



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE E AZIENDALI
"MARCO FANNO"

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN ECONOMIA INTERNAZIONALE
LM-56 Classe delle lauree magistrali in SCIENZE DELL'ECONOMIA

Tesi di laurea

**Il ruolo degli intangibili nella fiscalità dei gruppi
multinazionali: la gestione dei beni immateriali nel transfer
pricing e nella business restructuring**

*The role of intangibles in the taxation of multinational
enterprises: the management of intangible assets in transfer pricing
and business restructuring*

Relatore:

Prof. GIACOMAZZI MAURO

Laureando:

SERENA ALBERTO

Anno Accademico 2014-2015

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.

Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

INDICE

INTRODUZIONE	I
CAPITOLO 1	
BENI INTANGIBILI, VALUTAZIONE E SOGGETTI DELLE TRANSAZIONI	1
1.1 I beni intangibili e la loro rilevanza nella strategia aziendale di lungo periodo	2
1.1.1 I beni intangibili	3
1.1.2 L'importanza dei beni intangibili nella strategia di lungo periodo	20
1.2 La valutazione dei beni intangibili: caratteristiche distintive e valore normale di mercato	23
1.3 I soggetti delle transazioni	38
1.3.1 Gruppi di società e controllo	39
CAPITOLO 2	
TRATTAMENTO CONTABILE E FISCALE DEI BENI IMMATERIALI	49
2.1 Tipologie di beni immateriali	49
2.2 Aspetti contabili delle immobilizzazioni immateriali	62
2.2.1 I beni immateriali nelle aggregazioni aziendali: IFRS 3	65
2.3 Aspetti fiscali delle immobilizzazioni immateriali	69
2.4 Riallineamento per le immobilizzazioni immateriali	71
CAPITOLO 3	
LA DISCIPLINA DEL TRANSFER PRICING	77
3.1 Aspetti generali della disciplina	77
3.1.1 Criteri di collegamento con il territorio	77
3.1.2 Sede di direzione effettiva	81
3.1.2.1 La residenza nelle verifiche fiscali	84
3.1.2.2 Holding, gestione e sede dell'amministrazione	85
3.1.2.3 Tassazione dei gruppi	89

3.1.3	Stabile organizzazione	93
3.1.4	La doppia imposizione internazionale	96
3.2	Applicazione della normativa di Transfer Pricing	99
3.2.1	Transfer Pricing: aspetti generali, gruppi di società e interessi	99
3.2.2	Arm's length principle nella disciplina del Transfer Pricing: influenza degli intangibili, specificità e soluzioni pratiche	104
3.3	Le transazioni e i rischi nel Transfer Pricing	116
3.4	Analisi di comparabilità e intangibili	118
3.4.1	Le caratteristiche degli intangibili nell'analisi di comparabilità	122
3.4.2	Difficoltà di comparazione	125
3.4.3	Arm's length e analisi di comparabilità	126
3.5	Analisi funzionale e rischi nella prospettiva dei beni intangibili	130
3.6	Gli immateriali nel Transfer Pricing: brevi esempi di orientamenti giurisprudenziali	134
3.7	Transfer Pricing e valore doganale: cenni alla normativa e valore normale	138

CAPITOLO 4

	GLI INTANGIBILI NEL TRANSFER PRICING	143
4.1	Tipologia di metodi di stima	145
4.1.1	Metodi analitici	145
4.1.1.1	Metodi che utilizzano il costo	145
4.1.1.2	Metodi che utilizzano i flussi	147
4.1.2	Metodi di mercato	149
4.1.2.1	Il metodo del royalty rate	149
4.1.2.2	Il metodo del relief di royalty	151
4.1.2.3	Il metodo di Young & Rubicam	153
4.2	Metodi di valutazione e beni immateriali	154
4.2.1	Prezzi di trasferimento per i beni immateriali: i contratti di licenza e valore normale	154
4.2.2	Metodi di valutazione e loro corretta applicazione	156
4.2.2.1	Metodi tradizionali e beni immateriali	157
4.2.2.2	Metodi alternativi e beni immateriali	161
4.2.2.3	Valutazione altamente incerta	166

CAPITOLO 5

LA BUSINESS RESTRUCTURING	169
5.1 Le nozioni della business restructuring e i beni immateriali	169
5.1.1 La definizione e le ragioni economiche della business restructuring	173
5.1.2 Il principio arm's length applicato alla business restructuring	177
5.1.3 I beni immateriali nella business restructuring	179
5.1.4 Riallocazione del profitto potenziale, compensazione e profilo di rischio	182
5.1.5 La criticità nelle operazioni di business restructuring coinvolgenti i beni immateriali	187
5.2 I rischi nella business restructuring	189
5.3 Location savings, delocalizzazione e trasferimento della sede societaria	193
5.3.1 La deducibilità dei costi nella pianificazione strategica	196
5.4 Esempio di business restructuring: gli intangibili nella distribuzione commerciale e la corresponsione di royalty	198
5.5 Base erosion e profit shifting nella business restructuring	202

CAPITOLO 6

LA DISCIPLINA “CONTROLLED FOREIGN COMPANIES” E I PARADISI FISCALI	207
6.1 Le nozioni della disciplina CFC	207
6.2 I paradisi fiscali	213
6.3 Determinazione del reddito e sua imputazione al soggetto partecipante: CFC e paradisi fiscali	218
6.3.1 Indeducibilità dei costi	225
6.4 Le royalties: regime impositivo e loro rilevanza nel fenomeno del profit shifting	232
6.4.1 Definizione di royalty e rilevanza nella valutazione dei beni immateriali	232
6.4.2 Tassazione delle royalties in entrata e in uscita	233
6.5 Fenomenologia offshore: la architettura conduit e il caso Apple	239

CAPITOLO 7

TAX PLANNING E VOLUNTARY DISCLOSURE	243
7.1 La pianificazione fiscal dei gruppi: logica della gestione comune	243
7.1.1 Strategia fiscale dell'impresa multinazionale	247
7.2 Elusione fiscale e “aggressive tax planning”: pianificazione fiscale e normativa antielusione	249
7.3 Aggressive tax planning nelle multinazionali	252
7.3.1 Costituzione di una impresa multinazionale per la pianificazione fiscale: vantaggi e svantaggi	255
7.4 Pianificazione fiscale, subsidiary e stabile organizzazione: soluzioni operative	256
7.5 La tassazione dei dividendi: holding italiana e tassazione dei dividendi in entrata; società residente e tassazione dei dividendi in uscita	258
7.5.1 Tassazione dei dividendi in entrata	258
7.5.2 Tassazione dei dividendi in uscita	262
7.6 Voluntary disclosure: le novità introdotte dalla Legge 186/2014 e i chiarimenti della Circolare 10/E/2015 in materia di collaborazione volontaria da parte delle imprese	266
CONCLUSIONI	III
BIBLIOGRAFIA	V

INTRODUZIONE

Con questa tesi si è cercato di esplicitare il ruolo degli intangibili nelle dinamiche commerciali delle imprese multinazionali e conseguentemente, di individuare come questi influenzino le transazioni *intercompany* ovvero determinino la ripartizione dei profitti tra società del medesimo gruppo, localizzate in Paesi con un sensibile differente livello di tassazione.

Supportati dalla recente letteratura è stato evidenziato come le transazioni coinvolgenti – a qualsiasi titolo – i beni immateriali siano adoperate dall'organo amministrativo del gruppo al fine sì di fornire i beni e servizi richiesti dalle società, ma nondimeno per implementare quelle decisioni assunte in sede di direzione e riportate nel *tax plan* del gruppo.

Come evidenziato dalla consistente e recente bibliografia riportata, scopo prioritario della gestione comune è quello di diminuire il carico fiscale complessivo del gruppo di imprese, nel pieno rispetto della normativa nazionale ed internazionale. L'influenza degli immateriali nell'ottenimento del risparmio fiscale voluto è stato descritto attraverso l'analisi delle caratteristiche distintive dei beni immateriali e attraverso l'uso di esempi che permettono di definire le norme applicabili e le dinamiche conseguenti.

La più recente manualistica specializzata mette in evidenza come la presenza dei beni immateriali influenza positivamente sia la strategia di lungo periodo che la pianificazione fiscale.

Sotto il profilo applicativo della disciplina del Transfer Pricing è stata investigata la rilevanza degli immateriali nella definizione del valore delle transazioni; come più volte ricordato dall'OCSE il prezzo dei trasferimenti viene influenzato dalla aleatorietà del valore di certi beni intangibili e dalla non indipendenza tra le società del gruppo.

Di particolare rilievo nell'ambito delle imprese multinazionali, come è stato esplicitato dalle Linee guida OCSE e dalla manualistica di riferimento, è l'influenza degli intangibili nelle operazioni di business restructuring; queste ultime vengono inevitabilmente condizionate dalle transazioni coinvolgenti beni immateriali, fino a definirne artificialmente il valore.

Attraverso la trattazione della normativa aggiornata e della recente letteratura, supportata dagli esempi riportati nei capitoli di questa tesi è stato evidenziato come il ruolo degli intangibili, date le caratteristiche proprie della categoria e quelle idiosincratiche di alcuni dei beni coinvolti, sia spesso prioritario per la ridefinizione dei profitti conseguiti dalle singole attività.

Infine è stata discussa la normativa dei paradisi fiscali, ponendo l'attenzione sull'importanza degli *intangibles* nel fenomeno del *profit shifting*; quest'ultimo realizzabile grazie alla possibilità di accedere a Stati caratterizzati da un sensibile minore livello impositivo globale.

Data la rilevanza che assume tale materia in ambito imprenditoriale ed essendo gli Stati consci delle differenze negli ordinamenti tributari, la normativa si è nel tempo evoluta individuando, da un lato vincoli di legge atti a definire il percorso che le società devono seguire al fine di una corretta definizione delle transazioni, dall'altro gli effetti economici e giuridici di una non ubbidienza alle stesse disposizioni.

CAPITOLO 1

BENI INTANGIBILI, VALUTAZIONE E SOGGETTI DELLE TRANSAZIONI

Gli intangibili come elementi distintivi dell'azienda, rilevanza negli scambi internazionali, i gruppi di società, principi cardine e normativa fiscale

Per parlare di prezzi di trasferimento e *profit shifting* bisogna aver ben presente la normativa sottostante che muove, da un lato, le scelte stesse del management e dall'altro, segna il filo dell'accertamento condotto dall'Amministrazione finanziaria.

Le indicazioni fornite dalla normativa nazionale e soprattutto le precisazioni che derivano dalle Guidelines dell'OCSE, possono essere considerate capisaldi per la gestione del *transfer pricing*.

L'importanza delle nozioni primarie risulterà evidente quando queste diventeranno riferimento per l'analisi – primariamente del'area fiscale, ma senza tralasciare quella contabile e strategica – dei comportamenti tenuti dal gruppo di imprese.

Si farà riferimento alle scelte delle società che detengono il controllo (holding o casa madre o capogruppo); la loro influenza data dalla partecipazione, sarà determinante sulla pianificazione (strategica e) fiscale dell'intero gruppo di società.

Prima di definire l'importanza dei beni intangibili nella continuità del business in ottica di lungo periodo, è indispensabile delineare i confini di tale tipologia di assets (costituenti, come autorevoli autori ritengono, parte del valore dell'azienda).

Sarà poi necessario approfondire i risvolti strategici di un argomento quanto mai rilevante per la creazione di una quota del valore dell'intero corpo aziendale. La scelta sul trattamento dei beni intangibili ha infatti risvolti strategici, contabili e fiscali. Come si avrà modo di comprendere, le aree aziendali sono tra loro concatenate. Questo determina una concatenazione di scelte ed effetti aventi valenza in ambito fiscale.

L'obiettivo è quello di illustrare gli argomenti alla base della disciplina: si parte con la definizione dal punto di vista meramente nozionistico per comprendere quindi il reale significato della normativa, e poi la loro applicazione con riferimento alla normativa fiscale, privilegiando l'aspetto internazionale.

Gli argomenti sviluppati sono infatti ampi e di grande interesse così che il loro perimetro vada a toccare molteplici materie di studio, in realtà, come affermato, tra loro concatenate.

Sarà chiarito durante l'esposizione il motivo per cui gli intangibles sono importanti per la sopravvivenza e lo sviluppo delle società, soprattutto in ambienti evoluti e volubili.

La loro crescente rilevanza all'interno del *business* chiarisce il motivo dell'aumento dell'attenzione dell'Amministrazione verso la trattazione di questa tipologia di assets.

1.1 I beni intangibili e la loro rilevanza nella strategia aziendale di lungo periodo

La strategia di lungo periodo, che permette quantomeno all'azienda di perdurare nel tempo, è supportata dalla capacità del management di sviluppare e conservare *intangibile assets* distintivi e alla base di molti processi innovatori.

La determinazione dei beni intangibili permette fin da subito di inquadrare l'oggetto di analisi e quindi chiarire l'importanza degli stessi in ottica di gestione aziendale degli immateriali. Molti autori ritengono i beni immateriali – nella loro accezione più ampia – indispensabili, soprattutto in ambienti mutevoli e quindi determinati il vantaggio competitivo. Il loro inquadramento è quindi indispensabile tanto per delineare l'argomento in ottica strategica quanto per introdurre l'argomento del *transfer pricing*.

Le definizioni non sono tuttavia fini a se stesse in quanto sono in grado di essere applicate a casi concreti e utilizzabili quindi come riferimenti per le scelte di carattere economico.

I principi in successione spiegati dovranno essere considerati capisaldi della normativa fiscale in analisi.

1.1.1 I beni intangibili

Per affrontare l'argomento dei prezzi di trasferimento dei beni intangibili è importante definire, innanzitutto, la tipologia d'appartenenza degli stessi e quindi determinare le caratteristiche degli immateriali effettivamente considerabili oggetto d'indagine del transfer pricing.

Come si vedrà in seguito, non esiste una univoca definizione di bene intangibile che possa essere considerata nel tema del transfer pricing, ciò nonostante le definizioni raccolte ed esaminate permetteranno di tracciare le caratteristiche degli *intangibles* utili allo scopo.

Secondo Como (Lazzarini 2010, p.13) gli intangibili sono “risorse umane, qualifiche professionali, abilità gestionale, creatività, conoscenza, formazione, competenze, istinto imprenditoriale, immagine dell'impresa, informazione”.

Secondo lo stesso autore (Lazzarini 2010), gli intangibili, anche in commistione tra loro, permettono all'azienda di crescere e svilupparsi, con il risultato di divenire competitiva sul mercato di riferimento.

È evidente che si tratta di una definizione ampia e comprendente elementi che risultano tutt'al più tangenti l'argomento principale d'indagine (il *transfer pricing*).

Come verrà specificato in seguito, i beni intangibili, per essere valutati, dovranno possedere specifiche caratteristiche; una loro definizione più puntuale sarà pertanto meglio performante all'obiettivo proposto.

La riportata definizione permette tuttavia di saggiare, fin dalle prime battute, la portata dell'argomento. È essenziale inoltre notare che il valore attribuito agli intangibili incide l'organizzazione sotto la sfera organizzativa, contabile, strategica e fiscale.

Argomento imprescindibile e necessario alla definizione sostanziale delle operazioni di finanza internazionale – anche se in letteratura non sempre è messo in evidenza come dovuto – è la rilevanza della compenetrazione tra le aree aziendali¹.

Utilizzare questa descrizione della condotta aziendale permette al contribuente di rendere note le effettive caratteristiche delle operazioni poste in essere e quindi in fase di accertamento – effettuata dall’Amministrazione finanziaria – poter giustificare le scelte da lui stesso effettuate.

È infatti evidente come la trattazione di questi beni non abbia riflessi solamente nella sfera fiscale, ma pure nella sfera delle decisioni strategiche, nell’area organizzativa e nel campo contabile.

Schematicamente, la procedura decisionale comporta:

Focus	Azione	Area
• Investimento in R&D	valutazione	STRATEGICA
• Trasferimento diritto intangibile	rilevanza e annotazione	CONTABILE
	variazioni e risultato	FISCALE
• ...	VALORE AZIENDALE	

Spesso, con l’analisi funzionale, si fa riferimento alle decisioni strategiche adottate per definire le caratteristiche delle operazioni indagate.

In ottica di accertamento si ritiene che, secondo i più noti principi economico-aziendali che muovono l’azienda in prospettiva di ottenimento di un profitto, le scelte strategiche – soprattutto quelle di lungo periodo – vengono valutate dal management secondo il loro ritorno economico².

Le stesse scelte possono quindi essere utilizzate come metro di valutazione, in ottica dell’accertamento, delle azioni effettive (corrispondenza tra scelte e azioni).

Per l’azienda, inoltre, le valutazioni possono essere utilizzate come elementi probatori per declamare la bontà delle adozioni. Le spinte economico-strategiche dalle quali derivano le

¹Riguardo alla redazione del Masterfile (con specificazione per i primi tre capitoli), come specificato in Alonzo, Committeri, Pallaria e Scifoni (2013), l’adozione di forme giuridiche non uniformate rispetto alla sostanza della delle operazioni, può essere consentita, purché non si tratti di abuso.

² Attraverso i modelli che definiscono il valore atteso di una operazione è possibile effettuare l’analisi costi/benefici al momento dell’assunzione della decisione.

adozioni strategiche possono essere rilevabili e utilizzate concretamente per confutare la tesi di evasione³ (quando l'onere della prova è a carico del contribuente).

In alcuni casi, si badi, il principio di economicità⁴ può non essere rispettato. Strategicamente, infatti, è possibile che l'azienda sia disposta a soffrire perdite di redditività (in particolare, per linee di prodotto o per SBU) per supportare l'ingresso in mercati che risultano strategicamente (ma, almeno non inizialmente, economicamente) di grande interesse.

Il principio di economicità, con riferimento alla introduzione della fiscalità internazionale, può essere ricondotto alle "valide ragioni economiche", come, ad esempio, richiamate dall'art.37-*bis* del D.P.R. n.600/1973.

In altri termini, per la tesi in questione, l'interesse all'operazione è economicamente apprezzabile se un operatore economico diligente, posto nelle condizioni in cui si trovava il contribuente al momento del compimento dell'operazione, l'avrebbe compiuta anche in assenza dei vantaggi fiscali collegati all'operazione stessa (Valente 2014, p.1234).

In altri casi, come segnalato da Beghin (2014), un eccessivo incremento di prezzo può essere sintomatico non già di un artificio per finalità elusive, bensì di una *mala gestio*, o nondimeno, per accadimenti⁵ imputabili all'andamento del mercato di riferimento, ed infine, semplicemente, per tutte le altre componenti esogene che possono sostenere (o, per converso, abbattere) la crescita dei prezzi del bene compravenduto.

Differente – è bene specificare – è l'antieconomicità come segnalata da Beghin (Beghin 2014): con l'espressione antieconomicità si fa esplicito riferimento a una pratica, ritenuta non corretta, di elargire liberalizzazioni (indeducibili per l'ordinamento tributario italiano⁶) attraverso la compravendita di beni. Il prezzo pattuito, non ritenuto in linea con la media di

³ Per evasione tributaria si intende, secondo Falsitta (2014, p. 127) "qualsivoglia atto o fatto riconducibile al contribuente che determina sottrazione di materia imponibile al pertinente tributo".

⁴ Economicità definita da Onida (1954, p.305) come rilevatore del fine d'impresa, ovvero, la capacità, attraverso la gestione aziendale e quindi la creazione di ricavi, di remunerare tutti i costi sostenuti, creando sviluppo per l'impresa.

⁵ Ci si riferisce, ad esempio, all'andamento dei prezzi delle materie prime, alla improvvisa scarsità di quella essenziale materia produttiva o semplicemente, alla non ottimale gestione della compravendita (si veda Beghin 2014).

⁶ Art. 100, comma 4 TUIR.

mercato per operazioni comparabili, alterando la redditività dell'azienda, potrebbe essere dichiarato dall'Amministrazione privo di inerenza⁷⁻⁸.

Il meccanismo sottostante alle decisioni di investimento permette di chiarire il perché è possibile affermare che le aree principali sono tra loro collegate.

Sinteticamente, un procedimento decisionale può comportare quanto segue. La scelta strategica di utilizzare o cedere un bene intangibile, i termini con i quali stipulare l'accordo e il valore da attribuire al momento dello scambio, ha ripercussioni:

- a) Sulla sfera strategica, con riflessi di medio termine (e per questo sottoposta ad analisi preventiva);
- b) Sotto il profilo contabile (in quanto voce contabilizzata con il rispetto della normativa vigente);
- c) Sotto il profilo fiscale in quanto permette di ottenere, se l'intangibile è acquistato, benefici derivanti dalla detrazione degli oneri passivi oppure dal pagamento di una royalty, ovvero se venduto, l'ottenimento di redditi tassabili⁹.

Come si può notare, la decisione comporta, condensando, una variazione in aumento o in diminuzione del reddito netto (reddito economico di conto economico). Conseguenza diretta è l'incremento o il decremento della imposta lorda¹⁰.

Gli *intangibles* possono essere identificati non solo per la definizione delle transazioni, ma anche per la loro esigenza di essere annotati in bilancio.

Dal punto di vista contabile, secondo Lazzarini (2010), le norme tendono ad essere restrittive, considerando i beni immateriali e gli oneri solo se si ha il consenso del collegio

⁷ Un costo può essere ritenuto inerente quando, come chiaramente asserito da Beghin (2014, p.52), "possa ricondursi all'attività esercitata".

⁸ L'onere della prova, secondo Beghin (2014) è da ricondursi alla Amministrazione che con i suoi rilievi mette in discussione la deducibilità del costo in oggetto.

⁹ Le variazioni sono modificazioni (in aumento o in diminuzione) della base imponibile, imprescindibili per la pianificazione fiscale (per la trattazione delle variazioni, si veda Falsitta 2014).

¹⁰ La determinazione della base imponibile per le società residenti si può così sintetizzare (a riguardo, si veda Falsitta 2014 e Beghin 2014): partendo dal reddito netto (conto economico), si apportioneranno le variazioni in aumento o diminuzione secondo l'art. 83 TUIR. Dal reddito (lordo) fiscale (reddito contabile ante imposte +/- variazioni) si definirà l'imposta dovuta: al reddito lordo si applicherà l'aliquota IRES vigente (27.5% per la l. 244/2007).

Per la corretta definizione dell'imposta dovranno poi essere considerate le perdite pregresse (art.84 TUIR).

sindacale¹¹; sono esclusi gli intangibles derivanti da sinergie tra risorse materiali ovvero di eterogenea natura.

Affrontando la trattazione dei paradisi fiscali (vedere Capitolo 6) è possibile individuare come, anche per questa categoria di operazioni, l'importanza degli intangibles si ripercuota sulla valutazione degli stessi. Andranno considerati, in quanto significativi, anche quelli fuori bilancio¹² (per maggiori informazioni, si vedano Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013).

Rispetto alla normativa contabile, è possibile affermare che i bilanci includono solo *assets* il cui valore è determinabile¹³, il che non significa che questo sia invariabile nel tempo. Le variazioni del valore rispetto a quello contabile, registrato in bilancio, sono catturate dalle svalutazioni: ciò permette, in caso di durevole perdita di valore di annotare il reale valore.

L'art. 2426 c.c., comma 3, tratta le svalutazioni delle immobilizzazioni immateriali. Questo recita che le immobilizzazioni che, alla data di chiusura dell'esercizio, risultino durevolmente di valore inferiore a quello determinato secondo il costo di acquisto o di produzione, devono essere iscritte nel conto economico alla voce "Altre svalutazioni delle immobilizzazioni"ce rilevate, a diretta diminuzione del valore delle immobilizzazioni nello stato patrimoniale (per una più precisa trattazione, si veda Iori, 2014).

Come chiaramente esposto da Iori (2014), gli *intangibles*, per essere classificabili e annotati in bilancio come tali, debbono rispettare i seguenti tre requisiti (IAS 38):

- 1) Autonomia identificativa: la separazione è fondamentale per estrapolare il bene immateriale dall'avviamento. L'autonomia può avvenire attraverso la separazione¹⁴, ovvero dalla nascita di diritti (contrattuali o legali);
- 2) Controllo dell'attività: si ottiene quando la società ha il pieno controllo dei benefici economici futuri, limitandone lo sfruttamento a terzi;
- 3) Esistenza di benefici futuri: derivanti dal risparmio di costo¹⁵, dai ricavi di vendita di beni o servizi, ovvero altri benefici.

¹¹ L'art. 2426, c.c. decreta di annotare le immobilizzazioni immateriali al costo di acquisto o di produzione.

Gli immateriali, per poter essere iscritti in bilancio, debbono (Iori 2015, p.107):

- Individualmente identificabili;
- Rappresentare diritti giuridicamente tutelati;
- Avere un costo stimabile con sufficiente attendibilità.

La individualità si rivela con la possibilità di separare o scorporare l'intangibile dalla unità aziendale; la distinzione permette perciò di vendere, trasferire, affittare, dare in licenza o scambiare l'intangibile.

¹² Chiarimenti previsti dalla Circolare della Agenzia delle Entrate n.58/E del 15 dicembre 2010.

¹³ Si veda Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014).

¹⁴ L'attività immateriale può essere separabile o scorporabile dal complesso aziendale, così che possa essere venduta, scambiata, data in licenza o locata (come specificato dal Iori, 2014).

I beni immateriali che non soddisfano tali condizioni non sono pertanto inclusi nel bilancio, soprattutto quando trattasi di intangibili creati internamente e per i quali di fatto non esiste un valore di mercato (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.5).

Volendo una definizione più dettagliata – soprattutto ai fini della analisi fiscale – che permetta di individuare quali sono gli intangibili rilevanti (e trattati nella maggior parte dei casi) nelle operazioni di transfer pricing, è possibile rifarsi alla lista redatta dall’OECD.

La guidelines OECD (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014) provvedono a dettare quelli che sono gli intangibili maggiormente considerati come oggetto delle operazioni di trasferimento. Come tuttavia precisato dallo stesso organismo, l’enumerazione non deve essere considerata esaustiva o sostitutiva di una analisi singolare.

L’elenco degli intangibles considerati dall’OCSE è il seguente (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014, p.33):

- i. Patents;
- ii. Know-how and trade secrets;
- iii. Trademarks, trade names and brands;
- iv. Right under contracts and government licences;
- v. Licences and similar limited rights in intangibles;
- vi. Goodwill and ongoing concern value;
- vii. Group synergies;
- viii. Market specific characteristics.

OECD (2014) specifica che comunque ogni intangibile elencato deve essere trattato conformemente alla legislazione vigente nel Paese .

Di seguito verranno brevemente descritti i su riportati intangibili, così come lo stesso organismo si premura di fare (OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014).

Patents.

I brevetti garantiscono diritti esclusivi al loro legittimo proprietario per l’uso dello stesso per un limitato periodo di tempo, in un’area geografica definita.

¹⁵ Come ben spiegato da Iori (2014), know-how e brevetti possono rendere efficiente il processo produttivo, diminuendo così le spese necessarie al suo funzionamento (aumentando il MOL).

Per l'impresa detentrica di brevetti, questi strumenti rappresentano, come asserito da Malerba (Malerba 2012, p.43), "uno strumento di protezione e un notevole incentivo ad innovare".

Il brevetto può riguardare un prodotto o un processo.

Secondo Malerba (Malerba 2012, p.44) il brevetto può quindi essere segnaletico "della *capacità tecnologica* di un'impresa in una certa tecnologia".

Allo sviluppatore viene garantito, attraverso l'esclusività dell'utilizzo dell'elemento su cui insiste il diritto o attraverso le operazioni di compravendita aventi ad oggetto il brevetto stesso, di recuperare parzialmente (se si considerano i sunk costs) o totalmente il costo sostenuto per l'invenzione.

Nelle operazioni di compravendita sono garantite royalties in luogo dell'utilizzo dell'invenzione protetta da brevetto.

La royalty è elemento fondamentale nell'analisi delle operazioni di transfer pricing in quanto sottostante il fenomeno del *profit shifting*.

Per il titolare del diritto, aspetto speculare al ritorno economico, è la diminuzione della concorrenza che il brevetto comporta.

Questa limitazione della concorrenza può manifestarsi secondo una duplice direzione. Il brevetto può comportare:

- a) la limitazione all'utilizzo che implica il brevetto può comportare la riduzione della concorrenza delle altre aziende già operanti nel settore;
- b) la nascita di una barriera all'entrata per il mercato.

Know-how and trade secrets

Il know-how ed in generale i segreti commerciali, consistono nella non divulgazione di informazioni industriali, commerciali, operative dell'impresa.

Il valore attribuibile a questi elementi è direttamente proporzionale alla capacità dell'impresa stessa di rendere indisponibili le informazioni confidenziali.

La capacità di non divulgare le informazioni ha pertanto un valore economico atteso che influenza la determinazione del prezzo di trasferimento: la non immediata e puntuale valutazione dell'intangibile crea un grado di aleatorietà che dovrà essere stimato per

determinare se il pezzo a cui è avvenuto lo scambio quantomeno si avvicina a quello normale (definito secondo le direttive OCSE).

Criterio generalmente valido è quello di guardare alla sostanza dell'operazione. Non ostante si possa riscontare una rigorosa aderenza della condotta alle normative vigenti, una valutazione della sostanza - determinata sostanzialmente dai risultati ottenuti - è necessaria per definire i contorni del piano.

Proteggere il know-how aziendale attraverso un brevetto, spesso e per varie ragioni economiche, può risultare controproducente: esistono casi in cui la massima riservatezza è garantita da una totale blindatura dell'informazione all'interno della stessa azienda. Brevettare significa infatti palesare le caratteristiche tecniche di un prodotto o le peculiarità del processo e pertanto, esporre le stesse al pubblico.

Soluzione accennata nelle guidelines dell'OECD per evitare il brevetto è la stipulazione di contratti *ad hoc* con i dipendenti che anche solamente lambiscono il perimetro dell'informazione secretata.

Trademarks, trade names and brands

La guideline OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles (del 2014, a pagina 34) si occupa di descrivere i tre elementi intangibili, in modo da definire una ripartizione formale basata sulle peculiarità.

a) *Trademarks*. Sono nomi unici, simboli, loghi o immagini che il proprietario utilizza per distinguere i propri prodotti e servizi dagli altri. La titolarità dei Trademarks è garantita da pubblica registri. La registrazione ha come scopo primario quello di escludere gli altri operatori dall'utilizzo del trademark di proprietà del soggetto a cui la titolarità è formalmente assegnata.

Caratteristica interessante, che ne favorisce l'applicabilità, è la registrazione per singolo bene o servizio o per linea di prodotti o servizi.

b) *Trade names*. Il nome commerciale, che spesso identifica la società, viene formalmente registrato come il trademark. La funzione principale è di marketing. Obiettivo sono i consumatori finali, infatti, identifica beni e servizi dell'azienda.

c) *Brands*. Il brand identifica i beni e servizi prodotti, ha un forte impatto sul mercato e viene registrato per non consentirne l'utilizzo a soggetti non autorizzati. Può rappresentare una combinazione di intangibili: oltre al nome, la reputazione, le relazioni commerciali e

l'avviamento (che, in caso di cessione a titolo oneroso dell'azienda, palesa la sua portata economica, influenzando il prezzo di trasferimento).

Right under contracts and government licences

Le licenze governative e le concessioni possono risultare dominanti nelle scelte e nella concezione di particolari business a causa del fatto che sono la condizione per l'implementazione del business stesso.

Queste obbligazioni non sono intangibili in quanto fungono da autorizzazione all'esercizio dell'attività.

I diritti trasferiti tramite contratto sono classificabili come beni intangibili. Sono utilizzati come accordi per trasferire diritti da fornitore a compratore.

Goodwill and ongoing concern value

L'avviamento è definito come la differenza tra il valore globale del business e la somma dei singoli valori degli assets, siano essi tangibili o intangibili.

Rappresenta quindi il valore futuro atteso del complesso aziendale: esso è determinato non dai singoli assets, presi singolarmente, ma dal complessivo valore risultante dalla sinergia tra questi. Risulta perciò indispensabile definire il valore dell'avviamento in caso di cessione, in quanto questo si riflette sul transfer price.

Il valore di continuazione del business deriva dalla prospettiva che:

- a) i beni, siano essi tangibili o intangibili, siano considerati come una combinazione dalla quale scaturisce una sinergia che influenza il valore atteso del business e,
- b) vigi il principio di continuità del business in ottica dell'ottenimento di un guadagno per l'imprenditore.

Rispetto al principio di continuità dell'attività, nella disciplina aziendalistica, tributaria e societaria, si prende a riferimento come assioma per valutare i comportamenti dell'imprenditore.

Bisogna precisare come possa sussistere una discrepanza tra il valore contabile dell'avviamento e il prezzo di libera concorrenza.

La differenza tra i due valori può ricondursi sostanzialmente a due cause:

- valutazione contabile;
- informazioni di supporto.

Le regole contabili possono influenzare la determinazione del valore e precisamente, data la aleatorietà che caratterizza la stima e le regole di redazione della contabilità (*in primis*, la regola della prudenza definita dall'art. 2423 Codice Civile), un valore potenziale viene escluso a priori. Si ricerca piuttosto un valore determinato con lo scarto dal potenziale perché maggiormente aderente al valore attuale.

Inoltre le informazioni a supporto delle decisioni possono essere influenzanti in quanto:

- a) possono essere utilizzate come prova a supporto delle stime (nei casi di controllo) e per questo debbono essere certe e facilmente riproducibili, e
- b) computabili e ottenibili tutte al momento della effettuazione della stima.

Come spiegato nelle guidelines OECD (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014), l'Amministrazione finanziaria, in fase di accertamento, stimerà se esista una aderenza tra il transfer price concordato e la (eventuale) compensazione tra parti indipendenti.

Group synergies

Le sinergie di gruppo permettono in molti casi di ottenere un aumento della redditività globale del gruppo di società.

Come specificato nella guideline OECD (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014), l'aumento della redditività può derivare da molteplici fattori, tra i quali, ad esempio, un incremento del potere contrattuale (sia di acquisto che di vendita), la eliminazione dei costi dovuti alla duplicazione, sistemi integrati, management semplificato e integrato.

Dagli esempi riportati è possibile osservare come l'aumento della redditività derivi da una duplice direzione: l'aumento dei ricavi e la diminuzione dei costi. Ovviamente l'intensità con la quale si manifestano gli elementi di beneficio varia in base alla singola situazione.

Tuttavia è bene notare come la sinergia, non essendo legalmente detenibile e controllabile non può essere considerata un intangibile. Il trattamento delle sinergie avviene secondo le direttive dei paragrafi 1.98 a 1.114 (OECD 2010a).

Nonostante un suo trattamento differente, non può non essere considerata come un intangibile che influenza il prezzo di trasferimento e quindi il controllo dello stesso nel rispetto dell'arm's length principle.

Market specific characteristics

Le caratteristiche del mercato, considerate come ambiente esterno, influenzano incondizionatamente il business e pertanto devono risultare non secondarie in una valutazione del prezzo secondo il principio di libera concorrenza.

Nel rispettare l'arm's length principle, in una valutazione del prezzo pattuito tra le parti, non può non essere considerato l'ambiente circostante al perimetro dell'azienda. Questo infatti, direttamente o indirettamente, influenza il comportamento dell'azienda, le valutazioni che questa fa circa la strategia da adottare e gli investimenti da effettuare.

Nel pieno rispetto del dogma della libera concorrenza, come caposaldo della regolamentazione dettata dall'OCSE, le caratteristiche del mercato devono rientrare nelle valutazioni fatte rispetto alla aderenza del prezzo pattuito a quello teorico di libera concorrenza.

L'ambiente economico circostante, ove l'impresa insiste, è valutabile attraverso le cinque forze di Porter. La visualizzazione completa delle determinanti del settore sono fondamentali per determinare *ex ante* il verosimile andamento del tessuto economico e normativo, *ex post* per ri-definire lo stato dell'impresa localizzata nel Paese ed operante nel settore d'appartenenza.

Il principio *arm's length*, caposaldo dell'OCSE, movente le valutazioni delle transazioni *intercompany* è la traduzione del concetto di concorrenza nel mercato che Porter (2011, p.7) ritiene essere "alla base del successo o del fallimento di un'azienda". Scopo dell'impresa è quello di determinare la sua posizione competitiva dalla quale ricavare un profitto adeguato e sostenibile.

La competizione si affronta attraverso la corretta e coerente pianificazione (strategica e fiscale) che fonda la sua valenza su (si veda Porter 2011):

- la potenza attrattiva del settore industriale o commerciale nel lungo periodo;
- i fattori determinanti.

L'analisi del settore è importante sia nella basilare strutturazione delle strategia sia nella fase successiva, ovvero di rettifica degli obiettivi.

In qualunque settore industriale, sia esso nazionale o internazionale, produca beni o servizi, le regole della concorrenza si riassumono in cinque forze competitive: l'entrata di nuovi concorrenti, la minaccia di sostituti, il potere contrattuale dei clienti, il potere contrattuale dei fornitori e la rivalità tra i concorrenti presenti (Porter 2011, p.10).

Il profitto derivante dalla implementazione delle strategia così determinate, deve poi scontrarsi con le variabili normative e tributarie caratterizzanti i singoli Paesi ove l'impresa compete. La differenza nella normativa tributaria comporta la determinazione del reale reddito netto derivante dalle attività intraprese e sostanzialmente, la definizione di un secondo livello di analisi, connotato da forze valenza strategica.

Dal punto di vista dei gruppi d'impresa, la pianificazione strategica e organizzativa, dovrà quindi derivare dalla determinazione del livello di rischio supportabile da ciascuna impresa e dalla volontà di effettuare una ri-organizzazione delle funzioni. La risultante si tradurrà dunque nella determinazione degli scambi *intercompany*, nel valore ritraibile per ogni soggetto e conseguentemente, nella determinazione del livello impositivo complessivo.

La determinazione delle funzioni dovrà comunque risultare da un effettivo interesse economico per l'azienda e il prezzo di trasferimento dovrà rispettare il caposaldo della libera concorrenza, dal quale, si badi, tutta l'analisi è partita.

Le opportunità (opportunities) e le minacce (threats), derivabili dalla fondamentale analisi SWOT, permettono di valutare le spinte dell'ambiente esterno all'impresa; i fattori esterni, tuttavia, possono essere definiti attraverso una analisi PEST. L'analisi quantitativa permette di rilevare le variabili accidentali determinanti per la ricerca della cd. *best practice*.

L'analisi PEST erige la sua funzione sulla distinzione dei fattori che condizionano le decisioni e i risultati secondo la fonte (per esempio, politiche, economiche, sociali) o secondo il grado di prossimità.

Come puntualizzato da Grant (2006, p.86), "il <<micro-ambiente>> (o "ambiente obiettivo") può essere distinto da quelle più ampie influenze che formano il <<macro-ambiente>>". I fattori del macro-ambiente sono ad esempio, il trend generale dell'economia, la demografia, gli orientamenti politici e le scelte economiche a livello internazionale.

I fattori “macro” non quantitativi – spesso non direttamente controllabili – che vengono calibrati per determinare la loro influenza alla strategia, sono determinanti allo scopo di definire in che modo variazioni di elementi dell’ambiente circostante (con riguardo al caso in esame, ad esempio, le scelte politiche e gli accordi) possano influenzare la programmazione e l’implementazione della strategia stessa. Ai fini della programmazione fiscale è possibile sostenere che la variabilità degli elementi considerati e la loro prevedibilità sia importante in fase preventiva di valutazione della strategia e non secondariamente, alla revisione *ex post* della stessa.

Si cerca pertanto di considerare altri fattori influenzabili che possano “minacciare” o favorire il prosieguo dell’impresa; essendo la leva fiscale determinante per la proficuità della stessa attività, la valutazione delle condizioni (a maggior ragione per le imprese multinazionali) influenzanti gli ordinamenti tributari risulta di vitale importanza. Questi fattori possono essere determinanti per gli effetti sulle opportunità e sulle minacce che l’impresa affronterà nel futuro (Grant 2006, p.86).

Il management dovrà quindi porsi delle domande circa il modo in cui tali fattori si manifestano, con quale entità e che tipo di influenza generano all’ambiente di riferimento dell’impresa (si pensi, ad esempio, ad un’impresa che esporta o che persegue una oculata strategia di transfer pricing e all’influenza che può avere sul giro d'affari l’applicazione di un dazio doganale o l’imposizione di un prelievo *una tantum*).

Le prospettive sopra riportate sono importanti per chiarire alcuni aspetti fondamentali riguardanti gli intangibles e il transfer pricing:

1. non esiste una univoca definizione di bene intangibile che può essere accreditata alla disciplina del transfer pricing;
2. esiste la regolamentazione OECD che permette di ottenere una lista – non esaustiva o sostitutiva – di intangibili che permette di delineare l’argomento in fase di analisi;
3. fin dalla ricerca di una rappresentazione dei beni oggetto di studio si percepisce come questi siano non esattamente valutabili quando non astratti, ovvero, immersi nel contesto aziendale di riferimento.

L’Organismo per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico cerca poi di identificare categorie di intangibili. Alcune categorie essendo più ampie permettono di ricomprendere intangibili per loro generiche caratteristiche.

Nella *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles* (2014), si cerca di identificare quelle che possono essere le categorie di intangibili da considerare nella transfer pricing analysis; si cerca quindi di “etichettarli” ovvero catalogarli per una loro più agevole trattazione.

L’OECD primariamente distingue gli intangibili secondo due rilevanti macro categorie¹⁶:

- Trade intangibles;
- Marketing intangibles.

Musselli e Musselli (2009, p.167) inquadrano la categoria dei trade intangibles (ad es. i brevetti) come quella di riferimento per gli immateriali per i quali si dovrà sostenere “onerose spese di ricerca (con il relativo rischio), che dovranno essere recuperate attraverso la vendita dei prodotti (o tramite licenza)”.

Concordemente con gli autori, Musselli e Musselli (2009), dalla definizione di trade intangibles riportata, è possibile dedurre che, essendo l’utilizzo limitato nel tempo, per area geografica e per soggetti definiti, il diritto esclusivo può creare situazioni di monopolio¹⁷.

Considerando quelle che potremmo definire le primarie categorie, il glossario OECD, definisce il marketing intangible come (*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, 2014, p.32): “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”.

Questa categoria di intangibili non può creare naturalmente la struttura monopolistica del mercato.

Secondo Musselli e Musselli (2009, p.167) “questi [beni immateriali]... non possono creare situazioni di monopolio, dato che i concorrenti possono vendere prodotti simili ma con differenti segni distintivi”.

¹⁶ Secondo Musselli e Musselli (2009, p.167) “queste due categorie assomigliano ai concetti che... sono presentati come “innovazione di processo” (un’idea che fa diminuire i costi di produzione rispetto alla tecnica media vigente nel mercato) ovvero “innovazione di prodotto” (un’idea che porta a scoprire un nuovo prodotto che soddisfa bisogni insoddisfatti... nel mercato)”.

¹⁷ Le principali singolarità derivanti dalla condizione di monopolio, in ottica strategica, sono:

- Definizione del prezzo da parte del monopolista;
- Barriera all’entrata per potenziali nuovi entranti nel mercato;
- Surplus di settore interamente assegnato al monopolista.

Gli esempi che lo stesso Organismo fa sono in parte richiamati nella lista predisposta dallo stesso. Sono marketing intangibles, ad esempio, i trademark, il brand¹⁸, le liste dei consumatori, i dati sui consumatori (come chiaramente elencati nella Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014, p.32).

Categorie residuali per l'OCSE sono:

- “soft” intangibles e “hard” intangibles;
- Routine intangibles e non-routine intangibles;
- Altre categorie meno rilevanti.

Secondo Fusa (in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014) i beni immateriali, dovrebbero inoltre essere distinti tra quelli:

- Acquistati a titolo oneroso;
- Prodotti in economia.

La distinzione appare, oltre che interessante perché considera una delle decisioni tipiche di un'azienda produttrice, il make or buy, fondamentale in ottica alle modalità di registrazione contabile degli stessi immateriali in bilancio.

Se prodotti internamente, in alcuni casi, la discrezionalità del valore da attribuire a questi (dettata primariamente dalla procedura stessa di creazione, non regolamentata) può aumentare e pertanto creare incertezza che si riversa nella fase di contabilizzazione.

A tal riguardo, come affermato dall'autore (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.5), “i bilanci includono solo le attività il cui costo o valore può essere determinato”. Conseguenza diretta è che in bilancio potranno non comparire alcuni beni immateriali, ancorché determinanti per il vantaggio competitivo¹⁹ dell'azienda.

Il vantaggio competitivo, come chiaramente sostenuto da Lazzarini (2010, p.15),”si concretizza nel prezzo che il consumatore è disposto a pagare”.

La monetizzazione del vantaggio creato, si trasferisce quindi sulla contabilità con l'incremento dei ricavi di vendita (attraverso l'aumento della redditività delle vendite, si

¹⁸ Secondo l'American Marketing Association, per marca s'intende <<un nome, una parola, un simbolo, un disegno, o una combinazione di questi, aventi lo scopo di identificare un prodotto o un servizio di un venditore, o di un gruppo di venditori, e renderli diversi da quelli dei concorrenti>> (Lazzarini 2010, p.23).

¹⁹ Come suggerito da Lazzarini (2010, p.15) il vantaggio competitivo, “nasce dalla capacità di innovarsi, dal rispondere più velocemente dei competitor alle esigenze dei consumatori e dal produrre qualità elevata tramite l'individuazione di fattori di produzione migliori rispetto ai concorrenti e con minori costi”.

potranno poi stabilire metri di paragone rispetto ai principali competitors) e sul prezzo di trasferimento.

Rispetto al trasferimento di prodotti caratterizzati da elevato guadagno unitario, in ambito di transfer pricing, un incremento del prezzo di scambio non deve essere letto come il tramite di una formula congegnata per produrre evasione tributaria, bensì, semplicemente, come la giusta valorizzazione di beni unici e valutabili, ovvero caratterizzati da contestuale tipicità.

Tuttavia, la peculiarità intrinseca degli intangibili può rendere difficile la loro catalogazione e comparazione. Le linee guida dell'OCSE possono fornire utili risposte in merito.

L'OECD (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014) a tale proposito fa riferimento a beni intangibili "unique and valuable". Gli intangibili di questa categoria, secondo l'OCSE (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014), sono quelli:

- a) Non comparabili con altri intangibles usati dalle (o disponibili alle) parti in transazioni comparabili;
- b) Usati in business operations con l'aspettativa di ottenere guadagni futuri.

La caratteristica distintiva dei beni intangibili, ovvero quella di ammettere un risultato che non è, come sostenuto in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.3), "facilmente traducibile in termini finanziari", ne fa capire quanto sia delicata una loro trattazione.

Generalmente, tutti gli elementi fisici di un'impresa possono essere monetizzati, esistono statuiti criteri per una loro valutazione quantitativa (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.3).

Al contrario, i beni intangibili sono individuati spesso, ma non necessariamente, da elementi di immaterialità (si pensi, ad esempio, alla relazione tra workforces che permette una ottimizzazione dei processi) che non ne permettono una precisa estimazione del valore.

Questa incertezza, tuttavia, non deve essere confusa con la precisione del risultato e la aleatorietà tipica delle procedure. Tutte le procedure estimative, per loro natura, sono infatti

caratterizzate da *alea*. Le assunzioni stesse, a base delle più note teorie valutative, fanno aumentare l'irrisolutezza nelle procedure²⁰.

Tuttavia questa incertezza (non eliminabile) non deve essere confusa con il valore di un bene intangibile: un conto è la procedura estimativa che è caratterizzata da aleatorietà, un conto è non poter definire in modo certo il valore di un bene intangibile.

La difficoltà di attribuire agli intangibles un valore “certo” (tenendo conto che anche per i beni materiali il valore può essere basato su stime e assunzioni) deriva dal fatto che:

- i. non è sempre possibile paragonare l'intangibile con altri beni della stessa natura e alle stesse condizioni di esercizio, per la sua esclusività di sue caratteristiche;
- ii. non sempre è disponibile un riferimento intorno al valore atteso ritraibile, dall'uso o dalla commercializzazione;
- iii. l'unicità non permette una estimazione per comparazione o per mancanza totale di beni simili.

La difficoltà del loro trattamento non inficia in alcun modo l'importanza che questi rivestono all'interno dell'azienda²¹.

Secondo Fusa (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014) i beni intangibili, sono una componente del valore prodotto dall'azienda; il valore d'azienda è essenzialmente composto da due componenti: il capitale strutturale e il capitale intellettuale.

Il capitale intellettuale è composto da:

- a) Capitale umano;
- b) Capitale strutturale;
- c) Capitale relazionale.

Il capitale umano è l'insieme delle caratteristiche individuali apportate dalle singole persone nel proprio lavoro: intelligenza, attitudini positive, affidabilità, prontezza, immaginazione, creatività, manualità, propensione all'impegno nel raggiungere gli obiettivi: una costellazione di elementi che permettono alle aziende di crescere, innovare, restare

²⁰ Si pensi, ad esempio, alle assunzioni delle componenti del rischio Paese (che fino alla crisi sorta nel 2007 veniva abbondantemente sottovalutato) o alla stessa valorizzazione del merito creditizio di una entità commerciale o, infine, della stima di flussi futuri ritraibili.

²¹ Esempio l'affermazione di Fusa (in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.3): “ anche questi beni costituiscono la sostanza del valore dell'impresa”.

competitive sul mercato e fidelizzare, con la qualità dei prodotti, i propri clienti (Lazzarini 2010, p.17).

Il capitale relazionale viene definito da Lazzarini (2010, p.18) come “l’insieme delle relazioni instaurate con gli stakeholder interni ed esterni”.

Questa dimensione del capitale è importante in quanto, secondo l’autore, permette l’ottenimento di dati e di conseguenza, una volta elaborati, originare feedback sull’andamento dell’azienda.

1.1.2 L’importanza dei beni immateriali nella strategia di lungo periodo

Dalle argomentazioni sopra riportate appare chiaro come la componente dei beni intangibili risulti rilevante, se non determinante, per la creazione del valore dell’azienda. Lapidario Lazzarini (2010, p.25) quando afferma che “la creazione di valore è la *condicio sine qua non* per l’esistenza di un’impresa”

Se la creazione ed il mantenimento del valore è condizione necessaria per il perseguimento dell’attività nel medio - lungo periodo, secondo Pozza (Lazzarini 2010, p.26), “la creazione di nuovo valore costituisce un obiettivo la cui realizzazione assicura lo sviluppo e la sopravvivenza nel lungo termine dell’impresa, e ciò nell’interesse di tutta la società civile [oltre che, naturalmente, per i] diretti partecipanti della singola organizzazione”.

Come chiaramente sostenuto da Cremona (Lazzarini, 2010, p. XI) in tempo di crisi finanziaria ed economica, le società che si sono dotate di una forte componente immateriale (particolarmente dal punto di vista qualitativo) hanno incrementato, o quantomeno mantenuto, la visibilità e la reputazione.

In definitiva, è possibile affermare che i beni immateriali, secondo Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.4), sono “sempre di più i protagonisti nella valutazione delle aziende, elementi determinanti per il vantaggio competitivo di moltissime aziende che operano in settori diversi, “fattori critici di successo” che di fatto spesso per importanza sostituiscono impianti tecnici e macchinari (beni materiali)”.

A ribadire la loro importanza a livello strategico – in ottica di lungo periodo – è l’affermazione dirompente di Vicari (in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.244), secondo il

quale, “La capacità di sopravvivenza dell’impresa nel lungo periodo è funzione del tipo di risorse immateriali possedute, identificate come fonti di successo”.

In più, la loro presenza in alcune aziende e quindi la loro influenza in alcuni settori, può creare, anche indirettamente, una barriera all’entrata²² per le potenziali intraprese attività. A rimarcare questa evenienza si riporta una affermazione di Campedelli (in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.244): “I beni intangibili hanno un maggior peso sulle performance d’impresa, sulle sue future possibilità di porsi in competizione con i concorrenti, sulle sue ipotesi di sviluppo”.

Lapidario Campedelli (in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014) nel ribadire l’importanza strategica degli intangibles nel complesso aziendale; gli immateriali possono infatti creare quelle condizioni di sviluppo e mantenimento del vantaggio competitivo che, anche in ambienti volubili, ne permettono quantomeno la sopravvivenza della società.

Diretta conseguente della blindatura (più o meno volontaria, sicuramente rafforzativa della posizione dominante dei partecipanti) del mercato è l’aumento del guadagno ritraibile per le imprese insediate nel mercato e detentrici di intangibles distintivi (a riguardo si veda Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014).

In alcuni casi gli intangibles possono essere astrattamente considerati forze che, con la loro manifestazione, modificano il settore ove la società compete²³. Una analisi SWOT potrebbe captare e valorizzare il cambiamento attivato dopo la loro implementazione o manifestazione.

L’influenza del livello tecnologico e indirettamente il grado di intangibles posseduti, sul mercato di attività è stata spiegata da Nelson (in Malerba 2012) attraverso il concetto di *coevoluzione*²⁴.

²² Una rielaborazione e allargamento del concetto di “influenza dell’ambiente” spiegato da Lazzarini (2010)

²³ Malerba (Malerba 2012) propone alcuni indicatori quantitativi per definire il grado di innovazione del Paese, tra cui il “Commercio internazionale”. Secondo l’autore (Malerba 2012, p.45) “[il] commercio internazionale dei prodotti (settori) ad alta tecnologia (quelli definiti come aventi un elevato rapporto tra R-S e fatturato) forniscono un’indicazione della competitività commerciale dei paesi nei prodotti (settori) in cui l’innovazione e la tecnologia sono un elemento rilevante della competitività”.

²⁴ La coevoluzione secondo Malerba (2012, p.97) consiste nella determinazione del “mutamento congiunto ed interdipendente tra tecnologia, competenze, strategie ed organizzazione di impresa, struttura di mercato, domanda ed istruzioni che ha luogo durante l’evoluzione di un’industria”.

Importante, come esposto in Malerba (2012, p.97) è “la relazione tra tecnologia, innovazione e struttura del mercato”. Lo studio della correlazione tra le tre componenti è sintomatico dell’importanza dell’argomento per le industrie.

L’importanza di intangibles, come ad esempio i brevetti, è inoltre avvertita dalla assunzione degli stessi come metro di paragone per la valutazione del grado di innovazione di un settore²⁵.

Anche in ottica di argomentazione dei paradisi fiscali, gli intangibles, assumono forte rilevanza. La loro rilevazione e successiva valutazione, con riferimento alla sostanza sulla forma, non può essere limitata dalle regole contabili: Amministrazione finanziaria e contribuente debbono essere in grado, ognuno secondo la propria prospettiva, di argomentare scelte e deduzioni.

A tale proposito, i chiarimenti forniti dalla Circolare della Agenzia delle Entrate n.58/E del 15 dicembre 2010, come riportato da Alonzo, Committeri, Pallaria e Scifoni (2013, p.123), puntualizzano che “tenuto conto dell’importanza che i beni immateriali assumono ai fini della valutazione della correttezza dei prezzi di trasferimento... dovrà essere data descrizione anche di eventuali intangibles non iscritti in bilancio. Ci si riferisce, per esempi, al know-how di processo, agli effetti positivi generali delle sinergie, agli effetti positivi di network e così via”.

Le caratteristiche degli intangibles, nonché la loro rilevanza per l’ambiente esterno ovvero per il mercato di riferimento, delinea inequivocabilmente il tessuto competitivo, e socioeconomico, e influenza la dinamica interna di sviluppo dell’impresa (passando in taluni casi da una dimensione piccola ad una dimensione di media impresa).

Secondo Compagno (2003), i fattori di matrice aziendale atti alla sua evoluzione, sono suddivisibili in interni ed esterni; i fattori interni sono, ad esempio²⁶, l’accrescimento delle combinazioni produttive, la rilevanza delle risorse umane e la capacità innovativa coltivata all’interno del tessuto aziendale, con la commistione degli assets materiali e immateriali a disposizione.

²⁵ A riguardo Malerba (Malerba 2012, p.43) considera la spesa in ricerca e sviluppo come indicatore dello “sforzo innovativo delle imprese”.

²⁶ Per approfondimenti si veda la figura 2.2 in Compagno (2003, p.34) che raffigura la dinamica dell’evoluzione dell’impresa: da un lato considera i fattori di matrice familiare, dall’altro i fattori di matrice aziendale.

I fattori esterni influenzanti la dinamica dell'evoluzione aziendale, sono, ad esempio²⁷, le caratteristiche normative e del livello di skills del mercato del lavoro, il livello competitivo²⁸ ed infine, il contesto socio-economico²⁹ nel quale si opera.

Particolarmente rilevante è la variabile interna “capacità innovativa”: secondo Compagno (2003, p.36) “si esprime nella ricerca di soluzioni organizzative e tecnologiche di processo, di prodotto, come risposta strategica a specifici problemi che derivano dall'interazione con l'ambiente di riferimento”.

Le variabili esterne sono naturalmente connesse in modo diretto o indiretto alle variabili interne, delle quali contribuiscono a definire le caratteristiche e i profili critici (Compagno 2003, p.36). Quindi è possibile asserire che lo sviluppo dell'impresa è determinato dalla concatenazione delle variabili (interne caratterizzanti l'intrapresa attività, ed esterne qualificanti il tessuto nel quale si opera) e il risultato ottenuto è l'insieme delle spinte derivanti da eterogenee elementi che si innestano nella business idea (Norman 1977) e i processi di apprendimento.

1.2 La valutazione dei beni intangibili: caratteristiche distintive e valore normale di mercato

La gestione e la valutazione dei prezzi di trasferimento, dal punto di vista economico-aziendale, ha l'obiettivo di determinare, in una struttura articolata e complessa, quale è tipicamente quella delle multinazionali, i valori delle transazioni intradivisionali o intrasocietarie e, quindi, i risultati gestionali attribuiti alle singole divisioni o società, senza (o prima) che gli stessi subiscano interferenze di altra natura (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1357).

Secondo Ditillo e Meloni (si vedano Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1357) l'importanza dei transfer prices deriva dal “ruolo che i prezzi di trasferimento ricoprono nell'assegnazione degli obiettivi e nel riconoscimento del grado di autonomia alle diverse unità operative dell'impresa”.

²⁷ Fattori descritti nella figura 2.2, *ibidem*.

²⁸ Determinato secondo le forze di Porter (Compagno 2003).

²⁹ Secondo Grandinetti (Compagno 2003, p.36) “la forte simbiosi con l'ambiente determina una co-evoluzione tra impresa e comunità sociale favorendo l'insorgere di fenomeni di localismo economico e di imprenditorialità di sistema”.

Gli autori si concentrano più sull'aspetto amministrativo che sul significato naturale, quindi contabile, dei prezzi di trasferimento. Ditillo e Meloni (si vedano Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1357) invero parlano degli “effetti che le politiche adottate producono sul processo di valutazione delle prestazioni delle unità operative d'impresa... [asserendo che] i prezzi di trasferimento non dovrebbero incidere sulla corretta rappresentazione delle performance delle unità, né distorcere, sopravvalutando o sottovalutando, il risultato delle unità operative”.

La neutralità del transfer pricing, magnificata nelle affermazioni sopra riportate, dovrebbe traspirare nella neutralità del meccanismo di valutazione rispetto al risultato contabile dell'unità di business, ovvero confermandosi mero strumento di valutazione delle decisioni promosse del management in ottica strategica³⁰.

Il prezzo di trasferimento dovrebbe teoricamente essere concepito come indicatore del valore da attribuire ad una operazione – portata a termine secondo le regole di mercato – e parallelamente come strumento per la annotazione contabile dell'iniziativa stessa.

L'aderenza del valore dell'intangibile alla realtà economica non è rilevante solo ai fini della previsione della singola operazione, ma anche ai fini della definizione del valore creato dall'impresa³¹.

I beni immateriali plusvalenti possono infatti far perdurare il loro valore nel tempo, influenzando il globale valore della impresa multinazionale. L'importanza di un tale aspetto ed il fatto che spesso questo plusvalore non viene catturato dalla contabilità, fa sì che, in sede di valutazione d'azienda, si debbano considerare anche assets immateriali fuori bilancio³².

Nondimeno, il metodo del transfer pricing, dovrebbe servire ad una eventuale estimazione del merito dell'operazione. Il criterio della cd. convenienza economica dovrebbe infatti servire al board per la valutazione preventiva dell'investimento e conseguentemente,

³⁰ Specificatamente, ci si riferisce alla neutralità del procedimento di valutazione sulla componente fiscale della MNE: la valutazione dovrebbe solamente decretare la corretta valorizzazione del bene (o complesso di beni) oggetto del trasferimento, non insinuandosi nella pianificazione fiscale a fini di evasione tributaria.

³¹ Si fa riferimento al Risultato Economico Integrato (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.8 con mie modifiche), definito come segue:

$$REI = E + BI + PL$$

Dove,

E = reddito contabile normalizzato;

BI = variazione del valore dei beni immateriali

PL = variazione delle plusvalenze e delle minusvalenze (fuori bilancio) relative agli intangibles, ai crediti e ai debiti.

³² Si veda Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014

per il controllo dell'operato del management. L'aderenza alla normative del transfer pricing permette infatti di conoscere, anche in anticipo, gli elementi della gestione e la loro singola valutazione. L'adozione della disciplina comporta infatti l'adozione di documentazione (anche secondo la disciplina doganale³³) che si sviluppa con la successiva valutazione strategico-economica delle singole componenti.

La preventiva individuazione dei beni immateriali (compravenduti) ha permesso di accennare ad alcuni aspetti riguardanti la valutazione degli stessi e il loro trattamento dal punto di vista contabile. Tuttavia, l'importanza della individuazione del corretto valore, che si ripercuote come è ormai evidente, sulla sfera contabile e fiscale dell'intero gruppo, obbliga ad affrontare l'argomento in modo più incisivo e puntuale.

Significativo (e chiaramente intuibile) è inoltre l'interesse della Amministrazione finanziaria per i corrispettivi pattuiti tra le imprese infragruppo: il focus della indagine è quello di verificare se è stata sottratta materia imponibile attraverso l'uso di norme cd. elusive (si vedano Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014).

L'importanza della valutazione dei singoli beni intangibili, comprese le sinergie di gruppo³⁴, è ampiamente spiegata in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014) anche in ottica della sola valutazione delle imprese³⁵, ovvero, a prescindere della singola operazione.

Nonostante il tessuto imprenditoriale italiano sia costituito principalmente da imprese di dimensione medio piccole, e addirittura a dimensione familiare³⁶, e che quindi la detenzione e lo scambio di intangibles e la conseguente loro valutazione possa passare in secondo piano, nell'ottica politico-strategica dell'impresa (e di un suo futuro sviluppo in un tessuto sensibilmente labile), – anche per i soli obblighi normativi – è attività che deve essere affrontata³⁷.

³³ Si veda a riguardo Ferroni, Mayr, Santacroce (2014).

³⁴ A riguardo, Ditillo e Meloni (si vedano Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1358) lapidari nel sostenere che “sulla base delle argomentazioni proposte, l'autore (Dearden, N.d.R.) ritenga che non sia né praticabile né desiderabile che le unità operative trattino completamente come se fossero due imprese indipendenti”.

Questo per la perdita degli effetti delle sinergie infragruppo, spesso determinanti.

³⁵ Si pensi, ad esempio, all'importanza della corretta valutazione in ottica della cessione del singolo assets, di ramo d'azienda o dell'intero corpo.

³⁶ Come asserito da Compagno (2003, p.31) “la PMI familiare rappresenta la forma d'impresa maggiormente diffusa nei diversi Paesi”.

Con riferimento alla rilevanza di tali tipologie di imprese, Compagno (2003), fornisce una tabella che delinea il peso di tali tipologie di imprese sul totale delle realtà produttive; secondo l'autore, le imprese familiari pesano per circa l'80% del totale (si veda Compagno 2003).

³⁷ Si fa riferimento agli obiettivi di pianificazione fiscale di gruppo, che la holding pone in essere per rendere efficiente l'area fiscale.

Anche se spinta dalle sole operazioni straordinarie³⁸, la valorizzazione degli intangibles, deve essere eseguita nel pieno rispetto dei dettami OCSE³⁹ e della normativa interna (transfer pricing regolamentato nel Testo unico delle imposte sui redditi).

Le primarie finalità consideranti movente della valutazione degli intangibles sono (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.7):

- Valutare la performance economica di un'azienda (risultato economico di periodo);
- Ottenere una completa base informativa (economica - patrimoniale) nella valutazione dell'azienda;
- Adempiere a specifiche richieste dei principi contabili internazionali (IAS/IFRS) nella redazione del bilancio;
- Fornire un'informazione volontaria;
- Nelle Consulenze Tecniche d'Ufficio volte a dirimere controversie sul "valore" in sede giudiziaria;
- Predisporre un valido supporto per definire la formazione del prezzo di un bene intangibile oggetto di una transazione.

Dal punto di vista essenzialmente economico, la valutazione del bene oggetto di scambio, si può concepire come la determinazione del prezzo di equilibrio determinatosi con la mediazione⁴⁰ delle parti coinvolte nella cessione stessa.

Si fa esplicito riferimento al prezzo di equilibrio in mercato caratterizzato da struttura di libera concorrenza.

Per rispettare il principio cardine della intera normativa, l'ottica da adottare secondo Musselli e Musselli (2009), è quella del cedente e del cessionario.

³⁸ Il D.L. 29 novembre 2008, n. 185, ad esempio, concede, come asserito da Iori (2014, p.112), "alle imprese conferitarie la possibilità di ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori derivanti dall'effettuazione di operazioni straordinarie (conferimento, fusione e scissione) mediante il versamento di un'imposta sostitutiva".

In particolare, per quanto riguarda l'operazione di fusione, si faccia riferimento al rapporto di cambio, determinato, come asserito da Presti e Rescigno (2014), con la contrattazione tra le parti e non solamente attraverso la cruda traduzione dei rapporti tra i patrimoni delle società coinvolte nella operazione. La contrattazione, come asserito da Presti e Rescigno (2014, p.349) deriva dalle "rispettive prospettive reddituali e al loro posizionamento sul mercato".

³⁹ Considerato attore principale in ambito di fiscalità internazionale da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014.

⁴⁰ Tenendo evidentemente conto dalla teoria dell'agenzia (si vedano Costa, Gubitta 2008) quale componente del processo decisionale in condizioni di normalità (imprese uncontrolled).

Come ben specificato da Musselli e Musselli (2009, p.168), “Per il cedente va considerato a quale prezzo un’impresa indipendente cederebbe il bene; [per] il cessionario... invece [il prezzo che garantisce al] nuovo investimento un ragionevole ritorno rispetto a soluzioni alternative”.

Gli intangibili, per essere valutabili e quindi rientranti in operazioni di scambio fiscalmente rilevanti, debbono possedere determinate caratteristiche.

Secondo Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014) essi devono:

1. Originare da costi;
2. Essere trasferibili;
3. Originare benefici economici valutabili.

I beni immateriali possono pertanto avere un valore autonomo patrimoniale solo quando sono effettivamente estraibili dall’azienda cui appartengono o, in alternativa, quando rimangono in azienda producendo una redditività adeguata in relazione al correlato investimento (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.14).

Individuati i beni oggetto dello scambio – solamente quelli meritevoli di valutazione, ovvero rispettanti le caratteristiche su riportate – step successivo è la loro ottimizzazione al prezzo di equilibrio; il prezzo deve essere pertanto verosimilmente aderente al prezzo che si ottiene dalla doppia prospettiva cedente – cessionario, in condizione di concorrenza, per operazioni confrontabili.

La doppia prospettiva altro non è che il prezzo at arm’s length principle così come inteso e richiesto dalle guidelines OCSE⁴¹.

Principio cardine da seguire per la valutazione delle operazioni è il principio di libera concorrenza; il prezzo di riferimento⁴² sarà quello risultante da una transazione comparabile, tra parti indipendenti.

Il prezzo di trasferimento, tra parti collegate, potrebbe infatti non riflettere le condizioni di mercato. Come concluso in Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1342, questa disuguaglianza è spiegabile dalla “[mancanza di] una contrapposizione di interessi tra le due parti”.

⁴¹OECD, Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014

⁴²Così come esplicito nelle Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014 (p.29).

Gli scambi infragruppo possono infatti rispecchiare interessi naturalmente comuni; in fase di valutazione, gli interessi collegiali, non possono tuttavia essere in alcun modo prevalenti rispetto a quelli delle singole parti coinvolte nella transazione.

Anche se il prezzo risulta essere formalmente corretto rispetto alla stipulazione, si deroga al principio generale, come specificato in Falsitta (2014, p.73), “secondo cui nelle transazioni commerciali ciò che rileva è il corrispettivo pattuito fra le parti a prescindere dal prezzo sul libero mercato dei beni o servizi scambiati”.

La valorizzazione delle transazioni, ancorché queste avvengano tra imprese dello stesso gruppo e per questo influenzate dagli obiettivi comuni, deve infatti, per direttive OECD⁴³, rispettare il principio della libera concorrenza (il cosiddetto arm's length principle).

Questo si traduce banalmente nel rispetto di quella indipendenza e se vogliamo, naturale aleatorietà, che caratterizza una compravendita di beni immobili (o indifferentemente, mobili o di servizi) tra parti prive di imposizioni derivante dal medesimo controllo.

Per “valore normale” si intende, per converso, il valore al quale parti indipendenti accetterebbero di scambiarsi gli stessi beni o gli stessi servizi o di assumere gli stessi comportamenti ed accetterebbero di farlo alle medesime condizioni economiche (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini, 2014b, p.1342).

Una inconfutabile definizione di valore normale, riportata nel Falsitta (2014, p.73), è quella derivante dal richiamato comma 3 dell'articolo 9 del TUIR il quale prevede che: “per valore normale... si intende il prezzo o il corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stato di commercializzazione, nel tempo e nello luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi”.

Il prezzo così determinato verrà assunto come riferimento per valutare se il prezzo pattuito dalle parti (soggetti della compravendita) nelle operazioni tra parti collegate⁴⁴ (oggetto d'indagine), sia simile a quello cd. normale, ovvero, teoricamente ricavabile da operazioni svolte in condizione di libera concorrenza, caratterizzate da stesse condizioni economico-commerciali, tra società indipendenti⁴⁵.

⁴³ Cfr. OECD, Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014.

⁴⁴ Per la individuazione delle imprese collegate e controllate si fa riferimento all'art. 2359 del Codice Civile.

⁴⁵ OECD con le disposizioni segnate nelle Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles (2014).

Pertanto, quando il prezzo tra imprese associate non è allineato al principio di libera concorrenza, lo stesso potrà essere rettificato da parte dell'Amministrazione finanziaria (Mayr, Santacroce 2014, p.7).

Il valore normale ha quindi una duplice valenza:

1. Per il contribuente, valorizzare correttamente lo scambio effettuato, e quindi, attenendosi alla normativa, definire un range entro il quale muovere le proprie scelte;
2. All'Amministrazione per poter giudicare adeguata una operazione intercompany, ovvero, inficiata dagli interessi derivanti dall'appartenenza al medesimo gruppo (quindi spinto da interessi comuni).

L'OCED fa riferimento alla analisi di comparazione⁴⁶ tra le condizioni a cui le imprese devono sottostare alla luce degli accordi (legati alla forma societaria e agli accordi pattuiti nel caso oggetto) e la astratta condizione di libera concorrenza.

È evidente, oltretutto indubbio, come la condizione di libera concorrenza⁴⁷ sia meramente teorica. Nonostante ci si riferisca ad una pura condizione teorica, da un lato, si possono creare le condizioni perché lo stato si verifichi o comunque ci si avvicini alle condizioni idealizzate, dall'altro, le stesse condizioni siano utilizzate quali riferimenti per la comparazione della operazione.

Seguendo certune indicazioni dettate dall'OCSE, sarà tuttavia possibile valutare se l'operazione in esame rispetti le condizioni minime ritrovabili in condizioni di mercato libero.

Nelle Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles (2014) dell'OECD, sono riportate le indicazioni basilari per decretare se le condizioni caratterizzanti la transazione in esame, ricalchino quelle teoriche qualificanti la libera concorrenza. Tale verifica andrà eseguita caso per caso, in quanto, ogni situazione è contraddistinta da salienti distintive tipicità.

Le stesse verranno utilizzate nell'analisi funzionale (così come predisposto dall'OCSE⁴⁸).

⁴⁶ Come delineate dall'OECD nella Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014.

⁴⁷ L'OCSE fa riferimento ad un ipotetico accordo tra parti indipendenti (vedere a riguardo la Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014)

⁴⁸ Vedere pagina 28 delle Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014.

La comparazione delle condizioni è imprescindibile per valutare se le scelte adottate siano attinenti allo stato concettuale di libero mercato (*arm's length conditions*). In ogni caso sia per le operazioni che coinvolgono soggetti indipendenti sia per quelle attuate da soggetti appartenenti ad uno stesso gruppo, il problema fiscale consiste quindi nella dimostrazione dell'economicità dell'operazione e/o del suo valore normale (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.62).

Le indicazioni fornite, capisaldi della analisi, aiutano la individuazione dell'*arm's length principle*.

Queste sono:

- i. L'identificazione dello specifico intangibile;
- ii. La formale proprietà dell'intangibile;
- iii. I contributi del gruppo multinazionale allo sviluppo, mantenimento, crescita, protezione e esplorazione dell'immateriale;
- iv. La natura della transazione controllata cui l'intangibile fa parte, incluso come la transazione crea valore.

Sostanzialmente si deve verificare se l'accordo concluso tra le parti, in operazioni tra parti controllate⁴⁹, rispetti quei requisiti minimi che sarebbero riscontrabili in una transazione tra parti non controllate, in condizione di libera concorrenza.

Da definire inoltre, per valutare la compravendita *intercompany* (Musselli e Musselli 2009):

- v. l'apporto del singolo partecipante;
- vi. l'eventuali sussidi governativi.

Nella valutazione dell'apporto del singolo partecipante, si dovrà oltre a ciò stabilire se – ed eventualmente in che misura – esistano accordi o regole predeterminate che andrebbero ad inficiare l'autonomia decisionale delle controparti.

La valutazione degli apporti andrà effettuata al costo o a valori attuali, di mercato.

In condizioni normali, ogni partecipante stimerà il valore atteso dei benefici dell'operazione: ad una valutazione circa il guadagno attuale di flussi futuri corrisponderà una

⁴⁹ Si fa riferimento a imprese controllate o collegate secondo la definizione dell'art. 2359 del Codice Civile.

presa di decisione del management: la scelta consisterà nella adozione dell'operazione o al contrario, nel rifiuto verso l'implementazione dell'iniziativa.

A livello teorico, il guadagno potenziale potrà arrivare:

- a) da un incremento dei ricavi, dovuti alla corretta strategia e politica aziendale, o
- b) da un risparmio di costo, sintomatico dell'incremento dell'efficienza nelle operations.

Appare chiaro come tutte le considerazioni sopra riportate siano basate su assunzioni e principi, che approssimativamente, sembrano avere una rilevanza più a livello teorico che pratico. Ciò non può essere considerato corretto: come tutti i principi, anche quelli riportati, sono caratterizzati da un certo grado di incertezza, ma ciò non preclude che – nonostante si possano riscontrare difficoltà o non uniformità di applicazione⁵⁰ – questi possano, anzi debbano, essere implementati all'occorrenza.

Si capisce quindi che la trattazione della normativa dovrà essere portata a termine solamente e imprescindibilmente attraverso l'adattamento della stessa al singolo caso.

Nonostante questo possa sembrare limitativo, soprattutto nella fase di implementazione (livello della pianificazione definibile "operativo"), per la trattazione degli argomenti risulta fondamentale avere principi assumibili come roccaforti dell'analisi⁵¹.

La valutazione delle scelte aziendali da parte delle Amministrazioni avviene sempre caso per caso; i principi richiamati saranno utilizzati per definire lo stato teorico e attraverso le prove validamente raccolte, accertati i maggiori redditi sottratti a tassazione.

Una volta definito lo stato concettuale, le considerazioni sulle scelte effettuate dalle imprese del gruppo saranno basate sulla verifica della aderenza ai principi teorici individuati.

Operativamente, la quotazione al valore normale, secondo Falsitta (2014, p.73), richiamando il comma 3 dell'articolo 9, TUIR, può avvenire attraverso il ricorso "ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso".

⁵⁰ Si avrà modo di appurare come, per la medesima materia, ci siano sentenze della Corte che, prendendo strade divergenti, portano a trattare l'argomento in modo differente. La divergenza potrà nascere principalmente dalla peculiarità dei singoli casi, per questo l'adattamento della normativa appare imperativo.

⁵¹ Lo stesso organismo OECD sostiene che le indicazioni servono ad indirizzare (e quindi regolare) la materia del transfer pricing (OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014).

Si ha quindi un'idea di come, anche attraverso l'uso di semplici escamotage, possa essere ricercato il prezzo normale per beni o servizi liberamente commercializzati, quando le parti contraenti sono tra loro indipendenti.

Le guidelines OCSE (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014), specificano inequivocabilmente che per le imprese multinazionali, le specifiche delle transazioni, definite da contratti formali, devono essere assunti secondo il principio di libera concorrenza (arm's length principle).

La definizione delle specifiche contrattuali riguarda, oltre che il prezzo al quale avviene lo scambio dei beni e servizi (oggetto del contratto), anche delle altre condizioni che nondimeno sono determinanti la transazione: una loro individuazione e qualificazione è infatti indispensabile per definire lo stato di libera concorrenza.

La definizione dell'insieme delle condizioni contrattuali è imprescindibile in fase di comparazione delle transazioni. In analisi funzionale, di identificazione dei rischi e della determinazione degli assets utilizzati, la determinazione della variabili è imprescindibile per la corretta definizione della fattispecie⁵².

In sede di accertamento, l'Amministrazione, valuterà perciò tutte le condizioni alle quali il contribuente sottostà per la compravendita (o lo scambio a qualsiasi titolo) del bene o servizio.

La definizione della totalità delle condizioni permette, tanto al contribuente quanto all'Amministrazione, di individuare la negoziazione, identificare, nello specifico, la qualità dell'intangibile, e quindi delineare se il principio arm's length è rispettato.

La definizione del contratto, in quanto formalmente vincolante per le parti e identificante le condizioni della compravendita dell'oggetto dello scambio, appare fondamentale nell'analisi di transfer pricing: la definizione formale delle condizioni – per quanto possibile rispetto ai presupposti dell'accordo –, è rassicurante circa le obbligazioni assunte (in quanto vincolanti dal punto di vista legale e quindi meritevoli di protezioni per le parti che si assumono il rischio) e identificativo dell'intero atto di compravendita.

La definizione delle condizioni dello scambio permette di valutare, alle condizioni di libera concorrenza, se una delle due parti abbisogna di una compensazione per rischi assunti,

⁵² Si veda OECD, Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014.

funzioni svolte o assets messi a disposizione (a riguardo si veda il vincolo segnato dall'OECD nelle *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014*, p.53).

Le condizioni di mercato, spesso chiarificatrici dell'intero atto di cessione, permettono di identificare se, per le condizioni poste in essere, una parte (soggetto dell'accordo) deve essere compensata per una manchevolezza volontaria dell'operazione di scambio tra parti vincolate (ovvero società del gruppo vincolate da rapporto di collegamento o controllo, secondo la definizione del Codice Civile).

Come chiarito dallo stesso OCSE nelle *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, (2014), in condizioni di libero mercato, infatti, il prezzo pagato all'esecuzione dell'operazione indagata, riflette rischi, assets e funzioni ed è quindi determinato dall'equilibrio degli interessi delle parti (che incanalano tutte le altre variabili, oltre quelle riportate, ritenute fondamentali per i soggetti giuridici coinvolti nel trasferimento).

Alla luce di quanto riportato, appare evidente che le condizioni di mercato possono riflettere premesse diverse da quelle contrattualmente previste dalle parti.

La differenza è sintomatica del rapporto di controllo tra le società: il vincolo giuridico tra le società (Holding e società del gruppo), come già evidenziato, consente alle parti di definire, proprio per il potere di controllo, condizioni e specificità alle quali, in condizioni di libero mercato per la stessa operazione, ma svolta da parti indipendenti, non si sarebbe mai approdati.

L'equilibrio degli interessi è infatti promotore del prezzo di mercato. Interessi delle singole società che, per il conseguimento del beneficio complessivo del gruppo di appartenenza, vengono alle volte posti in secondo piano. Ciò comporta un appiattimento delle singole richieste, tra l'altro visualizzabili nell'accordo e quindi determinabili, verso il beneficio collettivo del soggetto capogruppo, detentore del potere di controllo.

In tale ottica, la compensazione (arm's length compensation, nella *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014*, un approfondimento a pag.53) per le condizioni stipulate è indispensabile; solo attraverso una redistribuzione dei benefici si assicura il rispetto della libera concorrenza nel mercato.

Secondo le indicazioni OCSE (*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014*, p.53), per effettuare una valutazione ed eventuale compensazione nel rispetto dei dettami della libera concorrenza, è necessario considerare:

- i. il livello e la natura dell'attività sottoscritta;
- ii. la modalità e la quantità della compensazione.

Secondo le indicazioni dell'OCSE (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014), l'adeguatezza della compensazione deve essere valutata con riferimento al principio della libera concorrenza.

In sostanza, deve essere determinato se la compensazione, con la forma e la misura adottata dalle parti, sia comparabile con una teorica compensazione, che si sarebbe adottata se la medesima transazione fosse avvenuta tra parti indipendenti, nelle medesime condizioni commerciali.

Considerabile quasi come un modello di analisi è l'applicazione della compensazione, come suggerita dall'OECD (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014, p.54), nella distribuzione commerciale.

L'influente riflessione cui si fa riferimento nella guida OCSE è la applicazione della compensazione in ambito della distribuzione commerciale, ovvero delineante il rapporto tra due parti collegate (nel senso ampio del termine e nel rispetto dell'art.2359, c.c.) che esercitano una l'attività di produzione e l'altra la conseguente attività commerciale di distribuzione. Si fa quindi riferimento alla compensazione ricorrente tra produttore e distributore per l'attività effettivamente svolta in ambito di scambio commerciale.

Secondo l'OCSE (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014), deve essere svolta la ponderazione con riferimento al rapporto commerciale tra produttore e distributore: essendo parti collegate, quindi affette da possibili influenze derivanti dalla supremazia degli interessi di gruppo, la compensazione si riferisce alla corresponsione dovuta per l'effettiva attività svolta dalle parti.

Per la veritiera analisi della condizione riscontrabili tra le parti di un medesimo rapporto commerciale, si deve far riferimento alla dicotomia esistente nella prassi della distribuzione. La compensazione deve riferirsi alla nota concatenazione tra funzioni (realmente) svolte, assets utilizzati e rischi (calcolati e/o) sopportati: ciò ne determina il reale posizionamento all'interno della filiera e conseguentemente l'aspettativa di un livello di compensazione adeguato.

Le due condizioni possibili sono (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014, p.54):

- A. il distributore viene compensato solo per l'attività di promozione e di distribuzione;
- B. il distributore viene compensato parimenti per l'incremento o la pura creazione di valore per il trademark o altri intangibili, in virtù dei rischi assunti, delle funzioni svolte o degli assets implementati.

Secondo quanto riportato, dovranno quindi essere valutati (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014, p.54):

1. le obbligazioni e i diritti assunti nella registrazione legale e negli accordi tra le parti;
2. le funzioni implementate, i rischi assunti e gli assets impiegati;
3. il valore degli intangibili creati nella relazione produttore/distributore;
4. la compensazione prevista per l'attività svolta dalle parti (produttore e distributore), tenendo conto dei rischi assunti, gli assets utilizzati e le funzioni svolte.

Sostanzialmente chiaro è il caso esposto nella guideline OCSE (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014) che vede il distributore come agente.

Caso 1: Distributore come agente.

Secondo quanto stabilito, il distributore viene rimborsato unicamente per la sua attività di mediatore. Il distributore viene compensato per la gestione delle attività derivanti dalla proprietà del trademark o di altri marketing intangibles. Essenzialmente il distributore consegue spese per l'attività di promozione.

In questo caso il mediatore è titolato ad ottenere la sola remunerazione dell'attività di agenzia.

Il distributore come specificato nella guideline OCSE (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014), non supporta o controlla rischi associati allo sviluppo del trademark o di altri intangibles e pertanto non è legittimato all'ottenimento di altre compensazioni.

Altro caso riportato nella guideline citata è quello del distributore che sopporta altri rischi, utilizza altri assets per lo svolgimento di altre funzioni, spesso correlate alla principale.

Caso 2: Distributore che svolge altre funzioni aggiuntive.

Quando il distributore sopporta altri costi per attività di marketing, come specificato dall'OECD (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014, p.54), "the analysis should focus on the extent to which the distributor is able to share in the potential benefits

deriving from its functions performed, assets used, and risk assumed currently or in the future”.

L'esempio riportato suggerisce un distributore che ottiene benefici dallo svolgimento delle funzioni svolte, gli assets impiegati e i rischi assunti per lo sviluppo del trademark o di altri marketing intangibles.

In una simile situazione, quando cioè c'è un coinvolgimento della parte nella creazione di valore, deve essere posta in essere la verifica del rispetto dei principi derivanti dallo stato teorico di libera concorrenza (verifica concretizzata come spiegato in precedenza).

In una operazione comparabile, come chiaramente specificato nelle *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles* (2014), il mediatore richiederebbe una remunerazione aggiuntiva per le ulteriori funzioni svolte, gli assets eventualmente utilizzati e i consequenziali rischi assunti.

L'OECD detta delle espressioni, che per di più possono essere facilmente implementabili, per ottenere la compensazione richiesta. Le soluzioni adottabili sono (*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles* 2014, p.55):

- a) maggiori profitti distribuiti conseguenti alla riduzione dei prezzi di acquisto;
- b) diminuzione della royalty rate pagata per l'utilizzo degli intangibles;
- c) la divisione dei profitti conseguiti.

Le su riportate formule risolutive derivano dalla compensazione necessaria per equilibrare l'incremento del valore del trademark o degli altri intangibles, così da compensare le funzioni aggiuntive, gli assets e i consequenziali rischi.

Esempio: distribuzione commerciale e funzioni svolte dal distributore

Si riporta un semplice esempio numerico in grado di chiarire come l'attività aggiuntiva possa modificare i margini e i profitti per il distributore (l'esempio è tratto dalla review dell'OECD 2010⁵³, con mie modifiche).

Si ipotizzano due casi:

⁵³ Esempio riportato nell'Annex I to Chapter II per il Transactional net margin method.

Si utilizza questo semplice esempio perché in grado di individuare i movimenti dei margini e conseguentemente della redditività.

Caso 1: il distributore esegue solo funzioni limitate di marketing necessarie per lo più a favorire l'attività di vendita (agisce come un semplice intermediario);

Caso 2: il distributore implementa una rilevante attività di marketing che favorisce l'aumento del valore dell'intangibile.

	Caso 1		Caso 2		Δ
	€	%	€	%	
Ricavi di Vendita	1000		1000		
Prezzo di acquisto dal manufacturer considerando l'attività di marketing svolta.	600		480		- 120
GROSS MARGIN	400	40%	520	52%	12%
Spese di Marketing	50		150		+ 100
Altre spese (overheads)	300		300		
NET PROFIT MARGIN	50	5%	70	7%	2%

Annotazioni all'esempio:

- i Ricavi di Vendita si presumono ottenuti vendendo lo stesso volume di prodotti, allo stesso prezzo;
- la differenza nel prezzo di acquisto dei prodotti (120) deve riportarsi alla discrepanza dell'attività di marketing somministrata dal distributore nei due differenti casi;
- la differenza nelle spese di marketing (100) va fatta risalire alla differenza nell'attività implementata nei due casi: si tiene perciò conto della complessità della stessa e dell'effetto che questa ha sul valore dell'intangibile (ne incrementa il valore).

Alcune semplici considerazioni possono far apprezzare l'esempio riportato.

La differenza della qualità nell'attività di Marketing servita (ci si riferisce alla complessità e all'importanza per il valore dell'intangibile), che si rispecchia sulle spese sostenute dal distributore (+ 100), permettono di ottenere un risparmio nell'acquisto dei prodotti dal produttore (- 120). Ciò consente di ottenere un risparmio di costo (20) che permette al distributore di aumentare il margine di profitto.

Una breve considerazione sui due metodi utilizzati per calcolare i margini. Il rischio di errore, nel caso in esame, è superiore per il gross margin method (120) rispetto al net margin

method (20)⁵⁴, quindi in generale, considerando la differenza nella struttura dei costi e i ricavi, il net profit margin method può essere meno sensibile rispetto al gross margin method nel captare le differenze nella complessità e nell'estensione della funzione.

1.3 I soggetti delle transazioni

Per esaminare i soggetti che vengono coinvolti in pratiche di commercio internazionale (attraverso qualsiasi attività, ovvero, siano essi produttori o distributori) bisogna necessariamente richiamare la disciplina del transfer pricing.

Anche volendo non entrare in modo minuzioso nel cuore della disciplina, un richiamo alla normativa italiana e ai principi OCSE, è quanto mai indispensabile per definire chi, tra i soggetti che eseguono scambi internazionali, è toccato veementemente dalle disposizioni di legge.

Dapprincipio si andrà sinteticamente ad enucleare la normativa italiana e successivamente quella dell'OCSE. Scopo prioritario di questa parte del capitolo è quello evidenziare i soggetti normalmente coinvolti dalle disposizioni e dai controlli di regolarità.

In generale, come chiarito da Musselli e Musselli (2009, p.58), “la disciplina del transfer pricing ex art. 110, D.P.R. 917/86 si applica alle transazioni che intervengono tra un'impresa soggetta alle norme del D.P.R. 917/86 e una società non residente che la controlla o ne è controllata ovvero alle transazioni che intervengono tra le stesse entità quando entrambe sono controllate da una terza società”.

La circolare ministeriale 9/2267 del 1980 sottolinea che la nozione di impresa va ricercata in ambito civilistico, quale attività economica organizzata al fine della produzione o scambio di beni o servizi: l'imprenditore non è qualificato dalla forma giuridica ma solo dall'attività svolta (Musselli, Musselli 2009, p.59).

Volendo esplicitare i fondamenti del soggetto economico impresa, che è assoggettato alla disciplina, l'articolo 110, comma 7, del D.P.R. 917/86, le identifica come società produttrici di reddito, i quali sono “derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa”.

⁵⁴ Gross margin method: la differenza tra i due casi è $120 = (52\% - 40\%)*1000$.
Net margin method: la differenza tra i due casi è di $20 = (7\% - 5\%)*1000$.

I soggetti interessati dalla disciplina del transfer pricing possono essere distinti in due macro categorie: le imprese residenti nello Stato italiano e le imprese non residenti che esercitano attività imprenditoriale nello Stato.

Della prima categoria – le imprese residenti nello Stato italiano – fanno parte tutte le imprese residenti che svolgono attività imprenditoriale nel territorio dello Stato e le imprese residenti che alternativamente o congiuntamente (si veda lo schema n. 11 di Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013):

- a) controlli, anche indirettamente, una società estera, sia da quest'ultima controllata ovvero facciano parte dello stesso gruppo (esercitino attività sotto la direzione e il controllo di una holding)⁵⁵;
- b) il cui patrimonio sia partecipato da soggetti esteri ovvero partecipi al patrimonio di società non residente.

Per quanto riguarda la seconda categoria in esame – imprese non residenti che esercitano attività imprenditoriale nello Stato –, sono soggetti coinvolti le imprese non residenti che esercitano una propria attività imprenditoriale nel territorio dello Stato, attraverso una stabile organizzazione.

1.3.1 Gruppi di società e controllo

Soggetti coinvolti nelle operazioni di transfer pricing sono, prioritariamente⁵⁶, i gruppi di società. Si fa quindi riferimento ad aggregati di imprese, gruppi, in cui prevale la c.d. direzione unitaria.

L'attenzione a queste forme commerciali muove dal fatto che con l'evoluzione dei mercati, la loro natura sempre più globale e la rimozione di ostacoli normativi, si è potuto con maggior facilità agire in differenti mercati floridi (in via di espansione, economicamente attrattivi o comunque strategicamente interessanti) ove stabilire il proprio business, incrementando la potenzialità dei benefici raggiungibili.

⁵⁵ Art. 110, comma 7 TUIR.

⁵⁶ Come sostenuto in Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni (2013, p.59) "la crescente liberalizzazione dei mercati economico-finanziari ha comportato una diffusa tendenza all'internazionalizzazione delle attività imprenditoriali e dei servizi, anche finanziari... [questo] ha agevolato la proliferazione di transazioni commerciali internazionali e la possibilità per le imprese... di articolarsi in strutture ubicate in varie Nazioni... che certamente soggiacciono ad una unitaria strategia gestionale: i cd. "gruppi multinazionali".

Negli ultimi decenni, infatti, le multinazionali, nell'elaborazione delle proprie strategie, sono state influenzate, da un lato, dal progresso tecnologico che ha rimosso gli ostacoli alla circolazione di persone, beni e servizi e, dall'altro, dalla modernizzazione dei sistemi fiscali, con una crescente interrelazione tra i sistemi stessi e competizione mossa da alcuni Stati nei confronti della maggioranza dei paesi industrializzati in materia fiscale (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1349).

Con l'inclusione in un gruppo, si abbandona quell'approccio basato sul modello della società monade e si recepisce il modello basato sulla direzione unitaria, ovvero, sul potere di direzione e coordinamento effettuato dalla c.d. capogruppo (una esposizione più ampia è riscontrabile in Presti, Rescigno 2014).

Indipendentemente dal grado di autonomia decisionale riservata a ciascuna articolazione del gruppo, questa sarà comunque coordinata con il soggetto economico di riferimento attraverso relazioni, dirette o indirette, di natura patrimoniale, finanziaria e commerciale (Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013, p.59).

Il legame civilistico è rappresentato dal possesso di quote azionarie di controllo di società costituenti il gruppo e questo si manifesta con la direzione unitaria.

Mediante la "direzione unitaria" la società capogruppo indirizza l'attività economica delle singole società controllate in modo che il gruppo possa conseguire un interesse comune superiore a quello raggiungibile dalle singole imprese (Valente, Rizzardi 2014, p.44).

Secondo Presti e Rescigno (2014, p.65), la direzione unitaria si basa sull'idea che "qualsiasi sia il tipo di società interessata..., [queste debbono sottostare ad] una trama di regole che trovano il loro fondamento nell'attività di direzione e coordinamento di società".

Il legame intercorrente tra la società destinata a consolidare le attività e le società stesse, crea diverse fattispecie che si differenziano per il grado di intensità. In ordine crescente, si distingue (Presti e Rescigno 2014):

1. il collegamento;
2. il controllo;
3. la direzione unitaria.

Il gruppo si basa sull'idea che esista un rapporto tra società che può essere, come visto, di intensità differente, tra la società capogruppo e le società componenti l'unità economico-giuridica e le società stesse. Il diverso modo di formare il rapporto, la sua intensità, ne

determina la valenza commerciale, ovvero, la modalità di intervento normativo, e la rilevanza rispetto alla normativa dei prezzi di trasferimento.

Conferma la necessità del rapporto di controllo, intercorrente tra holding e società controllata, quale elemento indispensabile per la formazione del gruppo⁵⁷ e quindi per istituire l'attività di direzione e coordinamento, l'articolo 2497-sexies, Codice Civile. La citata disposizione "presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque la controlla ai sensi dell'art. 2395".

Per entrare nello specifico della materia, e quindi decretare l'influenza intercorrente tra soggetti giuridici, rilevante a livello di transfer pricing, si analizzano di seguito le varie forme di legame tra società.

Collegamento fra società

Si ha collegamento quando una società esercita un'influenza notevole sull'altra società.

Il collegamento viene presunto, salvo prova contraria, quando una società può esercitare nell'assemblea ordinaria dell'altra oltre un quinto dei voti ovvero un decimo se la partecipata ha azioni quotate (art. 2359, comma 3, Codice Civile).

Da quanto esposto nell'articolo in commento, si deduce che l'influenza notevole sorga in capo al socio cosiddetto di riferimento. In questo caso, le scelte di una società saranno influenzate della volontà della società partecipante.

Come affermato da Presti e Rescigno (2014), il collegamento si sviluppa primariamente a livello informativo e di redazione del bilancio.

Controllo fra società

L'articolo 2359 c.c., al comma 1, considera controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

⁵⁷ L'art. 2497-sexies, Codice Civile, traduce giuridicamente ciò che normalmente avviene a livello economico quando si decide di formare o di aderire, ad un gruppo di società. La connessione tra rapporto di controllo e appartenenza, forma il legame necessario alla formazione del gruppo.

- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante in assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Dall'analisi del passaggio riportato, come steso in Presti e Rescigno (2014), è possibile constatare che la nozione di controllo identifica tre tipologie di controllo corrispondenti:

- interno di diritto, quando si è nel caso delineato dal primo punto;
- interno di fatto o da partecipazione, quando si è nel caso identificato dal secondo punto;
- esterno di fatto o da contratto, quando il controllo viene esercitato in forza di vincoli contrattuali⁵⁸.

Il comma 2 del citato articolo, impone, per il conteggio dei voti in assemblea – quindi in caso di controllo interno – di considerare anche i voti spettanti alle società controllate, fiduciarie e a interposta persona. Si delinea quindi la fattispecie del c.d. controllo a catena⁵⁹.

Tuttavia il Ministero delle Finanze, con la circolare 9/2267 del 22.9.1980, ha ampliato la fattispecie includendo posizioni di controllo desumibili dalle seguenti circostanze:

- a) vendita di prodotti fabbricati dall'altra impresa;
- b) impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa (fattispecie comprensiva delle joint-ventures);
- c) diritto di nomina dei membri del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi della società;
- d) presenza di membri comuni nel consiglio di amministrazione o degli organi direttivi della società;
- e) presenza di membri comuni del consiglio di amministrazione;
- f) realizzazione di famiglia tra le parti;
- g) concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria;

⁵⁸ Possono sussistere casi in cui le parti instaurino una partecipazione basata su cosiddetti contratti e clausole di dominio. Attraverso questa tipologia di contratti, una società si vincola volontariamente al controllo di un'altra società (2497-septies, Codice Civile).

⁵⁹ Un semplice esempio potrà chiarire la nozione di controllo a catena: se la società A controlla, attraverso la partecipazione, la società B e quest'ultima controlla, sempre in virtù di partecipazione al capitale sociale, la società C, allora, C è controllata dalla società A.

- h) partecipazione da parte delle imprese a centrali di approvvigionamento o vendita;
- i) partecipazione delle imprese a cartelli o consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione dei prezzi;
- j) controllo di approvvigionamento o di sbocchi;
- k) sussistenza di contratti che modellino una situazione monopolistica;
- l) in generale tutte le ipotesi in cui venga esercitata potenzialmente o attualmente un'influenza sulle decisioni imprenditoriali (Musselli, Musselli 2009, p.62).

Con riferimento alla nozione di controllo dettata dalla normativa nazionale, suggerimenti della giurisprudenza, possono essere interessanti per valutare concretamente e dal punto di vista fiscale, la nozione di controllo.

Con riferimento al primo e secondo punto dell'art. 2359 c.c., al comma 1, Codice Civile, sono da conteggiare le azioni con diritto di voto esercitabili in assemblea ordinaria. Rispetto al n. 3 del citato articolo, è da valutare, nella sostanza⁶⁰, se esistono vincoli contrattuali o extracontrattuali, che legano le scelte di un'impresa (controllata) a quella dell'altra (controllante).

Semplificando, la circolare n. 9/2267 del 1980 esibisce il caso di due società, una residente in Italia e una estera: la società non residente fissa il prezzo di scambio e quella residente è obbligata nel versamento dei diritti di licenza del marchio di proprietà della non residente.

In questo caso, da valutare se la ridotta base imponibile della società italiana, riconducibile dalla ridotta attività svolta e dall'obbligo di pagamento della licenza per l'utilizzo del marchio alla società estera, è accettabile in quanto in linea con la normale gestione imprenditoriale. Se è verificata la sussistenza del controllo, il Fisco non può in alcun modo modificare le condizioni pattuite tra le parti.

Da verificare quindi la sussistenza della fattispecie del controllo: non è possibile sostituire ad un semplice rapporto di collaborazione, una condizione di controllo. Una siffatta condizione si compara alla disposizione antielusiva dell'ordinamento⁶¹.

⁶⁰ Come spiegato da Musselli e Musselli (2009), il concetto di controllo in regime fiscale è più ampio che nella logica civilistica: mentre per la logica commerciale, sono dettati precisi riferimenti normativi, nella logica fiscale, e più precisamente, nella prospettiva di transfer pricing e della valutazione del valore normale, l'aleatorietà si riversa sul perimetro della valutazione stessa del controllo.

⁶¹ Art. 37-bis del D.P.R. 600/73.

Le sentenze della Cassazione, 26 febbraio 1990, n. 1439, e 11 marzo 1996, n. 2001, hanno portato alla luce il collegamento esistente tra il controllo (come definito dal codice civile) e la funzione di direzione e coordinamento svolta dalla holding: come appurabile dallo stralcio delle sentenze citate, riportato da Valente e Rizzardi (2014, p.46) “[la holding] in forza della propria partecipazione di controllo, di diritto o di fatto, o anche in forza di particolari vincoli contrattuali che le attribuiscono una influenza dominante nell’assemblea ordinaria, esercita su una o più società la funzione definibile come <<direzione e coordinamento>>”.

Controllo: le partecipazioni reciproche

Si solleva un importante argomento desumendo direttamente dalla fattispecie del controllo di società: le partecipazioni reciproche.

Con partecipazione reciproca si intende, Presti e Rescigno (2014, p.329), “l’intreccio di partecipazioni che intercorrono fra le società”.

Argomento di spicco in quanto le partecipazioni hanno un effetto discorsivo sia sul piano patrimoniale che amministrativo.

Dal punto di vista patrimoniale si può verificare il c.d. annacquamento patrimoniale. Se il patrimonio fosse composto totalmente da azioni raffiguranti l’intero patrimonio di altra società, e quest’ultima utilizza tutto il suo patrimonio per acquistare il capitale della prima società, si instaurerebbe un pericoloso intreccio tra i patrimoni delle società. Si ottiene così la c.d. partecipazione reciproca integrale.

Qualora si verificasse una siffatta situazione, il capitale sociale di ogni società sarebbe composto da sole azioni, sarebbe completamente svuotato, costituito, come rimarcato da Presti e Rescigno (2014, p.330) da “carta contro carta”.

Dal punto di vista amministrativo, si instaurerebbe una innaturale situazione di loop delle decisioni: qualora il capitale di una società fosse interamente partecipato da altra società, e viceversa, il consiglio direzionale sarebbe reciprocamente nominato.

Gli amministratori e l’organo di controllo della controllante sarebbero infatti nominati dall’organo decisorio della controllata. Una siffatta situazione sarebbe innaturale e inefficiente.

La regolamentazione di acquisizione delle reciproche partecipazioni ricalca quella delle azioni proprie; di seguito i punti salienti:

- Art. 2359-bis, c.1, c.c., la società controllata può acquistare azioni (interamente liberate) o quote della controllante nei limiti degli utili distribuiti e delle riserve disponibili;
- Art. 2359-bis, c.2, c.c., l'acquisto deve essere autorizzato dall'assemblea secondo le disposizioni dell'art. 2357 Codice Civile;
- Art. 2359-bis, c.3, c.c., per le società aperte, il valore nominale delle azioni acquistate dalla controllata non può eccedere 1/5 del capitale sociale della società controllante, computando per il conteggio anche le azioni possedute dalla controllante o dalle società del gruppo;
- Una riserva indisponibile, pari all'importo delle azioni o quote della società controllante iscritto nell'attivo del bilancio deve essere costituita e mantenuta finché le azioni non siano trasferite (art. 2359-bis, c.4, c.c.);
- Art. 2359-quinquies, c.1, c.c., è categorico nell'affermare il divieto per la società controllata di sottoscrizione di azioni o quote della controllante;
- Art. 2359-quinquies, c.2, c.c., le azioni sottoscritte in violazione del comma 1 del medesimo articolo, si intendono sottoscritte e pertanto devono essere liberate degli amministratori, purché questi non dimostrino d'essere esenti da colpa;
- Art. 2360, c.c., vieta la sottoscrizione reciproca (anche per tramite di fiduciaria o interposta persona) in operazioni di costituzioni o aumento di capitale.

Direzione e coordinamento di società

L'articolo 2497-sexies, Codice Civile, stabilisce “salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque la controlla ai sensi dell'art. 2359”.

Come sostenuto da Presti e Rescigno (2014), la forma del gruppo si caratterizza per la direzione unitaria delle società facenti parte dello stesso e quindi per essere sottoposta alla direzione e al coordinamento della holding, la società capogruppo.

Il legislatore non offre una definizione dell'”attività di direzione e coordinamento”: si ritiene che non sia richiesto l'accentramento dell'intera gestione (day by day management) nelle mani della capogruppo; è sufficiente che lo siano le scelte di gestione strategiche e che

condizionano l'andamento delle società nei sui settori chiave (operativo, finanziario, ecc.) (Presti, Rescigno 2014, p.335).

La legge non impone una forma particolare: è possibile riscontrare gruppi a stella, gruppi piramidali e a catena. Queste ultime due forme sono caratterizzate dal fatto che, un allungamento della catena, comporta due effetti (si veda il contributo di Presti e Rescigno 2014):

- 1) La capogruppo può controllare con un minor costo finanziario le società gerarchicamente alla base (leva finanziaria);
- 2) L'allontanamento dei soci di minoranza dalla holding (che è in sostanza il decisore strategico - operativo).

La responsabilità da direzione unitaria si palesa e riversa nella gestione delle società come un gruppo e non come singole entità autonome. La società capogruppo, infatti, come sottolineato da Presti e Rescigno (2014, p.337), “guarda all'intero sistema e non esita ad allocare le risorse che provengono dalla varie società in conformità all'interesse del gruppo piuttosto che a quello delle società da cui le risorse o le opportunità provengono”.

Nella determinazione della politica di gruppo, la holding può pertanto valutare l'opportunità di “comprimere l'interesse di una società a favore di un'altra, beninteso ove ciò interagisca positivamente sul risultato finale della gestione complessiva” (Valente, Rizzardi 2014, p.45).

La visione d'insieme – per la fase valutativa – è imprescindibile in quanto determinante delle reali condizioni caratterizzanti la relazione tra la singola società e il gruppo: si deve infatti valutare l'insieme dei benefici e non i singoli interessi, come se, in quanto singola entità, la società operasse in piena autonomia.

Valutare l'interesse della singola società prescindendo dalle sinergie create (derivanti anche solo dalla mera appartenenza al gruppo) può infatti risultare fuorviante: i servizi possono essere accentrati (ad esempio, il cash pooling) e le scelte e gli interessi da queste derivanti commisurati a quelli dell'intero sistema: ciò, se da un lato può risultare non redditizio per la singola entità, può, per converso, risultare benefico per l'intero sistema.

L'essere parte di un gruppo, infatti, è scelta autonoma e ponderata: il sottostare a disposizioni comuni fa parte degli obblighi cui volontariamente la società si sottopone. La ponderazione sottostante alla scelta di accorparsi al gruppo deve essere fatta analizzando costi

e benefici da questo derivanti; ciò comporta un'ammissione di responsabilità circa gli obblighi cui sottostare, ai quali fa da contraltare l'insieme di benefici ricevibili dalle sinergie.

Se una società accetta di creare o far parte di un gruppo, deve essere cosciente delle ricadute che tale scelta comporta: è una scelta politico-strategica che, nonostante in molti casi sia reversibile, definisce il percorso cui la società farà riferimento per raggiungere gli obiettivi di beneficio ricercati.

Tuttavia, la costituzione di un gruppo o l'annessione ad un sistema complesso, non significa adottare sommessamente tutte le scelte dettate dalla capogruppo, soprattutto se queste sono irresponsabili. L'articolo 2497 del Codice Civile sancisce la responsabilità per la holding per l'esercizio della direzione unitaria: se la capogruppo opera "nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" sarà quindi responsabile⁶².

Infine, per chiarire l'aspetto dei prezzi di trasferimento in operazioni intercompany, deve essere considerato che, nonostante si sia dato rilievo alla importanza delle sinergie di gruppo e dei conseguenti benefici ritraibili, la mera applicazione del principio del valore normale, mette da parte la valorizzazione globale del gruppo per soffermarsi ai contorni della singola operazione e decretare quindi l'aderenza della stessa al principio.

La critica più severa è che l'adozione del valore normale e l'applicazione dello stesso alle operazioni intercompany, senza considerare le logiche e sinergie di gruppo, snatura le strategie ed i comportamenti delle multinazionali e rischia di allontanare la disciplina della realtà organizzativa ed operativa delle stesse (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1342).

Per ovviare in parte al riportato problema, si è optato per la scelta della business restructuring, non prescindendo, in ogni caso, la legittimazione all'applicazione del valore normale.

⁶² Dal punto di vista soggettivo, responsabili per il non corretto esercizio sono la società o gli enti che esercitano la direzione (art. 2497, c.1, Codice Civile), e comunque chi abbia preso parte al fatto lesivo e chi abbia consapevolmente tratto dei benefici dall'adozione di quella particolare condotta (art. 2497, c.2, Codice Civile).

CAPITOLO 2

TRATTAMENTO CONTABILE E FISCALE DEI BENI IMMATERIALI

Aspetti contabili e fiscali degli intangibili e riallineamento dei valori

La trattazione degli intangibili dal punto di vista contabile e fiscale è tematica prevalere quando, in tema di *transfer pricing* coinvolgente *intangibles*, si affronta la definizione, registrazione e valorizzazione dei beni stessi.

Le operazioni di trasferimento di beni immateriali comportano, come ampiamente spiegato nel capitolo precedente, la definizione dei beni stessi e la loro valorizzazione. In caso di cessione e successiva contabilizzazione, imprescindibilmente, devono essere rispettate le normative in vigore al momento della operazione

Risulta inoltre fondamentale l'approfondimento della normativa contabile e fiscale delle immobilizzazioni, alla luce del noto collegamento tra aree caratterizzanti (strategica, contabile, fiscale), così da comprendere le dinamiche sottostanti alla fluttuazione dei valori e nondimeno, le scelte stesse che sono alla base delle risultanti numeriche.

2.1 Tipologie di beni immateriali

Si elenca di seguito l'insieme dei beni immateriali per i quali il contribuente, sia esso persona fisica o giuridica, ha un profondo interesse sia dal punto di vista civilistico che fiscale. La definizione dei beni immateriali trattati dalle regole civilistiche permette di chiarire innanzitutto quali siano i beni soggetti a normativa e la loro formale gestione e conseguentemente, quali siano di interesse per il legislatore.

Tale elencazione coincide con quella fornita dall'articolo 2424 del Codice Civile.

- 1) Costi di impianto e di ampliamento;
- 2) Costi di ricerca e sviluppo;
- 3) Costi di pubblicità;
- 4) Diritti di brevetto industriale;
- 5) Diritti di utilizzazione di opere dell'ingegno e diritti d'autore;
- 6) Concessioni, licenze, marchi e diritti simili;
- 7) Avviamento;
- 8) Altre immobilizzazioni.

La loro individuazione, ancora una volta, permette di illustrare quelli che sono i più diffusi intangibili oggetto delle operazioni di transfer pricing; il loro governo influenza inevitabilmente la vita economica della società in quanto, come abbondantemente chiarito, hanno risvolti sull'area contabile (ammortamento), fiscale (deduzione) e strategica (rilevanza per il business).

La trattazione inizia con la loro identificazione, specificando peculiarità segnate dai principi contabili internazionali, e successivamente con la spiegazione delle disposizioni contabili e fiscali relative ad ogni tipo di immateriale.

Costi di impianto e di ampliamento

Oic 24 specifica che questa categoria di immateriali include oneri che vengono sostenuti in modo non ricorrente per (Iori 2014, p.123):

- La costituzione della società (costi relativi all'atto costitutivo, eventuali consulenze dirette alla sua formazione, ottenimento delle licenze e permessi) o dell'azienda (costi sostenuti per rendere operativa la struttura aziendale iniziale, spese sostenute per gli studi preparatori, per le ricerche di mercato, ecc.);
- L'ampliamento della società e dell'azienda inteso non già come il naturale semplice processo di accrescimento quantitativo e qualitativo dell'impresa, ma come vera e propria espansione della stessa in direzioni ed in attività precedentemente non perseguite, ovvero verso un ampliamento straordinario.

Esempi di costi rilevabili come di impianto e di ampliamento (Iori 2014, p.124):

- Costituzione di una rete commerciale: i costi in esame dovranno trovare correlazione logica nelle aspettative di vendita della rete specifica;
- Aumento di capitale sociale: i costi relativi per essere capitalizzati dovranno trovare giustificazione nell'atteso miglioramento della situazione finanziaria dell'impresa;
- Costituzione della società: i costi si potranno capitalizzare se le aspettative reddituali della società neo-costituita saranno positive.

Contabilmente, il Codice Civile permette di capitalizzare i costi relativi a questa voce sempre che ciò sia giustificato dal beneficio atteso. Deve infatti esserci una correlazione tra spesa sostenuta e beneficio ritraibile dal loro sostenimento. In altre parole, non è possibile capitalizzare costi se questo deriva da un'azione di politica di bilancio pura.

Il trattamento fiscale dei costi in oggetto è regolato dall'art. 108, comma 4, TUIR.

L'art. 108, comma 4, TUIR, dispone che questi siano deducibili nel limite della quota imputabile a ciascun esercizio (come specificato dal comma 3 del medesimo articolo, richiamato dal c. 4). La quota imputabile, data la loro qualità di costi pluriennali, è evidentemente la quota ammortamento (di competenza dell'esercizio).

Il comma 4 del citato articolo specifica che le spese sostenute sono deducibili a partire dall'esercizio in cui sono conseguiti i primi ricavi (si assiste ad una sorta di sospensione della deducibilità).

La sospensione sopra spiegata permette di "allineare" i ricavi ai relativi costi; in assenza del riallineamento cui si fa riferimento, infatti, si assisterebbe ad uno squilibrio in bilancio: nei primi esercizi si assisterebbe ad un considerevole e non spiegato, incremento dei costi e nei successivi, viceversa, ad un accrescimento dei ricavi non supportati da adeguati costi.

Una simile gestione evidenzia la discrepanza tra la disciplina fiscale (che sospende la deducibilità) e quella civilistica (che con l'art. 2426, c. 1, n. 5, ne impone l'ammortamento).

Costi di ricerca e sviluppo

Oic 24 distingue i costi di ricerca e sviluppo in tre categorie (Iori 2014, p.128):

- Per la ricerca di base: costi relativi a quell'insieme di studi, indagini e ricerche che non hanno una finalità definita con precisione, ma che è da considerarsi di utilità generica all'impresa;
- Per la ricerca applicata o finalizzata ad uno specifico prodotto o processo produttivo: costi relativi all'insieme di studi e ricerche che si riferiscono direttamente alla possibilità ed utilità di realizzare uno specifico progetto;
- Per lo sviluppo: costi collegati all'applicazione dei risultati della ricerca o di altre conoscenze possedute o acquisite in un progetto o in un programma per la produzione di materiali, strumenti, prodotti processi, sistemi o servizi nuovi o sostanzialmente migliorati, prima dell'inizio della produzione commerciale o dell'utilizzazione.

Brevemente si riportano alcuni esempi di costi che, se capitalizzati, vanno iscritti nella categoria "Costi di ricerca, di sviluppo e di pubblicità" (si veda Iori 2014):

- Costi per il personale;
- Costi dei materiali e dei servizi;
- Immobili, impianti e macchinari utilizzati nella fase di ricerca e sviluppo;
- Costi di ricerca e sviluppo diversi da quelli generali o amministrativi;
- Interessi passivi dei finanziamenti utilizzati per il compimento dell'attività di R&D;
- Altri costi, tra cui l'ammortamento di brevetti e licenze, nella misura del loro utilizzo nella fase di R&D.

Per una maggiore precisione nella trattazione dei suddetti costi, si riportano le caratteristiche che questi devono avere per poter essere capitalizzati.

I costi devono essere (si veda Iori 2014, p.129):

- a) Relativi ad un prodotto o processo chiaramente definito;
- b) Riferiti ad un progetto realizzabile dal punto di vista tecnico;
- c) Relativi ad un progetto con risorse adeguate alla realizzazione;
- d) Recuperabili tramite ricavi che nel futuro si svilupperanno dall'applicazione del progetto stesso.

Per quanto riguarda la loro trattazione dal punto di vista fiscale, l'art. 108, comma 1, TUIR, dà la facoltà di scelta tra:

1. Dedurre le spese interamente nell'esercizio in cui sono state sostenute;
2. Dedurre le spese in 5 anni, attraverso un ammortamento a quote costanti.

Lo IAS 38 distingue tra ricerca e sviluppo.

Le spese di ricerca, si riferiscono a quell'attività di "indagine originale e pianificata intrapresa con la prospettiva di conseguire nuove conoscenze o scoperte, scientifiche o tecniche", come riportato in Iori (2014, p.132).

Lo sviluppo, come riportato in Iori (2014, p.132), è "l'applicazione dei risultati della ricerca o di altre conoscenze a un piano o a un progetto per la produzione di materiali, dispositivi, processi, sistemi o servizi, nuovi o sostanzialmente migliorati, prima dell'inizio della produzione commerciale o dell'utilizzazione".

Costi di pubblicità

I costi di pubblicità sono capitalizzabili ancorché, secondo la normativa civilistica, la loro natura non sia precisamente individuata. Tuttavia queste spese possono essere capitalizzate nella misura in cui risultino funzionali o essenziali al buon esito del progetto per le quali sono sostenute⁶³.

Per essere capitalizzati, i costi di pubblicità, debbono possedere le seguenti caratteristiche (ritraibili direttamente da quanto disposto dalla normativa di riferimento):

- a) Possedere il carattere di eccezionalità (che si contrappone a quello di ricorrenza);
- b) Sostenere progetti nuovi (in contrapposizione alle spese sostenute per prodotti già esistenti);
- c) Generatrici di potenziali ritorni economici.

Con riferimento alle spese in oggetto, la loro trattazione fiscale, differisce a seconda della tipologia di appartenenza. La deducibilità, come chiarito in Iori (2014), è così ripartita:

⁶³ Questa facoltà si scontra con il limite delle norme comunitarie: le norme vietano infatti la capitalizzazione ritenendo questa tipologia di spesa di carattere ricorrente e operativo (si veda Iori 2014, p.133).

- Pubblicità⁶⁴ e propaganda, a scelta del contribuente:
 - Interamente nell'esercizio i cui sono state sostenute;
 - A quote costanti nell'esercizio e nei quattro successivi.
- Spese di rappresentanza⁶⁵:
 - Di importo < € 50.00 si considerano omaggi, e quindi deducibili nella loro globalità nell'esercizio nel quale sono sostenute;
 - Di importo ≥ € 50.00 si considerano spese di rappresentanza.

Per quanto riguarda la trattazione fiscale delle spese di pubblicità, essendo la categoria eterogenea, per svolgere la corretta gestione fiscale, deve distinguersi tra le sue componenti.

Diritti di brevetto industriale

Per delineare la sfera dei brevetti industriali è conveniente riportare parte dell'art. 2584 del Codice Civile; al comma 1 dell'articolo citato è specificato che “chi ha ottenuto un brevetto per un'invenzione industriale ha il diritto esclusivo di attuare l'invenzione e di disporne entro i limiti e alle condizioni stabilite dalla legge”.

Il nostro ordinamento, all'art.2584 e ss. del Codice civile, prevede il diritto di utilizzazione esclusiva di quelle invenzioni dotate del carattere della novità, liceità ed originalità applicabili in campo industriale, per le quali sia stata presentata apposita domanda all'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.247).

In definitiva, l'ottenimento della tutela giuridica:

1. Consente l'utilizzo esclusivo del brevetto;
2. Rappresenta una *condicio sine qua non* si può effettuare la registrazione in bilancio (si vedano Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014).

Secondo l'art. 2585 del Codice Civile, costituiscono oggetto del brevetto le nuove invenzioni, quali:

- i. un metodo o un processo di lavorazione;
- ii. una macchina;

⁶⁴ Le spese di sponsorizzazione (sostenute per valorizzare il marchio ovvero prodotti o servizi, durante una manifestazione sportiva o culturale) si accomunano a quelle di pubblicità se alla base esiste un contratto sinallagmatico tra sponsor e soggetto sponsorizzato (R.M. 17 giugno 1992, n. 9/204).

⁶⁵ Introdotte dalla Finanziaria 2008.

- iii. uno strumento;
- iv. un utensile o un dispositivo;
- v. l'applicazione tecnica di un principio;

Al punto v. della elencazione riportata, si fa riferimento ad un principio scientifico, purché dia risultati individuabili dall'inventore.

Un brevetto che sottende ad un nuovo metodo di produzione o processo di fabbricazione costituisce una esclusività per il titolare (art. 2586, c.c.).

Perché sia individuabile come brevetto industriale, deve possedere le seguenti caratteristiche (si veda Iori 2014):

- titolarità di un diritto esclusivo di sfruttamento;
- recuperabilità dei costi di iscrizione del brevetto stesso attraverso i potenziali rientri economici;
- determinazione del costo in maniera certa.

La durata dell'ammortamento civilistico non incontra alcun limite prefissato (se non quello della durata stessa del diritto di brevetto). A riguardo, per determinare la corretta aliquota dell'ammortamento, deve essere definita la vita utile del brevetto. Innanzitutto dovrà essere definita la residua possibilità di utilizzazione dell'oggetto del brevetto, quindi definita la reale utilizzazione dell'intangibile in oggetto.

Concetto generale è quello riferito alla stima della vita utile di un bene. Proprio perché è una stima, quindi caratterizzata da una aleatorietà intrinseca, risulta essere inficiata da valutazioni e congetture soggettive.

La valutazione dovrà basarsi (Iori 2014):

- sulla verifica dell'obsolescenza tecnica del brevetto (in particolare se alcuni elementi inficino la durata dell'oggetto del brevetto);
- sull'esame della economicità dell'uso del brevetto;
- sulla determinazione della effettiva formazione del brevetto: la durata del brevetto deve essere coerente con gli elementi alla base della struttura del brevetto.

Annualmente deve essere accertata la congruità del piano di ammortamento predeterminato.

L'ammortamento deve essere fatto a quote costanti purché questo risulti coerente con la definizione del brevetto; modalità differenti da quella citata possono essere adottate purché maggiormente qualificatrici la realtà.

Fiscalmente, le quote di ammortamento di brevetti industriali, opere d'ingegno, formule e informazioni relative alle esperienze in campo industriale, commerciale e scientifico, secondo il primo comma dell'art. 103, TUIR, sono deducibili per il 50% del costo.

Data la rilevanza, si anticipa che, i marchi d'impresa, sempre secondo l'articolo citato, sono deducibili per 1/18 del costo (aliquota 5.56%).

Sono invece deducibili per 1/18, le quote di ammortamento dell'avviamento iscritto in bilancio (art. 103, comma 3 del Testo unico delle imposte sui redditi).

Per i soggetti passivi che fanno ricorso ai principi contabili internazionali, marchi e avviamento vengono trattati attraverso le indicazioni sopra stabilite anche se il loro valore non è riportato in conto economico (comma 3-bis, art. 103 TUIR).

Infine, il comma 4 dell'art. 103, TUIR, richiama il comma 8 dell'articolo 102 del Testo unico. Quest'ultimo asserisce che le quote di ammortamento per i costi incrementativi, capitalizzati successivamente all'entrata in funzione del bene stesso, vengono determinate nel rispetto della vita utile residua dei beni stessi.

Diritti di utilizzazione di opere d'ingegno e diritti d'autore

La identificazione degli immateriali in analisi è possibile attraverso l'articolo 2575 del Codice Civile. Secondo il citato articolo, "formano oggetto del diritto d'autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione". Si puntualizza che ad essere protetto è "il modo o la forma di espressione" e non i principi sottostanti che muovono l'ingegno.

Il trasferimento dei diritti avviene tra vivi e deve essere approvato per iscritto (art. 2581 c.c.); il passaggio avviene attraverso:

- a) un contratto di edizione;
- b) un contratto di rappresentazione e di esecuzione.

Importante è chiarire che esiste una differenza tra tutela giuridica e ammortamento di questi diritti. La tutela giuridica dura per tutta la vita dell'autore e fino al sessantesimo anno solare oltre la sua morte (a riguardo, si veda Iori, 2014). L'ammortamento, data la non puntuale identificazione dei confini dello sfruttamento dell'immateriale, deve essere comunque breve.

Fiscalmente, vanno trattati come i brevetti industriali: devono essere ammortizzati in misura non superiore al 50% del loro costo e quindi, la deduzione deve essere non superiore a questo limite.

Non ponendo alcun limite temporale all'ammortamento, per questi immateriali, deve essere stimata la vita utile e la residua possibilità di utilizzazione.

Infine, il comma 4 dell'art. 103, TUIR, richiama il comma 8 dell'articolo 102 del Testo unico. Quest'ultimo asserisce che le quote di ammortamento per i costi incrementativi, capitalizzati successivamente all'entrata in funzione del bene stesso, vengono determinate nel rispetto della vita utile residua dei beni stessi.

Concessioni, licenze, marchi e diritti simili

La voce B.I.4 comprende i costi sostenuti per concessioni, licenze, marchi e diritti simili (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.249).

Le concessioni (regolate dal principio Oic 24) sono definite nel Diritto Amministrativo come “provvedimenti con i quali la pubblica amministrazione trasferisce ad altri soggetti i propri diritti o poteri, con i relativi oneri ed obblighi”⁶⁶.

Dalla disamina di Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014), sono ascrivibili nella voce B.I.4:

- le concessioni da parte della P.A. per lo sfruttamento dei diritti su beni di proprietà degli stessi enti concedenti;
- la concessioni elargite dalla P.A. per l'esercizio delle attività riservate agli enti concedenti.

L'attivo patrimoniale sarà interessato solo nel caso in cui tali diritti abbiano comportato il sostenimento di costi *una tantum*, oltre il pagamento di un eventuale canone annuo (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.249).

⁶⁶ Si veda il paragrafo sulle concessioni del principio contabile Oic 24, e Pontani e Sesana (2011).

L'art. 2569 del Codice Civile definisce il marchio come un segno "idoneo a distinguere prodotti o servizi". Il marchio quindi, come sostenuto da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.249), "costituisce l'elemento distintivo dell'azienda o di un prodotto, fabbricato o commercializzato dalla stessa".

Il principio contabile in parola consente la capitalizzazione dei marchi sviluppati internamente, oltre a quelli acquistati da fornitore esterno, mentre non è iscrivibile il marchio ricevuto a titolo gratuito (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.249).

Le licenze, come riportato da Iori (2014), sono autorizzazioni attraverso le quali è possibile svolgere specifiche attività. Solo con l'ottenimento della licenza si potrà quindi svolgere l'attività desiderata.

Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014), asseriscono che le licenze possono essere di due tipi:

- di derivazione pubblicistica, ovvero le c.d. licenze amministrative;
- di derivazione privatistica, ovvero le c.d. licenze d'uso.

Per quanto riguarda la possibilità di iscrivere le licenze in bilancio, vale quanto riportato per le concessioni.

Nella categoria residuale diritti simili, sono compresi (Iori 2014): i segni distintivi dell'impresa (ditta e insegna), i diritti ed obblighi derivanti dal franchising e i costi sostenuti per la formazione interna del know-how se legalmente tutelato.

Per la trattazione fiscale della categoria, è necessario distinguere i marchi dalle altre voci.

Fiscalmente, per i marchi si deduce, in ogni esercizio, una quota pari a 1/18 del loro costo, ovvero, dovranno essere ammortizzati nell'arco di 18 anni (art. 103 TUIR, comma 2 richiamato dal c. 3).

Per gli altri beni immateriali della categoria si segue quanto disposto dal comma 2 dell'art. 103 del TUIR che sancisce che "le quote di ammortamento del costo dei diritti di concessione e degli altri diritti iscritti nell'attivo del bilancio sono deducibili in misura corrispondente alla durata di utilizzazione prevista dal contratto o dalla legge".

Una simile disposizione impone quindi, per i beni ascrivibili alla categoria e ad esclusione dei marchi, una deduzione dei costi, per esercizio, in linea con la vita utile degli stessi, ovvero, di capacità di produrre benefici attraverso la loro utilizzazione.

Infine, il comma 4 dell'art. 103, TUIR, richiama il comma 8 dell'articolo 102 del Testo unico. Quest'ultimo asserisce che le quote di ammortamento per i costi incrementativi, capitalizzati successivamente all'entrata in funzione del bene stesso, vengono determinate nel rispetto della vita utile residua dei beni stessi.

Avviamento

L'Oic 24 (2014, p.6), definisce l'avviamento come “l'attitudine dell'azienda a produrre utili che derivino o da fattori specifici che, pur concorrendo positivamente alla produzione del reddito ed essendosi formati nel tempo in modo oneroso, non hanno un valore autonomo, ovvero da incrementi di valore dei singoli beni, in virtù dell'organizzazione dei beni in un sistema efficiente”.

La capacità è quindi quella di produrre reddito aggiuntivo a quello normalmente derivabile dalla gestione del business. Detta capacità deriva da due fattori riportati:

- “fattori specifici che non hanno valore autonomo” ma che si sono formati in modo oneroso;
- “incrementi di valore dei singoli beni” costituenti il patrimonio aziendale.

Nonostante l'avviamento possa essere definito internamente o acquistato a titolo oneroso, per la sua iscrizione in bilancio, deve essere considerata solo la quota destinata per il suo acquisto.

Per essere ascrivibile, l'avviamento deve possedere le seguenti caratteristiche (Oic 24, p.17):

- È acquisito a titolo oneroso (cioè deriva dall'acquisizione di un'azienda o ramo d'azienda oppure da un'operazione di conferimento, di fusione o di scissione);
- Ha un valore quantificabile in quanto incluso nel corrispettivo pagato;
- È costituito all'origine da oneri e costi ad utilità differita nel tempo, che garantiscano quindi benefici economici futuri (ad esempio, conseguimento di utili futuri);

- È soddisfatto il principio della recuperabilità del relativo costo (e quindi non si è in presenza di un cattivo affare).

Per la sua iscrizione in bilancio (nell'attivo patrimoniale), consiste, come suggerito da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014), nella valutazione della differenza tra il costo sostenuto e il valore dei beni in bilancio; se tale differenza è data dai benefici economici futuri (quindi si prospettano favorevoli ritorni economici), tale differenza si recupererà con i flussi di reddito futuri (ciò è sintomatico di un buon affare) e andrà pertanto capitalizzata (B.I.5 attivo dello Stato Patrimoniale). Se la differenza è dovuta ad un mero cattivo calcolo economico (che traduce un evidente cattivo affare), non potrà essere capitalizzata e pertanto andrà segnata come elemento di costo e conseguentemente registrata nel Conto Economico.

Categorico il numero 6 dell'articolo 2426, Codice Civile, che decreta che l'avviamento deve essere ammortizzato in un periodo di cinque anni; l'avviamento ascrivibile in bilancio, ovvero per la quota elargita in operazione di acquisto a titolo oneroso, può venire sistematicamente ammortizzato "in un periodo limitato di durata superiore⁶⁷, purché esso non superi la durata per l'utilizzazione di questo attivo e ne sia data adeguata motivazione nella nota integrativa". A riguardo, il paragrafo 92 del principio contabile citato, impone un limite di venti anni qualora la vita utile superi senza obiezioni la durata dei cinque anni.

Per quanto riguarda gli aspetti fiscali, l'avviamento segnabile in contabilità, deve essere dedotto con un aliquota del 5.56%. In sostanza, l'ammortamento fiscale durerà non meno di diciotto anni.

Perché sia possibile dedurre la quota di avviamento, questo deve essere definito. In sostanza, l'avviamento viene fatto coincidere con l'eccedenza del prezzo pattuito per l'acquisto dell'azienda rispetto al *fair value* dei singoli elementi che lo compongono (Iori 2014, p.153). Questa tecnica è riconosciuta a livello internazionale e si definisce come "*purchase method*"⁶⁸.

⁶⁷ Il principio Oic 24, al paragrafo 92, detta comunque un limite massimo di vent'anni.

⁶⁸ Iori 2014 (a pag. 155) fornisce un semplice esempio di come calcolare l'avviamento, qui sintetizzato:

- consistenza patrimoniale : 600, derivante da:
 - o attività: 1.000;
 - o passività: 400.
- Prezzo acquisizione: 850;

Secondo le disposizioni nazionali, l'avviamento è pari a 250 (eccedenza del prezzo)

Secondo le disposizioni internazionali deve essere determinata la consistenza di ogni singola voce.

Esaminando il complesso aziendale si scopre che:

- Edificio iscritto per 400;
- Capannone per 400, ma che in realtà vale 520;

Altre immobilizzazioni

Categoria residuale che ingloba al suo interno molteplici voci, ma che si accumuna alle altre viste per il fatto che deve comprendere costi recuperabili e che non si esauriscono in un solo esercizio.

Oic 24, al paragrafo 24, elenca a titolo esemplificativo alcune voci di costo che possono essere ascritte alla categoria in esame:

- Costo per usufrutto delle azioni;
- Costo per la realizzazione di software senza tutela legale;
- Costi accessori di finanziamento;
- Costi per migliorie e spese incrementative su beni di terzi (ossia senza autonoma funzionalità);
- Costi per il trasporto e il posizionamento di cespiti;

e ancora,

- Costi per l'acquisizione di commesse e relativi costi pre-operativi, come segnalato da Iori (2014, p.163).

La trattazione fiscale delle voci presenti in questa categoria segue sostanzialmente le disposizioni dall'articolo 108, TUIR, comma 3. Il citato articolo accorda che le altre spese a valenza pluriennale siano "deducibili nel limite della quota imputabile a ciascun esercizio".

Con particolare riferimento alle spese sostenute su beni di terzi, come affermato da Iori (2014, p.167), "[la deducibilità] deve realizzarsi tanto in rapporto alla futura utilità delle predette spese quanto facendo riferimento alla durata contrattuale del titolo in base al quale si detiene il bene su cui vengono sostenute".

Infine, considerando il caso in esame, si ricorda che il comma 4 dell'articolo 101, TUIR, considera sopravvenienze passive il sostenimento di spese o altri oneri, sottostanti a ricavi contabilizzati in precedenti esercizi, qualora il reddito pertinente risulti insussistente.

- Credito iscritto per 150, ma che al fair value è ascrivibile per 140;

Valore effettivo dell'avviamento: 190, derivante da:

- valore netto $400 + 520 + 140 - 250 - 150 = 660$
- prezzo pattuito: 850

2.2 Aspetti contabili delle immobilizzazioni immateriali

L'argomento è trattato dalla normativa nazionale dal principio contabile Oic 24 e dalla normativa internazionale attraverso lo IAS 38.

A seconda dei principi utilizzati, differente è la trattazione dei beni immateriali.

Schematicamente possiamo ricondurre la trattazione delle due normative a quanto segue (si veda Iori 2014, p.103 e segg., con mie modifiche):

Attività immateriali	IAS 38	Oic 24
Definizione	(parr. 8 e segg.) Attività non monetaria identificabile priva di consistenza fisica.	(parr. 4 e segg.) Definizione in linea con quella dettata dallo IAS; si aggiungono gli Oneri pluriennali (Oneri pluriennali sono: costi di impianto e ampliamento e costi di ricerca, sviluppo e pubblicità).
	Sono possedute: <ul style="list-style-type: none"> • per l'utilizzo in produzione o nella vendita di beni o servizi; • per essere affidate a altri; • per scopi amministrativi. 	
	Devono rispettare le seguenti caratteristiche (IAS 38, parr. 11-17): <ol style="list-style-type: none"> 1. essere identificabili; 2. controllate dall'impresa; 	

	3. produrre benefici economici futuri.	
Classi di immobilizzazioni	(par. 119) <ul style="list-style-type: none"> • marchi; • testate giornalistiche e diritti di editoria; • software; • licenze e diritti di franchising; • diritti di autore, brevetti e altri diritti industriali, diritti di servizi e operativi; • ricette, formule, modelli, progettazioni e prototipi; • attività immateriali in via di sviluppo. 	<ul style="list-style-type: none"> • Costi di impianto e ampliamento; • Costi di ricerca, sviluppo e di pubblicità; • Diritti di brevetto industriale e diritti di utilizzazione delle opere di ingegno; • Concessioni, licenze, marchi e diritti simili; • Avviamento; • Immobilizzazioni in corso e acconti; • Altre.
Trattazione dei costi e degli oneri	(par. 10) I costi che non si rifanno alle attività immateriali considerati debbono essere spesi a conto economico.	(par. A) Possono essere capitalizzati gli Oneri pluriennali se rispettate particolari condizioni.
Valutazione (iscrizione)	(par. 72 e segg.) Le attività immateriali possono essere iscritte: <ul style="list-style-type: none"> – Al costo, al netto degli ammortamenti 	Le immobilizzazioni immateriali possono essere rivalutate solo alla luce di leggi speciali (generali o di settore).

	<p>complessivi e delle perdite per riduzione durevole di valore (<i>cost model</i>) (par. 74);</p> <p>– Al fair value (<i>revaluation model</i>) (par. 75)</p>	
--	--	--

I beni immateriali andranno, grazie alla loro utilità pluriennale e alla loro residua capacità di creare utilità per il fruitore, ammortizzati come segue:

Cat.	Immateriale	Ammortamento
1	Costi di impianto e di ampliamento	5 anni. Da accertare, ogni anno, la loro congruità.
2	Costi di ricerca e sviluppo	5 anni
3	Costi di pubblicità	5 anni
4	Brevetti industriali	Nessun limite imposto: stima della vita utile sulla base della residua possibilità di utilizzazione
5	Diritti di utilizzazione di opere dell'ingegno e diritti d'autore	Nessun limite imposto: stima della vita utile sulla base della residua possibilità di utilizzazione
6	Concessioni, licenze e diritti simili (ditta, insegna e know-how se non tutelato giuridicamente).	Nessun limite imposto: stima della vita utile sulla base della residua possibilità di utilizzazione
	Marchi (acquistato a titolo oneroso)	20 anni max
7	Avviamento	Stima della vita utile, ma rispetto delle seguenti regole: <ul style="list-style-type: none"> – sistematico, e preferibilmente a quote costanti; – Periodo di ammortamento massimo di 5 anni (max 20 anni se ha vita utile ragionevolmente superiore ai cinque anni).
8	Costi acquisizione commesse e pre-operativi	Nessun limite imposto
	Costi migliorie e spese incrementative su beni di terzi	Periodo minore tra quello di utilità futura delle spese e quello residuo della locazione
	Diritti reali di godimento su azioni	Costo rappresentato da usufrutto su azioni. Ammortamento corrispondente al periodo in cui vengono ricevuti i

		dividendi (correlazioni costi proventi)
	Costi trasferimento e riposizionamento cespiti	Nessun limite imposto
	Software:	
	Acquistato a titolo di proprietà	Alternativamente: – sistematico a quote costanti se utilità futura prevedibile; – 2 esercizi.
	Acquistato a titolo di licenza d'uso a tempo indeterminato	Alternativamente: – sistematico a quote costanti se utilità futura prevedibile; – 2 esercizi.
	Acquistato a titolo di licenza d'uso a tempo determinato	A quote costanti nel periodo di durata della licenza d'uso
	Prodotto per uso interno "tutelato"	Alternativamente: – sistematico a quote costanti se utilità futura prevedibile; – 2 esercizi.
	Prodotto per uso interno "non tutelato"	Alternativamente: – Correlato al periodo di utilizzazione del software in azienda; – 3 esercizi da quello di sostenimento dei costi.

2.2.1 I beni immateriali nelle aggregazioni aziendali: IFRS 3

Lapidario Galassi (in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014) nell'affermare che "gli aspetti di maggior convenienza nella gestione delle aziende coalizzate sono palesati dall'entità relativamente maggiore di mezzi finanziari che l'insieme di associati può impiegare nello svolgimento del processo comune, dall'azione più razionale e più poderosa esercitata sui mercati, dai problemi organizzativi risolti più efficacemente, dalla migliore specializzazione e competenza degli operatori che danno vita agli organi dell'"unità economica comune" rispetto a quelli dei singoli associati".

Zappa (in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014) evidenzia come "il perseguire comuni interessi sia spesso il mezzo migliore con il quale si può conseguire la bene difesa degli interessi particolari".

È evidente come la gestione comune delle aziende, attraverso la realizzazione dei gruppi di impresa, non sia più da qualificare come operazione straordinaria ma bensì la normale conduzione di società verso obiettivi comuni. Dalla gestione comune, infatti, è possibile far

derivare un maggior ammontare di risorse finanziarie (o comunque rendere il sistema finanziario più efficiente e razionale), un maggior potere contrattuale dal lato della vendita (con la conseguenza di poter ottenere un mark-up più elevato), un più efficiente sistema di acquisiti (con conseguenti risparmi di spesa), e altri benefici consequenziali al bilanciamento dei singoli interessi (per conformarsi all'obiettivo comune).

Lo IFRS 3 intende una “business combination” come: “the bringing together of separate entities or businesses into one reporting entity”. Come Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.282) spiegano una aggregazione aziendale come “una operazione o altro evento in cui un acquirente acquisisce il controllo di una o più attività aziendali (business)”.

Per “controllo” (IFRS 3) si intende il potere di imporre politiche finanziarie e gestionali al fine di trarne benefici.

Secondo l'IFRS 3, il business è definito come “un insieme integrato di attività e beni che sono gestite e condotte con l'obiettivo di fornire un rendimento agli investitori oppure minori costi o altri benefici economici agli altri partecipanti”.

Ancorché aggregazioni di imprese, IFRS 3, ne riporta un serie che vengono escluse dall'applicazione della disposizione:

- Le aggregazioni che nascono da *joint venture* (IAS 31);
- Le aggregazioni tra società sottoposte a direzione unitaria (“*Business combination of entities under common control*”);
- Le aggregazioni nate per uno scopo mutualistico;
- Le aggregazioni tra imprese nate attraverso un contratto, senza la detenzione di alcuna partecipazione.

Si specifica che il metodo contabile per una business combination è il cd. *purchase method*, ovvero, si prevede un unico trattamento contabile indifferenziato.

Rilevazione e valorizzazione degli intangibili in una operazione di business combination

Come indicato in precedenza l'acquirente deve, alla data di acquisizione, allocare il costo di un'aggregazione aziendale rilevando le attività, le passività e le passività potenziali identificabili dell'acquisito ai relativi *fair value*, ad eccezione delle attività non correnti classificate come possedute per la vendita, secondo quanto previsto dall'IFRS 5, che devono

essere rilevate al *fair value* al netto dei costi di vendita (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.285).

Il costo di un'aggregazione aziendale è dato dal *fair value* alla data dello scambio, delle attività ricevute, delle passività sostenute o assunte e degli strumenti rappresentativi di capitale emessi dall'acquirente in cambio del controllo dell'impresa acquisita (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.285).

Lo IFRS 3 non consente di inserire nella capitalizzazione del costo di acquisto, gli oneri accessori come, ad esempio, i costi sostenuti per gli advisor, i costi riferibili alle perizie, ai revisori e ai legali, e a tutti i professionisti, attribuibili in generale alla operazione. Tutti i costi vengono iscritti a conto economico nel momento in cui vengono sostenuti.

Come sostenuto da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014), al momento della implementazione della operazione, in applicazione del *purchase method*, si rilevano anche le attività immateriali che siano state o meno precedentemente iscritte nel bilancio della società acquisita. In generale, il principio n. 3 dispone che tutte le attività intangibili che rispettano i dettami dello IAS 38, possono essere considerate attività immateriali dell'aggregazione aziendale e pertanto contabilizzate come intangibles, solo se alla data di acquisizione il loro *fair value* è determinabile in modo attendibile e realistico (si vedano Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014).

Si riporta di seguito una tabella schematizzante gli intangibili acquisibili in una operazione di business combination⁶⁹:

Attività immateriali (classi)	Componenti (IFRS 3)
Legate al marketing	1) marchi di fabbrica, nomi commerciali, marchi di servizi, marchi collettivi e marchi di qualità; 2) nomi di dominio Internet; 3) presentazione commerciale (colore, forma, ecc); 4) testate giornalistiche; 5) patti di non concorrenza.
Legate al cliente I	1) anagrafi clienti; 2) portafoglio di ordini o produzione; 3) contratti coi clienti; 4) relazioni con la clientela.
Legate al cliente II	1) spettacoli teatrali; 2) libri, periodici e altre opere letterarie; 3) opere musicali, testi di canzoni, sigle;

⁶⁹ La tabella deriva dalla Tavola 7 in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014.

	4) immagini e fotografie; 5) materiali video e audiovisivi.
Basate sulla stipula di contratto	1) accordi di licenza, royalty; 2) contratti di pubblicità, commesse a lungo termine, contratti di servizi di fornitura; 3) contratti di leasing; 4) licenze di costruire; 5) contratti di franchising; 6) concessione di trivellazione, taglio legname, utilizzo acqua, aria e minerali; 7) contratti di servizio; 8) contratti di lavoro favorevoli per il datore di lavoro.
Basate sulla tecnologia	1) tecnologia brevettata; 2) software; 3) tecnologia non brevettata; 4) database; 5) segreti industriali (formule, ricette e processi segreti).

Le attività immateriali, precedentemente non contabilizzate nel bilancio dell'impresa acquisita, perché generate internamente (marchi, liste clienti, brevetti), trovano comunque una separata indicazione dall'avviamento se:

- Rispettano la definizione di attività immateriale secondo lo IAS 38;
- Il *fair value* può essere determinato attendibilmente;
- Derivano da diritti contrattuali o legali trasferibili (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.287).

Ad esempio, se si pone in essere una aggregazione aziendale e la società ha prodotto internamente un marchio – senza che questo possa essere contabilizzato tra le attività dello Stato Patrimoniale a causa della impossibilità di definire in maniera certa il suo costo globale, con la conseguente imputazione degli stessi a Conto economico – questo potrà essere considerato come *intangibile* della *business combination*, rilevabile quindi separatamente dall'avviamento, se rispetta la definizione data dallo IAS 38.

La stima del *fair value* di un bene intangibile (che ingloba i benefici futuri sfruttabili dalla società) può avvenire, alternativamente e rispettando l'ordine con cui le soluzioni sono riportate:

1. Attraverso l'uso di prezzi ottenibili da un mercato attivo;

2. Attraverso l'adozione dei prezzi della più recente operazione simile comparabile (purché non siano intervenuti significativi cambiamenti);
3. Considerando i prezzi praticati da parti indipendenti, operanti in libero mercato, per operazioni simili (tuttavia tali prezzi devono essere comparati con quelli ritraibili da operazioni di mercato simili e più prossime al momento dell'intrapresa attività).

In generale la valutazione delle attività immateriali può seguire tre criteri:

- L'approccio di mercato (privilegiando quando esiste un mercato attivo);
- L'approccio reddituale (criterio più utilizzato in assenza di un mercato attivo, perché si basa sull'applicazione di multipli che riflettono operazioni correnti di mercato a indicatori correlati alla redditività dell'attività immateriale, oggetto di acquisizione (quali ricavo, quote di mercato, utile operativo) o al flusso di royalty che si potrebbe ottenere dando in licenza l'attività immateriale);
- L'approccio basato sui costi (spesso di difficile utilizzo, con risultati distanti dal valore di *fair value*) (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.287).

La scelta del metodo più aderente alla situazione in esame è influenzata dalle caratteristiche del bene intangibile ovvero dalla natura del valore aggiunto prodotto dall'attività stessa.

2.3 Aspetti fiscali delle immobilizzazioni immateriali

La trattazione fiscale degli immateriali, data la loro rilevanza e la loro influenza sul trasferimento di redditi, è aspetto quanto mai fondamentale per capire gli effetti di una loro gestione sia dal punto di vista del soggetto passivo, sia dal punto di vista dell'Amministrazione finanziaria.

La trattazione degli intangibles dal punto di vista fiscale, secondo la normativa nazionale vigente, permette di definire l'argomento – dal punto di vista applicativo – in modo più puntuale e di cogliere le conseguenze derivanti dall'applicazione della normativa stessa.

I risvolti della loro gestione, come chiarito nel primo capitolo, si riveleranno ovviamente sulla stessa area fiscale (della società e del gruppo), sulla contabilità e sulla redditività della società (si pensi alla redditività globale della società residente e a quella di

gruppo, alla influenza indiretta sulla posizione finanziaria netta della società e nondimeno, alle risultanze delle verifiche dell'Amministrazione).

La trattazione degli intangibili secondo la normativa tributaria, per il management della società, è fondamentale per muovere le operazioni nel pieno rispetto della legge ottenendo il giusto beneficio dalla gestione fiscale.

Secondo la normativa nazionale, come specificato in Iori (2014), bisogna operare una prima ma fondamentale distinzione tra:

- beni immateriali in senso stretto, regolati dall'art. 103 del TUIR, e
- costi pluriennali o spese infrannuali, regolate dall'art. 108 del TUIR.

Gli *intangibles* (beni immateriali e costi pluriennali), data la loro valenza pluriennale, debbono essere ammortizzati secondo lo schema seguente (Iori 2014, p.111 con mie modifiche):

Immateriali	Ammortamento
Diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno e brevetti	Non superiore a 1/2 del costo
Brevetti	Non superiore a 1/2 del costo
Marchi	Non superiore a 1/8 del costo
Concessioni, licenze e diritti simili	Durata del contratto o prevista dalla legge
Avviamento	Non superiore a 1/8 del costo

Costi pluriennali	Deducibilità
Spese di pubblicità	Quote costanti – max 5 esercizi
Spese di propaganda	Quote costanti – max 5 esercizi
Spese di rappresentanza	Nel limite del plafond
Spese di ricerca	Quote costanti – max 5 esercizi
Altre spese pluriennali	Nel limite della quota imputabile a ciascun esercizio
Spese di costituzione	A partire dall'esercizio in cui sono conseguiti i primi ricavi

2.4 Riallineamento per le immobilizzazioni immateriali

Il riallineamento fiscale consiste nell'adeguamento del valore fiscale degli attivi di bilancio al loro valore contabile.

Il D.L. 29 novembre 2008, n. 185 ha concesso alle imprese conferitarie la possibilità di ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori derivanti dall'effettuazione di operazioni straordinarie (conferimento, fusione e scissione) mediante il versamento di un'imposta sostitutiva, offrendo un riallineamento, che potremmo definire "speciale" (Iori 2014, p.112).

Esistono due tipi di riallineamento, quello cd. ordinario e quello cd. speciale.

Il riallineamento che deriva dall'applicazione del D.L. 29 novembre 2008, n. 185 e che riconosce, come sostenuto da Iori (2014, p.112), "alle imprese conferitarie la possibilità di ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori derivanti dall'effettuazione di operazioni straordinarie" è un riallineamento cd. speciale.

Il cosiddetto riallineamento "ordinario" ex art. 176, co. 2-ter del Tuir, è applicabile anche in riferimento alle immobilizzazioni immateriali (Iori 2014, p.113). Come puntualizzato da Iori (2014), il D.M. 25 luglio 2008, fa riferimento ai beni iscritti tra le immobilizzazioni (conto economico B.I, n. 3, 4, 5⁷⁰); diretta conseguenza è l'esclusione dei beni pluriennali capitalizzati dal solo riallineamento cd. ordinario.

Il cd. riallineamento "ordinario" è applicabile anche con riferimento all'avviamento (operazione di cessione a titolo oneroso della azienda).

Il riallineamento speciale risulta più conveniente rispetto all'ordinario; la normativa "speciale" consente, come specificato da Iori (2014), di accorciare il processo di ammortamento dei beni immateriali in dieci esercizi (quindi con aliquota del 10%).

Si pensi, ad esempio, all'ammortamento di un marchio: questo è ammortabile fiscalmente in 18 anni; con il riallineamento il periodo di ammortamento scende a dieci (dall'esercizio successivo a quello in cui avviene il pagamento dell'imposta sostitutiva).

⁷⁰ n 3, diritti di brevetto industriale e diritti di utilizzazione delle opere di ingegno;
n. 4, concessioni, licenze, marchi e diritti simili;
n. 5 avviamento.

La disposizione speciale consente di ammortare il valore dei beni immateriali in dieci esercizi (con la conversione del decreto Milleproroghe⁷¹), prevedendo come contropartita un versamento in unica soluzione di una imposta sostitutiva pari al 16% (si veda Iori 2014). Il termine per il versamento⁷² dell'imposta è coincidente con quello riferito ai redditi.

Come specificato da Iori (2014, p.116), "il riallineamento "speciale" può essere effettuato anche se il maggior valore non risulta iscritto direttamente quale avviamento, marchio o altre immaterialità, bensì è incorporato nel valore della partecipazione iscritta per effetto dell'operazione straordinaria".

Un esempio riportato in Iori (2014, p.116) chiarirà questo aspetto. Con riferimento all'avviamento, in caso a fusione, la società Alfa S.r.l. incorporante, iscrive nel proprio bilancio un maggior valore della partecipazione, non facendo comparire quindi la voce avviamento. Nel bilancio consolidato, è invece presente la voce avviamento in quanto si elide la voce partecipazioni. Il maggior valore contabile (rispetto a quello fiscale) può essere palesato attraverso da parte dell'incorporante attraverso il versamento dell'imposta sostitutiva del 16%. Il versamento dell'imposta permetterà di dedurre ammortamenti per 1/10 (avviamento e marchi) all'anno.

A seguito dell'adozione del D.L. 98/2011, è stata introdotta un'altra ipotesi di riallineamento dei maggiori valori iscritti a seguito di fusione, scissione e conferimento d'azienda (Iori 2014, p.116). Il riallineamento in questione è inoltre applicabile in caso di acquisto di azienda o partecipazione (Iori 2014, p.116). La disposizione in commento permette quindi di operare il riallineamento anche nel caso in cui l'operazione straordinaria avvenga tra holding partecipative (società che detengono partecipazioni) (Iori 2014, p.117).

In questo caso, il maggior valore sarà implicito nella partecipazione iscritta, non comparando nel bilancio di esercizio come avviamento, marchi o altre immaterialità, bensì eventualmente solo nel consolidato (la parte di valore riferibile alle immaterialità sarà quello riallineabile) (Iori 2014, p.117).

⁷¹ Quindi la misura della deduzione passa da 1/9 a 1/10, per ciascun periodo di imposta.

⁷² Come spiegato dall'Agenzia delle Entrate (scheda informativa 2015), il versamento delle imposte reddituali (Ires) avviene secondo il seguente schema:

- versamento a saldo ed eventuale primo acconto Ires, entro il 16 del sesto mese successivo a quello di chiusura del periodo d'imposta (se avviene entro il trentesimo giorno successivo, maggiorazione 0.40% a titolo di interessi);

- acconto Ires fissato nella misura del 101,5% per il periodo di imposta 2014 e successivamente del 100%;

- acconto è pagato in due rate (40% prima rata), salvo che l'importo non superi € 103;

- possibilità di avvalersi della rateizzazione in 6 rate per il saldo o per il primo acconto.

La differenza temporale tra valore civilistico e fiscale comporta il sorgere delle imposte differite.

Come chiarito da Iori (2014), con riferimento all'operazione di riallineamento, al momento della esecuzione del conferimento, si dovrà creare il fondo imposte differite: questo sarà dato dalla differenza tra il valore contabile e quello fiscale. Al versamento dell'imposta differita si elide il fondo stesso e come contropartita si annoterà una sopravvenienza attiva. Quando si andrà a dedurre la maggiore quota di ammortamento (rispetto al valore civilistico), occorrerà rilevare, per la differenza, imposte passive; le imposte passive saranno assorbite quando la quota fiscale si sarà annullata.

Un esempio numerico⁷³ chiarirà quanto sopra esposto.

Valore dell'avviamento = € 100.000.

Disallineamento = € 100.000.

Versamento imposta sostitutiva nell'esercizio 20zx+1 pari al 16%.

Esercizio	Amm. civilistico	Amm. fiscale	Variazione in Unico	
			Aumento +	Diminuzione -
20zx+1	20.000	-	20.000	
20zx+2	20.000	10.000	10.000	
20zx+3	20.000	10.000	10.000	
20zx+4	20.000	10.000	10.000	
20zx+5	20.000	10.000	10.000	
20zx+6		10.000		10.000
20zx+7		10.000		10.000
20zx+8		10.000		10.000
20zx+9		10.000		10.000
20zx+10		10.000		10.000
20zx+11		10.000		10.000
	100.000	100.000	60.000	60.000

Si riporta di seguito un secondo esempio che, per l'ampia applicabilità, risulta essere di grande interesse (esempio tratto da Iori 2014, p.120). L'esempio riguarda il marchio d'impresa. Questo intangibile è infatti oggetto di molte operazioni di transfer pricing.

Il caso riguarda l'ammortamento di un marchio: le regole fiscali e contabili creano un cosiddetto doppio binario che fa nascere, in fase di ammortamento, un disallineamento tra valori civili e fiscali.

⁷³ Tratto da Iori (2014, p.115), con mie modifiche.

Si riportano di seguito le due tabelle riferite al doppio binario di cui sopra⁷⁴.

Binario civilistico

Condizioni:

- Marchio acquistato dall'esterno nel 2002;
- Costo globale di € 10.000;
- Ammortamento del marchio in 10 anni, aliquota 10%.

Esercizio	Costo	Fondo ammortamento	Ammortamento	Valore in bilancio
2002	10.000	- 1.000	1.000	9.000
2003	10.000	- 2.000	1.000	8.000
2004	10.000	- 3.000	1.000	7.000
2005	10.000	- 4.000	1.000	6.000
2006	10.000	- 5.000	1.000	5.000
2007	10.000	- 6.000	1.000	4.000
2008	10.000	- 7.000	1.000	3.000
2009	10.000	- 8.000	1.000	2.000
2010	10.000	- 9.000	1.000	1.000
2011	10.000	- 10.000	1.000	0

Binario fiscale

Dall'anno 2006 si considera la nuova quota di deducibilità per i marchi: aliquota di ammortamento 5,56% (a differenza dell'aliquota civilistica del 10%).

Esercizio	Costo	Fondo ammortamento	Ammortamento	Valore in bilancio
2002	10.000	- 1.000	1.000	9.000
2003	10.000	- 2.000	1.000	8.000
2004	10.000	- 3.000	1.000	7.000
2005	10.000	- 4.000	1.000	6.000
2006	10.000	- 4.556	556	5.444
2007	10.000	- 5.112	556	4.888
2008	10.000	- 5.668	556	4.332
2009	10.000	- 6.224	556	3.776
2010	10.000	- 6.780	556	3.220
2011	10.000	- 7.336	556	2.664
2012	10.000	- 7.892	556	2.108
2013	10.000	- 8.448	556	1.552
2014	10.000	- 9.004	556	996
2015	10.000	- 9.560	556	440
2016	10.000	- 10.000	440	0

⁷⁴ Le tabelle riportate sono tratte da Iori (2014 p.120).

Come si può notare osservando le tabelle riportate, la differente quota di ammortamento adottata crea un disallineamento tra valori contabili e fiscali. Ciò comporta, come specificato da Iori (2014, p.121), una fiscalità differita:

- ammortamento civilistico: 1.000;
- ammortamento fiscale: 556;
- disallineamento: 444 (1.000-556);
- imposte anticipate per esercizio: 165,39 (444*37,25%).

CAPITOLO 3

LA DISCIPLINA DEL TRANSFER PRICING

Aspetti generali della normativa, holding, stabile organizzazione, analisi di comparabilità, analisi funzionale e rischi associati alla transazione dei beni immateriali

3.1 Aspetti generali della disciplina

3.1.1 Criteri di collegamento con il territorio

La materia del “collegamento” è fondamentale per la corretta applicazione della legge tributaria italiana sui prezzi di trasferimento ovvero per risolvere eventuali controversie tributarie scaturenti dal commercio internazionale tra soggetti giuridici diversi. In prima battuta è possibile affermare che, tranne eccezioni di legge⁷⁵, la normativa tributaria vale in tutto il territorio dello Stato.

Un limite costituzionale è desumibile nell’articolo 53 della Costituzione, al comma 1, che recita, al comma 1, “tutti sono tenuti a contribuire alle spese pubbliche”. Il termine “tutti” deve essere riferito a tutti quei soggetti che hanno, come espressamente specificato da Falsitta (2014, p.63), “un ragionevole legame tra soggetto destinatario della norma impositiva da un lato e territorio e/o ordinamento dello Stato dall’altro”.

⁷⁵ Falsitta (2014), riporta che, l’articolo 2 del d.p.r. n. 43/1973, definendo il territorio doganale, esclude da esso, il Comune di Livigno, quello di Campione d’Italia e alcune località del lago di Lugano.

Nel rispetto di tale indirizzo, gli articoli 23 e 165⁷⁶ del TUIR fissano i criteri di collegamento tra i redditi prodotti e il territorio nazionale. Un aspetto rilevante, che regola la residenza di una società, è dato dal comma 3 dell'articolo 73 del testo citato.

Il primo comma, alla lettera a), dell'art. 73 del TUIR, detta testualmente che “le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato”, sono assoggettate all'imposta sui redditi delle società (IRES). Il focus della disposizione del comma riportato è individuabile tra (a) la tipologia di società e (b) la residenza nel territorio dello Stato.

Come ben definito da Falsitta (2014), i criteri di collegamento tra potestà impositiva e territorio sono sintetizzabili come segue:

1. Per la persona fisica, la residenza nel territorio stesso (articolo 2, TUIR);
2. La produzione del reddito nel territorio dello Stato (articolo 23, c.1, TUIR);
3. I redditi corrisposti dallo Stato, da stabili organizzazioni, o da soggetti residenti, per i soggetti non residenti (c. 2, art.23, TUIR);
4. La presenza nel territorio per la maggior parte del periodo d'imposta⁷⁷ (art. 73, comma 3):
 - a. della sede legale;
 - b. della sede amministrativa;
 - c. dell'oggetto principale dell'attività.
5. Il luogo di produzione del reddito per i soggetti commerciali e non commerciali, non residenti (c. 2 dell'art. 151, e c. 2, art. 153, TUIR).

L'articolo 73 del TUIR, al comma 3, individua quindi i criteri per definire residente in Italia una società che risulta apparentemente residente in uno Stato estero.

Come ben individuato da Furlan e Galvagno (2014, p.6) “il fenomeno della esteroinvestizione è... la fattispecie nella quale un soggetto è “formalmente” residente all'estero, ma – *de facto* – residente ai fini fiscali nel territorio dello Stato”.

⁷⁶ Articolo 23 del TUIR, si riferisce all'applicazione dell'imposta ai non residenti, l'art. 165 del Testo unico, regola i crediti d'imposta per i redditi prodotti all'estero.

⁷⁷ Il concetto di “maggior parte del periodo d'imposta” può essere numericamente tradotto in 183 giorni.

Come specificato da Valente e Rizzardi (2014, p.7), “nel caso in cui la società abbia trasferito la sede successivamente al 183° giorno dell'anno, non potrà considerarsi residente in Italia, in quanto per la maggior parte del periodo d'imposta (i.e., dodici mesi) non ha avuto nel territorio dello Stato italiano la sede legale ovvero amministrativa, nonché l'oggetto principale”.

Un soggetto si considera “esterovestito” ogni qualvolta la sua residenza formale (estera) confligge con la residenza effettiva, che si trova in Italia (Furlan, Galvagno 2014, p.6).

La fattispecie della esterovestizione ammette due diverse tipologie: la esterovestizione di fatto e la esterovestizione di diritto.

La esterovestizione di fatto, come specificato da Garbarino, Zoccali (2015, p.6) “si configura ogniqualvolta è possibile ravvisare in Italia, alternativamente, la sede legale, l’oggetto principale o la sede dell’amministrazione”.

Con riferimento alla sede dell’amministrazione, il cd. *place of effective management*, questa rappresenta, come si vedrà in seguito, un elemento di fondamentale interesse per l’Amministrazione finanziaria. Come sostenuto da Garbarino, Zoccali (2015) per l’Amministrazione, piuttosto che la sede legale (formalmente definita dallo statuto della società), interessa la sede ove effettivamente vengono prese le decisioni per la società o il gruppo multinazionale di imprese.

La seconda fattispecie viene definita esterovestizione di diritto ed è disciplinata dal comma 5-*bis* dell’articolo 73, TUIR.

Il comma 5-*bis* dell’articolo citato, stabilisce – salvo prova contraria, il cui onere ricade sul contribuente – che la società avente sede legale, sede dell’amministrazione ovvero oggetto principale all’estero, è considerata residente in Italia se, alternativamente:

- Sia controllata (secondo le disposizioni del primo comma dell’articolo 2359, Codice civile), anche indirettamente, da società o persona fisica, residente in Italia;
- Sia amministrata da un CdA o altro organo di comando, composto in maggioranza da soggetti residenti in Italia.

Agganciata all’applicazione della normativa sul transfer pricing è la *residenza fiscale*. L’articolo 2, comma 2, del TUIR, definisce residenti, ai fini delle imposte sui redditi, “le persone che per la maggior parte del periodo di imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile”.

Per definire il domicilio bisogna, come indicato dall’articolo su riportato, rifarsi al Codice Civile, il quale all’articolo 43, stabilisce che “il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi”.

Con riferimento al comma 3 dell'articolo 73 del Testo unico, Valente e Rizzardi (2014), stabilendo che “il criterio (formale) della sede legale non assume particolare rilevanza ai fini dell'individuazione dell'effettiva residenza fiscale di una società o ente, [precisano]... che ai restanti due criteri⁷⁸ (sostanziali) il legislatore italiano ha attribuito equivalenza e alter natività, senza prevedere alcuna prevalenza dell'uno rispetto all'altro”. Quanto riportato ribadisce il concetto che, in materia tributaria, deve prevalere la sostanza sulla forma.

Con riferimento all'oggetto principale, nel rispetto di quanto detto, si ritiene che questo vada individuato non tanto nella fissata attività statutaria, bensì nell'attività realmente esercitata dall'impresa (cfr. art. 73, c. 5, TUIR).

Alla luce di quanto esposto, ai fini della individuazione dell'oggetto principale dell'attività dovrà farsi riferimento a dati concreti, materialmente riscontrabili, quali, ad esempio:

- La localizzazione degli investimenti;
 - La sede degli impianti produttivi e/o di stoccaggio;
 - La sede degli uffici ove si svolgono le funzioni amministrativo-contabili, ecc.
- (Valente Rizzardi 2014, p.6).

Il tema della residenza fiscale delle società estere facenti parte di gruppi multinazionali italiani ha assunto particolare importanza nell'attualità tributaria, soprattutto per effetto dell'art. 73, comma 5-*bis* del TUIR (Valente Rizzardi 2014, p.9).

L'art. 35, comma 13, del D.L. 4 luglio 2006, n.223 ha introdotto una presunzione legale relativa, che impone di considerare residenti nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società non residenti.

L'art. 73, comma 5-*bis* del TUIR, decreta che “salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società e enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, del codice civile, da soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se in alternativa:

- a) Sono controllati anche indirettamente⁷⁹, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;

⁷⁸ La sede dell'amministrazione e l'oggetto principale dell'attività.

⁷⁹ Come affermato da Valente e Rizzardi (2014, p.9), la verifica della sussistenza del controllo indiretto si ottiene “[computando] anche i voti spettanti a società controllate, società fiduciarie o persone interposte”.

- b) Sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato”.

L'onere della prova, in applicazione dell'art.73, comma 5-bis, è in capo alla società estera, che detiene partecipazioni in società italiane, controllata o gestita (anche indirettamente) da soggetti d'imposta nazionali.

3.1.2 Sede di direzione effettiva

Per “sede di direzione effettiva” deve intendersi, secondo il Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE e relativo Commentario, il luogo dove vengono adottate le più importanti decisioni relative alla gestione della società e allo svolgimento della sua attività d'impresa (Valente Rizzardi 2014, p.17).

Nella sostanza, il *place of effective management*, come sostenuto dalla giurisprudenza della Suprema Corte Tedesca (in Valente e Rizzardi 2014, p.17), “è dove sono effettivamente prese importanti decisioni gestionali (...). Ciò che rileva non è dove sono eseguite le direttive gestionali, bensì il luogo da cui esse promanano”.

Come sostenuto da Garbarino, Zoccali (2015), il *place of effective management* rappresenta un elemento di estremo interesse per i controlli dell'Amministrazione finanziaria in quanto elemento *de facto* atto a decretare inequivocabilmente la residenza di una società in Italia. Si parla in tal caso di esterovestizione di fatto.

L'importanza della definizione della sede della direzione effettiva è notevole in quanto pone le basi per palesare le dinamiche intercorrenti tra società capogruppo e società collegate ad essa (quindi definire il soggetto che, attraverso la propria influenza, altera le dinamiche della gestione del gruppo). La sede effettiva di direzione è fondamentale per la connessione che questa ha con la residenza.

L'effettiva residenza è di grande interesse per la funzione che questa riveste all'interno delle disposizioni riguardanti la modalità di assegnazione delle normative fiscali (quindi per la determinazione del carico fiscale della società e del gruppo o gli oneri gravanti sull'operazione considerata). La determinazione della residenza di una società si scontra con i modi di deliberazione della residenza da parte dei singoli Stati: uno Stato può, ad esempio,

utilizzare il criterio della sede direzionale effettiva, mentre l'altro utilizzi il criterio del luogo di costituzione della società.

Come sostenuto dall'OCSE all'articolo 4 del Commentario, “una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati, essa è considerata residente dello Stato in cui trova la sede della sua direzione effettiva”.

Quindi la soluzione proposta dall'OCSE per accordare la residenza si basa sulla determinazione della direzione effettiva: il criterio del “place of effective management” è soluzione prevalente per i soggetti non persone fisiche.

La decisione di accordare la residenza effettiva in uno Stato permette di evitare la doppia imposizione internazionale: con la definizione di un criterio prevalente si attribuisce la potestà impositiva sui redditi allo Stato ove è effettiva la direzione (si veda Valente e Rizzardi 2014).

Nella pratica, il luogo della direzione effettiva può essere concepito come il luogo in cui la persona o il Consiglio di Amministrazione adotta le decisioni riguardanti l'intero gruppo.

Nel rispetto delle indicazioni del Codice Civile, non è necessario sia definito un luogo fisico ove tutti i soggetti del Consiglio si riuniscano per deliberare sulla strategia⁸⁰ da adottare per il gruppo, ma è sufficiente che sia identificato, nel rispetto delle possibilità date dalla tecnologia dell'informazione, il luogo ove tali decisioni vengano accolte anche se i soggetti non sono fisicamente presenti.

Particolarmente influente nella vita aziendale può essere l'azionista di maggioranza che, con le proprie decisioni, in qualche modo può insistere sulle scelte manageriali e commerciali del gruppo. Tale coinvolgimento può derivare dal fatto che:

- L'azionista di maggioranza è costantemente informato in merito a tutte le transazioni in essere;
- Le sue decisioni hanno un'influenza decisiva sulle modalità di esecuzione delle transazioni stesse (Valente e Rizzardi 2014, p.18).

⁸⁰ Come ben scritto nel paragrafo 24 dell'articolo 4 del Commentario (si veda Valente e Rizzardi 2014) la direzione effettiva comprende “le decisioni chiave in riferimento alla conduzione dell'attività societaria, sia sotto il profilo manageriale che sotto il profilo commerciale”.

Per la definizione della sede effettiva di direzione, si deve considerare il cd. *actual making* delle decisioni e la loro approvazione formale (si veda Valente e Rizzardi 2014). L'*actual making* si traduce nella approvazione delle decisioni in un luogo differente da quello in cui l'organo gestore le adotti.

In tal caso, è necessario considerare quanto segue:

- Se la casa madre, o altro soggetto il quale detiene una partecipazione di maggioranza, effettivamente adotta le decisioni chiave commerciali e di management necessarie per lo svolgimento dell'attività di impresa, il luogo dell'"*effective management*" coincide con il luogo in cui la casa madre (o altro soggetto) adotta le suindicate decisioni chiave;
- Se il CdA approva formalmente le decisioni chiave necessarie per lo svolgimento dell'attività d'impresa in uno Stato, ma le stesse sono adottate durante meeting tenuti in uno Stato diverso, il luogo dell'"*effective management*" deve ritenersi coincidente con quest'ultimo Stato (Valente, Rizzardi 2014, p.18).

La connessione tra residenza e sede effettiva di direzione, secondo le indicazioni operative⁸¹ di Valente e Rizzardi (2014, p.22), è risolta considerando "[i] seguenti fattori:

- Il luogo del day-to-day management della persona giuridica;
- Il luogo in cui si trova l'headquarter;
- La legislazione applicabile alla persona giuridica;
- Il luogo in cui è tenuta la contabilità;
- Il luogo in cui si riuniscono i membri del CdA;
- Il luogo in cui il CEO normalmente svolge le proprie funzioni".

Sintetizzando, è possibile individuare due cause facenti sorgere la doppia residenza (la cd. *dual residence*) di una persona giuridica (Valente e Rizzardi 2014):

⁸¹ I riferimenti operativi proposti, come ben specificato dagli autori, non sono esaustivi, ma servono solamente ad indirizzare il fruitore verso un'applicazioni operativa dei concetti studiati.

Come specificato da Valente e Rizzardi (2014) l'analisi deve essere impostata caso per caso: esistono perciò dei concetti generalmente validi e applicabili, ma questi dovranno essere integrati con le specificità di ogni fattispecie in esame.

Si tratterà quindi di applicare i concetti generali e di disporre delle indicazioni operative fornite, mantenendo un adeguato livello critico rispetto alla fattispecie in esame: dalla necessità di risolvere le specifiche problematiche discenderanno delle indicazioni sulle soluzioni da proporre e adottare, così da derivare una best practice per il caso in esame.

- Quando la medesima società, per le legislazioni nazionali vigenti, è considerata residente sia in uno Stato che nell'altro;
- L'applicazione delle disposizioni dell'OCSE non consentono di individuare la sede direzionale effettiva.

Nel caso in cui sorgano dei conflitti di attribuzione della residenza tra Stati, la soluzione deve essere ricercata nella procedura amichevole. Qualora dall'applicazione della normativa vigente negli Stati coinvolti si originino conflitti per l'attribuzione della residenza della società, come esplicitato da Valente e Rizzardi (2014, p.30) “essi potrebbero trovare composizione unicamente attraverso il ricorso alla procedura amichevole di accordo reciproco tra gli Stati interessati, affinché la residenza ai fini convenzionali venga unicamente attribuita ad uno dei due Stati coinvolti”.

3.1.2.1 La residenza nelle verifiche fiscali

L'onere delle prova per la verifica della residenza nello Stato è a carico dell'Amministrazione finanziaria, in quanto, in base all'articolo 73, comma 3, TUIR, deve verificare che, per la maggior parte del periodo di imposta, la società abbia, all'interno del territorio dello Stato o la sede legale, o la sede dell'amministrazione, o l'oggetto principale dell'attività.

Gli elementi (alternativi) di collegamento della legal entity estera, controllata da soggetto residente, al territorio dello Stato italiano, e, in particolare, della localizzazione dell'oggetto principale o dell'esistenza dell'amministrazione, “devono essere valutati in base ad elementi di effettività sostanziale e richiedono – talora – complessi accertamenti di fatto del reale rapporto delle società o dell'ente con un determinato territorio”, (è lecito auspicare) in contraddittorio con il contribuente (Valente e Rizzardi 2014, p.34).

L'onere probatorio, come asserito in Valente e Rizzardi (2014, p.34), si deve basare “oltre che su elementi di prova di natura formale – idonei di per sé, a dimostrare unicamente radicamento superficiale... – dovrà necessariamente vertere su fatti certi e circostanze incontrovertibili che comprovino, oltre ogni ragionevole dubbio, l'autonomia giuridica, contrattuale, economica e finanziaria e, soprattutto, funzionale della legal entity estera rispetto al soggetto partecipante italiano”.

A riguardo l'Amministrazione finanziaria utilizzerà qualsiasi metodo per decretare che la sede del soggetto estero è differente da quella dichiarata formalmente (prove di natura formale); l'Amministrazione allo scopo di determinare la corretta sede come sostenuto da Valente e Rizzardi (2014, p.34), potrà, ad esempio, usufruire “[di] documenti che attestino una certa costanza nello svolgimento dell’attività di gestione dall’Italia, quali fax, resoconti, note operative, memorandum, pareri, copie di e-mail, corrispondenza commerciale, ecc. o, ancora, contratti commerciali formalizzati dall’Italia in nome e per conto della società estera” (prove di natura sostanziale).

Sotto il profilo sostanziale, la Direzione Regionale del Piemonte⁸² (si veda Valente e Rizzardi 2014), nella gestione dei rapporti tra contribuenti italiani e soggetti con sede in Paesi a fiscalità privilegiata, ha suggerito di valutare:

- la gestione operativa;
- l’assunzione del personale (e le mansioni);
- i contratti di locazione di spazi commerciali e/o ad uso abitativo;
- le autorizzazioni rilasciate per lo svolgimento di attività in concessione;
- assoggettamento (per effetto della normativa vigente nel Paese) alle imposte estere;
- conti correnti o altri strumenti finanziari atti a supportare un’attività;
- contratti di utenze (o altri).

3.1.2.2 Holding, gestione e sede dell’amministrazione

La società cd. capogruppo, la Holding, in forza dei suoi poteri di comando derivanti dalla detenzione di partecipazioni di controllo sulle società del gruppo, può operativamente spingersi a dettare indirizzi e suggerire soluzioni allo scopo sì di fare l’interesse del gruppo, ma al contempo di diminuire la variabilità delle singole gestioni. Quindi, in alcuni casi, è possibile che si fatta la volontà del management della capogruppo e non quella della singola società.

L’obiettivo di una redditività comune e di una pianificazione strategico - operativa non deve comunque passare in secondo piano (proprio per quei benefici derivanti dalla sinergia di

⁸² Procedura pubblicata in data 12 dicembre 2002.

gruppo) e senza dubbio, non deve essere tralasciata la pianificazione fiscale che permette, nel rispetto della normativa, di ottenere una forte riduzione del carico fiscale complessivo.

I temi della “direzione unitaria” dei gruppi d’impresa dell’”attività di direzione e coordinamento” assumono indubbiamente rilevanza fiscale nel caso in cui le direttive impartite dalla holding capogruppo vengano qualificate come ingerenza gestionale ed amministrativa, se non sostituzione nell’attività, anche specialistica delle società estere (Valente e Rizzardi 2014, p.38).

Per definire in modo inequivocabile la sede effettiva della direzione, andranno verificati gli elementi delle due principali macro categorie influenzanti la gestione aziendale: quelli attinenti l’amministrazione e quelli riguardanti il profilo organizzativo - funzionale.

Rispetto alla classe degli elementi connessi alla procedura amministrativa, andranno valutati, secondo Valente e Rizzardi (2014, p.39) “i seguenti elementi di fatto:

- l’attività del consiglio di amministrazione e [se] le assemblee dei soci sono svolte con regolarità;
- le riunioni del consiglio di amministrazione sono tenute presso la sede sociale (eventualmente con riunioni in tele/videoconferenza) e la partecipazione dei diversi consiglieri è opportunamente documentata (biglietti di viaggio, prenotazioni alberghiere, ecc.);
- la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione (o dei consiglieri delegati) è costituita da persone fisiche residenti in loco, effettivamente coinvolte nella gestione sociale, anche attraverso la realizzazione di studi, progetti e interventi operativi nell’ambito della società (evitando che i consiglieri residenti in un Paese diverso da quello ove è localizzata la sede legale della società esercitino il loro potere di firma all’interno del territorio di tale primo Paese);
- la gestione operativa è effettuata sul posto e le deleghe rilasciate a soggetti terzi residenti in Paesi diversi da quello ove è localizzata la sede della società hanno contenuti non troppo estesi e omnicomprensivi”.

Sotto il profilo organizzativo e funzionale, si dovranno analizzare le seguenti criticità (si veda Valente e Rizzardi 2014):

- l’esistenza degli insediamenti produttivi e/o commerciali all’estero;

- le ragioni imprenditoriali che stanno alla base delle decisioni di delocalizzazione;
- l'esistenza di accordi parasociali (con la verifica della non effettiva esistenza del patto leonino);
- il modello organizzativo del gruppo (con riguardo alle società estere) e le funzioni svolte dalle imprese offshore (analisi economico-organizzativa sottostante alla distribuzione di funzioni);
- la descrizione e studio dei contratti intercompany e verifica dei legami relazionali legali tra le società;
- l'esistenza di servizi amministrativi, contabili e finanziari centralizzati (come, ad esempio, la predisposizione del cash pooling);
- la definizione del grado di autonomia gestionale delle imprese estere: esistenza e grado di autonomia del country manager, del servizio acquisti, del servizio commerciale e della spending review.

Tipologia di holding e sede dell'amministrazione

Rispetto alla tematica della individuazione della sede effettiva dell'amministrazione, si possono delineare tre tipologie di holding: la holding mista, la holding estera di gestione e la holding passiva. A seconda della tipologia di holding, cambia la modalità di indagine della sede dell'amministrazione.

1. Holding mista . La holding mista è caratterizzata (a) per possedere partecipazioni di controllo in società nazionali, ed inoltre, (b) per l'esercizio all'estero di attività commerciale, industriale o finanziaria.

La sede dell'amministrazione è situata prevalentemente all'estero.

A supporto della decisione di ritenere la sede amministrativa localizzata all'estero, la dimostrazione che l'assunzione della maggioranza delle decisioni avviene all'estero e per le attività operative svolte (commerciale, finanziaria e industriale), la sede dell'attività principale.

2. Holding estera di gestione . Le holding di gestione svolgono concretamente servizio di controllo e direzione delle società partecipate, fornendo in alcuni casi, prestazioni centralizzate.

In tal caso, sottolinea l'Assonime, la prova può essere fornita facendo rilevare, da un lato, che l'attività svolta dalla holding è attività economica autonoma rispetto a quella delle partecipazioni, dall'altro che il luogo in cui si svolge tale attività è situato all'estero (Valente e Rizzardi 2014, p.40).

Operativamente la circolare dell'Assonime, 31 ottobre 2007, n.67, precisa che “[assume] rilievo la circostanza che, ufficialmente, gli atti negoziali attraverso i quali viene posta in essere l'attività di direzione e coordinamento siano compiuti all'estero”.

3. Holding passiva. La holding cd. passiva è caratterizzata per il non possesso di una struttura organizzativa precisa; la sua struttura non permette quindi di definire regolarmente la sede dell'amministrazione.

La prova della sede dell'amministrazione deve essere inequivocabilmente definita secondo Valente e Rizzardi (2014, p.40) “[fornendo]:

- In negativo, la prova dell'esistenza degli elementi costitutivi della sede dell'amministrazione in Italia, ovvero
- In positivo, la prova della localizzazione della sede dell'amministrazione all'estero, dando dimostrazione della sussistenza dei presupposti (i.e., il luogo degli atti volitivi è radicato all'estero per la maggior parte del periodo di imposta)”.

I fenomeni di evasione fiscale si legano alla residenza fiscale attraverso la localizzazione in uno Stato estero a minore pressione fiscale (rispetto allo Stato di appartenenza) della residenza: ciò comporta una sottrazione della materia imponibile dalle casse dell'Erario. Funzione della Amministrazione finanziaria è quella di pervenire, se possibile, o ricondurre alla normalità (ex post), la fattispecie e quindi ricondurre al prelievo ciò che è stato artificialmente sottratto al fisco.

La direzione unitaria che si impone nei confronti delle società del gruppo, assume rilevanza fiscale quando, dalla disposizione di obiettivi comuni, si passa ad una vera e propria ingerenza della capogruppo nella gestione delle società. A tal proposito, è opportuno considerare il concreto estrinsecarsi dell'attività di direzione e coordinamento della società capogruppo, vale a dire se da questa sono state impartite soltanto indicazioni strategiche nei confronti dell'intero gruppo, nonché indicazioni operative specifiche dirette alle sub-holding (ad esempio, movimentazioni finanziarie, sottoscrizione aumenti di capitale, ecc.), le quali costituiscono momenti meramente applicativi ed attuativi delle strategie generali deliberate

dalla capogruppo, ovvero la capogruppo abbia assunto un ruolo surrogato della controllata estera (e, quindi, abbia compiuto atti gestori in sostituzione di quest'ultima) (Valente, Rizzardi 2014, p.47).

3.1.2.3 Tassazione dei gruppi

Le regole per la determinazione del reddito complessivo differiscono in base al fatto che la società o l'ente sia o meno residente nel territorio dello Stato.

Il capo IV determina il reddito complessivo delle società e degli enti commerciali non residenti.

Imperativo Falsitta (2014, p.513) nella definizione dei redditi tassabili, "i soggetti ires non residenti"⁸³ sono tassati solo sui redditi prodotti nel territorio dello Stato".

Secondo il comma 2, dell'articolo 151, TUIR, afferma che "si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi indicati nell'articolo 23, tenendo conto, per i redditi d'impresa, anche delle plusvalenze e delle minusvalenze dei beni destinati o comunque relativi alle attività commerciali esercitate nel territorio dello Stato, ancorché non conseguite attraverso le stabili organizzazioni, nonché gli utili distribuiti da società ed enti di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 73 e le plusvalenze indicate nell'articolo 23, comma 1, lettera f)".

Per gli enti non commerciali si fa riferimento al comma 2 dell'articolo 153, TUIR.

Gli articoli citati richiamano i criteri di collegamento dettati dall'articolo 23, TUIR, ovvero pongono l'attenzione alla stabile organizzazione.

Quest'ultimo articolo, come esplicitato da Falsitta (2014, p.513), "localizza in Italia il reddito d'impresa solo se derivante da attività esercitate mediante stabili organizzazioni, detti artt. includono nella base imponibile, ai fini del suddetto reddito, plusvalenze e minusvalenze anche non conseguite attraverso organizzazioni siffatte, se riferite a beni "destinati o comunque relativi alle attività commerciali esercitate nel territorio dello Stato"; vi includono altresì gli utili distribuiti da società ed enti commerciali residenti e le plusvalenze su partecipazioni in società residenti indicate nell'art. 23, c.1, lett. *f.t.u.i.r.*".

Le regole di determinazione della base imponibile sono dicotomiche rispetto all'uso di una stabile organizzazione.

⁸³ Cfr. art. 151, comma 1, TUIR.

Come sostenuto in Falsitta (2014, p.514), se esiste una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, questa ha forza attrattiva, ovvero, “ai sensi dell’art. 152 c. 1 t.u.i.r il reddito complessivo è determinato secondo la disciplina delle società di capitali residenti, in base ad un apposito conto economico relativo alla gestione delle stabili organizzazioni ed alle altre attività produttive di redditi imponibili in Italia”. Dunque, tutti i redditi ivi prodotti, secondo i criteri di collegamento propri della relativa categoria (e non del reddito d’impresa) vengono fatti confluire nel reddito complessivo, ove sono “assorbiti” dalla disciplina del reddito d’impresa (c.d. forza attrattiva della stabile organizzazione) (Falsitta 2014, po’.514).

Riguardo a società ed enti commerciali privi di stabile organizzazione in Italia, ai sensi dell’art. 152 c. 2, l’imponibile è formato dai redditi delle diverse categorie, identificati e determinati separatamente secondo le proprie regole (c.d. trattamento isolato) (Falsitta 2014, p.514).

La tassazione dei redditi è trattata nel TUIR dalla sezione I, II e III, del capo II riguardante la determinazione della base imponibile delle società e degli enti commerciali residenti.

In generale, l’articolo 81 del TUIR recita che “il reddito complessivo delle società e degli enti commerciali di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell’articolo 73, da qualsiasi fonte provenga, è considerato reddito d’impresa ed è determinato secondo le disposizioni [riguardanti la determinazione della base imponibile]”. In sostanza il reddito delle società e degli enti commerciali residenti (si vedano le lettere a) e b) dell’articolo 73 del Testo unico) viene considerato d’impresa e determinato secondo le indicazioni previste dagli articoli della sezione I, ovvero, dall’articolo 81 all’articolo 116 del TUIR.

La sezione II, dall’articolo 117 all’articolo 129 del Testo unico, tratta il consolidato nazionale o la tassazione di gruppo. Secondo Falsitta (2014, p.507) “comporta la determinazione in capo alla società o ente controllante di un reddito complessivo globale risultante dalla somma algebrica dei redditi o perdite della stessa e delle società di capitali (o enti commerciali) residenti, da essa controllate ai sensi dell’art. 2359, c.1, n.1⁸⁴ c.c., che abbiano optato – congiuntamente alla controllante – per tale “consolidamento”.

⁸⁴ Come specificato in Falsitta (2014, p.507), “la c.d. consolidante deve dunque (fin dall’inizio di ogni esercizio per cui ci si avvalga dell’opzione) detenere direttamente o indirettamente la maggioranza dei voti nell’assemblea ordinaria della partecipata. Inoltre, ai sensi dell’art. 120, deve partecipare per oltre il 50%, in via diretta o indiretta (ma in quest’ultimo caso tenendo conto della demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo) sia al capitale sociale, sia all’utile di bilancio”.

La *ratio* della normativa consiste, come si può chiaramente leggere in Falsitta (2014, p.508) nella possibilità di “parametrare la tassazione ai risultati economici del “gruppo di società” unitariamente considerato, in particolare di compensare le perdite di alcune società con gli utili di altre”.

Da quanto riportato, e dall’analisi degli articoli riguardanti tale sezione, possiamo individuare le seguenti tipicità:

1. Le società o gli enti controllate, come delineato dall’articolo 117, TUIR, devono essere residenti nello Stato ovvero residente in un diverso Paese con il quale è in vigore un accordo per evitare la doppia imposizione (si veda la lettera a) del comma 2 dell’articolo citato);
2. Secondo la lettera b), comma 2 dell’articolo 117, TUIR, i soggetti devono “esercitare nel territorio dello Stato un’attività d’impresa, come definita dall’articolo 55, mediante una stabile organizzazione, come definita dall’articolo 162, nel cui patrimonio sia compresa la partecipazione in ciascuna società controllata”;
3. Si precisa infine che, al comma 3 dell’articolo in esame, “permanendo il requisito del controllo di cui al comma 1, l’opzione ha durata per 3 esercizi sociali ed è irrevocabile”;
4. L’articolo 119 del TUIR, detta le condizioni per la validità del consolidamento. Sinteticamente, come riportato da Falsitta (2014, p.508), devono essere rispettati i seguenti obblighi: “comunicazione all’Agenzia delle Entrate a cura della consolidante, identità di esercizi delle società, elezione di domicilio presso la consolidante ai fini della notifica degli atti impositivi”.

Come asserito dal comma 1 dell’articolo 118, TUIR, il reddito complessivo globale, utilizzato per la tassazione di gruppo, “[è] corrispondente alla somma algebrica dei redditi complessivi netti da considerare, quanto alle società controllate, per l’intero importo indipendentemente dalla quota di partecipazione riferibile al soggetto controllante”.

Al comma 4 del medesimo articolo, si stabilisce che “non concorrono alla formazione del reddito imponibile in quanto escluse le somme algebriche percepite o versate tra le società di cui al comma 1 in contropartita dei vantaggi fiscali ricevuti o attribuiti”.

La sezione III, dall’articolo 130 all’articolo 142 del TUIR, dispone del consolidato mondiale.

Al comma 1 dell'articolo 130, TUIR, si decreta che “le società e gli enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b), possono esercitare l'opzione per includere proporzionalmente nella propria base imponibile, indipendentemente dalla distribuzione, i redditi conseguiti da tutte le proprie società controllate ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, numero 1), del codice civile non residenti e rientranti nella definizione di cui all'articolo 133”.

Quindi, come si deduce dall'articolo riportato, l'inclusione dei redditi nella base imponibile della società o ente controllante (holding di grado superiore), avviene considerando la quota di partecipazione detenuta in ogni società. A norma dell'articolo 133, TUIR, si considerano società controllate, non residenti, le società il cui capitale è posseduto dalla società controllante per una quota non inferiore al 50%.

Come precisato da Garbagnati e Palumbo (2010), l'imponibile trasferito è riferito all'intero reddito conseguito nell'arco dell'esercizio, dalle società. Se l'acquisizione della partecipazione è stata conclusa entro i sei mesi dalla chiusura dell'esercizio sociale, il risultato di periodo deve essere escluso dal consolidamento (come previsto dal comma 2 dell'articolo 133).

Una volta attivato il consolidato, tutte le società del gruppo devono essere incluse: la disposizione del legislatore ha come fine quello di evitare che la capogruppo includa solo le società in perdita al fine di abbattere l'imponibile (principio all in, all out).

Con riferimento al requisito del controllo, Garbagnati, Palumbo (2010, p.382) mettono in evidenza che “la legge prevede che si tenga conto degli effetti demoltiplicatori sussistenti all'interno della catena di gruppo con una peculiarità e cioè che la demoltiplicazione opera a partire dalla controllata residente di grado inferiore”.

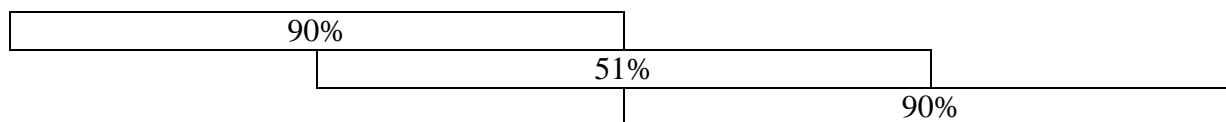
Garbagnati, Palumbo (2010) propongono un esempio chiarificatore rispetto agli effetti demoltiplicatori scaturenti dal consolidato mondiale.

Esempio: effetti demoltiplicatori

Alfa è una società residente in Italia che controlla Beta (residente) attraverso il possesso del 90% del capitale. Beta, a sua volta, detiene il 51% del capitale di Gamma, società non residente; quest'ultima è titolare del 90% del capitale della società estera Delta, anch'essa non residente in Italia.

La catena del controllo è sintetizzabile come segue

ALFA	BETA	GAMMA	DELTA
Holding italiana	residente	estera	estera



La società Gamma è parte del gruppo in quanto la società Beta, controllante residente, ne detiene direttamente il 51%. L'effetto de moltiplicativo si ravvisa partendo da Gamma (si vedano Garbagnati, Palumbo 2010): la società Delta non è parte del gruppo, in quanto, $51\% * 90\% = 45,9\%$.

3.1.3 Stabile organizzazione

Per quanto riguarda il trasferimento di rami d'azienda o l'intero complesso aziendale, l'art.166 TUIR, al comma 1, decreta che "il trasferimento all'estero della residenza dei soggetti che esercitano imprese commerciali, che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi, costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che gli stessi non siano confluiti in una stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato". L'applicazione di quanto riportato si applica con riferimento a quei beni che, ancorché confluiti in una stabile organizzazione italiana, vengano successivamente distolti.

La stabile organizzazione – come criterio di collegamento con il territorio – è regolata dall'articolo 162 del Testo unico delle imposte sui redditi (D.P.R. 22 dicembre 1986, n.917). La sua definizione è importante per l'applicazione del corretto prelievo fiscale derivante dalla corretta definizione dell'imponibile, considerante la stabile organizzazione.

Il primo comma dall'articolo 162 del TUIR definisce la stabile organizzazione come "una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato".

Aguiari (2012), che definisce chiaramente la stabile organizzazione come un *branch* della società italiana, riassume le principali e rilevanti caratteristiche della stabile organizzazione:

- Non costituisce oggetto passivo d'imposta (è infatti priva di autonomia giuridica rispetto alla holding);
- Il reddito prodotto da questa è tassato secondo le regole del Paese estero e tuttavia concorre alla formazione del reddito per la casa madre.

Dalle caratteristiche riportate ne discende chiaramente che l'uso della stabile organizzazione è favorito dal fatto che le eventuali perdite sofferte dalla S.O. sono integralmente deducibili dal reddito della holding italiana, ed inoltre, generalmente, non sono previste ritenute alla fonte (escluso il caso USA che applica il *branch profit tax*)⁸⁵.

Come confermato da Anguria (2012), l'utilizzo di tale formula imprenditoriale comporta l'assoggettamento della S.O. alla fiscalità del Paese ove opera.

Sicuramente un aspetto negativo è la duplicazione degli adempimenti contabili e fiscali a cui si va in contro adottando tale opzione strategico – operativa (si veda Anguria 2012). Essendo la stabile organizzazione assoggettata alla normativa civile, contabile e fiscale del Paese ove è localizzata, gli adempimenti aumentano in proporzione alle direttive previste dai due ordinamenti.

Come individuato da Furlan e Galvagno (2015), si possono individuare due tipi di stabile organizzazione:

1. La S.O. materiale: il soggetto estero che svolge attività commerciale in Italia attraverso una organizzazione fissa;
2. La S.O. personale: la società estera opera in Italia per il tramite di un intermediario non indipendente residente nel territorio dello Stato (può essere sia una società che una persona fisica).

Al comma 2 dell'articolo 162 TUIR, sono elencate delle infrastrutture identificate come stabile organizzazione:

- a) Sede direzionale;
- b) Succursale;
- c) Ufficio;

⁸⁵ Si veda la disamina di Anguria (2012) rispetto ai vantaggi e agli svantaggi della stabile organizzazione.

- d) Officina;
- e) Laboratorio;
- f) Miniera, giacimento petrolifero o di gas naturale, cava o altro.

Pertanto le componenti su elencate, rientrando nella definizione di stabile organizzazione, permettono, in caso di non immediata applicazione del comma 1, di poterla identificare eliminando possibili dubbi iniziali circa la sua reale esistenza.

Il comma 2 dall'articolo 162 del TUIR permette quindi di avere dei riferimenti istantaneamente sfruttabili per assimilare la fattispecie a stabile organizzazione, consentendo così la corretta applicazione della normativa tributaria.

Il comma 3 dell'articolo 162, TUIR, inoltre, dispone che “un cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione, ovvero l'esercizio di attività di supervisione ad esso connesse, è considerato “stabile organizzazione” soltanto se tale cantiere, progetto o attività abbia una durata superiore a tre mesi”.

Un ultimo aspetto fondamentale, che riconduce alla definizione di controllo, è, come sancito dall'ultimo comma del citato articolo, “il fatto che un'impresa non residente con o senza stabile organizzazione nel territorio dello Stato controlli un'impresa residente, ne sia controllata, o che entrambe le imprese siano controllate da un terzo soggetto esercente o no attività d'impresa non costituisce di per sé motivo sufficiente per considerare una qualsiasi di dette imprese una stabile organizzazione dell'altra”.

Il focus dell'analisi deve essere quindi indirizzato alla volta della definizione del controllo intercorrente tra società capogruppo e le società satelliti del gruppo stesso. Tuttavia, a prescindere dalla regola del controllo, la norma ritiene debba sussistere lo svolgimento di un'attività che permetta di identificare l'impresa come stabile organizzazione.

Differente è la società controllata di diritto estero, la cd. *subsidiary*, che – a differenza della stabile organizzazione – è caratterizzata da piena autonomia giuridica e fiscale: come evidenziato da Anguria (2012), “il reddito della partecipata viene tassato solamente nel Paese di residenza della stessa, secondo le norme vigenti”.

Come specificato da Anguria (2012), l'assoggettamento alla tassazione italiana per i redditi compiuti dalla *subsidiary* si ha per i dividendi dalla controllata (5% o 49,72% a

seconda dei soggetti riceventi) e in caso di cessione, la tassazione ordinaria si applica alla plusvalenza realizzata dalla vendita della partecipazione⁸⁶.

Le tipologie di subsidiary sono (si veda Anguria 2012):

- La società commerciale;
- La società produttiva;
- La royalty company (per i marchi e i brevetti);
- La sub-holding di partecipazione;
- Il centro di tesoreria;
- Il centro di rifatturazione dei costi riferiti al gruppo (sono ricompresi i cost-sharing agreements).

Brevemente, l'adozione di una o dell'altra soluzione operativa può avvenire sulle basi dei seguenti prioritari aspetti:

- La produzione di perdite;
- Il livello di tassazione dei Paesi ove si intraprende l'attività.

Come visto, qualora la società produca perdite, la soluzione ricade sulla stabile organizzazione in quando le perdite dell'esercizio sono detraibili dai redditi prodotti dalla casa madre (come asserito da Anguria (2012), avviene quindi una "compensazione" tra gli utili prodotti dalla holding residente in Italia e la S.O. estera).

Qualora la società produca utili (soprattutto se rilevanti) l'adozione di una subsidiary sarà vista come la soluzione ottimale in quanto, come confermato da Anguria (2012), la tassazione secondo le regole tributarie italiane avviene solo nei casi di distribuzione degli utili. Importante, a riguardo, il livello di tassazione, le agevolazioni fiscali (soprattutto rispetto ai nuovi investimenti) e l'efficienza del tessuto amministrativo presente nei due Paesi ove si opera.

3.1.4 La doppia imposizione internazionale

Fenomeno rilevante in materia di fiscalità internazionale è la doppia imposizione internazionale. La definizione della doppia imposizione consente di ridurre o eliminare la non equa doppia imposizione sul medesimo presupposto e definire criteri oggettivi di allocazione dei redditi (si veda Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013).

⁸⁶ Si veda la disposizione dell'Agenzia delle Entrate riferita al Quadro RM – Redditi soggetti a tassazione separata e ad imposta sostitutiva.

La doppia imposizione internazionale crea una distorsione in quanto, con i suoi effetti, come sostenuto da Falsitta (2014, p.65) “ostacola i rapporti economici fra gli Stati ma soprattutto perché l’aggravio subito risulta palesemente iniquo”.

Secondo la normativa internazionale dell’OCSE (articolo 9 del modello di Convenzione contro le doppie imposizioni del 1963), qualora il medesimo soggetto passivo sia inciso da doppia imposizione, lo Stato si impegna ad apportare una correzione al reddito imponibile.

Secondo Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni (2013, p.61), “se, in conseguenza delle speciali relazioni internazionali tra imprese associate, questi non riflettono il vero ammontare degli utili imponibili realizzati in tale Stato, salvo che le operazioni intercorse tra le imprese non siano effettuate in normali condizioni di libero mercato”, l’amministrazione finanziaria può apportare le giuste rettifiche al reddito imponibile.

La doppia imposizione internazionale, secondo la definizione di Falsitta (2014, p.64) “determina la nascita in capo ad un medesimo soggetto di due obbligazioni tributarie, in relazione ad imposte dello stesso tipo previste dalla legislazione di due stati diversi”. E generalmente è causato dal fatto che la medesima situazione di fatto costituisce presupposto per l’applicazione di uno di questi tributi in un Paese in base ad un criterio oggettivo ed in un altro in base ad un criterio soggettivo (Falsitta 2014, p.64).

Sintetizzando, la doppia imposizione internazionale nasce dal medesimo presupposto che viene trassato secondo:

1. Il criterio oggettivo, che dà rilievo al legame tra fatto e territorio;
2. Il criterio soggettivo, che dà rilievo al legame tra soggetto e territorio.

Secondo il criterio oggettivo le imposte vengono applicate ogniqualvolta un fatto si verifica nel territorio (ne è esempio l’imposta sui redditi che si applica nel caso in cui il reddito sia prodotto nel territorio dello Stato, indipendentemente dal vincolo tra soggetto e territorio). Secondo il criterio soggettivo, le imposte si applicano a tutti i soggetti legati, in qualsiasi modo, al territorio dello Stato (ad esempio, l’imposta sui redditi che grava sui residenti, ovunque questi siano prodotti).

Per risolvere il problema della doppia imposizione possono essere adottate delle soluzioni che rientrano in due categorie: quelle unilaterali e quelle bilaterali (gli accordi internazionali).

Le misure unilaterali sono:

- a) La esclusione dall'imponibile di fatti extracontabili, ovvero, l'esclusione a tassazione di redditi prodotti all'estero, per i quali il soggetto passivo, nel rispetto del criterio soggettivo, ha pagato la relativa imposta all'estero (la esclusione incide sullo Stato che ha adottato il criterio soggettivo di tassazione);
- b) L'attribuzione di un credito di imposta per i soggetti gravati della doppia imposizione nei due Stati interessati: il credito è assegnato al contribuente che è stato tassato secondo il criterio soggettivo (la esclusione incide sullo Stato che ha adottato il criterio soggettivo di tassazione, si stabilisce quindi la supremazia del criterio oggettivo).

Le misure bilaterali consistono nella stipula di accordi o convenzioni tra gli Stati coinvolti nella doppia imposizione (criterio soggettivo preminente).

Con riferimento al credito d'imposta (quale misura unilaterale che interessa i soggetti giuridici colpiti da doppia imposizione secondo il criterio soggettivo), come asserito da Falsitta (2014, p.66) "è pari al minor importo tra l'imposta del medesimo tipo di quella dovuta nello Stato pagata all'estero... e l'imposta o quota di imposta dovuta nello Stato in dipendenza del medesimo fatto"⁸⁷.

Considerando le possibili convenzioni tra Stati (concepite primariamente sul modello OCSE) il problema può essere risolto tramite l'attribuzione ad uno solo dei due Stati della capacità impositiva: in questo caso, generalmente, la potestà normativa viene assegnata allo Stato che adotta il criterio soggettivo d'imposizione (Stato cui il fatto si ricollega soggettivamente, ovvero, lo Stato di residenza del soggetto che realizza il reddito). La convenzione limita quindi il metodo oggettivo di tassazione.

Qualora non vi fosse alcuna convenzione stabilita tra gli Stati coinvolti, quindi teoricamente l'imposizione potrebbe avvenire per ordine di entrambi gli ordinamenti (uno adottante il criterio soggettivo e l'altro il criterio oggettivo), viene data preminenza per lo Stato che adotta, quale metodo d'imposizione, il criterio oggettivo. Si fa quindi riferimento allo Stato che utilizza la fonte quale metodo per stabilire la tassabilità di un presupposto. Non

⁸⁷ Per quanto riguarda le imposte sui redditi, l'art. 165, comma 1, TUIR stabilisce che "se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta fino alla concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione".

Secondo il comma 3 del medesimo articolo, qualora il reddito prodotto all'estero, globalmente considerato, fosse prodotto in più Stati, la detrazione si applica separatamente per ciascun stato.

si fa riferimento alla residenza (o alla cittadinanza) ma al soggetto che effettivamente ha prodotto il reddito.

3.2 Applicazione della normativa di Transfer Pricing

3.2.1 Transfer Pricing: aspetti generali, gruppi di società e interessi

Il transfer pricing è una disciplina che, come asserito da Falsitta (2014, p.73) “tende a evitare che, soprattutto all’interno dei gruppi internazionali, si attui una politica di risparmio fiscale manovrando o rimodulando opportunamente i corrispettivi praticati tra le società appartenenti al medesimo gruppo”.

La normativa del transfer pricing si basa sulla valorizzazione, al valore normale, dei prezzi praticati negli scambi che vedono come soggetti, società non residenti nel territorio dello Stato e società italiane, legate da un rapporto di controllo.

L’accertamento da parte dell’Amministrazione fiscale e la eventuale rettifica dei valori secondo standard normali, si rende necessario per parificare i prezzi imposti (contrattualmente) a quelli normalmente praticati in operazioni confrontabili, in condizioni di libera concorrenza. Falsitta a tal proposito afferma che (2014, p.74) “il rilievo riconosciuto al valore normale rappresenta lo strumento in grado di ricondurre le artificiose alterazioni dei prezzi infra-gruppo fatte a scopo di pianificazione fiscale entro limiti razionali”.

La necessità è quella di evitare che, parti dichiaratamente connesse (secondo l’articolo 2359 del Codice Civile) e quindi presumibilmente incapaci o volontariamente non disposte a praticare prezzi di trasferimento normali (secondo la definizione dell’articolo 9, commi 3 e 4, TUIR)⁸⁸, attraverso l’aggiustamento dei prezzi di trasferimento, in realtà facciano una operazione di *profit shifting*, con la conseguente erosione della materia imponibile.

La presenza di gruppi internazionali, con società operanti in parte in Italia e in parte all’estero, costituisce un’ottima base di partenza per impostare politiche di prezzi tendenti alla minimizzazione del carico fiscale globale (Beghin 2014, p.173).

⁸⁸ La definizione e conseguente determinazione del prezzo normale, secondo l’articolo 9 del Testo unico delle imposte sui redditi, è già stata eseguita nel primo capitolo, al quale si rimanda per ulteriori approfondimenti.

La sostanza della disciplina del transfer pricing si basa sulla differenziazione del carico fiscale tra Stati, comportante, secondo Falsitta (2014), la concorrenza tra ordinamenti tributari.

Infatti, qualora ci si trovi al cospetto di società operanti in Paesi i quali applichino regimi fiscali differenziati (per esempio, quando alla determinazione della base imponibile, oppure quanto alle aliquote gravanti sul reddito prodotto attraverso l'esercizio delle attività economiche), potrebbe essere assai conveniente, nella prospettiva di ridurre il peso delle imposte, trasferire l'intera ricchezza prodotta (o almeno una parte di essa) in capo ai soggetti i quali, proprio in ragione del luogo di residenza, possono assicurare prelievi fiscali più miti (Beghin 2014, p.173).

In ottica di imprese che effettuano scambi internazionali e che quindi agiscono su più mercati, il fenomeno del *profit shifting* viene visto come un espediente per minimizzare il carico fiscale complessivo ed in sostanza, come punto fondamentale della pratica del *tax planning*.

Come ribadito da Finnerty, Merks, Petriccione, Russo (2007, p.76), “[profit mitigation] is at the core of global tax planning and address the most significant tax rate drivers”. Come delineato da Finnerty, Merks, Petriccione, Russo (2007, p.76), la strategia si sostanzia nella impresa multinazionale che “identifies its “portable” profits currently generated in high-tax jurisdiction and seeks to move them to lower-tax jurisdictions”.

La non indipendenza tra le società impone la verifica e comunque l'applicazione del prezzo normale di trasferimento. Infatti, la possibilità di coordinare l'attività negoziale delle imprese controllate in funzione dell'interesse del gruppo porta a fissare i corrispettivi degli scambi tra le medesime in modo da trasferire la ricchezza negli stati a tassazione più favorevole (c.d. transfer pricing): a quelle residenti in Stati ad elevata tassazione si fanno acquistare, a prezzi superiori a quelli di mercato, beni e servizi forniti dalla controllante residenti in Stati a tassazione ridotta (o viceversa, si fanno vendere i prodotti delle prime alle seconde, a prezzi inferiori a quelli di mercato), sicché viene diminuito il reddito delle prime, conservando così la ricchezza all'interno del gruppo ma assoggettandola ad un prelievo inferiore (Falsitta 2014, p.558).

Quindi, il gruppo, considerato come unità, secondo Beghin (2014, p.173) tende a ridurre il carico fiscale complessivo attraverso “operazioni commerciali connotate da prezzi fissati

non già in ragione delle caratteristiche e dell'andamento del mercato, bensì in ragione degli obiettivi di carattere tributario che... intende perseguire”.

L'esempio proposto da Beghin (2014) sarà in grado di spiegare quanto fin qui esposto.

Poniamo che la società Beta controlli Alfa, residente in Italia, e Gamma, residente all'estero. Per l'esempio, aliquota IRES in Italia pari al 27,5% e nello Stato estero al 21%.

Nella condizione di libera concorrenza, ovvero quando le imprese sono tra loro indipendenti, i prezzi di acquisto e vendita di beni e servizi, sono determinati secondo le normali forze di mercato.

Si supponga inoltre che la controllante, in forza del suo potere⁸⁹, ponga in essere una operazione atta a ridurre il carico fiscale globale.

Il guadagno – che per semplicità si suppone direttamente tassabile e quindi formante la imposta netta da liquidare – si ottiene dalla differenza tra il prezzo di vendita sul mercato (ricavi di vendita) e quanto l'impresa ha pagato per ottenere i beni (costo di acquisto).

L'imposta netta si ottiene applicando al reddito netto, l'aliquota IRES vigente nello Stato ove il reddito viene prodotto.

Le due operazioni cui si può far ricorso per ridurre il carico fiscale sono:

- Quando Alfa acquista da Gamma, aumentando il costo sostenuto;
- Quando Alfa vende a Gamma, diminuendo i ricavi di vendita.

Operazione 1): Alfa acquista i prodotti da Gamma

Fase a) nessun accordo tra le società.

- ◆ Si supponga Alfa rivenda sul mercato i prodotti a 130;
- ◆ Supponiamo che Alfa acquisti da Gamma a 100;
- ◆ Guadagno 30 tassato con aliquota 27,5%.

Fase b) accordo tra le società.

- ◆ Si supponga Alfa rivenda sul mercato i prodotti a 130;
- ◆ Alfa acquista da Gamma a 125;

⁸⁹ Il potere della controllante deriva dalla possibilità di influenza in assemblea. La nozione di controllo è data dall'articolo 2359, Codice Civile.

- ◆ Guadagno 5 tassato con aliquota 27,5%.

Operazione 2): Alfa cede i prodotti a Gamma

Fase a) nessun accordo tra le società.

- ◆ Si supponga Alfa venda i beni ad Gamma a 130;
- ◆ Alfa acquista a 100;
- ◆ Guadagno 30 tassato con aliquota 27,5%.

Fase b) accordo tra le società.

- ◆ Si supponga Alfa venda i beni ad Gamma a 105;
- ◆ Alfa acquista a 100;
- ◆ Guadagno 5 tassato al 27,5%.

Caratteristiche:	Società Alfa	Società Beta		Società Gamma
Nazionalità	Italiana	Estera		Estera
Rapporto societario	Controllata	 Holding 		Controllata
Aliquota IRES	27,5%			21%
Operazioni:	Fasi:	Differenziale		Fasi:
1) Alfa acquista da Beta	a) $130 - 100 = 30$	25	25	a) 100
	b) $130 - 125 = 5$			b) 125
2) Alfa vende a Beta	a) $130 - 100 = 30$	25	25	a) 130
	b) $105 - 100 = 5$			b) 105
Diminuzione carico fiscale complessivo	25 <u>imponibile trasferito all'estero</u> (tassazione 21%)			

Si badi che, a differenza di quanto si possa mediamente pesare, e come confermato da Beghin (2014), le operazioni non sono fittizie, ma reali: le operazioni sono concretizzate e i pagamenti corrispondenti sono eseguiti.

La particolarità dell'operazione riguarda il corrispettivo pagato, non la realizzazione dell'operazione stessa: lo scambio di beni o servizi avviene, infatti, ad un prezzo non in linea con il valore normale⁹⁰, ovvero, ad un corrispettivo non di mercato (differente quindi da quello praticato in operazioni comparabili, in condizione di libera concorrenza, tra parti indipendenti).

⁹⁰ Come già specificato in precedenza, il valore normale è quello ritraibile dall'articolo 9 del TUIR. Cfr. OECD, Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 2014.

Come è intuibile dall'esempio su riportato e da quanto fin qui esposto, il disallineamento tra il prezzo pattuito tra le imprese legate da rapporto di controllo (rapporto, normalmente⁹¹, definito dalla normativa interna dall'art. 2359) e quello di mercato (per operazioni tra parti indipendenti, "uncontrolled") serve a ridurre il carico fiscale complessivo del gruppo.

L'obiettivo della holding (la capogruppo che deve vedere all'interesse del gruppo, ovvero, all'unità formata dalle distinte società controllate) è quello, nell'ottica di gruppo, di diminuire la pressione fiscale complessiva, ovvero diminuire la quantità di imposta netta pagata (come visto, non necessariamente diminuendo il prezzo di rivendita, ma anche aumentando il costo di acquisto).

Un simile obiettivo si realizza imponendo, in forza del controllo, corrispettivi di scambio non liberamente definiti, ma influenzati dalla logica della pianificazione fiscale. Al prezzo concordato non si condensano gli effetti delle dinamiche tipiche del libero mercato, ma viceversa, si escludono scelte derivanti dall'equilibrio di interessi contrapposti.

Come chiarito da Beghin (2014), queste operazioni sono connotate da aspetti che le identificano come elusive; si guarda all'articolo 110, comma 7, TUIR, come artefice della normalizzazione dei prezzi. Il citato articolo, infatti, consentendo all'Amministrazione finanziaria la pratica della correzione⁹² indifferentemente per i ricavi o per i costi, permette di allineare i prezzi praticati a quelli teorici individuati dal comma 2 dell'articolo 110 del Testo unico delle imposte sui redditi.

Una precisazione è però d'obbligo per la corretta applicazione e interpretazione dell'articolo 110, comma 7, Testo unico: la correzione viene apportata dall'Amministrazione, come specificato al comma 7, solo se comporta un aumento del reddito (ovvero della materia imponibile).

Come precisato in Beghin (2014, p.174) "è tuttavia prevista la sua applicazione anche nei casi di riduzione del reddito, ma solamente in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità degli Stati esteri a seguito di speciali procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi".

⁹¹ Per le operazioni catalogabili come elusive (cfr. art. 110, c. 7, TUIR), la definizione di controllo non si evince dall'art. 2359 c.c. – per il fatto che questo non è stato richiamato – e quindi la prova di questo non deve necessariamente ricadere sulla sfera civilistica.

⁹² Le correzioni apportate influiscono sui successivi esercizi: secondo il comma 110 dell'art. 110, TUIR, le rettifiche apportate rilevano anche per tutti gli esercizi successivi a quello su cui grava il controllo e la corrispondente azione rettificatrice.

L'applicazione della disposizione in esame ha un duplice aspetto: uno, per così dire primario, che investe l'imprenditore e che riguarda la sua diretta applicazione in fase di accordo tra le imprese del gruppo, e uno secondario (nel senso che l'applicazione della normativa non deve essere necessariamente successiva alla imposizione da parte del fisco) che riguarda il controllo, la verifica, dei valori dei beni o servizi scambiati, ovvero, se necessario, l'applicazione del valore normale in luogo del prezzo definito tra le parti.

Grava così sul soggetto passivo il compito di verificare, volta per volta, se le transazioni effettuate con soggetti non indipendenti siano in linea con il valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati oppure dei beni e dei servizi ricevuti (Beghin 2014, p. 175).

3.2.2 Arm's length principle nella disciplina del Transfer Pricing: influenza degli intangibili, specificità e soluzioni pratiche

Come è già stato più volte specificato, la normativa in esame si sostanzia nella valutazione del prezzo di trasferimento di beni e servizi, nelle operazioni *intercompany*. Non ci si sofferma nuovamente sugli aspetti sottostanti, già ampiamente discussi, ma si cercherà qui di individuare criticità influenzanti la valorizzazione e soprattutto proporre soluzioni operative in grado di aiutare, da un lato il contribuente a muoversi dentro i confini normativi, dall'altro individuare i parametri di giudizio dell'Amministrazione.

Il Rapporto OECD *Transfer pricing and Multinational enterprises*, come articolato in Musselli e Musselli (2009), permette di definire le caratteristiche dell'*arm's length price* ovvero, gli elementi e le caratteristiche che si sarebbero rilevate in operazioni accorse tra parti indipendenti.

La dottrina ha individuato i caratteri essenziali del prezzo di libera concorrenza (*arm's length price*) che deriverebbero:

- a) Dall'analisi della transazione: i prezzi di trasferimento devono essere determinati in riferimento a singole operazioni o gruppi di operazioni simili;
- b) Dall'analisi comparativa: l'operazione è comparata con altra operazione (effettiva o ipotetica) avente caratteristiche identiche o simili;
- c) Dalla qualificazione civilistica del rapporto: quest'ultimo deve essere quello convenuto tra le imprese associate e può essere riqualificato dalle

amministrazioni finanziarie solo in casi eccezionali (come nell'ultimo Rapporto OCSE);

- d) Dal riconoscimento delle condizioni di mercato: il valore normale deve risentire delle condizioni del mercato in cui opera l'impresa;
- e) Dal riconoscimento delle strategie commerciali (soggettive) dell'impresa associata: il valore normale può riflettere le motivazioni commerciali dell'impresa che effettua l'operazione;
- f) Dall'analisi funzionale: il prezzo di libera concorrenza è determinato in rapporto alle funzioni economiche svolte dall'impresa tenendo conto dei rischi sopportati e delle risorse utilizzate (Musselli, Musselli 2009, p.73).

La determinazione del corretto valore normale, oltre che la sua eventuale ridefinizione, è fondamentale in quanto secondo Tremonti (si vedano Musselli e Musselli 2009) "il valore normale costituisce il valore tassabile degli scambi infragruppo per espressa disposizione legislativa".

La eventuale ridefinizione del valore normale quindi, modificando il valore stipulato tra le parti, e influenzando così le aree contabili e fiscali, ridetermina i nuovi maggiori guadagni che saranno tassabili con aliquota IRES vigente (per capire gli effetti di una simile operazione di accertamento è possibile rifarsi all'esempio proposto in Beghin, riportato in precedenza). Una simile operazione comporterà quindi un maggior carico fiscale in capo al gruppo rispetto a quello preventivamente stimato (e attuato).

Per valutare il valore normale di uno scambio tra parti indipendenti e in condizioni di libero mercato, devono essere considerati (OECD, 2014):

- a) Gli assets utilizzati;
- b) I rischi assunti;
- c) Le funzioni svolte

La corretta definizione del valore normale, quale parametro di confronto per il prezzo stipulato e riferimento per l'Amministrazione, è nodale in quanto veicola le scelte aziendali e l'accertamento stesso, e ha riflessi quindi sulla situazione fiscale dell'impresa (e di conseguenza, sulla liquidità aziendale).

Perché la definizione sia impeccabile e realistica, non può prescindere dalla analisi delle condizioni contrattuali stipulate dalle parti, ma nondimeno, può prescindere dalla analisi delle condizioni caratterizzanti e ambientali, ovvero, deve essere contestualizzata alla fattispecie.

Una analisi meramente teorica del prezzo (formalmente corretta e considerante l'aleatorietà delle previsioni), non potrà essere considerata sostanzialmente corretta, perché priva dei vincoli operativi che caratterizzano invece la fattispecie in esame.

I tre elementi riportati determinano, indifferentemente dal grado di loro attivazione, pure la eventuale compensazione spettante alla società che li implementa.

All'interno di un gruppo multinazionale, infatti, considerando una singola operazione, ci saranno imprese che implementando più funzioni, sfrutteranno più assets, e in definitiva si faranno carico di maggiori rischi. Altre imprese, per converso, otterranno i soli benefici dell'attivazione dell'operazione, senza sopportare maggiori rischi o implementare ulteriori funzioni.

In condizioni di libero mercato e imprese indipendenti, per le imprese che sopportano il maggior rischio, la compensazione risulterebbe imprescindibile per intraprendere l'operazione stessa. Ciò comporta la necessità, all'interno del gruppo e in ottica di prezzi di trasferimento, di determinare quali siano le reali attività portate a termine dalle società, gli assets da queste utilizzati ed in definitiva, l'entità dei rischi realmente sopportati.

Nonostante il gruppo venga considerato come unità, e pertanto l'interesse dello stesso debba prevalere rispetto ai singoli interessi autonomi, la compensazione deve essere comunque predisposta, proprio per il rispetto delle condizioni dello stato *arm's length principle*, caposaldo dell'OCSE.

L'influenza dei beni intangibili sul reddito tassabile può risultare più incisiva rispetto a quella dei beni materiali; il valore dei beni materiali, infatti, per le loro caratteristiche e i comparabili di mercato, è determinabile in modo meno aleatorio rispetto alla determinazione del valore degli intangibili. I beni immateriali, per le loro particolari caratteristiche e per l'unicità che li può caratterizzare, possono essere più difficili da comparare. La trattazione degli *intangibles* comporta una maggiore discrezionalità che deve essere considerata sia dal contribuente, in fase di anticipata valutazione dell'operazione, sia dall'Amministrazione finanziaria, in sede di accertamento.

La discrepanza tra la situazione in cui le imprese agiscono nell'interesse del proprio gruppo multinazionale e viceversa, le imprese che agiscono spinte da un proprio autonomo interesse, in quanto indipendenti, crea differenze nei prezzi di trasferimento che debbono essere considerate distorsori delle condizioni normali (prezzo di libera concorrenza, tra parti indipendenti).

L'OCSE nelle *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles* (2014), con riguardo a quanto affermato, detta delle possibili condizioni rilevabili (e rilevanti) in sede di valutazione:

- i. Una lacuna nella comparazione tra intangibili utilizzati in transazioni tra imprese associate e transazioni tra imprese indipendenti;
- ii. Una lacuna nella valutazione tra intangibili presenti nelle transazioni;
- iii. La proprietà o l'uso di differenti intangibles da parte di imprese associate all'interno del gruppo;
- iv. La difficoltà di isolare l'impatto di particolari intangibili sul reddito della multinazionale;
- v. La disponibilità di alcune società del gruppo a sviluppare, mantenere e integrare beni intangibili, che in situazioni di indipendenza non si verificherebbe;
- vi. La disponibilità da parte delle imprese del gruppo a incrementare il valore degli intangibili negli anni in cui questi non creano alcun ritorno economico;
- vii. Il fatto che alla base dell'operazione di trasferimento tra parti legate ci sia un contratto (che definisce parametri influenzanti l'assunzione di rischi, il controllo, l'investimento in intangibili, ecc.), che spesso determina condizioni fuori mercato, determina il fenomeno del base erosion and profit shifting.

A supporto di quanto finora riportato, l'OECD (2014), con lo scopo di definire se le condizioni rispettino il principio di libera concorrenza, propone delle accortezze da seguire per perseguire una corretta analisi della transazione:

- (i) Identificare il proprietario – legalmente riconosciuto – che fonda i propri diritti sulle disposizioni di contratto, registrazioni, accordi, accordi di licenza, ecc.
- (ii) Identificare quali parti implementano le funzioni, quali assets utilizzano e che rischi assumono relativamente allo sviluppo, alla creazione e al mantenimento degli intangibili;
- (iii) Identificare e definire i termini a rilevanza legale che riguardano la proprietà degli intangibili oggetto dell'analisi;
- (iv) Ove possibile, determinare il prezzo di libera concorrenza riferito alla transazione sottoposta ad analisi, definendo funzioni, assets e rischi per ogni parte coinvolta;
- (v) Ridefinire, se necessario, i termini della transazione per riportarla ad una condizione confacente ai termini della libera concorrenza.

Rispetto alla determinazione della detenzione legale degli intangibili, possono sussistere casi in cui la proprietà non possa essere definita in modo corretto, preciso e puntuale. In altre parole, possono sussistere contratti che risultano essere nella sostanza più che lacunosi, fino al punto limite di definire in modo insufficiente la proprietà dell'intangibile oggetto d'analisi.

Come dettato dalle disposizioni dell'OECD (2014), qualora i contratti risultassero lacunosi o addirittura incompleti, i termini esplicitati dovrebbero essere "revisionati" per risultare così, in maggior misura, aderenti a quelli normalmente riscontrabili in una situazione comparabile, definita in uno stato di libero mercato. Si dovrebbe perciò far ricorso al più volte nominato principio di arm's length.

La varie forme di protezione legale (tra le quali si menzionano, i brevetti, i trademark e contratti trade secret) permettono una identificazione più agevole e legalmente legittimata del diritto di proprietà, e quindi del soggetto che può disporne, rispetto alla semplice forma di non protezione. L'uso di una forma legalmente riconosciuta permette quindi, oltre alla protezione dei propri diritti nei confronti degli altri, di essere identificati inequivocabilmente come proprietari dell'intangibile e quindi di poter disporre dei diritti sottostanti al bene.

Con disposizione dell'OECD (2014), qualora non si ricorresse ad una formale protezione del bene intangibile, il soggetto che controlla e dispone⁹³ – nella sostanza – il bene oggetto dell'accordo, per lo scopo del transfer pricing, sarà considerato il proprietario legale dell'intangibile.

Tuttavia, è bene specificare che il proprietario legale, in qualsiasi modo esso sia definito, non è titolare di tutti i diritti sull'intangibile. Le clausole contrattuali sono infatti caratterizzanti.

L'analisi delle clausole, ancorché sia pratica indispensabile, si scontra con l'effettiva distribuzione, all'interno del gruppo multinazionale, delle funzioni, degli assets e dei rischi. Solamente l'analisi delle tre componenti riportate permette di identificare concretamente il valore normale dello scambio del bene intangibile o di bene incorporante intangibile.

Come anticipato, le definizioni sostanziali della fattispecie, in alcuni casi, comporta la elargizione di una remunerazione atta a compensare il sostenimento di rischi ulteriori. La remunerazione, come stabilito dall'OECD (2014), può essere di due tipi:

⁹³ Come confermato dalle disposizioni dell'OCSE (2014), si assume che, chi controlla e dispone del bene, sia anche in grado di evitare che il bene stesso venga, in tutto o in parte, utilizzato (oppure venga adottato secondo le disposizioni e/o restrizioni impartite).

- a) Anticipata (o *ex ante*): si riferisce alle future entrate divise tra le società appartenenti al gruppo;
- b) Posticipata (o *ex post*): si riferisce alle entrate suddivise tra i membri del gruppo, ricavate dalla trattazione dell'intangibile.

Generalmente la compensazione utilizzata per remunerare la società che sviluppa, mantiene e implementa il bene intangibile, è determinata in modo anticipato, *ex ante* alle entrate ricevibili dall'operazione.

Quindi, in definitiva, la compensazione che ogni parte del gruppo riceve, è in linea con le comprovate prestazioni servite alla realizzazione della transazione. Esistono casi in cui è difficile portare a termine l'analisi, ovvero, determinare la corretta remunerazione per le parti.

Come dettato dall'OECD (2014) le principali situazioni in cui l'analisi può portare a risultati non privi di incertezza, si manifestano quando:

- L'intangibile è prodotto internamente dalle imprese del gruppo, ed in particolare, quando questo è trasferito all'interno del gruppo;
- L'intangibile serve da base per lo sviluppo futuro dello stesso;
- La creazione del valore è influenzato da altri aspetti, tra cui l'attività di marketing e l'attività produttiva.

Per ovviare ai suddetti problemi valutativi, l'OECD (2014), propone una serie di indicazioni che sono di seguito sintetizzate:

- 1) Ri-definire le funzioni e i soggetti realmente coinvolti nello svolgimento delle funzioni; ciò comporta:
 - a. Definire se esistono funzioni non svolte dal legale proprietario dell'intangibile, alcune funzioni, ad esempio, possono essere date in outsourcing;
 - b. Le funzioni, qualora esistesse una comprovata disparità di trattamento, devono essere compensate da una adeguata remunerazione;
 - c. Il proprietario formalmente definito deve compensare non solo chi esegue le funzioni, ma anche chi ha il controllo e la responsabilità operativa delle funzioni in esame;
 - d. Il proprietario, ancorché non svolga lui stesso le funzioni, riceva in ogni caso una quota delle entrate, ovvero una remunerazione per compensare assets prestati e rischi assunti;

- e. Definire le funzioni maggiormente rilevanti (tra cui, ad esempio, si inseriscono la funzione pianificazione di marketing, design e la funzione controllo di qualità) e (ri)definire un'adeguata remunerazione.
- 2) Uso degli assets; la definizione degli assets realmente utilizzati, e la comprensione del loro valore, comporta:
 - a. La definizione del soggetto finanziatore e del soggetto utilizzatore. Il socio finanziatore⁹⁴ (che può anche non svolgere alcuna funzione), necessita di una remunerazione adeguata per i rischi che si assume nel finanziare attività e assets e magari nel non controllare nessuno dei due elementi.
 - 3) Assunzione di rischi; la individuazione dei rischi assunti comporta:
 - a. L'individuazione del proprietario effettivo dell'intangibile e degli altri membri del gruppo titolari di diritti e doveri su di esso, ovvero detentori del rischio sul bene intangibile. Questi soggetti devono essere compensati adeguatamente per l'attività svolta.
 - b. L'individuazione di particolari rischi⁹⁵ per la loro valutazione e conseguente definizione della remunerazione corrispondente. La determinazione di questi rischi e della remunerazione è fattore idiosincratico.
 - 4) Ritorno (ex post) inaspettato; eventi imprevedibili possono aumentare o diminuire il ritorno di un'operazione coinvolgente intangibili, per questo, deve essere considerato:
 - a. Se la divisione della remunerazione prevista ex ante è in linea con le reali funzioni svolte, gli assets utilizzati e i rischi assunti, ponendo l'attenzione ad una ipotetica condizione di libero mercato (principio cardine) e stabilendo se le mutate condizioni (maggiori entrate)

⁹⁴ L'attività di finanziamento fa sorgere le seguenti "key questions" in capo al soggetto investitore (OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014):

- (i) Qual è il rischio finanziario assunto?
- (ii) Sussiste la capacità di sopportare il rischio individuato?
- (iii) Chi è il risk controller?
- (iv) Quali sono le alternative finanziarie?
- (v) Qual è la remunerazione anticipata in linea con la funzione svolta?

⁹⁵ OECD (2014) ne elenca alcuni:

- (i) Rischi connessi ai costi di R&D;
- (ii) Rischio legato all'obsolescenza dei beni sviluppati e prodotti;
- (iii) Rischi legati alla violazione di diritti sugli intangibili;
- (iv) Rischi connessi all'attività di produzione, in primis, alla assunzione di debiti.

permettono di incrementare il compenso assegnato ex ante alle singole parti coinvolte;

- b. Se la anticipata individuazione delle parti che assumono i rischi è in linea con l'effettivo svolgimento delle attività ovvero con la reale entità dei rischi singolarmente aggiudicati dai fatti; in particolare, si deve testare ex post se l'assunzione del controllo e delle funzioni correlate al rischio devono essere considerate permettono così di modificare la remunerazione.

Un ulteriore aspetto individuato dall'OECD (2014) riguarda la capacità finanziaria, intesa come capienza economica in grado di supportare i rischi relativi ad una non anticipata serie di eventi, modificatori delle condizioni preventivamente individuate e sulle quali si basano tutte le decisioni prese, comprese quelle relative alla suddivisione del compenso.

In these situations ex post profit levels can provide a pointer to tax administrations about the arm's length nature of the ex ante pricing arrangement agreed upon by the associated enterprises, and the existence of uncertainties at the time of the transaction (OECD 2015, p.4).

Applicazione dei principi OECD: alcuni esempi

Per meglio comprendere come sia possibile applicare i concetti esposti, si riportano di seguito stralci di esempi descritti nella *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles* (2014). Gli esempi sono strutturati sulle principali funzioni coinvolgenti i beni intangibili, riscontrabili quindi tra le operations di una multinazionale.

A supporto di quanto sostenuto riguardo alla compensazione dovuta alle parti e all'uso e al ruolo degli intangibili, l'OECD (2014) afferma che per definire il contributo spettante alle parti coinvolte nelle operazioni, ogni membro che svolge funzioni, impiega assets e supporta rischi ulteriori, deve essere compensato seguendo il principio della libera concorrenza (arm's length principle).

Per spiegare la corretta compensazione, deve essere valutato (OECD 2014):

- Il livello e la natura delle attività intraprese;
- La quantità e la forma della compensazione pagata.

Per rispettare quanto dettato dall'OCSE, le attività devono essere comparabili secondo:

- Funzioni e performance similari;
- Compensazione ricevuta secondo il principio delle parti indipendenti;
- L'anticipata creazione del valore dell'intangibile, basata su parti indipendenti che svolgono funzioni simili.

1) Sviluppo dell'attività di marketing sugli intangibili (il marchio)

Quando un'impresa legalmente legata ad una società detentrica del marchio, promuove attività di marketing o implementa funzioni di vendita che hanno come conseguenza quella di recare un beneficio anche al proprietario legale dello stesso marchio, è necessario determinare come il marketer/distributore può essere compensato per la sua attività.

Sintetizzando, è necessario quindi definire se il marketer/distributore debba essere compensato per:

1. La sola attività promozionale e distributiva; o
2. L'incremento al valore dell'intangibile apportato dalle funzioni svolte.

Come elencato dall'OECD (2014), l'analisi deve comprendere:

- (i) le obbligazioni e i diritti derivanti da accordi formali;
- (ii) le funzioni svolte, gli assets utilizzati e i rischi assunti dalle parti coinvolte;
- (iii) il valore ex ante acquisito dall'intangibile e creato dalle attività svolte e correlate ad esso;
- (iv) la compensazione per le attività svolte dal marketer/distributore (considerando gli assets coinvolti e i rischi di cui si fa carico).

Si possono distinguere due casi: (i) distributore agente e (ii) distributore marketer.

Caso (i): *distributore agente*

Quando il distributore svolge le mere funzioni di agente, viene compensato per le attività promozionali svolte e alle dirette dipendenze del proprietario legale, nessuna altra remunerazione deve essere a lui accreditata.

L'agente deve essere solamente compensato per la sua attività di mero intermediario e non è quindi titolato a pretendere e ricevere ulteriori remunerazioni.

Caso (ii): *marketer/distributore*

Quando il distributore svolge ulteriori funzioni, e specificatamente di marketing⁹⁶, deve essere valutato se queste possano essere effettivamente in grado di apportare valore⁹⁷ all'intangibile e inoltre, se tale valore possa essere suddiviso tra le parti in causa.

In questo caso, il marketer/distributore deve essere remunerato per le funzioni aggiuntive intraprese (e i rischi ad esse connesse), così che i benefici che questo infonde sugli intangibili e conseguentemente, sui soggetti legalmente proprietari dello stesso, possano essere equamente distribuiti attraverso la rivalutazione dei profitti (in pratica, come se una siffatta operazione fosse realizzata in un mercato libero, ove le attività vengono svolte da parti indipendenti).

La remunerazione può consistere in (OECD 2014):

- a) una maggiore distribuzione di profitti;
- b) una riduzione delle royalty rate;
- c) una divisione dei profitti derivanti dall'incremento del valore del trademark o degli altri intangibili;
- d) in altre compensazioni al marketer/distributore per le funzioni praticate⁹⁸.

2) Ricerca, sviluppo e applicazione di processi

La remunerazione per l'attività di ricerca e sviluppo fatta sugli intangibili dipende da tutti i fatti e le circostanze sorte durante l'attività.

Secondo l'OECD (2014), le maggiori circostanze influenzanti la valutazione dell'attività di R&D e quindi la valorizzazione della stessa, sono identificabili nell'uso di intangibili di proprietà, il controllo e la gestione degli stessi da parte di altre società ed infine, la detenzione da parte del team di particolari skills e possono inoltre usufruire dalla esperienza accumulata nel pregresso.

⁹⁶ Si specifica che, per le ulteriori attività poste in essere dal marketer, non venga contrattualmente stabilito il pagamento di una adeguata remunerazione (si veda OECD 2014).

⁹⁷ Al solito, il beneficio ritraibile dall'attività prestata deriva da (e pertanto deve essere valutato in base a) tutte le funzioni svolte, gli assets sfruttati e i rischi di cui si fa carico (si veda OECD 2014).

⁹⁸ Alle funzioni svolte si accostano gli assets sfruttati e i rischi correlati (come nello stato di libera concorrenza).

Volendo definire nel concreto la gestione dell'attività di ricerca e sviluppo, si può fare riferimento al seguente esempio (OECD, Example 15, p.110 con mie modifiche e traduzione, al quale si rimanda per maggiori dettagli):

S è holding di un gruppo multinazionale (S group). Il gruppo mantiene due sezioni di ricerca e sviluppo, una residente nella holding S, nello Stato X, che indicheremo come RDX, e una attiva nello Stato Y (sezione operante come subsidiary), che indicheremo come RDY.

RDX è responsabile di tutta l'attività di ricerca e sviluppo del gruppo (S group) e opera in accordo con il management del gruppo e ne segue le sue disposizioni.

RDY opera in progetti separati assegnati direttamente da RDX. Il personale addetto a tali attività, qualora volontariamente proponesse (o per qualche causa incontrollabile, ne sentisse la necessità) obiettivi differenti ai progetti, dovrebbe richiedere formalmente l'approvazione alla sede centrale di ricerca e sviluppo RDX.

Dai contratti stipulati tra le due sedi si desume che la holding S, quale sede principale, si fa carico di tutti i rischi connessi all'attività e i relativi costi, anche quelli riferibili alla subsidiary RDY. Tutti i diritti restano in capo alla capogruppo S, anche quelli prodotti dalla subsidiary. Inoltre, da contratto, S paga RDY per l'attività prestata al gruppo (ricerca e sviluppo).

L'analisi di transfer pricing parte dall'assunto che la holding S è la detentrica di tutti i diritti sugli intangibili. Il management della società S controlla e gestisce entrambe le società dedite all'attività di ricerca e sviluppo. S è titolata quindi a ricevere i profitti derivanti dalla R&D.

La subsidiary è invece titolata a ricevere la giusta ricompensa per le funzioni svolte, gli assets messi a disposizione e i rischi assunti.

Nell'analisi di comparazione fattori quali le skills del personale, l'efficienza dello stesso e la natura della ricerca in oggetto, devono essere considerati come metro di paragone per effettuare la corretta determinazione at arm's length della remunerazione pagata (arm's length price).

A fronte dei fattori idiosincratici, se necessario, deve essere inoltre previsto un adeguamento conforme alla fattispecie per definire la corretta quota di utili distribuiti in luogo della prestazione di servizi di ricerca e sviluppo.

3) Pagamenti per l'uso del nome della compagnia

Importanti per l'identificazione della multinazionale sono il nome del gruppo, il nome commerciale e gli intangibili simili comunque definiti. Inevitabile che su questi fattori si pongano in essere delle operazioni che investono la disciplina del transfer pricing.

Come regola generale, l'OECD (2014) esclude il pagamento di qualsiasi somma per il mero fatto di appartenere al gruppo stesso o di utilizzare, in quanto associati, il nome del gruppo per le normali attività.

Si riportano di seguito tre casi, coinvolgenti altrettanti tipi di intangibili, e se ne discute la trattazione, fornendo soluzioni a possibili controversie (per una specifica trattazione si rimanda a quanto stabilito nei paragrafi della guida dell'OECD, 2014).

1) trademark o altri intangibili posseduti da un solo soggetto del gruppo.

Quando ad essere proprietario legale del trademark o di altro intangibile è una sola società del gruppo, e nel caso in cui un suo utilizzo determini un ritorno economico per il fruitore, il soggetto giuridico è titolato a ricevere un compenso per lo sfruttamento di un suo bene. La remunerazione deve avvenire ad un prezzo conforme a quello stabilito in una operazione assimilabile, in un mercato libero e tra parti indipendenti (sintetizzando, ad un prezzo normale).

2) group name.

Considerando il nome del gruppo, l'OECD (2014) detta alcune accortezze considerabili in fase di valutazione del corrispettivo pagato per il suo utilizzo.

Queste sono:

- 1) valutare i benefici economici ritraibili;
- 2) analizzare costi e benefici con riguardo alle valide alternative;
- 3) determinare il reale contributo che, il legale proprietario, dà alla valorizzazione del nome;
- 4) definire le funzioni svolte, gli assets utilizzati e i rischi effettivamente assunti.

3) acquisizione di un business florido di cui si usa il nome.

Con riferimento all'operazione basata sull'acquisizione di un business florido da parte di una società finanziariamente ed economicamente impeccabile, e l'utilizzo del nome del business assimilato, una remunerazione automatica non è prevista.

Solo se c'è una ragionevole certezza di ottenere specifici benefici economici dall'operazione di acquisizione e dal conseguente utilizzo del nome del business inglobato, il pagamento corrispondente deve essere informato ai valori stimati.

Se, nel caso di acquisizione di un business florido, l'obiettivo è quello di sfruttare, attraverso l'utilizzo del nome, la posizione creata nel territorio dal business acquisito e quindi sfruttare il potere di mercato nel tempo maturato, deve essere prevista una remunerazione in linea coi benefici ritraibili.

La quota di utili prodotti deve essere comparata con le funzioni svolte, gli assets utilizzati e i rischi in connessione con l'operazione.

3.3 Le transazioni e i rischi nel Transfer Pricing

Come riconosciuto dall'OECD (2014) esistono principalmente due tipologie di transazioni rilevanti per la disciplina del transfer pricing:

- a) le transazioni coinvolgenti il trasferimento di intangibili o i diritti sugli intangibili;
- b) le transazioni basate sull'uso degli intangibili in quanto connessi ai beni o servizi (a qualsiasi titolo) ceduti.

Della prima categoria fanno parte:

- (i) le transazioni che si basano sul trasferimento degli intangibili o dei diritti sugli intangibles. Per questa categoria (che assegna il nome a quella macro, in cui è contenuta) deve essere identificata la natura degli immateriali e/o i diritti sugli intangibili oggetto dell'accordo tra imprese associate. A riguardo vanno valutate, in ottica di transfer pricing, le licenze o imposizioni/limitazioni⁹⁹ simili;

⁹⁹ Le limitazioni, secondo l'OCSE, comportano una variazione del valore dei diritti trasferiti e del valore degli intangibili stessi. In fase di analisi di comparazione le limitazioni o ogni altro accordo, devono essere considerati al fine di stimare il corretto valore degli intangibles oggetto della transazione. Specularmente, le limitazioni e gli accordi tratteggiati andranno a modificare il valore cui sono cedibili i beni o i diritti e quindi andranno a delineare un diverso valore normale al quale si dovranno avvicinare (fase di verifica).

- (ii) le combinazioni di intangibili. Quando si valuta una transazione che combina più intangibili, innanzitutto, deve essere fatta una puntuale identificazione degli intangibili coinvolti e operare una stima dell'influenza delle caratteristiche salienti sull'operazione. È fondamentale inoltre valutare la natura legale ed economica dell'interazione tra gli intangibili;
- (iii) il trasferimento di intangibili o dei diritti sugli intangibili in combinazione con altre transazioni coinvolgenti beni tangibili o servizi. In una simile transazione è necessario identificare il valore di ogni asset coinvolto in modo da verificare che ogni asset è stato valutato secondo il principio di libera concorrenza. Nei casi in cui il singolo valore non potesse essere valutato o la disaggregazione risultasse controversa, la valorizzazione si dovrebbe fermare all'aggregato.

Per quanto riguarda la seconda categoria, l'uso degli intangibili in accordo con lo scambio di beni o servizi, ogni intangibile coinvolto (ancorché di essi non venga trasferito né il diritto di proprietà né ogni altro diritto) deve essere opportunamente considerato per poter definire la fattispecie e approntare l'analisi di comparabilità. L'operazione è dicotomica: da un lato si ha la vendita dei beni o servizi (quindi il trasferimento dei diritti ad essi ascrivibili) e da un lato l'uso degli intangibili (che non comporta alcun trasferimento, né di proprietà né di alcun altro diritto). Lo scopo è quello di selezionare in modo opportuno il corretto metodo di valorizzazione di transfer pricing e scegliere quindi la corretta tested party.

I rischi sorgenti dalle operazioni di transfer pricing sono rilevati in ottica dell'ottenimento di benefici economici futuri. In sostanza, i rischi vanno valutati comparabilmente alla redditività futura attesa. Inoltre, ai fini della corretta valutazione, i rischi, vanno valutati in accordo con la loro suddivisione tra le parti.

L'OECD (2014) elenca alcuni tipici rischi ravvisabili nelle operazioni di transfer pricing; i rischi sono:

- relativi allo sviluppo futuro dell'intangibile;
- relativi alla obsolescenza e al deprezzamento del valore dell'intangibile;
- relativi all'inosservanza dei diritti sugli intangibili;
- relativi alla creazione di debiti per l'uso futuro degli intangibili.

I rischi relativi allo sviluppo futuro dell'intangibile, come specificato dall'OECD (2014), ricomprendono quelli concernenti alla valutazione del legame tra intangibile e prodotti

commercializzati, il modo in cui l'intangibile supporta la commercializzazione del prodotto, i costi attesi connessi ai ricavi futuri e la percentuale di successo della fase di testing.

I rischi relativi alla obsolescenza e al deperimento del valore dell'intangibile, include, secondo quanto stabilito dall'OECD (2014), la stima della percentuale di successo dei concorrenti in modo da stabilire se esista una concreta possibilità che il margine di guadagno raggiunto venga eroso dal buon risultato commerciale dei beni legati ad intangibles.

I rischi legati all'inottemperanza dei diritti sugli intangibili, come specificato nelle guidelines OCSE (si veda OECD 2014), ricomprendono la possibilità che il successo commerciale di alcuni beni possa determinare il mancato rispetto (in tutto o in parte) dei diritti concentrati sull'intangibile. Inoltre, a questa categoria, appartengono i rischi legati alla possibilità o meno, da parte del legale proprietario, di prevenire l'inosservanza dei diritti da esso conservati sul bene.

3.4 Analisi di comparabilità e intangibili

Il processo di comparabilità, come specificato dall'OCSE (si veda OECD 2010) si basa sull'esame di due steps:

- a) la transazione controllata (tra parti collegate);
- b) la transazione tra parti indipendenti, considerata come potenziale comparabile.

L'analisi di comparabilità serve quindi, innanzitutto, ad applicare l'arm's length principle (quale principio a valenza generale) nel modo più corretto possibile; la portata generale del caposaldo della libera concorrenza non esclude infatti che possano sorgere difficoltà nell'applicazione. La difficoltà di applicazione è dovuta innanzitutto dalla presenza di fattori idiosincratici nelle situazioni in esame (caratterizzanti) e con rilievo non meno importante, dalla relazione intercorrente tra le imprese del gruppo (collegamento o controllo come specificato).

Inoltre, l'analisi in oggetto, è utilizzata nella fase di scelta del miglior metodo di transfer pricing¹⁰⁰. Essendo i metodi proposti aderenti al principio della libera concorrenza, la

¹⁰⁰ Come definito al paragrafo 2.2 dalle disposizioni OECD (2010b), la selezione del metodo di transfer pricing si basa:

- Sulla definizione dei punti di forza e di debolezza di ogni metodo identificato dall'OCSE stesso;
- L'appropriatezza del metodo rispetto alla fattispecie in esame (in particolare, con riferimento all'analisi funzionale);

selezione del più appropriato, con riguardo ad una potenziale transazione in esame, permette di enumerare le condizioni considerabili come riferimenti per lo studio dell'arm's length price da applicare. Tuttavia, data la non assolutezza della materia¹⁰¹, ancorché i metodi siano costruiti sul rispetto del metodo della libera concorrenza, non è assicurato (per l'aleatorietà che comunque contraddistingue la materia) che il risultato sia perfettamente aderente alle aspettative di assoluta correttezza e veridicità.

Come indicato nella review dell'OCSE (2010), il processo di comparabilità si snoda in 9 fasi; di seguito si riportano gli steps enumerati costituenti la analisi della comparabilità:

step 1: determinazione degli anni;

step 2: analisi delle circostanze che influenzano il contribuente;

step 3: capire la transazione in analisi (in particolare con riguardo alla analisi funzionale) in modo da scegliere le parti della comparazione (tested party), il metodo più appropriato, gli indicatori finanziari testati ed inoltre, definire le determinanti rilevanti per l'analisi;

step 4: revisione degli interni comparabili;

step 5: determinazione delle informazioni rispetto ai comparabili esterni;

step 6: selezione del maggior performante metodo di transfer pricing;

step 7: identificazione dei comparabili basata sulla determinazione delle caratteristiche per la incontrollata transazione in modo che possa essere da considerata come potenziale comparabile;

step 8: determinazione di un aggiustamento se necessario;

step 9: interpretazione e uso dei dati raccolti e della arm's length remuneration.

Tramite l'implementazione dello step 2 si determinano i fattori esogeni che influenzano il contribuente; le componenti analizzate sono riferite all'ambiente circostante (operativo per la società), le caratteristiche del mercato (livello di innovazione, presenza di brevetti, ecc.), le

-
- La disponibilità delle informazioni (soprattutto riguardo le transazioni come riferimento) necessarie alla scelta del miglior metodo per la situazione sotto esame;
 - Il grado di comparabilità tra la transazione controllata e quella tra parti non collegate e l'aggiustamento necessario.

Le due categorie di metodi possibili, quella nominabile tradizionale e quella "transactional profit", servono, come specificato al paragrafo 2.1., *op. cit.*, sono consistenti con l'arm's length principle.

¹⁰¹ L'OECD (2010, p.64), lapidaria, asserisce che "transfer pricing is not an exact science".

norme regolatrici, il livello di competizione (fattori determinanti la competizione nel settore), e qualsiasi altro fattore influenzante.

Con riferimento allo step 3, considerando che le transazioni possono essere molteplici e concatenate tra loro, è possibile, in alcuni casi, valutare separatamente le singole transazioni, ed in altri, considerare l'aggregato delle transazioni come unità. Questa distinzione, apparentemente non rilevante, risulta invece fondamentale quando, soggetto dell'analisi è una multinazionale e oggetto della stessa sono beni intangibili quali, ad esempio, licenze, know-how, brevetti, trademarks, servizi amministrativi e tecnologici.

Come specificato dall'OECD (2010a, p.55), infatti, “an MNE may package as a single transaction and establish a single price for a number of benefits such as licences for patents, know-how [etc] and... this type of arrangement is often referred to as a package deal”.

Come suggerito dall'OECD (2010a), la soluzione da adottare in questi casi è quella di disgregare l'unità coinvolgente il trasferimento degli intangibili e definire i singoli prezzi di trasferimento: i singoli prezzi dovranno essere conformi alle disposizioni dell'arm's length principle. Tuttavia, nonostante l'analisi debba essere condotta separatamente per i singoli intangibles, per completezza, deve essere valutato se il prezzo di trasferimento del pacchetto sia aderente a quello ritraibile dalla comparazione con una transazione simile, tra parti indipendenti, operanti in un mercato di libera concorrenza¹⁰².

Con riferimento allo step 9, ma con portata generale, è possibile, ricalcando le parole dell'OCSE (2010), asserire che l'applicazione dei metodi di valutazione può portare a produrre un range di risultati, ognuno dei quali considerabile corretto e di riferimento¹⁰³.

È chiaro che l'applicazione del metodo della libera concorrenza produce solo un'approssimazione¹⁰⁴ alle condizioni teoriche dell'arm's length principle. Come sostenuto dall'OCSE nel paragrafo 3.55 (OECD 2010a), è possibile interpretare i vari punti all'interno del range come i risultati dei differenti accordi tra società indipendenti.

¹⁰² Così come definito dalle disposizioni dettate dall'OECD (2010a).

¹⁰³ Rispetto ai valori del range, l'OECD (2010a, p.65), afferma che “it could be argued that any point in the range satisfies the arm's length principle”.

Per identificare ed escludere i punti con meno grado di comparabilità, l'OECD (2010a) consiglia di fare riferimento alla misura di tendenza centrale (come ad esempio, la media, la mediana o la media ponderata) in modo da minimizzare il rischio di errore.

¹⁰⁴ Gli aggiustamenti servono generalmente a rispecchiare nel modo più preciso possibile le condizioni (teoriche) di libera concorrenza.

L'inesattezza della procedura è dovuta sia alla possibilità di non applicare in modo corretto i capisaldi o le metodologie, sia alla aleatorietà degli stessi principi alla base dell'analisi.

In una situazione ipotetica in cui siano sottoposte alla stessa medesima transazione, più società, proprio perché non sottoposte a vincoli, riescono – in fase di trattativa – ad ottenere punti d’incontro che, per le varie coppie possono portare a risultati non coincidenti. La libertà a cui possono far ricorso (dovuta alla indipendenza delle parti) permette indirettamente di far esprimere il proprio potere contrattuale, con il risultato che, ogni transazione si differenzierà l’una dall’altra.

Le Guidelines OCSE identificano una serie di fattori di cui tener conto nella conduzione dell’analisi di comparabilità, quali, ad esempio:

- gli utili attesi dallo sfruttamento del bene;
- il carattere esclusivo o non esclusivo dei diritti trasferiti;
- restrizioni all’esportazione per i beni prodotti grazie ai diritti trasferiti;
- spese di avviamento ed il necessario lavoro di sviluppo sul mercato;
- i limiti geografici entro il quale poter esercitare i diritti sul bene immateriale oggetto della transazione;
- la possibilità di concedere sub-licenze;
- la rete di distribuzione del concessionario;
- l’investimento di nuovi capitali per costruire nuovi impianti o per acquisire macchinari specifici (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.98).

Come specificato dalla review dell’OCSE (si veda quanto suggerito in OECD 2010a), l’analisi in oggetto può essere inoltre eretta sulla comparabilità di indicatori finanziari. Questi indicatori, in alcune situazioni, possono essere più efficienti nella individuazione delle peculiarità che determinano le differenze tra le fattispecie in comparazione.

Gli indicatori finanziari sono:

- a. Il mark-up sui costi;
- b. Il margine lordo;
- c. Gli indicatori di profitto netto.

Aspetto interessante per l’analisi degli intangibili riguarda la gestione delle loro caratteristiche in ottica di valorizzazione del trasferimento. Le caratteristiche significative, invero tanto per i beni materiali quanto per i beni immateriali, sono caratterizzanti e allo stesso tempo, distintive per la fattispecie.

La unicità o la specificità – data dalla natura stessa dei beni – che può contraddistinguere un intangibile può in alcuni casi rendere difficile la comparazione con altre fattispecie. Le differenze riscontrabili possono comportare significative conseguenze economiche che possono essere difficilmente colmabili (si veda OECD 2010a).

Se, in particolare, il compenso dell'operazione è formato principalmente dal valore dell'intangibile, e sono presenti le caratteristiche di cui sopra, allora l'operazione non sarà facilmente confrontabile (perché sostanzialmente caratterizzata dall'intangibile). Soluzione proposta per prezzare l'operazione, è quella di utilizzare il metodo di *transfer pricing* che meno si fonda sulla valutazione dell'intangibile (si veda OECD 2010a).

La scelta del metodo, come asserito dallo stesso OECD (2014), incontra dei limiti operativi che dovranno essere considerati per incrementare l'aderenza del metodo alla fattispecie in esame (si veda il paragrafo dedicato alla descrizione dei metodi).

3.4.1 La caratteristiche degli intangibili nell'analisi di comparabilità

Importante tema nell'analisi di comparabilità riguarda le caratteristiche che i beni intangibili posseggono e che, secondo l'OECD (2014), influenzano la comparabilità con altre transazioni.

Le caratteristiche individuate sono (OECD 2014):

- a) Esclusività;
- b) Estensione della protezione legale;
- c) Estensione geografica;
- d) Vita utile;
- e) Stadio di sviluppo;
- f) Diritti di revisione e aggiornamento;
- g) Aspettativa di benefici futuri.

Esclusività. L'esclusività dei beni intangibili si riferisce alla protezione offerta agli stessi attraverso un qualsivoglia strumento di protezione legale (ad esempio il brevetto). La protezione sull'intangibile oggetto della transazione, permette inoltre di preservare la posizione creata con la detenzione o l'uso dell'intangibile stesso.

Come ben specificato dall'OCSE (OECD 2014, P.67) “if the party controlling intangible right can exclude other enterprises from the market, or exclude them from using intangibles that provide a market advantage, that party may enjoy a high degree of market power or influence”.

Estensione della protezione legale. L'estensione dei diritti influenza in modo determinate, perché prescinde dalle caratteristiche dell'intangibile, alcune transazioni e per questo motivo, è un aspetto da considerare quando si opera una comparazione con transazioni che hanno ad oggetto intangibili simili.

Al netto delle caratteristiche dell'intangibile coinvolto nell'operazione, infatti, la durata stipulata influenza l'analisi in quanto caratterizza la fattispecie in esame: una durata maggiore (minore) comporta che i diritti, di proprietà o uso, si estendano per più (meno) esercizi rispetto alla comparabile, e ciò comporta un incremento (diminuzione) dei benefici attesi per la società.

La estensione della protezione, tuttavia, deve essere comparata con la vita utile del bene oggetto. Se un intangibile ha vita utile limitata, la durata della protezione legale, influenza il suo valore attraverso l'aspettativa di benefici futuri.

Estensione geografica. L'estensione geografica della protezione legale influenza inevitabilmente la comparazione tra transazioni. Ceteris paribus, maggiore sarà l'estensione geografica, maggiore sarà la protezione cui potrà avvalersi la società detentrici dei diritti.

La valutazione dei benefici derivanti dalla estensione geografica, tuttavia, si deve scontrare con due importanti aspetti:

- Le caratteristiche del bene e se distinti, le caratteristiche dell'intangibile;
- Le caratteristiche dei mercati in cui la protezione può essere fatta valere.

Come è facilmente intuibile, ancorché la protezione sia estesa su più mercati (Stati), le caratteristiche del bene (e dell'intangibile) andranno ad influenzare la loro possibilità di accesso ai mercati: esistono infatti prodotti che non possono accedere ad alcuni mercati (o Stati) in quanto le loro caratteristiche si scontrano con limiti legali o economici; in più, le caratteristiche dei mercati stessi (o la loro prevedibile evoluzione) possono vincolare la commerciabilità dei beni stessi. Tutto ciò diminuisce i benefici attesi del bene ancorché questo sia globalmente protetto.

Vita utile. Alcuni intangibili, per le loro caratteristiche, hanno una durata limitata della loro vita utile. Ciò influenza inevitabilmente il ritorno economico atteso. Alcuni intangibili, poi, vedono influenzata la loro vita utile in ragione della protezione legale stessa.

Infine, ad influenzare la vita utile (quindi le aspettative di guadagni futuri) è lo stesso sviluppo tecnologico e industriale del mercato.

Stadio di sviluppo. Per approfondire l'analisi di comparabilità è importante identificare a quale stadio di sviluppo si può ricondurre l'intangibile in esame. È inoltre importante stimare se l'intangibile (allo stadio di sviluppo in cui si trova al momento dello studio) sarà in grado di supportare la futura commercializzazione del bene.

Come scritto dall'OECD (2014), nell'analisi di comparazione che racchiude un intangibile sviluppato parzialmente, sarà importante valutare la probabilità che lo sviluppo futuro del bene (programmata) produrrà significativi benefici futuri.

Naturalmente, come deve accadere in una analisi dettagliata della fattispecie che coinvolge un intangibile (a qualunque stadio di sviluppo esso sia), sarà fondamentale circoscrivere e esaminare le variabili e le circostanze che potranno, in qualsiasi modo, modificare la condizione e conseguentemente, mutare il valore assegnato (o assegnabile) all'intangibile.

Diritti di revisione e aggiornamenti. Nel caso in cui siano previsti futuri aggiornamenti (programmabili o meno) o revisioni agli intangibili, questi devono necessariamente rientrare nella analisi di comparazione, anche per il solo fatto di creare una specificità della fattispecie.

Come è facilmente intuibile, la pratica della revisione o dell'aggiornamento degli intangibili coinvolti nella transazione in esame, permette di limitare, o in alcuni casi annullare, il rischio di obsolescenza dei beni stessi. La diminuzione del rischio incrementa inevitabilmente l'aspettativa di benefici futuri (a parità delle altre condizioni, un minimo mantenimento dello stato dell'intangibile permette infatti di ritrarre benefici per l'attività da questo svolta).

Aspettative di benefici futuri. In alcune delle precedenti caratteristiche, come è chiaro, nelle considerazioni dell'analisi, sono stati nominati i benefici futuri attesi come benefici derivanti dallo sfruttamento (diretto o indiretto) dell'intangibile. I benefici attesi sono ovviamente fondamentali per apprezzare correttamente l'intangibile e l'operazione stessa

(banalmente, maggiori sono i benefici attesi, maggiore sarà il corrispettivo pagato per lo sfruttamento – a qualunque titolo – del bene in esame).

L'esame si concentrerà principalmente sui benefici derivanti in primo luogo dall'implementazione dell'intangibile: una siffatta prospettiva di analisi permette di considerare i benefici ritraibili dall'intangibile ed effettuare inoltre la corretta comparazione.

Per quanto riguarda la scrupolosità dell'analisi, come sostenuto dallo stesso OECD (2014), la comparazione dovrà essere effettuata tra intangibili che producono lo stesso livello di benefici: gli intangibili che sono alla base della produzione di alti profitti (sopra la media di mercato), dovranno essere comparati con fattispecie simili; gli intangibili che producono livelli di ricavi in linea con la media del mercato ove sono inseriti dovranno essere comparati con situazioni in linea con la media di mercato.

3.4.2 Difficoltà di comparazione

Qualora esistano, a causa delle caratteristiche della transazione in esame, comprovate difficoltà di applicare l'analisi di comparabilità, l'OECD (2014) suggerisce, con riferimento all'arm's length principle, per determinare il prezzo di libero mercato, di cambiare il metodo di analisi¹⁰⁵ ovvero di definire l'operazione da altra prospettiva (altra caratteristica comparabile).

È possibile riscontrare una difficoltà di comparazione quando, ad esempio, le caratteristiche degli intangibili alla base della transazione sono uniche (o comunque difficilmente assimilabili) e conseguentemente l'analisi di comparazione con altre situazioni campione comporterebbe l'ottenimento di risultati inaffidabili.

Per l'OECD (2014), al verificarsi di una siffatta condizione, è importate considerare¹⁰⁶:

- Le funzioni, gli assets e i rischi derivanti dall'apporto di ogni parte alla transazione;
- Le ragioni economiche alla base dell'attuazione della transazione;

¹⁰⁵ L'OECD (2014) specifica, ad esempio, che "care should be used, in applying certain of the OECD transfer pricing method in a matter involving the transfer of intangibles or right in intangibles. One side method, including the resale price method and the TNMM, are generally not reliable methods for directly valuing intangibles".

¹⁰⁶ Elencazione derivante dalla Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles dell'OECD (2014, p.73)

- Le prospettive e le opzioni realisticamente disponibili per ogni parte della transazione;
- Il vantaggio competitivo conferito dall'intangibile (considerando anche i benefici economici futuri collegati all'intangibile);
- I benefici futuri attesi dalla transazione;
- Altri fattori comparabili (come, ad esempio, le caratteristiche del mercato locale, i risparmi locali, la forza lavoro e la sinergia di gruppo).

3.4.3 Arm's length principle e analisi di comparabilità

L'analisi di comparabilità fonda necessariamente le sue basi sui dettami del principio di libera concorrenza (ricerca del più appropriato comparabile rispettando il prezzo di libera concorrenza) e viceversa, per l'applicazione dei principi di libera concorrenza, si utilizza la metodologia della comparazione (definizione del comparabile secondo la logica del libero mercato).

Con la comparabilità si vanno a determinare (ove esistano) le differenze tra la transazione in esame e la teorica transazione che avviene in un libero mercato, tra parti indipendenti, basata su assunzioni simili.

Comparabilità significa che nessuna differenza (ove presenti):

- a) Non influenzano le condizioni esaminate nella metodologia;
- b) Sono eliminate dagli aggiustamenti

Il caso limite positivo si riscontra quando la comparazione è assoluta, ovvero non esistono differenze, e quindi le condizioni e il prezzo pattuito e praticato nella transazione immediatamente confrontabile.

Come ben specificato nelle guide OECD (2010), la comparazione deve portare ad un risultato tale che non esistano valide (attraenti) alternative: l'analisi si soffermerà su di una alternativa solo se si ritiene che non esistano alternative degne d'essere ritenute tali.

L'OECD (2010), con lo scopo di definire il grado (o il range) di comparazione e apportare gli eventuali correttivi necessari, propone di esaminare cinque fattori che vanno a sviscerare le caratteristiche salienti delle transazioni.

I cinque fattori proposti dall'OCSE determinanti la comparazione sono (OECD 2010):

1) Le caratteristiche dei diritti di proprietà o dei servizi.

La comparazione delle caratteristiche determina il valore dell'intangibile, del bene o del servizio transatto secondo il principio delle parti indipendenti. Le caratteristiche hanno un peso differente a seconda del metodo utilizzato per valutare l'oggetto dello scambio, infatti, l'OECD (2010, p.12) afferma che "under the resale price method and the cost plus method, some difference in the characteristics of property or service are less likely to have a material effect on the gross profit margin or mark-up on costs".

L'analisi delle caratteristiche risulta fondamentale nei casi in cui l'intangibile, coinvolto a vario titolo nella transazione, possieda delle caratteristiche peculiari atte a differenziare le operazioni in modo apprezzabile.

2) L'analisi funzionale.

Il corrispettivo ottenuto dalla transazione tra parti indipendenti riflette le funzioni svolte, gli assets¹⁰⁷ utilizzati e i rischi¹⁰⁸ assunti da ogni società coinvolta (possiamo asserire che il prezzo stipulato per il bene o servizio deriva dall'equilibrio degli interessi delle parti).

Rispetto ai rischi, si precisa che, l'assunzione degli stessi in base alle attività svolte, determina una stima dei benefici ritraibili e conseguentemente, nelle operazioni tra parti dipendenti, la remunerazione per quanto sopportato.

I rischi assunti, se assicurati da una delle forme di copertura previste nel commercio internazionale, avranno un peso minore nella valutazione del prezzo della transazione, infatti, minore è il rischio (la sua entità si smorza, in tutto o in parte, grazie alla copertura preventivamente adottata¹⁰⁹) maggiore sarà il corrispettivo pagato per la transazione (aumenta l'aspettativa di guadagno).

¹⁰⁷ Gli assets come individuati dall'OECD (2010a) sono: attrezzature e stabilimenti, intangibili valutabili, assets finanziari, ecc..

¹⁰⁸ I rischi assunti, come individuati dall'OECD (2010a), comprendono:

- a) i rischi di mercato come, ad esempio, il rischio legato alla fluttuazione dei prezzi delle materie prime e dei prodotti finiti, il rischio di svalutazione dei prezzi dei beni finali ovvero indirizzati ai terzi, il rischio di perdita legato agli investimenti, rischi legati all'attività di ricerca e sviluppo;
- b) i rischi finanziari come, ad esempio, il rischio di cambio, e il rischio di variabilità dei tassi, il rischio di credito.

¹⁰⁹ Come precisamente puntualizzato dell'OECD (2010a), la decisione di coprire il rischio è definibile come una scelta strategica lungimirante che coinvolge tanto la singola impresa quanto l'intero gruppo (in quanto influenza le transazioni coinvolgenti le altre società collegate).

Lapidario l'OECD (2010a, p.14) nell'affermare che "these or other strategies with regard to the hedging or non-hedging of risks, if not accounted for in the transfer pricing analysis, could lead to an inaccurate determination of the profit in a particular jurisdiction".

3) I termini contrattuali.

I termini contrattuali stipulati sono rivelatori del grado di autonomia esistente tra le parti coinvolte nella transazione, infatti, qualora le società fossero indipendenti cercherebbero di modificare le condizioni e i termini, da stipulare o già stipulati attraverso una revisione degli stessi, portandoli in aderenza ai loro propri interessi.

Se i termini contrattuali non esistono o non vengono sottoscritti, per valutare la comparabilità, devono essere considerati i comportamenti tenuti: questi sono sintomatici del rapporto di interessi tra le parti coinvolte nell'operazione esaminata.

4) Le circostanze economiche.

Le circostanze economiche influenzano l'arm's length price; il mercato (ed in generale, l'ambiente circostante ove insiste la transazione) nel quale avviene la transazione è, con le proprie condizioni, determinante del prezzo del bene o servizio transatto.

Le variabili influenzanti il transfer price e quindi la comparazione tra transazioni, sono (OECD 2010): il livello di competizione, la posizione nel resoconto del livello competitivo del buyer e del seller, le dimensioni del mercato, la presenza di prodotti sostitutivi, il livello della domanda e dell'offerta, il potere di acquisto ed in generale il potere contrattuale delle parti, la presenza e la caratteristica della normativa, il costo del lavoro, il costo del trasporto, il tempo della transazione, ecc.

I cicli economici esistenti, secondo l'OECD (2010), è determinate del prezzo di trasferimento.

5) Le business strategies.

Per lo scopo del transfer pricing le caratteristiche delle strategie implementate devono essere esaminate per definire la loro influenza sul prezzo di trasferimento.

Le caratteristiche dell'impresa, data la possibilità che queste influenzino in qualche modo le scelte strategiche, devono essere considerate distintive e determinanti della analisi. Secondo l'OECD (2010) queste sono: grado di innovazione e sviluppo dei prodotti, grado di diversificazione, avversione al rischio, cambiamenti politici e piani del lavoro.

Inoltre, dettaglio molto importante in sede di analisi è l'inclusione nella stessa delle caratteristiche della pianificazione della strategia di penetrazione nel mercato. Obiettivi comuni alle aziende sono:

- L'incremento della quota di mercato detenuta (strategia di prezzo o di differenziazione);
- La penetrazione in mercati differenti, non sfruttati fino all'operazione (generalmente adattando il proprio prodotto alle caratteristiche del mercato ove si intende sbarcare).

Il collegamento tra la strategia aziendale (comprendente quindi le scelte relative alla pianificazione della penetrazione nel mercato) e l'analisi di comparabilità è inequivocabile; le scelte strategiche avranno risvolti nella vita economica aziendale, ne determineranno future caratteristiche e livelli di profitti differenti, quindi, tutto ciò, unito alla specificità dell'intangibile oggetto della transazione, determinerà l'insieme delle caratteristiche performanti la fattispecie e sulle quali andrà conformata la correzione (se necessaria) e la determinazione del prezzo at arm's length.

È naturale che tutte le scelte a livello strategico/di mercato abbiano una apprezzabile influenza sulla pianificazione del budget e quindi sui costi e la loro analisi. I livelli dei costi (per categoria omogenea) andranno monitorati tanto quanto i ricavi ricevibili dall'intrapreso trasferimento oggetto di studio (si veda l'esempio proposto in questo capitolo, tratto da quello tratteggiato da Beghin, 2014¹¹⁰).

L'analisi della strategia adottata (e pianificata) permette inoltre, tanto all'Amministrazione finanziaria quanto allo stesso contribuente, di ottenere una sorta di cd. pezza giustificativa (uno strumento di prova) circa l'andamento dei profitti (sia per i ricavi che per i costi) nel periodo.

L'adozione di scelte strategiche, infatti, permette di giustificare alti profitti ottenuti nel breve periodo: qualora ci fosse una corrispondenza tra profitti e effetti delle scelte pianificate e implementate, inequivocabilmente, si potrebbero ricondurre a questi obiettivi il derivato aumento della redditività della società e l'alto valore della transazione.

¹¹⁰ Come specificato nell'esempio, il risparmio fiscale si può ottenere in due modi:

- 1) ordinando l'aumento dei costi;
- 2) imponendo la diminuzione dei ricavi.

Tali manovre hanno il mero scopo di spostare materia imponibile derivante dalle transazioni in Stati con livelli di tassazione più bassi, così da ridurre il carico fiscale complessivo per il gruppo.

Il livello dei profitti è una variabile determinante della analisi di comparabilità (oltre che sintomatica per l'attività di accertamento) e pertanto, proprio per la loro efficacia nel trasporre la capacità di competitività all'interno del settore, saranno considerati quali indicatori del livello raggiungibile di profitti e di tipicità dell'attività della società.

Altro aspetto da valutare nella analisi della strategia perseguita è l'aderenza dei costi agli obiettivi raggiunti (e raggiungibili). Come è facile immaginare, imprese indipendenti sono disposte a supportare un alto livello di costi (ovvero implementare importanti decisioni di investimento) solo se l'aspettativa di ritorni futuri elevati, o meglio, adeguati, è suffragata da una buona probabilità di successo.

Il livello dei costi, compatibilmente con le condizioni economiche del mercato ed in generale, del periodo e il livello competitivo del settore, deve essere programmato e supportato da un minimo sufficiente livello di ritorni attesi dell'operazione.

Il comportamento delle parti riscontrabile nella transazione in esame, con riferimento al livello dei profitti e dei costi per l'operazione, deve ovviamente figurare come quello ritraibile da operazioni simili, tra parti indipendenti, implementate in un mercato caratterizzato da libera concorrenza.

Si puntualizza che lo scontro tra gli interessi delle parti indipendenti, si manifesterebbe con l'adozione di un prezzo di equilibrio (*arm's length price*), quindi considerante le variabili esogene indipendenti. L'influenza dell'ambiente circostante (ancorché costituito da variabili incontrollabili e indipendenti dalle parti stesse) è quindi sintetizzabile nelle opzioni di scelta e di conseguenza, nel prezzo definitivo pattuito: per questo motivo, anche in transazioni tra parti controllate, le variabili esterne devono essere considerate per la definizione del prezzo corretto dell'operazione.

3.5 Analisi funzionale e rischi nella prospettiva dei beni intangibili

È ormai chiaro come la gestione di una holding sia improntata all'interesse generale del gruppo e quindi coinvolga transazioni tra società controllate, interferisca in qualche modo nelle funzionalità dalle singole aziende e origini i conseguenti rischi connessi all'attivazione delle attività stesse.

La valutazione delle funzioni svolte e dei rischi assunti e sopportati, è punto focale dell'analisi di comparabilità – dopo la determinazione delle peculiarità degli intangibili – per definire correttamente la fattispecie e determinare i prezzi normali di trasferimento.

Sintetizzando, la definizione delle singole funzioni svolte da ogni impresa, coinvolte nella transazione in esame, che riguarda l'intero gruppo, non può prescindere dal contesto in cui queste sono volontariamente obbligate

Partendo dal presupposto che è l'organizzazione funzionale ed economica dell'azienda che determina la politica dei prezzi di trasferimento e, conseguentemente, il reddito imponibile e non il contrario, l'approfondita conoscenza delle diverse fasi in cui si articola il ciclo produttivo dell'impresa multinazionale è il punto di partenza fondamentale di un corretto studio (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.90).

L'analisi funzionale di una società, comunque coinvolgente l'intero gruppo, porta in discussione il business della società stessa e nondimeno quello della multinazionale. È infatti inevitabile che lo studio della strategia adottata dalla impresa (anche in fase di accertamento) coinvolga, al minimo a livello di logica, la strategia dell'intero gruppo: come chiarito dall'OECD (2014), il risparmio fiscale può rientrare tra gli obiettivi fissati dal gruppo, ma questo non può prevalere sulla normale gestione d'impresa.

Definendo il modello di business, come asserito da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014), si devono identificare i *key value drivers*, ovvero, in questo caso, le funzionalità creatrici di valore per la società e per il gruppo.

In fase di accertamento, come spiegato dall'OCSE e dalla normativa tributaria nazionale, si dovrà far prevalere la sostanza sulla forma dell'organizzazione del gruppo: sarà importante – come più volte accennato – l'osservazione dei contratti in essere, ma sarà sicuramente decisivo stabilire i comportamenti dei singoli soggetti coinvolti e le conseguenze da questi desunti.

Tale analisi consente sia all'impresa multinazionale sia all'Amministrazione finanziaria di comprendere e valutare in termini differenziali il modello di business del gruppo rispetto al modello di business tipico delle imprese operanti nello stesso settore, le strategie adottate dall'impresa, la “bontà” delle valutazioni effettuate in termini di evoluzione dei mercati di riferimento e dei principali indicatori economici che influenzano la determinazione dei prezzi di trasferimento rispetto alle strategie ad alle valutazioni elaborate dalle imprese operanti nello stesso settore (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.90).

La determinazione del business del gruppo multinazionale implica la definizione della *value chain*, ovvero, del valore complessivo creato dall'impresa attraverso la derivazione di margine di profitto dall'implementazione dell'attività (si vedano Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014). È quindi fondamentale definire le attività concretamente svolte e il loro impatti, dal punto di vista della redditività, per la società. Gli effetti derivanti dal compimento dell'attività avranno una incidenza proporzionale sul reddito complessivo del gruppo: i guadagni, cautamente, segneranno il vantaggio competitivo per l'impresa e l'apporto di questo all'intero complesso di aziende.

I proventi derivanti dalle attività scontano l'assunzione di rischi connessi all'attività stessa; in particolare, con riferimento al transfer pricing, la definizione delle attività compiute e gli assets utilizzati demarcano il livello di *tax risk* del gruppo multinazionale.

Quindi, per il gruppo multinazionale, (a) la delineaazione del business, (b) la spiegazione delle attività intraprese e (c) tutti gli aspetti organizzativi e gestionali, identificano il livello di rischio globale assunto.

Per una corretta gestione dell'attività e una precisa definizione del prezzo delle transazioni, i suddetti rischi (o il livello globale stimato) va ripartito per le singole imprese coinvolte nella operazione: solamente attraverso l'attribuzione dei processi eseguiti si potrà definire la nota triade – funzioni, assets, rischi – caratterizzante il transfer pricing, ovvero il corretto compenso che ogni impresa deve ottenere dalle operazioni eseguite e la eventuale compensazione dovuta per il rispetto dell'*arm's length principle*.

Conseguentemente, come ben specificato da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.91), “l'attività di coordinamento e controllo diventa strategica e l'impresa adotta tutti gli strumenti necessari ad indirizzare, gestire e verificare le attività operative, con l'obiettivo di assicurare il rispetto della leggi e delle procedure interne, proteggere i beni aziendali, gestire con efficienza le attività e fornire dati contabili e finanziari veritieri e completi”.

Infatti, come è possibile intuire, l'analisi funzionale richiede strumenti di indagine complessi (da piani strategici a schemi di controllo di analisi di aderenza agli obiettivi preventivati¹¹¹, da strumenti contabili a quelli di controllo¹¹²) e tempi per l'elaborazione dei

¹¹¹ Riferimento prioritario per la stesura della strategia è il Business plan, generalmente a portata triennale, mentre, ad esempio, per il controllo degli obiettivi, si può far ricorso alla Balance scorecard.

¹¹² Gli strumenti di controllo sono derivabili dall'impianto di un corretto e proporzionale (ovvero, in linea con gli obiettivi fissati) sistema di controllo di gestione.

dati acquisiti che scontano la complessità e la profondità dell'analisi richiesta, che determinano la laboriosità e la lungaggine della stessa.

Il focus della disciplina del transfer pricing è quindi il rispetto dell'arm's length principle come spiegato dall'OCSE: da definire se ogni transazione è indipendente e quali siano gli elementi distintivi per l'analisi di comparabilità.

Con lo scopo di fornire una indicazione pratica su quali attività considerare nella analisi di transfer pricing, si riportano di seguito alcune funzioni la cui considerazione risulta irrinunciabile, ancorché, si badi, la definizione di ogni caso sia comunque la soluzione da adottare per definire esattamente quali funzioni siano state implementate (si vedano le indicazioni dell'OECD fornite nelle Guidelines 2014).

Le funzioni da considerare in una analisi di transfer pricing (funzionale) sono:

- La progettazione, la produzione e l'assemblaggio
- La ricerca e sviluppo;
- La prestazione di servizi;
- L'approvvigionamento;
- La distribuzione;
- Il marketing e la pubblicità;
- Il trasporto (e la logistica);
- La finanza;
- La direzione.

Concludendo, al fine di definire funzioni, assets e rischi conseguenti, è fondamentale ricostruire la struttura della multinazionale e avere una panoramica della effettiva organizzazione del gruppo. Inoltre, per individuare le reali caratteristiche del trasferimento, si dovranno indagare gli obblighi formali (contrattualmente previsti) e i prevedibili benefici, legati al contratto di svolgimento delle funzioni.

I rischi assunti

Lo studio dei rischi assunti (collegati alle funzioni svolte e agli assets impiegati) è necessario nell'espletamento dell'analisi funzionale: la loro elencazione e quantificazione ne fa conseguire la determinazione del differenziale, positivo o negativo, di rendimento per l'operazione.

Tali rischi includono, in particolare:

- Rischi di mercato (ad esempio, le fluttuazioni del costo dei fattori produttivi o del prezzo del prodotto);
- Rischi di perdite collegate all'investimento e all'impiego di beni, impianti e macchinari;
- Rischi connessi al successo o al fallimento di investimenti in ricerca e sviluppo;
- Rischi finanziari, come quelli causati dalla variabilità del tasso di cambio e del tasso di interesse;
- Rischi relativi al credito (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.91);

Una loro copertura (completa o parziale), dal punto di vista dell'imprenditore si traduce in una minore percentuale di rischio di perdita e dal punto di vista del gruppo multinazionale di società, una minore incidenza delle potenziali perdite (e quindi una maggiore aderenza tra gli obiettivi preventivati e quelli realizzati) e quindi un accrescimento degli interessi e benefici futuri ritraibili.

3.6 Gli immateriali nel Transfer Pricing: brevi esempi di orientamento giurisprudenziale

Gli esempi di seguito riportati sono stati discussi da Alonzo, Committeri, Pallaria e Scifoni (2013).

1. Gli interessi da prestiti infragruppo

Oggetto dell'accertamento: il recupero a tassazione di interessi attivi derivanti da un prestito infruttifero elargito dalla controllante ad una controllata estera; valorizzazione degli interessi a valore normale.

Sentenza: la Commissione tributaria provinciale di Ravenna (Sez. I, 18 ottobre 2002, n. 253) ha dichiarato che il recupero a tassazione degli interessi sui prestiti è legittimo così come previsto dal combinato disposto degli articoli 110, comma 7 e 9, TUIR.

I verificatori, avendo rilevato dal bilancio della società S S.p.A. al 31 dicembre 1995 l'erogazione di finanziamenti infruttiferi ad una controllata lussemburghese (N s.a.) per l'importo di L. 4.500.000.000, in presenza di un'esposizione finanziaria della società

erogante, hanno richiesto di fornire “notizie e motivazioni a giustificazione dell’ingente finanziamento” (Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013, p.139).

I verificatori hanno correttamente calcolato gli interessi al valore normale dato che la società non ha fornito alcuna valida giustificazione.

Come asserito da Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni (2013, p.140) “per il caso in specie, come ha osservato una parte della dottrina, l’elemento specializzante è costituito dal fatto che uno dei due contribuenti coinvolti, appartenenti allo stesso gruppo è residente all’estero”.

2. Il transfer pricing relativo agli intangibili

Esempio 1: royalty per lo sfruttamento della tecnologia (It - Svizzera)

Oggetto dell’accertamento: ingiustificate motivazioni al pagamento di una royalty pari al 7% del fatturato, corrisposti alla holding svizzera, per la fornitura del servizio di aggiornamento tecnologico relativo a processi produttivo di raccorderia plastica. L’Amministrazione richiamava quindi a tassazione la differenza tra quanto elargito dalla società italiana alla società svizzera (stabilito dalle parti e risultante da contratto) e quanto realmente dovuto (derivante dall’accertamento).

Sentenza: n. 547 del 10 febbraio 1992 Commissione tributaria di I grado di Genova ha annullato la richiesta dell’Amministrazione. La motivazione della sentenza adduceva al fatto che il settore della raccorderia plastica non rientra tra quelli caratterizzati da un elevato livello di sviluppo tecnologico.

La Commissione sosteneva che l’Ufficio accertatore non aveva dato alcuna inconfutabile prova del fatto che questo settore fosse realmente privo di significativo livello tecnologico.

L’Amministrazione richiamava solo la circolare n. 32 del 1980, ove si afferma che canoni superiori al 5% del fatturato possono essere corrisposti solo in casi eccezionali, caratterizzati da forte sviluppo tecnologico.

La Commissione ha affermato che, nonostante il riferimento al limite fissato dalla circolare del 1980 fosse corretto, questo limite dovesse essere definito in riferimento al caso, e non al settore in generale.

Dall'analisi del processo produttivo utilizzato, era possibile definire, senza alcun dubbio in merito che la controllante fosse dipendente dalla holding svizzera e pertanto necessitava della cooperazione della stessa per lo sviluppo della tecnologia produttiva.

La società istante avrebbe inoltre contestato il recupero richiamando il comma 6 dell'art. 5 della Convenzione Italia - Svizzera secondo il quale "il fatto che una società residente di uno Stato contraente controlli o sia controllata da una società residente nell'altro Stato contraente ovvero svolga la sua attività in questo altro Stato (sia per mezzo di una stabile organizzazione oppure no) non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare una qualsivoglia delle dette società una stabile organizzazione dell'altra" (Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013, p.149).

Esempio 2: canoni per gli marchi e brevetti e profit shifting (It - America)

Oggetto dell'accertamento: disconoscimento dell'importo delle royalty pagato dalla società controllata italiana alla holding americana.

Le royalty concordate dalle parti si attestavano al 7% del fatturato ed erano dovute per lo sfruttamento di tecnologie e l'utilizzo di marchi e brevetti, per la produzione di carbonio.

Sentenza: la Commissione tributaria provinciale di Ravenna (11 giugno 1998, n. 387) ha stabilito canoni inferiori (a valore normale) e pertanto che l'eccesso, a raggiungimento del valore contrattualmente pattuito, fosse indeducibile.

Secondo la Commissione la corresponsione dell'eccedenza della royalty (definita come differenziale tra il valore pattuito dalle parti ed il valore normale determinato) era volta a delocalizzare il reddito della società controllata (residente in Italia) in favore della controllante americana, residente quindi in un Paese a minore incidenza fiscale.

La motivazione della sentenza si basa sulla catalogazione del settore operativo come "chimica di base" (commodities) e sul fatto che lo scorrere di un tempo rilevante, quali sono trent'anni in un settore in fase di crescita, dalla stipula del contratto di servizio fosse rilevante al fine di determinare la indipendenza della società controllata. Rispetto a questo secondo elemento, in fase di accertamento, era stato appurato che la società italiana avesse raggiunto un livello di know-how (dato anche il livello di investimento in R&D) tale da permetterle di essere indipendente dalla casa madre americana. In definitiva si riteneva che il contratto

stipulato dovesse essere rivisto e che quindi la royalty corrisposta fosse sproporzionata rispetto al reale contributo dato dalla holding.

In linea con quanto stabilito dalla circolare n. 32 del 22 settembre 1980, la Commissione ha affermato che la royalty corretta nel caso di specie doveva essere nella misura del 2% (Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013, p.150).

3) Il transfer pricing dei servizi

Come asserito da Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni (2013, p.151) la maggior parte delle sentenze in merito al prezzo di trasferimento dei servizi sono state emesse dalla Corte di cassazione ed hanno avuto come focus “l’inerzia delle spese cd. “di regia” addebitate dalla casa madre alla stabile organizzazione italiana”.

Esempio 1: caso Belgi; l’inerenza dei costi

Oggetto dell’accertamento: l’Ufficio ha contestato alla multinazionale belga l’addebitamento da parte della holding alla controllata italiana di costi di regia riferiti alla prestazione di servizi quali incontri, seminari e opuscoli informativi, ed inoltre, ha contestato l’entità di tali costi.

Sentenza: la Suprema Corte ha stabilito che le spese addebitate alla stabile organizzazione residente in Italia sono qualificabili come inerenti se e solo se sono riferibili a servizi concretamente resi.

La Suprema Corte ha affermato che la società italiana non ha l’indipendenza operativa necessaria per effettuare in proprio l’oggetto dei servizi resi e che pertanto questi devono effettivamente essere impartiti della casa madre.

Dall’analisi del *cost sharing agreement* effettuata, la Corte ha desunto l’inerenza dei costi addebitati.

Esempio 2: caso Hong Kong; attribuzione delle spese generali

Oggetto dell'accertamento: critica alla computo dei costi e imputazione della cd. *formula marittima* ai costi della società controllata italiana.

Sentenza: la Suprema Corte ha sentenziato che l'applicazione del metodo in oggetto non solo sia sorgente di doppia imputazione ma anche sia contraria al principio generale sancito dalla Amministrazione finanziaria che afferma, come riportato da Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni (2013, p.152), che "l'inerenza dei costi e degli oneri in materia di reddito d'impresa deve essere riferita non ai ricavi, bensì all'oggetto dell'impresa".

La decisione della Cassazione si è sostanzialmente uniformata a quanto stabilito dall'art. 7, n. 3, del modello di Convenzione OCSE del 1977 secondo il quale al fine di identificare i benefici conseguiti da una stabile organizzazione possono essere portate in deduzione tutte le spese connesse all'attività svolta, nonché le spese riferibili all'attività di amministrazione (Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013, p.152).

Dalla sentenza 17 maggio 2000, n. 11648 e dalla sentenza 17 maggio 2000, n. 11700, si evince che, per le spese di regia, è possibile applicare il metodo del "volato". Il metodo del "volato" si basa sulla attribuzione ad ogni singola società di una quota di costi derivante dal rapporto tra le vendite conseguite dalla stessa società a livello nazionale e le vendite totali realizzate dalla stessa a livello mondiale.

3.7 Transfer pricing e valore doganale: cenni alla normativa e valore normale

Con riferimento al commercio internazionale ed in particolare con riferimento all'*import*, per la definizione del valore dei beni e servizi, la prospettiva è duplice: da un lato l'Amministrazione finanziaria pone in essere analisi del prezzo definendo il valore consono alla transazione, ovvero evidenziando possibili maggiorazioni dei valori, dall'altro l'Amministrazione doganale accerta che il valore corrisposto non sia inferiore a quello normale (a riguardo si vedano Mayr, Santacroce 2014).

Dal punto di vista aziendalistico, infatti, si potrebbe dire che per la medesima transazione *intercompany* vi possano essere "molti valori per un solo prezzo"; infatti, dal prezzo del mercato di destinazione, a ritroso, si possono identificare diversi valori per ciascuno dei passaggi *intercompany* che, in funzione dei Paesi interessati da tali flussi e delle attività aziendali che aggiungono valore al prodotto, possono avere rilievo contestualmente sia

ai fini delle imposte dirette che indirette, ivi inclusi quelli di natura doganale (Mayr, Santacroce 2014, p.5).

Le Amministrazioni finanziarie dei Paesi coinvolti nella transazione avranno – come ampiamente segnalato – quale fine ultimo quello di individuare l'*arm's length price*.

Come ben sintetizzato da Mayr, Santacroce (2014) in ambito doganale l'art. VII dal GATT (1994) fissa il valore dei beni secondo il “valore attuale” che, come riportato da Mayr, Santacroce (2014, p.6) “inteso come il prezzo di vendita delle merci in un mercato aperto e libero alla piena concorrenza”.

Il Regolamento 2913/92/CEE (CDC), vigente a livello europeo, come confermato da Mayr, Santacroce (2014), adotta la prospettiva di un'operazione intercompany e ritiene che il valore è “doganalmente accettabile” qualora le circostanze intrinseche dell'operazione di alienazione non hanno influito sulla definizione del prezzo.

Questa impostazione attualmente prevista dal citato art. 29 del CDC è confermata e anzi modernizzata dal nuovo codice dell'Unione (regolamento 925/2013/UE), che all'art. 70 prevede espressamente che “la base primaria per il valore in dogana delle merci, è il valore di transazione, cioè il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci quando sono vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione, eventualmente adeguato” (Mayr, Santacroce 2014, p.6).

Il valore accettato (o preso a riferimento) dalla dogana è il valore normale, così come definito dall'articolo 9 del TUIR. L'Amministrazione finanziaria può, come noto, ridefinire il valore della transazione secondo l'*arm's length principle*. L'appartenenza al gruppo, quindi, non deve influenzare il valore pattuito dalla parti: il controllo che la casa madre impone alla controllata deve essere ininfluenza sulla procedura di selezione del valore del bene o servizio e per converso, deve essere in linea con situazioni comparabili poste in essere tra parti indipendenti. In particolare, per i gruppi multinazionali di imprese è necessario che il valore dichiarato all'importazione di beni da Paesi terzi sia ai fini IVA e della fiscalità diretta deve essere pari al valore della transazione depurato dai legami societari che possono influenzarne la determinazione (Mayr, Santacroce 2014, p.11).

Transfer pricing e valore doganale

Il corrispettivo utilizzato nella valutazione delle Amministrazioni (e a fini IVA) coincide con quello precedentemente spiegato, derivante dal mercato ovvero non influenzato dalla appartenenza al gruppo d'impres.

Come affermato da Mayr, Santacroce (2014) i metodi di valorizzazione indicati dall'OCSE sono ampiamente accettabili in dogana. Per quanto affermato in precedenza, infatti, i valori determinati secondo i metodi riconosciuti OCSE rispettano i principi formanti l'*arm's length principle* e pertanto, il prezzo della transazione condensa le dinamiche emergenti della libera concorrenza e della indipendenza delle parti.

Il valore dichiarato in dogana deve essere sostenuto dalla documentazione OCSE, infatti, questa serve da elemento probatorio delle scelte logiche ed economiche sottostanti al perseguimento dell'operazione.

La disciplina del transfer pricing, come in precedenza ampiamente argomentato, permette alle Amministrazioni finanziarie, in fase di accertamento e ove ne scaturisca la necessità, di apportare degli aggiustamenti al transfer price – precedentemente pattuito e corrisposto – qualora questo non sia in linea con l'*arm's length price* individuato per la fattispecie in esame. La correzione avviene ovviamente *ex post* alla implementazione della operazione (quindi una volta corrisposto il prezzo pattuito e successivamente alla dichiarazione in dogana).

L'aggiustamento apportato, evidentemente, comporta che il prezzo dichiarato ai fini IVA e alla dogana al momento della transazione, non sia in linea con quello teoricamente accettabile per la stessa: le correzioni devono essere quindi considerate (*rectius* sommate) al valore dichiarato in dogana; si precisa che, a fini della dichiarazione IVA, il maggior valore derivante dalla prassi di rettifica deve essere considerato separatamente (si vedano Mayr, Santacroce 2014).

In riferimento ai beni immateriali e ai servizi concordati, ovvero a quegli oggetti del trasferimento che, generalmente, sono di difficile individuazione e/o valorizzazione, il loro valore rettificato deve essere necessariamente riconsiderato, sia per il prezzo di trasferimento, sia per la dichiarazione IVA e infine, per la dichiarazione doganale. Il loro valore definito secondo i modelli proposti dall'OECD deve infatti essere ri-considerato nelle tre differenti discipline (economica, fiscale e doganale) così da definire nuovamente il valore e il livello impositivo corretto.

Da tutto quanto sopra esposto, infatti, si evince che il valore determinato con uno dei metodi previsti dalle Linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento dovrebbe di per sé essere accettato anche sul piano doganale al momento dell'importazione di un prezzo che rispetta il principio di libera concorrenza (Mayr, Santacroce 2014, p.14).

CAPITOLO 4

GLI INTANGIBILI NEL TRANSFER PRICING

Gestione internazionale, metodi di stima e metodi di valutazione: soluzioni applicative

La elencazione degli intangibili rilevanti per il transfer pricing, le loro caratteristiche e la relativa trattazione contabile e fiscale e la loro importanza – sia dal punto di vista strategico che dal punto di vista dell'importanza per l'evoluzione della stessa società – sono già state affrontate nei capitoli relativi. Tuttavia, è bene ribadire, l'importanza degli intangibili in un ambiente turbolento e caratterizzato da un alto grado di competitività e soprattutto, in ottica di competitività internazionale, è decisiva per il perseguimento dell'attività.

La rilevanza dell'ambiente circostante e dei fenomeni di globalizzazione e innovazione, secondo Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.243) “[ha] contribuito alla formazione di un ambiente sempre più complesso in cui la competitività del sistema impresa risulta sempre più legata alle risorse intangibili, alle competenze distintive difficilmente acquisibili e imitabili (dall'avviamento ai marchi, dai brevetti alle licenze o ai software)”.

Ferri (in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.244) ha correttamente affermato che “la capacità progettuale strategica dell'impresa non può soltanto adattarsi ad un ambiente competitivo <dato>, ma deve essere parte attiva, facendo leva sull'intero ovvero sul patrimonio immateriale di risorse possedute. In un simile contesto ambientale, caratterizzato da una competizione globale, il vantaggio competitivo dovrà comunque essere basato su risorse difficilmente reperibili sul mercato e dotate di un elevato carattere di unicità, che permettano all'azienda di sviluppare dei <<meccanismi di isolamento>>. Le suddette specificità molto spesso sono patrimonio delle risorse immateriali”.

La valutazione utile a rilevare le performance aziendali porta sostanzialmente all'integrazione dei valori contabili con la variazione, nel tempo, di stock di beni intangibili (ΔBI) (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.7).

La variazione del valore dei beni immateriali dal punto di vista economico, è dato dal valore economico integrato REI al quale si sottrae il reddito contabile normalizzato e il valore delle plusvalenze e delle minusvalenze relative a beni materiali, crediti e debiti (si vedano Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014).

La valutazione, tuttavia, interessa allo stesso modo l'aspetto fiscale.

Con riferimento alle transazioni tra società del medesimo gruppo, come asserito da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.9), "l'Amministrazione finanziaria è interessata a capire come si formano i corrispettivi al fine di evitare che, attraverso manovre "elusive", i contribuenti possano sostanzialmente sottrarre materia imponibile".

È facilmente comprensibile come le suddette manovre c.d. elusive vadano ad incidere sulla base imponibile assoggettabile alla tassazione, tanto diretta quanto indiretta, nel territorio dello Stato.

A fini fiscali, la problematica riguarderebbe sia l'imposizione indiretta, solitamente con particolare riferimento al valore attribuito dal contribuente all'avviamento ed il suo assoggettamento ad imposta di registro, sia l'imposizione diretta dove il potenziale comportamento "elusivo" potrebbe portare alla dichiarazione di un plusvalore minore (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.9).

La definizione del valore dell'intangibile compravenduto ovvero del bene materiale in cui insiste l'intangibile, è necessaria in quanto, da un lato, permette alla società di giustificare il prezzo praticato alla società acquirente, mentre dall'altro, permette alla Amministrazione di comparare questo prezzo "imposto" con il prezzo normalmente praticato in situazioni di libera concorrenza, per operazioni paragonabili eseguite tra parti indipendenti.

4.1 Tipologie di metodi di stima

Generalmente, è possibile distinguere tra metodi che stimano il valore economico in base a grandezze di natura economico-finanziaria e metodi basati su indicatori di mercato (si vedano Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014).

Quando si stima il valore di un intangibile immerso in un complesso aziendale, è possibile utilizzare come limite massimo ritraibile, nel modo in cui è chiarito da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.19), il valore derivante dalla attualizzazione dei “flussi complessivi al netto dei flussi attribuibili alle altre attività”.

Quindi, scorporando le determinanti della stima, dovranno essere determinati:

- a) I flussi futuri stimati;
- b) La durata della vita economica del bene;
- c) Il tasso di attualizzazione al quale si scontano i flussi.

Essenzialmente si possono distinguere due macrocategorie di metodi:

1. I metodi analitici, cui fanno parte:
 - a. I metodi che utilizzano il costo;
 - b. I metodi che considerano i flussi.
2. I metodi di mercato, cui fanno parte:
 - a. Il metodo del royalty rate;
 - b. Il metodo del relief di royalty;
 - c. Il metodo di Young & Rubicam.

4.1.1 Metodi analitici

4.1.1.1 Metodi che utilizzano il costo

Aspetto prioritario per il metodo del costo è ovviamente, quali costi accreditare all'intangibile in esame. Le difficoltà maggiori si riscontrano soprattutto nei casi in cui il bene sia prodotto in economia, ovvero, non acquistato da parti terze (si vedano Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014).

La difficoltà di elencare tutti i costi che effettivamente incidono sul valore dell'intangibile, oltre ad essere una pratica che richiede il dispendio di risorse per la loro

catalogazione, suddivisione tra beni eterogenei e non correlati e accreditamento al bene in esame, ne contraddistingue la problematicità del modello.

In particolare quindi nell'applicazione della metodologia di stima del valore dei beni immateriali che ricorre al costo si può alternativamente scegliere tra:

1. Il metodo del costo di produzione;
2. Il metodo di costo di riproduzione (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.20).

Secondo Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014), gli aspetti positivi di tali metodi ricadono:

- Sulla possibilità di stimare il valore minimo ritraibili dalla transazione;
- Sulla oggettività dei dati.

Gli aspetti negativi sono identificabili:

- Nella non considerazione dei flussi negativi di investimenti sbagliati;
- Nella non definizione precisa del valore (si parte da costi storici, attualizzati);
- Nella analisi di dati passati (al massimo attualizzati).

1. Il metodo del costo di produzione

Con il metodo in commento, si considerano i costi che, storicamente, sono stati necessari per l'acquisizione del bene immateriale da valutare e si riesprimono a valori correnti (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.20).

Date le peculiarità generali del metodo, è necessario inquadrare temporalmente la formazione del bene immobile, ed elencare tutti i costi correlati (chiaramente, se per la gestione dell'intrapresa attività, si impone un sistema di controllo dei costi efficace, la determinazione avverrà senza grosse difficoltà).

Step successivo alla rilevazione dei costi è la loro attualizzazione, ovvero l'adeguamento ai valori correnti.

Il metodo del "costo storico adeguato" si basa quindi sull'ipotesi che gli investimenti sostenuti per realizzare il bene immateriale possano essere rappresentativi dei costi che si dovrebbero sostenere alla data della valutazione per poter disporre del bene immateriale (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.21).

Ovviamente le variabili influenzanti il valore del bene al momento della valutazione sono molteplici: si va dalle variabili caratterizzanti il contesto economico-ambientale alle risorse utilizzate per acquisire o produrre i beni e ritrarne un valore futuro valutabile.

2. Il metodo del costo di riproduzione

Questo criterio di stima dei beni immateriali si basa sul calcolo dei costi da sostenere, alla data della stima., per ricreare un bene intangibile dotato della stessa funzionalità di quello da valutare; sostanzialmente si tratta quindi di stimare i costi da sostenere per riprodurre *ex novo* il bene (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.21).

Il valore finale V è definibile attraverso la seguente formula:

$$V = Cr * (Vr/Vt)$$

Dove:

Cr = costo di produzione;

Vr = vita residua del bene;

Vt = vita totale del bene.

4.1.1.2 Metodi che utilizzano i flussi

Tali metodi si basano o sulla attualizzazione dei flussi differenziali ritraibili dal possesso dei beni immateriali, o sulla attualizzazione delle perdite dovute alla cessione del bene.

Quando ci si riferisce ai metodi basati sulla attualizzazione dei flussi differenziali derivanti dal possesso del beni, gli immateriali vengono considerati centri di imputazione di profitto.

Occorre in pratica individuare:

- I flussi di risultato (o finanziari) che si potranno originare in futuro grazie all'uso del bene immateriale,

- L'arco temporale che esprima la sua vita utile (ove possibile),
- Il tasso di attualizzazione volto a considerare il grado di rischio presente nei previsionali evitando eventuali duplicazioni (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.23).

Il differenziale da attualizzare rappresenta la differenza di prezzo del bene rispetto ai prodotti *unbranded* considerando anche la diversità di costo che l'intangibile in esame potrebbe richiedere rispetto ai prodotti generici ai quali è stato comparato (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.23).

Quando si fa riferimento alle perdite, per delineare il valore dell'intangibile, come chiaramente sostenuto da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.24), si devono considerare i flussi negativi derivanti “[dalla] riduzione dei margini di contribuzione ed agli eccessivi costi di struttura”.

Nell'utilizzo di tali metodi – come per qualsiasi metodo servente alla stima dei flussi – vanno stimati:

- I flussi previsionali;
- Il tasso di attualizzazione;
- L'orizzonte temporale entro il quale si calcolano i flussi.

Il tasso di attualizzazione deriva dalla stima dei possibili rischi insiti nella detenzione del bene immateriale. Secondo Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.25), questi “possono riferirsi a:

- Facilità di trasporto;
- Possibilità di realizzo diretto del bene attraverso cessione a terzi;
- Stadio del ciclo di vita nel quale si colloca il bene...;
- Livello di appropriabilità: la vera forma di difesa dall'imitazione soprattutto per i beni intangibili come il know-how è data dal grado di segretezza e complessità delle informazioni (sforzi particolarmente intensi per appropriarsi del bene);
- Rischio di deperimento economico: quando il bene deve operare in un contesto fortemente instabile, il rischio che vengano compromesse le sue potenzialità economiche è certamente più elevato”.

4.1.2 Metodi di mercato

I metodi di mercato si basano essenzialmente sulla applicazione dell'analisi di comparabilità: andranno quindi riconosciuti i comparabili e successivamente determinata la fattispecie dell'analisi di comparazione.

Simili metodi abbisognano quindi di dati quanto più dettagliati e mirati (che siano quindi incentrati sulla comparazione), veritieri ed elaborati secondo causa. Queste informazioni devono dare garanzie dell'omogeneità dei dati posti a raffronto, particolarmente nei seguenti aspetti:

- Il *contenuto della negoziazione*, composto solo dal core asset relativo allo specifico bene immateriale, o dal core asset e altre componenti a valore certo (cassa, crediti, debiti, ecc.) facilmente separabili;
- Le *condizioni accompagnano il prezzo* (pagato per cassa o contro azioni; a pronti o differito; con o senza garanzie) (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.27).

I metodi di mercato fondano la propria analisi su fattori empirici, tuttavia, vengono maggiormente utilizzati per la loro facilità di applicazione rispetto ai metodi analitici.

4.1.2.1 Il metodo del royalty rate

Il metodo più utilizzato per almeno un decennio, generalmente applicato alla stima di marchi e brevetti, assume, in via di principio, che il loro valore corrisponda alle royalties derivanti dalla loro cessione in uso a terzi (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.27).

Il fatto che il prezzo minimo dell'immateriale venga rappresentato dal valore della royalty, trova sostegno nel principio economico in base al quale l'imprenditore è disposto a pagare un prezzo minimo per poter incorporare l'intangibile nel complesso aziendale. L'imprenditore valuterà, secondo la logica che lui ritiene corretta per il fatto in esame, i benefici che potrà trarre dal bene, immerso nel complesso aziendale, e decreterà quindi un prezzo (che, per la regola della massimizzazione della redditività, sarà quello minimo) che è disposto a corrispondere per l'uso o la disponibilità del bene.

Tale metodo è solitamente usato nella valutazione di marchi e brevetti ove si presume appunto che il loro valore si identifichi con le royalties dovute per la loro concessione in uso (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.27).

Per determinare il valore delle royalties, si può far ricorso alla seguente formula (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014):

$$BI = \sum_{1}^n [(r * S_i) - C_i] * v^s$$

Dove:

C_i = costo di “conservazione” dell’intangibile; si riferisce agli investimenti in marketing per il mantenimento del valore del bene;

r = tasso di royalty (dedotto dal mercato, per transazioni comparabili);

S_i = ricavi di vendita (/anno);

v^s = coefficiente di attualizzazione.

Dato che le spese sostenute per il c.d. mantenimento del valore nel tempo sono determinate o determinabili, i ricavi di vendita son analiticamente contabilizzati, il tasso r è la variabile per la quale si deve prestare maggior attenzione.

La scelta del tasso di royalty comprende la definizione delle fattispecie e per la sua valorizzazione necessita di un range di situazioni comparabili nel mercato.

L’applicazione del metodo del “*royalty rate*” si sviluppa quindi nelle seguenti fasi:

1. Identificazione di transazioni comparabili a “*tassi di royalty*” assimilabili;
2. Stima della “*forza*” del bene immateriale da valutare rispetto a quelli oggetto delle transazioni identificate;
3. Attribuzione di un tasso specifico di *royalty* all’intangibile da valutare attraverso la comparazione con le informazioni ottenute da transazioni omogenee;
4. Stima della vita residua del bene immateriale;
5. Stima del tasso di attualizzazione dei flussi attesi (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p. 28).

È chiaro che un punto a sfavore per l'uso di questo metodo sia rappresentato dall'arbitrarietà del risultato: il tasso di royalty e il tasso di sconto sono infatti contraddistinti da una determinazione basata sulla sensibile aleatorietà.

4.1.2.2 Il metodo del relief di royalty

La ratio del metodo è ricavabile da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014), secondo i quali, l'imprenditore è obbligato a remunerare il legittimo proprietario dell'intangibile per poterlo – a vario titolo – utilizzare.

Il metodo in discussione si basa sull'assunto che, per utilizzare il bene intangibile, la società richiedente deve sostenere l'esborso di una royalty: tale royalty può essere concepita come una percentuale del fatturato (utilizzato per la copertura di questa specifica spesa) e quindi una variazione in diminuzione dei ricavi lordi.

Al netto dei benefici ritraibili dall'utilizzo dell'intangibili, considerando solo il mero esborso monetario, se la società non pagasse tale cifra otterrebbe una performance sui ricavi di vendita maggiore.

Il relief di royalties è rappresentato da una formula che ha come assunto l'ipotesi di una durata indeterminata del marchio e scompone quindi il flusso di royalties in due parti:

1. Royalties annuali riferibili a un periodo di previsione analitica del fatturato (generalmente fino a cinque anni) attualizzate anno per anno;
2. Flusso di royalties per il periodo successivo espresso attraverso il valore terminale (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.30).

Quanto riportato può essere espresso dalla seguente formula:

$$BI = \sum_1^n (r * S * v^i) + (r * S_n)/i * v^n$$

Dove:

r = tasso di royalty (dedotto dal mercato, per transazioni comparabili);

S = ricavi di vendita;

v^i = coefficiente di attualizzazione.

Altri metodi di mercato

Con particolare riferimento ai marchi, è possibile utilizzare il seguente metodo di stima del valore:

$$\text{Valore del marchio} = [(EV/S)_{\text{marchio}} - (EV/S)_{\text{generico}}] * S$$

Dove:

EV = Enterprise Value; definito come (valore del capitale + debiti finanziari);

S = vendite annuali.

Si noti che, sostituendo EV con W, si ottiene la formula *equity side*.

La determinazione analitica di EV è la seguente:

$$EV/S = \{NOPAT/S - [(NFA + WCR)/S * g] * (1 + g)/(WACC - g) * [1 - (1 + g)/(1+WACC)]^{n-1} * (g - g_n)/(WACC - g_n)\}$$

Dove:

NOPAT = Net Operating Profit After Taxes;

NFA = Δ annuale della attività fisse nette (Net Fixed Assets);

WCR = Δ annuale del fabbisogno di capitale circolante (Working Capital Requirement);

g = fattore di crescita.

Con riferimento alla determinazione della forza della marca, il metodo *Interbrand* fornisce il valore della marca, rappresentativo della sua forza sul mercato:

$$\text{Valore} = \text{Brand Profit} * (\text{Price/Earning} * \text{Brand strength score})$$

Dove:

Brand Profit = $EBIT_{\text{azienda}} - EBIT_{\text{mercato}}$;

Brand strength score = è definita dalla media dei seguenti fattori:

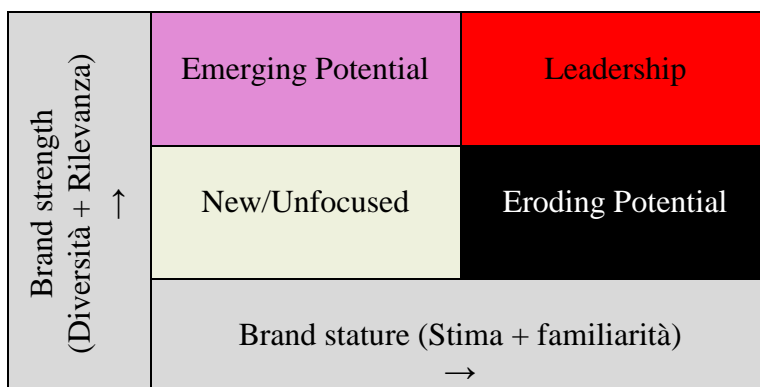
1. Leadership;
2. Stabilità;
3. Mercato di riferimento;
4. Internazionalità;
5. Trend;
6. Supporti di marketing;
7. Protezione.

Ad ogni variabile viene attribuito un punteggio specifico, si calcola quindi la media ponderata per il peso assegnato (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.33).

4.1.2.3 Il metodo di Young & Rubicam

Come confermato da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014), questo metodo è utilizzato primariamente per la stima del valore del brand.

Il metodo ha come obiettivo quello di catalogare il valore dell'intangibile all'interno di uno dei quadranti della tabella qui riportata:



In breve, i brands incasellabili nella categoria “emerging potential” avranno potenzialmente un’alta capacità di generare profitti futuri. Nella categoria degli “eroding potential” si avranno tutti i brand in declino, ovvero brand maturi.

4.2 Metodi di valutazione e beni immateriali

Valutazione del valore del singolo intangibile e metodi di valutazione (come proposti dall'OCSE) non possono prescindere, su tutto, dalle caratteristiche che accumulano la categoria degli intangibles e nondimeno, dalle caratteristiche dei singoli intangibili oggetto della transazione.

Ignorare le singole caratteristiche porterebbe infatti ad una errata conclusione dell'analisi di comparabilità e conseguentemente, ad una imprecisa determinazione del valore dell'intangibile.

4.2.1 Prezzi di trasferimento per i beni immateriali: i contratti di licenza a valore normali

Data la ormai nota peculiarità che contraddistingue la categoria dei beni immateriali, ovvero la loro non sempre precisa estimazione del valore in conseguenza delle caratteristiche di intangibilità e di unicità, lo sfruttamento della comparazione e l'adozione dei suggerimenti pratici forniti dall'OCSE può essere risolutivo per la transazione.

L'operazione di trasferimento può avere ad oggetto, come puntualizzato dallo stesso OECD (2014), il trasferimento dell'intangibile stesso o il trasferimento di un bene materiale seguito inscindibilmente dall'immateriale.

Il trasferimento, dal punto di vista legale, può comportare la cessione della proprietà del bene stesso o il passaggio della disponibilità di suoi diritti parziali.

Nei casi più generali è possibile individuare un accordo di licenza sottostante che, come asserito da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.85), “consiste in un contratto scritto in cui vengono disciplinate le condizioni d'uso in licenza del bene immateriale; tali accordi rivestono una notevole importanza ai fini del transfer pricing, dal momento che, data la difficoltà di identificare transazioni comparabili aventi ad oggetto beni immateriali, tali contratti vengono frequentemente utilizzati per la determinazione del valore normale delle royalties”.

L'uso del contratto di licenza sottostante, nonostante abbia struttura formale e valenza giuridica tra le parti, non deve comunque essere considerato esente da possibili aggiustamenti

– tipici tra l'altro della procedura di comparazione – per far aderire le caratteristiche della fattispecie alla comprabile e individuare un prezzo normale di transazione.

Con riguardo alla dicotomia della transazione su spiegata, ovvero la distinzione tra vendita *in toto* del bene immateriale e la cessione parziale e formalmente decisa e regolata, dei diritti sul bene, qualora sussista una similarità (o la si cerca tramite i correttivi imposti della procedura) nelle operazioni coinvolte nella analisi di comparabilità, possono essere applicati i metodi tradizionali di valutazione.

In particolare, possono essere applicati:

- Il metodo del confronto del prezzo, nel caso in cui il bene ceduto sia stato oggetto di precedenti trasferimenti tra imprese indipendenti, utilizzando il prezzo negoziato tra le parti come indice di comparazione;
- Il metodo del prezzo di rivendita, nel caso in cui un'impresa italiana controllata, licenziataria di un brevetto o di un marchio, lo conceda in sub-licenza dietro corrispettivo. In tal caso, la royalty pagata dalla sub-licenziataria potrebbe essere la base per il calcolo del valore normale del canone pattuito tra la società non residente titolare del bene immateriale e la controllata italiana (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.86).

A detta di Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014), l'Amministrazione finanziaria, per la valutazione del prezzo normale, deve considerare due tipologie di aspetti:

- a) Tecnici, come ad esempio, la vita tecnica, il livello di R&D, l'obsolescenza;
- b) Giuridici, come ad esempio, il diritto di esclusiva, i vincoli territoriali e temporali, il diritto di concedere sub-licenza, la facoltà di fissare i prezzi di rivendita.

Con riferimento ai contratti sottostanti, le clausole vanno scorperate e dettagliate così da poter evidenziare le caratteristiche giuridiche salienti che governano l'intangibile.

Con riferimento alla stipulazione di contratti di licenza, quindi maggiormente controllabili rispetto ad un singolo prezzo di trasferimento fissato dalle parti per la transazione intercorrente, per la compensazione stabilita (transfer price) si possono prendere a riferimento dei valori fissati dalla circolare n. 32 del 1980.

Come ben schematizzato in Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014), i valori predeterminati di corresponsione riscontrabili in una licenza (ritenuti quindi normali), sono stabiliti dalla

citata circolare, specificando però le condizioni caratterizzanti il trasferimento. Le condizioni riportate supportano il livello del canone e conseguentemente devono essere osservate per l'adozione del canone stesso.

I valori presunti dalla circolare del 1980 dell'Amministrazione finanziaria, saranno quindi utilizzabili sia dall'imprenditore per delineare un compenso in linea coi valori ritenuti "normali" a quelle condizioni, sia per la stessa Amministrazione, quali riferimenti per la fase di controllo.

L'Amministrazione, con la circolare n. 32 del 1980, individua i seguenti valori plausibili:

Canone	Caratteristiche operazione
2% fatturato	- contratto sottostante stipulato antecedentemente al pagamento del canone; - la licenza sia sufficientemente documentata, quindi il costo sia inerente.
2% - 5% fatturato	- contratto sottostante stipulato antecedentemente al pagamento del canone; - la licenza sia sufficientemente documentata, quindi il costo sia inerente; - il livello tecnologico giustifichi il canone (livello di R&D, diritto di concedere sub-licenze, originalità, obsolescenza).
> 5% fatturato	Solo in casi eccezionali, quando il livello tecnologico è rilevante (compreso il livello di sviluppo del settore d'appartenenza).
// (qualunque ammontare)	Solo in casi eccezionali, quando il livello tecnologico è rilevante (compreso il livello di sviluppo del settore d'appartenenza).

4.2.2 Metodi di valutazione e loro corretta applicazione

Come specificato dall'OCSE, per la scelta del miglior metodo di valutazione dell'intangibile, ci si deve riferire ai dati disponibili e quindi devono essere analizzate le circostanze caratterizzanti ogni singola operazione di trasferimento.

Si distinguono principalmente due tipologie di metodi: i metodi c.d. tradizionali e i metodi c.d. alternativi che basano la loro funzionalità sugli utili.

I metodi cd. tradizionali comprendono: il metodo del prezzo comparabile (Comparable Uncontrolled Price Method), il metodo del prezzo di rivendita (Resale Price Method) e il metodo del costo maggiorato (Cost Plus Method).

I metodi cd. alternativi sono: il metodo di ripartizione dell'utile (Transactional Profit Split Method) e il metodo basato sul margine netto della transazione (Transactional Net Margin Method).

Nella descrizione dei metodi si porrà una maggior attenzione al trattamento dei beni immateriali.

4.2.2.1 Metodi tradizionali e beni immateriali

1. Metodo del prezzo comparabile (Comparable Uncontrolled Price Method)

Il metodo CUP interpreta a pieno il noto principio della libera concorrenza definito dall'OCSE (arm's length principle), infatti, si basa sulla comparazione del prezzo praticato dalle società del gruppo con il prezzo teoricamente praticato tra parti indipendenti, coinvolte nella medesima operazione, in un mercato alle medesime condizioni.

Esistono due tipi di confronto:

- a) Il confronto interno;
- b) Il confronto esterno.

Il confronto interno si basa sulla comparazione tra le società del gruppo e la società del gruppo e una parte terza. Tale metodologia appare, indubbiamente, di immediata fruibilità operativa, laddove si sia in grado di individuare transazioni infragruppo comparabili rispetto a transazioni poste in essere con terze parti (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.103).

Il confronto esterno si basa sulla comparazione della medesima transazione, ma tra società indipendenti.

Nella valutazione esterna, come è facilmente prevedibile, devono essere considerati fattori esterni influenzanti la transazione e quindi l'analisi stessa.

In particolar modo, occorre prendere in considerazione i seguenti fattori:

- Il mercato rilevante: è necessario verificare l'esistenza di un mercato che presenti transazioni comparabili con quelle esaminate. La "somiglianza" deve tener conto di fattori meramente competitivi, delle regolamentazioni dei prezzi, dei tassi di cambio, dei costi di distribuzione locali. È opportuno prendere in esame un mercato in cui sono venduti gli stessi prodotti o, se definiti, i prezzi indicati dall'Amministrazione fiscale estera per operazioni comparabili;
- La qualità del prodotto: sia l'aspetto esteriore come quello più sostanziale possono influenzare il prezzo stabilito; ciò comporta la rilevazione del fattore "qualità" nella valutazione dei beni oggetto delle transazioni;
- Altri requisiti: fra le variabili da tenere in considerazione, vi sono infinite ulteriori elementi riconducibili al trasporto, imballaggio, pubblicità, commercializzazione, garanzia, tassi di cambio (fatturazioni in valute estere), condizioni generali di vendita, vendita accompagnata da dritti immateriali, tempo della vendita, vendite promozionali, sconti sulla quantità (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.103).

Data la modalità di applicazione del metodo, basata sostanzialmente sulla comparazione tra transazioni, possibili differenze di prezzo possono essere dovute a costi doganali, differenti termini di pagamento (o assicurazioni connesse alla transazione) e prelievi *una tantum*.

2. Metodo del prezzo di rivendita (Resale Price Method)

Tale metodo si basa sulla rivendita, a società indipendente, di un bene o servizio precedentemente transatto tra società appartenenti al medesimo gruppo industriale. Il prezzo di rivendita, ridotto di un adeguato margine, viene considerato di riferimento per l'analisi di comparabilità.

Il margine di rivendita (il resale price margin) deve essere sufficientemente adeguato a coprire i costi delle precedenti operazioni e comprensivo di un adeguato margine di guadagno per l'attuazione dell'attività stessa. Il margine andrà evidentemente comparato con situazioni analoghe, ma tra parti indipendenti.

Il metodo è utilizzabile nelle ipotesi:

- In cui il rivenditore non aggiunge "valore" al prodotto, limitandosi alla mera commercializzazione dello stesso;

- Nelle transazioni in cui l'intervallo di tempo tra l'acquisto e la rivendita è particolarmente ridotto, da poter trascurare eventuali fattori distorsivi quali il tasso di cambio, le variazioni di mercato, i costi di stoccaggio;
- Ove esista la possibilità di comparazioni di natura contabile (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.105).

3. Metodo del costo maggiorato (Cost Plus Method)

Com'è facilmente intuibile dalla stessa denominazione, il metodo prevede l'applicazione di un margine, il cd. margine di utile lordo (mark-up), al costo sostenuto per la produzione del bene o servizio transatto.

Per la determinazione del margine di guadagno potrà utilizzarsi il cd. confronto interno ovvero il cd. confronto esterno.

Il confronto interno si basa sulla comparazione tra il margine di utile stabilito nella transazione in esame con quello ottenuto dalla stessa impresa (soggetto dell'analisi) in transazioni regolate dall'arm's length principle (si vedano Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014).

Qualora non fosse possibile ricorrere al confronto interno, ovvero, non si abbia a disposizione una operazione simile regolata in condizioni di libera concorrenza, si ricorre al cd. confronto esterno. Quest'ultimo basa la comparazione del margine di utile lordo con quello disposto da parti indipendenti, in condizioni simili e in un mercato con le medesime caratteristiche (si vedano Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014).

La base dell'applicazione del mark-up è il costo di produzione del bene. Non deve farsi l'errore di sottovalutare la determinazione della suddetta base di calcolo per non creare una distorsione nella successiva applicazione del mark-up.

Il costo di produzione è determinabile correttamente tanto più il sistema di controllo è sviluppato (in proporzione agli obiettivi prefissati) e correttamente utilizzato. La stessa circolare n. 32 del 1980 dell'Amministrazione finanziaria impone, per il calcolo dei costi, di basarsi sul sistema di contabilizzazione della società stessa e ove necessario, apportare i giusti correttivi al sistema. All'estremo, la circolare citata, impone di utilizzare un differente sistema e ri-definire così la base di calcolo.

L'OECD (2010), propone, in ottica di realizzazione della comparabilità, di aggiungere alla base di calcolo tre tipologie di spese:

1. Le spese che riflettono differenze funzionali;
2. Le spese che riflettono funzioni addizionali svolte;
3. Spese che palesano efficienze o inefficienze delle procedure.

In sostanza, in fase di analisi di comparabilità, devono essere aggiunti costi che per entità e tipologia riflettono tutto ciò non è stato considerato nella fase di istruttoria.

Per l'applicazione nella analisi di comparabilità, deve essere posta l'attenzione non solo alla modalità con la quale viene rilevata la base di calcolo e le sue componenti, ma nondimeno alla tipologia di bene o servizio oggetto della transazione. Le caratteristiche del bene o servizio oggetto dell'operazione in esame possono infatti essere caratterizzanti e distinguibili per l'operazione stessa, permettendo quindi una sensibile distinzione rispetto alle altre transazioni, evidentemente simili, e comparabili attraverso adeguati correttivi (se necessari a catturare rilevanti sensibilità, come suggerito dall'OCSE).

Le caratteristiche dei beni e dei servizi assumono maggior rilievo nell'analisi quando sono riferiti a oggetti della transazione della categoria degli intangibili. Come già più volte spiegato, la particolarità di questi beni, oltre a contraddistinguerli rispetto a quelli cd. materiali, influenza l'analisi di comparazione.

Sintetizzando, si possono distinguere due opposte situazioni che, di conseguenza, richiedono differenti modalità di applicazione dell'analisi:

- a) le caratteristiche accreditabili al bene intangibile o servizio – oggetto dell'analisi – lo contraddistinguono in modo sensibile rispetto a simili beni della medesima categoria;
- b) le caratteristiche individuate non sono così rilevanti da renderlo unico e riconoscibile.

Con riguardo all'ipotesi in cui le caratteristiche intrinseche del bene o servizio non comportino una significativa distinzione e unicità, l'attenzione si concentrerà sulle variabili esterne di comparabilità come, ad esempio, le funzioni svolte dalla società e le circostanze economiche e di mercato in cui la transazione è sorta. Per converso, se si presenta il caso in cui le caratteristiche del bene intangibile siano distintive e alla base del vantaggio competitivo creato, come riscontrabile nelle direttive OCSE, sarà necessario apportare le opportune

correzioni, in modo da considerare tali differenze ed esaltare le peculiarità della fattispecie in esame.

Il prezzo derivato dall'attivazione di procedure differenziate, esaltando le singolarità ove presenti o le considerando primariamente le condizioni esterne, rispetterà le condizioni arm's length richieste dall'OCSE (l'analisi avverrà tra situazioni realmente comparabili e rispetterà quelle che sono le condizioni in cui la transazione si perfeziona).

L'analisi delle differenze riscontrate può dar luogo alle seguenti considerazioni di ordine "pratico":

- Nel caso in cui maggiori costi siano connessi ad una differenza nelle funzioni svolte (tenuto conto dei beni utilizzati e dei rischi assunti), che non è stata considerata nell'applicazione del metodo, può rivelarsi necessario apportare una correzione incrementativa del margine lordo;
- Nel caso in cui maggiori costi siano riconducibili a funzioni aggiuntive distinte rispetto a quelle individuate con il metodo del costo maggiorato, pare possibile (e necessario) procedere attraverso la determinazione di un compenso separato, *ad hoc*, per tali funzioni;
- Nel caso in cui le differenze nei costi delle imprese oggetto di confronto siano il risultato di efficienze o inefficienze delle imprese stesse è possibile che non siano necessarie correzioni al margine lordo. Infatti difficilmente un'impresa indipendente accetterebbe di pagare un prezzo più elevato a causa dell'inefficienza dell'altra parte, utilizzata ai fini dell'attività di comparazione. Al contrario, se l'altra parte evidenzia maggiore efficienza rispetto a quanto prevedibile in "circostanze normali", questa impresa dovrebbe beneficiare di quel vantaggio (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.106).

4.2.2.2 Metodi alternativi e beni immateriali

1. Metodo di ripartizione dell'utile (Transactional Profit Split Method)

Il metodo in esame si basa sulla suddivisione tra le società (proporzionale, in base alle funzioni svolte, gli assets utilizzati e i rischi assunti) del profitto globale della transazione.

La suddivisione tende a ricalcare la quota di profitto che ogni impresa avrebbe ottenuto se la transazione fosse avvenuta tra parti indipendenti in un mercato rispettante l'arm's length principle, così come definito dall'OCSE.

Come puntualizzato, la suddivisione del profitto deve considerare la suddivisione delle funzioni, l'impiego degli assets e i rischi consequenziali. Spesso, per parti correlate, facendo prevalere gli interessi generali del gruppo, la suddivisione degli utili delle transazioni viene programmata nella pianificazione fiscale.

Nonostante l'analisi di comparabilità sia rilevante per definire operazioni equiparabili e quindi, identificare il legittimo prezzo di trasferimento e conseguentemente la suddivisione degli utili, il metodo in discussione è utilizzabile anche in mancanza di transazioni comparabili.

Come suggerito la suddivisione degli utili deve rispettare il generale concetto di operazione conforme alla libera concorrenza (arm's length principle) e alla indipendenza delle parti. L'OCSE suggerisce delle "allocation keys" in grado di rilevare le suddette disposizioni.

A tale proposito si rileva che le *allocation keys* selezionate devono essere *compliant* con i seguenti requisiti:

- Comparabilità delle transazioni oggetto di analisi e coerenza con le funzioni svolte e i rischi assunti dalle parti;
- *Consistency* con le condizioni che sarebbero state accorate in transazioni comparabili tra soggetti indipendenti in circostanze simili;
- *Consistency* con l'approccio di ripartizione del profitto adottato (e.g. *contribution analysis*, *residual analysis*, analisi *ex ante* e analisi *ex post*);
- Affidabilità dei risultati (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.107).

Come già specificato, inoltre, è fondamentale analizzare gli accordi tradotti in comportamenti e i contratti stipulati tra le parti in causa.

Secondo l'OECD (2010), la divisione del profitto deve quindi rispettare:

- a) L'apporto complessivo di ogni singola impresa coinvolta;
- b) Il principio di libera concorrenza (arm's length principle); devono perciò essere osservate le condizioni imposte o rintracciabili, le clausole contrattuali, gli accordi e i consequenziali comportamenti, derivabili dal rispetto del principio di

libera concorrenza, quando la transazione avviene tra parti indipendenti e quindi non in conflitto di interessi.

Come suggerito dall'OCSE (si veda la Revision dell'OECD, 2010), il metodo in trattazione è fortemente indicato quando l'intangibile sottostante alla transazione è connotato da carattere di unicità e riconoscibilità¹¹³. In questo caso, la procedura si snoda in due fasi: (a) si identifica il bene immateriale che apporta valore alla value chain e (b) si definisce in che misura il valore si manifesta.

2. Metodo del margine netto della distribuzione (Transactional Net Margin Method)

A differenza di quello precedentemente analizzato, questo prende in considerazione il margine ricavato che una impresa realizza dalla transazione con parte controllata.

Il confronto tra transazioni avviene, come nei casi precedenti, attraverso il confronto interno o alternativamente con il confronto esterno.

Come da prassi OCSE, per definire in modo inequivocabile il prezzo della transazione (ovvero per ricalcare il valore normale), impone una analisi funzionale (anche per la transazione indipendente, se necessaria) e i conseguenti correttivi, necessari per ancorare la transazione infragruppo con una transazione simile definita secondo i dettami OCSE.

Il metodo in esame risulta influenzabile da taluni fattori che non hanno incidenza sul margine lordo o sul prezzo; in particolare., i fattori di cui maggiormente risente il metodo basato sul margine netto sono:

- La posizione concorrenziale;
- Le differenze del costo del capitale;
- Il grado d'esperienza dell'impresa;
- La minaccia di nuovi concorrenti;
- L'efficacia gestionale;
- La strategia perseguita (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.108).

¹¹³ In questo caso si ritiene che il valore creato dagli intangibili con le caratteristiche chiarite sia rilevante ed indispensabile per la transazione e nondimeno per l'interesse dell'impresa multinazionale. Quindi, in definitiva, è importante definire il valore dell'intangibile nella transazione e il valore che questo apporta alla gestione del gruppo.

Gli elementi riportati, ancorché siano preventivamente identificabili, possono in alcuni casi:

- a) Essere erroneamente ritenuti non rilevanti;
- b) Non essere valutati correttamente per l'entità con la quali si manifestano e gli effetti potenziali che effettivamente sprigionano.

Conclusioni generali ai metodi

La discriminante nella trattazione degli intangibles rispetto ai beni materiali si basa essenzialmente sulle caratteristiche intrinseche dei beni immateriali stessi. La loro intangibilità e la loro evoluzione nel tempo (rispetto ad importanza nella pianificazione strategica, obsolescenza ed effettivo grado di innovazione apportato) ne rendono non sempre immediata la valutazione, sia come valore derivante dallo stralcio del bene oggetto rispetto all'unità, sia come valore nella transazione.

È evidente che, come evidenziato da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014), l'uso di contratti di licenza, cui far corrispondere una royalty, permette di definire in modo meno impreciso il valore del bene intangibile e palesare l'accordo tra le parti sottostante alla transazione, quindi verificare tutte le condizioni concordate per la gestione della transazione.

Operativamente, possono essere raccolte indicazioni circa le caratteristiche dei metodi, la sensibilità degli stessi e la loro efficace applicazione.

L'OECD (2010) suggerisce alcuni spunti di riflessione circa le differenze intercorrenti tra il Transactional Profit Split Method (TPSM) e il Transactional Net Margin Method (TNMM).

1. Prezzo: il TNMM è affetto da possibili differenze di produzione;
2. Margine lordo: influenzato da differenze nelle funzioni svolte;
3. Profitto netto: influenzato in maniera più blanda rispetto al metodo utilizzando il margine;
4. Volatilità derivante dall'uso: il profitto netto (TPSM) è influenzato da fattori che non hanno alcuna influenza sul margine lordo (TNMM) e sul prezzo a causa della variazione operativa tra imprese;
5. Fattori incontrollabili e ineliminabili: possono sussistere fattori che influenzano tutti e tre gli indicatori, ovvero, il profitto, il margine e il prezzo;

6. Sensibilità dei margini: utilizzo del profitto comporta una minore sensibilità rispetto all'applicazione del margine; differenza è dovuta alle differenze nella complessità delle funzioni e all'assunzione di rischi;

L'OECD (2014) propone alcune indicazioni generali sull'utilizzo dei metodi visti. Sinteticamente:

1. I metodi cd. *one side* come il metodo Resale Price Method e TNMM, sono metodi generalmente non utilizzabili per la valutazione diretta del bene intangibile;
2. L'uso dei metodi basati sul costo degli intangibili è scoraggiato per la scarsa correlazione tra il costo sostenuto per lo sviluppo e il valore dello stesso intangibile post sviluppo (comprendente la misura dei benefici futuri ritraibili dallo stesso);
3. L'uso di metodi basati sul costo di rimpiazzo o riproduzione del bene immateriale è consigliato soprattutto quando lo sviluppo dell'intangibile è correlato con l'implementazione di *business operations* interne (ad esempio, il sistema software interno) e particolarmente, quando l'intangibile non possiede le caratteristiche di unicità ed è difficilmente valutabile;
4. Qualora fosse possibile identificare un corretto comparabile, l'OCSE consiglia di utilizzare il metodo CUP, viceversa, nel caso in cui non fosse possibile adottare un comparabile adeguato, l'OCSE consiglia di utilizzare il metodo Profit Split.

Dalle disposizioni dell'OECD (2010), la sensibilità metodi è così individuabile: TNMM è più sensibile rispetto al Cost Plus e al Resale Price Method. Le differenze di sensibilità sono dovute alla capacità di utilizzo e assorbimento dei costi fissi indiretti ed inoltre, dalla strategia programmata e dal business in cui si opera (aspetti che si traducono nella proporzione tra costi fissi e variabili).

Modalità di pagamento

Un breve accenno merita la modalità di pagamento con la quale viene regolata la transazione del bene intangibile (o del bene materiale al quale è inscindibilmente collegato l'intangibile).

Come confermato dall'OCSE, ogni soggetto passivo ha la facoltà di scegliere la modalità di pagamento che più ritiene conforme alla tipologia di transazione involvente il bene intangibile.

Ogni società appronterà una – seppur breve – analisi costi/benefici, nella quale saranno inevitabilmente ricompresi il costo (diretto e indiretto) del pagamento e i benefici derivanti dalle spese collegate alla modalità di pagamento stessa (si pensi, ad esempio, al costo di determinate forme di protezione dal rischio di inadempimento e i benefici ritraibili dall'attivazione della protezione), per verificare le alternative di pagamento e adottare quella ritenuta più conveniente..

Naturalmente, come osservato dall'OECD (2014) ogni forma di pagamento comporta un certo grado di rischio: alcune forme di pagamento comportano alti rischio (si pensi, ad esempio, alla banconota o al semplice bonifico bancario), altre una percentuale di molto inferiore, se non addirittura nulla.

La valutazione (sia da parte del management che da parte dell'Amministrazione finanziaria) dovrà basarsi sul rispetto del caposaldo arm's length principle e della indipendenza delle parti.

L'Amministrazione finanziaria baserà i suoi controlli sulle modalità di pagamento (in quanto influenzanti il prezzo di trasferimento) sulla definizione degli stessi in condizioni di libera concorrenza, quando la transazione (simile e quindi comparabile) avviene tra parti indipendenti.

La definizione del prezzo di trasferimento, conseguentemente, incorporerà la stima dell'influenza della modalità di pagamento: questa infatti si manifesterà attraverso i (a) rischi connessi e (b) i costi sostenuti e (c) le funzioni sostenute per l'adozione.

4.2.2.3 Valutazione altamente incerta del bene

La valutazione del prezzo di trasferimento di alcuni beni intangibili (o lo scorporo del valore dell'intangibile da quello globale dell'unità composta dal bene materiale e immateriale) o il valore di servizi prestati o attesi, e il conseguente controllo della aderenza dello stesso al valore normale, può risultare altamente difficoltosa se non, al limite, impossibile.

A causa delle proprietà caratterizzanti la categoria dei beni immateriali, in alcuni casi accentuati dalla unicità e non identificabilità dei beni stessi, la definizione del valore del bene e l'apporto che questo dà alla transazione, può risultare impossibile l'applicazione dei metodi precedentemente analizzati.

Per questo motivo, l'OCSE propone alcune soluzioni in caso di valutazione altamente incerta del prezzo della transazione (si veda OECD 2014).

- a) Una possibilità è di utilizzare il valore atteso dei benefici, stimandone la media e utilizzando questo valore per definire il prezzo della transazione. La definizione del valore medio dei benefici non è esente dalle correzioni previste dalla procedura di comparazione;
- b) Nei casi in cui le proprietà degli intangibili coinvolti nella transazione siano valutabili con estrema difficoltà, o all'estremo, impossibili da definire, l'OCSE propone – per ricalcare il comportamento di parti indipendenti – di valutare possibili accordi shorter-term o clausole di adeguamento del prezzo per proteggere il valore da sviluppi indesiderati;
- c) Infine, propone l'utilizzo di accordi bilaterali, tra le parti della transazione, per rinegoziare il prezzo di trasferimento.

I controlli dell'Amministrazione finanziaria devono tenere conto di tali accordi o contratti, di adeguamento o definizione del prezzo di trasferimento del bene. L'analisi della amministrazione deve infatti partire dalla destrutturazione dei contratti stipulati tra le parti in fase di preparazione alla transazione e successivamente, apportare le opportune rettifiche, rilevabili dal comportamento delle parti (principio della sostanza sulla forma) e determinare così il corretto valore da assegnare all'intangibile.

In alcuni casi, soprattutto ove manca la collaborazione volontaria dei soggetti passivi coinvolti, la vigilanza e l'accertamento del transfer price risultano altamente difficili da attuare. In questi casi, inoltre, proprio per le difficoltà segnalate, la stessa Amministrazione avrebbe difficoltà nel valutare i flussi di benefici attesi e quindi definire con autorevolezza il corretto prezzo della transazione.

For such intangibles, information asymmetry between taxpayer and tax administrations may be acute and may exacerbate the difficulty encountered by tax administrations in verifying the arm's length basis on which pricing was determined (OECD 2015, p.5).

Come ribadito dall'OECD (2015, p.5) “it will prove difficult for a tax administration to perform a risk assessment for transfer pricing purposes, to evaluate the reliability of the information on which pricing has been based by the taxpayer, or to consider whether the intangible or rights in intangibles have been transferred at undervalue or overvalue compared to the arm's length price, until ex post outcomes are known in years subsequent to the transfer”.

Il caposaldo dell'arm's length principle e la prospettiva delle parti indipendenti sono imprescindibili per l'Amministrazione finanziaria: la comparazione delle situazioni non può avvenire senza aver considerato la stipulazione dei contratti, le particolari clausole sottoscritte o il mantenimento nel tempo di particolari comportamenti (si vedano i principi OCSE).

L'OECD (2015) decreta la disapplicazione delle rettifiche apportate ai beni immateriali la cui valutazione risulta altamente incerta se il soggetto passivo:

1. provides full details of its ex ante projections used at the time of the transfer to determine the pricing arrangements, including how risks were accounted for in calculations to determine the price (e.g. probability-weighted), and the comprehensiveness of its consideration of reasonably foreseeable events and other risks (OECD 2015, p.5);
2. provides satisfactory evidence that any significant difference between the financial projections and actual outcomes is due to unforeseeable or extraordinary developments or events occurring after the determination of the price that could not have been anticipated by the associated enterprises at the time of the transaction (OECD 2015, p.6).

CAPITOLO 5

LA BUSINESS RESTRUCTURING

Le operazioni di business restructuring e i beni immateriali

5.1 Le nozioni della business restructuring; gli intangibili e la value chain

Le operazioni di riorganizzazione societaria e/o di ridefinizione funzionale comportano la riallocazione *cross-border* da parte di un'impresa multinazionale di funzioni, rischi e assets, così come di *profit potential* tra le imprese associate (Valente, Rizzardi 2014, p.223).

Di fondamentale importanza quindi lo studio e la comprensione della catena del valore della multinazionale in quanto, la sua revisione, è una delle principali spinte motivazionali alla riorganizzazione funzionale. La ridefinizione della *value chain* influenza inevitabilmente la condotta delle società del gruppo: alcune saranno spogliate di funzioni e rischi, altre dovranno implementare funzioni differenti, utilizzare o sviluppare assets e assumere rischi ulteriori dai quali far discendere profitti potenziali.

Tali operazioni possono comportare delle problematiche in materia di transfer pricing, quali ad esempio:

- Riallocazione di funzioni, rischi e assets tra le imprese del gruppo (è fondamentale comprendere l'eventuale nuovo ruolo funzionale delle società del gruppo a seguito della ristrutturazione);
- Ridefinizione dei flussi intercompany (analisi funzionale dei soggetti coinvolti per singola transazione);
- Identificazione dei metodi di transfer pricing (nel caso in cui il metodo selezionato nel periodo pre-riorganizzazione non risulti essere il più appropriato alle specifiche circostanze del caso) e la relativa applicazione;

- Predisposizione di apposita documentazione (documentazione di transfer pricing che illustri i cambiamenti avvenuti mediante l'operazione di riorganizzazione, apposita contrattualistica relativa alle transazioni intercompany) (Valente, Rizzardi 2014, p.227).

Di fondamentale importanza le caratteristiche dei mercati di sbocco nei quali il gruppo intende stanziare le proprie nuove società e/o *branch* o imponendo nuove differenti funzioni a società già esistenti.

Il trasferimento di funzioni nella business restructuring: il produttore e il distributore

Nella valutazione del prezzo di trasferimento e nella valorizzazione della ristrutturazione del business, particolare attenzione deve essere posta alle funzioni svolte dai principali soggetti della distribuzione commerciale, il produttore e il distributore.

Le definizioni delle loro funzioni, degli assets utilizzati e dei rischi assunti deve essere posta in essere con riguardo allo stato pre-restructuring, per definire le condizioni di partenza e i conseguenti benefici potenziali, e coerentemente, con riferimento alla situazione ideale post-restructuring, identificando le condizioni ritraibili dalla business restructuring.

L'analisi di funzioni, assets e rischi permette *ceteris paribus* di identificare il corretto valore dei beni transati e della compensazione per i maggiori rischi assunti nella business restructuring.

Sintetizzando, si riportano due tabelle (tratte da Valente e Rizzardi 2014 e rielaborate) che identificano i principali modelli di distribuzione e di produzione.

Modelli di distribuzione	Caratteristiche principali
Commission Agent	<ul style="list-style-type: none"> - Opera come intermediario; - Vende i prodotti al cliente finale, per conto - del committente; - I <i>sales agreement</i> vengono stipulati e sottoscritti dal committente con il cliente finale; - Non possiede magazzino (quindi non ha rischi in tal senso); - Non è responsabile nei confronti del cliente.
Commissionnaire	<ul style="list-style-type: none"> - Vende i prodotti al cliente finale "<i>under its own name</i>"; - Ricerca i clienti e si occupa del monitoraggio dei

	<p>pagamenti;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Senza il consenso non può determinare i prezzi dei beni (compresi sconti); - Non può impostare servizi e/o modalità di pagamento al di fuori della <i>policy</i> aziendale.
Buy-sell Distributor	<ul style="list-style-type: none"> - Opera generalmente come un full-fledged con la differenza che non implementa alcune funzioni e sostiene alcuni rischi (es. rischio di magazzino); - Viene remunerato tramite Resale Price Method (quando non apporta particolari modifiche incrementanti il valore dei beni commercializzati).
Full-fledged Distributor	<ul style="list-style-type: none"> - Svolge rilevanti attività di Marketing e servizi post-vendita; - Gestisce il magazzino e la logistica; - Viene remunerato tramite il Resale Price Method tenendo conto degli apporti di valore derivanti dagli intangibili utilizzati e/o creati.

Modelli di produzione	Caratteristiche principali
Toll Manufacturer	<ul style="list-style-type: none"> - Non è responsabile: <ul style="list-style-type: none"> - della pianificazione e della produzione; - del magazzino; - della logistica; - Non ha la proprietà delle materie prime e dei prodotti finiti; - Non detiene intangibles di valore rilevante.
Contract Manufacturer	<ul style="list-style-type: none"> - Produce a contratto; - Svolge tutte le funzioni connesse alla produzione; - Per la produzione rispetta: <ul style="list-style-type: none"> - le tecnologie; - le specifiche del prodotto; - i processi di qualità; - le <i>production schedules</i>; - impartite dal committente; - La remunerazione si basa su un prezzo definito per unità di prodotto o alternativamente, su un mark-up sui costi di produzione.
Limited Risk Manufacturer	<ul style="list-style-type: none"> - Esegue l'approvvigionamento delle materie prime e dei semilavorati per la produzione; - Svolge attività di <i>scheduling</i> a breve termine; - Gestisce il magazzino; - Può subappaltare l'attività produttiva; - Può rivendere a terzi i prodotti; - Sostiene i rischi legati alle attività elencate; - Trae i benefici degli immateriali sviluppati.
Full-fledged Manufacturer	<ul style="list-style-type: none"> - Svolge tutte le funzioni e i processi operativi tipici del settore d'appartenenza (compresa l'attività di R&D, <i>scheduling</i> della produzione, gestione del magazzino e controllo qualità); - Sostiene i rischi legati alle attività elencate; - Trae i benefici degli immateriali sviluppati.

Esempio: produttore/distributore

Si riporta di seguito un breve esempio, tratto da quello proposto da Valente e Rizzardi (2014), in grado di definire la rilevanza della connessione produttore/distributore nella business restructuring

Una società può per ragioni legate alla distribuzione commerciale, affidare l'attività distributiva ad una nuova società costituita nel Paese ove è situato il mercato di sbocco; tale scelta è legata alla motivazione di affidare la funzione di consegna ad una società relativamente più competente (si potrebbe ritenere creata *ad hoc* per lo scopo fissato). L'obiettivo è quello di arrivare al cliente finale con maggior efficienza e rendere il servizio finale maggiormente efficace per il consumatore.

Le alternative adottabili sono essenzialmente due:

1. Affidare la distribuzione alla medesima società che svolge l'attività produttiva;
2. Affidare l'attività distributiva ad una società differente dalla manufacturer company.

Adottando la seconda soluzione, la più interessante in ottica di business restructuring, il bilanciamento dei rischi tra produttore e distributore cambia inevitabilmente.

Sintetizzando, possiamo asserire che, l'adozione della soluzione coinvolgente un diverso distributore, comporta:

- la suddivisioni delle funzioni;
- la differente ripartizione dei rischi;
- la differente programmazione di ottenere profitti futuri (e quindi margini);

tra produttore e distributore.

La scelta del distributore (nel caso in cui sia un soggetto terzo) deve essere effettuata prendendo in considerazione alcuni dei seguenti fattori:

- Relazioni di business (network);
- Know-how ed esperienza;
- Potere d'acquisto e struttura del magazzino;
- Reputazione del distributore nel mercato di riferimento;
- *Status* finanziario;
- *Expertise* dei suoi venditori;

- Distribuzione di altri prodotti;
- Competenza nei servizi post-vendita;
- Caratteristiche del mercato di riferimento;
- Metodi di distribuzione del concorrente (Valente, Rizzardi 2014, p.228).

La scelta dei modelli di distribuzione commerciale implica la ridefinizione delle funzioni tra le parti e conseguentemente, dei rischi assunti da ogni società.

Secondo la logica d'impresa, e comunque secondo quanto rilevabile dalle disposizioni OCSE, la restructuring delle funzioni e la redistribuzione dei rischi secondo i modelli visti, comporta una differente aspettativa di conseguire profitti.

In ottica di transazione e di ristrutturazione, inoltre, la riallocazione delle funzioni comporta – anche se secondo il principio *arm's length* non è in immancabilmente dovuto – quantomeno una definizione di una contropartita costituita dalla compensazione per i maggiori rischi sostenuti.

Si rimarca che, secondo le disposizioni OCSE (2010b), la remunerazione per le transazioni avvenute da le società collegate e la compensazione per i maggiori rischi derivanti dalla business restructuring, devono avvenire nel pieno rispetto dell'*arm's length principle*.

La valorizzazione *at arm's length principle*, inevitabilmente, avrà una ripercussione sul livello di tassazione delle singole società del gruppo coinvolte nelle operazioni.

Infatti, come sostenuto da Bakker (in Valente, Rizzardi 2014, p.228) “for tax and transfer pricing purpose, labelling a multinational entity that operates within the multinational group as a manufacturer, distributor or service provider (or hybrid entity that combines some of these traditional definition) has the immediate effect of attaching consequences to the taxation of that entity”.

5.1.1 La definizione e le ragioni economiche della business restructuring

Come definito dallo stesso OECD (2010b) non esiste una definizione univoca di business restructuring. Tuttavia, con riferimento alle imprese multinazionali, come dichiarato dall'OECD (2010b) “business restructuring is defined as the cross-border redeployment by a multinational enterprise of functions, assets and/or risks”.

La business restructuring può quindi coinvolgere anche il trasferimento cross-border di beni immateriali. Nasce da qui l'influenza degli effetti della business restructuring sul transfer pricing delle transazioni. La valutazione degli immateriali (ancorché imprescindibilmente e antecedentemente debba essere individuata la *value chain* del gruppo multinazionale – utilizzando l'analisi come riportato in precedenza – per definire le attività immateriali distintive e creatrici di valore aggiunto)

La business restructuring fonda la sua esistenza sulla necessità dell'azienda di riorganizzare le funzioni e le autonomie decisionali e conseguentemente realizzare guadagni principalmente da risparmi di denaro derivanti dalla razionale ri-allocazione dei profitti (si vedano Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014). La ristrutturazione coinvolge primariamente il gruppo multinazionale dall'interno, ovvero attraverso la riorganizzazione delle funzioni, degli assets e dei rischi e può inoltre tangere le relazioni esterne con parti terze (o per converso, sono le stesse parti terze che spingono – anche indirettamente – il gruppo a porre in essere la ristrutturazione).

Operativamente, secondo l'OCSE, gli scopi della business restructuring consistono nella trasformazione di funzioni ovvero nella centralizzazione di alcuni assets intangibili, di alcuni rischi cui fanno riferimento alcuni profitti potenziali.

Gli obiettivi evidenziati dall'OECD (2010b) sono:

- Conversione del distributore da full-fledged a limited-risk o mero intermediario, per imprese estere associate che operano come indipendenti;
- Conversione da produttore full-fledged a contract-manufacturer, per imprese estere associate che operano come indipendenti;
- Trasferimento di intangibili o di diritti su di essi, in entità centrale per il gruppo, definita IP Company.

Le ragioni economiche che spingono la business restructuring vengono individuate dall'OECD (2010b):

- a) Massimizzare la sinergia del gruppo;
- b) Massimizzare l'economia di scale;
- c) Rendere efficiente la supply chain;
- d) Velocizzare le scelte del management e ottimizzare l'intera linea di comando;
- e) Trarre vantaggio dall'implementazione degli sviluppi della IT e ottenere un servizio di assistenza globale più efficiente;

- f) Preservare i profitti e ridurre le perdite in economie in recessione.

A queste motivazioni se ne aggiungono altre di fondamentale importanza, individuate da Valente e Rizzardi (2014):

- g) Razionalizzazione ed ottimizzazione delle linee di *business*;
h) Penetrare in mercati ritenuti strategici;
i) Ottimizzare il carico fiscale complessivo del gruppo multinazionale.

Come riportato dall'OECD (2010b), la *business restructuring* è tipicamente accompagnata dalla ri-allocazione dei profitti tra i membri della multinazionale (punto *i* del precedente elenco). La divisione dei profitti può avvenire al momento stesso della ristrutturazione (se già “disponibili”) o stesa negli anni successivi (con riferimento ai profitti potenziali).

La ripartizione dei profitti all'interno del gruppo (quindi anche la loro riallocazione *cross-border*) è consentita purché tale suddivisione sia avvalorata da scelte economiche e finanziarie della holding in linea con il principio *arm's length*. L'OCSE infatti non nega che l'ottimizzazione del carico fiscale sia una degli obiettivi delle imprese multinazionali, tuttavia questo deve essere avvalorato da valide ragioni economiche e finanziarie, non sfiorare nel campo della elusione fiscale e soprattutto non deve essere prevalente rispetto agli altri obiettivi (ovvero unico).

Lo studio della *value chain* consente di rappresentare il valore complessivo creato dall'impresa, mediante l'individuazione di due elementi principali:

- Le attività che generano valore;
- Il margine di profitto (Valente, Rizzardi 2014, p.224).

Come confermato da Valente e Rizzardi (2014), lo studio della *value chain* dell'impresa multinazionale è prodromo alla definizione strategica – anche in ottica di medio - lungo periodo – dell'intero gruppo di società. Lo studio del piano strategico e operativo dell'unità di impresa deve essere ritenuto doveroso per la comprensione e la definizione delle scelte attuali del *board* e degli effetti ottenuti e conseguibili.

Lo studio della *value chain* sarà quindi indispensabile nella fase di accertamento da parte della Amministrazione sulle operazioni di trasferimento e di *business restructuring*, per spiegare la valenza delle scelte adottate e dimostrare la consistenza formale e sostanziale delle stesse (il rispetto formale e dello *spirit* della legge richiesto dall'OCSE).

Brevemente, la valutazione della value chain è perseguibile attraverso i seguenti steps (si vedano Valente e Rizzardi 2014):

1. Mapping out della impresa multinazionale;
2. Mapping out di una impresa *benchmark*;
3. Analisi delle value chain (compresi i punti di forza e di debolezza di ognuna) e riscontro delle differenze;
4. Identificazione e distinzione tra funzioni principali e di supporto;
5. Identificazione e comprensione della funzione “*critical to the success*” per l’impresa multinazionale;
6. Identificazione e comprensione della primaria attività generatrice di valore aggiunto;
7. Identificazione del corretto modo di suddividere le funzioni tra le imprese associate.

Dalla valutazione siffatta è possibile derivare il fondamento della business restructuring e del transfer pricing, ovvero determinare il valore dei beni transatti e le motivazioni all’adozione delle operazioni.

Nonostante la progettazione della business restructuring sia formalmente corretta, la Amministrazione finanziaria può, come sostenuto da Musselli e Musselli (2009), disconoscere la transazione come avvenuta tra le parti.

L’Amministrazione fiscale, come ribadito da Musselli e Musselli (2009, p. 194), può nei casi in cui lo reputi necessario, disconoscere la transazione “ove la struttura civilistica delle transazioni tra imprese affiliate sia differente da quelle che avrebbero adottato parti indipendenti e non consenta di calcolare condizioni di libera concorrenza”. Il disconoscimento dell’intero contratto, seguendo il principio della business restructuring dell’*arm’s length*, come evidenziato da Musselli e Musselli (2009,p.194) “quando l’allocazione dei rischi, così come effettuata dalle parti associate, non sarebbe adottata da parti indipendenti (e ciò costituisce l’essenza del contratto tra parti affiliate)”.

5.1.2 Il principio arm's length applicato alla business restructuring

Secondo l'OCSE il principio arm's length deve essere applicato non solo alle singole transazioni, ma anche alla operazione di business restructuring nel suo complesso ed in generale, alle operazioni di riorganizzazione aziendale.

Secondo quanto visto, infatti, l'appartenenza ad un gruppo di imprese può dirimere il perseguimento dei singoli obiettivi aziendali in luogo degli obiettivi globali stabiliti dalla controllata del gruppo. Il sottostare alla direzione unitaria può comportare infatti la sottrazione di singoli interessi dalle finalità societarie e inglobare, più o meno direttamente, direttive volte al perseguimento di obiettivi comuni. Scopo della Amministrazione finanziaria è quello di definire se le scelte dettate dalla business restructuring siano in linea con l'arm's length principle e in caso contrario, imporre le opportune correzioni per ricondurre la condotta ai capisaldi della normativa OCSE.

Come per la procedura di comparabilità, anche per le operazioni di business restructuring, il prezzo delle transazioni fissato dalle parti (ignorando evidentemente le indicazioni dell'arm's length principle) può essere rettificato secondo i dettami dell'OCSE. L'Amministrazione ha infatti la possibilità di aggiustare il prezzo impartito dalle parti per farlo aderire a quello ritraibile da una transazione che avviene tra parti indipendenti, in libero mercato.

È possibile elencare differenti ipotesi e/o situazioni concrete in cui la verifica del prezzo accordato è necessaria; in caso di discrepanza tra i valori, si dovranno apportare le opportune rettifiche (si vedano Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014).

- i. La centralizzazione dei diritti sui beni immateriali: la traslazione degli intangibili potrà basarsi su ragioni commerciali, ma si dovrà comunque verificare il rispetto del principio di libero mercato e utilizzare la prospettiva del cedente e del cessionario;
- ii. Il trasferimento di un bene immateriale seguito da un contratto d'uso: la vendita è accompagnata da un contratto d'uso per il cedente; risulta indispensabile analizzare gli accordi sottostanti per definire se sono stati stipulati secondo i criteri del libero mercato;
- iii. Valore incerto durante la cessione da ristrutturazione: è possibile che venga ceduto un intangibile il cui valore sia indiscutibilmente incerto; si dovrà

verificare se il prezzo sia stato fissato secondo le informazioni disponibili al momento della transazione;

- iv. Trasferimento o cessione dei diritti contrattuali: secondo l'OCSE, quando vengono scambiati tra parti collegate, deve essere verificata l'aderenza del prezzo alla prospettiva cedente e cessionario.

L'OECD (2010) propone alcune indicazioni per la individuazione delle condizioni arm's length.

Le informazioni devono derivare dalla revisione:

- Delle transazioni derivanti dalla ristrutturazione e dalle funzioni, dagli assets e dai rischi prima e dopo l'operazione di ristrutturazione;
- Delle ragioni sottostanti al business e i benefici attesi, includendo il ruolo delle sinergie;
- Delle opzioni realisticamente adottabili dalle parti.

L'adozione delle su riportate indicazioni permette di verificare l'avvenuto rispetto delle condizioni di libera concorrenza e nondimeno, consente di dettare le disposizioni per la verifica del prezzo di trasferimento.

Comparabilità e compensazione arm's length

Come asserito, l'arm's length principle – applicato al singolo caso attraverso l'analisi di comparabilità – può determinare la necessità di imporre una compensazione per le funzioni svolte, gli assets utilizzati e i rischi assunti; la definizione della compensazione deve avvenire non prescindendo dalle condizioni di mercato ove la società opera, i termini contrattuali stipulati e la strategia di business.

Il primo passo consiste nella identificazione del comparabile, ovvero nella definizione della transazione comparabile che avviene in libero mercato tra parti indipendenti. Individuato il comparabile, si implementa l'analisi di comparabilità completa consistente nella individuazione delle funzioni, degli assets e dei rischi che sono caratterizzanti l'apporto di ogni singola società coinvolta nell'operazione.

Come risultato della comparazione tra transazioni e operazioni di restructuring, potrà essere stabilito il dovuto aggiustamento per eliminare le differenze e le materiali difformità

che contraddistinguono l'operazione in esame. L'aggiustamento a cui si fa riferimento è la compensazione da comparabilità.

Il principio della libera concorrenza (*arm's length principle*) sancito in ambito OCSE non prevede forme di compensazione per la mera diminuzione dei profitti futuri attesi; pertanto, quando si applica il citato principio alle operazioni di riorganizzazione, occorre verificare se vi è stato un trasferimento di valore (*i.e.*, diritti o altre attività) ovvero la cessazione o la rinegoziazione sostanziale di accordi preesistenti e se, in circostanze analoghe, ciò si sarebbe verificato anche tra parti indipendenti (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.180).

5.1.3 I beni immateriali nella business restructuring

Nella *business restructuring*, come per le singole transazioni, coinvolgente beni intangibili, sorge innanzitutto la difficoltà di identificare l'intangibile oggetto della transazione e conseguentemente il suo valore.

L'identificazione del valore suddetto deve avvenire nel rispetto delle caratteristiche intrinseche dell'intangibile, delle caratteristiche della transazione (individuando quelle distintive) e con riguardo ai soggetti coinvolti, ovvero deve avvenire nel rispetto dell'*arm's length price*.

L'identificazione, come puntualizzato dall'OECD (2010b), può risultare difficoltosa a causa delle caratteristiche comuni degli intangibili, ulteriormente per il fatto che non tutti i beni sono legalmente protetti e registrati ed infine perché non tutti i beni intangibili vengono registrati nella contabilità della società.

L'OCSE propone alcuni beni intangibili rilevanti nelle operazioni di business restructuring. Questi sono (si veda OECD 2010b):

- Brevetti industriali;
- Trademarks;
- Nomi commerciali;
- Disegni e modelli;
- Copyrights;
- Software e ricerche scientifiche;
- Know-how.

La valutazione del bene intangibile deve avvenire nel rispetto dell'arm's length principle, ovvero con riguardo alla conservazione della prospettiva del cedente e del cessionario. Poiché la business restructuring avviene necessariamente tra le società del gruppo, quindi l'indipendenza delle società può venire meno, l'adozione della doppia prospettiva assicura il rispetto della libera concorrenza.

La valutazione può essere affetta da molteplici fattori, alcuni riguardanti l'intangibile stesso (come, ad esempio, la durata e l'estensione della protezione legale) altri riguardanti fattori esterni (come, ad esempio, i vincoli alla protezione derivante da alcune legislazioni).

L'impresa multinazionale, come spiegato dall'OCSE, ha la possibilità, in fase di programmazione e sollecitata da svariate ragioni economiche, di decidere di trasferire la proprietà di alcuni intangibili dalle società periferiche alla holding: si opera una sorta di centralizzazione della gestione dei diritti sugli intangibili.

I benefici ritraibili da una siffatta programmazione permette al gruppo di ottenere, a causa delle diverse giurisdizioni a cui le imprese devono sottostare, i risparmi fiscali desiderati.

Le imprese che incorporano i diritti sugli intangibili e concedono poi le licenze di utilizzo vengono definite IP Company.

L'OECD (2010b) fornisce un esempio di business restructuring incorporante l'operazione di accentramento dei diritti industriali di ogni manufacturer. Nella situazione pre-restructuring ogni produttore è il legale proprietario dei diritti sugli intangibili; ogni impresa produttrice è specializzata rispetto ad un singolo processo produttivo ovvero ha la facoltà di agire in una precisa area coperta da brevetto. Attraverso la business restructuring, il management dell'impresa multinazionale trasferisce ogni diritto di proprietà e ogni brevetto dalle imprese periferiche alla IP Company. Le società "manufacturer" riceve in cambio una licenza di utilizzo dei diritti una volta posseduti pieno titolo.

Di portata generale l'indicazione OCSE sull'uso dell'arm's length principle nelle operazioni di business restructuring: le operazioni di transazione ed in generale, di ristrutturazione del business (come per l'esempio su riportato) devono infatti essere valutate e accertate secondo il principio della libera concorrenza, quando parti indipendenti pongono in essere operazioni simili. Andranno valutate le condizioni create o imposte tra le imprese associate e il livello di efficacia di ognuna.

Il principio della libera concorrenza impone – sia in fase di valutazione che in fase di accertamento – di utilizzare la nota doppia prospettiva del cedente/cessionario. Solamente attraverso la definizione delle condizioni raggiungibili in una situazione comparabile, tra parti indipendenti e in condizione di libero mercato, si potrà ricavare il prezzo normale della transazione.

Naturalmente per le operazioni consistenti nella cessione del bene intangibile a fronte della concessione d'uso – ad esempio, attraverso accordi di licenza – andrà valutata l'intera operazione secondo il principio *arm's length*; la *unit operation* in analisi andrà scorporata e ogni singola operazione andrà definita secondo il principio della libera concorrenza.

Le due principali operazioni sono:

- a) La definizione del contratto di cessione attraverso il quale il bene intangibile verrà compravenduto;
- b) La concessione d'uso conseguente attraverso il quale il cedente continua ad utilizzare l'intangibile.

Come nei casi di indagine della singola operazione di trasferimento, anche nella *business restructuring*, qualora il valore del bene oggetto di compravendita sia difficilmente valutabile al momento dell'attivazione del processo, il focus si posiziona sulla determinazione dell'*arm's length price* da adottare quale riferimento (i) per la valutazione *ex ante* da parte dell'impresa e (ii) per l'accertamento dell'Amministrazione.

La soluzione adottabile per entrambe le prospettive risulta essere, come normalmente riconosciuto dall'*arm's length principle*, l'adozione del prezzo che parti indipendenti, in libero mercato, svolgendo un'operazione simile, avrebbero concordato.

Parti indipendenti, ovvero società che fanno prevalere i propri interessi in luogo di un ipotetico interesse generale, potrebbero adottare (attraverso la predisposizione di opportune clausole contrattuali) soluzioni attivabili *post* definizione dell'operazione. Queste clausole consistono:

- i. Nell'aggiustamento del prezzo;
- ii. Nella rinegoziazione del prezzo, quando le condizioni sono profondamente cambiate tanto da permettere nuovamente la generale circoscrizione della transazione.

Rispetto alla adozione delle clausole stipulate, l'OECD (2010b) dichiara che gli aggiustamenti devono essere innescati solo nel caso in cui parti terze (indipendenti, operanti in libero mercato e coinvolte nella medesima operazione) avrebbero fatto la medesima scelta. In definitiva, nonostante la valutazione al momento della transazione sia incerta e siano presenti le clausole contrattuali, i correttivi non sono obbligatori, bensì facoltativi e adottabili solo se le condizioni ne impongono l'adozione.

5.1.4 Riallocazione del profitto potenziale, compensazione e profilo di rischio

Un'operazione di riorganizzazione è normalmente accompagnata da una redistribuzione dei profitti tra le società appartenenti al gruppo, la quale può essere realizzata al termine dell'operazione, ovvero, successivamente (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.174).

L'importanza degli intangibili si riversa, oltre che sulle singole transazioni e sulla determinazione del valore dell'azienda, anche sulla allocazione dei profitti realizzati dalle società del gruppo.

Finnerty, Merks, Petriccione, Russo (2007, p.77) ribadiscono che “in connesions with business evolution, profit migration techniques can be employed to enable the exploitation of these key intangibles from a tax-favoured location”.

L'uso degli intangibili può comportare una definizione del valore della transazione non in linea con quello derivabile da una transazione intercorsa tra parti indipendenti, in condizione di libero mercato. Il controllo successivo può, per tali ragioni, riscontrare delle difformità la cui entità varia positivamente al mutare della variabilità del valore dell'intangibile sottostante alla operazione. La variabilità cui si fa riferimento altro non è che la sintesi della incertezza relativa al valore da assegnare – per diverse ragioni, tra le quali, le caratteristiche intrinseche del bene immateriale stesso – al bene intangibile, caratterizzante la transazione.

Per profitto potenziale (*profit potential*), come chiarito dall'OCSE (2010b) si intende il profitto futuro atteso (*expected future profits*).

I profitti potenziali vengono utilizzati (si veda OECD 2010b):

- i. Per gli scopi della valutazione, per la determinazione della compensazione (*at arm's length*) nelle operazioni di trasferimento di intangibili o in ipotesi di continuazione;
- ii. Per la determinazione della *arm's length compensation* nei casi di rinegoziazione degli accordi esistenti.

Uno degli obiettivi principali perseguiti dall'OCSE è proprio quello di verificare, sulla base delle previsioni contenute nell'art. 9 del Modello OCSE, se tale redistribuzione risulti coerente con il principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) e, più in generale, come tale principio possa essere applicato alle operazioni di riorganizzazione aziendale (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.174).

La compensazione dovrà essere valutata alla luce delle disposizioni dell'*arm's length principle*. È evidente quindi che in alcuni casi la compensazione non sarà dovuta; si avranno casi in cui la compensazione verrà rimodulata e casi in cui, nemmeno ove i benefici potenziali vengano stralciati dall'accordo di ristrutturazione, sarà assegnata.

È chiaro che la compensazione dovrà essere parametrata (si vedano i suggerimenti dell'OECD 2010b):

- i. Alla tipologia di ristrutturazione che viene implementata (è perciò importante capire e definire la *business restructuring* che coinvolge il qualsivoglia bene intangibile);
- ii. Agli effetti che questa imprime sull'analisi funzionale;
- iii. Alle aspettative della *business restructuring*;
- iv. Alle reali opzioni per le parti.

Per la determinazione del prezzo di trasferimento del bene immateriale, come imposto dall'OCSE, si dovrà tener conto della nota prospettiva cedente/cessionario.

Essa è influenzata da diversi fattori, tra i quali:

- L'entità, la durata ed il grado del ritorno economico atteso dallo sfruttamento del bene;
- La natura e le eventuali restrizioni dei diritti gravanti su di esso (restrizioni nell'uso o nello sfruttamento, ovvero di natura geografica o temporale);
- L'ampiezza e la durata della protezione legale;
- Eventuale clausole di esclusività (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.175).

Collegato alla operazione di business restructuring e conseguentemente, alla valutazione della (dovuta) compensazione, è il cambiamento che può avvenire nel profilo di rischio delle imprese associate. Per la determinazione secondo l'arm's length principle della compensazione dovuta è indispensabile tenere conto dei cambiamenti intercorrenti nel profilo di rischio delle imprese associate.

Esempio: la revisione dei diritti contrattuali

L'OECD (2010b) fornisce un esempio che coinvolge la determinazione contrattuale delle condizioni di business e conseguentemente l'assunzioni di un differente grado di rischio.

Inizialmente, il distributore agisce sotto la propria responsabilità, assumendosi tutti i rischi, ma assicurandosi così tutti i profitti potenziali derivanti dal suo operato. L'assunzione piena dei rischi e l'accaparramento dei derivati profitti è prassi comune per ogni transazione. Il distributore agisce come full-fledged.

Successivamente, il distributore stipula un accordo formale con una società estera affiliata.

L'accordo contrattuale che interessa il distributore si basa (a) sulla conversione in mero distributore (agente/intermediario), con la conseguente sottrazione di rischi e (b) sull'ottenimento di una compensazione annua fissata, stabilita arm's length, del +2% dei profitti. I profitti aggiuntivi derivanti dalla assunzione di maggiori rischi (come conseguenza della implementazione delle operazioni) sono interamente devoluti alla società estera affiliata. Il distributore agisce come un distributore low risk.

L'oggetto della ristrutturazione si basa sulla sola rinegoziazione delle condizioni contrattuali, non si ha alcuna transazione di beni intangibili (così facendo, si isolano gli effetti della sola ristrutturazione dei diritti, senza che questi vengano confusi con gli quelli derivanti dal trasferimento di altri assets).

Le due prospettive sono così sintetizzabili:

- 1) La prospettiva del distributore si individua sulla valutazione delle differenti condizioni e dei benefici ritraibili dall'assunzioni di maggiori o minori rischi; l'analisi comporta il prendere in considerazione:
 - a. la compensazione post-restructuring;

b. ogni altra compensazione ricevuta dalla business restructuring.

- 2) La prospettiva della società estera affiliata si individua sulla possibilità per questa di assumere gli ulteriori rischi nella situazione in cui il distributore continua a operare ponendo in essere le medesime operazioni (quindi incrementando il livello di rischio, ma sopportandone solo una parte e scaricando la residua percentuale sulla società estera affiliata).

Di seguito viene riportata una tabella riassuntiva delle condizioni viste per il distributore (si veda OECD 2010b, p.20, con mie modifiche):

	Oggetto di indagine	Dati	Anno	Fase 1	Fase 2
				Distributore full-fledged (pre-revisione delle condizioni contrattuali) Full risk activity	Distributore low-risk Low risk activity
Caso 1	net profit margin / sales	storici	1	- 2%	
			2	4%	
			3	2%	
			4	0%	
			5	6%	
		previsionali	6	[-2% = 6%]	Profitto stabile al 2% del fatturato
			7		
			8		
Caso 2	net profit margin / sales	storici	1	5%	
			2	10%	
			3	5%	
			4	5%	
			5	10%	
		previsionali	6	[5% = 10%]	Profitto stabile al 2% del fatturato
			7		
			8		
Caso 3	net profit margin / sales	storici	1	5%	
			2	7%	
			3	10%	
			4	8%	
			5	6%	
		previsionali	6	[0% = 4%]	Profitto stabile al 2% del fatturato
			7		
			8		

I dati riportati sono meramente illustrativi e non vogliono comunicare nulla circa la scelta del miglior metodo di valutazione. La tabella vuole individuare le possibili prospettive

per il distributore. La diversa allocazione del rischio deriva dalla rinegoziazione delle operazioni attraverso un accordo contrattuale.

La fase 1 identifica la situazione iniziale in cui il distributore agisce come società indipendente, attraverso la stipula di contratti, assicurandosi l'intero surplus di profitto. Naturalmente il distributore in una situazione siffatta incamera tutto il rischio derivante dallo svolgimento delle singole attività.

La fase 2 identifica la situazione in cui il distributore, attraverso un accordo contrattuale, diviene un distributore low-risk in luogo della sua precedente connotazione come full-fledged. Al distributore (intermediario) viene assicurato un livello di profitti annuali pari al 2% del fatturato. I maggiori profitti, corrispondenti tuttavia all'assunzione di maggiori rischi, vengono assorbiti dalla società estera affiliata.

Caso 1. Guardando alla programmazione dei profitti per i successivi tre esercizi e considerando la effettiva stabilità degli stessi nel caso in cui si sottoscriva l'accordo contrattuale, è possibile affermare che, nello stato in cui parti indipendenti operino in condizioni di libero mercato, il distributore opterebbe per la conversione da full-fledged a low risk.

Per il distributore è infatti decisamente preferibile operare la conversione in quanto questa assicurerebbe un profitto stabile e positivo (pari al 2% del fatturato), piuttosto che ottenere profitti (potenzialmente) più elevati (si noti il margine superiore positivo del 6%) ma caratterizzati da variabilità tale da poterli rendere teoricamente anche negativi (margine inferiore negativo del 2%).

Caso 2. Guardando alla programmazione dei profitti per i successivi tre esercizi e considerando la effettiva stabilità degli stessi nel caso in cui si sottoscriva l'accordo contrattuale, è naturale ritenere che, in condizioni di libero mercato e nella prospettiva di parti indipendenti, il distributore non opterebbe per diventare un low risk distributor (intermediario con l'assunzione di bassi rischi e minori profitti), preferendo restare un full-fledged con pieno potere decisionale e assumendosi i rischi consequenziali.

La non conversione comporta per il distributore un potenziale conseguimento di profitti (quindi comunque connotato da aleatorietà) mediamente superiore allo stabile livello contrattualmente deciso del 2%. Chiaramente il distributore deve essere non avverso al rischio (si parla infatti di profitti potenziali) e reputare comunque maggiormente conveniente restare un full-fledged distributor.

Caso 3. Guardando alla programmazione dei profitti per i successivi tre esercizi e considerando la effettiva stabilità degli stessi nel caso in cui si sottoscriva l'accordo contrattuale, è possibile affermare che sostanzialmente c'è una equivalenza tra le due condizioni.

Per poter operare una scelta razionale, il distributore, dovrebbe considerare altre variabili (qui volutamente non prese in considerazione per isolare l'effetto del solo livello dei profitti potenziali) e valutare quindi la consistenza della previsione e compararla poi con il livello fisso del 2% dei profitti globali, per anno.

5.1.5 Le criticità nelle operazioni di business restructuring coinvolgenti i beni immateriali

Con riferimento alla proprietà intellettuale oggetto di trasferimento occorre notare che le operazioni di restructuring possono essere uno strumento attraverso il quale realizzare la "migrazione" di intangibles verso legislazioni con un trattamento favorevole per lo sviluppo e/o tassazione dei beni immateriali (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.179).

All'interno del gruppo multinazionale, prima di qualsiasi operazione di restructuring, ogni società può avere la disponibilità e la gestione dei propri brevetti derivanti, innanzitutto, dalla produzione interna e dalla acquisizione da parti terze.

Con una opportuna operazione di business restructuring, è possibile che ogni società diventi un sito produttivo specializzato (o per rilevanza dell'area geografica) e quindi mantenga una rilevanza per brevetti.

In seguito a tale tipo di riorganizzazione, il gruppo multinazionale potrebbe trasferire tutti i brevetti detenuti e gestiti dalle entità locali a un'entità centrale che, a sua volta, concede diritti contrattuali (licenze o accordi di produzione) a tutti i siti di produzione del gruppo (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.179).

Con l'operazione di restructuring si pone in essere l'accentramento delle funzioni – generalmente in capo alla holding off-shore – al fine di ridefinire la struttura dei costi e perseguire il possibile risparmio fiscale (come specificato dall'OCSE, l'obiettivo del risparmio fiscale è infatti lecito e quindi non deve essere necessariamente letto in chiave di mera evasione fiscale).

Nella condizione di libero mercato in cui sono operative società indipendenti, la riallocazione dei profitti e delle perdite, in alcuni casi può comportare una compensazione per i maggiori rischi assunti (derivanti, ad esempio, dall'attribuzione di particolari intangibili il cui livello di rischio intrinseco compromette quello globale della società – si pensi, ad esempio, alla ricerca e sviluppo o al trasferimento di intangibles ancora in fase di sviluppo), in altri casi – proprio per il rispetto della prospettiva cedente/cessionario, no.

La rilevanza dei beni immateriali, proprio per le caratteristiche distinguibili la categoria e le tipicità dei singoli intangibles coinvolti, crea il presupposto per definire la distribuzione dei rischi tra le società del gruppo, ovvero dei potenziali profitti tra le unità coinvolte.

Come chiaramente riportato da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.180) “da un lato, se un'impresa, al momento della riorganizzazione, non possiede diritti rilevanti e/o altri assets, ne deriva che essa non ha alcun potenziale di profitto” e pertanto non potrà pretendere e/o ottenere alcuna compensazione (non esiste infatti alcuna contropartita tale da far nascere il diritto di arrogarsi alcuna compensazione per il completamento dell'operazione). *A contrariis*, qualora l'impresa sia in possesso di diritti di notevole valore e/o di altri assets al momento della riorganizzazione essa potrà avere un rilevante “potenziale di profitto”, la cui perdita dovrebbe essere adeguatamente indennizzata (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.180).

La definizione di adeguati compensi comporta la ri-definizione dei profitti potenziali e conseguentemente la emersione di una probabile base imponibile in capo alla società compensata. Si potranno quindi ridisegnare, in luogo alla pianificazione fiscale del gruppo, i rapporti commerciali tra le singole società del gruppo e le relative Amministrazioni fiscali dei Paesi interessati.

Al fine di determinare se la riorganizzazione possa dar luogo ad una forma di indennizzo secondo il principio di libera concorrenza, è essenziale analizzare l'operazione stessa, nonché:

- I cambiamenti che essa ha originato;
- Come tali cambiamenti hanno influenzato la redistribuzione delle funzioni tra le parti;
- Le ragioni economiche alla base dell'operazione di riorganizzazione;
- I benefici e le opportunità previste preliminarmente dalle parti.

Come visto (e sancito dall'OCSE), la compensazione non è “automatica” e consequenziale alla implementazione della operazione di business restructuring bensì deve

essere accordata solo se sussistano le condizioni economiche che si sarebbero riscontrate se la medesima operazione fosse stata implementata tra parti indipendenti, in un libero mercato.

La pianificazione fiscale (“tax planning”) volta all’ottenimento di un miglioramento del carico fiscale per il gruppo di imprese, riducendo i costi transattivi e gestionali, come affermato da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014) oltre ad essere legittima può essere fatta valere nei confronti dell’Amministrazione ancorché non risulti “aggressiva” e in contrasto con lo spirito della legge (lo “spirit of the law” come definito dall’OCSE¹¹⁴).

L’uso degli intangibili quali beni transatti o comunque oggetto della restructuring per il gruppo è pertanto consentita (ciò si traduce nella ricerca da parte della società multinazionale del trattamento fiscale migliore per la tipologia di bene immateriale oggetto delle operazioni), purché rispetti tanto formalmente quanto sostanzialmente la relativa legge.

5.2 I rischi nella business restructuring

All’interno dei gruppi multinazionali, come chiaramente evidenziato da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron (2014, p.179) “spesso vengono poste in essere operazioni di riorganizzazione in cui una parte converte talune attività in altre a più basso rischio, in grado di assicurare un ritorno economico meno remunerativo ma connotato da più favorevoli elementi di certezza e stabilità, mentre la controparte, nell’assumersi i rischi maggiori, crea le condizioni per ottenere profitti più elevati”.

L’analisi dei rischi e la loro individuazione, con riferimento alla suddivisione degli stessi tra le parti coinvolte nella transazione o, più in generale, nella operazione di business restructuring, è parte essenziale di un’analisi di comparabilità in quanto permette di definire la reale suddivisione dei profitti e dei compensi (analisi funzionale, determinazione degli assets utilizzati e accoglimento di maggiori rischi) e di conseguenza, determinare l’ammontare di materia imponibile eventualmente sottratta agli Stati con un più alto livello di tassazione.

La determinazione dei reali rischi assunti comporta la normale ri-definizione dei maggiori profitti (o comunque della loro differente allocazione tra le società), definendo così i maggiori potenziali profitti per le società¹¹⁵. Come asserito da Valente, Fusa, Ghiselli, Tron

¹¹⁴ Si veda la OECD Guidelines for Multinational Enterprise, 2011

¹¹⁵ Come sostenuto dall’OECD (2010b, p.6) “usually, in the open market, the assumption of increase risk would also be compensated by an increase in the expected return, although the actual return may or may not increase depending on the degree to which the risk are actually realised”.

(2014, p.179) “l’assunzione di maggiori rischi, in un sistema caratterizzato dal principio di libera concorrenza, deve essere compensato da un adeguato incremento dei benefici economici attesi”.

Come specificato dall’OECD (2010b), per l’Amministrazione finanziaria è importante verificare:

- a) La riallocazione dei rischi significativi derivanti dal business che è stato ristrutturato;
- b) Le conseguenze della ristrutturazione e l’applicazione del’arm’s length principle alla ristrutturazione stessa e alle transazioni.

La rilevanza dei rischi identifica chiaramente la maggiore prospettiva di profitti e pertanto la creazione di maggiore base imponibile, ovvero di maggiori imposte recuperabili per lo Stato. Il controllo del principio di libera concorrenza è imprescindibile per qualsiasi operazione di trasferimento o per le operazioni di business restructuring coinvolgente le società del gruppo.

Una valutazione rigorosa della ripartizione dei rischi tra imprese associate e delle conseguenze sui prezzi di trasferimento implica, oltre alla considerazione delle condizioni contrattuali stipulate dalle parti, l’opportunità di tener conto anche:

- Della conformità agli accordi del comportamento tenuto dalle parti;
- Del rispetto del principio di libera concorrenza nella determinazione delle modalità di ripartizione dei rischi;
- Delle conseguenze degli accordi di ripartizione dei rischi sulla determinazione dei prezzi di trasferimento (Valente, Fusa, Ghiselli, Tron 2014, p.179).

Per la determinazione dei rischi è necessario partire dalla definizione dei termini contrattuali, stipulati tra le parti al fine stabilire la (almeno teorica) divisione delle funzioni, degli assets e dei rischi consequenziali. La rilevanza delle condizioni contrattuali, almeno come prima osservazione, si riversa sulla comparabilità tra quanto definito e quanto effettivamente implementato dal board delle società coinvolte. Lo studio delle condizioni contrattuali può quindi servire a definire la prospettiva teorica d’analisi.

È generalmente utilizzata la forma contrattuale per definire tra le imprese i rischi derivanti dalla business restructuring; deve essere posta particolare cura nell’analisi quando si

definiscono (a) quali siano i rischi effettivamente suddivisi contrattualmente (analisi *ex ante*) e (b) quali siano sorti dalla ristrutturazione stessa (analisi *ex post*).

Come sostenuto dall'OECD (2010b, p.6) “where no written term exist, the contractual relationships of the parties must deduced from their conduct and the economic principles that generally govern relationship between independent enterprises”.

Come suggerito dall'OCSE (2010b), quando si statuisce un'analisi dei rischi devono essere approfonditi i seguenti ulteriori ragionamenti:

1. Se il comportamento delle imprese associate rispecchia la suddivisione contrattuale dei rischi;
2. Se l'allocazione dei rischi nelle transazioni controllate rispecchia l'arm's length principle;
3. Quali siano le effettive conseguenze dell'allocazione dei rischi.

Rispetto al primo quesito, ovvero la aderenza del comportamento delle parti ai termini contrattuali, l'OCSE afferma che, essendo i comportamenti tenuti lo specchio degli interessi delle società e che una modifica alla distribuzione dei rischi avviene solo se le parti coinvolte hanno l'interesse reale a farlo, le effettive condotte devono prevalere per importanza sulle clausole contrattuali prestabilite.

Un esempio di quanto affermato arriva direttamente dallo stesso OCSE (2010b) e riguarda la distribuzione commerciale e l'assunzione di rischi di credito. Quando il distributore è “full-fledged” i rischi restano in capo alla parte che contabilizza i ricavi di vendita (da considerare anche tutti gli strumenti di mitigazione o trasferimento dei rischi). Se il distributore riceve una qualsiasi compensazione dalla controparte, nel rispetto dell'arm's length principle, la distribuzione deve evidentemente essere differente.

Con riferimento al secondo quesito, ovvero relativo alla distribuzione del rischio secondo il principio di libera concorrenza, deve essere valutata se la formale distribuzione tra le parti associate ricalca la allocazione che si sarebbe riscontrata tra parti indipendenti, coinvolte nella medesima transazione in condizione di libero mercato.

Per questa verifica è molto importante l'uso dei comparabili: ciò permette di definire se la transazione in esame ricalca le condizioni ritraibili da situazioni comparabili (ciò comprende l'uso della compensazione in caso di lacune nella comparabilità).

Qualora l'Amministrazione finanziaria verifichi una difformità tra la situazione in esame e la situazione di riferimento, avrà la facoltà di modificare il prezzo e il conseguente bilanciamento dei rischi tra le parti. Nel caso in cui non sia possibile apportare una modifica al prezzo della transazione (sintetizzante il livello di rischio assunto con l'operazione), l'Amministrazione riassegnerà gli effetti dell'allocazione dei rischi (si veda OECD 2010b).

Ad esempio¹¹⁶, in un rapporto di distribuzione commerciale, le correzioni viste possono essere applicate agli accordi tra il distributore e il manufacturer, quando tra questi intercorra un rapporto di controllo, e nella pratica, si verifichi una difformità nella ripartizione dei rischi di magazzino (riferiti ai prodotti invenduti dal distributore). Più precisamente, quando – a differenza di quanto possa accadere tra parti indipendenti – il maggior rischio viene assunto dal produttore attraverso l'obbligo di riacquisto dell'invenduto, a prezzo pieno.

Per l'esempio in esame l'Amministrazione finanziaria potrà alternativamente scegliere tra le due seguenti opzioni:

1. Aggiustare il prezzo delle transazioni;
2. Ri-assegnare le conseguenze della allocazione dei rischi attraverso l'adozione di soluzioni tipiche rispettanti il caposaldo dell'arm's length per le operazioni tra parti correlate.

Per quanto riguarda le conseguenze della allocazione dei rischi (il terzo argomento individuato dall'OCSE), l'OECD (2010b) pone l'attenzione sulla rilevanza economica della ri-allocazione tra le società del gruppo dei rischi legati alle transazioni intercompany.

Fondamentale aspetto assicurante l'adozione dell'arm's length principle è la considerazione del calcolo economico della allocazione dei rischi (che si traduce evidentemente nella maggiore assunzione di rischi connessi alla transazione). Infatti, secondo l'OCSE, ad una maggiore assunzione di rischi deve corrispondere non già una diminuzione dei profitti per i costi sostenuti (legati, ad esempio, alla sottoscrizione di specifiche assicurazioni o prodotti finanziari di copertura¹¹⁷), bensì una sensibile aspettativa di guadagno.

¹¹⁶ L'esempio riportato è tratto dal Report On The Transfer Pricing Aspects Of Business Restructuring, OECD 2010b (p.12).

¹¹⁷ L'OECD (2010b) parla di "management" e "mitigation" dei rischi attraverso, rispettivamente, l'attivazione di servizi internamente svolti o tutt'al più dati in outsourcing e costi di hedging o premi assicurativi.

L'OCSE (2010b), per definire una transazione economicamente rilevante, approfondisce i seguenti interrogativi:

- Qual è il livello degli investimenti in magazzino;
- Qual è il livello storico di obsolescenza caratterizzante le scorte alla base della transazione in esame;
- Quale è il costo della copertura assicurativa;
- Quali sono state le pregresse perdite nel caso di transazioni non coperte da assicurazione.

Per apporre chiarezza alle su riportate questioni, il sistema contabile e di controllo dei costi assume una importanza straordinaria; da definire tuttavia una serie di rischi non contabilizzati (si pensi ad esempio, al rischio finanziario) o esplicitamente definibili che non vengono segnati nella contabilità.

Da ultimo, si segnala, la rilevanza, ai fini della comprensione dei rischi e della loro distribuzione tra le società del gruppo, delle compensazioni derivanti dalla comparabilità: effettivamente esiste una rilevanza degli apporti (calcolati sulle distanze tra la fattispecie e la transazione implementata tra le parti) nella quotazione dei rischi effettivi e conseguentemente una loro comprensione nel suddetto calcolo. La compensazione, assegnata proprio per livellare alla condizione teorica di parti indipendenti in libero mercato, assurge da metodo compensativo dei rischi, ovvero di attenuazione degli stessi.

5.3 Location savings, delocalizzazione e trasferimento della sede societaria

Come riconosciuto dall'OECD (2010b), i location savings possono derivare da un gruppo multinazionale che ri-alloca alcune delle sue attività in Paesi in cui i costi (come ad esempio, i costi del lavoro e quelli affini al patrimonio immobiliare) sono più bassi rispetto a quelli individuati nei territori ove inizialmente erano allocate le funzioni trasferite.

Per definire il reale risparmio di costo derivante da un trasferimento di sede produttiva o direzionale, devono essere considerati i costi della riallocazione; fanno parte dei costi di trasferimento:

- i costi riferiti alla cessazione delle operazioni esistenti;
- i costi imprevisti riferiti alle infrastrutture realizzate nella nuova sede;

- i possibili costi di trasporto non considerati o incrementati derivanti dalla distanza tra sede produttiva e mercato di sbocco o di approvvigionamento;
- i costi di training per gli operatori locali (in particolar modo per quelli non formati e/o con qualifica bassa).

Quando la ristrutturazione del business comporta dei risparmi effettivi e questi siano economicamente rilevanti, come riconosciuto dall'OCSE (2010b), deve essere individuata la loro distribuzione all'interno del gruppo, tra le società coinvolte.

Esempio: brand name e attività produttiva.

Un esempio potrà essere chiarificatore delle conseguenze derivanti dalla ristrutturazione del business e della allocazione dei risparmi (si veda OECD 2010b).

Un'impresa che disegna e progetta, produce e vende vestiti con il proprio marchio, ha come punto di forza proprio il bene intangibile "marchio". Da questo la società ricava un alto valore.

Il processo di produzione è standard. L'impresa è stanziata nel Paese A, dove il costo del lavoro è relativamente alto. Questo alto costo è alla base della decisione di trasferire la produzione nel Paese B dove il costo del lavoro è relativamente minore. La società farà ricorso ad una impresa affiliata con sede in questo secondo Paese.

Dalla ristrutturazione che si ritiene di portare a termine, prevedente la riorganizzazione della catena del gruppo, deriva che:

- la società residente nel Paese A mantiene la titolarità dei diritti sul brand e continua la progettazione e il design dei capi;
- l'impresa affiliata, sita nel Paese B, attraverso un contratto di produzione, avrà come *core business* la mera produzione di quanto progettato dalla impresa principale.

Il contratto stipulato con l'impresa affiliata non prevede l'uso di alcun intangibile (nessun trasferimento o contratto di licenza è stipulato tra le imprese) ed inoltre, non prevede l'assunzione di alcun rischio ulteriore.

Una volta che l'impresa affiliata produce i beni programmati li vende alla impresa principale; quest'ultima successivamente li venderà a parti terze (i clienti finali).

Si presume che la ristrutturazione così delineata comporti un significativo ammontare di risparmio di costo.

Fattore attivante la ristrutturazione sono i location savings: questi vengono considerati in un piano programmatico come minori costi che, conseguentemente, aumentano il profitto atteso (tanto per la società, quanto per il gruppo).

I risparmi programmati (i location savings della business restructuring) hanno una duplice funzione: da un lato servono da impulso per l'attivazione dell'operazione di ristrutturazione (traendone i benefici attesi) e dall'altro possono essere considerati come giustificazione alla base dell'operazione in fase di accertamento.

In fase di accertamento andrà rigorosamente valutato in che misura i risparmi ottenuti siano imputabili all'impresa principale e all'affiliata. Al fine di stabilire la non elusività dell'operazione completata, andrà valutata inoltre la principale opzione – derivante da una situazione arm's length comparabile – consistente nell'outsourcing dell'attività produttiva.

La soluzione realistica per la fattispecie in esame andrà ricercata con la comparazione delle scelte che imprese indipendenti, operanti in libero mercato, avrebbero implementato.

I risparmi derivanti dalla ristrutturazione, infatti, possono artificiosamente essere predisposti per far ottenere al gruppo di società un percepibile risparmio fiscale. Il trasferimento della produzione in paesi a minor costo produttivo e aggiuntivamente a minor carico fiscale, può essere dettato perlopiù dalla volontà di ottenere non già un mero risparmio di costo della produzione, ma una riduzione della massa imponibile per il gruppo.

In una ipotetica situazione simile, at arm's length, il produttore otterrebbe una piccola parte (se accordata) dei risparmi da ristrutturazione del business. Scelte differenti attuate dalla impresa principale, sarebbero incomprensibili dal punto di vista dell'arm's length principle e quindi valutabili come non conformi ai principi del transfer pricing. In fase di accertamento, l'Amministrazione finanziaria, come concesso dall'OCSE, sarebbe quindi titolata a rivedere le condizioni pattuite tra le imprese (le condizioni, si badi, sono quelle definite contrattualmente o derivanti dai comportamenti delle parti, se difformi a quanto stabilito).

5.3.1 La deducibilità dei costi nella pianificazione strategica

La ridefinizione del business, come chiarito, comporta una serie di risparmi di costo e lo spostamento della massa di reddito imponibile che si traducono conseguentemente in un risparmio fiscale per il gruppo multinazionale.

La valutazione e la verifica dei prezzi di trasferimento e degli accordi di ristrutturazione, come più volte chiarito, avvengono secondo i principi OCSE della indipendenza delle parti e del libero mercato. La valutazione dovrà inscindibilmente derivare dalla stima e dalla analisi della nota triade: funzioni, assets e rischi.

La ridefinizione dei costi tra le società del gruppo deve avvenire, in ottica del conseguimento della diminuzione del carico fiscale complessivo, anche alla luce della legislazione vigente negli Stati ove si opera, regolante la deducibilità dei costi.

Il sostenimento (voluti) di alcuni costi, infatti, può essere legato alla deducibilità che l'ordinamento dello Stato di residenza ammette.

Come asserito da Finnerty, Merks, Petriccione, Russo (2007), la creazione e/o la diversa allocazione tra le società del gruppo dei debiti può essere attuata per determinare uno *shifting* dei profitti conseguiti dalle varie unità.

Secondo gli schemi di attuazione della strategia che ha come obiettivo la diminuzione del carico fiscale, proposti da Finnerty, Merks, Petriccione, Russo (2007), la creazione di debiti/prestiti tra società del gruppo sarebbero il mezzo per l'attuazione della stessa strategia voluta.

Secondo Finnerty, Merks, Petriccione, Russo (2007, p.76) l'ottenimento di vantaggi fiscali sarebbe raggiungibile attraverso “the creation of debt via intercompany assets or share sales that create interest deductions in high-tax jurisdictions, tax-efficient factoring of receivables and leasing”.

Chiaramente l'ottenimento dei vantaggi succitati, attraverso la tecnica descritta, risulta dall'accordo tra la strategia immaginata e le regole vigenti negli Stati in cui le imprese operano. Ciò comporta comprensibilmente, almeno nella fase iniziale della programmazione fiscale del gruppo, una certa variabilità nella programmazione di una siffatta strategia operativa (anche e soprattutto in caso di alto *rischio politico*).

La possibilità da parte delle imprese italiane, affiliate a gruppi multinazionali, di dedurre dal reddito d'impresa gli interessi passivi pagabili a consociate non residenti in Italia risulta dopo aver applicato tra distinti limiti previsti per gli interessi (Musselli, Musselli, 2009, p.268).

I tra limiti normativi cui si scontra la deducibilità sono evidenziati da Musselli e Musselli (2009):

1. divieto generale di dedurre gli interessi passivi dal reddito d'impresa: il limite a valenza generale si riferisce alle disposizioni dell'articolo 96, TUIR, che ordina la totale ineducibilità degli interessi che superano l'ammontare di quelli attivi ed infatti, ne dispone il limite del 30% del risultato lordo della gestione operativa (inteso come differenza tra il Valore della produzione e i Costi della produzione di cui alle lettere A) e B) dell'articolo 2425 del Codice Civile¹¹⁸);
2. rapporto tra capitale di rischio e capitale di debito, ovvero la *thin capitalisation rules*: se i finanziamenti sono sproporzionati rispetto agli apporti di capitale dei soci, si nega la deduzione dei costi (*rectius* degli interessi passivi) sui prestiti;
3. il rispetto del valore normale per gli interessi corrisposti ai soci (investe direttamente la disciplina del transfer pricing).

Finnerty, Merks, Petriccione, Russo (2007) riportano un caso concreto di società spagnola che può dedurre i costi catalogabili come "interessi passivi da prestito". Secondo l'ordinamento tributario spagnolo, i costi (interessi passivi) derivanti dall'ottenimento di prestiti necessari alla acquisizione di una società estera, sono deducibili. In Spagna inoltre, grazie alla *participation exemption*, i dividendi da partecipazione sono esenti da tasse nazionali.

In generale, la deduzione dei costi (*in toto* o alternativamente, per una loro quota) e la non applicabilità di alcuna tassa ai dividendi corrisposti dalle società controllate o dalla società controllante, derivanti dalla partecipazione al capitale, fa sì che il livello impositivo della società spagnola si abbassi.

¹¹⁸ Cfr. comma 2, art. 96 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

5.4 Esempio di business restructuring: gli intangibili nella distribuzione commerciale e la corresponsione di royalty

Si riportano i cinque fattori proposti dall'OCSE come basi dell'analisi di comparabilità:

- le caratteristiche dei beni o servizi oggetto della transazione;
- l'analisi funzionale;
- le condizioni contrattuali stipulate dalle parti coinvolte nella transazione o nella business restructuring;
- la strategia d'impresa di lungo periodo;
- il contesto economico in cui operano le società.

Esempio: restructuring per un gruppo di società¹¹⁹.

Per affrontare la analisi di funzioni, assets e rischi nella business restructuring, quindi per determinare la corretta ripartizione degli stessi tra le parti coinvolte nell'operazione, deve essere dettagliata la analisi della situazione stabile prima della ristrutturazione ed evidentemente dello stato organizzativo - funzionale della impresa multinazionale a ristrutturazione avvenuta.

Una simile condotta potrà isolare gli effetti della business restructuring ovvero determinare le conseguenze della diversa allocazione tra le società dei rischi.

La differente imposizione delle funzioni e dei rischi assunti comporta, come ampiamente dibattuto, una diversa allocazione dei profitti: questa diversa allocazione dei profitti attesi (derivanti dai maggiori rischi assunti) è la base per la definizione del fenomeno del profit shifting derivante dalla operazione stessa.

1) Situazione pre-restructuring

La situazione base si riferisce ad una società italiana, la XXX S.p.A., capogruppo, che svolge l'attività produttiva e sia supportata all'estero (specificatamente, in Europa) da società commerciali. Si ipotizza che la società non abbia alcun rapporto con soggetti terzi.

¹¹⁹ L'esempio riportato è tratto da Valente e Rizzardi (2014), con miei adattamenti.

La società XXX S.p.A., è un full-fledged manufacturer (catalogazione avvalorata dall'analisi funzionale). Inoltre, sostiene tutti i rischi connessi alle attività produttive (schedulino della produzione, controllo qualità, politiche di approvvigionamento e gestione del magazzino), ed in generale, a tutte le attività svolte (R&D e sviluppo del prodotto).

La società italiana, inoltre, è l'unica società del gruppo che trae vantaggio dallo sviluppo degli *intangibles*.

Le società commerciali estere vengono catalogate come distributors e pertanto sostengono rischi evidentemente minori dato che le loro funzioni sono meno complesse di quelle svolte dalla Holding.

Transazioni infragruppo:

- Transazioni infragruppo: la società italiana XXX S.p.A. (holding) vende i beni prodotti alle filiali commerciali.
- Metodi di transfer pricing: prezzo di rivendita (RPM), dato che i beni.
- Il benchmark utilizzato è il mercato e le società distributive in Europa.

Per il fatto che la società XXX S.p.A. non detiene alcun rapporto commerciale con soggetti terzi, la comparazione dovrà essere del tipo del “confronto esterno”. Si procederà dunque ad effettuare un'analisi di benchmark utilizzando i dati forniti da database pubblicamente disponibili, dai quali sia possibile ricavare informazioni circa i margini di profitto di distributori indipendenti operanti nei mercati europei (con profilo funzionale e di rischio comparabile alle *tested parties*) (Valente, Rizzardi 2014, p.261).

La società capogruppo praticherà uno sconto ai prezzi dei beni ceduti alle filiali in modo da definire un margine per ogni società distributrice. Il margine ritraibile dalla operazione di cessione deve essere in linea col valore medio delle operazioni benchmark, così da risultare in linea con l'*arm's length price*.

2) Situazione post-restructuring

Caso 1 : l'attività produttiva viene trasferita ad una neo costituita società estera

La holding italiana (XXX S.p.A.) decide di delocalizzare l'attività produttiva nella società appositamente costituita (denominata Newco), localizzata in Paese est-europeo.

La filiale produttiva Newco agisce come un contract manufacturer.

Newco produrrà i beni, svolgendo tutte le funzioni collegate (come, ad esempio, la schedulino della produzione e il controllo qualità), e poi saranno ceduti alla holding XXX S.p.A..

	Transazione		
Analisi	Transazione 1	Transazione 2	
Transazioni infragruppo	Contratto di produzione e fornitura di relativi servizi da Newco a XXX S.p.A.	Vendita dei beni da XXX S.p.A. a filiali commerciali	
Scelta del metodo	Metodo del costo maggiorato (CPM)	Metodo del prezzo di rivendita (RPM)	
Analisi di comparabilità	Benchmark est-europeo (attività di produzione)	Benchmark pan-europeo (attività di distribuzione)	
Applicazione del metodo	Mark-up ai costi sostenuti da Newco	Sconto sul prezzo dei beni ceduti dalla holding alle filiali commerciali	
	Società		
	XXX S.p.A.	Newco	Filiali commerciali
Analisi funzionale	Full-fledged manufacturer	Contract manufacturer	Distributors

Caso 2: attività di produzione esterna internalizzata in neo costituita società estera

Originariamente la produzione era eseguita dalla società italiana XXX S.p.A.. Con decisione del board, l'attività viene trasferita a produttori terzi con sede effettiva in Italia. Successivamente la holding XXX S.p.A. decide di internalizzare l'attività produttiva (in sostanza, si abbandona la scelta della società terza produttrice), affidandola alla neo costituita filiale produttiva Newco, con sede in un Paese est-europeo.

	Transazione	
Analisi	Transazione 1	Transazione 2
Transazioni infragruppo	Contratto di produzione e fornitura di relativi servizi da Newco a XXX S.p.A.	Vendita dei beni da XXX S.p.A. alle filiali commerciali
Scelta del metodo	Metodo del costo maggiorato (CPM)	Metodo del prezzo di rivendita (RPM)
Analisi di comparabilità	(1) Confronto con acquisti da produttori terzi Eventuale (2) benchmark est-europeo (attività di	Benchmark pan-europeo (attività di distribuzione)

	produzione)		
Applicazione analisi comparabilità al metodo selezionato	Mark-up ai costi sostenuti da Newco	Sconto sul prezzo dei beni ceduti dalla holding alle filiali commerciali	
	Società		
	XXX S.p.A.	Newco	Filiali commerciali
Analisi funzionale	Full-fledged manufacturer	Contract manufacturer	Distributors

Caso 3: attività produttiva esterna internazionalizzata in neo costituita società estera

La holding XXX S.p.A. decide di localizzare l'attività produttiva nella neo costituita filiale produttiva Newco, con sede in un Paese est-europeo.

La società Newco svolgerà tutte le attività tipiche della funzione produttiva. La società Newco venderà i prodotti alla holding XXX S.p.A. ed anche direttamente alle filiali commerciali (le quali venderanno i prodotti ai clienti finali nei mercati di riferimento).

XXX S.p.A. affidando la vendita dei prodotti alle società affiliate, stipulerà con queste un contratto di licenza per la distribuzione e conseguentemente, come contropartita riceverà una royalty. La royalty corrisposta dalle filiali alla holding del gruppo è sintetica dell'utilizzo, nella distribuzione, della tecnologia e del marchio posseduto dalla stessa XXX S.p.A., detentrica unica degli intangibles relativi ai beni e per i quali ne innalza il valore globale.

	Transazione		
Analisi	Transazione 1	Transazione 2	
Transazioni infragruppo	Contratto di produzione e fornitura di relativi servizi da Newco a XXX S.p.A. e alle filiali commerciali	Licenza per l'uso della tecnologia e lo sfruttamento del marchio, da XXX S.p.A. alle filiali commerciali	
Scelta del metodo	Metodo del costo maggiorato (CPM)	Metodo del prezzo di rivendita (RPM)	
Analisi di comparabilità	Benchmark est-europeo (attività di produzione)	Benchmark specifico per l'individuazione del tasso di royalty (attività di distribuzione)	
Applicazione analisi comparabilità al metodo selezionato	Mark-up ai costi sostenuti da Newco	Pagamento di una royalty da parte delle filiali commerciali alla holding, in % sui Ricavi di Vendita	
	Società		
	XXX S.p.A.	Newco	Filiali commerciali
Analisi funzionale	Full-fledged manufacturer	Contract manufacturer	Distributors

5.5 Base erosion e profit shifting nella business restructuring

Fenomeno di rilevanza notevole nei gruppi multinazionali, come confermato dall'OCSE (2013) attraverso recenti studi condotti sulle multinazionali, è l'implementazione di attività di pianificazione fiscale attuate per il fine ultimo di conseguire un risparmio fiscale globale per il gruppo.

Il risparmio fiscale desiderato si ottiene attraverso decisioni (che si tramutano in transazioni *intercompany*) che consentano, attraverso lo "spostamento" dei profitti conseguiti (*profit shifting*), di erodere la base imponibile (*base erosion*) per le società localizzate in Paesi a relativa alta pressione fiscale ed innalzarla per quelle società del gruppo residenti in Paesi a relativa minore pressione fiscale.

Tali studi hanno evidenziato che le strutture di pianificazione fiscale poste in essere dalle imprese multinazionali comportano, frequentemente, un "disallineamento" tra gli Stati in cui il business e gli investimenti sono localizzati e i Paesi in cui vengono dichiarati i conseguenti profitti (Valente, Rizzardi 2014, p.268).

La riduzione del livello di imposte pagate sul reddito, conseguita attraverso la realizzazione della procedura spiegata, è possibile per il fatto che esiste una difformità di fondo tra i vari ordinamenti nazionali: in sostanza le imprese multinazionali, sfruttando la competizione tra i sistemi nazionali, attraverso transazioni o operazione di business restructuring, spostano i profitti (o ponendo in essere investimenti in Paesi in cui sia assicurata redditività più elevata¹²⁰) tra le società del gruppo così da trarne un significativo vantaggio fiscale globale.

La responsabilità degli Stati nell'assicurare un tessuto normativo tributario globale coerente è evidente. Come riportato da Valente e Rizzardi (2014), per valutare se una misura adottata dallo Stato è dannosa (*harmful tax measures*) per la Comunità Europea, bisogna verificare:

- Se i vantaggi fiscali siano riconosciuti esclusivamente a società straniere (o alle transazioni con società non residenti);
- Se i vantaggi non riguardano la fiscalità locale;

¹²⁰ Come affermato da Valente e Rizzardi (2014, p.272) "il livello di tassazione, i principi che caratterizzano il sistema fiscale di un determinato Paese e le modalità attraverso cui le Amministrazioni fiscali operano rappresentano fattori in grado di influenzare sia le redditività di un'impresa sia le decisioni di investimento della stessa".

- Se i vantaggi tributari vengono assegnati nonostante non ci sia una reale attività economica e non venga imposto l'obbligo di presenza nel territorio;
- Se le regole rispettino i principi globalmente accettati;
- Se le misure fiscali siano o meno trasparenti e volutamente chiare.

Si ricorda inoltre che l'OCSE ammette tra gli obiettivi del trasferimento intercompany e della business restructuring quello del risparmio fiscale, purché questo sia adeguatamente motivato e comunque non prevalga sugli altri obiettivi (o, al limite, sia l'unico obiettivo delle transazioni tra società del gruppo o la sola motivazione che sostenga la ristrutturazione).

Il Rapporto BEPS (Addressing Base Erosion and Profit Shifting) ha individuato quattro punti cardine nella tassazione delle transazioni transfrontaliere:

1. Jurisdiction to tax (rischio di doppia imposizione);
2. Transfer pricing;
3. Leverage;
4. Regole anti elusione.

Con riferimento al transfer pricing, come evidenziato nella trattazione dello stesso, con riferimento all'obbligo di assegnare il valore normale ai beni oggetto delle transazioni tra parti collegate, si presume che alla società a cui vengono assegnati minori rischi (e attribuite meno funzioni) corrisponda un margine di profitto adeguatamente proporzionato.

Secondo il rapporto BEPS, in tale contesto, potrebbe configurarsi un incentivo a spostare funzioni, rischi e assets in Paesi caratterizzati da una fiscalità vantaggiosa; l'OCSE ha evidenziato come numerose strutture di *tax planning* prevedano l'allocazione di significativi rischi e *intangibles* di elevato valore in giurisdizioni a fiscalità privilegiata, con conseguente erosione della base imponibile mediante lo spostamento dei profitti (Valente, Rizzardi 2014, p.269).

Per quanto riguarda il leverage, ovvero la proporzione tra capotale di debito e capitale di rischio, come evidenziato da Valente e Rizzardi (2014, p.269) “le norme fiscali vigenti... incoraggiano le società a finanziarsi (e finanziare) a debito invece che con equity, in quanto gli interessi [passivi] sono generalmente deducibili”.

Nel caso in cui la *parent company* e la *subsidiary* siano residenti in giurisdizioni con regimi fiscali differenti, il livello di indebitamento della società finanziata influirà sul carico fiscale totale del gruppo (Valente, Rizzardi 2014, p.269).

Come evidenziato dal Rapporto BEPS (si vedano Valente e Rizzardi 2014) la pianificazione fiscale – divenuta negli ultimi anni più “aggressiva” – si basa sì sul rispetto formale della normativa tributaria ma su una violazione sostanziale dello spirito della norma (lo scopo della norma).

L'intento del legislatore, identificato dallo scopo stesso della norma, dovrebbe essere comparato con il *tax result* delle transazioni intercompany. Nonostante nell'agire dell'impresa MNE ci possa essere il pieno rispetto delle formalità di legge, il risultato della condotta del gruppo di imprese può essere indirizzato ad una sostanziale violazione, elusione, dello spirito della normativa stessa, con il risultato di ottenere, attraverso la conduzione di operazioni mirate, una diminuzione del carico fiscale complessivo.

In particolare, si evidenzia come le strutture di pianificazione fiscale internazionale si ispirino ad una serie di strategie coordinate che, nella prassi operativa, possono essere così identificate:

- Minimizzazione dell'imposizione nello Stato della fonte;
- Bassa o assente “ritenuta alla fonte”;
- Bassa o assente tassazione a livello del cd. *recipiet*;
- Nessuna tassazione dei *low-taxed profits* ottenuti a livello di capogruppo (Valente, Rizzardi 2014, p.274).

Come da nuove disposizioni in materia, la documentazione inerente alle transazioni intercompany ovvero alle società appartenenti al gruppo, il cd. *Master File*, come evidenziato da Garbarino e Zoccali (2015, p.20) “dovrà fornire una panoramica del business del gruppo multinazionale, delle politiche globali sui prezzi di trasferimento e della ripartizione di reddito e attività economiche in modo da collocare le pratiche sui prezzi di trasferimento del gruppo multinazionale nel proprio contesto economico, legale, finanziario e fiscale”.

Come disposto dalle Linee Guida OCSE (in Garbarino, Zoccali 2015), le informazioni individuate “is considered important if its omission would affect the reliability of the transfer pricing outcomes”.

Le informazioni sono suddivisibili in cinque categorie (si vedano Garbarino, Zoccali 2015):

1. Struttura organizzativa: comprendenti organigrammi che illustrano la struttura proprietaria e la localizzazione delle unità;

2. Descrizione del business: descrizione del modello di business e principali *drivers*, i principali *Service Agreement*, analisi funzionale e principali operazioni di ristrutturazioni;
3. Attività immateriali: identificare la strategia di gruppo per la gestione degli *intangibles*, identificazione delle unità di ricerca e sviluppo e proprietarie degli intangibili e loro localizzazione;
4. Attività finanziarie;
5. Accordi APA: descrizione degli accordi con le Autorità fiscali relativi alla ripartizione del reddito tra Paesi.

Le Linee Guida OCSE (in Garbarino, Zoccali 2015) devono adeguatamente descrivere le linee di business al fine di delineare il corretto riconoscimento dello stato del gruppo.

CAPITOLO 6

LA DISCIPLINA “CONTROLLED FOREIGN COMPANIES” E I PARADISI FISCALI

Elusione, profit shifting, la disciplina CFC e la sua applicazione agli intangibili, i paradisi fiscali.

6.1 Le nozioni della disciplina CFC

La disciplina in esame, come sostenuto da Dragonetti, Piacentini e Sfondrini (2014, p.1559), “si è caratterizzata per contrastare la diffusa tendenza a costituire società in territori a bassa fiscalità verso le quali convogliare il reddito imponibile, al fine di evitare o differire la tassazione in Italia”. La disciplina CFC si caratterizza quindi per essere sempre più una normativa antielusiva.

Il legislatore, come affermato da Falsitta (2014, p.71) “tende a contrastare la sottrazione, da parte dei contribuenti, di materia imponibile attuata mediante la localizzazione di società “controllate” in paradisi fiscali” attraverso la disciplina introdotta della legge n. 342 del 2000.

In sostanza, la localizzazione della società estera in un paradiso fiscale è finalizzante alla sottrazione di materia imponibile dal Paese ove è residente la casa madre (Italia); lo scopo descritto si realizza con lo “spostamento” della corrispondente somma in un Paese a tassazione complessiva inferiore¹²¹.

L’operazione intercorrente tra controllante (con sede in Italia) e società satelliti (controllate con sede, in generale, in Paesi a minore tassazione) del gruppo è quindi indirizzata al risparmio fiscale complessivo.

¹²¹ Si considera con livello di tassazioni inferiore un Paese che applica una tassazione inferiore al 50% di quello applicato in Italia (cfr. comma 4, art. 167, TUIR).

L'articolo 1 della legge n. 342 del 2000 ha introdotto la disciplina in esame inserendola nel Testo Unico delle Imposte sui Redditi (con l'art. 127 *bis*) e le successive modificazioni e riorganizzazioni hanno permesso di arrivare all'attuale articolo 167.

L'articolo 167, comma 1, TUIR, dispone che “se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o per interposta persona, il controllo di una impresa, di una società o di un ente, residente o localizzato in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministero dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato sono imputati... ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute”. Riprendendo la seconda parte del comma 1 del citato articolo, si evince che “tali disposizioni si applicano anche per le partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni situate in Stati o territori diversi da quelli di cui al citato decreto”.

Fiscalmente tale disposizione si differenzia:

- Sulla modalità di tassazione: tassazione separata;
- Sull'aliquota applicata: in linea con la media del soggetto residente, comunque non inferiore al 27% (*cf.* con il comma 4 dell'articolo 167 del TUIR).

La tassazione separata comporta l'indubitabile vantaggio per i soggetti passivi dell'IRPEF di sottrarre il reddito imputato per trasparenza al prelievo progressivo e per gli enti colpiti dall'IRES di subire il prelievo con un'aliquota inferiore a quella ordinaria (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1574).

Come segnalato da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014) l'utilizzo della tassazione separata reca, al soggetto residente, lo svantaggio di non è permettere la compensazione tra i proventi derivanti dalla partecipazione alla società estera con la eventuale perdita realizzata dalla società italiana.

Il dlgs 344/2003 ha esteso, peraltro, con una disposizione innovativa, le regole previste in origine solo per le società controllate anche alle fattispecie in cui tra il soggetto residente e quello collocato nel paradiso fiscale vi sia un legame connettivo che può essere inadeguato a garantire un'influenza dominante (Dragonetti, Piacentini e Sfondrini 2014, p.1560).

A riguardo, l'articolo 168 TUIR, derubricato “Disposizioni in materia di imprese estere collegate” prevede l'applicazione delle disposizioni CFC, come ribadito da Falsitta (2014, p.72) “alle ipotesi in cui il soggetto residente in Italia detenga, direttamente o indirettamente,

anche tramite società fiduciaria o per interposta persona, una partecipazione non inferiore al 20% agli utili di un'impresa, di una società o di un altro ente residente o localizzato in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato". Si specifica inoltre che la percentuale scende al 10% nel caso di detenzione di partecipazione di società quotata.

Il soggetto controllante

Come asserito da Dragonetti, Piacentini e Sfondrini (2014, p.1561), "la disciplina delle norme in esame si rivolge sia alle persone fisiche sia agli enti collettivi – tanto se esercitano attività di impresa quanto se non sono imprenditori – che soddisfano due condizioni: essere considerati residenti in Italia e possedere il controllo di un'impresa o di un ente collettivo ubicati in un paese nel quale l'imposizione dei redditi è [sensibilmente inferiore]".

Sintetizzando, sono soggetti interessati alle prescrizioni dell'articolo 167, TUIR¹²²:

- Le persone fisiche residenti;
- Le società di persone e gli enti assimilati relativi all'articolo 5 del TUIR;
- Gli organismi collettivi commerciali e non commerciali identificati dall'articolo 73 TUIR.

Per l'identificazione della residenza delle società e delle persone fisiche si rimanda a quanto spiegato in precedenza relativamente al transfer pricing.

Il soggetto controllato

Secondo l'articolo 167, TUIR, sono soggetti controllati¹²³:

- L'impresa individuale;
- Le società o altro ente collettivo;

che sia residente o comunque localizzato in uno Stato avente un livello di tassazione sensibilmente inferiore.

Secondo l'opinione espressa nella Circ. 23/E del 2011, anche le società di persone estere o gli enti collettivi stranieri per i quali si prevede l'imputazione per trasparenza dei

¹²² Cfr. comma 2 dell'articolo 167, TUIR e Dragonetti, Piacentini e Sfondrini (2014).

¹²³ *Ibidem*.

redditi ai soci sono assoggettabili al regime CFC (Dragonetti, Piacentini e Sfondrini 2014, p.1561).

Come affermato da Dragonetti, Piacentini e Sfondrini (2014, p.1562) “il reddito prodotto da una partnership straniera concorre, in Italia, a formare il reddito del socio solo in caso di distribuzione [ed] inoltre, soltanto se l’ente estero è classificato tra le CFC, il suo reddito è rideterminato... in conformità alle disposizioni italiane”.

I redditi rientranti nella disciplina CFC

I presupposti applicativi dell’art. 167 sono soddisfatti soltanto quando ricadono sotto il dominio del residente italiano persone fisiche o enti collettivi che percepiscono un reddito d’impresa (Dragonetti, Piacentini e Sfondrini 2014, p.1562).

Si fa indistintamente riferimento a soggetti che svolgono attività commerciale e attività non commerciale, purché percepiscano un reddito d’impresa tassabile.

Come affermato da Maisto (in Dragonetti, Piacentini e Sfondrini 2014, p.1562) “la definizione contenuta nella norma appare omnicomprensiva ed idonea ad includere qualsiasi centro di riferimento di situazioni giuridiche tributarie diverso dalle persone fisiche, ivi comprese le associazioni, le fondazioni, le sicav, i fondi di investimento, i trust e via dicendo”.

Tuttavia, dall’osservazione del primo comma dell’articolo 167, TUIR, non si riscontra un indirizzo che porti a ritenere una siffatta limitazione della platea di aderenti alla disciplina. L’articolo citato, infatti, fa riferimento a “redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato... imputati... in proporzione alle partecipazioni... detenute”. L’applicazione della normativa è comunque dipendente dallo Stato ove risiede la controllata (individuato dal decreto del Ministero dell’economia e delle finanze emanato ai sensi dell’articolo 168-*bis* TUIR) Ancora, il comma 1 dell’articolo 167, TUIR, fa riferimento a “redditi derivanti da loro stabili organizzazioni situate in Stati o territori diversi da quelli di cui al citato decreto”.

In definitiva, la norma in esame sembra non disporre nulla riguardo alla tipologia di reddito gravato dalla disposizione CFC.

Questa interpretazione, anche se trova indubbiamente sostegno nel tenore lessicale del primo comma dell’art. 167, è tuttavia contraddetta, oltre che dalla rubrica dello stesso art. 167,

che recita testualmente “disposizioni in materia di imprese estere controllate”, dai commi successivi della norma e dalla disciplina del DM 429/2001, da cui si desume chiaramente che l’utile tassabile in Italia per trasparenza è solo quello derivante dal compimento di operazioni di indole commerciale”. Avvalorante tale interpretazione è l’indicazione derivante dal comma 6 del medesimo articolo rispetto il quale la determinazione del reddito avviene secondo le disposizioni del titolo I, capo VI, ovvero secondo i redditi d’impresa.

In definitiva, per l’applicazione della disciplina CFC deve essere categorizzata ogni tipologia di reddito conseguita o percepita e coerentemente, fatta rientrare nelle disposizioni dell’articolo 167, TUIR, i soli redditi d’impresa.

Ovviamente, la disciplina sulle CFC vale per tutti i redditi conseguiti negli Stati a bassa fiscalità classificabili, secondo le regole fiscali italiane, tra i redditi d’impresa, a prescindere dalla natura ad essi attribuita dalla legge locale (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1563).

Nella normativa italiana, i redditi d’impresa vengono determinati dalle disposizioni dell’articolo 55 TUIR.

Sintetizzando, sono redditi d’impresa (art.55, TUIR):

- a) Quelli derivanti dall’esercizio di imprese commerciali (c.1);
- b) Quelli derivanti da attività organizzate in forma d’impresa (c.2);
- c) Quelli derivanti dallo sfruttamento di miniere, cave, torbiere, saline, laghi, stagni e altre acque interne (c.2);
- d) quelli derivanti dai terreni per la parte derivante dall’esercizio di attività agricola (c.2);

In sostanza, attraverso il meccanismo previsto dall’art. 167, sono imputati per trasparenza al controllante italiano i redditi che, se fossero stati ottenuti in Italia nelle stesse circostanze in cui sono stati prodotti nel paese a bassa fiscalità, avrebbero condotto alla realizzazione di un reddito d’impresa alla stregua delle regole del TUIR (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1564).

L’imposizione alla normativa italiana, ovvero la assoggettamento al prelievo fiscale secondo il TUIR, riguarda, come asserito da Dragonetti, Piacentini e Sfondrini (2014, p.1565) “il reddito prodotto da una stabile organizzazione localizzata in un paese a bassa fiscalità,

appartenente ad una società o ad un ente straniero nel quale un contribuente italiano possieda una partecipazione di controllo”¹²⁴ -¹²⁵.

La nozione di controllo

L’articolo 167 TUIR, per quanto riguarda la nozione di controllo, si rifà alle disposizioni del Codice Civile, ed in particolare, all’articolo 2359.

Le indicazioni dell’articolo del Codice Civile citato, tuttavia, non sono sempre efficacemente utilizzabili per individuare la fattispecie del controllo nei casi di cui all’articolo 167 TUIR. A riguardo, come avvalorato da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014, p.1566) la disposizione civilistica “è concepita per disciplinare i rapporti tra società costituite secondo certi schemi organizzativi, che possono essere sconosciuti allo Stato straniero caratterizzato da un regime fiscale particolarmente mite; addirittura, il rapporto di controllo previsto dall’art. 167 può intercorrere con enti che non hanno forma societaria e persino con imprese individuali”. Dell’articolo 2359, Codice Civile, si devono recepire gli aspetti fondamentali.

Dal riferimento all’art. 2359 C.c. si desume che, ai fini della normativa della normativa CFC, si considerano perfezionati i presupposti del controllo quando il soggetto italiano ha la capacità di indirizzare convenientemente l’attività altrui – avendo il potere di nomina e di revoca della persona o delle persone poste a capo del soggetto partecipato o essendo in grado di influire in modo decisivo sulla designazione di quelle persone – e di stabilire se e quando distribuire gli utili dell’esercizio (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1566).

Ai fini della determinazione del controllo di società residenti nei paradisi fiscali, la normativa civilistica assicura il giusto indirizzo per determinare la catena di comando: l’articolo 2359 Codice Civile detta le disposizioni sia per il controllo diretto – che equivale alla partecipazione diretta della società localizzata nel paradiso fiscale – che per quello indiretto, ovvero attraverso l’interposizione di soggetti persone fisiche o persone giuridiche tra la società italiana e la società controllata residente nello Stato a fiscalità privilegiata.

¹²⁴ I redditi di una stabile organizzazione, localizzata in un Paese a bassa fiscalità, posseduta da una impresa italiana, non rientrano tra quelli regolati dall’articolo 167 TUIR (si vedano Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014).

¹²⁵ In tal caso, come spiegato da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014) se il livello di tassazione del Paese ove è localizzata la controllante è sostanzialmente in linea con quello vigente in Italia, allora i redditi della stabile organizzazione possono evitare l’imposizione al regime CFC per il fatto che questi sono intermente tassati e per di più ad un livello simile a quello presente in Italia.

È necessario, tuttavia, che il soggetto italiano si trovi in posizione dominante rispetto alla struttura mediana del raggruppamento societario, la quale, a sua volta, deve esercitare un'influenza egemonica sul soggetto residente nel paradiso fiscale (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1567).

Come nell'esempio riportato da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014), se una società italiana detiene il 52% del capitale di una società e questa, a sua volta, detiene una partecipazione al 52% nel capitale di una società localizzata in un paradiso fiscale, sussistono i presupposti per l'applicazione dell'articolo 167. Ciò deriva dal fatto che in alcuni casi il 27,04% può essere bastevole per imporre la propria influenza dominante nella società residente nel paradiso fiscale (non si applica la regola della demoltiplicazione).

6.2 I paradisi fiscali

I paradisi fiscali, o comunque quegli Stati a fiscalità privilegiata, come sostenuto da Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni (2013, p.248) “usano la leva fiscale e altre misure di politica economica per attrarre capitali e investimenti nel settore finanziario e dei servizi”.

I Paesi a fiscalità vantaggiosa, basandosi principalmente sulla minore pressione fiscale, sul segreto bancario e sulla semplificazione della normativa commerciale, sfruttando la liberalizzazione dei mercati (fondamentalmente dei capitali), entrano in concorrenza con Paesi fondati per converso su sistemi normativi più rigidi e livelli di tassazione maggiormente significativi.

Come elencato da Eicke (2009), i paradisi fiscali possono essere categorizzati come segue:

- “production haven”: la tassazione bassa attrae siti produttivi generando un maggior valore;
- “Headquarters haven”: questi territori favoriscono l'insediamento delle holding grazie alla previsione di una ridotta tassazione sulle sedi delle multinazionali;
- “sham haven”: questa categoria comprende i paradisi fiscali che assoggettano gli intermediari finanziari a tassazione favorevole;
- “secret haven”: paradisi fiscali particolarmente specializzati nella implementazione di politiche che permettono ai contribuenti di investire somme di denaro;

- “quality tax haven”: ricomprendono i paradisi fiscali che presentano facilitazioni quali, ad esempio:
 - Sviluppo delle infrastrutture (comunicazioni *in primis*);
 - Incentivi agli investimenti;
 - Efficienti servizi finanziari ed assicurativi;
 - Disponibilità di professionisti qualificati (avvocati, commercialisti, contabili, intermediari);
 - Governi del Paese stabili;
 - Esistenza di *free trade zone*;
 - Regolamentazione del sistema finanziario molto blanda;
 - Trattamento favorevole delle società straniere.

Come visto, la disciplina CFC fonda il suo presupposto, oltre che sulla nozione di controllo, anche sulla localizzazione della società controllata in uno Stato o territorio a fiscalità privilegiata (*cfr.* comma 1 dell’articolo 167 TUIR). L’articolo citato, identifica a contrario i Paesi rientranti nella cd. *white list* ovvero con i quali si ha un efficace scambio informativo.

L’articolo 168-*bis*, comma 1, sancisce che “con decreto del Ministero dell’economia e delle finanze sono individuati gli Stati e i territori che consentono un adeguato scambio di informazioni”. Il secondo comma del medesimo articolo, inoltre, stabilisce che “con lo stesso decreto di cui al comma 1 sono individuati gli Stati a territori che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia”.

L’articolo 168-*bis* TUIR individua due *white lists* (si vedano Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013):

1. la prima, derivante dal comma 1, includente, ad esempio le disposizioni dell’articolo 110, c. 10 e seguenti (indeducibilità dei costi da paradisi fiscali);
2. la seconda, derivante dal comma 2, che include le norme sulle CFC (artt. 167 e seguenti), basata sui seguenti criteri:
 - livello impositivo;
 - scambio informativo.

Come specificato da Valente e Alagna (2014), la *white list* potrebbe essere utilizzata:

1. come parametro di riferimento per il comma 2 dell'articolo 2 del TUIR, riferito alla residenza delle società;
2. come riferimento per l'applicazione della normativa antielusiva relativa alle operazioni intercorse tra le società residenti nel territorio dello Stato e le società residenti o localizzate in un Paese a fiscalità privilegiata.

Altro punto che connota un paradiso fiscale è quindi la non assistenza informativa (in pratica, basata sulla facilità di ricevere informazioni corrette e pertinenti da parte della Amministrazione del Paese ove è localizzata la controllata offshore) alle Amministrazioni degli altri Stati¹²⁶.

Lo scambio informativo deve essere correlato con la dimostrazione della effettiva attività della società estera e quindi, della effettività degli scambi (si vedano Valente, Alagna 2014).

Sintetizzando, è lo stesso decreto ministeriale che individua i Paesi¹²⁷:

1. in cui è concesso lo scambio informativo con le altre giurisdizioni;
2. per i quali si ritiene abbiano un livello di tassazione ragionevolmente simile a quello presente in Italia.

Inoltre, come sostenuto da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014, p.1571), “il legislatore sembra aver recepito le indicazioni della dottrina [e dell'OCSE]... secondo le quali l'attrattiva dei paradisi fiscali non dipende solo dalle norme di natura tributaria ma anche dalle disposizioni di altri settori dell'ordinamento (commerciale, civile, bancario, ecc.) che favoriscono la libertà e la segretezza degli investimenti e dei movimenti di capitale”.

Come sostenuto da Valente e Alagna (2014), lo “status” di soggetto passivo, ovvero, in questo caso, di società operante all'estero, viene desunto,

- i. dalla certificazione rilasciata dalla Autorità fiscale estera (del Paese estero ove la società risiede o è localizzata), dimostrante ufficialmente la funzionamento della società;

¹²⁶ L'attività di polizia tributaria e quella di accertamento dell'Amministrazione finanziaria possono essere generalmente implementate all'interno dei territori dello Stato (si veda Falsitta 2014).

¹²⁷ Come puntualizzato da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014), la legge 244/2007 (la finanziaria 2008) ha previsto la sostituzione della cd. *black list* (in cui erano presenti tutti i Paesi reputati a fiscalità privilegiata) con la cd. *white list* in cui sono elencati tutti i Paesi che hanno regime tributario simile a quello italiano.

- ii. dalla mera (evidentemente da dimostrare) dichiarazione della controparte che attesta l'effettività della operatività della società.

In generale, essi vengono utilizzati con tre principali finalità:

- come “money boxes” (scatole per il denaro), ossia come localizzazione per detenere capitali utilizzati per investimenti “passivi” (*id est* tipicamente finanziari, che generalmente producono interessi, *royalties* e dividendi);
- come localizzazione per imputare contabilmente profitti realizzati altrove (cd. paper profits);
- per occultare alle autorità fiscali del Paese di residenza, in tutto o in parte, i capitali a disposizione dei contribuenti (Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013, p.250).

In definitiva, i paradisi fiscali sono giurisdizioni in cui (si vedano Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013):

- la tassazione è relativamente molto bassa o quasi nulla;
- non vi è lo scambio informativo tra Paesi;
- non vi è il giusto livello di trasparenza nelle disposizioni di legge e amministrative;
- non è richiesto l'esercizio di un'attività effettiva, ovvero che sia aderente ad una attività economica effettivamente produttiva di beni o servizi.

Dalla esclusione di un Paese dai quelli a fiscalità privilegiata ne derivano essenzialmente due vantaggi (si vedano Valente e Alagna 2014):

1. Minori adempimenti per le imprese che commercializzano (ed in generale, scambiano beni e servizi a seguito della ristrutturazione del business) con i suddetti Paesi; il provvedimento favorisce lo commercio internazionale delle imprese;
2. La presunzione che il cambio di residenza (spostata, evidentemente, in un Paese a fiscalità privilegiata) non sia finalizzato alla sottrazione di redditi imponibili al Fisco italiano; la presunzione dell'articolo 2, TUIR, relativa, considera infatti

residenti nello Stato i soggetti che cancellano dall'anagrafe la loro residenza per spostarla in Paesi a fiscalità privilegiata, individuati da Decreto ministeriale¹²⁸.

Le white lists: lo scambio informativo e il livello di tassazione

Come precedentemente evidenziato, le white lists individuate dall'articolo 168-bis sono due, corrispondenti ai commi 1 e 2 dello stesso articolo.

Soffermando l'attenzione sugli elementi principali delle liste, è possibile definire lo scambio informativo, comune ad entrambe le liste, e il livello di tassazione, caratterizzante la seconda (al comma 2 del medesimo articolo).

Lo scambio informativo, come asserito, è elemento comune ad entrambe le liste e operativamente, andrà verificata l'esistenza di una Convenzione contro la doppia imposizione; l'articolo 26 della Convenzione OCSE è clausola riguardante lo scambio di informazioni rilevanti (si vedano Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013).

In presenza della clausola andrà poi valutata se questa recepisce delle limitazioni allo scambio informativo. In particolare occorrerà valutare se, a tali fini, sia sufficiente che nella clausola sia previsto lo scambio di informazioni riferito (unicamente) all'applicazione della convenzione, ovvero se questo debba necessariamente essere finalizzato anche al rispetto delle legislazioni degli Stati contraenti (Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013, p.267).

La cd. *big information clause* è quella finalizzata al contrasto all'evasione fiscale e prevede l'applicazione della normativa interna dello Stato richiedente (si vedano Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013).

Per quanto riguarda il secondo elemento, caratterizzante la lista individuata dal comma 2 dell'articolo 168-bis, TUIR, valida per la disciplina CFC e i paradisi fiscali, deve essere valutato il livello di tassazione del Paese e confrontato con quello italiano. Il livello del Paese deve essere percettibilmente inferiore a quello a cui sono assoggettate le imprese italiane.

Sostanzialmente, per questo secondo caso, deve essere valutato:

- il livello relativo allo scambio informativo tra Paesi;

¹²⁸ La *ratio* della disposizione in oggetto si deve rinvenire nella volontà del legislatore di evitare che, attraverso i trasferimenti fittizi della residenza all'estero, vengano sottratti redditi imponibili al sistema fiscale nazionale (Valente, Alagna 2014, p.42).

- il livello impositivo, vigente al momento dello scambio, e comparato con quello attribuibile allo Stato italiano.

Non è chiarito quale sia il livello di tassazione “sensibilmente inferiore” sotto al quale si fa rientrare il Paese in questa seconda lista, tuttavia, è possibile ritenere parametro di riferimento la soglia del 27% sul reddito individuato dalla disciplina CFC. Tale valore è comunque arbitrario e resta tale, con tutta la sua discrezionalità.

È possibile tuttavia integrare l’analisi con il livello di tassazione “sensibilmente inferiore” a quello applicato in Italia dettato dal comma 4 dell’articolo 167 TUIR, dettante le disposizioni CFC. Brevemente, il comma citato, definisce tale livello come inferiore al 50% di quello applicato in Italia.

Come affermano l’Amministrazione e la dottrina, per appurare se il contribuente ritrae un vantaggio dalla localizzazione dei redditi in uno Stato estero, occorre incentrare l’analisi non tanto sulla misura delle aliquote e/o sulla composizione della base imponibile del tributo straniero (al confronto di quello italiano), quanto sull’effettivo ammontare del prelievo sopportato nello Stato estero, che deve essere cospicuamente più basso rispetto all’imposta che sul medesimo tipo di reddito sarebbe richiesta dal fisco italiano, anche per effetto della conclusione di appositi accordi con le autorità fiscali straniere (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1570).

6.3 Determinazione del reddito e sua imputazione al soggetto partecipante: CFC e paradisi fiscali

L’ammontare del reddito delle partecipate estere deve essere attribuito automaticamente al contribuente italiano per effetto delle regole CFC deve essere calcolato facendo uso delle regole del TUIR relative ai redditi d’impresa (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1571).

Qualora la società estera chiudesse il bilancio di esercizio in perdita, questa può essere portata a nuovo secondo le indicazioni dell’articolo 84 TUIR. Le plusvalenze devono essere ripartite in cinque anni.

Ai sensi dell’art. 167 TUIR e dell’art. 3 del DM 429, i redditi determinati come si è innanzi indicato, convertiti secondo il cambio del giorno di chiusura dell’esercizio o del periodo di gestione dell’impresa, società o ente localizzato nel paradiso fiscale, sono imputati

al soggetto residente che esercita il controllo in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili, diretta o indiretta (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1573).

Il controllo, come è ammissibile, può essere diretto o indiretto e in questo secondo caso, l'imputazione dei conseguiti dalla partecipata estera sono imputati al primo soggetto sottoposto al regime fiscale italiano (società residente in Italia o stabile organizzazione).

Se, infine, il soggetto interposto tra il controllante italiano e l'operatore localizzato nel paese a bassa fiscalità è anch'esso residente in un paradiso fiscale, nella base imponibile dell'imposta dovuta dal contribuente italiano sono compresi tanto i redditi del soggetto controllato direttamente quanto i redditi di quello partecipato in via indiretta (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1573).

Per quanto riguarda le tasse pagate (evidentemente basse se dovute in un paradiso fiscale) dalle società partecipate dei gruppi di società ovvero dalle società controllate (direttamente o indirettamente), Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014) sostengono, dato che l'articolo 167 TUIR e articolo 3 del DM 429 non pongono alcun limite a riguardo, debbano essere sottratte dall'ammontare di imposte pagate in Italia. La deducibilità dalle imposte italiane riguarda le tasse pagate evidentemente nel Paese di residenza, ma anche negli altri Stati stranieri ove sono prodotte le eventuali fonti reddituali.

Cause esimenti: esercizio effettivo di attività a carattere commerciale dell'attività

Il comma 5 dell'articolo 167, TUIR, detta due alternative, dimostrata una delle quali, le disposizioni del comma 1 del medesimo articolo vengono disapplicate.

Sinteticamente, le due opzioni¹²⁹ esimenti da dimostrare alternativamente sono che:

- a) la società o altro ente non residente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come attività *core*, nel territorio dello Stato o di insediamento;
- b) dalle partecipazioni possedute non si ritrae alcun guadagno economico "extra aziendale" in quanto non si consegue la localizzazione dei redditi nei Paesi a tassazione agevolata.

Lo stesso comma 5, inoltre, impone al contribuente, per la disapplicazione della normativa CFC, di interpellare preventivamente l'Amministrazione finanziaria ai sensi

¹²⁹ Cfr. comma 5, articolo 167, TUIR.

dell'articolo 11 dello Statuto dei diritti del contribuente. La possibilità di ricorrere alla disapplicazione dell'articolo 167, TUIR, deriva quindi in *toto* dalla preventiva somministrazione all'Amministrazione finanziaria della situazione in cui la società italiana si viene a trovare.

Se il contribuente non rende spontaneamente noto all'Agenzia di trovarsi nelle condizioni che gli consentono di essere al riparo dagli effetti della disciplina dell'art. 167, egli non può beneficiare dell'esonero dal regime in esame (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1579).

Per quanto riguarda la prima causa esimente, si ritiene che l'attività svolta si riferisca a qualsiasi tipologia di attività (purché rientrante nella classificazione di industriale o commerciale), svolta da qualsivoglia tipologia di società, purché, come ribadito da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014), questa sia l'attività *core* esercitata dalla società estera.

Il focus dell'analisi – per la concretizzazione della prima esimente – in riferimento alla determinazione dell'attività commerciale esercitata si riferisce quindi non tanto sulle specifiche dell'attività stessa, quanto, piuttosto, sulla prevalenza di tale attività rispetto alle altre possibili esercitate dalla società stessa.

Come ribadito da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014, p.1576) “la norma pone l'accento sul fatto che l'attività svolta dall'impresa localizzata nel paradiso fiscale sia indipendente e autonoma da quella della casa madre italiana... [ed infatti] l'art. 5 del DM 429/2001 precisa che l'impresa partecipata deve possedere un'organizzazione di uomini e/o di mezzi distinta da quella della controllante e concretamente sfruttata per il raggiungimento dei suoi obiettivi pratici”. La caratteristica della separatezza delle due attività (quella italiana e quella ubicata nel paradiso fiscale) è determinante per non far sì che quella estera sia considerata come mero *branch* di quella italiana, con la diretta conseguenza che i suoi redditi vengano imputati alla società nazionale e tassati secondo le regole italiane.

La rilevanza di questa esimente si ravvisa con l'applicazione della normativa in esame in caso di accordi, contratti d'uso o compravendite intercompany o trasferimenti tra società, coinvolgenti beni immateriali (come, ad esempio, brevetti, marchi, liste di clienti, opere d'ingegno e know-how), infatti, ci si può avvalere di questi – date le loro caratteristiche, la loro volatilità e la loro semplicità di trasferimento – come oggetto del transfer pricing allo

scopo di ottenere quel fenomeno così rilevante per i gruppi multinazionali quale è il *profit shifting*.

Con la disciplina CFC si vuole evitare di incorrere nella circostanza in cui la società estera (ubicata nei paradisi fiscali) venga sfruttata non come società commerciale e/o produttrice, rientrando così nella catena del valore della società italiana, ma come mero contenitore di passività. La disapplicazione della disciplina dettata dall'art. 167, TUIR, serve quindi a dimostrare l'effettivo interesse economico per la società di intrattenere rapporti industriali e/o commerciali con le aziende localizzate in territori a fiscalità privilegiata.

I redditi delle società estere che si configurano come mere “scatole vuote”, ovvero non dotate di disponibilità tecniche e conoscitive per conseguire obiettivi commerciali e/o industriali, rientrano nell'applicazione delle disposizioni della CFC.

Si tratta infatti di soggetti puramente “virtuali”, che non hanno altra funzione pratica se non quella di sostituirsi al soggetto controllante nella percezione di dividendi e royalties, al fine di evitare o di ritardare la tassazione di questi redditi in Italia (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1577).

La puntualizzazione di Garufi (in Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014) è essenziale per delineare i confini della discrezionalità che caratterizza il processo d'indagine sulle attività fittizie: secondo Garufi, infatti, il fatto che una società sia holding e magari sia localizzata in un paradiso fiscale, non deve essere sintomatico di una società creata *ad hoc* per il mero scopo di abbattere sostanzialmente l'imposizione fiscale complessiva¹³⁰.

La concretizzazione della dimostrazione della caratteristica di attività commerciale può seguire varie strade, infatti, le prove a cui la società può rifarsi sono molteplici; un indirizzo è dettato dalla Circolare n. 29/E del 23 maggio 2003 (si veda la puntualizzazione di Pisani 2010).

In particolare, l'Agenzia delle entrate ha chiarito che sono rilevanti, al fine di giustificare la richiesta di disapplicazione della norma, i seguenti documenti:

- l'atto costitutivo o lo statuto della controllata estera, da cui possano ricavarsi notizie utili circa l'attività svolta nello Stato o nel territorio incluso nella *black list*;

¹³⁰ In linea con il pensiero di Garufi sono Lupi e Covino (in Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014) che affermano che “una società senza azienda” deve essere giudicata necessariamente come semplice contenitore per opportunità fiscale.

- una relazione descrittiva della struttura organizzativa dedicata allo svolgimento della attività principale del soggetto estero, con adeguata documentazione di supporto (normativa e delibere disciplinanti gli organi sociali e la loro attività, contratti di lavoro, descrizione delle mansioni svolte dai dipendenti di qualifica più elevata, autorizzazioni della autorità locali, disponibilità di locali ad uso civile o industriale, utenze, ecc.);
- la documentazione contabile e fiscale (bilanci, dichiarazioni dei redditi, perizie, *etc.*);
- ogni altra documentazione idonea ad attestare l'effettivo svolgimento di attività commerciale, quali la certificazione delle autorità italiane all'estero, ovvero visure di enti esteri, e la documentazione bancaria, commerciale e doganale comprovante la partecipazione del soggetto straniero alla conclusione degli affari sul mercato (Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013, p.284).

Pisani (2010, p.373) puntualizza che alcune informazioni utili alla controprova in esame, possono essere ricavabili dalla circolare in esame, ed in particolare “i contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività, la copia delle fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri immobili utilizzati... [e nondimeno] le movimentazioni finanziarie relative alle attività esercitate [che palesano l'operatività dell'attività]”.

La seconda esimente, ovvero la dimostrazione di non aver effettivamente tratto alcun vantaggio fiscale prevalente dal rapporto con la società estera, ovvero dalla localizzazione nei paradisi fiscali dei redditi prodotti attraverso il sostenimento di attività industriali e/o commerciali – alternativa alla prima vista, riguardante l'effettivo esercizio di attività industriale e/o commerciale da parte della controllata estera – consiste nella dimostrazione, come sostenuto da Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni (2013), che l'attività conseguita con la società estera risponda ad un effettivo interesse strategico - economico e non sia stata sostenuta per il mero obiettivo di conseguire una riduzione del carico fiscale complessivo.

Come è chiaro dall'analisi del comma 5 dell'articolo 167 TUIR, la seconda causa esimente implica la prova:

1. che l'attività intrattenuta risponda ad un effettivo interesse economico;
2. che l'attività sia stata effettivamente eseguita.

L'interesse economico è un parametro di valutazione del soggetto che pone in essere l'operazione, in quanto finalizzato a far emergere le effettive ragioni che lo hanno ispirato nelle sue scelte (ad esempio, la strategia imprenditoriale in base ai prezzi praticati o alla natura della singola operazione) (Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013, p.285).

La motivazione strategica - operativa deve rispondere alla logica imprenditoriale sottostante alla conduzione dell'impresa e conseguentemente, non deve essere percepita come mero ottenimento di risultati operativi positivi, bensì deve essere valutata secondo la logica strategica del (medio) periodo corrispondente all'indirizzo dichiarato. Si possono quindi ottenere risultati operativi negativi, ma ciò deve essere valutato in ottica strategica ovvero corrispondente al risultato della penetrazione nei mercati di particolare interesse anche se ciò comporta una momentanea destabilizzazione economica della SBU o della casa madre.

È di tutta evidenza, infatti, come la convenienza economica alle transazioni in esame debba necessariamente sussistere, al pari di qualsiasi altro atto di gestione realizzato dall'imprenditore che, per definizione, orienta le proprie scelte alla massimizzazione del profitto, raggiungibile, nel caso di condizioni economiche nei rapporti di fornitura, con costi inferiori a parità di condizioni (Pisani 2010, p.375).

Operativamente, la dimostrazione della convenienza economica può avvenire, oltre che attraverso l'analisi dei contratti stipulati *ex ante* tra le parti (aventi per oggetto le specifiche della fornitura, ecc.), anche attraverso la dimostrazione *ex post* di quanto concordato tra le società. Come evidenziato da Pisani (2010, p.375) si farà riferimento “ai profili connessi alla qualità dei prodotti, ovvero alla tempistica e puntualità delle forniture oppure, ancora, alle modalità di pagamento, tutti elementi che ben possono influenzare, talvolta in misura determinante, le scelte imprenditoriali volte alla selezione del *partner* estero”.

L'attività stabilita va inoltre concretamente eseguita e ciò va inevitabilmente dimostrato al fine di comprovare l'effettivo interesse economico e strategico alla implementazione dell'attività con la società estera.

In particolare, secondo la procedura della Direzione regionale delle entrate del Piemonte “l'impresa residente dovrà dimostrare che la transazione economica non sia stata posta in essere con il solo scopo di ottenere un risparmio fiscale, come tale intendendosi, in questa sede, l'abbattimento di base imponibile ottenuto facendo leva sui componenti negativi generatisi in territori a bassa fiscalità” (Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013, p.286).

Come evidenziato da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014), qualora il soggetto estero (residente in un paradiso fiscale) venga sottoposto a tassazione in un Paese ove la fiscalità non risulta privilegiata, allora il reddito prodotto non viene assoggettato a tassazione per trasparenza, ovvero viene disapplicato il comma 1 dell'articolo 167, TUIR.

A tal proposito, l'art. 5 del DM 429/2001 afferma che il contribuente si sottrae alle conseguenze fiscali stabilite dall'art. 167 se dimostra che il reddito percepito dal soggetto partecipato estero è stato prodotto in misura non inferiore al 75% in Stati non compresi nella lista contenuta nel DM 21 novembre 2001 ed è stato ivi sottoposto integralmente a prelievo fiscale (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1578).

Il comportamento tenuto delle società del gruppo o per le quali sussista un rapporto di controllo va valutato innanzitutto attraverso il prezzo di trasferimento applicato all'oggetto della transazione (applicazione del transfer pricing). Tale modalità di operare può inoltre essere applicata a società indipendenti che intrattengono un rapporto commerciale rilevante per la valutazione del fenomeno del *profit shifting* (si vedano Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013). Il riferimento al valore normale, infatti, delinea una transazione rispettante i principi della concorrenza nel libero mercato e pertanto potrà essere utilizzato quale riferimento per la valutazione delle operazioni poste in essere tra società italiana e società estera, residente in un paradiso fiscale.

A riguardo, l'importante circolare n.51/E del 2010, sottopone all'attenzione dei fruitori all'anomalia del prezzo di trasferimento. La circolare richiamata esprime chiaramente che “un prezzo apparentemente anomalo può essere giustificato dalla valutazione delle altre condizioni che regolano la transazione e , quindi, non pregiudicare la sussistenza dell'effettivo interesse economico dell'operazione”.

La rilevanza delle condizioni, endogene alla transazione ed esogene alla stessa, è già stata riscontrata nella disamina della disciplina del transfer pricing. Si consiglia pertanto di approfondire ogni fattispecie al fine di determinare correttamente e senza orientamenti precostituiti, ogni particolarità che caratterizza il prezzo di trasferimento (stessa dinamica deve essere utilizzata per l'analisi di comparabilità e per la determinazione del corrispondente valore normale).

Da ultimo si sottolinea l'importanza del comma 8-bis dell'articolo 167, TUIR: questo comma identifica le concause scaturenti le quali si ha l'applicazione della disciplina CFC.

La determinante, oltre al livello di tassazione, è l'attuazione di rapporti commerciali, basati essenzialmente su attività finanziarie e beni immateriali e servizi. Qualora la tassazione sia "sensibilmente inferiore" a quella vigente in Italia e il profitto venga per la maggior parte prodotto dalla detenzione e/o uso (diretto o indiretto) di immateriali scatta l'applicazione della disciplina individuata dall'articolo 167, TUIR.

Il predetto comma sancisce infatti che "la disciplina di cui al comma 1 trova applicazione anche nell'ipotesi in cui i soggetti controllati ai sensi dello stesso comma sono localizzati in Stati o territori diversi da quelli... [identificati dal decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis], qualora ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

- a) sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia;
- b) hanno conseguito proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente".

6.3.1 Indeducibilità dei costi

Il contrasto all'evasione fiscale, strutturata attraverso l'impiego dei paradisi fiscali, avviene attraverso due possibili soluzioni:

1. la disciplina CFC, le cui disposizioni vengono dettate dall'articolo 167, TUIR;
2. attraverso la indeducibilità dei costi per le operazioni intercorrenti tra società, di cui una residente in un paradiso fiscale o comunque in un Paese a fiscalità privilegiata.

La deducibilità dei costi viene regolata dal comma 10 dell'articolo 110, TUIR.

Il succitato articolo dispone che "non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis".

Come evidenziato da Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni (2013) le recenti modifiche¹³¹ all'articolo in esame riguardano l'eliminazione del presupposto del rapporto di controllo (sia diretto che indiretto) tra società italiana e le società localizzate in territori a fiscalità privilegiata (individuate dal decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 168-bis, come richiamato dal comma stesso).

L'elisione del requisito del controllo denota una spiccata diversità tra le due procedure (si confronti il comma 10 dell'art. 110, TUIR, con le disposizioni relative alla disciplina CFC): questa sostanziale modifica si traduce nella non necessità di appartenere ad un gruppo per veder negata la possibilità di poter dedurre costi e spese sostenute per l'attività intercorsa tra società residente e società localizzata nel Paese a fiscalità favorevole.

Le diniego del requisito del controllo e la secca indeducibilità per quel tipo di operazioni (esclusi i casi in cui viene avanzata la prova contraria) portano a ritenere che il focus della disposizione in esame non sia il tipo di rapporto tra le imprese (effettuanti la transazione), ma bensì la credenza da parte dell'Amministrazione che l'operazione stessa non esista.

Come ribadito da Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni (2013, p.270) “[con la] norma sull'ineducibilità dei costi si postula (con una presunzione relativa) che la stessa transazione commerciale non sia “effettiva”, ma meramente simulata, ribaltando sulle imprese residenti il relativo onere probatorio, che risulta dalla norma particolarmente qualificato ed oltretutto abbastanza gravoso”.

La recente circolare n. 51 del 6 ottobre 2010, nel precisare la nozione di impresa estera, ha confermato l'orientamento in forza del quale sono assoggettate alla norma antielusiva tanto le società di capitali quanto le società di persone, le imprese individuali e le stabili organizzazioni (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1610).

Si tratta dunque di una disposizione anti evasione, nei confronti di una prassi simulatoria che fa perno su soggetti (non necessariamente appartenenti al gruppo) localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata, per la creazione di costi deducibili in Italia a fronte di operazioni di cui la legge assume – salvo prova contraria – l'inesistenza (Alonzo, Committeri, Pallaria, Scifoni 2013, p.271).

¹³¹ Modifiche apportate dal D.M. 27 luglio 2010.

Come indicato dal comma 12-bis, le regole dettate dai commi 10 e 11 dell'art. 110 TUIR, si applicano anche alle prestazioni di servizi resi da professionisti localizzati in un paradiso fiscale o comunque in un territorio a fiscalità privilegiata.

Come specificato dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 19 gennaio 2007, n. 1, la categoria individuata dal comma in esame deve essere intesa come residuale a quella individuata dai commi precedenti (si vedano Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014). In sostanza, si tratta dei soggetti dei soggetti individuati dall'art. 53, comma 1, del Tuir, ossia di coloro che esercitano “per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo diverse da quelle considerate nel Capo VI, compreso l'esercizio in forma associata di cui alla lettera c) del comma 3 dell'art. 5” (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1611).

Quanto esposto fa ritenere che i soggetti a cui le disposizioni sono riservate siano i professionisti regolamentati, ma non solo, anche quelli che svolgono attività derivanti da arti e professioni. Ciò ha inevitabilmente un riscontro nella disciplina dei beni intangibili, infatti, come asserito da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014, p.1611) “non rientrerebbero nell'ambito soggettivo di applicazione della norma i diritti di autore e i brevetti non conseguiti nell'esercizio di imprese commerciali, gli utili degli associati in partecipazione con apporto di solo lavoro, le indennità per cessazioni di agenzia, i redditi derivanti dall'attività di levata dei protesti”.

Disapplicazione del comma 10, art. 110 TUIR

La disapplicazione del comma 10 dell'art. 110 TUIR, quindi la possibilità per la società residente di dedurre costi e spese sostenute nel compimento di operazioni con società localizzate nei paradisi fiscali, avviene a norma del comma 11 del medesimo articolo.

Con il comma 11 si ha una inversione dell'onere della prova: spetta alla società fornire le prove per la disapplicazione del comma 10 dell'articolo 110.

La disapplicazione delle disposizioni al comma 10 vengono disapplicate quando la società residente dimostri alternativamente che:

1. la società estera svolga attività commerciale in via prevalente (attività *core*);
2. le operazioni intrattenute rispondano ad un suo effettivo interesse economico e che tali operazioni programmate siano state concretamente eseguite.

Le disposizioni del comma in esame valgono sia per i soggetti individuati dal comma 10 (società di capitali e di persone *in primis*) che per i professionisti individuati dal comma 12-bis.

L'Amministrazione finanziaria deve, in fase di accertamento, notificare l'atto al soggetto interessato così che questo, nel termine dei novanta giorni, possa fornire una delle prove esimenti, necessarie quindi alla disapplicazione delle regole del comma 10. La società deve contrastare, attraverso la presentazione di adeguate prove, la presunzione legale relativa implicita al comma 11.

Infatti, come la Circolare n. 51 del 6 ottobre 2010 sottolinea, nell'ottica di contrasto all'evasione fiscale e al drenaggio del reddito imponibile verso i Paesi a bassa fiscalità, il legislatore ha introdotto una presunzione relativa in base alla quale le operazioni con i Paesi *black list* "si considerano ab origine viziate da un potenziale intento elusivo e come tali sono da considerarsi, fino a prova contraria, irrilevanti ai fini fiscali" (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1624).

Operativamente, per quanto riguarda la prima esimente, Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014) affermano che con "attività commerciale", si intendono le attività:

- industriali di produzione (beni e/o servizi);
- di commercializzazione;
- di trasporto;
- bancarie, assicurative;
- ausiliari alle precedenti elencate.

Per quanto riguarda la seconda esimente, il Ministero fornisce una elencazione utilizzabile per dimostrare l'effettivo interesse economico da parte della società residente. Questi elementi sono (si vedano Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014):

- il transfer price;
- il sostenimento di costi accessori (ad esempio, magazzino e stoccaggio);
- la definizione della modalità di implementazione dell'operazione (come, ad esempio, i tempi di produzione e consegna);
- la possibilità di acquistare presso altri fornitori il medesimo prodotto (dimostrando così l'effettivo interesse da parte del mercato per quel bene e/o servizio);

- la presenza di vincoli (come le tipiche limitazioni industriali quali, quelle commerciali, organizzative e produttive) che indirizzano la società italiana a intraprendere l'operazione con il soggetto residente nel Paese a fiscalità privilegiata piuttosto che verso altri fornitori o compratori localizzati in territori identificati dal decreto ministeriale (emanato ai sensi dell'art. 168-bis).

Per finire, la prova dell'effettivo svolgimento delle attività può nascere dalla presentazione della documentazione necessaria allo svolgimento di quella specifica attività, come ad esempio, le concessioni governative, il certificato di iscrizione nel locale registro delle imprese, l'atto costitutivo (in cui è specificato l'oggetto dell'attività), le eventuali revisioni del bilancio da parte di società accreditate (svolgenti quindi attività d'indagine), i contratti di lavoro dipendente, i movimenti bancari (relativi allo svolgimento delle attività) e le assicurazioni a protezione del rischio inerente all'attività (come, ad esempio, quella sulle attrezzature, i macchinari, gli immobili e i danni).

Individuazione dei costi e delle spese non ammesse in deduzione

L'articolo 110 TUIR, al comma 10, recita: “non sono ammesse in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale”. Le spese e le componenti negative devono quindi riferirsi a operazioni attuate tra imprese italiane e imprese domiciliate nei paradisi fiscali.

Per “spese” si intendono quelle definite dall'articolo 64 TUIR, comma 2. In citato articolo prevede che le spese siano “relative all'acquisto di beni mobili adibiti promiscuamente all'esercizio dell'impresa e all'uso personale o familiare dell'imprenditore... i canoni di locazione, anche finanziaria e di noleggio e le spese relative all'impiego di tali beni”.

I “componenti negativi”, a differenza delle spese, non sono identificati in modo inequivocabile e pertanto l'articolo in esame si presta a differenti interpretazioni. La Circolare n. 36 di Assonime, rileva dubbi circa la volontà del legislatore: non è chiaro se esso si riferisca ai soli costi della transazione o invece, anche altre componenti negative, quali, ad esempio, ammortamenti, minusvalenze, accantonamenti e le svalutazioni (si vedano Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014).

Secondo un'autorevole dottrina, infatti, l'indeducibilità del componente negativo non può prescindere da un collegamento diretto causa-effetto tra l'operazione posta in essere e l'origine del componente stesso: l'ovvia conseguenza di questa impostazione è quella di negare l'indeducibilità di svalutazioni e ammortamenti di beni acquisiti da soggetti domiciliati nei paradisi fiscali in quanto elementi frutto di semplici valutazioni, in relazione ai quali non si ravvisa il collegamento diretto tra l'operazione posata in essere e il componente negativo (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1620).

Riportando le indicazioni viste in materia di indeducibilità dei costi alla disciplina del transfer pricing, l'Amministrazione finanziaria aveva adottato una interpretazione estensiva delle componenti negative includendo, quindi, anche ammortamenti, svalutazioni eccetera.

In linea con l'orientamento della dottrina prevalente e coerentemente con la posizione assunta in materia di transfer pricing, il Ministero ha precisato nella Circolare n. 51 del 6 ottobre 2010 che il riferimento normativo deve essere inteso in senso ampio, in modo da estendere l'ambito applicativo della norma a "qualunque componente negativo di reddito derivante da transazioni commerciali poste in essere con fornitori black list" (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1621). È evidente, quindi, che le componenti negative in precedenza elencate, come ad esempio, le minusvalenze, le quote di ammortamento e le svalutazioni, saranno ricomprese nella indeducibilità di spese e costi regolata dal comma 10 dall'articolo 110 TUIR.

Alla luce di questa interpretazione ampia, le componenti negative di reddito che potrebbero essere comprese nell'ambito di applicazione della norma possono essere riassunte come segue:

- spese per prestazioni di lavoro (art. 95 Tuir);
- oneri fiscali contributivi (art. 99 Tuir);
- oneri di utilità sociale (art. 100 Tuir);
- minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive e perdite (art. 101 Tuir);
- ammortamento di beni materiali, immateriali e finanziario dei beni gratuitamente devolvibili (artt. 102, 103, 104 Tuir);
- altri accantonamenti (art. 107 Tuir);
- svalutazione dei crediti e accantonamenti per rischi su crediti (art. 106 Tuir);
- spese pluriennali (art. 108 Tuir) (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.1622).

Gli ultimi aggiornamenti al comma 10 dell'articolo 110 TUIR: cenni

Aggiornamenti recenti hanno tuttavia apportato alcune modifiche al comma 10 dell'articolo 110 TUIR. Come sostenuto dallo studio SASPI – Crowe Horwath (2015), dall'analisi del decreto recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese, il comma 10 permette la deducibilità piena dei costi black list, nel rispetto della disciplina del TUIR e la clausola di non discriminazione di molte convenzioni contro le doppie imposizioni.

Secondo la clausola, infatti, le spese sostenute nei confronti di un residente dell'altro Stato contraente devono essere ammesse in deduzione alle stesse condizioni che sarebbero applicabili qualora la controparte fosse residente nel medesimo Stato dell'impresa acquirente/committente di contro alla norma nazionale che ne prevede l'indeducibilità (SASPI – Crowe Horwath 2015).

Come specificato dal decreto, la deduzione delle spese e delle componenti negative derivanti dalle operazioni con controparti residenti o localizzate in territori con regimi fiscali privilegiati, è ammessa nei limiti del valore normale.

Stante il nuovo dettato normativo, la deducibilità dei predetti componenti negativi di reddito non è più subordinata alla dimostrazione dell'esistenza di almeno una delle due esimenti, ma diventa automatica nel limite del valore normale (SASPI – Crowe Horwath). È evidente che la novella procedura in esame risulta maggiormente essenziale rispetto a quella definita dall'attuale configurazione del comma 10: il fatto che la società residente non debba più dimostrare la natura commerciale dell'attività svolta dall'impresa estera e nondimeno il suo effettivo interesse economico, decreta una procedura più snella e relativamente più immediata da applicare.

La dimostrazione della seconda esimente rilevata, ovvero l'effettivo interesse economico ad intrattenere un rapporto commerciale con la impresa localizzata in un Paese o territorio a fiscalità privilegiata, rimane tuttavia in capo alla società residente qualora voglia dedurre spese e altri componenti negativi per un ammontare superiore del valore normale. In tal caso, infatti, il contribuente potrà procedere alla deduzione anche della quota di costo eccedente il valore normale ma soltanto a condizione che la scelta effettuata di intrattenere rapporti commerciali con un determinato fornitore sia validamente giustificata non soltanto dal punto di vista economico ma anche del beneficio che lo stesso ritrae, ad esempio, relativamente al prezzo praticato, alla qualità del prodotto o alla puntualità della consegna (SASPI – Crowe Horwath).

Anche in questo caso il parametro del valore normale è preso a riferimento per l'implementazione della regolazione. Come visto in precedenza in tema di prezzi di trasferimento, il valore normale discende spesso da valutazioni caratterizzate da aleatorietà e pertanto, la sua determinazione, può risultare non immediata e/o non matematicamente identificabile. Infatti, difficoltà potrebbero rinvenirsi sia da parte dell'Amministrazione finanziaria sia del contribuente nel rinvenire le informazioni necessarie per quantificare il valore normale, soprattutto nel caso in cui oggetto della transazione siano prestazioni di servizi (SASPI – Crowe Howarth).

6.4 Le royalties: regime impositivo e loro rilevanza nel fenomeno del profit shifting

6.4.1 Definizione di royalty e rilevanza nella valutazione dei beni immateriali

La crescente internazionalizzazione dei mercati e lo sviluppo dei settori contraddistinti da un elevato tasso di innovazione, hanno reso i beni immateriali (o *intangibles*, come vengono comunemente definiti) uno dei principali fattori critici di successo per le aziende, contribuendo in misura determinante al loro valore (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.861).

La rilevanza degli immateriali si riflette non solo sulla fiscalità internazionale, ma anche sui bilanci nazionali, infatti, questi determinano un incremento del valore della voce nello Stato Patrimoniale e conseguentemente, favoriscono il potenziale dell'attività, attraverso la valutazione, sottoforma di valore potenziale ritraibile dalla vendita o dallo scambio delle azioni sul mercato regolamentato (Fortune 500, in Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, ha valutato che l'80% del valore totale di capitalizzazione è attribuibile alla componente dei beni immateriali).

La "royalties" e i diritti di licenza vengono annoverati dalla legislazione internazionale quali elementi che, in presenza di determinate condizioni, possono incidere sull'aumento della base imponibile per la determinazione dell'onere daziario (Di Bon Pelliccioli 2015).

L'importanza degli intangibles nella vita e nello sviluppo di un'impresa (o per un gruppo di imprese) è nota ed è già stata ampiamente spiegata; nondimeno, è evidente l'importanza della loro valutazione nella verifica delle transazioni intercompany (anche e soprattutto in ottica di individuazione del corretto transfer price). La valutazione determina infatti la rilevanza (intesa come suo peso nell'operazione e quindi come ricavi ritraibili dalla

stessa) dell'intangibile nella transazione e non secondariamente, la sua influenza nella comparazione per la determinazione, da un lato del prezzo di trasferimento, dall'altro come metro di paragone nel mercato di riferimento (per operazioni specifiche simili ovvero come media dei prezzi praticati nel settore, per operazioni simili).

La royalty è rilevante per la valutazione dell'intangibile cui si riferisce, in quanto, permette di basare la verifica del prezzo praticato e se del caso, apportare gli opportuni correttivi.

La royalty si definisce, indirettamente, attraverso il comma 2, lettera c, dell'articolo 23, TUIR, come "compensi per l'utilizzazione di opere d'ingegno, di brevetti industriali e di marchi di impresa nonché di processi, formule e informazioni relativi ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico".

Dal richiamo all'articolo 26-*quater* del DPR 600/1973 offerto da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014, p.862), la definizione di royalty dovrebbe ricomprendere "i compensi di qualsiasi natura percepiti per l'uso o la concessione in uso:

- 1) del diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, comprese le pellicole cinematografiche ed il software;
- 2) di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, formule o processi segreti o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico;
- 3) di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche".

La Circolare ministeriale 42 del 12 dicembre 1981 individua inoltre, quali beni intangibili, il know-how, così definito dal modello OCSE (si vedano Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014).

6.4.2 Tassazione delle royalties in entrata e in uscita

1. Le royalties in uscita: pagate ad un soggetto non residente

La normativa interna (si confronti l'articolo 23 del TUIR) predispone la tassazione delle royalties derivanti dallo sfruttamento dei beni intangibili nello Stato o se riferibili a stabili organizzazioni (branch della casa madre italiana).

L'art. 23, comma 2, contiene infatti una presunzione assoluta, in base alla quale le royalties sono assoggettate a tassazione in Italia, quando erogate da un soggetto ivi residente indipendentemente da verificarsi delle condizioni di cui alla lettere c), d), e) e f) del comma 1 dello stesso articolo che subordinano la tassazione dei redditi di lavoro dipendente, di lavoro autonomo, d'impresa e diversi prodotti da non residenti alla circostanza che le attività o i beni cui essi derivano siano esercitate o si trovino nel territorio dello Stato (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.865).

Le cd. royalties in uscita (corrisposte a soggetti non residenti), secondo l'articolo 23 del TUIR devono essere tassate in Italia, qualora sussistano le condizioni delle lettere f) (del primo comma) e c) (del secondo comma) (si confronti quanto riportato con l'articolo 23 del TUIR).

La modalità di tassazione di questo genere di compensi in capo all'impresa non residente dipendono dall'esistenza o meno di una stabile organizzazione di quest'ultima in Italia (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.867).

Le royalties pagate ad un soggetto non residente privo di stabile organizzazione nel territorio dello Stato, non sono assoggettate alla imposta sui redditi, ma assoggettate a ritenuta alla fonte. L'obbligo da parte del soggetto erogante di operare la ritenuta è sancito dall'art. 25, ultimo comma, del DPR 600/1973, così come modificato dal D.Lgs. 143/05, il quale recita: "I compensi di cui all'art. 23, comma 2, lettera c), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, corrisposti a non residenti, sono assoggettati ad una ritenuta del trenta per cento a titolo di imponibile sulla parte imponibile del loro ammontare... Ne sono esclusi i compensi corrisposti a stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti" (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.867).

Con riferimento alle royalties corrisposte alle società residenti in Paese dell'Unione Europea, si definisce tramite la direttiva comunitaria 2003/49/CE (si vedano Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014) la tassazione secondo il luogo di effettiva percezione della royalty stessa. In definitiva, la tassazione della royalty, percepita in una operazione attuata tra soggetti residenti in un Stato membro dell'Unione, avviene secondo le regole dello Stato in cui è localizzato il soggetto che percepisce la corresponsione.

L'articolo 26-*quater* del DPR 600/1973 detta le direttive per esimere le royalties, corrisposte a soggetti residenti in un Paese dello Stato membro, da qualsiasi ritenuta; le principali caratteristiche sono:

- i soggetti beneficiari devono essere quelli del comma 4, lettera a);
- i soggetti pagatori devono possedere le caratteristiche del comma 1, lettera a), ovvero:
 - essere società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata o enti commerciali;
 - residenti fiscalmente in Italia;
 - passivi dell'imposta sui redditi (IRES);
- se le royalties sono realizzate da stabili organizzazioni residenti in Italia, siano:
 - assoggettata ad IRES e non fruiscia di particolari privilegi fiscali;
 - possedere le caratteristiche definite dalla lettera a) del comma 4.

Il comma 2 dell'articolo 26-*quater*, DPR 600/1973 definisce i requisiti cui le società cd. consociate devono rifarsi per poter usufruire della esenzione di qualsiasi imposta. In breve, si deve dimostrare alternativamente che:

- la società che effettua il pagamento o la società la cui stabile organizzazione effettua il pagamento, detiene direttamente almeno il 25% dei diritti di voto in assemblea ordinaria nella società che (o la società la cui stabile organizzazione) riceve il pagamento;
- la società che riceve il pagamento o la società la cui S.O. riceve il pagamento detiene direttamente almeno il 25% dei diritti di voto nella società che effettua il pagamento o nella società la cui stabile organizzazione effettua il pagamento;
- una terza società detiene almeno il 25% dei diritti di voto sia nella società effettuante che ricevente il pagamento.

2. Le royalties in entrata: pagate a soggetti residenti

Qualora un'impresa residente percepisca royalties provenienti dall'estero, il diritto interno qualifica tali proventi tra i componenti positivi del reddito di impresa, soggetti a tassazione in Italia ai sensi dell'art. 2 del TUIR in base al principio della *worldwide taxation* (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.873).

Ai sensi dell'articolo 23, TUIR, le royalties percepite dalle imprese residenti in Italia ed erogate da imprese non residenti, sconteranno le imposte pagate a titolo definitivo, ovvero, riceveranno il credito d'imposta spettante ai sensi dell'articolo 165, TUIR.

Know-how e software nelle disposizioni OCSE

Sicuramente rilevanti per la creazione di valore per la società sono gli intangibili identificati dal know-how (industriale, commerciale e scientifico) e dal software (di base o applicativo). L'importanza di questi *intangibles* si ravvisa anche (e forse, soprattutto) nella procedura di *profit shifting* intrapresa da un gruppo di società.

Con riguardo alla normativa OCSE, come riportato da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014, p.877) con il termine know-how “[si] fa riferimento a tutte le informazioni segrete di natura industriale, commerciale o scientifica, non brevettate e non appartenenti a nessuna categoria dei diritti di proprietà intellettuale, che possono trovare pratica applicazione nella gestione di un'impresa”.

La caratteristica di un contratto avente per oggetto la concessione di know-how è quella di trasferire da un soggetto ad un altro la possibilità di utilizzare speciali conoscenze ed esperienze del primo, che tuttavia rimangono sconosciute a terzi (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.877).

Il regolamento comunitario 31 gennaio 1996 n. 240/96/CE fornisce alcuni elementi atti ad individuare il know-how. Le informazioni devono essere (si vedano Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014):

- sostanziali e tecniche;
- rilevanti (almeno una parte di esse) per il processo produttivo (o lo sviluppo) di prodotto o servizio;
- corrisposte a chi effettivamente le utilizza per ottenere un vantaggio competitivo nel settore di appartenenza.

Il know-how deve poi essere:

- segreto o comunque non generalmente noto o accessibile;
- identificato o identificabile.

La Corte di Cassazione, in una sentenza del 1992 (Cass. Civ. 20 gennaio 1992, n. 659), aggiunge altri due elementi alla definizione sopra riportata:

- per la Corte il know-how costituisce un bene economico meritevole di tutela, anche quando consiste di conoscenze (o invenzioni) brevettabili, ma che il titolare non intende brevettare;
- inoltre, la Corte stabilisce che costituiscono know-how non soltanto conoscenze che trovano posto nell'ambito della tecnica industriale e che possono essere utilizzate per produrre un bene, per attuare un processo produttivo o per impiegare correttamente una tecnologia; può trattarsi anche di regole di condotta che, nel campo della tecnica mercantile, vengano desunte da studi ed esperienze di gestione imprenditoriale, attinenti al settore organizzativo o a quello commerciale in senso stretto (Dragonetti, Piacentini, Sfondrini 2014, p.879).

Il software è definito dal commentario OCSE, espressamente richiamato da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014, p.880) come “un programma o una serie di programmi contenenti istruzioni per un computer e necessarie o per il funzionamento del computer stesso (software di base) o per lo svolgimento di funzioni specifiche (software applicativo)”.

Operativamente, il suo trasferimento può dar luogo:

- a royalties; possono derivare da:
 - cessione del diritto di sfruttamento del copyright incorporato nel software;
 - cessione del know-how legato alle componenti sottostanti al programma (ad esempio, algoritmi e linguaggi di programmazione).
- utili: derivanti dalla concessione d'uso; i corrispettivi legati alla licenza d'uso sono proventi di carattere commerciale (l'uso è consentito entro limiti predefiniti e per un certo periodo di tempo);
- capital gains (derivanti dalla cessione del know-how a titolo definitivo).

*Esempio*¹³²: royalties per l'utilizzo del marchio di fabbrica (Sentenza della CTP di Treviso n.64 del 4 settembre 2001)

Una società italiana è chiamata a pagare dei compensi, per l'utilizzazione del marchio e per lo sfruttamento di attività promozionale, ad una società estera.

¹³² L'esempio proposto è tratto da Dragonetti, Piacentini, Sfondrini (2014).

La questione sollevata nel caso in esame è la categorizzazione dei compensi come royalty o come utili d'impresa.

L'impresa italiana in questione produce salotti ed ha stabilito, tramite contratto, la produzione di modelli di salotti appartenenti alla casa francese. I modelli prodotti andranno poi commercializzati dalla società francese attraverso la propria catena distributiva.

Secondo l'avviso di accertamento, la società italiana pagava il 5% alla ditta francese per la concessione del diritto di fabbricazione (e quindi, per l'uso dei progetti appartenenti alla società estera) e per l'uso del marchio: il compenso del 5% era quindi categorizzabile come royalty.

Secondo la convenzione stipulata tra l'Italia e la Francia e vigente al momento della corresponsione, le royalties erano soggette ad una ritenuta a titolo d'imposta del 5%.

La società italiana, viceversa, sosteneva che la corresponsione era da attribuire allo sfruttamento di servizi di natura commerciali (prestati dalla società francese) e che pertanto questi non erano soggetti ad alcuna ritenuta.

Dall'analisi del contratto stipulato tra le parti, la CTP di Treviso ha concluso si trattasse di un cd. contratto misto e come tale, prevedeva:

- la concessione di utilizzo del marchio d'impresa;
- lo sfruttamento di servizi pubblicitari e di marketing (compreso lo sfruttamento della rete commerciale francese).

La CTP di Treviso ha (in parte) avvalorato la tesi del contribuente italiano in quando, dal contratto, non risultava alcun accordo circa la ripartizione del corrispettivo (5%) tra le diverse prestazioni fornite dalla società francese. La CTP ha comunque stimato la ripartizione del compenso come segue: 2% a titolo di royalties per l'uso del marchio e il residuo 3% a titolo di corrispettivo per le prestazioni usufruite. La ritenuta deve quindi essere intesa sulla commissione del 2%.

6.5 Fenomenologia offshore: le architetture conduit e il caso Apple

Il fenomeno offshore – come considerato da Carbone, Bosco, Patese (2014) – raggruppa tutte le dinamiche relative al fenomeno evasivo o elusivo. I gruppi di società, in alcuni casi, possono essere instaurati per le finalità di evasione fiscale. In realtà accade davvero di rado che il link con un soggetto collocato in un paradiso fiscale sia diretto, mentre più frequentemente si rilevano rapporti commerciali con partner formalmente esterni all'impresa, ma, di fatto, creati *ad hoc* e gestiti dagli amministratori o soci della stessa (Carbone, Bosco, Patese 2014, p.392).

Le strutture statuite per approdare al paradiso fiscale sono generalmente “svuotate” della componente lavoro e composte dal solo *board*; le società costituite con lo scopo di porre in essere transazioni di beni (generalmente immateriali) e/o servizi fanno riferimento a poche persone che hanno però la responsabilità di tutta l'organizzazione

Nella dimensione patologica ancor più spinta, il livello di tutela dell'anonimato viene incrementato grazie alla creazione di più soggetti giuridici tra loro interconnessi, secondo lo schema delle cc.dd. “scatole cinesi” (Carbone, Bosco, Patese 2014, p.393). In questa seconda configurazione, la società offshore è a capo di altre società che fanno riferimento a pochi soggetti (al limite, un solo *president*) e generalmente, tendono a essere prive di attività e svuotate del personale minimo necessario alla normale gestione operativa. Lo scopo di una siffatta struttura è evidentemente quello di ottenere l'anonimato dei soggetti che detengono la proprietà del capitale.

Le architetture conduit

Lo scopo della pratica *treaty shopping*, ovvero la manipolazione delle direttive contenute nelle convenzioni in opposizione alla doppia imposizione, si realizza, come indicato da Carbone, Bosco, Patese (2014, p.396) attraverso “la progettazione di gruppi societari ovvero la predisposizione di transazioni commerciali che consentano di sfruttare il collocamento di un soggetto giuridico in una particolare giurisdizione... per godere del prelievo più esiguo possibile sui dividendi, interessi e canoni”.

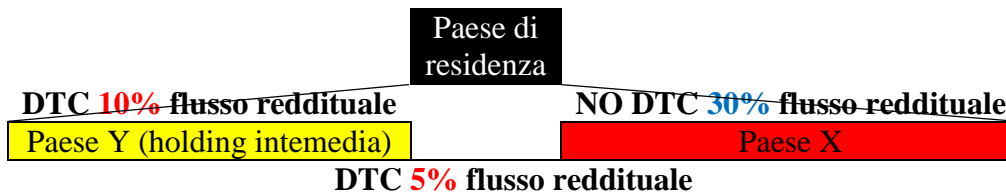
Le strutture necessarie all'ottenimento di un simile risultato vengono definite *conduit*.

Le strutture conduit possono avere due configurazioni: le *direct conduit method* e la *holding structure*.

1) Direct conduit method (DCM)

Il direct conduit method si ottiene, come sostenuto da Carbone, Bosco, Patese (2014, p.397) “attraverso lo sfruttamento dei benefici di un trattato stipulato da un Paese terzo con una controparte con cui il Paese di residenza non ha accordi in essere”.

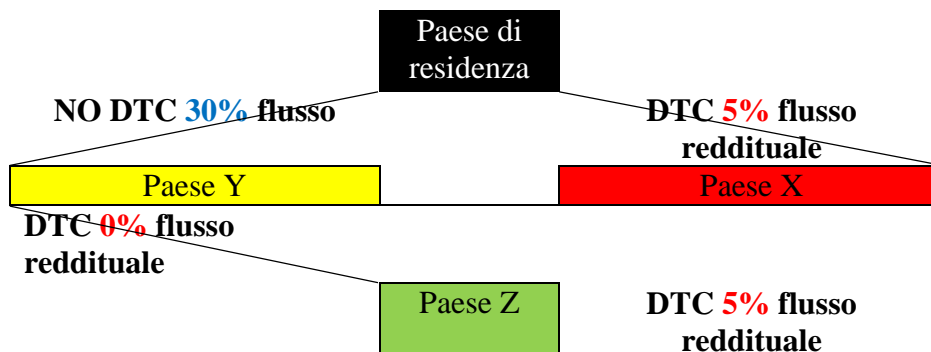
Struttura conduit diretta:



Il vantaggio fiscale consiste nella minore ritenuta diretta attraverso lo sfruttamento di una holding intermedia localizzata in un Paese con il quale lo Stato di residenza ha stipulato un accordo (*rectius* convenzione). Il passaggio dei flussi attraverso una holding intermedia permette di subire un prelievo complessivo del 15% a fronte di quello globale del 30% in caso di diretta transazione dei flussi tra i principali due Paesi.

Partendo dalla struttura semplice sopra riportata, ove necessario, si possono instaurare conduit cd. a scacchiera (metodo *stepping stone*) in modo da sfruttare eventuali accordi (convenzioni) tra Paesi.

Struttura conduit a scacchiera:



Il prelievo totale, sfruttando il passaggio dei flussi attraverso Paesi con i quali si è stipulata la convenzione è del 10%. Il vantaggio è quindi facilmente ricavabile ed equivale alla

differenza tra il prelievo a cui è sottoposta la transazione in caso di operazione diretta (30%) e il prelievo complessivo derivante dalle singole transazioni coi Paesi “intermedi” coi quali si è stipulata una convenzione (aliquota complessiva del 10% sui flussi).

2) Holding structure

La holding structure si avvale di giurisdizioni che, come asserito da Carbone, Bosco Patese (2014, p.398), “prevedono rilevanti esenzioni avuto riguardo alla tassazione dei dividendi distribuiti dalle consociate estere, ovvero alle plusvalenze generate dalla cessione di partecipazioni”.

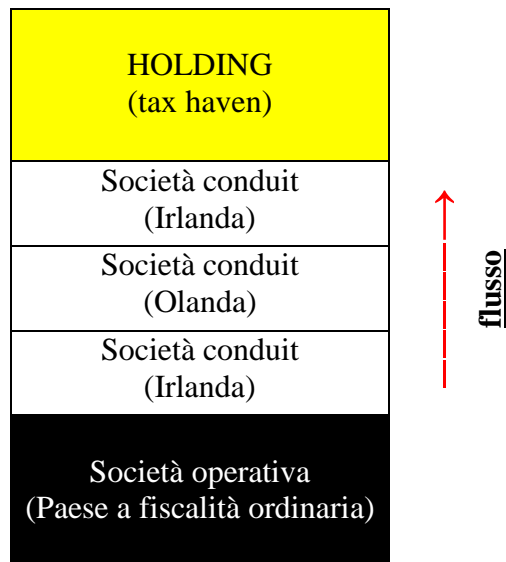
Il caso Apple: il “double irish with a dutch sandwich” e gli intangibili¹³³

In generale, i gruppi multinazionali riescono a *shiftare* i profitti verso paradisi fiscali così da abbattere l'imposta complessiva.

Lo stratagemma adoperato per sottoporre ad imposizione una minima quota dell'enorme ammontare dei profitti conseguiti si sostanzia nel dirottare i ricavi, sotto forma di *royalties*, verso società residenti in *tax havens*, sfruttando gli effetti congiunti della normativa tributaria irlandese (che prevede un'imposta del 12,5% sui diritti) e quella olandese (nella quale, come abbiamo visto, vi è un'esenzione totale sui dividendi e plusvalenze maturati in seno alle holding ivi costituite) (Carbone, Bosco, Patese 2014, p.402).

Tale modello è generalmente utilizzato da Facebook, Google, Microsoft e Oracle ed è possibile rappresentarlo nel seguente modo (Carbone, Bosco Patese 2014):

¹³³ Caso estrapolato da Carbone, Bosco, Patese (2014)



Apple (sede principale a Cupertino, Stato della California, U.S.A.) ha attualmente due subsidiaries con sede in Irlanda (Apple Operations International e Apple Sales International) e una intermediate holding nei Paesi Bassi e come affermato da Carbone, Bosco Patese (2014), attraverso queste società i profitti conseguiti vengono dirottati alla società caraibica (nelle British Virgin Ireland) Baldwin Holdings Unlimited, amministrata dal direttore finanziario di Apple stessa.

Siffatta architettura ha permesso ad Apple di far transitare le royalties percepite sui brevetti sviluppati in California attraverso l'Irlanda, poi l'Olanda, successivamente ancora tramite l'Irlanda, per raggiungere infine le Isole Vergini, il cui livello di tassazione è estremamente ridotto (Carbone, Bosco Patese 2014, p.403).

I profitti della società, come noto, derivano prevalentemente dalla vendita di prodotti materiali (i-Phone, i-Pad, i-Pod, ecc.), dalla vendita di beni immateriali (ad esempio, software, e-book e brani musicali da iTunes) e dal trasferimento (a qualsiasi titolo) dei diritti sui brevetti industriali.

Come affermato da Carbone, Bosco Patese (2014, p.403) “lo spostamento dei profitti verso i paradisi fiscali derivanti da queste ultime due tipologie di introiti risulta, infatti, oltremodo agevole”: per questo motivo la società è in grado di abbassare drasticamente il livello complessivo di tassazione.

CAPITOLO 7

TAX PLANNING E VOLUNTARY DISCLOSURE

La pianificazione fiscale per i gruppi multinazionali e la voluntary disclosure

7.1 La pianificazione fiscale: logica della gestione comune dell'area fiscale

La dinamica del gruppo di società, indirizzata dalla prosecuzione della attività a sua volta sollecitata dall'ottenimento della massima redditività, si ripercuote tanto nelle scelte strategiche e operative quanto in quelle fiscali. Come si è visto in precedenza, la pianificazione fiscale è punto saliente nella organizzazione delle multinazionali: ciò è permesso dalla conduzione comune delle singole società costituenti il gruppo ovvero, come asserito da Valente (2014, p.118) “dalla *leadership* collettiva che permette di gestire e controllare le imprese, attraverso un'opera di compensazione fra gli interessi – potenzialmente divergenti – dei soci di controllo, dei soci di minoranza e degli amministratori, rispetto alle risorse limitate di ciascuna società”. Si parla in questo caso di corporate governance, ovvero, di determinazione di un comune indirizzo delle società coinvolgente la struttura organizzativa e decisionale del governo.

La *tax governance* nei gruppi di imprese risponde essenzialmente all'esigenza di assicurare la gestione e la prevenzione dei rischi connessi alla variabile fiscale, nonché il supporto in sede di verifica fiscale (Valente 2014, p.119).

Il livello del rischio assunto con la pianificazione è direttamente proporzionale alla capacità reddituale del gruppo di imprese, infatti, l'assunzione dei rischi deve essere fatta a favore della massimizzazione del profitto. Maggiore sarà la capacità di sopportare gli effetti della variabilità, maggiore sarà il livello di rischio sopportabile e maggiore sarà il profitto raggiungibile.

Come visto in sede di analisi dei prezzi di trasferimento, la capacità di assumere maggiori rischi e la distribuzione delle funzioni ne determina il naturale livello di profitto ritraibile: il valore da assegnare ad una transazione *intercompany* dovrà quindi rispettare le variabili rischio-rendimento e valori delle funzioni.

Come riportato da Valente (2014), ai fini della *tax risk management*, è importante determinare:

- il valore massimo del livello di rischio a cui il gruppo può arrivare;
- la riduzione dei costi, quali potenziali determinanti del profitto (in connessione quindi con il livello di rischio);
- le risorse per la gestione delle opportunità e i rischi.

Nella determinazione del livello di rischio (coincidente con la sommatoria dei singoli rischi) devono essere ricompresi sia i fattori endogeni che i fattori esogeni. Secondo Valente (2014) i fattori dannosi, di rischio, sono così suddivisibili:

FATTORI INTERNI DI RISCHIO						EVENTI DANNOSI
Risorse umane	Fattori di manutenzione	Fattori umani o psicologici	Organizzazione	Fattori tech, ambientali e puri	Progetti aziendali	
Fattori finanziari	Fattori di mercato	Fattori legali	Fattori infrastrutturali	Fattori societari	Fattori ambientali	
FATTORI ESTERNI DI RISCHIO						

Con riferimento ai rischi esogeni, brevemente, si accenna al rischio politico che raggruppa molteplici fattori esterni. Come sostenuto da di Meo (2015, p.40), il rischio Paese si riferisce “alla possibilità che in un determinato Paese si verifichi una serie di eventi che non dipendono direttamente dal comportamento della controparte ma i cui effetti pregiudicano, comunque la capacità o la volontà del debitore... di far fronte agli obblighi contratti verso il creditore”.

L’importanza del rischio Paese (o politico) – ancorché non debba essere l’unico rischio calcolato – è evidente in ambito di scambi internazionali. La stabilità giudiziaria ed economica *in primis* sono parte degli elementi presi in considerazione, dalla società e dell’intero gruppo, nel calcolo di convenienza economica per gli investimenti e per definire inoltre il carico fiscale complessivo (e naturalmente a che sistema tributario far riferimento).

Come affermato da di Meo (2015, p.40) “si parla di rischio Paese [quando ci si riferisce] al rischio presente in tutte le operazioni c.d. oltre frontiera... “*Cross border*”, ovvero a quelle operazioni di natura commerciale e finanziaria con privati... che sono caratterizzate, oltre che dal tradizionale rischio commerciale, anche da un insieme di variabili riconducibili alla situazione politica, economica, sociale, istituzionale e giudiziaria dei Paesi in cui ha sede la controparte”.

L’efficienza del sistema giudiziario del Paese della controparte è la risultante dei seguenti elementi (si veda di Meo 2015):

- la cultura giuridica dei giudici, compresa la specializzazione degli stessi e i pregiudizi nei confronti dello straniero;
- i tempi medi di durata delle cause e il costo medio;
- possibili provvedimenti che anticipano la sentenza definitiva (ad esempio, sequestro conservativo e cautelativo);
- la sottoscrizione della Convenzione di New York del 1958 sull’arbitrato internazionale;
- la eseguibilità della sentenza.

Con riferimento alle categorie del rischio fiscale, invece, è possibile identificare i seguenti elementi (si veda Valente 2014):

- rischio derivante dalle transazioni; è evidentemente idiosincratico in quanto legato alle singole transazioni. Determina il valore ritraibile dalla transazione e può essere gestito (attraverso una apposita pianificazione che funge anche da domanda di *tax ruling*) e fatto derivare così un differente potenziale di profitto;
- rischio relativo alle operazioni cd. day-to-day: è riferito alle transazioni “standard” cui far riferimento per la pianificazione della determinazione dei prezzi di trasferimento (documentazione interna assolutamente rilevante, anche ai fini dell’accertamento da parte dell’Amministrazione);
- rischio da dichiarazione fiscale: rischi legati alla redazione della dichiarazione (preparazione, compilazione e verifica));
- rischio relativo alla contabilità: rischi legati agli effetti della compilazione e alla verifica della dichiarazione (una sua rettifica può comportare una base imponibile differente);

- rischio di gestione: rischio legato alla pianificazione strategica e politica aziendale e relativa all'area fiscale;
- rischio derivante dalla reputazione: modo in cui il gruppo è (o sarà) recepito pubblicamente (influenzanti sono i mezzi di comunicazione, anche per l'area fiscale).

La pianificazione fiscale, essendo l'ammontare delle tasse dovute determinante per il livello di ritorno per gli azionisti, appare sensibile ai principi *core* che vincolano e muovono il gruppo ad operare sui mercati (essendo la *globalità* dei gruppi un fattore caratterizzante che permette di ottenere imprese *transnazionali*) e risulta determinare i diretti concorrenti, i fruitori dei servizi e i clienti finali.

Tale visione va comunque filtrata per la responsabilità sociale dell'impresa (direzione influenzante dagli *stakeholder* e che quindi inevitabilmente investe l'agire del gruppo), ma comunque, come asserito da Valente (2014, p.131), “uno sguardo attento al “*natural tax rate*” generato dall'insieme dei Paesi in cui gli assets sono localizzati... è necessario al fine di conseguire un complessivo carico fiscale accettabile”.

La pianificazione fiscale, coerentemente con la strategia del gruppo (*tax policy* e pianificazione strategica - operativa), dovrebbe assurgere al rispetto dei seguenti principi (si veda Valente 2014):

- l'adeguamento della *tax planning* al *core business*;
- la predisposizione di procedure operative approvate;
- la predisposizione di una *tax policy* in linea con le indicazioni dell'Amministrazione finanziaria e la propensione ad instaurare con questa una proficua dialettica basata sullo scambio di informazioni e soluzioni;
- la gestione delle relazioni (tra gruppo e Amministrazione) al fine di considerare entrambe le posizioni e ottenere un equilibrio nelle scelte, con l'obiettivo di lavorare in modo congiunto al fine di ottenere una pianificazione preventivamente condivisa;
- la costante revisione sintetizzante la mutazione delle condizioni esogene alla impresa multinazionale (variabili ambientali, politiche, sociali, demografiche, ecc.) e nondimeno, quelle interne al gruppo, singolari per le società, che coinvolgono l'aspetto organizzativo, funzionale e fiscale.

D'altra parte, una migliore gestione dei rischi rende più certa la realizzazione degli obiettivi prefissati dalla società, la quale a sua volta implica più elevati “*returns*” per tutti gli stakeholders (Valente 2014, p.132).

Valente (2014), propone una buona sintesi della dinamica sottostante alla analisi funzionale, soggettiva e contestuale:

		Analisi		
		Polifunzionale	Plurisoggettiva	Policontestuale
Elementi analizzati		- Rischi; - Assets; - Funzioni.	- Società; - Impresa; - Azienda.	- Fiscalità internazionale; Fiscalità sovranazionale; - Fiscalità comparata.
		<ul style="list-style-type: none"> • Busienss Driven • Market Driven Analysis 		
TAX DRIVEN ANALYSIS				

7.1.1 Strategia fiscale dell'impresa multinazionale

La strategia fiscale di un gruppo multinazionale si fonda sulla integrazione internazionale delle attività che ha permesso, da un lato, la pianificazione a livello di gruppo al fine di ridurre il carico fiscale complessivo (sfruttando la competizione tra ordinamenti ovvero spostando l'imponibile da uno Stato a tassazione relativamente maggiore, ad uno a tassazione inferiore), e dall'altro, di sfruttare il fenomeno della globalizzazione ottenendo una elaborazione delle politiche fiscali a livello di Stati.

Dal punto di vista della società, un'efficiente politica fiscale si fonda sulla minimizzazione del livello di tassazione, ottenuto, secondo Valente (2014, p.134) “mediante lo studio dei principi e l'elaborazione delle tecniche preordinate all'ottimizzazione della redditività... in un quadro organico in cui le variabili fiscali e flussi finanziari consentono la realizzazione della migliore dinamica gestionale (cd. “*pianificazione fiscale*”)”.

Nella definizione del trattamento fiscale dei flussi di reddito, ciascuno Stato dovrebbe tener conto del fatto che:

- la strategia d'impresa, anche sul piano fiscale, si fonda su presupposti globali, elaborati su una proiezione del tempo dinamica e indipendente da coordinate spaziali;
- la politica fiscale nei gruppi di imprese è:
 - concepita al fine di soddisfare interessi trascendenti rispetto a quelli delle singole entità giuridico - economiche che compongono il gruppo;
 - oggetto di attività di direzione e coordinamento¹³⁴, mediante la quale si esplicita l'influenza dominante della capogruppo (*top holding*) e si indirizza l'attività delle consociate;
 - attuata in chiave sovranazionale (*globally run*) nell'interesse preminente del Paese di residenza della casa-madre (Valente 2014, p.135).

Per implementare il processo indicato, con riferimento ai gruppi multinazionali, si devono verificare (si veda Valente 2014):

- l'ordinamento e livello fiscale dello Stato in cui risiede la holding;
- le caratteristiche dei singoli Stati in cui il gruppo intende operare (o in cui il gruppo è già presente).

Come visto, le variabili (endogene ed esogene) influenzanti la dinamica gestionale devono essere prese in considerazione durante la fase di programmazione funzionale e fiscale. Le successive modificazioni devono essere necessariamente considerate al fine di ri-definire i valori corrispondenti a rischi, prezzi e valori assegnati.

L'implementazione, a livello di gruppo, di una strategia fiscale globale richiede:

- l'allineamento della variabile fiscale agli obiettivi perseguiti dal *top management*;
- l'ottimizzazione dell'imposizione fiscale mediante scelte gestionali tese a garantire un'efficace gestione delle risorse finanziarie, nonché l'allocazione delle diverse fonti di reddito e la localizzazione delle società del gruppo nei vari Paesi;
- la razionalizzazione dei singoli flussi monetari intersocietari al fine di realizzare il massimo vantaggio in termini di utile al netto delle imposte;

¹³⁴ Cfr. art. 2497 Codice Civile.

- l'eliminazione della doppia imposizione che trae origine dall'autonoma potestà d'imposizione dei singoli Stati a seguito dell'assoggettamento ad imposta della stessa ricchezza per due o più volte (Valente 2014, p.136).

Se da un lato la pianificazione fiscale – implementata sfruttando la concorrenza tra ordinamenti degli Stati –, attuata secondo le indicazioni viste, assicura benefici economici alle imprese che la pongono in essere, dall'altro determina un detrimento per gli Stati fiscalmente meno virtuosi che si manifesta con il decremento del gettito effettivo o la riduzione di quello programmato.

I regimi fiscali dannosi (“*harmful tax regimes*”) che l'OCSE si propone di combattere migliorando il livello di trasparenza e lo scambio di informazioni tra Stati:

- influenzano l'allocazione delle attività finanziarie e dei servizi;
- erodono le basi imponibili dei Paesi a fiscalità non privilegiata;
- creano distorsioni alla libera operatività dei mercati;
- hanno un impatto negativo in termini di equità, neutralità, e generale “*accettazione*” dei sistemi fiscali (Valente 2014, p.136).

7.2 Elusione fiscale e “aggressive tax planning”: pianificazione fiscale e normativa antielusione

Obiettivo della pianificazione fiscale è lo “*shifting*” dei redditi conseguiti e la diminuzione del carico fiscale complessivo. In via teorica, è possibile affermare che l'obiettivo è quello di re-distribuire secondo equità delle spese collettive, comuni e pubbliche, sicché l'articolo 37-bis impone una interpretazione analogica ovvero, come affermato da Falsitta (2014, p.132) una “estensione a fattispecie fiscalmente atipiche o “*innominate*” del regime fiscale (più oneroso) previsto dalla legge per atti o negozi o relativi collegamenti tipici o “*nominati*” purché le due serie producano risultati *simili*”.

La sottrazione di materia imponibile, come affermato da Falsitta (2014), secondo la vigente trattazione dell'elusione in campo tributario, viene meno quando, applicata la normativa (articolo 37-bis, TUIR) e non dimostrate le esimenti (concentrate principalmente sulla dimostrazione di un effettivo interesse nel conseguimento dei risultati e il non interesse al risparmio fiscale come primo obiettivo), si deve sottostare alla normativa nazionale e quindi riferirsi alle regole vigenti per la determinazione dell'imponibile e la riscossione.

Come affermato da Falsitta (2014, p.134) deve realizzarsi la “restituzione delle imposte riscosse in connessione alla realizzazione degli atti, fatti e negozi anche tra loro collegati dalla catena elusiva”.

Il Commentario alla Raccomandazione n. XI precisa che la cd. “corporate citizenship” in ambito fiscale richiede alle imprese di:

- rispettare sia il dato letterale sia lo spirito delle leggi e dei regolamenti degli Stati in cui operano;
- cooperare con le autorità fiscali;
- fornire a queste ultime ogni informazione richiesta per legge o ritenuta rilevante (Valente 2014, p.597).

Dati i presupposti individuati, è facile comprendere come la pianificazione fiscale aziendale debba essere fondata su coerenti principi di *tax policy* (in linea quindi con le normative nazionali e OCSE) e operativamente, essere liberamente e facilmente adattabile ai cambiamenti del management.

L’operatività attraverso un gruppo di imprese permette di ottenere un beneficio economico, derivante dalla localizzazione di società e funzioni in Stati o territori a fiscalità privilegiata, che diversamente sarebbe improbabilmente raggiungibile. In operazioni intercorrenti tra parti controllate, ovvero sottoposte al medesimo coordinamento degli interessi, si riscontra quella diminuzione di indipendenza nelle singole società che permette di raggiungere un livello impositivo complessivo ottimale a beneficio delle stesse parti. Imprese indipendenti – si segnala – possono pure ottenere i medesimi risultati attraverso operazioni fittizie o con parti compiacenti.

Alla luce delle nozioni riportate, appare evidente come la pianificazione del transfer price assuma un ruolo determinante ai fini della deliberazione del rischio e del conseguente ritorno economico atteso. Attraverso la distribuzione di margini e incentivi alle “*business units*” del gruppo multinazionale, il transfer pricing fornisce al management indicazioni utili sia in merito all’organizzazione globale dell’attività di business, sia sulla tassazione internazionale (Valente 2014, p.598).

Il principio arm’s length, caposaldo del transfer pricing, permette di ancorare il prezzo delle transazioni a quello applicato da parti indipendenti, operanti in un libero mercato, sottoposti alla medesime condizioni e pertanto, di evitare, come ricordato da Valente (2014), “fenomeni di “*shifting of profits or losses*””.

La posizione dell'Unione Europea rispetto al potenziale elusivo della tax planning

L'Unione Europea ha come obiettivo dichiarato quello di adottare una politica fiscale coerente in tutti gli Stati dell'Unione; come riportato in Valente (2014, p.645), infatti, deve raggiungersi “una maggiore coerenza tra le politiche dell'Unione Europea, “in modo che i partner dell'UE si impegnino, nell'ambito di accordi commerciali e di cooperazione internazionali, a rispettare i principi della buona governance in campo fiscale” [e di conseguenza,] anche a livello di ciascuna impresa, la tax governance riveste un'importanza fondamentale”.

La pianificazione fiscale della singola impresa ovvero del gruppo, deve quindi essere configurata nel pieno rispetto della normativa interna e conseguentemente aderente alle disposizioni europee.

La Commissione ha quindi l'obiettivo di trovare soluzioni in grado di contrastare i paradisi fiscali e conseguentemente ristabilire l'equità tra i contribuenti. Il Codice di condotta comunitario (istituito per la regolamentazione della tassazione delle imprese) si propone quindi di contrastare la concorrenza fiscale *harmful* in modo da ridurre le disparità tra ordinamenti degli Stati comunitari.

In via generale, il Codice di condotta definisce “potenzialmente dannose” tutte le misure che incidono (o possono incidere) in modo significativo sulla scelta di localizzazione delle attività imprenditoriali nel territorio comunitario e che prevedono un livello d'imposizione effettivo decisamente inferiore rispetto a quello normalmente applicato nello Stato membro interessato (Valente 2104, p.650).

Secondo il Codice, sono da considerare “dannose” (si veda Valente 2014):

- le misure dicotomiche rispetto alla residenza; si fa riferimento alle regole che impongono ai non residenti una tassazione differente (sensibilmente inferiore) rispetto ai residenti;
- le regole che fanno riferimento alla sola sfera tributaria sovranazionale, evitando così di riferirsi ai presupposti interni;
- le misure che fanno riferimento ad attività economiche fittizie o imponibili a società prive di localizzazione nel territorio;
- le disposizioni contrarie allo spirito internazionale;
- le misure contrarie alle disposizioni OCSE.

In tema di paradisi fiscali, la Commissione Europea, attraverso le misure di *good governance* fiscale, spinge i Paesi a fiscalità privilegiata ad uniformarsi ai dettami propri dell'Unione, ovvero ad adottare misure non *harmful*.

In particolare, si ritiene che uno Stato terzo operi secondo gli standard di *good governance* fiscale nei casi in cui esso:

- adotta misure legali, regolamenti e amministrative atte a favorire le compliance agli standard di trasparenza e scambio di informazioni;
- applica effettivamente le suddette misure;
- non adotta “*harmful tax measures*” in materia di business taxation (Valente 2014, p.655).

E' evidente e naturale come l'Unione Europea sia indirizzata a ridurre le differenze tra ordinamenti tributari degli Stati membri così da eliminare (o quantomeno sensibilmente attenuare) i possibili benefici fiscali di comportamenti ritenuti “dannosi”. Per converso, le imprese, soprattutto se ampiamente internazionalizzate, tendono a sfruttare tali differenze e fintanto che ne hanno la possibilità, definire *tax plan* indirizzati alla ottimizzazione del complesso fiscale dell'impresa.

7.3 Aggressive tax planning nelle multinazionali

Gli obiettivi in ambito fiscale delle multinazionali sono oramai stati ampiamente sviscerati; sintetizzando, è possibile affermare che i gruppi di società, sfruttando il carattere globale del loro business, hanno la possibilità di pianificare la strategica competitiva in modo da raggiungere il miglioramento del livello impositivo cumulativo. Legata alla compilazione della riorganizzazione funzionale, si ha la ri-distribuzione – in capo alle singole aziende – del rischio e conseguentemente del profitto.

Come asserito da Eicke (2009, p.11) “International tax planning is vital to help a company stay alive in times of global competition”.

La redistribuzione del rischio permette altresì di manovrare la massa di guadagno tra Stati o territori a fiscalità privilegiata, così da ridurre il più possibile la contribuzione dovuta. Lo sfruttamento della competizione tra Stati permette di ottenere benefici fiscali che, stante le norme in essere, possono venire interamente assorbiti dal gruppo.

Deriva che la pianificazione fiscale internazionale, come avvalorato da Eicke (2009) permette di:

1. ridurre il delicato problema della doppia tassazione;
2. massimizzare il profitto con, come ribadito dallo stesso Eicke (2009, p.12) “minimize the overall tax liability of a company or a group of companies”.

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

- il valore da raggiungere nell’assunzione del rischio;
- la riduzione dei costi conseguente alla riduzione del rischio medesimo;
- le risorse necessarie per la gestione delle opportunità e dei relativi rischi (Valente 2014, p.646).

La cd. “*pianificazione fiscale*” (o “*tax planning*”) si inserisce in un quadro strategico di scelte dell’impresa, e consiste nella complessa serie di scelte con le quali si definiscono le attività dell’impresa al fine di ottenere legittimamente la massima riduzione possibile del carico fiscale globale, vale a dire di ridurre l’effetto fiscale attraverso una diminuzione dei costi transazionali e gestionali, e attraverso l’eliminazione/limitazione dei rischi di riprese fiscali (ovvero altri rischi di tipo fiscale) (Valente 2014, p.601).

La pianificazione fiscale, con i suoi effetti, investe non solo le disposizioni organizzative interne (derivanti da programmazione *ex ante*), ma anche l’aspetto identificato da Eicke (2009, p.12) della “*after-tax profit because it is crucial for the earnings-per-share ratio, the shareholder value and the stock option*”.

La pianificazione fiscale del gruppo di imprese deriva, spesso, dalla riduzione dei costi e quindi dall’incremento dei benefici. È possibile quindi rifarsi ad una affermazione di Eicke (2009, p.12) “*minimizing the effective tax rate (ETR) by international tax planning is an important measure to achieve reduced costs*”. Ancora Eicke (2009, p.12) tuttavia, imperterrito nell’affermare che “*solely upon a minimization of the ETR is very short-sighted because taxes are only one (major) factor to generate profits and wealth (business drivers, taxes follow)*”¹³⁵. Questa visione appare, oltre che dissimile dalle altre, estrema, ma comunque in alcuni casi condivisibile. È pur vero che l’attenzione alla pianificazione fiscale (anche per le ristrettezze

¹³⁵ La visione di Eicke (2009) è spinta dall’assunzione che la riduzione degli effetti previsti dalla pianificazione fiscale risiede dalla inefficienze che inevitabilmente – secondo l’autore – caratterizza il processo di pianificazione.

dovute dalle normative in continuo mutamento) non è prioritaria, ma comunque appare tra le attenzioni maggiori del *board* e cui questo si affida per la ottimizzazione del complesso fiscale del gruppo. Infatti, come lo stesso Eicke (2009, p.13) afferma “in short, tax planning is a legitimate endeavor and as essential part of business policy”.

Tax planning, in contrast to tax avoidance, tax evasion or tax fraud, is, according to the definition of the OECD, the only way to reduce taxes that is (more or less) acceptable to governments (Eicke 2009, p.13).

A prescindere dall’obiettivo di riduzione del carico fiscale, soffermandosi sull’aspetto strategico puro, possiamo individuare, con l’aiuto di Valente (2014) gli obiettivi aziendalistici della pianificazione fiscale; questi sono individuabili da:

- lo sfruttamento delle economie di scala (la cd. ”dimensione globale” individuata da Valente (2014) che deriva dalla integrazione delle funzioni a livello internazionale);
- la valutazione del mix di marketing, caratteristico per ogni Paese;
- l’implementazione del know-how acquisito tanto a livello nazionale quanto a livello internazionale.

Caratteristica della pianificazione strategica del gruppo di imprese è la definizione di strategie organizzative e fiscali coerenti con gli obiettivi fissati: esiste quindi una inevitabile congiunzione tra l’impatto strategico e la pianificazione fiscale di riduzione delle imposte pagate. Le strategie di pianificazione fiscale mirano a ridurre l’onere tributario e, allo stesso tempo, in un’ottica più generale, ad incrementare la flessibilità della struttura del gruppo, al fine di renderla capace di adeguarsi repentinamente ai mutamenti legislativi e di minimizzare l’impatto su tale struttura delle restrizioni normative di qualsiasi genere (Valente 2014, p.606).

Uno dei principali obiettivi di pianificazione fiscale internazionale è la consistenza dello “spostamento” delle entrate (il cosiddetto *income shifting*) da un Paese a più alta tassazione ad un Paese a tassazione relativamente più bassa. La conseguenza immediata da parte degli Stati “svantaggiati” (per la maggiore pressione fiscale) è l’attuazione di misure volte a proteggere il proprio sistema attraverso l’applicazione della thin capitalization e della normativa CFC.

7.3.1 Costituzione di una società multinazionale per la pianificazione fiscale: vantaggi e svantaggi

I vantaggi derivanti dall'uso della holding sono individuati da Eicke (2009) e sono sintetizzabili come segue:

- a) la distribuzione del carico fiscale tra le imprese con l'obiettivo di ottenere una riduzione del carico fiscale globale e la separazione delle funzioni e dei rischi per (indirettamente) programmare la definizione dei singoli debiti tributari;
- b) la possibilità di effettuare una pianificazione di gruppo, unitaria e coerente, attraverso l'uso del controllo da parte della casa madre;
- c) il possibile uso della forma *joint venture* per implementare il proprio business in Paesi reputati strategicamente ed economicamente interessanti.

L'uso della forma multinazionale d'impresa permette di ottenere vantaggi fiscali e ottimizzazione del business.

I vantaggi fiscali individuati da Eicke (2009) sono:

- esenzione dei dividendi dalla tassazione;
- riduzione della tassazione alla fonte (o sua attenuazione) per dividendi, royalties e interessi passivi;
- privilegi derivanti da accordi tra Stati;
- la conversione delle entrate (*secondary sheltering*);
- *shifting*, all'interno del gruppo, dei profitti conseguiti dalla società;
- evitare le tasse sugli immobili.

I vantaggi per il business, individuati da Eicke (2009), sono elencati di seguito:

- sinergie di gruppo;
- elevato potere contrattuale, tanto dal lato dei fornitori quanto dal lato del mercato di sbocco;
- accesso a (nuovi) mercati ritenuti strategicamente interessanti;
- la maggiore flessibilità industriale e/o commerciale per l'uso delle *subsidiaries*;
- riduzione dei costi di transazione e di controllo;
- flessibilità nella struttura del gruppo.

Esistono comunque dei limiti e dei rischi nell'uso della holding quale società controllante. Eicke (2009) ha individuato i principali rischi e limiti nell'utilizzazione di questa forma:

- incorrere nel rischio di doppia tassazione (se non esistono accordi bilaterali o misure atte ad eliminare o attenuare questo limite);
- imbattersi in più norme anti-abuso che limitano i benefici derivanti dall'attività di pianificazione;
- incorrere in perdite ascrivibili al deprezzamento delle partecipazioni;
- incapacità/impossibilità di trasferire le perdite di esercizio con la conseguenza che i loro effetti si riversano sull'intero gruppo.

7.4 Pianificazione fiscale, subsidiary e stabile organizzazione: soluzioni operative

Esistono differenze tra costituire una nuova società all'estero ed esercitare l'attività internazionale tramite stabile organizzazione.

In prima approssimazione appare evidente che, qualora si intenda localizzare uno stabilimento in un altro paese non soggetto alla disciplina Cfc, ma avente aliquote d'imposta inferiori rispetto all'Italia, la costituzione di una *subsidiary* potrebbe rivelarsi più conveniente, in quanto il reddito prodotto dalla stabile organizzazione viene tassato all'aliquota massima tra quelle previste dai due ordinamenti, mentre la *subsidiary* sconta le relative imposte solamente nel paese di residenza (Sozza 2010, p.91).

Come imposto dall'articolo 89 del TUIR, gli utili distribuiti (sotto qualsiasi forma e denominazione) “non concorrono a formare il reddito dell'esercizio in cui sono percepiti in quanto esclusi dalla formazione del reddito della società o dell'ente ricevente per il 95 del loro ammontare”. In sostanza, i dividendi percepiti vengono tassati per il 5% e rientrano tra i redditi da capitale (*cfr.* art.44 TUIR).

La detenzione di partecipazione a società costituita (controllata) in altro Paese e assoggettata al diritto locale consente di ottenere, come sostenuto da Sozza (2010, p.91) “uno “schermo” tra la realtà estera e la società italiana, distinguendo quindi le due entità da un punto di vista sia giuridico che economico”. In questo modo lo stato italiano conserva un diritto impositivo soltanto su due categorie di reddito: da un lato sui dividendi distribuiti in

forza di un rapporto partecipativo, dall'altro sull'eventuale *capital-gain* realizzato dalla società italiana in caso di cessione della partecipazione stessa (Sozza 2010, p.91).

A riguardo, qualora la società di diritto italiano cedesse un ramo d'azienda, compiendo così una operazione di delocalizzazione funzionale, il valore a cui dovrebbe essere scambiato il suddetto con la controllata deve, ai sensi dell'articolo 110, TUIR, avvenire a valore normale (come da disciplina del transfer pricing). I redditi conseguenti devono pertanto far riferimento al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e ricevuti (si confronti con il comma 7 dell'art. 110, TUIR).

Altro elemento d'analisi e di discriminazione è la possibilità di effettuare il riporto delle perdite. Infatti, qualora si preveda che l'entità costituenda estera produca delle perdite, appare più opportuna l'ipotesi della stabile organizzazione, poiché le perdite da essa realizzate sono compensabili con il reddito della società residente (Sozza 2010, p.94). A meno che non si opti per il consolidato mondiale, in caso di subsidiary non può avvenire la compensazione descritta. A titolo informativo, la compensazione delle perdite, non sempre è possibile. Esistono ordinamenti in cui la tassazione avviene sugli utili prodotti dalla stabile organizzazione e questo diritto è riconosciuto allo Stato di residenza della organizzazione. Tale meccanismo di esenzione degli utili per la casa madre, in linea di principio, porta a considerare indeducibili le perdite, o meglio, prevedere un corrispondente diritto esclusivo di deduzione in capo alla stabile organizzazione (Sozza 2010, p.94).

Giuridicamente poi esistono delle sostanziali differenze che si ripercuotono sulla indipendenza con la holding.

La stabile organizzazione, a differenza della subsidiary, non è un soggetto passivo, nonostante abbia autonomia decisionale rispetto alle scelte economiche. La carenza di soggettività giuridica in capo a tale ente porta a considerarlo come un'articolazione della casa madre, con la conseguenza che, essendo di fronte ad un unico soggetto giuridico rinvenibile in quest'ultima, le responsabilità gestionali derivanti dall'esercizio dell'attività d'impresa svolta dalla stabile organizzazione si ritiene possano essere direttamente riferibili all'unico soggetto giuridico che l'ordinamento riconosce, ossia la casa madre (Sozza 2010, p.96).

Sinteticamente, è possibile ritenere che, in caso di intrapresa attività in Paese a più bassa tassazione, l'adozione della subsidiary (società subordinata al diritto locale) è sicuramente consigliata, anche per il fatto che in caso di accertamento del reddito d'impresa (consentito

principalmente alla Amministrazione estera¹³⁶), a rispondere sarà la stessa entità operativa estera (si veda Sozza 2010). Per quanto riguarda la stabile organizzazione, oltre al livello impositivo praticato dal Paese estero e alla possibilità di dedurre le perdite, deve essere considerato, secondo Sozza (2010, p.96) “l’onere relativo alle incombenze superiori di carattere contabile ed assoggettamento a doppie regole di determinazione del reddito”. Si ricorda infine il comma 10 dell’articolo 110 , TUIR, che dispone la indeducibilità delle spese e delle componenti negative.

7.5 La tassazione dei dividendi: holding italiana e tassazione dei dividendi in entrata; società residente e tassazione dei dividendi in uscita

7.5.1 Tassazione dei dividendi in entrata

Le principali disposizioni nazionali in materia di tassazione dei dividendi sono di seguito elencate.

L’articolo 89 del TUIR, al comma 2, determina la esenzione a tassazione degli utili distribuiti pari al 95% del loro ammontare, ovvero, sono sottoposti a tassazione gli utili percepiti pari al 5%.

Il comma 3 del citato articolo, stabilisce inoltre che ricorre l’esenzione al comma 2 se l’interpello imposto dal comma 5, lettera b), dell’articolo 167 TUIR risulta favorevole.

La tassazione risulta integrale (per l’intero ammontare) negli altri casi e quando la società estera è localizzata in un paradiso fiscale.

L’esenzione del 95% dell’ammontare dei dividendi distribuiti, dettata dall’articolo 89, TUIR, si applica anche a quelli derivanti da soggetti localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata ovvero facenti parte della *white list* emanata dal Ministero dell’economia e delle finanze ai sensi dell’art. 168-bis TUIR, previo interpello.

In realtà, la tassazione dei dividendi (che compone quindi l’ammontare delle imposte pagate allo Stato) ricevuti da una società Italia è influenzata dalle disposizioni in materia,

¹³⁶ L’Amministrazione fiscale italiana può infatti solo verificare il rispetto della disciplina del transfer pricing e della effettiva autonomia della controllata.

vigente nei territori o Stati ove insiste la società estera. A riguardo, ad esempio, alcuni Stati possono imporre una tassazione in via definitiva

La tassazione dei dividendi provenienti da società controllate estere: alcuni esempi

Di seguito si riportano tre esempi¹³⁷: il primo riportato riguardante la tassazione dei dividendi intracomunitari, il secondo riferito ai dividendi extracomunitari ed il terzo a quelli derivanti da paradiso fiscale.

a) Dividendi intracomunitari

Esempio:

La holding di diritto italiano S.p.A. controlla una società olandese. La capogruppo italiana incassa i dividendi distribuiti dalla società controllata olandese.

Come sostenuto da Sozza (2010), gli utili distribuiti dalla società di diritto olandese non sono assoggettati alla ritenuta alla fonte in virtù della direttiva n.435 del 1990 (la cd. madre-figlia).

Alla distribuzione dei dividendi si ottiene:

HOLDING italiana	
Utile percepito dalla controllata	100
Base imponibile (5%)	5
IRES (27,5%)	1,38
UTILE NETTO	98,62
CONTROLLATA UE (olandese)	
Utile al netto delle imposte	100
UTILE NETTO DISTRIBUITO	100

¹³⁷ Gli esempio riportati sono tratti da Sozza (2010).

b) *Dividendi extracomunitari*

Esempio:

La società capogruppo di diritto italiano controlla direttamente la società giapponese e ne riceve gli utili (per la quota distribuita) che questa distribuisce a fine esercizio.

La holding italiana detiene il controllo di una società giapponese (Stato non appartenente alla Unione Europea) e pertanto non può essere applicata la direttiva cd. madre-figlia. Come sostenuto da Sozza (2010, p.167) “i dividendi verranno generalmente assoggettati a una ritenuta sulla base della normativa interna del Paese dove è situata la fonte del reddito ovvero nella misura prevista nei Trattati contro la doppia imposizione sottoscritti dall’Italia”.

In generale è ammesso in deduzione dall’imposta netta dovuta in Italia, l’ammontare pagato a titolo definitivo sui redditi all’estero (comma 1 dell’articolo 165 TUIR). Inoltre, secondo il comma 10 dello stesso articolo, nel caso in cui il reddito estero concorra parzialmente alla formazione del reddito italiano, l’imposta estera va proporzionalmente ridotta.

I dividendi concorrono alla formazione del reddito imponibile per il 5%, quindi il credito d’imposta accordato sarà proporzionale al valore pagato in via definitiva (ritenuta alla fonte realizzata dallo Stato estero), ovvero del 5% dell’utile al netto delle imposte.

L’esempio può essere così sintetizzato:

HOLDING italiana	
Utile percepito dalla controllata	100
Base imponibile (5%)	5
IRES (27,5%)	1,38
Credito d’imposta (10%)	0.5
UTILE NETTO	89,12
CONTROLLATA extra UE (giapponese)	
Utile al netto delle imposte	100
Ritenuta alla fonte	10
UTILE NETTO DISTRIBUITO	90

c) *Dividendi derivanti da paradisi fiscali*

Il comma 4 dell'articolo 47 TUIR, impone che, i dividendi derivanti da società che non sono individuate nella *white list*, concorrano integralmente alla formazione del reddito in Italia¹³⁸.

Tassazione per trasparenza. Secondo il comma 1 dell'articolo 167 TUIR, in ipotesi di interpello sfavorevole ovvero di non dimostrazione dell'effettivo esercizio di attività industriale o commerciale (comma 5 del medesimo articolo), la tassazione viene imputata in proporzione alla partecipazione detenuta. Nel caso contrario la disciplina CFC non viene applicata.

Esempio:

La holding italiana detiene il controllo totale di una società residente in un paradiso fiscale.

Nel caso in cui i dividendi vengano tassati integralmente il beneficio fiscale, derivante da minore tassazione come vigente nello Stato estero, viene perso. Si ottiene:

HOLDING italiana	
Utile percepito dalla controllata	100
Base imponibile (100%)	100
IRES (27,5%)	27,5
UTILE NETTO	72,5
CONTROLLATA paradiso fiscale	
Utile al netto delle imposte	100
UTILE NETTO DISTRIBUITO	100

Secondo le disposizioni del TUIR, nei casi in cui la partecipazione ad una società residente in un paradiso fiscale non sia detenuta al fine di localizzare i redditi (*shifting*) in Paese a minore tassazione e ciò sia comprovato dalla presentazione di interpello¹³⁹ all'Amministrazione, la società beneficia dell'esenzione da tassazione prevista dal comma 2 dell'articolo 89, TUIR.

¹³⁸ Cfr. art. 3 Dividendi provenienti da soggetti residenti in Stati o territori a regime fiscale privilegiato (Senato).

¹³⁹ Cfr. articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, il cd. Statuto del contribuente. Secondo l'articolo 11, tuttavia, la presentazione di interpello deve essere effettuata nei casi in cui "vi siano obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione delle disposizioni stesse".

Qualora la holding italiana riesca ad ottenere interpello favorevole (comma 3, articolo 89 TUIR), la disciplina dell'art. 167 non viene applicata e conseguentemente, si applica l'esenzione disposta dall'articolo 89, comma 2, del TUIR. Da una situazione siffatta si ottiene:

HOLDING italiana	
Utile percepito dalla controllata	100
Base imponibile (5%)	5
IRES (27,5%)	1,38
UTILE NETTO	98,62
CONTROLLATA paradiso fiscale	
Utile al netto delle imposte	100
UTILE NETTO DISTRIBUITO	100

7.5.2 Tassazione dei dividendi in uscita

Le fattispecie in esame si rifanno ad una società italiana (controllata) che distribuisca dividendi ad altra società estera (controllante). Possono sussistere due casi: la erogazione di dividendi a società residente nell'Unione Europea e per converso, la distribuzione dei dividendi a società extraeuropea.

a) *Dividendi erogati a società residente nell'Unione Europea*

La fattispecie in esame contempla che la società italiana distribuisca dividendi alla controllante risiedente in un Paese appartenente all'Unione Europea.

La norma di riferimento è l'articolo 27 della disciplina del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, che detta le regole per le ritenute sui dividendi.

Il comma 3-ter dell'articolo 27 dispone che “la ritenuta è operata a titolo d'imposta e con aliquota dell'1,375 per cento sugli utili corrisposti alle società e agli enti soggetti ad un'imposta sul reddito delle società negli Stati membri dell'Unione europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che sono inclusi nella lista di cui al decreto del Ministero dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi”.

Tuttavia l'articolo 27-bis del decreto citato, permette alla società estera – la società ricevente gli utili – di ottenere il rimborso di quanto versato (ritenuta di cui ai commi 3, 3-bis e 3-ter del medesimo articolo).

Le condizioni necessarie a cui la società controllante estera (ricevente gli utili dalla società controllata italiana) deve sottostare per ottenere il rimborso della ritenuta, sono le seguenti:

- partecipazione diretta al 20% del capitale della società che distribuisce gli utili;
- riveste una delle forme previste dalla cd. direttiva madre-figlia;
- risiede in un Paese membro dell'Unione europea;
- sono assoggettate nello Stato di residenza ad una imposta sul reddito (senza poter fruire di esoneri o opzioni);
- partecipazione ininterrotta per almeno un anno.

Sozzi (2010) presenta tre casi chiarificatori:

1. partecipazione detenuta da un anno e pari al 30%;
2. partecipazione del 30% detenuta da meno di un anno;
3. partecipazione del 15% detenuta da un anno.

Si suppone che la società estera risieda in uno Stato dell'Unione europea.

I tre casi possono essere così semplificati:

Caso	Norma applicabile	Conseguenze fiscali
1) partecipazione detenuta da un anno e pari al 30%	Art. 27-bis D.P.R. 600/1973	Rimborso della ritenuta
2) partecipazione del 30% detenuta da meno di un anno	Comma 3-ter dell'art. 27 D.P.R. 600	Ritenuta 1,375% ¹⁴⁰
3) partecipazione del 15% detenuta da un anno	Comma 3-ter dell'art. 27 D.P.R. 600	Ritenuta 1,375%

Il comma 5 dell'articolo 27-bis, afferma che le disposizioni di cui al comma 1 si applicano alle società localizzate in uno Stato dell'Unione “a condizione che dimostrino di

¹⁴⁰ Cfr. Sozza (2010) per il cd. “*holding period*”: il Ministero sostiene che il periodo di un anno deve essere già trascorso al momento della distribuzione degli utili.

non detenere la partecipazione allo scopo esclusivo o principale di beneficiare del regime in esame”.

Come affermato da Saini, Mandarino (2014, p.15) “la disposizione definisce in modo esplicito a quali condizioni la partecipata residente possa disapplicare la ritenuta ma... non richiede che la società italiana debba verificare e documentare che la partecipante comunitaria non detenga la partecipazione allo scopo esclusivo o principale di beneficiare del regime di esonero”.

Ritengono Saini e Mandarino (2014, p.16) quindi che “la responsabilità del sostituto di imposta non possa che essere confinata ai casi in cui dalla documentazione acquisita ai fini dell’esonero delle ritenute sui dividendi comunitari non risulti in modo chiaro il soddisfacimento dei requisiti previsti dall’art. 27-*bis*, comma 1”. Ne discende che nessuna responsabilità possa essere addossata alla società italiana (“figlia”) qualora dalla documentazione presentata risulti in modo inequivocabile che i requisiti del comma 1 siano rispettati.

Nel modello E relativo alla “Direttiva madre figlia”, l’Agenzia delle Entrate ha previsto che la società “madre” comunitaria debba attestare di essere “l’effettivo beneficiario dei dividendi percepiti e che la stessa società non detiene la partecipazione al solo scopo di beneficiare del regime in questione” (Saini, Mandarino 2014, p.17).

Stringendo sugli obblighi della società “figlia”, è possibile ritenere che la società residente nel territorio dello Stato debba essere esclusa dalla responsabilità per inadempienza verso gli obblighi individuati dal comma 1 dell’articolo 27-*bis*, ma che comunque questa debba effettuare una verifica in merito.

Le novità alla Direttiva madre-figlia

La Direttiva madre-figlia, come sostenuto da Scardino (2015, p.36), “si pone l’obiettivo di eliminare ostacoli di natura fiscale relativi alla distribuzione degli utili tra gruppi di società localizzate in diversi Stati membri”.

Il documento, quindi, dispone l’esenzione da ritenute alla fonte su dividendi ed altre distribuzioni di utili corrisposti dalle società figlie alle proprie società madri ed elimina la doppia imposizione sui redditi a livello di società madre (Scardino 2015, p.36).

Il focus delle disposizioni anti-abuso nella Direttiva in questione è quello di prevenire un utilizzo scorretto delle disposizioni contenute nella normativa e pertanto, non permettere di sfruttare in modo scorretto l'esenzione da ritenute alla fonte sui dividendi (quindi evitare la doppia imposizione). Ciò, in pratica, si traduce nel far evitare che le società controllanti possano istituire piani fiscali di gruppo al solo fine di ridurre il carico fiscale complessivo.

I governi dovranno pertanto astenersi dal concedere i benefici della Direttiva sulle società madri e figlie a un'intesa o una serie di intese, che non sono "autentiche", che sono state poste in essere al solo fine di usufruire di un beneficio fiscale e che dunque non riflettono la realtà economica (Scardino 2015, 37).

Le norme anti-abuso dovranno quindi evitare che le transazioni intercompany ovvero la distribuzione di dividendi tra società del gruppo assegnino i benefici fiscali previsti ove queste operazioni siano poste in essere al solo fine di ridurre la tassazione globale.

Esempio: costruzioni finanziarie ibride

Un esempio di operazione che crea incertezza sulla tassazione, come riportato da Scardino (2015), sono le costruzioni finanziarie ibride. Questi finanziamenti essendo, appunto, ibridi possono infatti essere concepiti, da un lato, come finanziamento e da un lato come equity.

Lo stato può essere così sintetizzato:

FINANZIAMENTI IBRIDI	Classificazione	Conseguenze
Stato membro A (società figlia)	Finanziamento	Interessi deducibili
Stato membro B (società madre)	Equity	Dividendi beneficiano della Direttiva madre-figlia

La normativa anti-abuso prevista dalla nuova Direttiva prevede che lo Stato ove è residente la casa madre (Stato membro B), come riportato da Scardino (2015, p.39) "si astenga dal sottoporre questi utili a imposizione nella misura in cui essi non sono deducibili per la società figlia". In sostanza lo Stato B dovrebbe astenersi dall'applicazione della Direttiva madre-figlia.

b) *Dividendi erogati a società extraeuropee*

Si considera il caso in cui una società residente in Italia distribuisca dividendi ad una società estera. Qualora la società estera non risieda in uno Stato dell'Unione Europea, trova applicazione il comma 3 dell'articolo 27 del D.P.R. 600/1973.

In base al comma 3 dell'articolo 27 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, la ritenuta applicata a titolo d'imposta con aliquota del 27%.

Come evidenziato da Dragonetti, Piacentini e Sfondrini (2014, p.577) per il comma 3 dell'articolo 27 “il soggetto non residente, cui sia applicata la ritenuta del 27% a titolo di imposta, possa richiedere il rimborso per importo fino a $\frac{1}{4}$ della ritenuta stabilita”. Secondo il comma 3 del medesimo articolo, tale richiesta viene accordata se le società non residenti “dimostrino di aver pagato [l'imposta] all'estero in via definitiva sugli stessi utili mediante certificazione del competente ufficio fiscale dello Stato estero”.

7.6 Voluntary disclosure: le novità introdotte dalla Legge 186/2014 e i chiarimenti della Circolare 10/E/2015 in materia di collaborazione volontaria da parte delle imprese

Le norme che disciplinano la procedura di collaborazione volontaria internazionale sono state organizzate secondo una gerarchia che riflette, non soltanto l'esigenza di recuperare al monitoraggio i capitali occultati all'estero, acquisendo al prelievo tutti i maggiori imponibili che gli sono stati sottratti, ma anche di adempiere gli impegni assunti con gli altri Stati nella lotta all'evasione internazionale, specialmente a quella favorita con regimi fiscali privilegiati (Tabellini 2015, p.95).

Della disciplina della *voluntary disclosure* e in particolar modo con riferimento alle recenti modifiche, si analizzerà solamente la parte che si riferisce alle società.

Sono titolati ad usufruire della *voluntary disclosure*, come confermato da Tabellini (2015, p.17) “tutti i soggetti passivi dell'Ires, previsti dall'art. 73 del Tuir, ivi compresi quelli che si presumono residenti nel territorio dello Stato, in forza delle norme dei commi 5-bis, e segg., che abbiano violato uno degli obblighi di dichiarazione previsti”.

A tal proposito, Tabellini (2015, p.17) afferma che una delle maggiori novità riguarda il fatto che potrà profittare dalla disciplina “anche la società estero residente che, esercitando nel

territorio dello Stato attività produttiva di reddito d'impresa, mediante una stabile organizzazione, abbia violato gli obblighi di dichiarazione”.

Come riportato in Tabellini (2015, p.21) la Circolare ministeriale 10/E/2015 afferma che “per aderire alla presente procedura non è necessario che il soggetto interessato sia fiscalmente residente nel territorio dello Stato al momento della presentazione della richiesta di accesso alla procedura, ma è sufficiente che questi fosse fiscalmente residente in Italia in almeno uno dei periodi d'imposta per i quali è attivabile la procedura”.

Per quanto riguarda la determinazione delle residenza della società, trovano applicazione i commi 3, 4, 5, 5-bis, 5-ter, 5-quater dell'articolo 73, TUIR. La nozione di estero vestizione, desumibile dalle norme contenute nei commi 5-bis e 5-quater, è riferita soltanto alle società ed agli enti ed identifica la pratica di intestare la partecipazione di controllo in una società di capitali italiana, oppure in un ente commerciale italiano, entrambi sicuramente riconducibili ad un soggetto fiscalmente residente in Italia, ad una società od ente estero residente, che il soggetto residente possiede, controlla od amministra (Tabellini 2015, p.27).

Sono stati richiamati i commi 5-bis e 5-quater dell'articolo 73, TUIR. In breve, il primo comma presume che una società con residenza all'estero, detenga una partecipazione di controllo al capitale di una società italiana ovvero sia amministrata da società residente nello Stato.

Il comma 5-quater presuppone che la società estero residente abbia investito una parte considerevole del proprio patrimonio in quote di “fondi di investimento immobiliare chiusi di cui all'articolo 37 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”.

Come riportato in Tabellini (2015, p.29), la Legge 31 maggio 1995, n. 218, aggiornata con le disposizioni del D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, stabilisce che “si applica la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale [delle società]”.

In riferimento allo spostamento della sede della società, come esposto in Tabellini (2015, p.30) “gli articoli 49 e 54 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TUFE), in materia di stabilimento, direttamente applicabili..., consentono solo il trasferimento di una sede operativa [e ogni altro tipo di c.d. delocalizzazione] ma non permettono che una società costituisca costituita in base alle norme di uno Stato membro (Italia) trasferisca la sede sociale (principale si intende) ed effettiva e pretenda di operare in

tutto e per tutto in base alle norme dello Stato membro di destinazione se il diritto nazionale dello Stato membro di origine non lo permette o lo sottopone a restrizioni”.

Per quanto riguarda la identificabilità della residenza, è possibile affermare che le disposizioni tributarie nazionali tendono a coincidere con quelle di diritto internazionale privato e che pertanto, la individuazione possa avvenire sulla scorta delle indicazioni del comma 3 dell'articolo 73, TUIR.

Data la coincidenza tra normativa interna e diritto internazionale privato, per la determinazione della sede dell'amministrazione, secondo la Cass. 9 giugno 1988, n. 3910 (si veda Tabellini 2015), la residenza deve essere individuata alternativamente tramite:

- il luogo nel quale risiede l'organo di comando;
- il luogo ove avviene l'attività amministrativa e di direzione;
- il luogo nel quale si svolge l'attività direttiva ed amministrativa.

Per quanto riguarda le attività ascrivibili al quadro RW, la C.M. 10/E/2015 (si veda Tabellini 2015, p.41), precisa che la compilazione è necessaria quando “sussista una capacità produttiva di reddito meramente potenziale e quindi eventuale e lontana nel tempo derivante dall'alienazione, dall'utilizzo nonché dallo sfruttamento del bene, anche senza organizzazione di impresa”.

Con particolare riguardo ai beni immateriali, tanto la C.M. 10/E/2013 quanto la C.M. 10/E/2015, non fanno riferimento esplicito agli intangibles, nonostante, come confermato da Tabellini (2015) questi beni rivestano una singolare importanza nella vita aziendale.

Ad avvalorare questa affermazione, la C.M. 38/E/2013 (in Tabellini 2015, p.42) afferma “per le altre attività patrimoniali detenute all'estero, diverse dagli immobili, per le quali non è dovuta l'Ivie, il contribuente deve indicare il costo di acquisto, risultante dalla relativa documentazione probatoria, ovvero il valore di mercato all'inizio di ciascun periodo d'imposta (ovvero al primo giorno di detenzione) e al termine dello stesso (ovvero al termine di detenzione dello stesso)”.

Le conseguenze della emersione sono ricavabili da quanto affermato dal direttore dell'Agenzia delle Entrate (in Tabellini 2015, p.99): il contribuente è chiamato al “pagamento integrale di tutte le imposte evase unitariamente alle sanzioni ad esse collegate e alle sanzioni relative alle eventuali violazioni degli obblighi sul monitoraggio fiscale, come determinate dell'Amministrazione finanziaria”.

Semplificando, le sanzioni possono essere così dettagliate (si veda Tabellini 2015):

A. Violazioni relative alla sola emersione internazionale:

a. Mancata/incompleta redazione/comunicazione del quadro RW:

- i. Sanzione pecuniaria compresa in un range tra il 3% e il 15% dei valori non dichiarati;
- ii. Sanzione pecuniaria *sub* i. raddoppiata se attività collocate in paradisi fiscali.

b. Mancata/incompleta denuncia dei redditi esteri:

- i. Dal 100% al 200% della maggiore imposta dovuta per le singole imposte e aumentata di 1/3 per i redditi prodotti all'estero;
- ii. Sanzione al *sub* i. raddoppiata se le attività sono tenute nei paradisi fiscali.

c. Infedele dichiarazione dei redditi di fonte estera: reclusione da 1 a 3 anni.

B. Violazioni relative alle emersioni internazionali e/o nazionali:

i. Sanzioni penali applicabili previste dal D.Lgs. 74/2000:

- i. Art. 2 (Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti): da 1 anno e 6 mesi a 6 anni;
- ii. Art. 3 (Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici): da 1 anno e 6 mesi a 6 anni;
- iii. Art. 4 (Dichiarazione infedele): da 1 a 3 anni;
- iv. Art. 5 (Omessa dichiarazione): da 1 a 3 anni;
- v. Art. 10 (Omesso versamento IVA): da 6 mesi a 5 anni;

ii. Sanzioni penali: 648-*bis* e 648-*ter* del Codice Penale.

Sono previste riduzioni delle sanzioni:

A. Attività collocate nei Paesi inclusi nella white list: riduzione della metà della sanzione minima editabile (quindi pari all'1,50%); riduzione di un terzo se il pagamento avviene entro 60 giorni dalla notifica dell'atto (quindi pari allo 0,5%);

B. Attività collocate nei Paesi inclusi nella black list: qualora il Paese estero abbia stipulato con l'Italia (entro il 2 marzo 2015) accordi che consentano un effettivo scambio informativo, hanno diritto alla riduzione al 3% dell'ammontare degli imponibili non dichiarati. Qualora il pagamento avvenga entro 60 giorni dalla notifica dell'atto, la sanzione scende all'1%.

CONCLUSIONI

La stesura della tesi è avvenuta nel rispetto della normativa vigente e della recente letteratura; sono stati approfonditi gli aspetti ritenuti rilevanti e di congiunzione tra l'ampia disciplina e i casi concreti che trattano i beni immateriali.

Si è cercato di proporre esempi mirati a definire gli aspetti rilevanti della categoria in un'ottica di Transfer Pricing e business restructuring. L'obiettivo è stato conseguito attraverso la definizione della disciplina, ed in particolare, nella prospettiva delle transazioni coinvolgenti gli intangibles.

Per concludere, alla luce di quanto esposto, è possibile asserire che, in un contesto economico e sociale in piena evoluzione, il ruolo di tali beni nella gestione economica e fiscale dei gruppi multinazionali è assolutamente decisivo per muovere le società in un ambiente altamente competitivo e realizzare così degli adeguati profitti.

BIBLIOGRAFIA

- AGENZIA DELLE ENTRATE, 2007. *Quadro RM - redditi soggetti a tassazione separata e ad imposta sostitutiva* [online]. Disponibile su http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/Nsi/Strumenti/Modelli/Modulistica/AP/Modelli+di+dichiarazione/2007/Unico+PF+2007/Fascicolo_2/1_Istruzioni_per_la_compilazione_dei_quadri_aggiuntivi_al_modello_baseXX/3_Quadro_RM_Redditi_soggetti_a_tassazione_separata_e_ad_imposta_sostitutiva.html [23/06/2015]
- AGENZIA DELLE ENTRATE. Imposte sui redditi (Irpef, Ires). Disponibile su <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Versare/Imposte+sui+redditi/Scheda+Informativa+imposte+sui+redditi/> [07/05/2015]
- AGUIARA, A., 2012. La fiscalità internazionale [online] *Italia Oggi*. Disponibile su http://www.italiaoggi.it/news/dettaglio_news.asp?id=201211191416192790&chkAgenzie=ITALIAOGGI&sez=notfound&testo=ricorso&titolo=La%20fiscalit%C3%A0%20internazionale [03/06/2015]
- ALONZO, P., COMMITTERI, G.M., PALLARIA, G., SCIFONI, G., 2013. *Transfer pricing e paradisi fiscali*. Seconda edizione. Milano: Ipoa Gruppo Wolters Kluwer Italia .
- BEGHIN, M., 2014. *Il reddito d'impresa*. Prima edizione. Torino: G. Giappichelli Editore.
- CARBONE, M., BOSCO, M., PATESE, L., 2014. *La geografia dei paradisi fiscali*. Prima edizione. Milano: IPSOA Gruppo Wolters Kluwer Italia.
- Circolare Ministeriale 22/09/1980, n. 32.
- COMPAGNO, C., 2003. *Piccole imprese in transazione*. Torino: Utet Diffusione.
- COSTA, G., GUBITTA, P., 2004. *Organizzazione aziendale*. Milano: McGraw-Hill.
- DI BON PELLICCIOLLI, F., 2015. Importazione di beni e “royalties” in Europa e India. *Fiscalità e commercio internazionale*, 2 (Febbraio), 47-57.
- DI MEO, A., 2015. Strumenti di tutela del rischio di credito. *Fiscalità e commercio internazionale*, 2 (Febbraio), 39-46.
- Dlgs. 10 marzo 2000, n.74

- DRAGONETTI, A., PIACENTINI, V., SFONDRINI, A., a cura di., 2014. *Manuale di fiscalità internazionale*. Sesta edizione. Milano: Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer Italia.
- EICKE, R., 2009. *Tax planning with holding companies – repatriation of US profits from Europe*. Volume 22. Netherlands: Kluwer Law International BV.
- FALSITTA, G., 2014. *Corso istituzionale di diritto tributario*. Quinta edizione riveduta. Padova: CEDAM Wolters Kluwer Italia.
- FERRONI, B., MAYR S., SANTACROCE, B., 2014. *Valore in dogana e transfer pricing*. Milano: Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer Italia.
- FINNERTY, C.J., MERKS, P., PETRICCIONE, M., RUSSO, R., 2007. *Fundamentals of international tax planning*. Amsterdam Netherlands: IBFD Publications BV.
- FURLAN, A., GALVAGNO, P., 2014. Nuove tecniche di accertamento della stabile organizzazione occulta e dell'esterovestizione. *Fiscalità e commercio internazionale*, 2 (Febbraio), 5-11.
- GABAGNATI, R., PALUMBO, G., 2010. Il consolidato mondiale. *Fiscalitax*, 3 (Marzo), 381-385.
- GABARDINO, C., ZOCCALI, A., 2015. OCSE – Prezzi di trasferimento infragrupo: il documento “BEPS, Action 13”. *Fiscalità e commercio internazionale*, 4 (Aprile), 19-26.
- GRANT, R.M., 2006. *L'analisi strategica per le decisioni aziendali*. Terza edizione. Bologna: il Mulino.
- INTERNATIONAL FINANCIAL REPORTING STANDARD. IFRS 3 - Aggregazioni aziendali. Disponibile su http://www.revisorionline.it/IAS_IFRS/IFRS_3.htm [05/05/2015]
- IORI, M., a cura di., *Bilancio 2015, I nuovi principi OIC e le novità fiscali. Immobilizzazioni immateriali svalutazioni*. Volume 1. Milano: Il Sole 24 Ore.
- LAZZARINI, G., 2010. Prima edizione. *L'asset intangibile dell'azienda*. Milano: Il Sole 24 Ore.
- MALERBA, F., 2012. *Economia dell'innovazione*. Roma: Carocci editore.

- MUSSELLI, A., MUSSELLI A.C., 2009. *Transfer pricing*. Sesta edizione aggiornata. Milano: Il Sole 24 Ore.
- OECD, 2010a. *Review of Comparability and of Profit Methods: Revision of Chapter I-III of the Transfer Pricing Guidelines*. OECD Publishing.
- OECD, 2010b. *Report on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*. OECD Publishing.
- OECD, 2011. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>
- OECD, 2013. *Declaration on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing.
- OECD, 2014. *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing.
- OECD, 2015. *BEPS action 8: hard-to-value intangibles*. OECD Publishing.
- ONIDA, P., 1954. *L'azienda*. Milano: Giuffrè.
- ORGANISMO ITALIANO DI CONTABILITA', 2015. *OIC 24 Immobilizzazioni immateriali*.
- PISANI, M., 2010. L'effettivo interesse economico nella disciplina dei costi da paradisi fiscali. *Fiscalitax*, 3 (Marzo), 372-376.
- PONTANI, F., SESANA, T.L., 2011. *Le determinazioni quantitative e le rilevazioni contabili per la redazione del bilancio di esercizio*. Tomo II. Terza edizione. Milano: EDUCatt.
- PORTER, M.E., 2011. *Il vantaggio competitivo*. Torino: Giulio Einaudi Editore.
- PRESTI, G., RESCIGNO, M., 2013. Sesta edizione. *Corso di diritto commerciale*. Bologna: Zanichelli Editore.
- SAINI, A., MANDARINO, P., 2014. Dividendi UE: la responsabilità della “figlia” nella disposizione antielusiva nazionale. *Fiscalità e commercio internazionale*, 6 (Giugno), 10-17.
- SASPI – CROWE HORWATH, 2015. Costi black list: dall'ineducibilità alla deducibilità totale [online]. IPSOA. Disponibile su <http://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalita->

[internazionale/quotidiano/2015/06/19/costi-black-list-dall-indeducibilita-alla-deducibilita-totale](#) [19/06/2015].

SCARDINO, C., 2015. Clausola anti-abuso nella Direttiva sulle società madri e figlie. *Fiscalità e commercio internazionale*, 4 (Aprile), 36-39.

SENATO DELLA REPUBBLICA, XVII LEGISLATURA, 2015. *Schema di decreto legislativo recante misure per la crescita e la internazionalizzazione delle imprese (Atto del Governo n. 161)*. Disponibile su http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/925273/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione8-h3_h33 [22/06/2015].

SOZZA, G., 2010. *La fiscalità internazionale*. Milano: Edizioni FAG Milano.

TABELLINI, P.M., 2015. *Voluntary disclosure*. Milano: Il Sole 24 Ore.

VALENTE, P., 2014. *Elusione fiscale internazionale*. Prima edizione. Milano: Gruppo Wolters Kluwer Italia.

VALENTE, P., ALAGNA, C., 2014. “Black lists” e “white lists”: gli effetti sui rapporti economici tra i Paesi interessati. *Fiscalità e commercio internazionale*, 7 (Luglio), 36-43.

VALENTE, P., FUSA, E., GHISELLI, F., TRON, A., 2014. *Marchi, brevetti e know-how. Gestione internazionale degli intangibili*. Milano: IPSOA Wolters Kluwer Italia.

VALENTE, P., RIZZARDI, R., 2014. *Delocalizzazione migrazione societaria e trasferimento sede*. Milano: IPSOA Wolters Kluwer Italia.