ad adottare la proposta di direttiva arbitrale. A questo proposito, non sorprende che non abbia revocato la proposta di direttiva arbitrale anche dopo l'adozione della Convenzione europea<sup>16</sup>. La Commissione europea non ha tuttavia avviato alcuna azione legale per contestare la validità della Convenzione.

Sebbene Schelpe nota nel 1995 che la Commissione europea avrebbe voluto contestare la validità della Convenzione sull'arbitrato comunitario nel futuro, questo non accadde. In effetti la Commissione aveva riconosciuto che la Convenzione era stata redatta in modo da introdurre un obbligo di risultato sugli Stati e di garantire l'eliminazione della doppia imposizione.

La proposta di direttiva arbitrale è stata ritirata solo il 20 novembre 1996, quasi due anni dopo l'entrata in vigore della Convenzione.

---

<sup>16</sup> Cfr. B.H. Kuile Ter, *Juridische aspecten van de fiscale soevereiniteit in de interne markt*, Weekblad Fiscaal Recht 10, para. 3 (1991); F.J. Wattel, *Europees recht en (direct) belastingrecht (1)*, FED 381, para. 6 (1991) and A.C.G.A.C. De Graaf, *Gezamenlijk of gemeenschappelijk beleid ter voorkoming van dubbele belasting binnen de Gemeenschap? De betekenis van artikel 220 EG Verdrag*, Maandblad Belasting Beschouwingen 11, p. 340 (1997).

## *2. Natura giudica e base legale*

Sotto il profilo giuridico, come discusso, la fonte normativa prescelta, la Convenzione, rappresenta l'esito di un annoso periodo di negoziazione iniziato nel 1976 con la proposta di una direttiva avanzata dalla Commissione. Le disposizioni in commento, con la sua natura di trattato internazionale multilaterale, assumono una dimensione prevalentemente intergovernativa, in attuazione di un metodo meno sovranazionale di quello comunitario (tramite l'adozione di una direttiva), ma pur sempre più sovranazionale di un metodo puramente internazionale (si pensi a tal proposito alle Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni).

L'adozione di una convenzione multilaterale firmata da tutti gli Stati membri potrebbe denotare la volontà degli stessi di sottrarre la materia all'influenza delle istituzioni comunitarie, inclusa la competenza della Corte di Giustizia europea.

D'altra parte gli Stati membri sono tenuti ad esercitare la potestà impositiva nel rispetto del diritto comunitario (la libertà di movimento) e i principi interpretativi dalla Corte di Giustizia, tra cui il divieto di restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali, che si manifesta anche tramite il medesimo trattamento fiscale tra residenti con attività interna e residenti con attività transfrontaliera, nonché il rispetto del principio di non discriminazione e uguale trattamento fiscale del soggetto residente e quello non residente nello stato della fonte.

Tutte le considerazioni sopra menzionate, ci permetteranno di elaborare importanti considerazioni sull'effettivo stato di sviluppo delle libertà economiche fondamentali, soprattutto quella di stabilimento, e sul livello di tutela del contribuente europeo.

Dall'esperienza pratica, come si vedrà, non si può non rilevare come a tutt'oggi rimangano irrisolte la maggioranza delle questioni di doppia imposizione e i limiti

della procedura arbitrale prevista dalla Convenzione, con riflessi negativi sull'operatività delle imprese multinazionali e sull'integrazione del mercato interno.

Lo stato giuridico della Convenzione è stato oggetto di un ampio dibattito in letteratura. Ciò non solo riguardava la sua posizione nel diritto internazionale e europeo, ma anche se gli Stati membri dell'UE hanno legittimamente concluso la Convenzione nel 1990, poiché, in quel momento, la proposta di direttiva arbitrale era ancora pendente dinanzi al Consiglio.

La conclusione generale è che, per due ragioni principali, la Convenzione è stata legittimamente conclusa dagli Stati membri dell'UE<sup>17</sup>:

(1) del 1978, il Consiglio aveva già, anche se informalmente, rifiutato la proposta di direttiva arbitrale. Era dunque chiaro che gli Stati membri non avrebbero adottato tale proposta<sup>18</sup>; e

(2) nel 1984, la Commissione europea stessa suggerì di includere la proposta di una convenzione multilaterale in un pacchetto unico con le proposte di direttiva madre-figlia e sulle fusioni, ammettendo così la volontà politica.

Si può pertanto concludere che nessun valore effettivo potesse essere attribuito alla proposta di direttiva arbitrale e che, conseguentemente, gli Stati membri dell'Unione europea potevano legittimamente sottoscrivere la Convenzione. Come indicato in precedenza, la Commissione europea non ha mai contestato la validità giuridica della Convenzione, che, a meno di quattro anni di sospensione, è rimasta in vigore per oltre 20 anni.

---

<sup>17</sup> Cfr. L. Hinnekens, *The EU Arbitration Convention and Its Legal Framework: Part I*, British Tax Rev. 2, pp. 143-144 (1996); L. Hinnekens, *The European Tax Arbitration Convention: Time to Make the Best of It*, 38 Eur. Taxn. 11/12, p. 447 (1998); L. Hinnekens, *The Search for an Effective Structure of International Tax Arbitration within or without the European Community*, in *Settlement of Disputes in Tax Treaty Law* p. 547 (M. Lang & M. Züger eds., Linde Verlag 2003); L. Hinnekens, *The Uneasy Case and Fate of Article 293 Second Indent EC*, Intertax 11, p. 606 (2009) e Schelpe, *supra* n. 14, at 71. Per un opposto punto di vista, Cfr. De Graaf, *Avoidance of International Double Taxation: Community or Joint Policy?* EC Tax Rev. 4, pp. 274-275 (1998).

<sup>18</sup> Cfr. K. Raad, *Interpretation and Application of Tax Treaties by Tax Courts*, 50 Bull. Intl. Fiscal Docn. 1, p. 6 (1996), Journals IBFD

Per quanto riguarda la base giuridica non esiste altresì un accordo, in letteratura, sul fatto che la Convenzione sia parte del diritto dell'UE<sup>19</sup>. Si sottolinea che la Convenzione non fa parte dell'*acquis* comunitario ma è invece un accordo multilaterale del diritto pubblico internazionale per tre motivi.

Innanzitutto, gli Stati membri dell'UE sono gli unici Stati firmatari della Convenzione: per la firma hanno agito in qualità di stati sovrani e non come Stati membri dell'UE. In secondo luogo, gli Stati membri dell'UE hanno concluso la convenzione durante la riunione in seno al Consiglio, ma non nella forma di decisione del Consiglio. La firma in occasione di tale riunione è stata infatti perfettamente logica, in quanto il Consiglio ha adottato, nella stessa riunione, la direttiva Madre-Figlia e la direttiva Fusioni in cui tutti i membri dell'UE e tutti i rappresentanti degli Stati erano presenti.

In terzo luogo gli Stati membri dell'UE hanno volutamente stipulato una convenzione multilaterale per mantenere i meccanismi di risoluzione delle controversie fiscali al di fuori della sfera d'influenza dell'Unione europea. Ciò con riferimento, in particolare, all'eventuale competenza della Corte di giustizia europea in questo settore, nonché la potenziale perdita di sovranità. Un accordo multilaterale sulla base dell'articolo 220

---

<sup>19</sup> Per la letteratura in supporto della Convenzione come parte del diritto europeo, cfr.: E.J.W. Heithuis, *Het arbitrageverdrag: een vreemde eend in de Europese fiscaalrechtelijke bijt!*?, Weekblad Fiscaal Recht 1863, par. 2 and 4 (1994) e D. De Carolis, *The European Arbitration Convention on Transfer Pricing: Legal Fossil or Instrument of New European Governance?*, Intertax 5, p. 310 (2013). Per le argomentazioni opposte Cfr., B.H. Kuile Ter, *Enige aspecten van belastingharmonisatie*, Preadvies NOB Vennootschapsbelastingrecht pp. 222-223 (IBFD 1991); De Graaf, *supra* n. 21, issue 10, at 297, and issue 11, at 333-334; *supra* n. 24 (1998), at 262 and 268-269, and (2004), at 27 and 76-81; M. Züger, *Mutual Agreement and Arbitration Procedure in a Multilateral Tax Treaty*, in *Multilateral Tax Treaties: New Developments in International Tax Law* pp. 167 and 173 (M. Lang et al eds., Kluwer Law International 1998) e M. Züger, *Arbitration under Tax Treaties: Improving Legal Protection in International Tax Law* sec. 4.2.4. (IBFD 2001); M. van Herksen, *How the Arbitration Convention Lost Its Lustre – the Threat of Triangular Cases*, Intertax 8-9, p. 333 (2008); and B. Terra & P.J. Wattel, *EC Tax Law* pp. 275-276 (Kluwer Law International 2008); L. Hinnekens, *The Tax Arbitration Convention. Its Significance for the EC Based Enterprise, the EC Itself and for Belgian and International Tax Law*, EC Tax Rev. 2, pp. 82-83 (1992); L. Hinnekens, *Compatibility of Bilateral Tax Treaties within European Community Law. The Rules*, EC Tax Rev. 4, pp. 160-162 (1994); Hinnekens (1996), *supra* n. 24, at 145-146; L. Hinnekens, *The Monti Report: the Uphill Task of Harmonizing Direct Tax Systems of EC Member States*, EC Tax Rev. 1, pp. 32 and 40 (1997); Hinnekens (1998), *supra* n. 24, at 448-449; L. Hinnekens, *Different Interpretations of the European Tax Arbitration Convention*, EC Tax Rev. 4, pp. 249-250 (1998); Hinnekens (2003), *supra* n. 24, at 547-548; Hinnekens (2009), *supra* n. 24, at 604 and L. Hinnekens, *European Arbitration convention: Thoughts on Its Principles, Procedures and First Experience*, EC Tax Rev. 3, pp. 112 and 115 (2010); and G. Maisto, *Shaping EU Company Tax Policy: The EU Model Tax Treaty*, 42 Eur. Taxn. 8, p. 307 (2002), Journals IBFD.

del trattato CEE ha offerto una fuga per gli Stati membri dell'UE dalla normativa comunitaria e rispetto ad una misura con efficacia diretta che costituisce la legislazione secondaria dell'UE.

Non essendo dunque uno strumento di diritto dell'UE, gli Stati membri dell'UE hanno mantenuto la loro libertà per quanto riguarda l'applicazione e l'attuazione della Convenzione. Ciò ha tuttavia un aspetto negativo nel senso che i contribuenti sono dotati di minore protezione giuridica e hanno anche meno garanzie che la doppia imposizione venga effettivamente eliminata rispetto al caso in cui fosse stato adottato uno strumento di diritto comunitario.

### ***3. Modalità di funzionamento***

Quanto alle fasi e ai tempi del procedimento di rettifica dei prezzi di trasferimento, la Convenzione dispone:

- l'obbligo dello Stato che intende procedere alla rettifica degli utili derivanti da operazioni infragruppo di informare l'impresa interessata, cosicché questa abbia la possibilità di informare l'altra impresa, e quest'ultima possa informare a sua volta l'altro Stato contraente (art. 5);
- la possibilità che tra le imprese interessate e le relative Amministrazioni finanziarie si giunga direttamente ad un accordo che consenta di evitare le doppie imposizioni;
- la procedura amichevole da instaurarsi in assenza di tale accordo (art. 6);
- la procedura arbitrale, da attivare se entro due anni le Autorità competenti non raggiungono un accordo che elimini la doppia imposizione (art. 7 e 11).

A norma dell'art. 6 della Convenzione, l'impresa ha la facoltà di sottoporre il caso all'Autorità competente dello Stato contraente di cui è residente o nel quale è situata la sua stabile organizzazione, indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale degli Stati contraenti interessati. Il caso deve essere sottoposto entro i tre anni che seguono la notifica della misura nazionale.

L'Autorità competente, se il reclamo appare fondato, farà del suo meglio per regolare il caso per via amichevole con l'Autorità competente di qualsiasi altro Stato Membro interessato, al fine di eliminare la doppia imposizione.

Qualora le Autorità competenti non raggiungano un accordo che elimini la doppia imposizione, l'art. 7 della Convenzione dispone che, entro due anni dalla data in cui il caso è stato sottoposto per la prima volta, le Autorità competenti istituiscono una Commissione Consultiva, chiamata a pronunciarsi sul modo di eliminare la doppia imposizione. Secondo quanto disposto dall'art. 11, la Commissione Consultiva è chiamata a pronunciarsi entro sei mesi dalla data in cui è stata adita.

Entro sei mesi dalla data in cui la Commissione Consultiva ha reso il suo parere, le Autorità competenti prendono una decisione volta ad eliminare la doppia imposizione, che non necessariamente deve essere conforme a quanto statuito dalla Commissione stessa. Se, invece, non raggiungono un accordo, sono tenute a conformarsi a detto parere.

L'obiettivo principale della Convenzione è quello di fornire un quadro per l'eliminazione della doppia imposizione derivante da rettifiche di utili in relazione alle operazioni tra le imprese collegate all'interno di un gruppo di società residenti nell'Unione europea. Ciò avviene stabilendo procedure che obbligano gli Stati membri dell'UE a risolvere le controversie che generano doppia imposizione entro un periodo di trentasei mesi. Le procedure della Convenzione possono essere suddivise nelle seguenti cinque fasi:

(1) presentazione di una richiesta di attivazione delle procedure della Convenzione. I contribuenti hanno a disposizione, analogamente all'articolo 25, paragrafo 1 del modello OCSE (2014), un termine di tre anni per la presentazione dell'istanza;

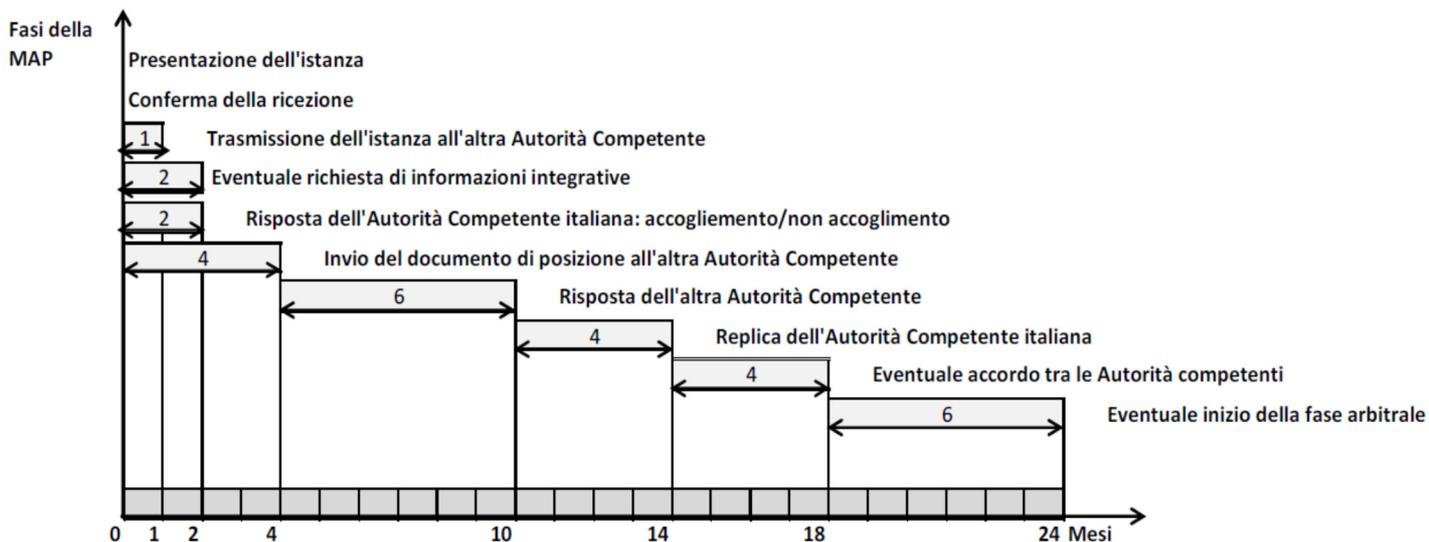
(2) procedura di rimedio unilaterale: in questa fase l'autorità competente cui è stata presentata la domanda deve esprimersi sulla fondatezza della stessa cioè se si sia verificata o possa verificarsi un fenomeno di doppia imposizione in seguito ad un aggiustamento del profitto in capo ad una impresa appartenente ad un gruppo multinazionale, e, in caso affermativo, se possa risolvere unilateralmente il caso. Se quest'ultima azione non è possibile, la questione entra successivamente nella terza fase della Convenzione;

(3) procedura amichevole per il raggiungimento di un comune accordo: le autorità competenti hanno a disposizione un periodo di due anni per giungere ad un accordo per eliminare la doppia imposizione;

(4) procedura arbitrale: se le autorità competenti non riescono a raggiungere tale accordo entro il termine di due anni, devono istituire una commissione consultiva tenuta a formulare un parere entro sei mesi sulla modalità di eliminazione della doppia imposizione; e

(5) decisione definitiva e attuazione: dopo che la commissione consultiva ha espresso il suo parere, le autorità competenti hanno altri sei mesi per prendere una decisione definitiva sulla risoluzione del caso e l'eliminazione della doppia imposizione. Questo accordo può discostarsi dal parere della commissione consultiva. Se le autorità competenti interessate non raggiungono un accordo, tuttavia, il parere diventa vincolante per loro e dovrebbe essere attuato di conseguenza.

Segue un prospetto riepilogativo delle fasi di svolgimento di una procedura amichevole (*mutual agreement procedure* o MAP) attivata ai sensi della Convenzione europea.



#### 4. *Ruolo del contribuente istante*

Come emerso dal precedente paragrafo, con riferimento al ruolo del contribuente, è doveroso sottolineare la posizione del tutto marginale che la procedura prevista dalla Convenzione arbitrale gli riserva: infatti, al di là dell'iniziativa e richiesta di ammissione alla procedura amichevole, la sua partecipazione si palesa esclusivamente tramite documenti e viene riconosciuto un generico diritto ad essere informato delle fasi principali della procedura, nella totale assenza di una tutela giurisdizionale dei propri diritti di difesa e contraddittorio.

Adire la Convenzione europea, significa per il contribuente poter fare affidamento su un rimedio (una procedura amichevole seguita da quella arbitrale) che dovrebbe assicurare l'eliminazione di fenomeni di doppia imposizione in caso di rettifica unilaterale di utili tra imprese associate, operate in modo non conforme al principio di libera concorrenza in occasione della rettifica da parte di una Amministrazione finanziaria.

Dunque, per valutarne l'efficacia, occorre sottolineare importanti valutazioni intorno alle criticità che seguono.

- Il principio di alternatività della fase arbitrale con il contenzioso domestico che si traduce in un'inevitabile contrazione del diritto di difesa in materia di *transfer pricing* data le differenze significative delle procedure e delle garanzie riservate al contribuente.
- L'eventuale mancato rispetto dei termini e della durata delle procedure da parte dell'Autorità competente che non potrà mai rappresentare una violazione del diritto comunitario, essendo disciplinata nell'ambito di una convenzione multilaterale e non di una direttiva o di un regolamento; infatti, la Corte di Giustizia europea è esclusa dall'interpretazione e *enforcement* della procedura, mentre la Commissione non può avviare una procedura di infrazione.
- L'assenza di previsioni sul diritto al contraddittorio procedimentale del contribuente, principio comune ai patrimoni costituzionali di tutti gli Stati Membri, e di una effettiva tutela dei diritti del contribuente.

##### **5. Attuale coinvolgimento delle Istituzioni europee**

Con riferimento alla Convenzione europea si rileva il limite di competenza delle istituzioni europee e l'assenza di una commissione stabile a livello europeo, permanente e imparziale che supervisioni il corretto operato delle Amministrazioni fiscali, che dia atto del rispetto delle procedure convenzionali, del principio sostanziale dell'*arm's length* e che monitori le pronunce di merito, vale a dire le soluzioni concrete dei casi sottoposti all'attenzione degli Stati, così come avviene

contrariamente da parte della Commissione per i contenuti degli accordi preventivi APA – *Advance Pricing Agreement*. Ciò nell’ottica di limitare i fenomeni di doppia imposizione economica e di garantire il corretto funzionamento del mercato unico e evitare distorsioni alla concorrenza e al movimento dei capitali.

In tale ambito, può essere menzionato anche il livello di coinvolgimento delle istituzioni europee, *in primis* la Commissione che conserva un ruolo importante di monitoraggio del funzionamento della Convenzione in commento tramite un apposito gruppo di lavoro (il cosiddetto *EU Joint Transfer Pricing Forum*) e di formulazione di proposte di azione, sia generali che puntuali, preparazione di comunicazioni e presentazione dei rapporti periodici al Consiglio.

Va notata l’esclusione di qualsiasi competenza della Corte di giustizia di decidere sull’interpretazione e l’applicazione di un tale meccanismo nonché il fatto che la Commissione non può avviare una procedura di infrazione nei confronti degli Stati membri inadempienti.

In secondo luogo, dopo una riflessione critica sul funzionamento della Convenzione europea, che si caratterizza come convenzione multilaterale di natura procedurale, vorrei evidenziare le difficoltà di implementazione, alla luce di discipline domestiche e prassi delle amministrazioni fiscali profondamente diverse tra i vari Stati Membri, soprattutto nell’ambito dell’imposizione diretta.

I limiti legati al funzionamento effettivo della Convenzione arbitrale e la contrazione dei diritti fondamentali del contribuente e la permanenza di fenomeni di doppia imposizione, che hanno dunque un’incidenza diretta sul funzionamento e l’integrazione del mercato interno, rendono auspicabile la prosecuzione del monitoraggio da parte della Commissione, un maggiore impiego di risorse da parte delle Autorità competenti e, non da ultimo, rinnovate direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia di fiscalità diretta (armonizzazione negativa).

## ***6. I recenti lavori del Joint Transfer Pricing Forum in sede alla Commissione Europea***

Sebbene, come discusso, la Commissione europea abbia ritirato la sua proposta di direttiva arbitrale nel 1996, non escludeva l'impegno ad adottare disposizioni in questa forma nel futuro. Alcuni autori hanno menzionato, già nel 1995, che la Commissione europea avrebbe potuto presentare una proposta di direttiva alla prima scadenza della Convenzione (31 dicembre 1999) se fosse stata necessaria un'azione a livello europeo, sia perché gli Stati membri avevano troppe occasioni per non ammettere il caso alla procedura prevista dalla Convenzione o perché gli Stati membri dell'UE non avevano rinnovato esplicitamente la convenzione dopo lo spirare del termine.

Questi autori si sono rivelati profetici dato che la Commissione europea, il 23 ottobre 2001, ha pubblicato uno studio sulla tassazione societaria nel mercato interno. Questo studio ha incluso una valutazione critica del funzionamento pratico della Convenzione, che ha portato ad un elenco di molte incertezze e carenze. La Commissione europea ha concluso che queste incertezze e le carenze potrebbero portare ad una situazione di permanenza di fenomeni di doppia imposizione che a sua volta distorcerebbero il buon funzionamento del mercato interno in termini di efficienza, efficacia, trasparenza e semplicità.

Per questi motivi, la Commissione europea raccomandò che la Convenzione multilaterale venisse trasformata in uno strumento di diritto comunitario, in base alla quale attribuire competenza alla Corte di giustizia europea o alla stessa Commissione per interpretare le disposizioni contenute in tale direttiva<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr also C. Kok, *EC Update*, 41 Eur. Taxn. 12, p. 42 (2001), Journals IBFD e J. Schwartz, *The European Union Arbitration Convention: Perspective on an Alternative for Double Taxation Relief*, Tax Management Transfer Pricing Report 9, p. 412 (2002).

Gli argomenti avanzati dalla Commissione sono, infatti, gli stessi argomenti addotti negli anni Ottanta a favore della proposta di direttiva arbitrale. Secondo la Commissione, una direttiva sarebbe lo strumento giuridico più adeguato per eliminare la doppia imposizione e garantire anche un'applicazione più uniforme di tale strumento.

Successivamente al suo studio del 2001, la Commissione europea ha anche pubblicato la sua strategia fiscale per gli anni successivi. Per quanto riguarda la Convenzione, ha menzionato la previsione della presentazione di una proposta di direttiva nel 2003. Questa raccomandazione è stata accolta con criticismo in letteratura e alla fine non è stata seguita<sup>21</sup>. In una comunicazione del 2004, la Commissione europea ha annunciato di valutare la necessità di proporre una direttiva in una fase successiva<sup>22</sup>.

Nell'ambito di questa strategia fiscale è stato inoltre proposto di istituire un forum comune tra i rappresentanti di Stati membri dell'UE e della comunità imprenditoriale in materia di prezzi di trasferimento, che includesse, tra l'altro, l'esame dei miglioramenti necessari alla Convenzione. Questo forum, denominato *EU JTPF – EU Joint Transfer Pricing Forum*, fu istituito nel luglio 2002 ed è attualmente composto da rappresentanti di tutti i 28 Stati membri dell'UE, 18 rappresentanti di organizzazioni non governative e un presidente<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr., R. Sinx, & L. ten Broeke, *Transfer Pricing Litigation: A Comparison*, 9 Intl. Transfer Pricing J. 1, p. 32 (2002), Journals IBFD; F.C. de Hosson, *The Slow and Lonesome Death of the Arbitration Convention*, Intertax 12, p. 482 (2003); Hinnekens (2003), *supra* n. 24, at 550; e M. Markham, *The Resolution of Transfer Pricing Disputes through Arbitration*, Intertax 2, p. 72 (2005).

<sup>22</sup> Cfr. Commission Communication on the work of the EU JTPF in the field of business taxation from October 2002 to December 2003 and on a proposal for a Code of Conduct for the effective implementation of the EU Arbitration Convention (90/436/EEC of 23 July 1990), COM(2004) 297 final (23 Apr. 2004), para. 12.

<sup>23</sup> Cfr. [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/company\\_tax/transfer\\_pricing/forum/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_en.htm).

Il forum ha iniziato ad operare con un mandato di due anni<sup>24</sup>. A partire dal 2004<sup>25</sup>, questo mandato è stato rinnovato più volte. L'attuale mandato terminerà il 31 marzo 2019. L'obiettivo del forum è quello di assistere e consigliare la Commissione europea sulle questioni emergenti dalla disciplina dei prezzi di trasferimento, materia prettamente valutativa e altamente tecnica. In particolare, per quanto riguarda la Convenzione, il forum mira a migliorarne il funzionamento, ad esempio concentrandosi, tra l'altro, sullo sviluppo di strumenti di prassi e non legislativi.

L'UE JTPF, nel periodo 2002-2004, ha discusso il funzionamento della Convenzione in diversi aspetti. Ciò ha portato allo sviluppo di un codice di condotta che è stato formalmente adottato dal Consiglio e dagli Stati membri dell'UE il 28 luglio 2006<sup>26</sup>. Sulla base dell'attività di monitoraggio assegnata al forum, nel 2009 è stata adottata una revisione del Codice di Condotta. Inoltre, nel periodo 2011-2015, l'UE JTPF ha ampiamente discusso il funzionamento della Convenzione in pratica, nonché le disposizioni del codice di condotta e della sua revisione del 2009. Ciò ha portato a una relazione finale, raccomandando agli Stati membri dell'UE di rivedere ulteriormente il Codice<sup>27</sup>. Questa revisione è ancora da adottare.

Il Codice di condotta comprende diverse disposizioni dettagliate su numerosi aspetti della Convenzione, non solo per quanto riguarda la sua portata d'applicazione, ma anche i suoi aspetti procedurali e di funzionamento in ciascuna delle sue fasi.

Importanti disposizioni includono l'interpretazione e l'applicazione del principio *arm's length* o di libera concorrenza, le norme per l'attribuzione dei profitti alle stabili organizzazioni di società non residenti, l'applicazione delle scadenze previste

---

<sup>24</sup> Cfr. European Commission Press Release IP/02/1105, *Company Tax: Commission Sets Up Transfer Pricing Forum* (19 July 2002).

<sup>25</sup> Cfr. Commission decision on the setting of the EU Joint Transfer Pricing Forum expert group, C(2015) 247 final (26 Jan. 2015).

<sup>26</sup> Cfr. Code of conduct for the effective implementation of the Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, 2006/C 176/2 (28 July 2006).

<sup>27</sup> EU JTPF, *Final Report on Improving the Functioning of the Arbitration Convention (JTPF/002/2015/EN)* (Mar. 2015).

dalla Convenzione (vale a dire il termine di due anni per la procedura di mutuo accordo) e il funzionamento delle procedure amichevoli e della procedura di arbitrato.

L'11 novembre 2011 la Commissione ha emesso una comunicazione sulla doppia imposizione in cui ha dichiarato che vent'anni dopo l'istituzione del mercato interno, le imprese e gli individui continuano a rischiare la doppia imposizione, il che potrebbe mettere a repentaglio il funzionamento del mercato interno<sup>28</sup>.

La Commissione europea ha pertanto sottolineato che i meccanismi di risoluzione delle controversie esistenti erano insufficienti per eliminare completamente questi fenomeni: la procedura amichevole disciplinata dai trattati fiscali stipulati bilateralmente tra Stati membri dell'UE e la convenzione richiede troppo tempo e spesso non riesce ad eliminare la doppia imposizione. In particolare, per quanto concerne la Convenzione, la Commissione europea ha concluso che, nonostante l'adozione del codice di condotta e della sua revisione, i casi richiedono ancora una notevole quantità di tempo per giungere ad una proficua risoluzione.

Successivamente ha concluso che la mancanza di una procedura globale di risoluzione delle controversie è una questione da affrontare dall'Unione europea. Per migliorare questa situazione, la Commissione europea ha suggerito di studiare la fattibilità di un efficiente meccanismo di risoluzione delle controversie a livello europeo.

Per quanto riguarda il seguito della sua comunicazione del 2011, la Commissione europea ha dichiarato che sarebbe stata svolta una valutazione d'impatto per chiarire i pro e i contro dei suggerimenti discussi in termini di costi e di benefici<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. Commission communication on double taxation in the Single Market, COM(2011) 712 final (11 Nov. 2011).

<sup>29</sup> Cfr. [http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/planned\\_ia/docs/2013\\_taxud\\_001\\_arbitration\\_for\\_double\\_taxation\\_disputes\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/planned_ia/docs/2013_taxud_001_arbitration_for_double_taxation_disputes_en.pdf).

Durante la 35a riunione dell'UE della JTPF nel febbraio 2013, la Commissione europea ha menzionato che erano in corso lavori preparatori su un meccanismo di composizione delle controversie a livello europeo<sup>30</sup>.

A giugno 2014, il JTPF ha pubblicato un rapporto “*Draft report on Improving the Functioning of the Arbitration Convention*” che forma la base per una revisione del Codice di Condotta per l’implementazione efficace della Convenzione Arbitrale.

I principali argomenti affrontati e le raccomandazioni sollevate per superare gli attuali limiti di implementazione derivanti dai diversi regimi di diritto tributario sostanziale sono di seguito sintetizzate:

- Applicazione della Convenzione anche in assenza di un effettivo pagamento di imposte, come nel caso dell’utilizzo di perdite fiscali portate a nuovo;
- Sollecita e prioritaria risoluzione di questioni preliminari (es. esistenza di una stabile organizzazione) sulla base delle disposizioni delle Convenzioni bilaterali in modo da consentire l’inizio della procedura da Convenzione arbitrale il prima possibile;
- Previsione di rimedi contro il diniego di accesso alla Convenzione arbitrale quando il caso presentato dal contribuente non è coperto dalle disposizioni o è escluso dall’art. 8 per valutare la legittimità della ragione sottostante il rifiuto;
- Informazione del contribuente sulla possibilità e diritto di accedere alla procedura da Convenzione arbitrale in caso di rettifica degli utili da parte della stessa Amministrazione fiscale che propone l’aggiustamento;
- Indipendenza dell’Autorità competente rispetto agli organi preposti alla verifica e all’accertamento: la prima infatti dovrebbe garantire un’appropriata e corretta procedura, evitando di cercare di sostenere ingiustificatamente il

---

<sup>30</sup> EU JTPF, *Summary Record of the Thirty-Fifth Meeting of the EU Joint Transfer Pricing Forum (JTPF/021/TEV1/2012/EN)*, January 2013, para. 3.

rilievo e l'aggiustamento proposto dall'Amministrazione fiscale dello Stato membro. Secondo quanto si ricava dalla *Best Practice* n. 23 è di fondamentale importanza che l'Autorità competente che presiede al colloquio e scambio di documentazione tra i due paesi rispetti tale requisito di indipendenza rispetto la rettifica applicata agli utili infragruppo.

- Evitare che l'accesso alla procedura amichevole sia precluso in caso di accertamento con adesione o APA unilaterali in quanto risulta inappropriato escludere l'altra Autorità competente dalla soluzione finale del caso in cui ha evidentemente un interesse in termini di impatto sulla propria potestà impositiva.

A tal proposito, normalmente quando si procede con un accertamento con adesione il contribuente automaticamente rinuncia alla possibilità di effettuare un ricorso. Allo stesso modo quando si giunge ad un accordo tra contribuente e autorità competente circa l'aggiustamento da apportare ai redditi dichiarati, il contenuto si considera normalmente come immutabile e pertanto anche un eventuale procedura amichevole successiva perde di significato poiché le parti coinvolte resteranno fedeli alla posizione accordata e non sono disposti a rinegoziare il caso.

Nella presente discussione invece si sottolinea come non debba essere possibile ostacolare il diritto di ricorrere alla procedura amichevole, soprattutto perché quest'ultima coinvolge anche autorità competenti estere e non rappresenta, come l'accertamento, un semplice accordo unilaterale. Inoltre si sottolinea che l'aggiustamento concordato debba essere modificabile dal momento in cui si intraprende un accordo amichevole successivo all'accordo tra Amministrazione locale e contribuente.

- Impiego di e ricorso agli orientamenti più aggiornati in materia di diritto tributario internazionale di tipo sostanziale (sulla base delle interpretazioni e direttive OCSE più recenti) per la risoluzione delle controversie.
- Attuazione del dovere di trasparenza e collaborazione del contribuente che dovrebbe comunicare anche all'altro Stato circa la presentazione di un'istanza di procedura amichevole;
- Informazione al contribuente durante la procedura sugli sviluppi rilevanti della stessa: quando il caso è considerato fondato e validamente presentato, se è stato rispettato il limite temporale triennale, la decorrenza del biennio per la nomina della commissione arbitrale. Infatti tale dovere informativo non risulta implementato in maniera tempestiva e strutturata.
- Considerare le implicazioni dei risultati della MAP per gli anni successivi all'iniziale accordo amichevole: a tal proposito si propone la possibilità di applicare una MAP semplificata per il periodo successivo a quello trattato dalla precedente procedura amichevole, qualora si presentino fatti e circostanze simili. Inoltre ci si domanda se, nel caso in cui i fatti e le circostanze siano rimaste invariate, si possa considerare meno rischiosa l'area oggetto di analisi e pertanto si possa proseguire con una MAP meno complessa rispetto a quella iniziale. La proposta in questo caso è quella di consentire per gli anni successivi a quelli trattati dalla prima procedura amichevole, una nuova MAP semplificata, sempre a condizione che i fatti e le circostanze si siano fundamentalmente replicati senza cambiamenti significativi.
- Evitare incertezza sulla data di decorrenza del triennio per la presentazione dell'istanza tra i vari Stati membri interessati;
- Rispetto di istruzioni precise per la redazione e lo scambio delle posizioni tra Autorità competenti (*position paper*): per esempio la relazione che deve essere preparata e condivisa da parte dello Stato che ha attuato la rettifica deve contenere l'esposizione del caso, l'analisi di comparabilità e la metodologia di determinazione dei prezzi applicata e della documentazione rilevante nonché

una proposta per la risoluzione della questione della doppia imposizione. Viene raccomandato l'invio della posizione all'altro Stato Membro prima possibile e comunque non oltre quattro mesi dalla data di notifica dell'avviso di accertamento o la data in cui l'Autorità competente riceve tutte le informazioni in sede di istanza. L'altra Autorità competente dovrà rispondere nel limite massimo di sei mesi; se riconosce la presenza di doppia imposizione e concorda con il rimedio proposto nel documento di posizione, informa la controparte e mette in atto i rimedi interni; altrimenti invia la propria posizione spiegando le ragioni di disaccordo, la richiesta di chiarimenti e la proposta di soluzioni alternative;

- Relazione tra la procedura amichevole e i rimedi domestici: cioè le procedure giudiziali o amministrative;
- Miglioramento della seconda fase della procedura da Convenzione Arbitrale, vale a dire la composizione e il funzionamento della commissione arbitrale, facendo intervenire anche i verificatori, esperti e il contribuente, dunque la preparazione della fase arbitrale;
- Le regole inerenti la sospensione della riscossione in pendenza della procedura.

Si tratta dei principali temi sollevati nell'ottica di maggiore celerità, fluidità e certezza della procedura, di corretta informazione del contribuente, di un'attenta applicazione delle varie fasi della procedura e dell'interazione con i sistemi deflattivi del contenzioso e altre questioni preliminari.

Occorre inoltre anticipare che anche i Paesi Ocse si sono recentemente occupati di esaminare le criticità di funzionamento delle procedure amichevoli ed elaborare un'azione specifica che mira a rendere più efficaci i meccanismi di risoluzione delle controversie, anche tramite l'istituzione di gruppi di lavoro dediti a visite per il monitoraggio delle prassi nazionali e delle risorse impiegate dalle Amministrazioni fiscali.

## ***7. Statistiche sui casi pendenti presso le amministrazioni fiscali degli Stati Membri***

Come anticipato, la Convenzione è entrata in vigore il 1 ° gennaio 1995 per un periodo quinquennale che terminava il 31 dicembre 1999. Il 16 luglio 1999 gli Stati membri dell'UE hanno stipulato un protocollo per estendere il termine della Convenzione. La ratifica di questo protocollo si è rivelata lunga, causando che la Convenzione non venisse rinnovata fino al 1 ° novembre 2004, che è anche la data in cui è entrata nuovamente in vigore.

Per il periodo iniziale di esecuzione, nonché per il periodo in cui è rimasta in vigore, sono stati raccolti dati sul numero di casi trattati in base alle procedure stabilite dalla Convenzione. Dal 2006, il JTPF dell'UE pubblica annualmente statistiche sull'utilizzo della Convenzione<sup>31</sup>. Questo riguarda per esempio il numero totale dei casi in sospeso, i casi pendenti nell'ambito della procedura amichevole da più di due anni e il numero di casi ammessi alla procedura arbitrale.

In generale, il numero di casi trattati con le procedure previste dalla Convenzione è in costante aumento, in linea con l'andamento internazionale di un numero crescente di verifiche e controversie internazionali in corso<sup>32</sup>. È sufficiente considerare che nel 1995 sono state presentate solo 18 richieste per l'accesso alla procedura prevista dalla Convenzione, questo numero è aumentato a 506 nel 2014, 439 nel 2015 e 481 nel 2016. Il numero di casi pendenti a fine anno indicava lo stesso trend crescente<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Per le statistiche Cfr EU JTPF, *Statistics on Pending Mutual Agreement Procedures (MAPs) under the Arbitration Convention at the End of 2014*(JTPF/008/2015/EN) (Oct. 2015), EU JTPF, *Statistics on Pending Mutual Agreement Procedures (MAPs) under the Arbitration Convention at the End of 2015*, EU JTPF, *Statistics on Pending Mutual Agreement Procedures (MAPs) under the Arbitration Convention at the End of 2016*..

<sup>32</sup> Cfr, per le statistiche sul numero dei casi di procedure amichevoli per gli Stati OCSE <http://www.oecd.org/ctp/dispute/map-statistics-2014.htm>.

<sup>33</sup> Ciò riguarda un aumento autonomo del numero dei casi tra i vecchi 15 Stati Membri. Come nel 2010, le statistiche relative ai 27 Stati Membri (eccetto la Croazia) sono ora pubblicati. La maggior parte dei casi pendenti tuttavia coinvolge i vecchi 15 Stati (1.230 sui 1.280 casi complessivi).

Queste cifre indicano che i contribuenti cercano sempre più l'eliminazione della doppia imposizione invocando la base giuridica della Convenzione. Ciò tuttavia non chiarisce se la Convenzione funziona in modo soddisfacente. In altre parole, i dati disponibili devono essere studiati in modo più dettagliato. Analizzando le più recenti statistiche disponibili si evidenzia che al 31 dicembre 2014 erano pendenti 1.280 casi, al 31 dicembre 2015 1.518 e 1.804 nel 2016.

Di questi casi, nel 2014, più di 500 erano in attesa di più di due anni secondo la procedura di mutuo accordo e quindi, in linea di principio, avrebbero dovuto essere sottoposti alla procedura arbitrale. I motivi citati per superare questo termine di due anni includono:

- (1) Nessun atto di accertamento fiscale finale: 29 casi
- (2) Casi pendenti anche dinanzi ai giudici nazionali: 98 casi
- (3) Il termine di due anni è stato revocato con il consenso del contribuente: 125 casi
- (4) Accordo raggiunto, in attesa dello scambio di lettere di chiusura: 34 casi
- (5) Casi da inviare all'arbitrato: 3 casi
- (6) Altri motivi: 231 casi

La Germania era l'unico Stato membro dell'UE a riferire su quali "altre ragioni" erano. Dei 88 casi che rientrano in questa categoria, ha rilevato che in dieci casi la scadenza non era ancora spirata a causa della richiesta di informazioni aggiuntive, in 12 casi si era quasi raggiunto un accordo e negli altri 66, nessun documento di posizione era stato scambiato tra le Amministrazioni fiscali e per questo motivo i casi non erano stati trasferiti alla fase arbitrale.

Le statistiche del 2014 hanno anche indicato che in quasi tutti i casi presentati sono stati ammessi alla procedura di mutuo accordo: la richiesta di applicazione della Convenzione è stata negata in soli 14 casi (2,8%) a causa del fatto che la richiesta non è stata presentata nel triennio di cui all'articolo 6, paragrafo 1 della Convenzione (8

casi), i casi non rientravano nell'ambito di applicazione della Convenzione (4 casi) o per altri motivi non specificati (2 casi). Un ultimo elemento riportato è il tempo necessario dalla presentazione di una richiesta per l'avvio della procedura amichevole per la definizione di un comune accordo: circa l'84% delle richieste è deferito a questa procedura entro sei mesi.

Le statistiche di cui sopra mostrano che un numero sostanziale di casi non sono risolti ordinariamente entro il termine di due anni dall'attivazione della procedura amichevole. Infatti, solo tre casi pubblicamente conosciuti sono stati effettivamente deferiti alla procedura arbitrale<sup>34</sup>. Questi includono un caso tra la Francia e la Germania, per i quali è noto solo che la Svezia era uno degli Stati membri dell'UE coinvolti, e il caso più noto, Electrolux<sup>35</sup> tra Italia e Francia. Nella letteratura, è stato riferito che più casi sono andati all'arbitrato, ma gli Stati membri dell'UE non hanno mai ufficialmente confermato.

## ***8. Inefficienze applicative da parte degli Stati Membri***

Le statistiche discusse nel paragrafo precedente indicano che troppo spesso i casi non sono risolti rapidamente e in nessun modo entro i termini previsti dagli articoli 7,

---

<sup>34</sup> Cfr anche Z.D. Altman, *Dispute Resolution under Tax Treaties* sec. 1.2.2.1.3. (IBFD 2005); M.J. Tropin, *EU Should Initiate Arbitration for 24 Cases, More May Qualify for Arbitration, Forum Says*, Tax Management Transfer Pricing Report 14, p. 534 (2005); J.M. O'Brien & M.A. Oates, *Arbitrating Competent Authority Disputes?*, J. of Taxn. of Global Transactions 3, p. 31 (2006); M.J. Tropin, *EU Faces Unresolved Arbitration Issues, Questions over Number of Cases, Penalties*, Tax Management Transfer Pricing Report 2, p. 65 (2006); M.J. Tropin, *OECD Circulates Draft Arbitration Proposal Mirroring EU Convention, Hearing March 13*, Tax Management Transfer Pricing Report 20, p. 836 (2006); Bennett (2007), *supra* n. 49, at 16; M. de Ruiter, *Supplementary Dispute Resolution*, 48 Eur. Taxn. 9, p. 494 (2008); and Hinnekens (2010), *supra* n. 26, at 109.

<sup>35</sup> Per una spiegazione del caso cfr. inter alia, P. Adonnino, *Some Thought on the EC Arbitration Convention*, 43 Eur. Taxn. 11, p. 403 (2003), Journals IBFD; *European Union; France; Italy: First Case Decided under EC Arbitration Convention Regarding France and Italy* (27 May 2003), News IBFD; G. Monsellato, *France and Italy Settle First Case under the EU Arbitration Convention*, Tax Planning Intl. Transfer Pricing 7, p. 22 (2003); D. van Stappen, *EU Joint Transfer Pricing Forum Making Progress*, Tax Planning Intl. Transfer Pricing 9, p. 27 (2003); B. van Honsté & K. Bostyn, *Verlengingsprotocol nu door alle lidstaten geratificeerd*, Fiskoloog Internationaal 248, p. 2 (2004); S.B. Huibregtse & R. Offermans, *What is the Future of the EU Arbitration Convention*, 11 Intl. Transfer Pricing J. 2, pp. 77-80 (2004), Journals IBFD; Editorial, *French Competent Authority Details First Arbitration, Says Process Works*, Tax Management Transfer Pricing Report 9, p. 473 (2004); Markham, *supra* n. 34, at 72; and Tropin (2006)

paragrafo 1, 11, paragrafo 1 e 12, paragrafo 1 della Convenzione. Già nel 2007, la Commissione europea <sup>36</sup> ha notato che “ *The Commission considers that the number of long outstanding transfer pricing double tax cases means that, for reasons that need to be further explored, the Arbitration Convention is not eliminating transfer pricing related double taxation in the EU as well as it is supposed to*”.

Si sottolinea che la Commissione ha colpito il cuore del discorso. Le statistiche indicano che molti casi sono rimasti in sospeso per più di due anni nell’ambito della procedura amichevole e che i casi che dovrebbero essere trasferiti alla procedura arbitrale non sono affrontati. Ad esempio, il 31 dicembre 1999 erano in attesa 24 casi non completati entro i 36 mesi previsti dalla Convenzione. Durante il periodo 2000-2011, un numero sostanziale di casi erano pendente per un periodo superiore ai 36 mesi, alcuni ancora non sono stati risolti dopo un periodo di otto anni.

Si tratta di un numero abbastanza deludente, che giustifica la conclusione della Commissione secondo cui la Convenzione non funziona come previsto. Una delle conclusioni ancora più forti può essere tratta dalle statistiche del 2014: su un totale di 1.280 casi pendenti, 520 erano in attesa di una durata superiore a due anni. Se si tiene conto dei motivi citati per il superamento di tale termine, si afferma che solo alcuni motivi giustificano un ritardo (286 casi).

Per quanto riguarda i rimanenti 234 casi, non esistono ragioni valide per cui non sono state deferite alla procedura arbitrale. I casi che dovrebbero avrebbero dovuto essere sottoposti alla procedura arbitrale rappresentano il 18% del numero totale di casi in attesa del 31 dicembre 2014. Di conseguenza, gli Stati membri dell’UE non hanno agito conformemente alle procedure della Convenzione per questi 234 casi, anche se giuridicamente e politicamente si impegnavano a farlo.

---

<sup>36</sup> Commission Communication on the work of the EU JTPF in the field of dispute avoidance and resolution procedures and on guidelines for APAs, COM(2007) 71 (26 Feb. 2007), para. 28.

In letteratura, numerosi autori hanno sostenuto che il numero di casi trattati in base alla Convenzione indica che l'arbitrato non è necessario perché la maggior parte dei casi sono effettivamente risolti durante la procedura amichevole sulla base di un mutuo accordo tra Amministrazioni fiscali.

Inoltre, il JTPF dell'UE ha concluso che le statistiche mostrano che le disposizioni della Convenzione arbitrale funzionano nella stragrande maggioranza dei casi<sup>37</sup>. In altre parole, l'eventuale minaccia dell'obbligo di risultato tramite l'arbitrato è sufficiente a convincere gli Stati membri dell'UE a risolvere rapidamente i casi. Bricker (1998) ha concluso che la Convenzione è un incentivo efficace per le amministrazioni per raggiungere un accordo reciproco entro un termine ragionevole<sup>38</sup>. Questo potrebbe essere stato vero a quel tempo, ma nel corso degli anni questa immagine è cambiata drasticamente, in quanto spesso le procedure richiedono molto più tempo rispetto ai 36 mesi promessi per eliminare la doppia imposizione e il contribuente si trova a subire la scarsa collaborazione e l'eventuale inerzia di alcune Amministrazioni fiscali.

Ciò che si può dire è che, a causa del numero elevato di casi pendenti da più di due anni in base alla procedura amichevole, la Convenzione non è in grado di soddisfare gli obiettivi della sua introduzione. Nonostante ciò che si è concluso in letteratura e ai lavori dei tavoli internazionali, molti casi continuano a rimanere irrisolti entro il termine specificato. La minaccia dell'arbitrato non comporta pertanto che i casi siano risolti rapidamente. Piuttosto, il trasferimento di casi dalla procedura amichevole alla procedura arbitrale è problematico e incide negativamente sul funzionamento efficace ed efficiente della Convenzione. Le ragioni di cui sopra sono discusse di seguito.

## ***9. Motivi dell'inefficienza delle procedure***

---

<sup>37</sup> EU JTPF, *JTPF Program of Work 2015-2019 (JTPF/005/final/EN)* (Aug. 2015), para. 3.4.2.

<sup>38</sup> M.P. Bricker, *Arbitration Procedures in Tax Treaties*, Intertax 3, p. 107 (1998)

Perché i casi in sospeso per più di due anni nell'ambito della procedura amichevole non sono stati deferiti alla fase arbitrale? Si afferma che la causa principale è che esiste un difetto nel disegno istituzionale della Convenzione.

Gli Stati membri dell'UE, che desiderano mantenere le istituzioni dell'UE fuori dalla *governance* della Convenzione, non hanno incluso un meccanismo di *default* o di adempimento forzato nella Convenzione da applicarsi quando le autorità competenti non rispettano i loro obblighi procedurali. Questa carenza riguarda principalmente l'assenza di un organo di controllo e di un meccanismo esecutivo e obbligatorio per l'istituzione di una commissione consultiva quando gli Stati membri non si attivano. Inoltre, a livello macro, le procedure della Convenzione sono complete, ma, a livello micro, le disposizioni della Convenzione sono disegnate in modo ambiguo e comunque non completamente dettagliate per garantire un'adeguata applicazione domestica in ottica di tutela del contribuente.

L'assenza di regole precise lascia agli Stati membri dell'UE uno spazio applicativo di autonomia amministrativa per colmare le lacune, creando un rischio di pratiche divergenti e specifiche per ciascuno.

In sostanza, ci sono quattro aree di preoccupazione:

- (1) l'assenza di un meccanismo di *default* e il rifiuto all'accesso alla procedura amichevole
- (2) la mancanza di tempistiche certe e scadenze precise,
- (3) la mancanza di definizione di alcuni termini e differenze interpretative,
- (4) l'interazione non soddisfacente con i rimedi disponibili a livello nazionale.

Come già osservato, a norma della Convenzione non esiste un organo di vigilanza che registri i casi presentati alle rispettive amministrazioni fiscali in termini di stato

d'avanzamento e che monitori il rispetto delle scadenze da parte delle autorità competenti come dettate dalla Convenzione e che possa intervenire se le autorità competenti non ottemperano agli obblighi impartiti dalla Convenzione stessa.

Ciò riguarda, tra l'altro, l'obbligo di:

- (1) istituire una commissione consultiva se, dopo la scadenza del termine di due anni della procedura amichevole, non è stata raggiunta alcuna posizione comune che elimini la doppia imposizione (articolo 7, paragrafo 1);
- (2) prendere una decisione definitiva entro sei mesi dalla costituzione e consultazione della commissione consultiva (articolo 12, paragrafo 1); e
- (3) attuare l'accordo raggiunto indipendentemente dai limiti temporali previsti dalla legislazione nazionale degli Stati membri dell'UE, come per esempio la decorrenza dei termini dell'accertamento (articolo 6, paragrafo 2).

È vero che i tribunali nazionali degli Stati membri dell'UE sono generalmente competenti per far rispettare gli obblighi derivanti dalla Convenzione se le autorità competenti non vi ottemperino. Occorre tuttavia riconoscere che questa non è un'opzione efficiente, poiché ritarderebbe il processo di eliminazione della doppia imposizione. Inoltre, l'efficacia di questa opzione può essere investigata: innanzitutto non è facile identificare il corretto organo giudiziario interno (vale a dire la corte amministrativa contro il tribunale competente per le materie fiscali).

In secondo luogo, un tribunale domestico non può assumere il ruolo delle autorità competenti e sostituirsi per l'attività di collaborazione, interazione e discussione richieste nella risoluzione della controversia per l'eliminazione della doppia imposizione.

Ad esempio, se quest'ultima non istituisce una commissione consultiva dopo la scadenza del termine di due anni dall'inizio della procedura amichevole, senza che

sia stato raggiunto un accordo reciproco, un giudice nazionale può solamente statuire e prendere atto che le autorità competenti non si sono conformate alle disposizioni internazionali. Il risultato dell'eliminazione della doppia imposizione non viene conseguito e non esistono disposizioni per il risarcimento del danno a favore del soggetto rimasto inciso; non vengono neanche a crearsi precedenti o interpretazioni uniformi e dunque un'applicazione effettiva delle disposizioni convenzionali.

Il tribunale nazionale non ha neanche alcuna competenza per l'istituzione della commissione consultiva stessa o per nominare i suoi membri o sostituirsi alle attività delle autorità competenti specialmente se l'omissione o l'inoperatività dipende dall'altra giurisdizione controparte. Si afferma che questo difetto nel disegno istituzionale della Convenzione debba essere affrontato con urgenza, dato che le statistiche, al 31 dicembre 2014, circa il 18% di tutti i casi pendenti, una commissione consultiva doveva ancora essere istituita. L'eventuale minaccia di una procedura arbitrale obbligatoria non ha quindi alcun valore reale in assenza di un adeguato meccanismo di *default*.

Quindi, concentrare tutte le competenze nelle mani esclusive degli Stati membri dell'UE non ha contribuito a un sistema di risoluzione delle controversie agevole e non ha altresì difeso in modo adeguato i contribuenti contro il mancato rispetto delle disposizioni e delle scadenze indicate nella Convenzione da parte delle autorità competenti. In assenza di un organo di vigilanza, non esiste alcuna garanzia che la doppia imposizione sia in ogni caso eliminata entro il termine di tre anni e mezzo<sup>39</sup>.

Con riferimento alla dichiarazione di inammissibilità alla richiesta di accesso alla procedura di Convenzione arbitrale si riporta un caso emblematico su cui si è espressa la Corte di Cassazione in Italia.

---

<sup>39</sup> Cfr. Hinnekens (2003), *supra* n. 24, at 546 and 549-550; Van Herksen, *supra* n. 26, at 334.

A seguito degli aggiustamenti dei prezzi di trasferimento contestati dall'Agenzia delle Entrate, il contribuente ha presentato istanza per attivare una procedura domestica di accertamento con adesione. Nelle more della procedura, conclusasi positivamente con l'individuazione dell'accordo, per evitare la doppia imposizione conseguente agli aggiustamenti, il contribuente italiano ha coinvolto anche l'Autorità competente in virtù della Convenzione arbitrale.

Tuttavia, sebbene l'accordo di adesione fosse nullo poiché il contribuente non ha pagato l'importo dovuto, il Ministero dell'Economia e delle Finanze - in base allo stesso - ha statuito di non poter mettere in discussione nuovamente la materia del contendere con le altre amministrazioni fiscali estere e ha retroattivamente negato l'accesso alle procedure previste dalla Convenzione sull'arbitrato.

Dopo la decisione, il contribuente ha contestato la dichiarazione di inammissibilità della richiesta, vale a dire il diniego all'accesso alla Convenzione arbitrale, dinanzi alla Corte tributaria domestica. D'altro canto, il Ministero dell'economia e delle finanze convenuto ha respinto il rimedio giudiziario richiesto dal contribuente in base al conflitto di competenza.

La Corte Suprema - alla quale è stata richiesta la decisione definitiva - ha confermato la possibilità di esperire il rimedio giudiziario contro il rifiuto all'accesso alla Convenzione europea per l'arbitrato dinanzi le Commissioni tributarie domestiche e ha respinto il rinvio.

L'autorità competente italiana ha sostenuto che l'inammissibilità all'accesso alla procedura amichevole internazionale non rientri nelle competenze del tribunale tributario. La Corte Suprema invece ha emesso la decisione a favore del contribuente.

La risposta della Corte si è basata sui seguenti motivi. Nella procedura della Convenzione europea di arbitrato si possono definire due fasi separate. La prima riguarda la valutazione dei requisiti per l'ammissione del caso alla procedura amichevole. Questa fase è interamente domestica e riguarda solo il contribuente e l'autorità competente locale. D'altra parte, durante la seconda fase, le parti coinvolte sono le autorità competenti su un piano internazionale.

E' stato riconosciuto che eventuali questioni preliminari relative alla prima fase possono essere impugnate e sollevate dinnanzi i tribunali domestici poiché non possono essere sottratte alla valutazione di un giudice; tra i casi rientra anche il rifiuto all'ammissione alla procedura della Convenzione europea sull'arbitrato.

Il giudice competente è il tribunale tributario perché il diniego dell'ammissibilità alla procedura per la risoluzione della doppia imposizione economica che viene a crearsi a seguito della rettifica dei redditi afferenti i prezzi delle operazioni infragruppo determina un impatto fiscale. Si è dunque sancito che è irrilevante che la normativa interna sul contenzioso domestico non annoveri espressamente il diniego dell'autorità competente fra gli atti autonomamente impugnabili.

Tornando agli altri motivi di inefficienza, si individua la mancata inosservanza delle scadenze previste dalla procedura internazionale. La Convenzione prevede una scadenza per la procedura amichevole per il raggiungimento di un comune accordo (due anni), la procedura arbitrale (sei mesi) e la fase finale di decisione (sei mesi). Essa non definisce tuttavia una tale linea temporale precisa per il processo di instaurazione della procedura amichevole stessa: la procedura per il rimedio unilaterale per l'eliminazione della doppia imposizione dopo la ricezione della domanda di accesso alla procedura amichevole è il periodo di tempo in cui l'autorità competente determina se la richiesta sia fondata nel merito e se è possibile un rimedio unilaterale. Gli Stati membri dell'UE hanno quindi un certo margine di manovra nella

conduzione di questa procedura e, di conseguenza, i contribuenti rimangono in una situazione di incertezza sulle tempistiche di risoluzione dei casi di doppia imposizione presentati.

È possibile che il processo di revisione della richiesta del contribuente richieda diversi mesi, con il risultato che un'istanza possa essere considerata fondata, ma non possa essere risolta unilateralmente. In tali circostanze, ai sensi dell'art. 6, n. 2, della convenzione, il caso deve essere sottoposto alla procedura bilaterale delle autorità competenti per il raggiungimento di un comune accordo. Ove l'istanza risulti ammissibile e fondata, l'autorità competente deve vagliare la possibilità di rimediare essa sola all'imposizione non conforme alla Convenzione attraverso l'adozione di misure unilaterali. In caso contrario, il reclamo del contribuente viene notificato all'autorità competente dell'altro Stato per un confronto a più alto livello.

A quel punto, però, del tempo (prezioso) sarà già trascorso. Se la Convenzione dovesse includere una scadenza per la procedura di rimedio unilaterale, il caso potrebbe essere deferito in tempi più rapidi alla procedura di mutuo accordo con un risparmio di tempo considerevole. L'assenza di un termine per la valutazione della presenza di elementi che inducano alla eliminazione della doppia imposizione con atto unilaterale comporta un rischio che i limiti di tempo stabiliti dalla Convenzione per eliminare i casi di doppia imposizione non vengano effettivamente rispettati, poiché il tempo inizia a decorrere solo una volta che i casi si trovano nella procedura bilaterale per la soluzione amichevole del caso tra autorità competenti.

Ciò è rafforzato dal fatto che il termine di due anni per questa procedura si avvia solo una volta che la richiesta è considerata completa: cioè deve contenere tutte le informazioni elencate al paragrafo 5, lettera a) del codice di condotta. Questo paragrafo, tuttavia, consente alle autorità competenti di richiedere ulteriori informazioni integrative. Sebbene il paragrafo 6.3 (e) del codice di condotta stabilisca

un termine di due mesi a decorrere dalla ricezione della richiesta di richiesta di tali informazioni, non esiste un termine entro il quale le autorità competenti dovrebbero prendere in considerazione le informazioni supplementari ricevute. Infine, il paragrafo 6.3 (e) non vieta loro di richiedere ulteriori informazioni, che possono successivamente causare ulteriori ritardi nella risoluzione del caso.

Le autorità competenti hanno pertanto la facoltà di sfruttare il tempo necessario per decidere se una richiesta sia completa o meno per gli obiettivi della Convenzione, consentendo così di posticipare l'inizio del conteggio per la scadenza dei due anni. Ciò può causare notevoli ritardi nel completamento della fase preliminare di rimedio unilaterale da parte dell'autorità competente coinvolta.

A ciò si aggiunga che dall'esperienza pratica risulta che le negoziazioni e le interazioni tra autorità competenti si svolgono su basi scarsamente tecniche. Gli incontri sono sporadici e rallentati dalle differenze interpretative e applicative a livello domestico. L'operato di ciascuna amministrazione è influenzato dalle istruzioni e circolari interne nonché dalla propria storia operativa e dall'organizzazione interna.

Occorrono uno scambio di informazioni e momenti di condivisione con le altre amministrazioni e esperienze in modo sistematizzato, pena la lentezza della procedura e l'incertezza della posizione fiscale del contribuente.

Ancora, molti termini non sono definiti con precisione nella Convenzione. Come soluzione, l'articolo 3, paragrafo 2 stabilisce che qualsiasi termine non definito nella Convenzione stessa ha il significato del trattato fiscale applicabile tra gli Stati membri dell'UE interessati. Si afferma che questa disposizione non risolve molti problemi interpretativi dal momento che questi trattati fiscali bilaterali non includono in genere una definizione o un significato dei termini non definiti utilizzati nella

Convenzione. Inoltre, l'articolo 3, paragrafo 2, non prevede una soluzione nelle seguenti situazioni:

- (1) in assenza di trattati fiscali tra gli Stati membri dell'UE coinvolti;
- (2) quando il trattato fiscale in vigore tra gli Stati membri dell'UE non offre una soluzione per quanto riguarda l'interpretazione di termini non definiti; o
- (3) in cui più di due Stati membri dell'UE sono coinvolti nel caso in questione (ad esempio casi triangolari), per cui è ambigua la definizione da utilizzare e il trattato fiscale di riferimento.

Per quanto riguarda la situazione (1), diversi autori hanno sostenuto che in questi casi è probabile che questi Stati membri dell'UE dovrebbero rivolgersi alla loro legislazione fiscale nazionale per una definizione di termini non chiari. Anche se questa può essere l'opzione più pratica data l'attuale stato di esecuzione, l'articolo 3, paragrafo 2 non prevede che questo percorso debba essere perseguito, bensì semplicemente afferma che un termine indefinito è quello di avere il significato che ha nel quadro del trattato fiscale bilaterale applicabile. Anche nell'ipotesi in cui ci si debba fare riferimento alla legislazione nazionale degli Stati membri dell'UE, non è pacifico su quale normativa nazionale si debba far riferimento in base alla Convenzione.

Schelpe (1995) ha quindi correttamente concluso che l'articolo 3, paragrafo 2 della Convenzione non è utile se non esiste un trattato fiscale in vigore tra gli Stati membri dell'UE. Lo stesso vale per le situazioni (2) e (3). Quindi, in tutte e tre le situazioni, l'articolo 3, paragrafo 2, non prevede una soluzione soddisfacente su come interpretare termini non definiti né fornisce una soluzione uniforme per l'interpretazione degli stessi.

Quanto precede può comportare una situazione in cui l'accesso alla Convenzione è negato o frustrato perché gli Stati membri dell'UE coinvolti non sono d'accordo

sull'interpretazione di un termine indeterminato<sup>40</sup>. Gli esempi più urgenti delle definizioni mancanti riguardano i termini “fondato”, “soluzione soddisfacente” e “sanzione grave”.

Per quanto riguarda l'indeterminatezza della definizione di richiesta “fondata” in base all'articolo 6, paragrafo 2 della Convenzione, ciò può avere un grave impatto sul funzionamento della Convenzione, in quanto l'accesso dei contribuenti alle procedure e quindi la possibilità di eliminare la doppia imposizione dipende dal fatto che la richiesta soddisfi il requisito di fondatezza.

Poiché solo l'autorità competente alla quale è presentata la richiesta della domanda della Convenzione deve esprimersi sull'ammissibilità, l'attuale formulazione della Convenzione de facto lascia un potere discrezionale alle parti interessate che può precludere ai contribuenti l'accesso alle procedure della Convenzione senza un giustificato motivo. La conseguenza è che, ai sensi della Convenzione, che mira alla risoluzione dei casi di doppia imposizione in modo oggettivo, la valutazione sulla ammissibilità del caso e dunque l'accesso dei contribuenti all'esercizio del diritto di eliminare la doppia imposizione non dovrebbero essere posti nelle mani di un unico soggetto che è parte della controversia senza che siano state stabilite rigide e precise linee guida in merito alla fondatezza del caso e dell'istanza.

Infatti, l'assenza di una definizione del termine “fondato” può fornire agli Stati membri dell'UE un incentivo a precludere l'applicazione della Convenzione nei casi che sono (a loro parere) meritevoli di soluzione, anche se tali casi sono potenzialmente ammissibili in base agli articoli 1, paragrafo 1 e 6, paragrafo 1 della Convenzione<sup>41</sup>. Ma anche se gli Stati membri dell'UE dimostrassero la volontà di trattare il caso, esiste ancora un rischio di interpretazione e applicazione non

---

<sup>40</sup> Cfr. G.T.J. Joseph, *Transfer Pricing: the EC Arbitration Convention as a Dispute Resolution Mechanism*, Intl. Tax J. 2, p. 42 (2003).

<sup>41</sup> Cfr. A.A. Skaar, *The Legal Nature of Mutual Agreements under Tax Treaties*, Tax Notes Intl. p. 1448 (21 Dec. 1992).

uniforme della Convenzione, in quanto gli Stati membri possono applicare criteri diversi per valutare se un caso può essere considerato “fondato”.

Sotto la proposta di revisione del codice di condotta, come concordato dall’EU JTPF nel 2015, è stata inserita una disposizione che prevede che gli Stati membri dell’UE debbono prendere in considerazione la possibilità di introdurre un processo giurisdizionale interno per decidere sulla legittimità di una decisione di diniego all’accesso. L’efficacia di una simile disposizione può tuttavia essere messa in discussione poiché obbliga gli Stati membri dell’UE a prendere in considerazione l’introduzione di una procedura di ricorso ad hoc.

Ancora più importante, la disposizione non include indicazioni su quando i casi sono considerati fondati. Pertanto, anche se tutti gli Stati membri dell’UE dovessero introdurre procedure di ricorso per decidere sulla legittimità del diniego all’accesso è giustificato, è ancora probabile che tali giudici interpretino in modo diverso il termine “ben fondato”.

Per quanto riguarda il termine “soluzione soddisfacente”, dopo che l’autorità competente cui è stata presentata la richiesta di applicazione della Convenzione dichiara la fondatezza del caso, dovrebbe valutare se è in grado di arrivare ad una soluzione soddisfacente in via unilaterale. Al pari del termine “ben fondato”, la Convenzione non definisce anche il termine “soluzione soddisfacente”. Pertanto, non è chiaro quale sia la soluzione. Dapprima deve essere individuato il soggetto nei confronti del quale la soluzione deve essere soddisfacente prima di poter decidere cosa costituisce una soluzione soddisfacente. Si sottolinea che il livello di soddisfazione deve essere oggettivo: la soluzione presentata non dovrebbe necessariamente essere soddisfacente per una delle parti interessate, ma deve rispettare il principale obiettivo della Convenzione, vale a dire eliminare la doppia imposizione in conformità ai principi fiscali dell’articolo 4 della Convenzione.

Tuttavia, ciò non è sufficientemente riflesso né nella Convenzione stessa né nel codice di condotta. Quello che può essere considerato una soluzione soddisfacente rimane, in base all'attuale redazione della Convenzione, oggetto di interpretazione da parte dello Stato membro coinvolto. I contribuenti, pertanto, non hanno il diritto di contestare la “soluzione soddisfacente” proposta se non tramite un rigetto della stessa e probabilmente procedendo con i rimedi disponibili a livello nazionale. Simile al requisito di fondatezza dell'istanza, l'equilibrio in questa situazione si è spostato a favore degli Stati membri.

Una soluzione semplice adottata dalle Amministrazioni fiscali, che costa poco o nulla all'autorità competente, può essere presentata come una soluzione soddisfacente, senza che vengano effettivamente beneficiati i contribuenti su cui possono verosimilmente permanere fenomeni di doppia imposizione in base alla Convenzione.

Infine, per quanto riguarda la disposizione in tema di “sanzioni gravi”, le autorità competenti, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1 della Convenzione, hanno la possibilità di negare l'accesso alle procedure della Convenzione se uno degli Stati membri dell'Unione europea ha imposto una sanzione grave nella valutazione delle operazioni tra il contribuente e la consociata estera che hanno determinato l'aggiustamento del profitto e tale gravità è stata sancita da procedimenti giurisdizionali o amministrativi.

Ogni Stato membro dell'UE ha definito unilateralmente il termine “sanzione grave” nell'atto finale della Convenzione. Senza discutere dell'opportunità e della giustificazione di includere l'articolo 8, paragrafo 1 nella Convenzione, si può affermare che, lasciando a ciascuno Stato membro dell'UE la possibilità di determinare individualmente ciò che costituisce una sanzione grave, esiste il rischio concreto della coesistenza di una vasta gamma di definizioni. Infatti, un'analisi di

queste definizioni chiarisce che sono veramente molto ampie e vanno oltre l'intento originale della clausola di rigore: non applicare le procedure della Convenzione per quanto riguarda i casi di frode. Ad esempio, in Irlanda, la mancata presentazione della dichiarazione dei redditi può, di per sé, provocare una sanzione considerata grave ai fini della Convenzione. Inoltre, il Lussemburgo ha ulteriormente ampliato il campo di applicazione affermando di adottare la definizione di sanzione grave adottata dallo Stato controparte.

Inoltre, gli Stati membri dell'UE avrebbero definito il termine "sanzione grave" alla firma della convenzione nel 1990 o alla loro adesione alla Convenzione nel 1995, 2004, 2008 o 2014. C'è pertanto un rischio che queste definizioni siano obsolete e non siano più in linea con le loro pratiche attuali o con la legislazione nazionale. Ciò vale in particolare nelle definizioni elaborate nel 1990 o nel 1995, piuttosto datate.

Le statistiche sottolineano che la clausola di rigore dell'articolo 8 della Convenzione viene raramente invocata<sup>42</sup>. I rappresentanti delle imprese all'interno dell'EU JTPF hanno vedute difformi e hanno sostenuto che queste statistiche non forniscono un'immagine completa, poiché in alcuni casi gli Stati membri dell'UE hanno minacciato i contribuenti di imporre una sanzione (grave) al fine di forzare la discussione o il negoziato unilaterale e domestico con il contribuente, con conseguente non applicazione delle misure disponibili per eliminare la doppia imposizione, inclusa la Convenzione. Questi rappresentanti hanno pertanto espresso la loro preoccupazione che l'articolo 8 possa essere utilizzato come mezzo per

---

<sup>42</sup> EU JTPF, *Summary Record of the Eighteenth Meeting of the EU JTPF*(JTPF/001/REV1/2007/EN) (8 Dec. 2006), para. 4; EU JTPF, *Summary Record of the Nineteenth Meeting of the EU Joint Transfer Pricing Forum* (JTPF/011/2007/EN) (23 July 2007), par. 8; EU JTPF, *Draft Table on Serious Penalties Related to Transfer Pricing Adjustments* (JTPF/007/REV1/BACK/2007/EN) (8 Oct. 2007); EU JTPF, *Monitoring Process on the EU Arbitration Convention and EU Transfer Pricing Documentation Feedback on Achievements of the EU JTPF by the Business Community* (JTPF/020/BACK/2007/EN) (16 Oct. 2007); EU JTPF, *Summary Record of the Twentieth Meeting of the EU Joint Transfer Pricing Forum* (JTPF/023/2007/REV1/EN) (31 Jan. 2008), par. 5.3. Cfr., J.L. Rodriguez, *Intermediation and Arbitration: the Arbitration Convention of the European Union for the Resolution of Transfer Pricing Disputes*, 27 Aug, 2003, UN document ST/ST/AC.8/2003/L.8, para. 59; D. van Stappen, *EU JTPF – Over the Next Year the JTPF Will Examine Transfer Pricing in SMEs and Cost Sharing/Contribution Arrangements*, Tax Planning Intl. Transfer Pricing 1, p. 18 (2010).

esercitare pressioni sui contribuenti per addivenire ad un accertamento con adesione del contribuente e concordare l'aggiustamento dei prezzi di trasferimento<sup>43</sup>, permanendo la doppia imposizione.

Si ritiene che le preoccupazioni dei rappresentanti del business abbiano un certo fondamento: il fatto che l'articolo 8 sia raramente invocato formalmente dagli Stati membri dell'UE non esclude di per sé la possibilità che tale disposizione venga utilizzata come mezzo per esercitare pressioni sui contribuenti per disincentivare o precludere la presentazione del caso in base alle procedure della Convenzione.

In altre parole, anche se in pratica l'accesso dei contribuenti a queste procedure non è bloccato dall'invocazione della clausola di rigore, la minaccia di invocazione è sufficiente, di per sé, a bloccare in modo fattuale tale accesso. Ciò non deriva neanche dalla formulazione dell'articolo 8, paragrafo 1, della Convenzione, ma direttamente dalle ampie definizioni degli Stati membri dell'Unione europea del termine "sanzione grave". Pertanto anche se la portata e l'applicazione effettiva dell'articolo 8, paragrafo 1, sono limitate in teoria, in pratica l'esistenza stessa di questa disposizione fornisce agli Stati membri dell'UE uno strumento prezioso per negare l'accesso alle procedure della Convenzione. Questo può ben inficiare l'efficacia della Convenzione in casi non abusivi o fraudolenti<sup>44</sup>. O, come giustamente affermato da Terra & Wattel (2008), esiste un rischio che gli Stati membri dell'Unione europea possano imporre una pena per i reati minori in modo da pregiudicare in anticipo l'applicazione della procedura amichevole o la procedura di arbitrato prevista La Convenzione<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. EU JTPF, *Discussion Paper on Draft JTPF Recommendations Related to the Interpretation of Some Provisions of the EU Arbitration Convention (JTPF/002/2008/BACK/EN)* (28 Jan. 2008), para. 2.1.

<sup>44</sup> F. Di Cesare, *How to Revitalize the EC Arbitration Convention: The New Recommendations of the Joint Transfer Pricing Forum*, 17 *Intl. Transfer Pricing J.* 4, pp. 278-279 (2010), *Journals IBFD*

<sup>45</sup> *Cfr.*, Terra & Wattel, *supra* n. 26, at 283. *See also* Farmer & Lyal, *supra* n. 14, at 306-30.

L'aggiornamento proposto dal codice di condotta dell'UE del JTPF prevede una nuova formulazione del paragrafo 8 sulla base della quale tale disposizione debba essere invocata solo in casi eccezionali, come la frode fiscale, dolo o colpa grave. Con specifico riferimento alla frode fiscale, la clausola di rigore è stata portata in linea con l'intento originario dell'articolo 8 della Convenzione e anche con le pratiche segnalate dagli Stati membri dell'UE sull'invocazione di questa disposizione.

Tuttavia, l'effetto del paragrafo 8 del codice di condotta può essere messo in discussione, in quanto la sua invocazione effettiva risente ancora fortemente della definizione unilaterale degli Stati membri dell'Unione europea del termine. In altre parole, sono ancora queste definizioni unilaterali che costituiscono il motivo per precludere ad un contribuente l'accesso alle procedure della Convenzione.

Pertanto, fintanto che queste definizioni non vengano modificate o sostituite da una definizione comune, l'inclusione di una qualsiasi disposizione del codice di condotta - vincolante o non vincolante - avrà un effetto e una portata limitati.

Una delle criticità, forse la principale, che ostacola il funzionamento della Convenzione riguarda l'interazione con le procedure contenziose e pre-contenziose a livello nazionale. L'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione consente di procedere simultaneamente alle procedure della Convenzione e ai rimedi domestici. Tale applicazione simultanea è necessaria per garantire che nulla impedisca l'accesso ai contribuenti all'eliminazione della doppia imposizione. Ciò può avvenire quando l'autorità competente cui è stata presentata la domanda di applicazione della Convenzione ritiene che la richiesta non sia fondata, per cui al contribuente è precluso l'accesso alla risoluzione della controversia.

Pertanto, per salvaguardare i diritti dei contribuenti per l'eliminazione della doppia imposizione, è importante che essi abbiano ancora la facoltà di presentare un ricorso nazionale che possa eliminare la doppia imposizione a livello unilaterale. Potrebbe accadere anche il contrario, vale a dire che un tribunale concordi con l'aggiustamento della valutazione dell'operazione proposto dall'Amministrazione fiscale, dopo di che il contribuente avrà ancora la possibilità di eliminare la doppia imposizione con la Convenzione.

Tuttavia, in pratica, tale funzionamento parallelo dei procedimenti è effettivamente bloccato dalle procedure della Convenzione di cui all'articolo 7, paragrafi 1 e 3, della Convenzione. L'articolo 7 della Convenzione europea stabilisce al paragrafo 1, secondo capoverso, che “... *quando un tribunale è stato investito del caso, il termine di due anni di cui al primo comma decorre dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione pronunciata in ultima istanza nell'ambito di tali ricorsi interni*”. Dunque, quando un soggetto passivo presenta un ricorso al tribunale nazionale in un caso per il quale ha presentato anche una richiesta per l'accesso alle procedure della Convenzione, l'articolo 7, paragrafo 1 stabilisce che il termine di due anni è calcolato a partire dalla data in cui il giudice emette la decisione. Pertanto, in pratica, le procedure non verranno eseguite in parallelo: le autorità competenti probabilmente non inizieranno i loro procedimenti nell'ambito della procedura amichevole mentre le procedure nazionali sono in corso.

Si afferma che la possibilità di bloccare la decorrenza della fase biennale non contribuisca ad un efficace ed efficiente funzionamento del sistema, rafforzato dall'articolo 7, paragrafo 3, della Convenzione. In alcuni Stati membri dell'Unione europea le autorità competenti, ai sensi della loro legislazione nazionale, non sono autorizzate a derogare alle decisioni dei loro organi giudiziari.

Il paragrafo 3 dello stesso articolo precisa però: *“Qualora la legislazione interna d’uno Stato contraente non consenta alle Autorità di derogare alle decisioni delle rispettive Autorità giudiziarie, il paragrafo 1 si applica soltanto se l’impresa associata di tale Stato ha lasciato scadere il termine di presentazione del ricorso o ha rinunciato a quest’ultimo prima che sia intervenuta una decisione”*. Poiché alcuni Stati rientrano fra le giurisdizioni che non consentono all’autorità amministrativa di derogare a una sentenza, il primo paragrafo dell’articolo 7 della Convenzione arbitrale non trova applicazione in presenza di una decisione dell’autorità giudiziaria. In altre parole, è inibito il passaggio alla fase arbitrale.

La fase arbitrale è esperibile soltanto se l’impresa associata ha lasciato scadere il termine di presentazione del ricorso o ha rinunciato a quest’ultimo prima che sia intervenuta una sentenza. Inoltre, ove l’istanza di apertura della procedura amichevole sia stata prodotta anteriormente alla rinuncia al giudizio, ai sensi del combinato disposto dell’articolo 7, paragrafo 1, secondo capoverso, e del paragrafo 3 dello stesso articolo, il termine di due anni decorre dalla data della rinuncia al ricorso in primo grado.

Se, pertanto, il contribuente propone istanza di procedura amichevole e contemporaneamente coltiva il giudizio instaurato avverso l’atto di accertamento per la parte relativa ai rilievi che hanno prodotto la doppia imposizione, l’esistenza di un contenzioso non impedisce che la procedura amichevole abbia inizio, che vengano avviati contatti tra le autorità competenti e che tra di esse intercorra uno scambio di posizioni e di informazioni sullo stato del giudizio pendente.

Ove, tuttavia, intervenga una decisione dell’autorità giudiziaria, e dalla stessa non sia scaturita l’eliminazione della doppia imposizione, quest’ultima permane a meno che l’autorità competente estera non sottoscriva un accordo amichevole conforme alla decisione espressa dall’ultimo giudice nazionale.

Ciò implica che essi non possano stipulare un accordo reciproco o rispettare l'esito della procedura arbitrale se il risultato si discosta dalla decisione del tribunale. Per evitare tale situazione, l'articolo 7, paragrafo 3, consente a questi stati di non rinviare un caso alla procedura di arbitrato una volta che un tribunale ha deciso sul medesimo caso. In pratica, questa disposizione ha un impatto notevole, in quanto solo la Finlandia, la Germania, i Paesi Bassi, la Svezia e il Regno Unito sono, secondo la loro legislazione nazionale, autorizzati a derogare alle decisioni dei loro organi giurisdizionali.

Nella maggior parte dei casi, pertanto, ai contribuenti non è più concesso il diritto di eliminare la doppia imposizione in base alla Convenzione nel caso in cui un organo giurisdizionale abbia già adottato una decisione nel merito, anche se questa decisione non risolve la doppia imposizione.

### ***10. Mancata eliminazione della doppia imposizione e impatto sulla libertà di stabilimento***

L'analisi che precede rivela che esistono diversi aspetti che ostacolano l'efficace ed efficiente funzionamento della Convenzione. La domanda che sorge è se le revisioni del Codice di Condotta hanno portato ad un funzionamento più efficace ed efficiente della Convenzione.

In linea generale, il Codice mira a garantire un'applicazione più uniforme della Convenzione, stabilendo norme procedurali e prassi condivise per consentire un avanzamento graduale e tempestivo attraverso le varie fasi della Convenzione. Nella

sua relazione del marzo 2015, il EU JTPF ha concluso che il codice di condotta fornisce indicazioni su aspetti importanti della Convenzione, fornendo così alle autorità competenti la flessibilità. Anche la Commissione europea, nel 2004, aveva auspicato che il codice di condotta avrebbe contribuito positivamente al funzionamento efficace ed efficiente della Convenzione<sup>46</sup>.

Tuttavia, la comunicazione del 2011 conteneva una diversa conclusione, sottolineando che, nonostante l'adozione del Codice di Condotta, le tempistiche per risolvere i casi previsti dalla Convenzione fossero ancora troppo lunghe.

In letteratura, il Codice di Condotta è stato generalmente ben accolto. De Hert (2004) ha indicato che avrebbe avuto un impatto significativo sul funzionamento della Convenzione e che i contribuenti sarebbero stati meglio informati sullo stato di cooperazione e interazione tra le loro autorità competenti<sup>47</sup>. Inoltre, Rolfe (2005) ha affermato che il Codice rappresenta un notevole passo avanti, in quanto problemi pratici di termini e scadenze, problemi linguistici e protocolli di comunicazione sono stati trattati e la partecipazione dei contribuenti al processo è stata migliorata<sup>48</sup>. De Carolis (2013) ha raggiunto una simile conclusione, aggiungendo che il codice di condotta riempie le lacune della Convenzione e ha introdotto procedure e requisiti non previsti dalla Convenzione.

Bisogna ammettere che il Codice di Condotta ha apportato preziosi miglioramenti al funzionamento della Convenzione, in particolare perché la Convenzione, adottata nel 1990, include solo regole fondamentali sul suo campo di applicazione formale e sostanziale e il suo funzionamento procedurale. Ad esempio, l'art. 4 della Convenzione incorpora il principio *arm's length* cioè di libera concorrenza per la

---

<sup>46</sup> Cfr. Il comunicato stampa della Commissione Europea IP/04/542, *Company Taxation: Commission Proposes Code of Conduct to Eliminate Double Taxation in Cross-Border Transfer Pricing Cases* (27 Apr. 2004) e IP/04/1447, *Company Taxation: Commission Welcomes Adoption of Code of Conduct to Eliminate Double Taxation in Cross-Border Transfer Pricing Cases* (7 Dec. 2004).

<sup>47</sup> De Hert, *EU Ministers Approve Arbitration Reforms Extend Transfer Pricing Forum for Two Years*, Tax Management Transfer Pricing Report 15, pp. 804-805 (2004).

<sup>48</sup> C. Rolfe, *Transfer Pricing Code of Conduct*, Tax Planning Intl. Eur. Tax Services 1, p. 20 (2005) e P. Valente, *Arbitration Convention 90/436/EEC: Inapplicability in Case of Serious Penalties*, Intertax 3, p. 224 (2012).

determinazione dei prezzi di trasferimento e per la rettifica delle valutazioni delle operazioni infragrupo, ma non precisa in dettaglio come le autorità competenti dovrebbero applicare questo principio in pratica.

Il paragrafo 6 (a) del codice di condotta specifica che questo principio deve essere applicato in conformità alla prassi internazionale e alle raccomandazioni OCSE. Questo è considerato un importante miglioramento, perché riempie le lacune della Convenzione e fornisce inoltre alle parti delle preziose indicazioni su come applicare il principio *arm's length*. Pertanto, per questo esempio, il codice di condotta ha portato ad un funzionamento più efficace ed efficiente della Convenzione. Tuttavia, le disposizioni del Codice di Condotta non sono di per sé sufficientemente chiare e descrittive, lasciando aperte diverse questioni.

Inoltre, diverse disposizioni conferiscono alle autorità competenti un potere discrezionale in merito all'adozione e all'attuazione di talune disposizioni. In quanto tale, il codice di condotta non ha per sé contribuito al funzionamento efficace ed efficiente della Convenzione. Ciò è rafforzato dal fatto che si basa solo sull'impegno politico degli Stati membri dell'UE e non è uno strumento giuridicamente vincolante.

Nella continua ricerca di equilibrio fra interesse comunitario e autonomie nazionali, la Convenzione non pone veri e propri obblighi agli Stati. Il concetto di autonomia degli ordinamenti, l'assenza di procedure di applicazione omogenee e l'impossibilità di verificare la correttezza delle attività amministrative delle autorità competenti coinvolte, costituiscono limiti a detrimento e a discapito del diritto di difesa, di intervento e di informazione del contribuente. A ciò deve aggiungersi che né il privato, né l'altra Amministrazione coinvolta, detengono strumenti di controllo e reazione sull'effettiva applicazione dei principi contenuti nel Codice di Condotta e sul rispetto delle tempistiche cadenzate dalla Convenzione e dell'obbligo di risultato

da parte delle Amministrazioni fiscali, dovendosi basare sul sollecito operare dell'altro Stato e sulla leale e solerte collaborazione.

Infatti, sul tema del mancato rispetto delle tempistiche e dei principi che disciplinano la modalità di risoluzione delle controversie in ottica di eliminazione della doppia imposizione non si può parlare di violazioni vere e proprie. Ciò trova giustificazione nel fatto che la convenzione crea un sistema integrato di relazioni tra Amministrazioni fiscali e non esiste un assetto ordinamentale unitario.

Sembra naturale dunque concludere che la materia dei prezzi di trasferimento, sostanzialmente valutativa, le inefficienze nel funzionamento degli strumenti esistenti, l'assenza di protezione dei diritti del contribuente in materia di imposizione diretta e l'incertezza conducono il soggetto multinazionale sottoposto a verifica a concludere un accordo unilaterale con l'Amministrazione fiscale che ha operato l'aggiustamento, rinunciando di fatto al ricorso degli strumenti di risoluzione delle controversie internazionali e a rimanere inciso dalla doppia imposizione economica.

La Convenzione si caratterizza per l'unicità e peculiarità nell'ambito del diritto tributario internazionale, in quanto costituisce la prima convenzione fiscale multilaterale che prevede un obbligo di risultato per la risoluzione delle controversie e che ha anche un ampio ambito territoriale in quanto applicabile in tutti i casi in materia di prezzi di trasferimento tra gli Stati membri dell'UE. Il suo vantaggio è che effettivamente delinea delle procedure e dei termini per l'eliminazione della doppia imposizione da parte degli Stati membri. D'altra parte i trattati fiscali che prevedono una procedura obbligatoria e vincolante per la risoluzione delle controversie sono solo di carattere bilaterale e quasi tutti non prevedono norme procedurali dettagliate.

La Convenzione comprende effettivamente tali norme procedurali riguardanti, tra l'altro, le tempistiche e scadenze per ciascuna fase, l'istituzione della commissione

consultiva, l'adozione del parere e dei costi della procedura arbitrale, l'interazione con i rimedi domestici disponibili, i diritti e gli obblighi dei contribuenti, l'attuazione di ogni accordo raggiunto tra Amministrazioni fiscali.

Per questi motivi, la Commissione europea, nel 2001, ha correttamente concluso che la Convenzione è il meccanismo prevalente di risoluzione delle controversie all'interno dell'Unione europea. Quando la Convenzione è stata adottata nel 1990, la letteratura si è espressa positivamente; l'ex commissario Goergen (1991) ha addirittura commentato che la Convenzione rappresenta un'innovazione rivoluzionaria nel diritto tributario internazionale. Morris (2009) ha considerato la sua adozione un trionfo che rappresenta un cambiamento sismico nella sovranità fiscale all'interno dell'Unione europea. Thömmes (1990) ha inoltre menzionato che, per la prima volta nella storia, era stato introdotto un obbligo contrattuale sugli Stati per risolvere le controversie fiscali, prevedendo un'autorità neutrale e indipendente con la competenza a prendere decisioni determinanti sull'eliminazione della doppia imposizione.

Gli argomenti di questi autori hanno un loro fondamento. Quando la Convenzione è stata adottata nel 1990, solo il Trattato sul reddito e sul capitale tra Germania e Stati Uniti (1989) e il Trattato sul reddito e sul capitale fra Francia e Germania (1959), modificato da un protocollo del 28 settembre 1989, prevedevano una procedura arbitrale. Così l'adozione di una convenzione multilaterale che preveda una procedura d'arbitrato obbligatoria sul caso in cui gli Stati membri dell'UE non fossero riusciti a risolvere il caso in via amichevole entro due anni, secondo le parole di Goergen, costituivano invero un'innovazione rivoluzionaria nel diritto tributario internazionale.

Elemento distintivo della procedura amichevole attivata ai sensi di una Convenzione bilaterale è che non sussiste, in capo alle autorità competenti, un obbligo di risultato

tale da assicurare l'eliminazione della denunciata doppia imposizione. Sussiste unicamente un obbligo di diligenza che impone alle Amministrazioni finanziarie interessate di “fare del loro meglio” (“*shall endeavour*”) al fine di addivenire a un accordo che elimini l'imposizione non conforme alla Convenzione.

A tale proposito, il Commentario OCSE all'articolo 25 (paragrafo 37) espressamente chiarisce che “*il paragrafo 2 senza dubbio comporta un dovere di trattare; ma per quanto attiene al raggiungimento del mutuo accordo a mezzo della procedura, le autorità competenti hanno soltanto l'obbligo di fare del loro meglio e non quello di raggiungere un risultato*”.

Nella pratica, può dunque verificarsi che la questione sottoposta alle autorità competenti degli Stati contraenti non trovi una composizione.

Nel merito, vale la pena di rammentare la modifica introdotta nel 2008 nel testo dell'articolo 25 del Modello OCSE, che ora prevede, al paragrafo 5, una fase arbitrale obbligatoria in esito al mancato accordo, entro due anni, tra i due Stati in sede di procedura amichevole. Il nuovo paragrafo 5 dell'articolo 25 è applicabile a condizione che a livello bilaterale venga negoziato (o rinegoziato) il suo inserimento nelle nuove (o vigenti) Convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Tanto dipende dalla volontà negoziale degli Stati, che possono preferire di introdurre una simile clausola nelle Convenzioni stipulate con determinati Stati partner piuttosto che con altri, sulla base di valutazioni di varia natura.

Certamente, in presenza di una Convenzione bilaterale comprensiva di clausola corrispondente al paragrafo 5 dell'articolo 25, l'efficacia della procedura amichevole risulta rafforzata. In tal modo, la Convenzione ha risolto un problema significativo incontrato con la procedura di mutuo accordo del modello OCSE e incorporata nei

trattati fiscali, visto che Stati erano obbligati esclusivamente ad impegnarsi per cercare di risolvere i casi di doppia imposizione.

La Convenzione e il Codice di Condotta comprendono regole dettagliate per ciascuna delle sue fasi procedurali e, di conseguenza, la Convenzione ha ancora rilevanza nel diritto fiscale internazionale per quanto riguarda le procedure di risoluzione delle controversie sui prezzi di trasferimento. Questo capitolo tuttavia ha dimostrato che non è stato un viaggio facile. Nell'ambito degli sviluppi internazionali le criticità di effettiva implementazione sono emerse e il concetto di arbitrato sta diventando più accettabile nell'area fiscale internazionale, almeno negli Stati responsabili di gran parte delle procedure di mutuo accordo in corso.

A questo proposito, la letteratura ha verificato se la Convenzione funzioni in modo soddisfacente e se le azioni previste dalla Commissione europea ne migliorino il meccanismo di applicazione. Si può concludere che le disposizioni contenute nella Convenzione siano, nella maggior parte dei casi, non sufficientemente descrittive, creino incertezze e comportino il rischio di interpretazione e applicazione non uniformi.

La questione non è tanto domandarsi se la Convenzione non possa garantire l'eliminazione della doppia imposizione, piuttosto se le sue disposizioni siano applicate correttamente. Il vero problema sta nel fatto che le procedure della Convenzione e la sua amministrazione sono interpretate in modo tale da non essere sanzionabili nel caso in cui Stati membri non rispettano gli obblighi derivanti da questo strumento internazionale.

In altre parole, manca un meccanismo predefinito per garantire la conformità alle procedure e il rispetto delle scadenze temporali e procedurali fissate dalla Convenzione. Il passaggio della Convenzione in uno strumento di diritto dell'UE non

è l'unica soluzione auspicabile; la soluzione è quella di introdurre un appropriato meccanismo di default nello strumento multilaterale per assicurare che i casi di doppia imposizione vengano trasferite alla fase arbitrale se non sono stati risolti dopo due anni di negoziazione nell'ambito della procedura di mutuo accordo.

Va anche rammentato che la Commissione europea, il 23 ottobre 2001, ha pubblicato uno studio sulla tassazione societaria nel mercato interno contenente una valutazione critica del funzionamento pratico della Convenzione e un elenco di molte incertezze e carenze. La Commissione europea ha concluso che queste criticità potrebbero portare ad una situazione di permanenza di fenomeni di doppia imposizione che a sua volta distorcerebbero il buon funzionamento del mercato interno in termini di efficienza, efficacia, trasparenza e semplicità, a discapito del corretto funzionamento del mercato interno.

## CAPITOLO 3

### **Prospettive di introduzione di una Direttiva europea sui meccanismi di risoluzione delle controversie fiscali sulla doppia imposizione**

In risposta ai risultati del progetto OCSE in tema di erosione di base imponibile e trasferimento dei profitti (BEPS), la Commissione europea ha emesso il 17 giugno 2015 il suo piano d'azione per un efficiente e *fair* sistema fiscale nell'Unione europea (piano d'azione)<sup>49</sup>. In questo capitolo ha reiterato il messaggio che l'esistenza di doppia imposizione incide negativamente sugli investimenti transfrontalieri e provoca distorsioni economiche e inefficienze.

Per quanto riguarda la risoluzione delle controversie, la Commissione ha criticato il funzionamento della Convenzione arbitrale europea (la Convenzione),<sup>50</sup> enfatizzando che<sup>51</sup>: *“The multilateral Arbitration Convention, agreed between Member States to solve disputes between Member States, provides some relief. The Arbitration Convention’s scope is limited to transfer pricing disputes, and there is no recourse to appeal the interpretation of the rule”*

Al fine di fornire ai contribuenti maggiore certezza quando le attività economiche superano le frontiere nazionali, la Commissione aveva annunciato, nel suo piano d'azione, che proporrà miglioramenti agli attuali meccanismi per risolvere le controversie sulla doppia imposizione nell'Unione europea entro la fine del 2016.

---

<sup>49</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action, COM(2015) 302 final (17 June 2015), EU Law IBFD.

<sup>50</sup> Arbitration Convention (1990): Convention 90/436/EEC of 23 July 1990 on the Elimination of Double Taxation in Connection with the adjustment of Profits of Associated Enterprises, OJ L 225 (1990), EU Law IBFD.

<sup>51</sup> Queste criticità non sono nuove: nel 2001 e nel 2007 la Commissione europea ha criticato il funzionamento della Convenzione. *Vedi* European Commission, Staff Working Paper, Towards an Internal Market without Tax Obstacles – A Strategy for Providing Companies with a Consolidated Corporate Tax Base for their EU-Wide Activities, COM(2001) 582 final (23 Oct. 2001), SEC(2001) 1681, pp. 270, 276 e 279-283, EU Law IBFD; e Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the Work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the Field of Dispute Avoidance and Resolution Procedures and on Guidelines for Advance Pricing Agreements within the EU, SEC(2007) 246, COM(2007) 71 (26 Feb. 2007), para. 28, EU Law IBFD.

I miglioramenti previsti riguardano in particolare la creazione di un approccio coordinato dell'UE alla risoluzione delle controversie, con norme più chiare e scadenze al meccanismo di risoluzione delle controversie esistente. In collegamento con questa, la Commissione europea, il 16 febbraio 2016, ha pubblicato una consultazione pubblica sulla risoluzione delle controversie nell'Unione europea. La consultazione è stata chiusa il 10 maggio 2016.

Nella relazione introduttiva alla proposta di direttiva in commento si legge: *“Modern, simple, certain: a better and more efficient tax environment for businesses. Businesses in the Single Market need a simple, stable and legally certain environment in which to thrive. They should encounter minimal tax obstacles when operating cross-border and should not be burdened by unnecessary administrative burdens and costs. The EU needs a corporate tax framework adapted to the realities of 21st century business, which encourages enterprise, attracts investors and facilitates all companies – big and small.”*

Negli obiettivi della Commissione rientra dunque il miglioramento degli strumenti per impedire la doppia imposizione. Viene riconosciuto che le aziende devono pagare la loro giusta quota di imposta nella giurisdizione in cui vengono realizzati i loro profitti, ma non dovrebbero pagare di più di questo. Uno dei maggiori ostacoli fiscali per il mercato unico è appunto la doppia imposizione.

I contrasti tra gli Stati membri in tema di potestà impositiva e su chi ha il diritto di tassare determinati utili spesso comportano che le società siano tassate due o più volte sul medesimo reddito.

Le statistiche più recenti indicano che esistono circa 900 controversie in corso in materia di doppia imposizione nell'UE, con 10,5 miliardi di euro in gioco. La

maggior parte degli Stati membri ha in essere accordi fiscali bilaterali con disposizioni per alleviare la doppia imposizione e esistono procedure per risolvere tali controversie. Tuttavia, queste procedure sono lunghe, costose e non sempre si concludono con un accordo. La Convenzione arbitrale multilaterale che è stata sottoscritta tra gli Stati membri, fornisce un certo rimedio. Tuttavia, la sua portata è limitata alle controversie in materia di prezzi di trasferimento e non esiste alcun strumento di tutela o ricorso per abrogare l'interpretazione delle norme.

La Commissione ha proposto dunque una Direttiva per migliorare i meccanismi di risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione nell'UE, per rafforzare un ambiente fiscale più equo, certo e più stabile. Le nuove norme hanno l'obiettivo di garantire che i casi di doppia imposizione siano risolti più rapidamente e in modo definitivo quando si verificano tra gli Stati membri.

Se gli Stati membri non possono trovare un accordo sulla modalità di risoluzione di un caso, il contribuente può chiedere al proprio tribunale nazionale di istituire un comitato arbitrale per adottare una decisione definitiva e vincolante, entro un termine fissato. Ciò contribuirà ad evitare incertezza per le imprese coinvolte.

In aggiunta la Commissione ha indicato un campo di applicazione più ampio dei casi che potranno beneficiare dei meccanismi di risoluzione previsti dalla proposta di Direttiva. Questi miglioramenti ai meccanismi di risoluzione delle controversie porteranno sia alle imprese e che alle amministrazioni un risparmio considerevole in termini di quantità di tempo, denaro e risorse e rafforzerà la certezza fiscale per le imprese operanti nell'UE.

In primo luogo, ad oggi, la Convenzione è l'unico meccanismo di risoluzione delle controversie a livello europeo. Sebbene possa essere sollevata una critica per quanto riguarda la sua portata d'applicazione - portata attualmente limitata alle controversie

in materia di prezzi di trasferimento -, si afferma che questi tipi di controversie costituiscono generalmente il nucleo di tutte le controversie fiscali<sup>52</sup>.

In secondo luogo, fino a un anno fa, non era chiaro quali fossero esattamente le proposte della Commissione europea per migliorare i meccanismi di risoluzione delle controversie. Infatti, aveva suggerito solo il miglioramento del funzionamento della Convenzione, vale a dire l'eventuale estensione del campo di applicazione della Convenzione a controversie relative a settori diversi dai prezzi di trasferimento e / o alla possibilità di trasformare la Convenzione in uno strumento di diritto comunitario.

### ***1. L'Action Plan 2015 e i miglioramenti alla Convenzione arbitrale europea***

Nel piano di azione per il 2015, come discusso, la Commissione europea ha affermato correttamente che l'esistenza della doppia imposizione incide negativamente sugli investimenti transfrontalieri e provoca distorsioni economiche e inefficienze; occorre dunque determinare se l'ambito di applicazione della Convenzione debba essere esteso e se la trasformazione in uno strumento del diritto dell'UE porterebbe ad un miglioramento del funzionamento del mercato unico.

Innanzitutto, la storia della Convenzione indica chiaramente che gli Stati membri dell'Unione europea hanno volutamente mantenuto questo meccanismo di risoluzione delle controversie sui prezzi di trasferimento al di fuori della sfera d'influenza dell'Unione europea. È stata in particolare la potenziale competenza della Corte di giustizia di decidere sull'interpretazione e l'applicazione di un tale meccanismo che

---

<sup>52</sup> Cfr., inter alia, OECD, *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures* (MEMAP), para. 1.2.1 (OECD 2007), International Organizations' Documentation IBFD and European Commission, *Summary Report of the Responses Received on Commission's Consultation on Double Taxation Conventions and the Internal Market: Factual Examples of Double Taxation Cases* p. 3 (Jan. 2011). See I.D. Barnett, *United Kingdom*, in *Mutual agreement – procedure and practice* p. 362 (IFA Cahiers vol. 66A, 1981), Online Books IBFD and L. Maktouf, *Resolving international tax disputes through arbitration*, *Arbitration Intl.* 1, p. 38 (1988). Cfr. W.W. Park & D.R. Tillinghast, *Income Tax Treaty Arbitration*, *International Fiscal Association* p. 16; P.T. Nguyen, *Transfer Pricing – Increasing Enforcement, Audit and Dispute Resolution Mechanisms*, 18 *Asia-Pac. Tax Bull.* 5, p. 400 (2012), *Journals IBFD*.

ha reso gli Stati membri dell'Unione europea riluttanti ad adottare la proposta di direttiva arbitrale.

Questa posizione probabilmente non è cambiata nei 40 anni dalla presentazione della proposta. Come noto, i nuovi Stati membri dell'UE al momento della loro adesione all'Unione europea non erano intenzionati ad entrare nella Convenzione, trattandosi in particolare di un meccanismo arbitrale per le controversie in materia di imposizione fiscale. Lo hanno tuttavia accettato come parte del pacchetto negoziato relativo alla loro adesione all'Unione europea. Quindi la possibilità che il clima politico sia cambiato in modo sufficiente per trasformare la Convenzione in uno strumento di diritto dell'Unione europea è remota, se non assente. Ciò è rafforzato dal fatto che gli Stati membri dell'UE, individualmente considerati, non intravedono benefici da un meccanismo vincolante di risoluzione delle controversie.

Sulla base della decisione della Corte di giustizia in merito a una controversia pendente nell'ambito del Trattato bilaterale Austria-Germania (2000), ciò potrebbe essere ancor più vero. In base a tale convenzione, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi su una controversia fiscale se le autorità competenti in questione non raggiungono un accordo entro il termine di tre anni della fase di procedura amichevole.

In secondo luogo, è anche discutibile se la trasformazione della Convenzione in uno strumento del diritto dell'UE risolverebbe le criticità discusse nel capitolo precedente. L'assegnazione della competenza alla Corte di giustizia per pronunciarsi sull'applicazione dello strumento arbitrale prevede tuttavia un'interpretazione più omogenea dei termini non specificamente definiti. Ad esempio, la Corte di giustizia potrebbe, in un caso particolare, stabilire se una richiesta presentata possa essere considerata "fondata" e, in quanto tale, prevedere una definizione di questo termine. Pertanto, dopo un certo periodo, il catalogo di termini definiti potrebbe diventare

completo. Tuttavia, lo strumento arbitrale manca ancora di un meccanismo di default adeguato per far rispettare le sue disposizioni in caso di inosservanza da parte degli Stati Membri.

Secondo il sistema attuale, la Corte di giustizia può solo deliberare che, ad esempio, le autorità competenti non hanno rispettato l'obbligo di far ricorso alla procedura arbitrale dopo la scadenza del termine di due anni di procedura amichevole per raggiungere un accordo che risolve i casi di doppia tassazione. Non è tuttavia autorizzata ad istituire la commissione consultiva stessa. Quali sono allora i miglioramenti necessari da apportare al funzionamento della Convenzione? In sostanza, occorre adottare le seguenti quattro modifiche:

- (1) l'introduzione di una scadenza per la fase di risoluzione unilaterale della doppia imposizione;
- (2) l'introduzione di un meccanismo di default adeguato per garantire il rispetto degli obblighi imposti agli Stati membri dell'UE, nonché l'arbitrato obbligatorio e vincolante;
- (3) l'inserimento di definizioni di determinati termini non specificati; e
- (4) l'introduzione di una più sofisticata interazione tra le procedure della Convenzione e i rimedi disponibili a livello nazionale.

Quanto al punto (2), si afferma che il difetto individuato per il disegno istituzionale della Convenzione può essere affrontato solo nella convenzione stessa. Come correttamente concluso da Lindencrona & Mattson (1981), una convenzione multilaterale, come la Convenzione europea, ha bisogno di istituzioni per garantire un ragionevole grado di uniformità di applicazione e di interpretazione. Infatti, la creazione di tale istituzione è necessaria per garantire la conformità con le procedure della Convenzione da parte degli Stati membri dell'UE Stati con il fine ultimo di tutelare il contribuente e conseguire il principale obiettivo della Convenzione, l'eliminazione della doppia imposizione entro i termini previsti.

A questo proposito si raccomanda che sia istituito un organo centrale di vigilanza a cui si assegna la competenza di intervento nel caso in cui gli Stati membri dell'UE non rispettino i loro obblighi e non adottino comportamenti conformi alle disposizioni della Convenzione. La questione è come un organismo di vigilanza possa essere inserito nell'ambito giuridico della Convenzione e pertanto prevedere un sistema di funzionamento efficiente e coerente senza entrare in conflitto con la sovranità degli Stati membri dell'UE in questo settore.

Il primo passo è quello di definire quale istituzione possa funzionare come organo di controllo per monitorare e far rispettare agli Stati membri gli obblighi derivanti dalla convenzione. Questo ruolo potrebbe essere assegnato alla Commissione europea in quanto ha una visione imparziale nei confronti di ogni singolo Stato membro in un caso specifico e perché svolge un ruolo guida nel JTPF dell'UE, il forum responsabile dello sviluppo di misure per migliorare il funzionamento della Convenzione.

La competenza da attribuire implicherebbe l'istituzione della commissione consultiva e, di conseguenza, la selezione e la nomina dei suoi membri nel caso in cui le autorità competenti in questione non lo faranno dopo un determinato periodo di tempo. Inoltre, potrebbe essere istituita una segreteria centrale e permanente, funzionante sotto l'egida gli auspici della Commissione europea che dovrebbe supportare le commissioni consultive nell'esecuzione della procedura arbitrale, nonché monitorare il rispetto delle scadenze della Convenzione.

Se venisse introdotto un meccanismo di default predefinito, è probabile che per altri casi si farà ricorso all'arbitrato. A questo proposito, l'efficacia e l'efficienza della procedura arbitrale potrebbe anche essere migliorata. Sebbene comprensibile da una prospettiva storica, è alquanto curioso che gli Stati membri dell'UE siano coinvolti in

tutti gli aspetti della procedura e tuttavia è loro consentito di assumere una decisione finale, differente, se non d'accordo con l'esito della procedura arbitrale.

L'articolo 25, paragrafo 5 del modello OCSE (2008), comprende una clausola arbitrale che prevede una procedura arbitrale obbligatoria e vincolante. Questa clausola è quasi sempre adottata - talvolta subordinata a poche modifiche - nei trattati fiscali in cui gli Stati accettano di completare la procedura amichevole con una clausola arbitrale.

Tale disposizione precisa: *“unless a person directly affected by the case does not accept the mutual agreement that implements the arbitration decision or the competent authorities and the persons directly affected by the case agree on a different solution within six months after the decision has been communicated to them, the arbitration decision shall be binding on both States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of these States”*.

Confrontando questa formulazione alla Convenzione, si può concludere che l'attuale sistema, in base al quale gli Stati membri dell'UE avviano la procedura di arbitrato, partecipano alla commissione consultiva, selezionano e nominano i membri della commissione e, successivamente, stabiliscono definitivamente il risultato, non funziona in modo efficace ed efficiente e non prevede una procedura corretta e imparziale.

Anche se, alla fine, il parere della commissione consultiva diventa generalmente vincolante - poiché le autorità competenti non sono più disposte ad accordarsi su una soluzione diversa - la fase di decisione aggiuntiva porta a ritardi e perde di qualsiasi utilità. La fase finale di decisione non è stata originariamente inclusa nella proposta di direttiva arbitrale che prevedeva una procedura arbitrale obbligatoria e vincolante.

Al fine di garantire che la convenzione arbitrata fosse adottata e non perdesse consensi, il commissario dell'epoca (1984), Tugendhat, propose di aggiungere tale fase di decisione finale alla Convenzione. Ciò può avere avuto un merito negli anni '80, ma una fase di decisione definitiva è ormai sconosciuta nel diritto tributario internazionale. E' dunque auspicabile espungere la fase finale di decisione dalla Convenzione. In tal modo, la commissione non funzionerebbe più come commissione consultiva, ma invece come vera e propria commissione arbitrale.

Anche se gli Stati membri dell'UE potrebbero essere riluttanti a rinunciare a questo potere decisionale, tale riluttanza è in contrasto con l'attuale pratica internazionale in materia fiscale, già incorporata da molti Stati membri dell'UE nei rispettivi trattati fiscali bilaterali.

Per quanto riguarda il punto (3), se gli Stati membri dell'UE non sono disposti a includere tutte le definizioni necessarie nella Convenzione, dovrebbero in ogni caso includere la definizione dei termini "fondati" e "soluzione soddisfacente".

Inoltre, per risolvere i problemi individuati con l'articolo 3, paragrafo 2 della Convenzione, la disposizione potrebbe essere aggiornata sulla base della versione più recente dell'articolo 3, paragrafo 2 del modello OCSE. Ciò consentirebbe che l'interpretazione di un termine non definito dipenda dalla legislazione nazionale dello Stato membro dell'UE che applica la Convenzione.

Infine, la Convenzione dovrebbe includere una definizione uniforme del termine "sanzione grave" piuttosto che applicare le definizioni individuali degli Stati membri dell'UE. Tale definizione dovrebbe chiarire in particolare che riguarda solo le sanzioni per frode fiscale, in linea con l'intento originario dell'articolo 8, paragrafo 1.

Per quanto riguarda (4), la conclusione generale tratta da quanto precede è che l'attuale sistema, che prevede prioritariamente la possibilità di adire i rimedi disponibili a livello nazionale e, solo successivamente, se ancora possibile, le procedure della Convenzione, è inefficace e inefficiente. La principale criticità identificata è che le decisioni dei giudici nazionali limitino la capacità delle autorità competenti di stipulare un accordo reciproco e / o condurre la procedura di arbitrato una volta finalizzati i casi giudiziari a livello domestico. Poiché la maggior parte degli Stati membri non sono autorizzati a derogare alle decisioni dei loro organi giurisdizionali, una soluzione più pragmatica sarebbe quella di sospendere le procedure nazionali mentre le procedure della Convenzione sono state applicate<sup>53</sup>.

Ciò eviterebbe situazioni in cui i casi non possano essere trattati più a norma della Convenzione poiché una decisione finale è stata data da un tribunale e consentirebbe anche ai contribuenti di adire gli organi giudiziari domestici e a far ricorso ai rimedi nazionali se la richiesta di accedere alle procedure previste dalla Convenzione non eliminano la doppia imposizione in questione. In una simile situazione, verrebbe assicurata invece l'eliminazione della doppia imposizione.

Inoltre, consentendo ad entrambe le procedure di essere eseguite simultaneamente, verrebbe raggiunta l'intenzione originaria della Convenzione di prevedere una procedura che completi i rimedi disponibili a livello nazionale. I timori delle autorità competenti, cioè che i contribuenti scelgano la procedura più vantaggiosa, non si realizzerebbero perché, se esiste un accordo comune che elimina la doppia

---

<sup>53</sup> Questo sistema non è comune nel panorama fiscale internazionale . In EU è già possibile ottenere la sospensione di un contenzioso domestico fino alla conclusione della procedura amichevole, come in Italia, Danimarca, Regno Unito. Vedi la legislazione danese *Hvordan undgå's transfer pricingdobbeltbeskatning* del 24 Gennaio 2013, para. CF8.2.2.25.1; la Circolare italiana sulla composizione delle controversie fiscali internazionali – le procedure amichevoli del 5 giugno 2012, para. 4.2.5; e lo Statement of Practice SP 1/11, 30 Jan. 2012 del Regno Unito.

imposizione, i contribuenti apprezzeranno la certezza che sono stati dati e non cercheranno di ottenere un miglior risultato attraverso un ricorso/appello<sup>54</sup>.

## ***2. Contesto della proposta di Direttiva europea: ragioni e obiettivi***

A partire dal primo giorno del suo mandato, la Commissione ha posto in primo piano nell'agenda politica la creazione di posti di lavoro, la crescita e gli investimenti. Per conseguire tali priorità, la Commissione ha spinto per un ambizioso programma di riforme per un mercato interno più equo con solide basi in funzione di un'economia europea più forte e più competitiva. Questi obiettivi si traducono, per quanto riguarda l'imposizione fiscale, nella necessità di costruire un equo ed efficiente sistema fiscale nell'UE.

Per garantire l'equità dei sistemi fiscali, la Commissione ha prioritariamente cercato di contrastare l'evasione fiscale, l'elusione e la pianificazione fiscale aggressiva e ha perpetrato un'agenda di riforma molto attiva. In tale contesto la Commissione, in stretta collaborazione con gli Stati membri e con il sostegno del Parlamento europeo, sta costruendo una solida struttura di lotta all'evasione fiscale in Europa, un sistema di risposta robusto contro le minacce esterne alla erosione delle basi imponibili degli Stati membri e intrapreso un percorso verso un sistema di tassazione più equo per i cittadini e le imprese.

Infatti, è necessario assicurare che i sistemi fiscali siano anche efficienti, in modo da poter supportare un'economia più forte e competitiva. Questo obiettivo dovrebbe essere implementato creando un ambiente fiscale più favorevole per le imprese che riduca i costi di adempimento e gli oneri amministrativi e assicuri la certezza fiscale.

---

<sup>54</sup> In letteratura è stato osservato che in pratica il contribuente quasi sempre accetta il risultato dell'accordo derivante dalla procedura amichevole. Vedi per esempio, Moses, *supra* n. 60, p. 118, quoting Sasseville: "*but in the vast majority of cases I am told the taxpayer will say yes to the MAP result*". Vedi anche par. 79 *OECD Model: Commentary on Article 25* (2014), che statuisce che: "[...] *experience shows that there are very few cases where the taxpayer rejects a mutual agreement to resort to domestic legal remedies*".

In particolare, l'importanza della leva fiscale certamente nel promuovere investimenti e stimolare la crescita è stata recentemente riconosciuta dai leader del G20 ed è indiscutibilmente al centro della nuova attenzione globale.

La lotta contro l'evasione fiscale e la pianificazione fiscale aggressiva, sia a livello dell'UE che a livello mondiale, devono quindi andare avanti con la creazione di un ambiente fiscale competitivo per le imprese. Sono le due facce della stessa medaglia. Un sistema fiscale equo non è solo un sistema che assicuri che i profitti siano effettivamente tassati dove vengono generati ma anche che assicuri che i profitti non siano tassati due o più volte.

Uno dei principali problemi che le aziende con operatività transazionale si trovano ad affrontare è proprio la doppia imposizione. Come ampiamente illustrato, esistono già meccanismi in materia di risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione. Sono le procedure di amichevoli previste dalle convenzioni contro le doppie imposizioni (trattati bilaterali) stipulati dagli Stati membri nonché dalla convenzione arbitrale europea. Come già indicato, la Commissione monitora il numero di casi trattati dagli Stati membri e i rispettivi risultati su base annua. L'analisi mostra che ci sono troppi casi per i quali è precluso l'accesso ai meccanismi esistenti o che si bloccano senza che il contribuente sia informato delle ragioni o che non siano affatto risolti e portati ad una conclusione.

Come ampiamente argomentato nel precedente capitolo, sebbene i meccanismi esistenti funzionino bene in molti casi, è necessario farli funzionare meglio per quanto riguarda l'accesso, la copertura, la tempestività e la conclusione delle procedure. Inoltre, deve osservarsi che i metodi tradizionali di risoluzione delle controversie non si adattano più alla complessità e ai rischi di doppia imposizione dell'attuale panorama economico e fiscale globale.

È pertanto necessario migliorare i meccanismi di risoluzione delle controversie per l'eliminazione delle doppie imposizioni nell'UE con l'obiettivo di progettare un sistema fiscale equo ed efficiente che aumenti la certezza del diritto a favore degli operatori economici di medie e grandi dimensioni con attività diffusa e integrata nel mercato interno. Questo è un contributo fondamentale per la creazione di un sistema fiscale equo e per garantire che il mercato interno dell'UE rimanga un'area attraente per gli investimenti.

La proposta di direttiva si concentra sulle imprese e sulle società, i principali soggetti interessati da situazioni di doppia imposizione. Si basa sull'attuale Convenzione arbitrale europea, che prevede già un meccanismo obbligatorio di arbitrato, ma ne amplia il campo di applicazione a settori che non sono attualmente coperti e aggiunge disposizioni per l'applicazione ed esecuzione forzata (*enforcement*) proprio per affrontare e superare le principali carenze identificate in funzione dell'efficacia del meccanismo stesso.

Secondo il memorandum esplicativo, la proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato mira a migliorare le procedure di risoluzione delle controversie nell'Unione europea con riferimento all'accesso dei contribuenti a tali meccanismi, ambito di applicazione, tempistica (sequenza temporale delle fasi) e conclusione. Le disposizioni riflettono molto bene questi obiettivi. Questa sezione illustra l'ambito oggettivo, soggettivo e geografico della proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato e spiega perché la Direttiva recentemente proposta dalla Commissione è in generale un miglioramento molto significativo rispetto alla convenzione arbitrale ampiamente trattata nel capitolo precedente.

Come nel caso delle procedure amichevoli del modello OCSE (trattati bilaterali), una delle principali questioni relative alla Convenzione arbitrale (90/436) è costituita dalle difficoltà e insufficiente accesso da parte dei contribuenti alle procedure.

Proprio come raccomandato dall’Azione 14 dell’iniziativa BEPS dell’OCSE, che tenta di affrontare questo aspetto in relazione alle MAP nel modello OCSE, la proposta di direttiva arbitrale dell’UE ha una portata considerevolmente più ampia della convenzione arbitrale (90/436), aumentando così le aree di imposizione diretta coperte e dunque l’ambito oggettivo di riferimento.

La Corte di giustizia è competente a decidere in materia di interpretazione della direttiva, ciò richiede un processo di rinvio che non può sorgere in un prossimo futuro. Inoltre, tenuto conto dell’importanza della terminologia nell’implementazione della direttiva arbitrale proposta, ci si potrebbe domandare se una sola pronuncia possa fornire sufficiente chiarezza.

Inoltre, l’esclusione dei redditi diversi da quelli di impresa potrebbe potenzialmente costituire una discriminazione alle libertà economiche del mercato interno, in quanto il fenomeno della doppia imposizione rimasta irrisolta costituisce un ostacolo all’esercizio delle libertà economiche e, a questo riguardo, è irrilevante il tipo di reddito in considerazione.

D’altra parte, il termine “doppia imposizione” è ampiamente definito all’articolo 2, paragrafo 3 della proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato: “*“the imposition of taxes listed in Annex I ... by two (or more) tax jurisdictions in respect of the same taxable income or capital ... when it gives rise to either*

*(i) additional tax,*

*(ii) increase in tax liabilities or*

*(iii) cancellation or reduction of losses, which could be used to offset taxable profits.”*

Questa definizione è molto simile a quella contenuta nell’articolo 1, paragrafo 1, della convenzione arbitrale (90/436) e riguarderebbe sia la doppia imposizione economica che giuridica, sia la doppia imposizione legata all’effetto finanziario

futuro nei casi di riporto in avanti delle perdite fiscali. Tuttavia, la formulazione dell'articolo 3 della proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato, che prevede che un contribuente sia “soggetto a doppia imposizione”, potrebbe indicare che sarebbe coperta solo la doppia imposizione subita dallo stesso soggetto, vale a dire la doppia imposizione giuridica.

L'ambito di applicazione della proposta di direttiva arbitrale comunitaria è limitato da due disposizioni, entrambe contenute nell'articolo 1. In primo luogo, la direttiva UE arbitrale non si applica ai redditi o ai capitali che sono esenti o “zero-rated”, quindi non soggetti ad imposizione o per cui è prevista un'aliquota pari a zero, secondo le norme domestiche. In secondo luogo, le disposizioni intese a contrastare l'evasione fiscale, la frode fiscale o l'abuso non sarebbero interessate dalla proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato.

La prima limitazione potrebbe avere interessanti implicazioni. Nel caso in cui la portata del termine “*exempt*” non sia limitata puramente a redditi non imponibili concessi in base alla legge, la proposta di direttiva arbitrale UE potrebbe implicare la restrizione ai redditi con il requisito di imponibilità (“*subject to tax*”). La seconda limitazione ha probabilmente origine nell'eccezione per gravi sanzioni di cui all'articolo 8, paragrafo 1, della convenzione arbitrale (90/436), rispetto al quale si registra un miglioramento significativo.

In questo contesto, va osservato che la proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato afferma di non precludere l'uso di disposizioni nazionali anti-abuso, puntando verso un'applicazione concorrente. Al contrario della Convenzione arbitrale, la proposta di direttiva arbitrale dell'UE troverebbe applicazione pertanto anche ad una controversia riguardante una disposizione anti-abuso.

### *3. Coerenza con le disposizioni esistenti in materia di politiche fiscali europee*

La comunicazione della Commissione su un piano d'azione per un sistema fiscale efficace e efficiente nell'UE, adottato il 17 giugno 2015<sup>55</sup> ha individuato cinque aree chiave di intervento.

Una di queste aree riguarda la creazione di un ambiente fiscale migliore per le imprese nell'UE, al fine di promuovere la crescita e l'occupazione nel mercato unico. La comunicazione ha individuato la proposta di una base imponibile consolidata comune (CCCTB), che è prevista per essere adottata nello stesso giorno della proposta, come un passo importante verso un migliore ambiente fiscale per le imprese, ma ha riconosciuto che nel frattempo altre iniziative dovrebbero migliorare il contesto fiscale dell'UE per le imprese.

Questa proposta integra quella relativa alla base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB). Poiché il consolidamento è solo una parte della seconda fase del nuovo approccio alla CCCTB, ci sarebbe ancora la necessità di meccanismi efficaci di risoluzione delle controversie. Inoltre, sebbene una CCCTB pienamente adottata sia destinata ad assicurare che i profitti siano tassati nel luogo in cui vengono generati, non tutte le società rientreranno nell'ambito obbligatorio della CCCTB. Pertanto, ci si può aspettare che anche successivamente all'introduzione di un singolo insieme di norme comuni per la determinazione del reddito imponibile societario, un certo numero di controversie per eliminare le doppie imposizioni continueranno a sorgere; permane l'esigenza di meccanismi appropriati.

Inoltre, la proposta di direttiva europea segue le aree di intervento delle attuali politiche dell'Unione e le disposizioni esistenti in materia, in particolare la Convenzione sull'arbitrato dell'Unione. La direttiva proposta intende ampliare

---

<sup>55</sup> COM(2015) 302: Comunicazione della Commissione al parlamento europeo e al consiglio: Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento.

l'ambito e migliorare le procedure e i meccanismi in vigore, senza sostituirli. Questo è un modo per garantire che gli Stati membri dispongano, da un lato, di disposizioni procedurali più dettagliate per l'eliminazione delle controversie in materia di doppia imposizione, ma allo stesso tempo lasciano sufficiente flessibilità per accordarsi tra loro sui meccanismi a disposizione.

D'altra parte la situazione per il contribuente migliorerebbe sotto diversi aspetti. Secondo la proposta di direttiva, i contribuenti ricevono diritti rafforzati per far rispettare a seconda di determinati criteri l'attivazione e istituzione di meccanismi per la risoluzione della controversia, saranno meglio informati sulla procedura e possono contare sul fatto che gli Stati membri siano costretti a ottenere risultati vincolanti.

Questa proposta rientra nell'ambito delle iniziative della Commissione per una fiscalità più equa, efficace e trasparente. Contribuirebbe all'eliminazione degli ostacoli fiscali che creano distorsioni e ostacolano il buon funzionamento del mercato interno; contribuirebbe pertanto ad un mercato interno più equo.

In termini di impatto economico, la proposta ridurrà l'onere di messa in conformità (adempimento) e di contenzioso delle imprese che operano nell'UE con attività transfrontaliere. Saranno inoltre ridotti sia i costi esterni che i costi amministrativi interni relativi alla gestione di tali controversie. Faciliterà le decisioni di investimento all'interno dell'UE offrendo maggior certezza e prevedibilità agli investitori, con particolare riferimento alla neutralizzazione dei costi aggiuntivi derivanti dalla doppia imposizione.

A livello di amministrazione fiscale, la proposta dovrebbe ridurre i ritardi e le spese di procedura, ma anche essere un forte incentivo a regolare in modo ottimale la capacità amministrativa e le procedure interne. Migliorerà quindi l'efficienza. Dovrebbe avere un effetto positivo sul gettito fiscale a medio e lungo termine, in

quanto dovrebbe aumentare la crescita e gli investimenti nell'Unione europea, ma anche migliorare la fiducia dei contribuenti nel sistema fiscale nel suo complesso stimolando così l'adempimento spontaneo da parte del contribuente.

In termini di vantaggi sociali, questa iniziativa risponde all'aumento delle aspettative dei cittadini europei verso un sistema fiscale equo ed efficace. Essa assicurerà la coerenza nel trattamento delle controversie in materia di doppia imposizione sulle transazioni transfrontaliere a livello comunitario e fornisce anche maggiore trasparenza sul modo in cui i casi discussi vengono risolti.

Non da ultimo è doveroso notare che la direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, la proposta è motivata dal voler garantire il pieno rispetto del diritto ad un processo equo, consentendo ai contribuenti di accedere al loro tribunale nazionale competente nella fase di risoluzione delle controversie in caso di diniego di accesso a procedure di risoluzione internazionali o quando gli Stati membri non hanno istituito una commissione consultiva.

#### ***4. Base giuridica, sussidiarietà e proporzionalità***

In via preliminare si osserva che la normativa europea in materia di imposizione diretta ricade nell'ambito applicativo dell'Articolo 115 del Trattato sul Funzionamento dell'EU (TFEU). La disposizione afferma che misure normative in questo ambito devono prendere la forma di direttiva.

La proposta risulta conforme al principio di sussidiarietà. La natura della questione richiede un'iniziativa comune e coordinata nel mercato interno. Le norme della direttiva in discussione mirano a migliorare l'efficacia e l'efficienza dei meccanismi

di risoluzione delle controversie sulla doppia imposizione che creano gravi impedimenti a un mercato interno efficiente ed efficace.

I meccanismi di risoluzione delle controversie sulla doppia imposizione sono per natura procedimenti bilaterali o multilaterali, che richiedono un'azione coordinata tra gli Stati membri. Gli Stati membri sono interdipendenti nell'applicazione dei meccanismi di risoluzione delle controversie: anche se tali meccanismi sono disponibili, le carenze individuate, quali la negazione dell'accesso o la durata della procedura, verranno effettivamente risolte solo se trattate e concordate reciprocamente tra gli Stati membri.

La certezza giuridica e la prevedibilità a livello del contribuente possono essere affrontate solo attraverso una serie di regole comuni che definiscano un chiaro obbligo di risultato, termini e condizioni di effettiva eliminazione della doppia imposizione e di garantire l'attuazione delle decisioni di meccanismi di risoluzione delle controversie sulla doppia imposizione uniformemente in tutta l'UE.

Inoltre, un'iniziativa dell'UE avrebbe un valore aggiunto rispetto alle norme nazionali esistenti o ai trattati bilaterali, offrendo un quadro coordinato e flessibile. Tale approccio è quindi conforme al principio di sussidiarietà, come stabilito all'articolo 5 TFUE.

Con riferimento al requisito della proporzionalità, la misura prevista non va al di là di quanto è strettamente necessario per conseguire i suoi obiettivi. Si basa sui meccanismi esistenti e aggiunge un numero limitato di regole per migliorarle.

Queste regole sono adattate per affrontare le carenze individuate negli anni del funzionamento della Convenzione arbitrale. La direttiva si riferisce anche ai meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) e alle procedure di

ricorso già esistenti in altri settori. Infine, la direttiva garantisce il grado essenziale di coordinamento all'interno dell'Unione.

Gli obiettivi della proposta possono essere raggiunti con costi minimi per le imprese e gli Stati membri, evitando allo stesso tempo oneri fiscali e di conformità per le aziende nonché costi amministrativi inutili per le amministrazioni fiscali degli Stati membri. Alla luce di ciò, la proposta non va al di là di quanto necessario per conseguire i suoi obiettivi e quindi è conforme al principio di proporzionalità.

### ***5. Funzionamento del nuovo meccanismo di risoluzione delle controversie***

Il Consiglio dell'Unione europea ha dato il via libera alle nuove regole per la risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione del reddito e, ove applicabile, del capitale. La direttiva n. 2017/1852, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Ue del 10 ottobre 2017, è finalizzata a dirimere le controversie tra gli Stati membri che dovessero sorgere dall'applicazione degli accordi che prevedono l'eliminazione della doppia imposizione in conseguenza della potestà impositiva esercitata dai singoli Paesi.

Queste nuove disposizioni dovranno essere recepite in atti normativi e regolamentari dai singoli Stati membri entro il 30 giugno 2019 e si applicheranno alle controversie tra Stati membri che emergono dall'interpretazione e applicazione di accordi e convenzioni, instaurate a decorrere dal 1° luglio 2019 e riguardanti redditi o capitali percepiti a partire dal 1° gennaio 2018 o in data successiva.

Come già indicato con riferimento alla proposta, la direttiva si basa in larga misura sui termini della convenzione relativa all'eliminazione della doppia imposizione in relazione agli aggiustamenti degli utili fra imprese collegate (90/436/CEE); una volta

implementata la direttiva, rafforzerà la risoluzione obbligatoria e vincolante delle controversie nell'UE.

La proposta di direttiva<sup>56</sup> e la direttiva stessa ampliano la portata dei meccanismi di risoluzione delle controversie in tutte le situazioni transfrontaliere soggette alla doppia imposizione sui profitti societari (articolo 1). L'obiettivo di eliminare la doppia imposizione e le situazioni specifiche che dovrebbe regolare sono ricostruite con gli stessi termini della Convenzione arbitrale.

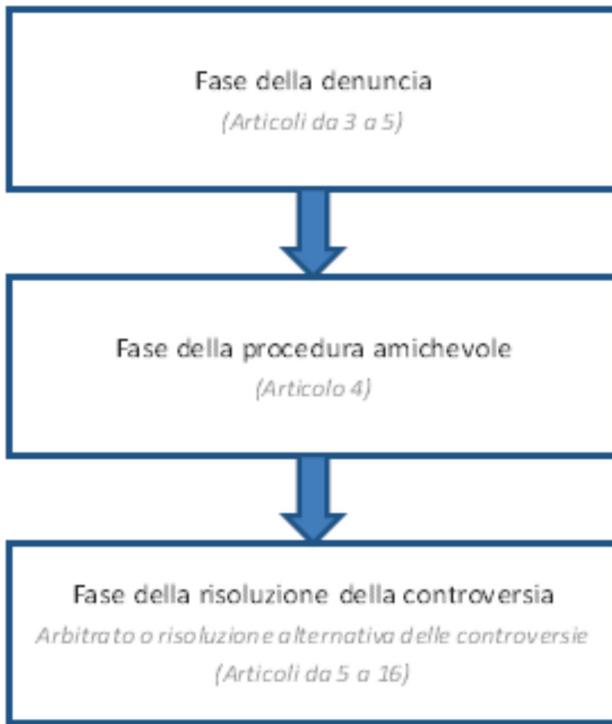
La direttiva tuttavia aggiunge un obbligo esplicito di risultato per gli Stati membri e un termine chiaramente definito. D'altra parte, sono escluse situazioni che caratterizzano la doppia non-imposizione o i casi di frode, di reati dolosi o di grave negligenza (articolo 15).

In linea con la Convenzione arbitrale, la direttiva consente una procedura di accordo reciproco (MAP), avviata dalla richiesta del contribuente, in base al quale gli Stati membri cooperano liberamente e concludono un accordo sulla controversia in materia di doppia imposizione entro due anni (articolo 4 ). Se la MAP non porta ad un risultato, la direttiva conduce automaticamente ad una procedura di risoluzione delle controversie con l'emissione di una decisione vincolante obbligatoria definitiva da parte delle autorità competenti degli Stati membri interessati.

---

<sup>56</sup> Cfr. COM(2016) 686 final/2 – Direttiva del Consiglio sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione nell'Unione europea

## Meccanismo di risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione dell'UE – fasi

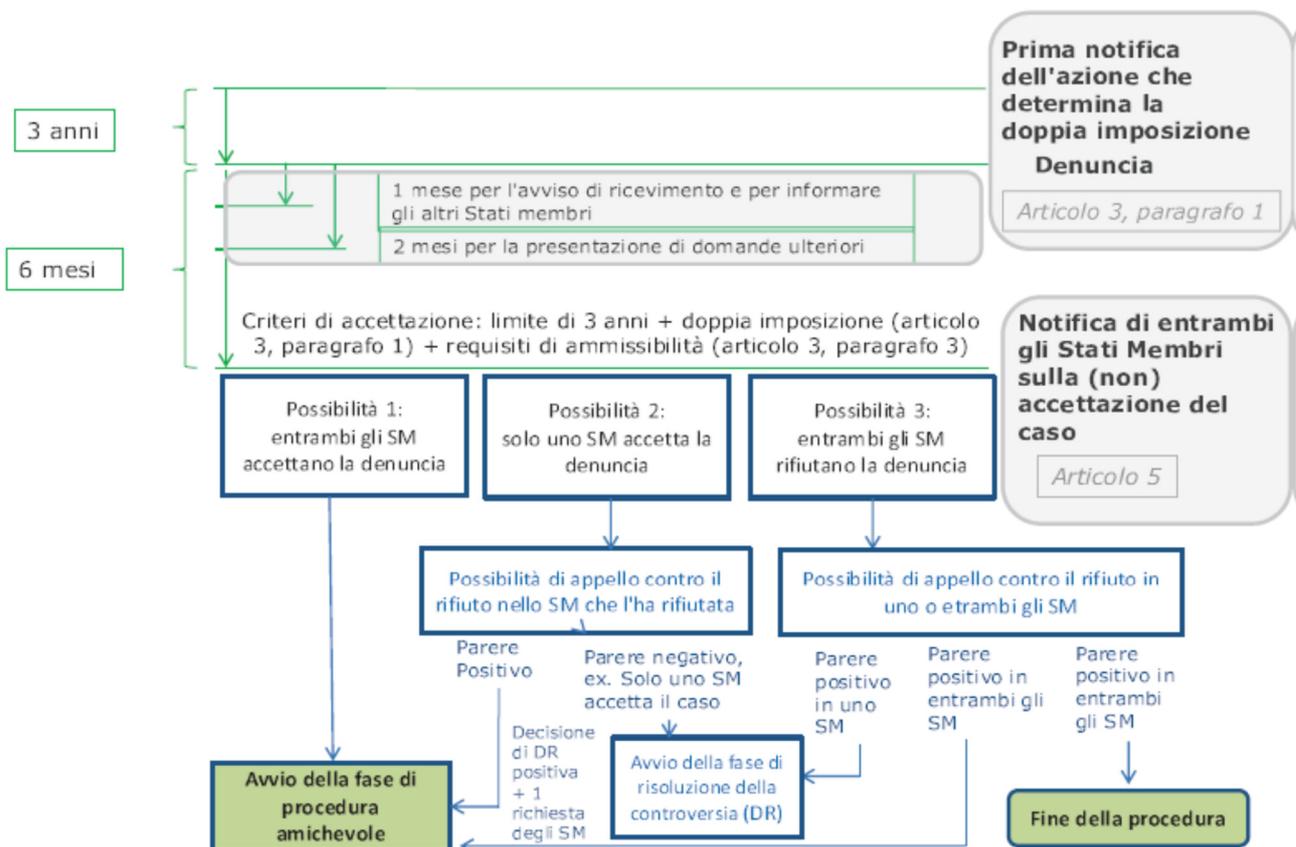


Il grafico sopra riportato riassume le tre fasi procedurali chiave, l'istanza o il reclamo, la MAP e la procedura di risoluzione delle controversie.

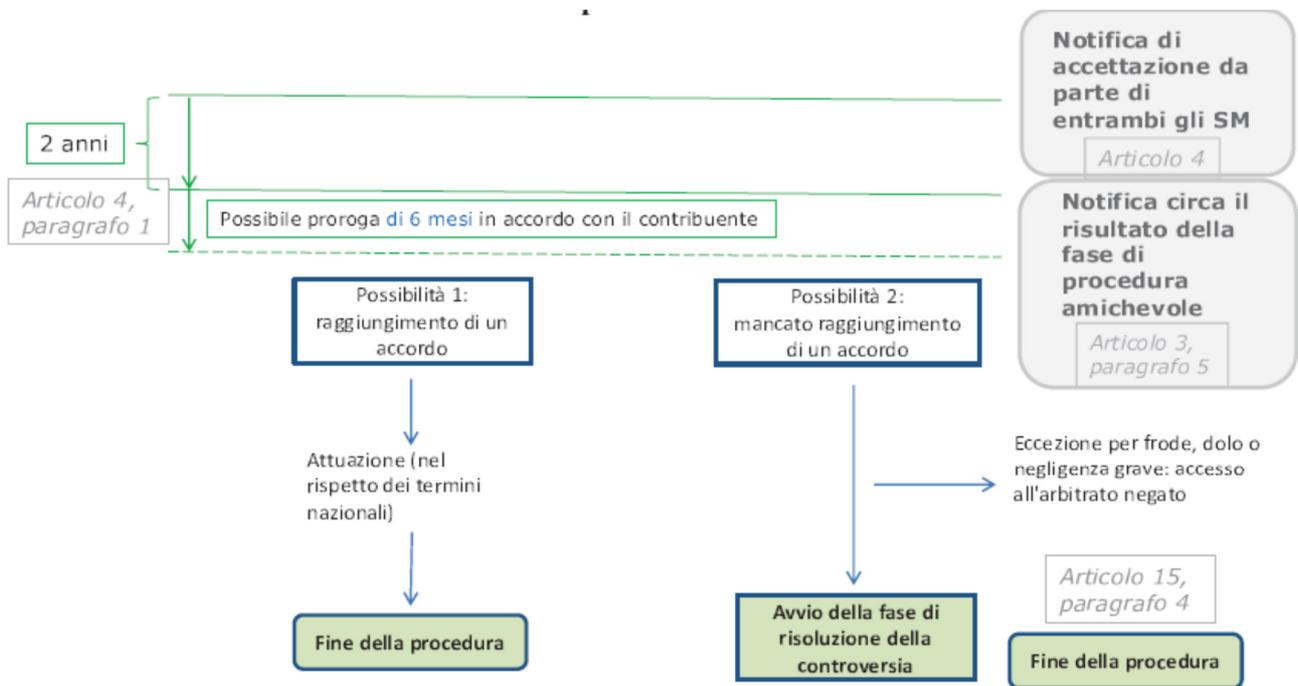
Gli articoli da 3 a 5 prevedono norme formali volte a chiarire le condizioni alle quali è ammessa una denuncia alla MAP, vale a dire il termine per la richiesta/reclamo, la spiegazione della situazione della doppia imposizione da parte del contribuente e la fornitura delle informazioni al fine di consentire le autorità competenti di esaminare il caso e di considerarne la ricevibilità cioè l'ammissibilità. Le disposizioni rafforzano inoltre le informazioni fornite al contribuente e stabiliscono obblighi per gli Stati membri se un caso viene respinto o considerato inammissibile tramite specifiche notifiche.

Gli schemi seguenti riassumono i diversi passaggi seguiti nella fase del reclamo/riciesta da parte del contribuente e la connessione con i due passaggi successivi, vale a dire la MAP o la fase di risoluzione delle controversie:

### Fase dell'istanza/reclamo



## Meccanismi di risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione dell'UE – Fase della procedura amichevole



Gli articoli 6 e 7 completano la fase iniziale della MAP con una procedura arbitrale automatica che prevede la soluzione della controversia tramite una procedura di arbitrato entro una quindicina di mesi nel caso in cui gli Stati membri non abbiano raggiunto un accordo durante la prima fase amichevole.

Nel caso in cui entrambi gli Stati membri non siano d'accordo sulla ricevibilità e ammissibilità del caso presentato dal contribuente alla fase MAP, possono essere sottoposti all'arbitrato in una fase antecedente proprio per risolvere questo conflitto sulla ricevibilità del caso (potenziale diniego di accesso) a condizione che le richieste del contribuente chiariscano di aver rinunciato ai rimedi domestici o che la scadenza per ricorrere a tali rimedi sia spirata.

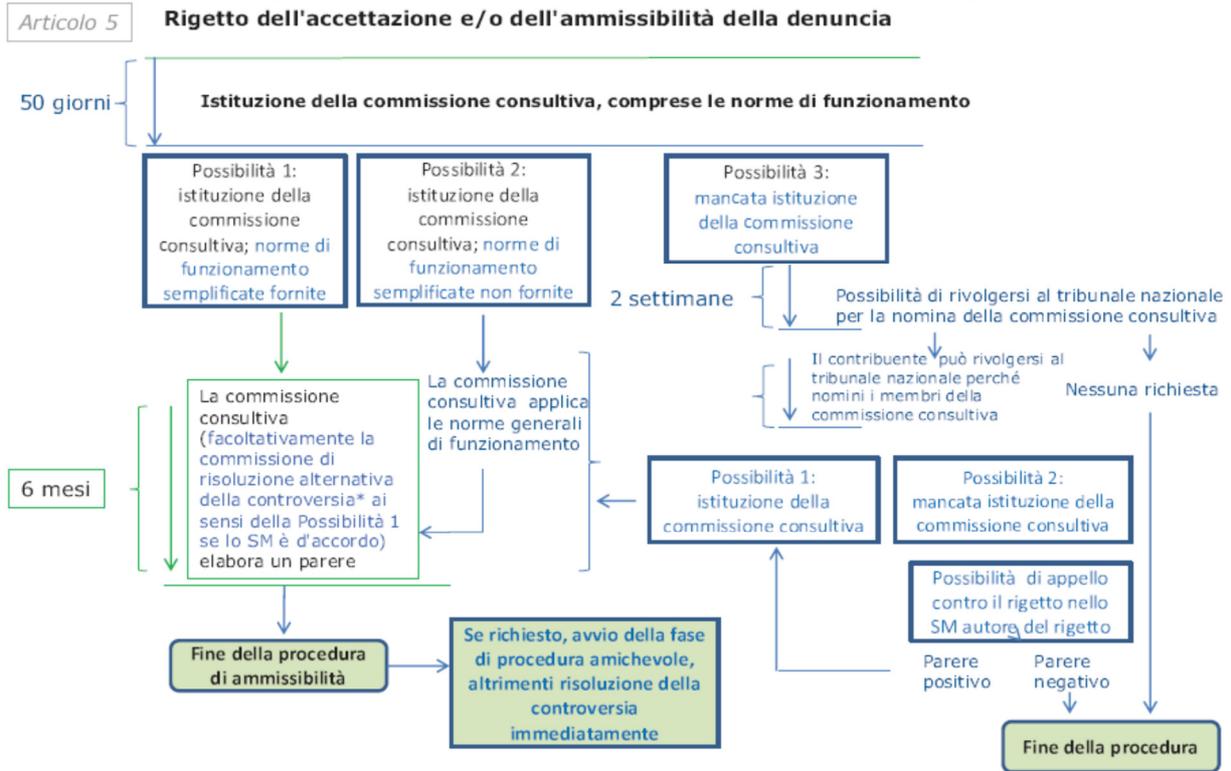
In base a questa procedura arbitrale supplementare e ai sensi dell'articolo 8 della direttiva, è necessario nominare una commissione di tre o cinque soggetti

indipendenti (arbitri), uno o due per ciascuno Stato membro più un presidente indipendente, insieme a due rappresentanti di ciascun membro Stato. Questa commissione consultiva emette un parere definitivo sull'eliminazione della doppia imposizione nel caso controverso, vincolante per gli Stati membri, a meno che questi non trovino un accordo su una soluzione alternativa per eliminare la doppia imposizione (articolo 13).

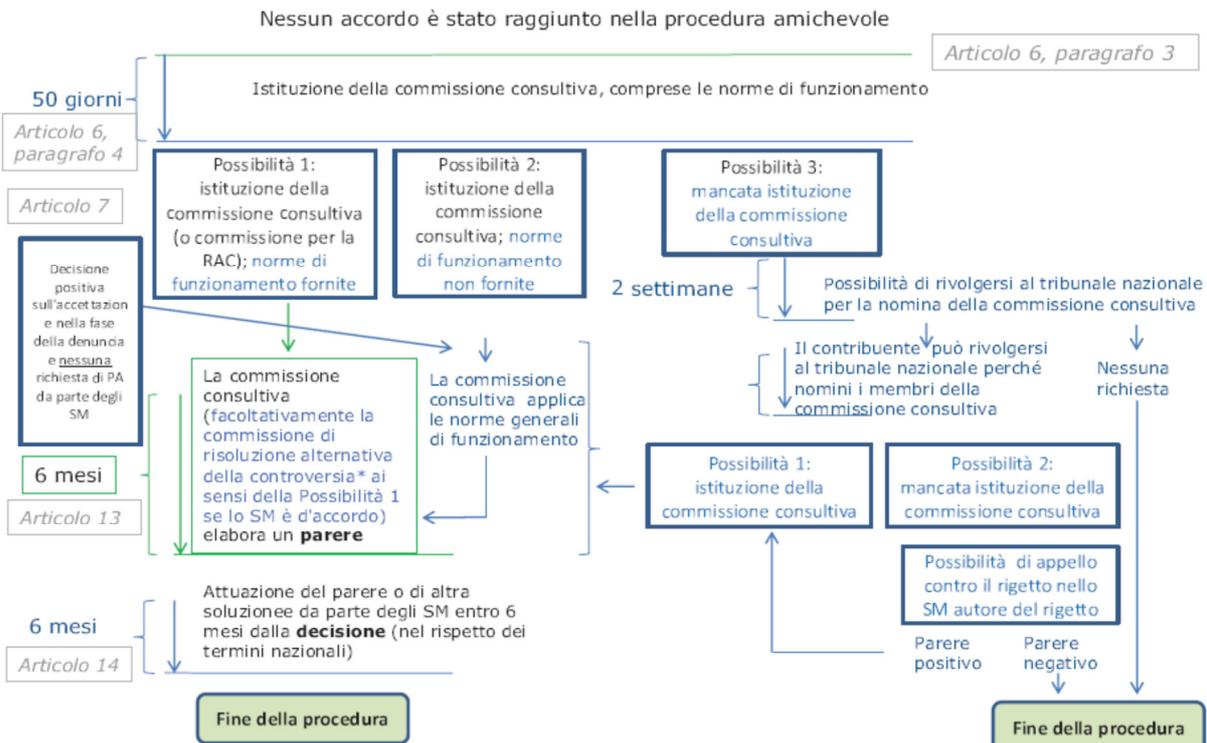
Inoltre è istituito un meccanismo accelerato di adempimento forzoso di competenza dei tribunali nazionali di ciascuno Stato membro coinvolto nei casi in cui la Commissione consultiva non sia stata istituita entro un termine prestabilito (articolo 7). Il contribuente avrà la possibilità di ricorrere al giudice nazionale per ottenere la nomina di soggetti indipendenti per la costituzione della commissione consultiva. Tali membri e la presidenza saranno scelti da un elenco prestabilito gestito dalla Commissione europea.

I diagrammi che seguono descrivono la fase di risoluzione delle controversie, nonché il nuovo processo anticipato di risoluzione da attivarsi in caso di diniego all'accesso da parte di un solo Stato membro che nega l'ammissibilità o la ricevibilità dell'istanza.

## Fase di risoluzione della controversia (decisione sull'accettazione e l'ammissibilità)



## Fase della risoluzione della controversia (eliminazione della doppia imposizione)



Questo meccanismo di attuazione e di nomina dell'organismo arbitrale è modellato sui meccanismi esistenti negli Stati membri dell'UE, secondo i quali i tribunali nazionali nomineranno gli arbitri quando le parti che hanno sottoscritto l'accordo arbitrale non si adoperano a tal fine. Il giudice nazionale competente verrà designato dagli Stati membri e si occuperà specificamente dei casi afferenti le criticità e i malfunzionamenti individuati nel processo di valutazione d'impatto, vale a dire il diniego d'accesso quando gli Stati membri non concordano sulla ricevibilità delle controversie in materia di doppia imposizione oppure in caso di procedura arrestata o prolungata per un periodo superiore ai due anni.

L'articolo 8 segue le prescrizioni concordate nella Convenzione multilaterale sull'arbitrato dell'Unione per quanto riguarda la costituzione di una commissione consultiva e le modalità e di creazione dell'elenco dei soggetti indipendenti idonei a ricoprire la carica di membri della commissione consultiva; tale elenco è istituito e mantenuto dalla Commissione europea. L'articolo 6 prevede la possibilità per le autorità competenti degli Stati membri interessati di concordare e istituire forme alternative per la risoluzione delle controversie, come la mediazione, la conciliazione, la consulenza o qualsiasi altra tecnica efficace ed adeguata.

L'articolo 10 individua le regole di funzionamento della commissione consultiva. Esse riguardano aspetti sostanziali come la descrizione del caso, la definizione della base giuridica sottostante e le questioni da affrontare dalla Commissione consultiva e alcuni aspetti logistici e organizzativi chiave. Questi includono le scadenze, l'organizzazione di incontri e audizioni del contribuente, lo scambio di documenti, la lingua di lavoro e l'amministrazione dei costi.

Gli articoli 13 e 14 ricalcano la Convenzione sull'arbitrato dell'Unione per quanto riguarda i termini e le condizioni, compresa le scadenze obbligatorie sulla base de

quali la commissione consultiva dovrebbe emettere il suo parere, che dovrebbe essere il riferimento per la successiva decisione definitiva e vincolante delle autorità competenti. Gli obblighi specifici degli Stati membri relativi ai costi sono previsti all'articolo 11 e riflettono le disposizioni della Convenzione multilaterale sull'arbitrato.

L'interazione con i procedimenti giudiziari e i ricorsi nazionali è trattata all'articolo 15 in modo analogo alla Convenzione arbitrale. Esso comprende disposizioni relative a casi eccezionali che non devono rientrare nell'ambito della procedura (vale a dire casi di frode, dolo o colpa grave). Si tratta innegabilmente di disposizioni che traducono il principio di sostanza e di efficacia delle procedure, dall'ammissione del caso alla risoluzione dello stesso.

La trasparenza rafforzata è uno degli obiettivi della proposta di direttiva. L'articolo 16 comprende le disposizioni della Convenzione sull'arbitrato dell'Unione secondo le quali le autorità competenti possono pubblicare la decisione finale d'arbitrato e informazioni più dettagliate del caso, previo accordo del contribuente.

L'articolo 17 definisce il ruolo della Commissione europea nella procedura, in particolare per quanto riguarda il mantenimento dell'elenco delle persone indipendenti in conformità all'articolo 8, paragrafo 4. L'articolo 18 prevede che la Commissione europea adotti le disposizioni pratiche necessarie per il corretto funzionamento delle procedure introdotte dalla direttiva in commento, con l'assistenza di un comitato per la risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione.

## ***6. Le implicazioni legali del passaggio dalla Convenzione alla Direttiva***

La Convenzione arbitrale è stata spesso criticata nella letteratura accademica proprio per la base giuridica scelta dagli Stati Membri per l'istituzione della procedura amichevole e l'obbligo di risultato di risoluzione della controversia in tema di doppia imposizione economica in caso di ripresa dei maggiori redditi derivanti dalle transazioni infragruppo da parte delle amministrazioni fiscali. Il motivo risiede appunto nel fatto che la base giuridica più efficace sarebbe stata sin da subito la direttiva. È interessante ribadire che la Commissione aveva originariamente proposto una direttiva arbitrale già nel 1976, che non entrò in vigore a causa della mancanza di consenso tra i membri del Consiglio.

In effetti, una direttiva è più idonea in questo ambito. Infatti i regolamenti si applicano direttamente ai sensi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ma la loro formulazione deve essere precisa per realizzare gli obiettivi di immediata applicabilità.

D'altra parte, le direttive sono più flessibili e offrono agli Stati membri un certo margine di manovra per quanto riguarda l'attuazione delle disposizioni. Inoltre, anche se le direttive non sono direttamente vincolanti, possono avere efficacia diretta.

La Convenzione arbitrale ha mostrato severe inefficienze in questi anni di storia dalla data di adozione; criticità di funzionamento ed efficienza riconducibili ad una serie di fattispecie: esclusione implicita della competenza della Corte di Giustizia come organo di massimo grado e di interpretazione delle disposizioni della Convenzione e dell'uniformità di orientamento in materia di doppia imposizione. In aggiunta la Commissione non ha i poteri per intraprendere e dare inizio ad una procedura di infrazione contro uno Stato Membro per inosservanza delle disposizioni e degli obblighi introdotti dalla Convenzione, essendo la Convenzione un trattato

internazionale. Inoltre spesso si trovano a coordinarsi Stati dove non prevale la norma di diritto internazionale rispetto al diritto domestico, in base all'esperienza costituzionale del singolo Stato.

La modifica della base giuridica da una convenzione a una direttiva ha diversi importanti conseguenze. In primo luogo, una direttiva trasferisce le competenze da un piano nazionale ad un livello sovranazionale. La tassazione diretta è infatti una competenza condivisa tra gli Stati membri ai fini del corretto funzionamento del mercato interno.

In secondo luogo, la giurisdizione della Corte di giustizia dell'Unione europea dovrebbe incoraggiare un'interpretazione comune, contrariamente alla Convenzione sull'arbitrato, interpretata dai tribunali nazionali o, in alcuni casi, dal comitato consultivo o commissione arbitrale. Ciò ha portato ad interpretazioni ondivaghe. Questo problema è aggravato dal fatto che la Convenzione arbitrale non si applica alla doppia imposizione risultante da diverse interpretazioni dei suoi termini.

La Commissione è altresì tenuta ad avviare una procedura di infrazione dinanzi alla Corte di giustizia se ritiene che uno Stato membro abbia adottato o mantenuto in vigore disposizioni nazionali incompatibili con la normativa comunitaria; o ancora non ha adottato la direttiva in modo puntuale e accurato.

In terzo luogo, la Convenzione arbitrale non è un strumento giuridico ai sensi del TFUE e non viene quindi automaticamente adottata dagli Stati membri per l'adesione all'Unione europea. È per questo motivo che l'adesione separata è richiesta per tutti i nuovi Stati membri dopo l'anno dell'adozione (1990). Invece una direttiva, una volta adottata dal Consiglio, entra in vigore ad una data predeterminata. Una direttiva prevede solitamente anche un termine per la sua corretta attuazione nel diritto interno, dopo di che gli Stati membri potrebbero divenire responsabili per risarcimento danni.

In quarto luogo, infine, uno Stato membro non può unilateralmente decidere di non essere vincolato da una direttiva. Al contrario, gli Stati contraenti possono recedere unilateralmente dalla Convenzione sull'arbitrato.

### ***7. Valutazione dell'arbitrato con riferimento al progetto BEPS dell'OCSE: la Convenzione Multilaterale in materia di risoluzione delle controversie fiscali internazionali***

La crescita del carattere globale e internazionale delle catene del valore di imprese con attività *cross-border* tramite società consociate e il maggiore utilizzo degli schemi di ottimizzazione e di pianificazione fiscale hanno stimolato il dialogo internazionale delle amministrazioni fiscali e messo sotto pressione significativa le disposizioni fiscali internazionali in vigore.

In risposta, l'OECD / G20 ha lanciato l'iniziativa di base di erosione e profitto (BEPS), i cui rapporti definitivi sono stati rilasciati alla fine del 2015, presentando così cambiamenti significativi nel diritto interno e nei trattati fiscali.

In questo contesto, le misure efficaci di risoluzione delle controversie sono di maggiore importanza poiché equilibrano la protezione della base imponibile con la necessità di un quadro attraente per gli investimenti stranieri. Questo è stato riconosciuto sia dall'OCSE che dall'Unione Europea, che hanno implementato le misure e proposto di migliorare i meccanismi transfrontalieri di risoluzione delle controversie.

Le sezioni precedenti hanno riguardato come migliorare il funzionamento delle procedure per risolvere i casi fiscali transnazionali tramite l'eliminazione della doppia imposizione in ossequio alle esistenti disposizioni della Convenzione. Si è argomentato che trasformare la Convenzione in uno strumento di diritto comunitario

non risolverebbe le strozzature identificate in relazione al suo funzionamento nella loro totalità. Come affermato, le controversie sui prezzi di trasferimento costituiscono il nucleo delle controversie fiscali internazionali, sia per la rilevanza degli importi in gioco, sia per l'alea e l'indeterminatezza di una materia prettamente valutativa.

È evidente che il processo di adozione dell'arbitrato obbligatorio e vincolante nei trattati fiscali tra gli Stati membri dell'UE è stato lento. Attualmente, solo 20 trattati fiscali bilaterali, conclusi anche tra Stati Membri e Paesi extra-EU includono una disposizione in tema di arbitrato, 11 dei quali sono stati inseriti dopo l'aggiornamento del modello OCSE (2008). Questi 11 trattati fiscali sono tutti conformi alla clausola arbitrale di cui all'articolo 25, paragrafo 5, del modello OCSE, sebbene subordinate ad alcune modifiche<sup>57</sup>. Le altre nove convenzioni precedono il modello OECD (2008) e differiscono nella loro formulazione. Esse vanno da una procedura arbitrale obbligatoria e vincolante con la Corte di giustizia a una procedura arbitrale volontaria simile a quella della Convenzione<sup>58</sup>.

Dato questo stato di attuazione, l'adozione di un meccanismo di composizione delle controversie a livello UE, compresa una procedura arbitrale, si ritiene possa migliorare l'efficacia e l'efficienza della procedura di accordo reciproco. Tuttavia,

---

<sup>57</sup> Cfr. *The Belgium-Poland Income and Capital Tax Treaty* (20 Aug. 2001 e Protocollo del 14 Aprile. 2014); *Belgium-United Kingdom Income Tax Treaty* (1 Giugmp 1987 e Protocollo del 24 giugno 2009); *Estonia-Luxembourg Income and Capital Tax Treaty* (7 Luglio 2014); *France-Germany Income and Capital Tax Treaty* (21 Luglio 1959 e Protocollo del 31 Marzo 2015); *France-United Kingdom Income Tax Treaty* (19 Giugno 2008); *Germany-Luxembourg Income and Capital Tax Treaty* (23 Apr. 2012); *Germany-Netherlands Income Tax Treaty* (12 Apr. 2012); *Germany-United Kingdom Income and Capital Tax Treaty* (30 Mar. 2010); *Netherlands-United Kingdom Income Tax Treaty* (26 Sett. 2008); *Spain-United Kingdom Income and Capital Treaty* (14 Mar. 2013) and *Sweden-United Kingdom Income Tax Treaty* (26 Mar. 2015), Treaties IBFD.

<sup>58</sup> I nove tratatti fiscali possono essere suddivisi nelle seguenti categorie (1) *voluntary and expert opinion similar to the Convention: Croatia-Italy Income Tax Treaty* (29 Oct. 1999); (2) *voluntary and binding arbitration if both competent authorities so agree: Croatia-Netherlands Income and CapitalTax Treaty* (23 May 2000) and *Germany-Sweden Income, Capital, Inheritance and Gift Tax Treaty* (14 July 1992); (3) *voluntary and binding arbitration upon the request of either contracting state: Netherlands-Estonia Income and Capital Tax Treaty* (14 Mar. 1997), *Netherlands-Latvia Income and Capital Tax Treaty* (14 Mar. 1994), *Netherlands-Lithuania Income and Capital Tax Treaty* (16 June 1999), *Netherlands-Poland Income Tax Treaty* (13 Feb. 2002) and *Netherlands-Slovenia Income Tax Treaty* (30 June 2004); and (4) *mandatory and binding arbitration procedure with the ECJ: Austria- Germany Income and Capital Tax Treaty* (24 Aug. 2000).

l'Unione europea, nel giudicare e decidere su una tale proposta, ha preso in considerazione gli sviluppi dell'arena internazionale.

In questo contesto, l'azione 14 dell'iniziativa BEPS OCSE / G20 e le parti V e VI dello strumento convenzionale multilaterale (di cui si dirà) sono dedicate alla realizzazione di questo obiettivo.

Nel 2013, l'OCSE ha avviato il progetto BEPS, che ha culminato nella pubblicazione delle relazioni finali sulle 15 Azioni individuate nell'ottobre 2015<sup>59</sup>. L'azione 14<sup>60</sup> mira a rendere più efficaci i meccanismi di risoluzione delle controversie, anche tramite l'istituzione di gruppi di lavoro dediti a visite per il monitoraggio delle prassi nazionali e delle risorse impiegate dalle Amministrazioni fiscali. Uno degli obiettivi è stato quello di esaminare la possibilità di introdurre l'arbitrato obbligatorio e vincolante come uno standard nei trattati fiscali. Quest'ultimo non è stato possibile, poiché molti Stati si sono opposti a un meccanismo di risoluzione di controversie così ampio.

Al contrario, è stato accettato uno standard minimo senza una clausola arbitrale. Tuttavia, un gruppo di 20 Stati si sono impegnati a mettere a disposizione dei contribuenti con operatività internazionale lo strumento dell'arbitrato obbligatorio e vincolante nei rispettivi accordi fiscali bilaterali. Anche se questo gruppo è piccolo rispetto al numero di Stati che partecipano al progetto BEPS, l'OCSE ha correttamente osservato che questi Stati sono responsabili di più del 90% di tutte le procedure di accordo reciproche in essere.

---

<sup>59</sup> OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (2013), International Organizations' Documentation IBFD. I documenti finali sono reperibili al sito <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm> and International Organizations' Documentation IBFD.

<sup>60</sup> OECD, *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective – Action 14: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, para. 8 (5 Oct. 2015), International Organizations' Documentation IBFD.

Se la stessa cifra si applicasse ai casi diversi dai prezzi di trasferimento, allora l'adozione di una disposizione arbitraria obbligatoria e vincolante da parte di questo gruppo di 20 Stati ridurrebbe certamente la necessità di un meccanismo di composizione delle controversie a livello dell'Unione europea.

In particolare lo strumento multilaterale, adottato il 24 e il 25 novembre 2016, è un trattato multilaterale che sarà adottato dai paesi membri dell'OCSE e dai paesi non OCSE. In linea generale, lo strumento multilaterale agisce solo per modificare i trattati fiscali tra due Stati contraenti se sono rispettate le disposizioni in materia di notifica, vale a dire se sia il trattato fiscale stesso che la relativa disposizione del trattato fiscale sono notificati al depositario, l'OCSE. Lo strumento multilaterale consente anche di effettuare delle riserve, consentendo così agli Stati di non applicare le disposizioni in determinati casi.

Per quanto riguarda le norme standard obbligatorie o minime, uno Stato può fare una riserva applicando le disposizioni solo se tale Stato ha già rispettato o ha accettato di rispettare l'obbligo minimo standard nei suoi trattati fiscali. In tutti gli altri casi, uno Stato non è limitato nelle riserve che può fare.

L'articolo 16 dello strumento multilaterale comprende le modifiche da apportare alla procedura di mutuo accordo (MAP). Questi cambiamenti costituiscono disposizioni minime standard. Il contenuto dell'articolo 25 del modello OCSE è in gran parte mantenuto, salvo nella misura in cui i contribuenti sono autorizzati a presentare una richiesta di MAP all'autorità competente. Si tratta di una modifica molto importante perché l'accesso al parere dell'altra autorità competente garantisce che un contribuente non sia ammesso al ricorso alla MAP a causa di motivi di politica puramente interna. Questo dovrebbe migliorare l'accesso alle MAP in generale.

Tuttavia, poiché questa è l'unica modifica proposta alla MAP nello strumento multilaterale, può essere considerata un'occasione mancata per affrontare questioni che sono state sollevate spesso per quanto riguarda la MAP. Queste modifiche includono:

- la garanzia che la doppia imposizione sia risolta dalle autorità competenti tramite la conclusione della procedura amichevole;
- il tempo entro il quale deve essere completata la procedura, anche se gli Stati non hanno optato per l'arbitrato;
- la partecipazione dei contribuenti ad un MAP, consentendo così incontri, presentazioni, valutazione delle prove e addirittura ricorrendo ai tribunali domestici nazionali in caso di inattività delle autorità competenti; sospensione delle procedure nazionali di riscossione fino alla decisione finale e la liquidazione.

Consentire al contribuente l'opzione di partecipare al processo MAP attraverso la presenza alle riunioni, alla possibilità di produrre documentazione e di contestare le nomine davanti ai tribunali nazionali sarebbe stato difficile per assicurare procedure non contraddittorie e soluzioni reciprocamente accettate.

La legge costituzionale in diversi paesi non consente altresì un meccanismo che non preveda la protezione dei diritti dei contribuenti. Inoltre, nell'Unione europea, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede numerosi diritti che si applicano anche nelle situazioni del settore dell'imposizione diretta; pertanto, potrebbe essere criticata la mancanza di partecipazione dei contribuenti ad una determinazione definitiva e soluzione conclusiva della controversia.

Come indicato, la sezione VI dello strumento multilaterale contiene l'opzione di arbitrato. Ogni Stato ha la facoltà di applicare questa sezione del testo dello strumento multilaterale nei rispettivi accordi fiscali, ma si applica a un trattato fiscale solo se entrambe le parti optano per particolari versioni. Ad oggi, solo 20 paesi

membri dell'OCSE hanno ufficialmente indicato la loro intenzione di applicare questa disposizione. Le deviazioni dall'attuale articolo 25 (5) del modello OCSE e le implicazioni delle deviazioni sono analizzate in questo paragrafo.

Secondo le nuove disposizioni, il termine di due anni relativo all'avvio dell'arbitrato può essere prorogato, prima della scadenza, dalle autorità competenti, previa notifica al contribuente. Gli Stati possono anche riservarsi il potere di estendere generalmente questo limite di tempo da due anni a tre anni.

Se la MAP è sospesa in attesa della decisione di un tribunale amministrativo per la stessa questione o per l'accordo tra il contribuente e l'autorità competente o se entrambe le autorità competenti sono concordi nel ritenere che le informazioni richieste dal contribuente non siano state fornite tempestivamente, tale periodo può essere prorogato di conseguenza.

Sebbene siano previsti limiti temporali e scadenze dettagliati per quanto riguarda le MAP e l'arbitrato, l'opzione di allungare indefinitamente il termine per iniziare la fase arbitrale pregiudica l'effetto deterrente dell'arbitrato e quindi ostacola la risoluzione più rapida dei casi MAP.

Inoltre, sebbene sia più chiaro quali informazioni sono richieste al contribuente rispetto alla situazione precedente, le disposizioni sono ancora vaghe. Le informazioni minime richieste sono determinate dalle autorità competenti di comune accordo e la questione della sufficienza di informazioni rimane sotto la loro discrezione. Anche i termini per l'avvio dell'arbitrato sono legati alla valutazione di ammissibilità della richiesta assieme al ricevimento delle informazioni da parte delle autorità competenti. Ciò può rendere possibili "*fishing expedition*" cioè richieste generiche da parte delle autorità fiscali senza che le informazioni richieste siano oggettivamente pertinenti.

Come nel caso delle norme procedurali previste nell'allegato del modello delle Nazioni Unite, il "*baseball arbitration*" o "*last best offer*" sono le opzioni predefinite previste dallo strumento multilaterale rispetto al modello della opinione indipendente attualmente preferito nel commentario relativo all'articolo 25 del modello OCSE.

In una procedura di "*baseball arbitration*", ciascuna autorità competente, entro una data concordata, presenta una proposta di risoluzione limitata ad un determinato ammontare di imposta o ad un livello di aliquota massima applicabile. Se esiste una questione di disaccordo sostanziale riguardo all'applicazione del trattato fiscale in questione, ciascuna autorità competente può fornire risoluzioni alternative, supportate da posizioni scritte, contingenti alla risoluzione della questione controversa.

Il parere non avrebbe alcun valore di precedente e non verrebbe pubblicato. I pareri non pubblicati limitano l'opportunità di realizzare una maggiore uniformità per quanto riguarda le posizioni fiscali a livello mondiale, anche se ogni parere non ha valore precedente. È piuttosto spiacevole che la pubblicazione dei pareri e delle consulenze sia consentita, anche nell'ambito dell'opzione arbitrale basato sul parere indipendente. Se i pareri non vengono pubblicati, sarebbe anche difficile ottenere ulteriore supporto per la clausola arbitrale, in quanto non possono essere giustificati i risultati realizzati.

Sebbene la "*baseball arbitration*" abbia chiari vantaggi, ad esempio procedimenti semplici e veloci, incoraggiando le autorità competenti a produrre proposte ragionevoli e all'assenza di ritardi, l'opzione predefinita di pura "*baseball arbitration*" può dare origine ad un problema con riferimento al principio della legittimità e del principio di uguaglianza costituzionalmente garantito.

Poiché la “*baseball arbitration*” consente di adottare decisioni puramente basate su valori monetari, casi identici nel medesimo Stato possono portare a decisioni diametralmente opposte, contrariamente al principio di legittimità, certezza e uguaglianza previste dal diritto costituzionale e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

La decisione derivante dalla fase arbitrale deve essere attuata tramite una MAP ed essere vincolante, salvo quando il contribuente non accetta l’accordo, oppure il tribunale di uno degli Stati dichiara la decisione invalida o il contribuente prosegue le procedure contenziose interne. La natura vincolante dell’arbitrato è notevolmente ridotta dal fatto che è soggetta a un controllo illimitato da parte dei tribunali e senza la presenza di orientamenti oggettivi precisi su quali casi la revisione è consentita.

Inoltre viene sospesa anche quando il contenzioso è proseguito da parte del contribuente e viene emessa una sentenza o qualsiasi decisione giudiziaria o tributaria che preclude la fase arbitrale in relazione alla medesima fattispecie. Ciò può comportare che il rimedio perde la portata e l’effetto desiderati. Gli Stati possono anche decidere di autorizzare le autorità competenti a giungere ad una soluzione diversa dalla decisione arbitrale e della commissione.

Anche queste circostanze potrebbero ridurre la natura vincolante dell’arbitrato. Sono fissate le modalità dettagliate relative alla nomina degli arbitri dalla procedura ed applicabili salvo che le autorità competenti si accordino diversamente. Il comitato dovrebbe essere composto da tre membri con esperienza e competenza in materia di fiscalità internazionale. Ogni autorità competente dovrebbe nominare un membro entro 60 giorni dalla richiesta di arbitrato e i membri designati devono nominare il terzo membro entro 60 giorni. Se non viene fatta alcuna nomina, l’arbitro deve essere designato dal funzionario più alto del *Centro per le politica fiscali e*

*l'amministrazione* dell'OCSE che non ha la nazionalità di nessuno gli Stati interessati.

Ogni membro della commissione dovrà essere “imparziale” e “indipendente” dalle autorità fiscali, dalle autorità competenti e dal ministero delle finanze di ciascuno degli stati coinvolti e di tutte le persone interessate al momento dell'assunzione. Dovrebbero mantenere una tale posizione di assenza di conflitto di interesse durante tutto il processo e per un periodo ragionevole, in modo da non danneggiare la loro indipendenza. Gli onorari e le spese dei membri dovrebbero essere concordate su base multilaterale e, in mancanza di un accordo, ciascuna parte dovrà sostenere le spese per il membro che essa nomina. Gli altri costi dovrebbero essere condivisi da entrambi gli Stati coinvolti.

Le regole di trasparenza e i criteri di nomina forniti non sono sufficienti per garantire l'indipendenza, mancando definizioni precise di tutti i termini e senza nessun organo supervisore della garanzia che questi criteri siano soddisfatti. Un'opzione sarebbe quella di richiedere una dichiarazione o un'autocertificazione degli arbitri nominati in relazione alla loro indipendenza e che possono essere esecutivi nei loro confronti di fronte ai tribunali nazionali in caso di false dichiarazioni.

Un'altra questione è il potere dato ad un funzionario dell'OCSE di nominare un arbitro in caso di mancata identificazione del componente la commissione. Non sono tanto le scadenze temporali prescritte per tale nomina ma il fatto che un funzionario dell'OCSE possa esercitare tale potere con discrezione può scoraggiare i paesi in via di sviluppo a partecipare al processo.

Per coinvolgere quanti più paesi in via di sviluppo nel processo, la creazione di un Istituzione finanziata da tutti gli Stati e dotata di un pool di arbitri provenienti da ciascun paese, compresi i paesi in via di sviluppo e che fornisce a questi arbitri la

formazione relativa alla procedura e le regole più flessibili sull'attribuzione dei costi sarebbero state auspicabili.

Occorre anche evidenziare altri problemi chiave. Come nel caso di una MAP, le regole proposte hanno limitato l'opportunità di consentire la partecipazione attiva del contribuente al processo arbitrale. Lo strumento multilaterale non cerca inoltre di far affidamento su e valorizzare altri meccanismi di risoluzione delle controversie, come la mediazione o la conciliazione in materia di risoluzione delle controversie emergenti dall'applicazione del trattato fiscale. Considerato che la MAP è il quadro primario di riferimento, l'aggiunta di un mediatore indipendente che possa richiedere alle autorità competenti di incontrarsi per risolvere eventuali divergenze di posizioni e giungere a una conclusione oggettivamente soddisfacente in tempi ragionevoli, sarebbe stata un'opzione molto desiderabile.

Lo strumento multilaterale prevede regole procedurali molto più dettagliate rispetto alle disposizioni del modello OCSE e del modello delle Nazioni Unite e crea un quadro operativo e multilaterale per la risoluzione delle controversie nel trattato. A questo proposito, l'opera dell'OCSE è lodevole perché alcune caratteristiche, come l'opzione relativa al tipo di arbitrato, le modalità dettagliate di nomina degli arbitri e limiti temporali specifici, contribuiscono sicuramente a migliorare il quadro e fornire ai contribuenti maggiore certezza rispetto all'approccio precedente, in cui le norme procedurali erano quasi completamente lacunose.

Tuttavia, come è stato osservato in precedenza in questa sezione, c'è spazio per raffinare, in modo che il quadro si evolva con l'obiettivo di diventare un mezzo più efficace e inclusivo di risoluzione delle controversie in un contesto dei trattati fiscali internazionali.

## ***8. Confronto tra la proposta di Direttiva Europea e la Convenzione Multilaterale***

Nel mondo della fiscalità internazionale, le Amministrazioni finanziarie stanno sollevando delle preoccupazioni di gettito relative all'erosione di base e al trasferimento dei profitti mentre le imprese multinazionali lamentano la crescita di verifiche fiscali unilaterali (da parte di uno Stato) e la possibilità concreta di un aumento delle controversie fiscali. Tuttavia, sono state trovate soluzioni per la risoluzione delle controversie e della doppia imposizione a livello multilaterale per quanto riguarda i trattati fiscali e a livello comunitario.

Mentre il quadro di base di entrambi gli accordi internazionali coinvolge una fase di procedura amichevole e, in una fase successiva, l'arbitrato, esistono differenze fondamentali. La proposta di direttiva arbitrale UE contiene in molti settori più dettagli rispetto allo strumento multilaterale e ciò ha portato a valorizzare alcuni risultati favorevoli.

In primo luogo, la procedura di risoluzione delle controversie per l'eliminazione della doppia imposizione prevista nella proposta di direttiva arbitrale dell'UE ha limiti di tempo che non possono essere estesi indefinitamente. Le regole procedurali dettagliate nella proposta di direttiva arbitrale dell'UE, per quanto riguarda le forme di reclamo/istanza per l'ammissione della fattispecie alla MAP, le norme relative al funzionamento della commissione consultiva e i termini per la procedura e il processo della commissione consultiva porterebbero ad una maggiore certezza del diritto.

Inoltre, la proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato agevolerebbe la fase arbitrale e l'accesso a rimedi giurisdizionali, anche nella fase di ammissibilità

alla procedura internazionale, che sarebbe molto rilevante in termini di procedure e consentirebbe ai contribuenti di accedere in modo più definito alla procedura stessa.

La proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato consentirebbe inoltre agli Stati membri di accedere ad altri metodi alternativi di risoluzione delle controversie, come la mediazione, la conciliazione o il parere degli esperti, anziché l'arbitrato. Ciò potrebbe consentire rimedi più incisivi ai contribuenti, anche quando l'arbitrato obbligatorio non è un'opzione accettabile per gli Stati membri.

Inoltre, in termini di procedura arbitrale, la proposta di direttiva è più favorevole rispetto allo strumento multilaterale per quanto riguarda i diritti del contribuente, in quanto consentirebbe di partecipare al procedimento e di accedere ai tribunali locali per ottenere l'ottemperanza sia in materia di ricevibilità dell'istanza per l'avvio della procedura, sia le tappe sostanziali per sfidare l'inattività o contestare una decisione sfavorevole.

Inoltre, la proposta di direttiva arbitrale UE richiederebbe la pubblicazione delle decisioni, anche se in forma anonima e sotto forma di *abstract* che riassumono gli aspetti chiave.

Alla luce di quanto precede, la proposta di direttiva arbitrale dell'UE dovrebbe essere considerata un miglioramento rispetto alle procedure dello strumento multilaterale e potrebbe essere considerato come un primo passo verso la riforma del processo arbitrale nello strumento multilaterale del prossimo futuro per attirare una maggiore partecipazione e decisioni risolutive in ottica di eliminazione e neutralizzazione dei fenomeni di doppia imposizione.

Lo strumento multilaterale è un trattato internazionale con lo stesso status dei trattati fiscali e il TFUE (2007), secondo la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (la

“Convenzione di Vienna”). Tuttavia, dopo il caso *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* (Causa 6/64), la legislazione dell’UE ha supremazia rispetto alla legislazione nazionale, compresi gli accordi internazionali come i trattati fiscali e, per estensione, lo strumento multilaterale.

Allo stesso modo, l’articolo 351 del TFUE richiede agli Stati membri di eliminare le incompatibilità degli accordi internazionali con il diritto comunitario. Se l’Unione europea sceglie di esercitare la sua competenza in materia di risoluzione delle controversie, la procedura sostituirà quelle dei trattati fiscali e, in prosieguo, lo strumento multilaterale, per quanto riguarda tutte le controversie derivanti dalla doppia imposizione sul reddito d’impresa tra Stati membri e persino tra Stati membri e Stati terzi in cui quest’ultimo detiene una casa madre o un PE nell’Unione europea.

Tuttavia, ciò non impedirebbe agli Stati membri di concludere una MAP, compreso l’arbitrato, sulla base delle disposizioni dei trattati fiscali bilaterali. La scelta dello strumento, cioè l’attivazione della procedura contenuta nella proposta di direttiva arbitrale dell’UE o nei trattati fiscali o entrambi, sarebbe lasciata al contribuente.

Nella prima fase, entrambi i rimedi giuridici comporterebbe una fase di procedura amichevole tra le autorità competenti e, pertanto, allo stesso risultato se fosse stato raggiunto un accordo. Tuttavia, nell’ambito dell’applicazione di una MAP, un tale accordo dovrebbe seguire le norme sostanziali stabilite nella proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato.

La proposta di direttiva sull’arbitrato comunitario imporrebbe il principio *arm’s length* di libera concorrenza dell’articolo 57 della proposta di direttiva sul CCCTB. Inoltre, a differenza dei trattati fiscali e dello strumento multilaterale, la proposta di direttiva arbitrale comunitaria prevede la eliminazione della doppia imposizione che, a seconda dell’interpretazione della Corte di giustizia, potrebbe anche portare a

risultati diversi da quelli previsti dai trattati fiscali. Queste ed altre norme sostanziali sostituiranno analoghe disposizioni contenute nei trattati fiscali e nello strumento multilaterale. Ciò avrebbe un'importanza pratica se la Corte di giustizia dovesse interpretare i concetti di *arm's length*, imprese associate, stabili organizzazione contenute nella proposta di direttiva CCCTB, nonché la eliminazione della doppia imposizione nel quadro della proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato, in modo diverso dal modo in cui questi concetti sono comunemente compresi nel contesto dei trattati fiscali.

Inoltre, a causa di norme procedurali diverse, l'arbitrato in base alle norme dello strumento multilaterale e la procedura della commissione consultiva in base alla proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato possono portare a risultati diversi.

Allo scopo di attenuare ciò, l'articolo 15, paragrafo 5 della proposta di direttiva arbitrale comunitaria stabilisce che le procedure di risoluzione delle controversie ai sensi dei trattati fiscali sarebbero automaticamente terminate una volta nominata una commissione consultiva. Di conseguenza, le procedure arbitrali nell'ambito dello strumento multilaterale e dei trattati fiscali non potrebbero essere applicabili a casi che rientrano nell'ambito della proposta di direttiva comunitaria in materia di arbitrato. Questa impostazione rende effettivi e sostanziali gli obiettivi di eliminazione della doppia imposizione.

### ***9. Risarcimento del danno in caso di mancata eliminazione della doppia imposizione***

Sono frequenti i casi in cui il legislatore nazionale non adegua l'ordinamento alle direttive comunitarie o lo Stato Membro non agisce in conformità alle sue disposizioni o non le implementa in modo appropriato.

La questione ha posto problemi di varia natura. In generale, si è discusso a lungo sull'accoglimento o meno della teoria secondo la quale i singoli cittadini avrebbero potuto far valere un diritto al risarcimento nei confronti del Paese membro inadempiente.

Inoltre, prima che la Corte di Giustizia adottasse una giurisprudenza uniforme, molte incertezze hanno accompagnato il dibattito relativo alla dimensione del risarcimento, di fronte alle ipotesi di ammettere il risarcimento non solo dei diritti soggettivi, ma anche degli interessi legittimi lesi dal comportamento inadempiente tenuto dal legislatore nazionale<sup>61</sup>.

Dopo varie pronunzie tra loro contrastanti, fu nel 1991, con l'ormai storica sentenza Francovich<sup>62</sup>, che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee dettò le condizioni per stabilire la configurabilità della c.d. "responsabilità civile dello Stato" di fronte al mancato adeguamento della normativa interna alle disposizioni degli organi comunitari.

In quell'occasione si è stabilito come, per poter ottenere un risarcimento del danno, sia necessario che:

1. il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli;
2. il contenuto di tali direttive possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva;
3. si verifichi un nesso di causalità tra violazione dell'obbligo a carico dello stesso e il danno subito dai soggetti lesi.

---

<sup>61</sup> V. Roppo, *La Responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario in Contratto e Impresa Europa* n.1/99, Padova, 1999

<sup>62</sup> Corte di Giustizia, sent. 19.11.91, cause riunite C-6/90 e C-9/90 - Corte di Giustizia, sent. 05.03.96, cause riunite C-46/93 e C-48/93.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che, di fronte alla presenza di queste condizioni, sia configurabile un vero e proprio diritto al risarcimento, che trova fondamento nei principi generali del diritto comunitario, inteso quale insieme di norme dettate al fine di rendere uniformi gli ordinamenti nazionali dei Paesi membri.

Nel caso in esame, i giudici del Lussemburgo, chiamati a risolvere una questione relativa all'applicazione della direttiva 80/987/CEE sulla tutela dei crediti di lavoro nell'ipotesi di insolvenza del datore di lavoro, rilevarono che *“il Trattato CEE ha istituito un ordinamento giuridico proprio, integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e che si impone ai loro giudici, i cui soggetti sono non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e che, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, il diritto comunitario è altresì volto a creare diritti che entrano a far parte del loro patrimonio giuridico”*.

Pertanto, è stata riconosciuta a favore dei cittadini europei la titolarità dei diritti nascenti dall'istituzione di un ordinamento comunitario, attribuendo agli stessi lo specifico diritto in base al quale lo Stato di appartenenza deve recepire la normativa comunitaria, dato che *“sarebbe inficiata la tutela dei diritti riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione di diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro”*.

Sulla base di questi elementi, si deve ritenere che il principio della responsabilità dello Stato membro sia inerente al sistema del Trattato. L'obbligo degli Stati membri di risarcire il danno derivante dal mancato adeguamento dell'ordinamento nazionale ai principi comunitari trova la base nell'art. 5 del Trattato, in virtù del quale gli Stati aderenti alla Comunità sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte a ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dalla partecipazione alla Comunità. Tra questi importanti obiettivi vi è quello di creare un mercato unico favorevole alla crescita degli investimenti, quindi dotato di un sistema

fiscale equo e trasparente e che eviti la permanenza di fenomeni di doppia imposizione in capo ai soggetti economici e oneri eccessivi per la risoluzione delle controversie fiscali internazionali.

Successivamente, la Corte di Giustizia ha stabilito che i principi indicati dalla sentenza Francovich con riferimento alle direttive dovessero applicarsi anche ad ogni altro atto comunitario che fosse in grado di costituire diritti a favore dei cittadini.

Le sentenze Brasserie du Pecheur e Factortame LTD del 1996, utilizzando un parametro più definito della precedente sentenza Francovich, affermarono la possibilità di vedere uno Stato condannato solo in presenza di una “violazione manifesta e grave”, evidenziando come il quantum dovesse essere rapportato in maniera adeguata al danno subito dal cittadino.

Le più recenti sentenze Palmisani e Maso del 1997 hanno evidenziato come debba essere il giudice nazionale a far sì che il risarcimento dei danni subiti dai beneficiari sia adeguato.

Se dovessimo individuare un diritto a favore del cittadino, nella forma di impresa appartenente ad un gruppo multinazionale, incisa da ingiusti fenomeni di doppia imposizione economica derivanti da aggiustamenti dei prezzi di trasferimento da parte di uno Stato Membro, si guarderebbe agli strumenti di definizione della controversia internazionale e al loro funzionamento.

Il risultato si ottiene solo con una collaborazione e dialogo tra le amministrazioni fiscali coinvolte e il raggiungimento su un accordo dunque solo in presenza di procedure dettagliate, con obbligo di risultato e la predisposizione di adeguate tutele del contribuente.

L'inerzia da parte dell'Amministrazione fiscale che ha unilateralmente determinato la doppia imposizione sullo stesso reddito deve poter essere superata; parimenti è necessario arrivare con certezza e celerità alla conclusione della controversia fiscale.

L'inadempimento di disposizioni e l'inosservanza delle scadenze da parte delle parti coinvolte nella procedura genera inevitabilmente un danno economico per la parte di base imponibile che rimane in doppia imposizione, ostacolando anziché agevolando l'attività economica nel mercato unico. Ne viene indirettamente anche lesa la libertà di stabilimento dell'impresa. Per non parlare degli oneri amministrativa per la gestione di tali procedure.

Già la Convenzione arbitrale, al pari dei trattati dell'Unione e della Carta Fondamentale dei diritti dell'UE potrebbe essere considerato parte del diritto primario dell'ordinamento; ad ogni modo la proposta di direttiva introduce l'obbligo di risultato per gli Stati Membri ed appronta le modalità operative a carico dei soggetti pubblici. Si tratta di una procedura che si istituisce solo su richiesta del contribuente.

Si ritiene che in caso di mancata risoluzione della controversia o della durata eccessivamente lunga della procedura, il contribuente abbia diritto di rivolgersi ai tribunali locali per far rilevare l'inadempimento dello Stato e il conseguente danno economico ricevuto dall'impresa.

## CONCLUSIONI

### *1. Una valutazione critica sui meccanismi di risoluzione delle controversie fiscali internazionali per le imprese multinazionali in materia di prezzi di trasferimento nel mercato unico*

Per l'Europa di oggi è prioritario promuovere la crescita sostenibile e gli investimenti all'interno di un mercato unico più equo. L'Europa ha bisogno di un quadro di tassazione efficiente dei redditi societari, al fine di distribuire con equità gli oneri fiscali, promuovere la crescita sostenibile e gli investimenti, diversificare le fonti di finanziamento dell'economia europea e rafforzarne la competitività.

L'imposizione diretta delle imprese è un elemento fondamentale di un sistema economico efficiente. Si tratta di un'importante fonte di entrate per gli Stati membri e un fattore importante che influenza le decisioni imprenditoriali, per esempio in materia di investimenti e attività di ricerca e sviluppo.

Il reddito d'impresa è tassato a livello nazionale, ma il contesto economico si è globalizzato, mobilizzato e digitalizzato. I modelli imprenditoriali e le strutture societarie diventano sempre più complessi e di conseguenza facilitano il trasferimento dei profitti. È diventato quindi più difficile stabilire a quale paese spetta tassare il reddito di una multinazionale.

Talune società sfruttano la situazione per spostare artificiosamente gli utili verso le giurisdizioni dove l'imposizione fiscale è più mite per ridurre il più possibile il carico fiscale complessivo. È necessario affrontare urgentemente tali abusi in materia di imposta sulle società e rivedere le norme vigenti in materia di tassazione societaria vigenti per fronteggiare meglio la pianificazione fiscale aggressiva.

Al tempo stesso, altre società sono ancora soggette ad importanti fenomeni di doppia imposizione fiscale da parte di più Stati membri. Norme fiscali complesse e opache

non sono efficienti: mettono in una situazione di svantaggio le imprese multinazionali di dimensioni più piccole, che costituiscono la spina dorsale dell'economia europea; creano incertezze quando le imprese hanno bisogno di certezza giuridica per investire; l'aumento dei già elevati oneri fiscali che gravano sull'impresa frena la crescita.

La lotta contro l'evasione fiscale e la pianificazione fiscale aggressiva, sia a livello dell'UE che a livello mondiale, devono quindi andare avanti con la creazione di un ambiente fiscale competitivo per le imprese. Sono le due facce della stessa medaglia. Un sistema fiscale equo non è solo un sistema che assicuri che i profitti siano effettivamente tassati dove vengono generati ma anche che assicuri che i profitti non siano tassati due o più volte.

I regimi odierni di tassazione delle società sono stati concepiti in larga misura all'indomani della prima guerra mondiale, quando le multinazionali erano per lo più imprese industriali, che vendevano beni materiali. I modelli imprenditoriali prevedevano un ampio decentramento e i processi produttivi erano chiaramente suddivisi tra società madri e figlie. Di conseguenza era relativamente semplice applicare la tassazione alla fonte, ossia nel luogo in cui si generano gli utili.

La problematica dei prezzi di trasferimento nasce dall'esigenza di determinare in modo corretto, ai fini fiscali, i proventi e i costi delle operazioni commerciali intercorrenti fra società appartenenti al medesimo gruppo ma insediate in Stati diversi e, quindi, sottoposte alla potestà impositiva di ordinamenti che potenzialmente perseguono interessi confliggenti.

Si tratta di una tematica complessa e di non facile soluzione, per motivi ben intuibili: i prezzi di trasferimento, infatti, vanno determinati sulla base del valore di mercato dei beni e delle prestazioni oggetto di scambio e, per precisi che possano risultare i criteri e le regole forniti dalla prassi per individuare tale valore, rimane

inevitabilmente un margine di opinabilità, trattandosi in re ipsa di una tematica dal carattere valutativo.

Per garantire l'equa distribuzione del gettito fiscale tra i paesi, evitando al tempo stesso la doppia imposizione, è stato introdotto il concetto dei prezzi di trasferimento sulla base del principio di libera concorrenza (*arm's length principle*). Tale principio dovrebbe garantire che il prezzo delle operazioni infragruppo corrispondano a prezzi di mercato comparabili, fornendo così un chiaro criterio di ripartizione degli utili all'interno dell'operatività di un'azienda multinazionale e di ripartizione della potestà impositiva tra le varie giurisdizioni.

Per risolvere le controversie transfrontaliere in materia di tassazione delle società, come strumento principe sono stati scelti i trattati bilaterali, piuttosto che l'impostazione multilaterale.

Invece nell'UE il dibattito sulla tassazione delle società è sorto già negli anni '60, man mano che l'integrazione politica ed economica determinava maggiori attività transfrontaliere e che assumevano importanza crescente problemi che avrebbero potuto ostacolare lo sviluppo del mercato unico, come ad esempio la doppia imposizione. Dall'inizio degli anni '90 ci si è concentrati sulla prevenzione di tali ostacoli fiscali e a tal fine sono state adottate la direttiva Madre-Figlia e quella sugli interessi e sui canoni<sup>63</sup>.

Le verifiche fiscali da parte di uno Stato membro e l'aggiustamento unilaterale dei profitti di un'impresa appartenente ad un gruppo multinazionale, determina oneri di doppia imposizione economica se non adeguatamente affrontate dalle varie Amministrazioni fiscali coinvolte, richiedendo un intervento *cross-border* e collaborazione da parte delle stesse.

---

<sup>63</sup> Rispettivamente Direttiva 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, abrogata dalla direttiva 2011/96/UE del Consiglio del 30 novembre 2011 e Direttiva 2003/49/CE del Consiglio, del 3 giugno 2003, concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi.

Nella presente dissertazione, è stato doveroso ripercorrere l'evoluzione dei meccanismi di risoluzione delle controversie fiscali internazionali in materia di prezzi di trasferimento e gli strumenti giuridici adottati dagli Stati membri, nonché i motivi e le volontà politiche che hanno inciso sulla scelta della base giuridica per disciplinare i meccanismi di risoluzione delle controversie fiscali internazionali e delle progressive adozioni.

Il timore di perdita di sovranità fiscale ha condotto gli Stati Membri ad una lunga negoziazione per l'introduzione di una Convenzione multilaterale, la Convenzione 90/436/CEE relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili delle imprese associate, piuttosto che disposizioni rientranti nelle tipiche fonti europee, in particolare la Direttiva.

Lo strumento convenzionale multilaterale tra Stati membri si pone l'obiettivo di risolvere le controversie fiscali nel settore dell'imposizione diretta che generano fenomeni di doppia imposizione e in quanto tali ostacoli alla crescita economica e ad un corretto funzionamento del mercato interno.

L'analisi dell'implementazione concreta, del comportamento delle amministrazioni fiscali, comprovate dalle statistiche elaborate dalla Commissione europea, hanno fatto emergere una difformità di applicazione delle disposizioni della Convenzione che creano ostacoli fiscali e oneri eccessivi per l'operatività transfrontaliera dell'impresa nel mercato europeo, a detrimento degli investimenti, della crescita e della libera circolazione dei capitali.

Tale fenomeno è ancora più accentuato se si considerano i recenti progetti europei e OCSE (BEPS: *Base erosion and profit shifting*) per contrastare la pianificazione fiscale aggressiva e l'erosione di base imponibile che hanno portato all'incremento delle controversie fiscali in materia di prezzi di trasferimento e al proliferare di verifiche fiscali congiunte e simultanee da parte di più Amministrazioni fiscali.

L'analisi ha avuto modo di ripercorrere la modalità di funzionamento e di amministrazione dello strumento giuridico a disposizione delle imprese multinazionali in ambito europeo e dunque delle procedure amichevoli tra Stati.

È emerso che, nonostante la presenza di una clausola arbitrale con obbligo di risultato consistente nell'eliminazione della doppia imposizione, la Convenzione non ha garantito in quasi trent'anni di operatività una risoluzione efficiente delle controversie fiscali internazionali in tempi e con risultati ragionevoli.

L'attività di monitoraggio e i lavori dello EU JTPF *European Joint Transfer Pricing Forum* hanno rivelato una serie di criticità, quali lo scarso coinvolgimento del contribuente in una procedura tra Stati attivata dallo stesso, sfere di tutela e strumenti di difesa molto compressi tanto nella fase di ammissibilità alla procedura amichevole quanto alla istituzione della commissione arbitrale, nonché le lungaggini e mancate conclusioni delle procedure stesse da parte delle amministrazioni fiscali.

## ***2. Una valutazione critica sul funzionamento degli strumenti esistenti e possibile superamento delle criticità tramite l'introduzione di una Direttiva europea***

Gli Stati membri sono tenuti ad esercitare la potestà impositiva nel rispetto del diritto comunitario, la libertà di movimento e di capitali e i principi interpretativi dalla Corte di Giustizia, tra cui il divieto di restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali, che si manifesta anche tramite il medesimo trattamento fiscale tra residenti con attività interna e residenti con attività transfrontaliera, nonché il rispetto del principio di non discriminazione e uguale trattamento fiscale del soggetto residente e quello non residente nello stato della fonte.

Dall'esperienza non si può non rilevare come a tutt'oggi rimangano irrisolte la maggioranza delle questioni di doppia imposizione e i limiti della procedura arbitrale prevista dalla Convenzione, con riflessi negativi sull'operatività delle imprese multinazionali e sull'integrazione del mercato interno.

Sebbene l'imposizione diretta è lungamente meno armonizzata a livello europeo rispetto l'ambito dell'imposizione indiretta (IVA e imposte doganali unificate), il diritto europeo fornisce misure più specifiche per la risoluzione delle controversie in materia di imposte dirette.

Questa circostanza prova che c'è un maggior consapevolezza nella questione delle doppie imposizioni nella sfera delle imposte dirette. E da qui la firma della Convenzione sull'arbitrato, uno strumento convenzionale di tipo multilaterale.

D'altra parte, le direttive sono più flessibili e offrono agli Stati membri un certo margine di manovra per quanto riguarda l'attuazione delle disposizioni. Inoltre, anche se le direttive non sono direttamente vincolanti, possono avere efficacia diretta.

Rispetto alle fonti secondarie del diritto europeo (direttive e regolamenti), tuttavia la Convenzione arbitrale ha delle deficienze di funzionamento ed efficienza per una serie di motivi: non rientra nella giurisdizione e competenza del giudice unico europeo, la Corte di Giustizia, la Commissione non ha i poteri per intraprendere e dare inizio ad una procedura di infrazione contro uno Stato Membro per inosservanza delle disposizioni e degli obblighi introdotti dalla Convenzione; essendo la Convenzione un trattato internazionale, siamo spesso in assenza di superiorità rispetto al diritto domestico (a seconda delle esperienze costituzionali dello Stato membro), un nuovo Stato membro deve avanzare la propria adesione separatamente così come Stati firmatari possono recedere unilateralmente.

Il problema del conflitto fra giurisdizioni nell'interpretare la stessa base giuridica è inerente ad ogni procedura amichevole e meccanismo arbitrale e conflitti giuridici sono comunque probabili: infatti l'interpretazione dei trattati fiscali è una prerogativa dei tribunali locali e, in assenza di un giudice sovranazionale, rimane il rischio che una soluzione coordinata sotto una procedura amichevole tra le autorità competenti di due stati e una decisione di un tribunale/commissione arbitrale potrebbe contrastare con interpretazioni contenute in sentenze dei tribunali locali.

Vi è sempre il rischio che una soluzione coordinata risultante da una procedura amichevole tra autorità competenti di due stati o la decisione di un tribunale arbitrale risulti in conflitto con l'interpretazione consolidata delle corti domestiche.

Come ha argomentato R. Ismer: tale conflitto potenziale può accadere con riferimento agli obiettivi dei trattati bilaterali fiscali in quanto tali e le procedure amichevoli in particolare. Inoltre, nella maggior parte degli Stati un accordo contrario al diritto domestico non è vincolante di fronte ai tribunali domestici e così la competenza delle procedure di mutuo accordo in termini di direzione interpretativa è ristretta.

Inoltre, manca un meccanismo predefinito per garantire la conformità alle procedure e il rispetto delle scadenze temporali e procedurali fissate dalla Convenzione. Il passaggio della Convenzione in uno strumento di diritto dell'UE non è l'unica soluzione auspicabile; la soluzione è quella di introdurre un appropriato meccanismo di default nello strumento multilaterale per assicurare che i casi di doppia imposizione vengano trasferite alla fase arbitrale se non sono stati risolti dopo due anni di negoziazione nell'ambito della procedura di mutuo accordo.

Per di più gli studi hanno mostrato che i meccanismi per la risoluzione delle controversie non funziona efficientemente, in molti casi assorbendo un lasso

temporale significativo per la risoluzione finale o facendo permanere l'impresa incisa della doppia imposizione derivante dalla rettifica unilaterale dei prezzi di trasferimento da parte dell'Amministrazione fiscale in assenza di un aggiustamento corrispondente nella base imponibile già tassato nell'altro Stato.

Tralasciando qualsiasi altra doppia imposizione derivante da un'ordinaria attività operativa di stampo internazionale e limitandosi a considerare la mancanza di efficienza in tema di prezzi di trasferimento, è emersa l'urgenza di disposizioni e meccanismi disponibili nel mercato unico che agevolino l'attività e la flessibilità dei soggetti economici multinazionale con operatività e transazioni infragruppo *cross-border*.

Dunque permangono comunque ampi fenomeni di doppia imposizione diffusa nell'ambito della tassazione diretta.

Nel 2016 la Commissione pubblica una proposta di direttiva completa sulla risoluzione dei contenziosi sulla doppia imposizione e l'individuazione del Giudice europeo per la corretta interpretazione dell'accordo sull'arbitrato derivanti dal carattere legale della forma della direttiva europea, superando le debolezze della Convenzione. Il Consiglio dell'Unione europea ha dato il via libera alle nuove regole per la risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione del reddito e, ove applicabile, del capitale. La direttiva n. 2017/1852, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Ue del 10 ottobre 2017, è finalizzata a dirimere le controversie tra gli Stati membri che dovessero sorgere dall'applicazione degli accordi che prevedono l'eliminazione della doppia imposizione in conseguenza della potestà impositiva esercitata dai singoli Paesi.

Questa proposta rientra nell'ambito delle iniziative della Commissione per una fiscalità più equa, efficace e trasparente. Contribuirebbe all'eliminazione degli

ostacoli fiscali che creano distorsioni e ostacolano il buon funzionamento del mercato interno; contribuirebbe pertanto ad un mercato interno più equo.

In termini di impatto economico, la proposta mira a ridurre l'onere di adempimento e di contenzioso delle imprese che operano nell'UE con attività transfrontaliere. Saranno inoltre ridotti sia i costi esterni che i costi amministrativi interni relativi alla gestione di tali controversie. Faciliterà le decisioni di investimento all'interno dell'UE offrendo maggior certezza e prevedibilità agli investitori, con particolare riferimento alla neutralizzazione dei costi aggiuntivi derivanti dalla doppia imposizione.

Sulla base della proposta, l'ambito di applicazione è limitato alla doppia imposizione sui profitti delle imprese e sui redditi di impresa. La proposta afferma che a seguito dell'istanza del contribuente una procedura amichevole viene instaurata; se tale procedura non porta ad un accordo tra gli Stati nel corso dei due anni successivi, una commissione consultiva composta dai rappresentanti degli Stati membri e soggetti indipendenti per l'adozione di un'opinione vincolante verrà obbligatoriamente istituita.

In alternativa, lo Stato ha la flessibilità di potersi accordare e instaurare una commissione per la risoluzione alternativa della controversia (ADR) per l'emissione di un parere vincolante.

Tali meccanismi cadenzati e il coinvolgimento dei tribunali domestici e soprattutto delle istituzioni europee dovrebbe contribuire a rendere sostanziale l'obbligo di risultato e di risoluzione tempestiva dei casi di doppia imposizione da parte delle Amministrazioni fiscali interessate.

Va infine rilevato che oltre alle questioni procedurali, l'adozione della Direttiva arbitrale implicherà l'adeguamento e l'armonizzazione dei sistemi nell'ambito dell'imposizione diretta anche da un punto di vista sostanziale.

## **BIBLIOGRAFIA**

Avery Jones John, The origins of concepts and expressions used in the OECD Model and their adoption by States, in Bulletin for International Taxation, 6, 2006, 220;

Baylis F. Advance Pricing Agreements: What will they offer? In International Bureau of Fiscal Documentation 2000

Balbiano di Colcavagno F. Advance Rulings on the Application of Tax Treaties in European Taxation 2007

Bakker Anuscka, Cottani Gianmarco, Transfer Pricing and Business restructurings: the choice of Hercules before the tax authorities, in International Transfer Pricing Journal n. 6, 2008, Volume 15, 272;

Bennet Mary, Russo Raffaele, Discussion draft on a new article 7 of the OECD Model Convention in International Transfer Pricing Journal, No. 2 2009, Volume 16, 73;

Bert van der Klok e Theo Elshof, Trasfer Pricing and Mutual Agreement Procedures, in International Transfer Pricing Journal 2009

Collins Maurice, Analysis and comparison of National systems and OECD Guidelines, in Tax Treatment of Transfer Pricing, IBFD publication, Amsterdam, 1996;

Coredeiro Guerra R., Istituzioni di diritto tributario internazionale, Cedam 2012;

D'avossa Mario, i prezzi di trasferimento “discussion draft OCSE sui metodi

reddituale” in riv. Fiscalità Internazionale marzo-aprile 2010

Falsitta G. Manuale di diritto Tributario, parte speciale, Cedam 2012;

Francescucci David, The Arm's Length principles and group dynamics- part I : Conceptual shortcomings, in international Transfer Pricing Journal, no. 2, 2004 IBFD Publications, Amsterdam, 78;

Fraser D. e van Herksen M. Comparative Analysis: Arbitration Procedures for Handling Tax Controversy in International Transfer Pricing Journal 2009

Gallo F. Le ragioni del Fisco. Etica e giustizia nella tassazione, II ed., Il Mulino, 2011  
Gallo F. Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari in Rassegna Tributaria 2/2006

Garbarino Carlo, Transfer Price, in Digesto delle discipline privatistiche, sez commerciale Vol XVI Torino 1999;

Garbarino Carlo, Manuale di tassazione internazionale, Gruppo Wolters Kluwer, 2005

Gibert B. e Daluzeau X. Commission proposes Guidelines for Advance Pricing Agreements in EU in International Transfer Pricing Journal 2007;

Gibert B. e Daluzeau X. EU Joint Transfer Pricing Forum: Overview of Pending Mutual Agreement Procedures under EU Arbitration Convention and of Advance Pricing Agreements possibilities in International Transfer Pricing Journal 2008

Gracia M e Luchena M. The prevention and resolution of tax conflicts within the framework of international exchange of information in European Taxation 2012

Hay D. e Norton K. Developments regarding the APA e MAP processes in International Transfer Pricing Journal 2011

La Candia Ignazio, EU Transfer Pricing Documentation: un'analisi comparata, in il Fisco 6/2007

Lo Presti Ventura Emanuele, Il transfer pricing internazionale. Stato dell'arte e novità recate dalla Manovra correttiva, in il Fisco 29/2010;

Maisto G. International and EC Tax aspects of groups of Companies, Vol. 4 IBFD 2008;

Maisto G. Il Transfer price nel diritto tributario italiano e comparato, Cedam, Padova, 1985, 10

Musselli Alberto, Musselli Andrea, Il transfer pricing, il sole 24Ore Milano, 2012.

OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting press, Paris 2013

OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting press, Paris 2013

OECD, Agreement on Exchange of Information on Tax Matters, 2002

OECD, Comparability: public invitation to comment on a series of draft issues notes, 10 maggio 2006 Paris.

OECD, Dealing Effectively with the challenges of Transfer Pricing, forum on tax administration 2012 OECD,

OECD Forum on Tax Administration, "Joint Audit Report", settembre 2010;

OECD Guidelines for Multinational Enterprises" press, Paris 2010

OECD, Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs on Transfer Pricing and Multinational Enterprises,

OECD, Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring, Discussion Draft, 19 settembre 2008 Paris.

OECD, Trasfer Pricing and Multinational Enterprises, Three taxation issues, Report Paris 1984

Patelli L e Porpora F. Advance Pricing Agreements to be implemented: Commentary and comparative survey in IBFD 2005

Piazza M, Guida alla fiscalità internazionale, il sole24ore 2004

Romano Carlo, Private Rulings Systems in EU Member States in International Bureau of Fiscal Documentation 2001

Rousselle O. The EC Arbitration Convention: an overview of Current Position in International Bureau of Fiscal Documentation 2005

Russo P, Manuale di diritto Tributario, Giuffrè editore 2009

Silberzein Caroline, Transfer Pricing aspects of intangibles: the OECD project, in international transfer pricing journal 8/2011

Tesuario F., Istituzioni di diritto Tributario, parte generale e speciale, Utet Giuridica, 2011

Tomassini A. e Martinelli A. Doppia Imposizione Internazionale e Mutual Agreement Procedure in Corriere Tributario 16/2012

Uckmar V. Corasaniti, De Capitani, Corrado Oliva, Manuale di diritto tributario internazionale, Cedam, 2012

Unione Europea, Transfer pricing and developing countries final report, Bruxelles giugno 2011

Valente P. Controversie internazionali: procedure amichevoli e gestione delle relazioni, IPSOA Gruppo Wolters Kluwer Milano 2012

Valente P. Le novità del Transfer Pricing, IPSOA Gruppo Wolters Kluwer Milano 2010

Valente P. Manuale del Trasfer Pricing IPSOA Gruppo Wolters Kluwer Milano 2009

Zifaro A. in *Impresa - L'arbitrato come giustizia alternativa*, n. 1 del 31 gennaio 2001.

Bartlett, C.A. e Ghoshal, S. (1989) *Managing across borders: the transnational solution*. Boston, MA: Harvard Business School Press e Hill, G. (2007) *International Business - Competing in the Global Marketplace - 6th (Sixth) Edition*. Boston, MA: McGraw-Hill.

P. Mazzola, *Le strategie di globalizzazione come strategia particolare di internazionalizzazione. Ragioni, modalità, problemi.*

Convenzione 90/436/CEE del 23 luglio 1990 relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili delle imprese associate (Gazzetta ufficiale CEE n. L 225 del 20/08/1990).

Legge 22 marzo 1993, n. 99, recante ratifica ed esecuzione della Convenzione 90/436/CEE del 23 luglio 1990 (G.U. del 7 aprile 1993, n.81).

Codice di condotta per l'effettiva attuazione della Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese

associate (Adottato nel 2006 dal Consiglio dell'Unione Europea e rivisto in data 22 dicembre 2009 – Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. C322/1 del 30 dicembre 2009).

Circolare Agenzia delle Entrate n. 21/E del 5 giugno 2012.

OCSE - Art. 9 e 25 del Model Tax Convention on Income and on Capital – del 22/07/2010.

OCSE – Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP).

Art. 31-ter del D.P.R. n. 600/1973 introdotto dal D. Lgs. n.147 del 14 settembre 2015 che ha abrogato l'art. 8 del D.L. del 30 settembre 2003, n. 269 convertito con modificazione dalla legge 24 novembre 2003, n. 326; provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 luglio 2004.

OCSE - Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations - Cap. IV- Versione 2010

Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (Art. 49-54).

Commission Communication on an action programme for taxation, COM(75) 391 final (23 July 1975), para. 25.

Direttiva 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, abrogata dalla direttiva 2011/96/UE del Consiglio del 30 novembre 2011.

Direttiva 2003/49/CE del Consiglio, del 3 giugno 2003, concernente il regime fiscale

comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi.

European Commission, Ninth General Report on the Activities of the European Communities (Feb. 1976), p. XXXIV. COM(76) 611 final (2 Dec. 1976)

Council docs. R/912/78 (JUR 55 FIN 230) of 28 Apr. 1978, pp. 3-5 and 7829/85 (JUR 99 FISC 74) of 26 June 1985, pp. 2-3.

Commission Communication on fiscal measures aimed at the encouragement of cooperation between undertakings of different Member States, COM(85) 260 (5 July 1985)

J.F. Chown, IFA Congress 1988 – Draft EC Directives on Parent-Subsidiary Directive, on Mergers and on Arbitration, Vol. 13b, p. 37 (International Fiscal Association 1989)

P. Farmer & R. Lyal, EC Tax Law p. 307 (Clarendon Press Oxford 1994); D. Schelpe, The Arbitration Convention: Its Origin, Its Opportunities and Its Weaknesses, EC Tax Rev. 4, p. 69 (1995);

E. Van der Bruggen, The European Court of Justice and the Free Movement of Tax Treaty Judgments, EC Tax Rev. 2, p. 58 (2002).

L. Hinnekens, Het EEGverdrag betreffende fiscale arbitrage, Algemeen Fiscaal Tijdschrift 11, p. 291 (1991).

Parent-Subsidiary Directive (1990): Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and

Subsidiaries of Different Member States, EU Law IBFD.

EU Merger Directive (1990): Council Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the Common System of Taxation Applicable to Mergers, Divisions, Transfers of Assets and Exchanges of Shares Concerning Companies of Different Member States, OJ L 225 (1990), EU Law IBFD.

Commission White Paper on completion of the Internal Market, COM(1985) 310 final (14 June 1985), EU Law IBFD and Commission Communication on Guidelines on company taxation, SEC(1990) 601 final (20 Apr. 1990).

B.H. Kuile Ter, Juridische aspecten van de fiscale soevereiniteit in de interne markt, Weekblad Fiscaal Recht 10, (1991)

F.J. Wattel, Europees recht en (direct) belastingrecht (1), FED 381, (1991)

De Graaf, Gezamenlijk of gemeenschappelijk beleid ter voorkoming van dubbele belasting binnen de Gemeenschap? De betekenis van artikel 220 EG Verdrag, Maandblad Belasting Beschouwingen 11 (1997).

D. De Carolis, The European Arbitration Convention on Transfer Pricing: Legal Fossil or Instrument of New European Governance

L. Hinnekens, The EU Arbitration Convention and Its Legal Framework - British Tax Rev. 2, (1996);

L. Hinnekens, The European Tax Arbitration Convention: Time to Make the Best of It, Eur. Taxn. 1998);

L. Hinnekens, The Search for an Effective Structure of International Tax Arbitration within or without the European Community, in Settlement of Disputes in Tax Treaty

Law

L. Hinnekens, The Uneasy Case and Fate of Article 293 Second Indent EC, *Intertax* (2009)

L. Hinnekens, The Tax Arbitration Convention. Its Significance for the EC Based Enterprise, the EC Itself and for Belgian and International Tax Law, *EC Tax Rev.* 2 (1992);

L. Hinnekens, Compatibility of Bilateral Tax Treaties within European Community Law. The Rules, *EC Tax Rev.* 4,

L. Hinnekens, Different Interpretations of the European Tax Arbitration Convention, *EC Tax Rev.* 4, (1998);

L. Hinnekens, European Arbitration Convention: Thoughts on Its Principles, Procedures and First Experience, *EC Tax Rev.* 3, (2010);

De Graaf, Avoidance of International Double Taxation: Community or Joint Policy?, *EC Tax Rev.* 4, (1998);

De Graaf, *De invloed van het EG-recht op het international belastingrecht: beleids- en marktintegratie* (Kluwer Deventer 2004).

K. Raad, Interpretation and Application of Tax Treaties by Tax Courts, 50 *Bull. Intl. Fiscal Docn.* 1, (1996), *Journals IBFD*.

D. De Carolis, The European Arbitration Convention on Transfer Pricing: Legal Fossil or Instrument of New European Governance?, *Intertax* 5, (2013).

M. Züger, Mutual Agreement and Arbitration Procedure in a Multilateral Tax Treaty, in *Multilateral Tax Treaties: New Developments in International Tax Law*

M. Züger, Arbitration under Tax Treaties: Improving Legal Protection in International Tax Law. (IBFD 2001);

M. van Herksen, How the Arbitration Convention Lost Its Lustre – the Threat of Triangular Cases, Intertax 8-9, (2008);

G. Maisto, Shaping EU Company Tax Policy: The EU Model Tax Treaty, 42 Eur. Taxn. 8, (2002), Journals IBFD.

J. Schwartz, The European Union Arbitration Convention: Perspective on an Alternative for Double Taxation Relief, Tax Management Transfer Pricing Report 9, (2002).

R. Sinx, & L. ten Broeke, Transfer Pricing Litigation: A Comparison, 9 Intl. Transfer Pricing J. 1, (2002), Journals IBFD

F.C. de Hosson, The Slow and Lonesome Death of the Arbitration Convention, Intertax 12, (2003)

M. Markham, The Resolution of Transfer Pricing Disputes through Arbitration, Intertax 2, (2005)

European Commission Press Release IP/02/1105, Company Tax: Commission Sets Up Transfer Pricing Forum (19 July 2002).

Commission decision on the setting of the EU Joint Transfer Pricing Forum expert group, C(2015) 247 final (26 Jan. 2015).

Code of conduct for the effective implementation of the Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, 2006/C 176/2 (28 July 2006).

Revised Code of Conduct for the effective implementation of the Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, 2009/C 322/01 (22 Dec. 2009).

EU JTPF, Final Report on Improving the Functioning of the Arbitration Convention (JTPF/002/2015/EN) (Mar. 2015).

Commission communication on double taxation in the Single Market, COM(2011) 712 final (11 Nov. 2011).

EU JTPF, Summary Record of the Thirty-Fifth Meeting of the EU Joint Transfer Pricing Forum (JTPF/021/TEV1/2012/EN), January 2013

EU JTPF, Statistics on Pending Mutual Agreement Procedures (MAPs) under the Arbitration Convention at the End of 2014 (JTPF/008/2015/EN) (Oct. 2015).

Z.D. Altman, Dispute Resolution under Tax Treaties sec. 1.2.2.1.3. (IBFD 2005);

M.J. Tropin, EU Should Initiate Arbitration for 24 Cases, More May Qualify for Arbitration, Forum Says, Tax Management Transfer Pricing Report (2005);

J.M. O'Brien & M.A. Oates, Arbitrating Competent Authority Disputes? J. of Taxn. of Global Transactions 3, (2006);

M.J. Tropin, EU Faces Unresolved Arbitration Issues, Questions over Number of Cases, Penalties, Tax Management Transfer Pricing Report 2 (2006); M.J. Tropin, OECD Circulates Draft Arbitration Proposal Mirroring EU Convention, Hearing March 13, Tax Management Transfer Pricing Report 20, (2006);

P. Adonnino, Some Thought on the EC Arbitration Convention, 43 Eur. Taxn. 11, (2003)

G. Monsellato, France and Italy Settle First Case under the EU Arbitration Convention, Tax Planning Intl. Transfer Pricing 7, (2003)

D. van Stappen, EU Joint Transfer Pricing Forum Making Progress, Tax Planning Intl. Transfer Pricing 9, (2003)

S.B. Huibregtse & R. Offermans, What is the Future of the EU Arbitration Convention, 11 Intl. Transfer Pricing J. 2, (2004), Journals IBFD

EU JTPF, JTPF Program of Work 2015-2019 (JTPF/005/final/EN) (Aug. 2015)

M.P. Bricker, Arbitration Procedures in Tax Treaties, Intertax 3, p. 107 (1998)

G.T.J. Joseph, Transfer Pricing: the EC Arbitration Convention as a Dispute Resolution Mechanism, Intl. Tax J. 2, (2003)

A.A. Skaar, The Legal Nature of Mutual Agreements under Tax Treaties, Tax Notes Intl. (21 Dec. 1992).

EU JTPF, Discussion Paper on Draft JTPF Recommendations Related to the Interpretation of Some Provisions of the EU Arbitration Convention (JTPF/002/2008/BACK/EN) (28 Jan. 2008), para. 2.1.

F. Di Cesare, How to Revitalize the EC Arbitration Convention: The New Recommendations of the Joint Transfer Pricing Forum, 17 Intl. Transfer Pricing J. 4,

(2010)

European Commission Press Release IP/04/542, Company Taxation: Commission Proposes Code of Conduct to Eliminate Double Taxation in Cross-Border Transfer Pricing Cases (27 Apr. 2004)

European Commission Press Release IP/04/1447, Company Taxation: Commission Welcomes Adoption of Code of Conduct to Eliminate Double Taxation in Cross-Border Transfer Pricing Cases (7 Dec. 2004).

European Commission, Summary Report of the Responses Received on Commission's Consultation on Double Taxation Conventions and the Internal Market: Factual Examples of Double Taxation Cases (Jan. 2011).

OECD, Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective – Action 14: 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, (5 Oct. 2015), IBFD.

V. Roppo, *La Responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario in Contratto e Impresa Europa* n.1/99, Padova, 1999