



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale
in Amministrazione, Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

Evoluzione della disciplina sul transfer pricing e impatto del Covid-19

Relatore

Ch. Prof. Antonio Viotto

Correlatore

Ch. Prof. Loris Tosi

Laureando

Alessandro Bertuola

Matricola 879949

Anno Accademico

2020 / 2021

INDICE

PREMESSE.....	5
CAPITOLO 1: L'ISTITUTO DEL TRANSFER PRICING	10
1.1 Introduzione alla disciplina sui prezzi di trasferimento.....	10
1.2 Il percorso di recepimento delle indicazioni OCSE	16
1.2.1 L'evoluzione della disciplina dal punto di vista internazionale	16
1.2.2 Il percorso nazionale in materia di transfer pricing.....	24
1.2.3 Sviluppi recenti della disciplina interna.....	31
1.3 Il Provvedimento del 23 novembre 2020 dell'Agenzia delle Entrate.....	42
1.3.1 Contenuto e predisposizione del nuovo set documentale.....	42
1.3.2 Modalità di comunicazione e consegna della documentazione	46
CAPITOLO 2: GLI INTANGIBILI, MODALITÀ DI VALUTAZIONE E RELATIVE CRITICITÀ	51
2.1 Evoluzioni normative sul tema degli intangibili.....	51
2.1.1 Le prime disposizioni relative alle risorse immateriali	51
2.1.2 Schemi di pianificazione fiscale aggressiva	53
2.1.3 Gestione degli intangibili post progetto BEPS.....	58
2.2 Il caso Apple Ireland vs Commissione UE	64
2.2.1 Analisi della struttura del gruppo Apple e degli accordi con il Fisco irlandese	64
2.2.2 Le criticità evidenziate dalla Commissione UE	69
2.2.3 La sentenza del Tribunale UE: le cause T-778/16 e 892/16	74
2.3 Definizione e tipologie di intangibili secondo l'OCSE	78
2.3.1 Analisi delle caratteristiche dei beni immateriali	78
2.3.2 Tipologie di beni immateriali.....	81
2.3.3 Hard-to-value intangibles (HTVI).....	85
2.4 Delineazione delle transazioni che coinvolgono i beni immateriali.....	87

2.4.1 L'analisi DEMPE	87
2.4.2 Trasferimenti di beni immateriali.....	91
2.5 Valutazione e pricing degli scambi di beni immateriali.....	93
2.5.1 I metodi di valutazione	93
2.5.2 Il metodo del confronto di prezzo	95
2.5.3 Il metodo di ripartizione dell'utile (Profit Split Method).....	97
2.5.4 Le tecniche di valutazione	105
CAPITOLO 3: OPERAZIONI FINANZIARIE E TRANSFER PRICING	112
3.1 Profili normativi delle transazioni finanziarie.....	112
3.1.1 Meccanismi elusivi delle transazioni finanziarie e disposizioni comunitarie	112
3.1.2 Il trattamento degli interessi passivi nell'ordinamento italiano	120
3.1.3 Finanziamenti infragruppo e transfer pricing.....	124
3.1.4 Il dibattito sull'infruttuosità dei finanziamenti infragruppo.....	127
3.2 Il nuovo Report OCSE sulle transazioni finanziarie.....	133
3.2.1 Delineazione delle transazioni finanziarie.....	133
3.2.2 Analisi del merito creditizio e ruolo del credit rating.....	139
3.3 Pricing delle transazioni finanziarie	145
3.3.1 Finanziamenti infragruppo	145
3.3.2 Accordi di cash pooling.....	148
3.3.3 Garanzie infragruppo.....	151
CAPITOLO 4: GLI EFFETTI DELLA PANDEMIA DA COVID-19.....	153
4.1 Impatto del COVID-19 sulla fiscalità internazionale.....	153
4.1.1 Gli interventi delle istituzioni per contenere la crisi	153
4.1.2 Transfer pricing e ristrutturazioni aziendali	156
4.1.3 Covid-19 e finanziamenti infragruppo.....	159
4.1.4 Compensating adjustments di fine anno.....	161
4.2 Linee Guida OCSE: impatto del COVID sul transfer pricing	165
4.2.1 Analisi di comparabilità	165

4.2.2 Perdite e allocazione dei costi nei gruppi multinazionali	168
4.2.3 Gestione degli Advanced Pricing Agreement	171
CONCLUSIONI	175
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	179
Dottrina.....	179
Normativa	200
Giurisprudenza	201
Prassi.....	206
Sitografia.....	207

Premesse

L'obiettivo del presente elaborato è quello di offrire una disamina sull'evoluzione della disciplina del transfer pricing a seguito delle recenti modifiche normative e delle conseguenze derivanti dalla pandemia da Covid-19 che ha avuto pesanti ripercussioni sul contesto macroeconomico. Il transfer pricing è il processo attraverso il quale, all'interno di un gruppo multinazionale, si determina il prezzo di libera concorrenza delle operazioni transnazionali compiute tra imprese associate. Tale fattispecie si presta a logiche di pianificazione fiscale come conseguenza della possibilità di distribuire i profitti tra imprese appartenenti allo stesso gruppo ma localizzate in Paesi a diverso regime impositivo. La pianificazione fiscale (*tax planning*) si compone di una serie di scelte strategiche attuate dal management di un gruppo per ottimizzare, in modo legittimo, il carico fiscale (*tax burden*) e creare maggior valore per la proprietà. A tal riguardo il transfer pricing è un tema che ha assunto un'importanza crescente negli ultimi anni, anche in virtù della globalizzazione e dell'aumento degli scambi con l'estero, dato che in assenza di un elevato grado di mobilità dei fattori produttivi e dei flussi transnazionali, non si verificherebbero fenomeni di concorrenza fiscale tra le varie giurisdizioni. Va sottolineato che il concetto di "elevata mobilità" fa riferimento soprattutto alle risorse finanziarie ed intangibili le quali, data la loro natura sostanzialmente immateriale, sono più complesse da monitorare durante una transazione. Al contrario, i fattori produttivi materiali (capitale umano, macchinari, materie prime, prodotti finiti) si spostano più lentamente e sono più facilmente tracciabili.

Questo tipo di scenario, in costante evoluzione, ha spinto l'Organizzazione per lo Sviluppo e la Cooperazione Economica (OCSE), nonché le amministrazioni fiscali dei vari Paesi, a promuovere negli ultimi decenni l'implementazione di prassi e di codici di condotta uniformi, volti a contrastare le pratiche di elusione fiscale che possono scaturire dalla manipolazione aggressiva dei prezzi fissati per le transazioni infragruppo. L'obiettivo è altresì quello di facilitare la collaborazione tra

amministrazioni finanziarie e imprese allo scopo di risolvere, o prevenire attraverso la stipula degli *Advanced Pricing Agreements* (APA), eventuali controversie di natura fiscale in tempi e a costi ridotti. Le politiche fiscali interne sono mutate in considerazione di questi aspetti, passando da una visione limitata figlia di esigenze strettamente nazionali, ad una visione globale che fosse in linea con l'evoluzione dei mercati e l'insieme di variabili che caratterizzano il diritto tributario internazionale.

Il primo documento dell'OCSE dedicato alla materia del transfer pricing risale al 1979. Al suo interno sono contenuti alcuni principi di base per la determinazione dei prezzi relativi agli scambi tra imprese associate. I primi cenni alla predisposizione di una documentazione dedicata ai rapporti e alle operazioni infragruppo transnazionali sono rinvenibili nelle *OECD Guidelines* del 1995. Si sono poi succedute una serie di modifiche ed integrazioni che nel corso degli anni hanno permesso di definire uno standard di documenti che potesse soddisfare le esigenze delle amministrazioni fiscali, in sede di controllo, al momento dell'esibizione da parte dei contribuenti del set documentale. Nell'ordinamento italiano, la disciplina del transfer pricing è contenuta al comma 7 dell'art. 110 del D.P.R. 917/1986. Va evidenziato che le prime indicazioni normative nazionali nell'ambito dei prezzi di trasferimento risalgono ai decreti delegati del 1973¹. Il percorso di adeguamento della normativa italiana alle indicazioni dell'OCSE, tema che verrà trattato nel primo capitolo, inizia nel 1980 con la Circolare n. 32 del Ministero delle Finanze, volta a recepire i criteri per la delineazione delle transazioni infragruppo pubblicati nel 1979.

In questa sede verranno analizzate le novità sui contenuti del set di oneri documentali in capo alle società residenti, appartenenti a gruppi multinazionali, che aderiscono al regime di predisposizione della documentazione relativa ai prezzi di trasferimento. A riguardo, come si avrà modo di approfondire nel seguito dell'elaborato, è prevista la stesura di un Masterfile che fornisca una rappresentazione del gruppo nel suo complesso, e di una Documentazione Nazionale (o *Country Specific*) per ogni singola

¹ All'interno del D.P.R. 597/1973, all'art. 53 c. 5 e all'art. 56, veniva stabilito che ricavi e costi originati da operazioni con società collegate non residenti dovessero essere conformi al valore normale.

società. A questi due documenti, la cui stesura rappresenta una facoltà nel nostro Paese, si aggiunge l'obbligo di redazione del *Country by Country Report* (CbCR) per le holding dei gruppi multinazionali che realizzano un fatturato consolidato superiore a 750 milioni di euro. L'integrazione più recente in questo ambito è rappresentata dal Provvedimento n. 360494 pubblicato dall'Agenzia delle Entrate il 23 novembre 2020.

Nel primo capitolo del presente testo, dopo aver tracciato il percorso della normativa e della prassi sui prezzi di trasferimento, verranno esaminate le principali novità introdotte in Italia, analizzando i punti di discontinuità rispetto al passato. Il nuovo Provvedimento pone maggiore attenzione alle tematiche relative alla gestione dei beni immateriali nei gruppi multinazionali e prevede una più approfondita delineazione delle transazioni finanziarie. Nei capitoli successivi verranno pertanto approfonditi questi temi, partendo dalle disposizioni relative agli *intangibles*. All'interno dell'attuale versione del Masterfile, è presente un capitolo dedicato unicamente a questo argomento per il quale, rispetto alla precedente versione, sono richieste informazioni più dettagliate. Verrà analizzata l'evoluzione nella gestione di tali asset all'interno dei gruppi multinazionali. Si procederà poi alla descrizione della tipologia di intangibili secondo le Linee Guida OCSE e dei passaggi per la delineazione delle transazioni che hanno ad oggetto il trasferimento di questi beni o dei relativi diritti, per poi focalizzarsi sui metodi di pricing collegati a tali operazioni.

Allo stesso tempo, una maggiore rilevanza all'interno dei nuovi documenti di transfer pricing è prevista anche per le transazioni finanziarie tra imprese associate, che saranno oggetto di analisi nel terzo capitolo. Nel febbraio 2020 l'OCSE ha pubblicato il report "*transfer pricing guidance on financial transactions*" allo scopo di chiarire i principi da seguire per la corretta delineazione delle operazioni finanziarie *intercompany*. Verranno quindi affrontate le tematiche legate alla gestione della tesoreria di gruppo, il *cash pooling*, i prestiti infragruppo, le coperture e le garanzie finanziarie. Oltre a ciò, verrà inclusa una disamina relativa alla determinazione dei tassi d'interesse unitamente al ruolo del merito creditizio (*credit rating*) nell'ambito delle analisi di comparabilità.

Nel quarto ed ultimo capitolo verrà analizzato l'impatto della pandemia da Covid-19 sulle operazioni infragruppo transnazionali e sulle analisi di transfer pricing. I singoli mercati di riferimento hanno subito contrazioni negative, causando gravi difficoltà per le attività delle imprese con ripercussioni dirette anche sulla gestione dei rapporti infragruppo. Le analisi che verranno condotte per il periodo d'imposta 2020 dovranno dettagliare gli effetti sul settore di appartenenza del gruppo multinazionale dovuti alla crisi globale. È necessario perciò definire a priori le contromosse da adottare per ridefinire gli accordi *intercompany* ed effettuare delle analisi di comparabilità che considerino gli effetti sui risultati economici e sui principali indicatori di performance.

Riassumendo, la stesura dell'elaborato prende spunto dalla pubblicazione del nuovo Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate che riformula gran parte della struttura della documentazione dei prezzi di trasferimento. Sono stati rimossi alcuni capitoli di importanza secondaria rispetto alle verifiche di natura prettamente fiscale, soffermandosi su fattispecie più delicate in ambito di erosione e spostamento della base imponibile, come la gestione degli *intangibles* e dei finanziamenti. Relativamente a questi argomenti, sulla base delle precedenti disposizioni, erano richieste descrizioni generali, mentre ora sono previsti esclusivi capitoli e sotto capitoli, allo scopo di ottenere informazioni più specifiche ed esaurienti. L'allineamento della disciplina nazionale avviene in un periodo in cui le imprese sono state duramente colpite dalla pandemia e di conseguenza i documenti inerenti al periodo d'imposta in corso al momento della pubblicazione del Provvedimento (a partire dal quale le disposizioni devono essere applicate), dovranno implementare anche questi aspetti.

In uno scenario di questo tipo, la revisione delle analisi delle politiche di transfer pricing, può rappresentare un'opportunità per individuare alcune soluzioni alla situazione di crisi. Una più accurata definizione dei rapporti *intercompany* ne consente una migliore amministrazione, e permette di valutare la possibilità di effettuare o dismettere investimenti all'estero che potrebbero permettere alle aziende di contenere gli effetti negativi subiti negli ultimi mesi. È bene, per l'appunto, sottolineare che la disciplina del transfer pricing emerge, in ambito tributario, come

strumento di controllo per gli organi preposti alle verifiche fiscali, ma rappresenta allo stesso tempo un valido supporto alle aziende per una gestione efficace ed efficiente delle relazioni transnazionali, in un'ottica di creazione di valore sostenibile per l'intero gruppo. Il transfer pricing consente una valutazione delle variabili strategiche dell'impresa e permette agli amministratori di assumere le decisioni migliori per il proprio *business* e di valutare adeguatamente le performance delle varie unità del gruppo. L'attenzione degli organi di controllo aumenta nei casi in cui tali scelte strategiche siano frutto di logiche sottese alla ricerca del risparmio d'imposta e di effetti distorsivi generati dalla volontà di manipolare i prezzi di trasferimento. La variabile fiscale nel transfer pricing è pertanto una conseguenza di valutazioni imprenditoriali di carattere più ampio, e riveste un ruolo chiave nell'evitare che si possano verificare transazioni che si discostano dalle condizioni di libera concorrenza, sottraendo materia imponibile agli Stati e alterando gli equilibri economici dei mercati. Alla luce di queste considerazioni, le decisioni del management di un gruppo multinazionale possono essere ottimizzate grazie a corrette politiche sui prezzi di trasferimento, in grado di sostenere gli obiettivi strategici del gruppo nel rispetto del quadro normativo fiscale nazionale ed internazionale.

Capitolo 1: L'istituto del transfer pricing

1.1 Introduzione alla disciplina sui prezzi di trasferimento

L'istituto del transfer pricing mira a regolamentare, sotto il profilo fiscale, i rapporti di natura commerciale posti in essere tra imprese associate appartenenti allo stesso gruppo multinazionale ma residenti in diverse giurisdizioni fiscali; lo scopo è quello di monitorare le transazioni *intercompany* affinché queste avvengano nel rispetto del principio di libera concorrenza (*arm's length principle*)². L'attenzione rivolta ai rapporti interni ai gruppi multinazionali nasce dalla constatazione che i corrispettivi stabiliti tra parti correlate possono differire, anche in modo sostanziale, rispetto alle condizioni pattuite tra imprese indipendenti sul mercato, in virtù della ricerca del massimo valore per la proprietà, nella prospettiva unitaria del gruppo. In tal senso il prezzo pattuito per lo scambio di beni o la fornitura di servizi tra due soggetti collegati non contempla la ricerca di un compromesso tra interessi divergenti e contrapposti, e potrebbe basarsi sulla volontà di minimizzare il carico fiscale in capo ad uno dei soggetti coinvolti, anziché sulla ricerca della convenienza economica³. Il legislatore italiano, al comma 7 dell'art. 110, TUIR, prevede che la disciplina sia applicata con riferimento ai "componenti di reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato" che sono legate, sulla base di specifici vincoli, all'impresa residente⁴. Con l'espressione "componenti di reddito" non vengono individuati solamente costi e ricavi, ma anche plusvalenze, minusvalenze, canoni, interessi, ecc.⁵. Va sottolineato che la normativa del transfer pricing non incide sui valori contabili dei prezzi pattuiti

² LORCET F., *La disciplina del transfer pricing*, in VIOTTO A. (a cura di), *La disciplina del reddito delle società di capitali*, Torino, 2018, p. 42.

³ NAVARRINI F., *Il trattamento delle singole categorie reddituali nel modello OCSE*, in CORDEIRO GUERRA R. (a cura di), *Diritto tributario internazionale – Istituzioni*, Padova, 2016, p. 447.

⁴ Si tornerà successivamente sulla fattispecie prevista per l'applicazione della disciplina per quanto concerne la nozione di controllo.

⁵ In merito alle criticità relative agli interessi all'interno della disciplina dei prezzi di trasferimento, cfr. il terzo capitolo del presente elaborato dedicato ai finanziamenti infragruppo.

infragruppo, ma consente all'Amministrazione finanziaria di rettificare il componente economico ai fini fiscali, qualora questo si discosti dal valore conforme al principio di libera concorrenza, ossia il prezzo che sarebbe stato pattuito tra parti indipendenti⁶. Tuttavia, mentre la rettifica dell'imponibile in aumento opera in via automatica e non è vincolata a particolari accordi tra contribuente e Fisco, dovendo quest'ultimo "solamente" dimostrare la non conformità della transazione alle condizioni di libero mercato, per quanto riguarda le rettifiche in diminuzione il contribuente deve ricorrere alle modalità e alle condizioni previste all'art. 31-quater del D.P.R. 600/1973⁷.

La manipolazione dei prezzi per l'impresa residente può quindi avvenire sostanzialmente in due modi:

- Stabilendo un prezzo di vendita più basso nei confronti della consociata, in modo tale da ridurre i ricavi assoggettati a imposizione nel Paese di residenza;
- Acquistando a prezzi più alti rispetto a quelli di mercato, in modo tale da aumentare i costi e ridurre la base imponibile.

Generalmente l'impresa residente che è soggetta a tassazione ordinaria, utilizzando queste tecniche, riesce a collocare una maggior quota dell'imponibile di gruppo in un Paese a fiscalità ridotta o privilegiata. Un tale risparmio d'imposta però rappresenta una forma di elusione fiscale, ostacolando la normale competitività dei mercati internazionali⁸. Allo stesso tempo, lo spostamento di imponibile potrebbe avvenire anche in direzione opposta e a favore di una società residente in un Paese a tassazione

⁶ L'eventuale intervento dell'Amministrazione finanziaria, per ristabilire la corretta base imponibile del contribuente, è giustificato e in linea rispetto a quanto previsto a livello internazionale, con riferimento all'art 9 del Modello di Convenzione OCSE, che consente alle amministrazioni locali di intervenire ogni qual volta vengano ravvisate transazioni fra imprese associate a condizioni "non di mercato"; la medesima possibilità di intervento è stabilita al paragrafo 1.3 della più recente versione delle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento, che riporta quanto segue: *"gli utili delle imprese associate possono essere rettificati nella misura necessaria a correggere tali distorsioni e ad assicurare che il principio di libera concorrenza sia soddisfatto"*.

⁷ La previsione del legislatore comporta un'asimmetria per quanto concerne le rettifiche dell'imponibile in aumento e in diminuzione, sbilanciata a sfavore del contribuente. Si tornerà sulle disposizioni previste dall'art. 31-quater del D.P.R. 600/1973 nel prosieguo dell'elaborato.

⁸ MAISTO G., *Il transfer price nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova, 1985, pp. 48- 49.

ordinaria, che potrebbe ad esempio vantare elevati crediti d'imposta derivanti da perdite pregresse⁹. Ne consegue, interpretando in modo letterale la norma, che la disciplina del transfer pricing sia da applicare in qualsiasi caso in cui si verifichi uno spostamento di imponibile in sé per sé considerato, non giustificato dai valori di mercato e indipendentemente dal fatto che un'impresa ne possa beneficiare in termini di risparmio d'imposta. Su tale punto esistono due orientamenti in merito all'interpretazione delle disposizioni legislative in materia, le quali possono essere considerate delle norme a carattere antielusivo ovvero delle norme funzionali a ripartire correttamente la potestà impositiva tra Stati, con conseguenze in merito all'assunzione dell'onere della prova tra Fisco e contribuente¹⁰.

Da un lato, parte della dottrina¹¹ e della giurisprudenza¹² è portata a ritenere che la disciplina sul transfer pricing abbia una finalità antielusiva, attribuendo di conseguenza all'Amministrazione finanziaria l'onere di provare l'esistenza di un effettivo risparmio d'imposta, di cui può usufruire il contribuente, per mezzo dell'alterazione dei prezzi infragruppo. Dall'altro lato, ci si sofferma invece sulla natura sostanziale della norma di cui all'art. 110 comma 7, tramite un'interpretazione letterale della stessa, propendendo per la tesi secondo la quale il Fisco non dovrebbe dimostrare la natura elusiva delle operazioni realizzate dal contribuente, potendo intervenire con riprese fiscali nella circostanza in cui sia unicamente provata l'esistenza di prezzi non conformi ai valori di mercato¹³. Nelle pronunce più recenti, la Corte di Cassazione ha ribadito la

⁹ NAVARRINI F., *op.cit.*, p. 447.

¹⁰ Cfr. MARCHESELLI A., *Onere della prova e diritto tributario: una catena di errori pericolosi e un case study in materia di transfer pricing*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2020.

¹¹ Cfr. NAVARRINI F., *op. cit.*, p. 447, UCKMAR V., *Diritto tributario internazionale – Manuale*, Padova, 2012, p. 323, TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Padova, 2018, p. 155, PISTONE P., *Diritto tributario internazionale*, Torino, 2019, p. 155.

¹² Vedi Corte di Cassazione, sentenza 13/10/2006 n. 22023, sent. 16/05/2007 n. 11226, sent. 13/07/2012 n. 11949, sent. 27/02/2013 n. 4927, sent. 19/12/2014 n. 27087, sent. 17/07/2015 n. 15005, C.T.P. di Milano, sentenza 03/11/2017 n. 8301.

¹³ In tal senso vedi Corte di Cassazione, sentenza 08/05/2013 n. 10739, sent. 18/09/2015 n. 18392, sent. 16/04/2016 n. 7493, sent. 06/09/2017 n. 20805, sent. 15/09/2017 n. 21410, sent. 19/04/2018 n. 9673 e sent. 07/11/2018 n. 28335, oltre a C.T.R. del Piemonte sentenza 14/04/2010 n. 25; cfr. anche DELLA VALLE E., *Il fisco non deve provare l'elusione nel transfer pricing*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 10/2013, p. 772 e

propria posizione avversa ad un'interpretazione della disciplina in senso antielusivo stabilendo che *“in tema di imposte sui redditi d'impresa, l'art. 110, comma 7 del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917 non integra una disciplina antielusiva, in senso proprio, perché non prevede che l'Amministrazione finanziaria debba provare il presupposto della maggiore fiscalità nazionale ed è, perciò, applicabile anche in difetto di prova del conseguimento di un concreto vantaggio fiscale da parte del contribuente”*¹⁴; pertanto il solo onere che grava sul Fisco sarebbe quello di provare l'esistenza di operazioni infragruppo avvenute ad un prezzo diverso da quello conforme al principio di libera concorrenza¹⁵. L'orientamento dell'OCSE sul punto non è chiaro, considerando le finalità di contrasto all'elusione fiscale del progetto BEPS (che verrà approfondito nel prosieguo dell'elaborato) il quale dedica ampio spazio alla disciplina del transfer pricing, anche se nella formulazione delle Linee Guida, nel capitolo dedicato alla definizione del principio di libera concorrenza, non vi è un richiamo esplicito all'intento antielusivo della disciplina, quanto invece alla necessità di stabilire la corretta ripartizione delle basi imponibili tra i diversi Stati¹⁶.

Oltre a queste considerazioni è importante sottolineare che le transazioni oggetto della disciplina sono quelle relative a transazioni commerciali o finanziarie che si presuppongono effettivamente realizzate, non essendo contemplate operazioni fittizie

ss., AVOLIO D., D'AGOSTINO G., SANTACROCE B., *La cassazione “corregge il tiro” sull'onere della prova in materia di prezzi di trasferimento*, in *Corriere tributario*, 20/2013, p. 1569 e ss., BALLANCIN A., *Natura e ratio della disciplina italiana sui prezzi di trasferimento*, in *Rassegna Tributaria*, 1/2014, p. 77, SCALERA V., *Nuovi orientamenti sull'onere della prova in materia di transfer pricing internazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2/2014, pp. 572 – 591.

¹⁴ Corte di Cassazione, sentenza 21/01/2021 n. 1232.

¹⁵ Nello stesso senso vedi Corte di Cassazione, sent. 16/01/2019 n. 898, sent. 05/04/2019 n. 9615, sent. 25/06/2019 n. 16948, sent. 02/03/2020 n. 5645 e sent. 12/01/2021 n. 230; sul punto cfr. anche ESCALAR G., *Rettifiche dei prezzi di trasferimento, contrasto dell'abuso ed esimente delle valide ragioni commerciali*, in *Corriere tributario*, 10/2020, pp. 861 – 869, ZOANI L., MIRACOLO P., *La Cassazione conferma l'assenza di natura antielusiva della norma sul transfer pricing*, in *Il fisco*, 10/2021, p. 975 e ss.

¹⁶ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. I paragrafi 1.2 – 1.3, pp. 33 – 34. L'orientamento della giurisprudenza europea parrebbe essere quello di attribuire alla disciplina una funzione primaria di corretta ed equilibrata ripartizione del potere impositivo tra Stati, con il fine secondario di contrasto e prevenzione dell'elusione fiscale (vedi Corte di Giustizia, sentenza 21/01/2010 C-311/08, SGI vs Stato belga, punti 63 e 66).

o inesistenti¹⁷. Ciò detto, rimane da stabilire come vada determinato il valore conforme al principio di libera concorrenza, al fine di individuare un meccanismo che consenta di stabilire se una determinata transazione sia avvenuta a valori di mercato o secondo logiche dettate dal risparmio d'imposta. La tecnica individuata dallo standard internazionale, e recepita dalla prassi e dalla normativa interna, è quello del confronto tra la transazione tra parti associate e una transazione comparabile avvenuta tra parti indipendenti, in base ai diversi metodi stabiliti dall'OCSE nel capitolo II delle Linee Guida sui prezzi di trasferimento¹⁸. Il metodo ritenuto più efficace dalla prassi risulta essere quello del confronto di prezzo (*comparable uncontrolled price* o CUP), tramite il quale il corrispettivo pattuito tra due imprese associate viene confrontato con quello stabilito in una transazione indipendente¹⁹, il cui grado di comparabilità va valutato in funzione dei beni o dei servizi oggetto di scambio, delle condizioni contrattuali stabilite tra le parti, delle funzioni svolte, dei rischi assunti, delle condizioni economiche e delle strategie di *business*²⁰. L'OCSE ha stabilito cinque metodi di base, divisi in due categorie, attraverso i quali è possibile operare una verifica sulla conformità al

¹⁷ NAVARRINI F. *op. cit.*, p. 447. La normativa sui prezzi di trasferimento consente al Fisco di intervenire qualora il contribuente dichiari un imponibile non conforme alle condizioni di mercato, ma effettivamente realizzato, non ricomprendendosi all'interno dell'istituto le fattispecie relative alla dichiarazione di imponibili fittizi frutto di quote di costi inesistenti o di ricavi omessi (cfr. anche STEVANATO D., *Il transfer pricing tra evasione ed elusione*, in GT-Riv. giur. trib., 4/2013, p. 303).

¹⁸ NAVARRINI F. *op. cit.*, p. 448.

¹⁹ La propensione all'utilizzo del metodo del confronto di prezzo da parte del Fisco italiano è dettata anche dalla precedente formulazione della norma sui prezzi di trasferimento. Prima della modifica apportata dal D.L. 50/2017 (di cui si parlerà nel paragrafo 1.2.3) per individuare il prezzo di mercato si doveva fare riferimento al "valore normale" ex art. 9 TUIR e la Corte di Cassazione aveva stabilito che l'Amministrazione finanziaria sarebbe dovuta ricorrere in via preferenziale all'utilizzo di listini e tariffe del fornitore, delle mercuriali o dei listini delle camere di commercio o delle tariffe professionali. Sull'applicazione del metodo, è interessante evidenziare quanto disposto dalla C.T.P. di Milano con la sentenza 11/04/2017 n. 2826, che per l'applicazione del CUP considera imprese indipendenti anche le imprese partecipate tramite una quota di minoranza, purché non sussistano elementi tali da far emergere un'influenza dominante, sulla medesima impresa, da parte della società partecipante.

²⁰ Nel corso del capitolo si tornerà sulla posizione della prassi nazionale ed internazionale in merito alla scelta del "miglior metodo" tra i cinque previsti; per approfondimenti sulle questioni di carattere tecnico relative all'analisi di comparabilità, cfr. VALENTE P., DELLA ROVERE A., SCHIPANI P., *Analisi di comparabilità nel transfer pricing – metodologie applicative*, Milano, 2013.

principio di libera concorrenza dei prezzi applicati²¹. La prima categoria è quella dei metodi tradizionali transazionali che comprende:

- il metodo CUP (*comparable uncontrolled price*) che prevede il confronto tra il prezzo di trasferimento *intercompany* e quello applicato in una transazione con un terzo soggetto o tra due soggetti indipendenti;
- il metodo RPM (*resale price method*) che si basa sul margine di rivendita a terzi di un bene precedentemente acquistato da un'impresa appartenente allo stesso gruppo;
- il metodo CPM (*cost plus method*) il quale si sofferma sul margine applicato ai costi sostenuti da un'impresa per la produzione di un bene o l'erogazione di un servizio.

La seconda categoria è quella dei metodi transazionali reddituali e comprende:

- il metodo TNMM (*transactional net margin method*) che confronta il margine operativo realizzato in una transazione infragruppo con quello realizzato in circostanze comparabili tra soggetti indipendenti;
- il metodo PSM (*transactional profit split method*) attraverso il quale si cerca di stabilire quale sia la corretta ripartizione dell'utile operativo generato nell'ambito di una transazione, sulla base di una serie di chiavi di allocazione²².

Dall'applicazione di uno di questi metodi si perverrà ad un prezzo di trasferimento che potrà essere conforme o difforme a quello applicato nella transazione associata e nel secondo caso i componenti di reddito andranno rideterminati ai soli fini fiscali. Tali rettifiche, qualora non siano coordinate tra gli Stati membri, potrebbero dar luogo a rischi di doppia imposizione in caso di aumento della base imponibile in uno Stato, se l'altro Stato non opera una corrispondente rettifica in diminuzione, o a fenomeni di salti d'imposta nei casi di rettifiche in diminuzione di uno Stato a cui non faccia seguito

²¹ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. II, pp. 97 - 145.

²² Come si vedrà nei prossimi paragrafi, tali metodi hanno assunto rilevanza normativa con il D.M. del 14 maggio 2018, che recepisce gli ultimi aggiornamenti delle Linee Guida internazionali.

un'adeguata rettifica in aumento nell'altro Stato contraente²³. Per evitare tali rischi, all'art. 9 comma 2 del Modello di Convenzione OCSE è contenuta la clausola dei *"correlative adjustments"* che prevede che le rettifiche dell'imponibile di un'impresa associata residente avvengano in maniera coordinata e simmetrica rispetto alle decisioni dell'Amministrazione finanziaria dell'altro Stato²⁴.

In questo paragrafo introduttivo sono state delineate alcune delle principali caratteristiche relative alla disciplina sui prezzi di trasferimento; nel prosieguo del capitolo verrà analizzato il percorso evolutivo dell'istituto a livello globale e delle modalità attraverso le quali l'Italia ha recepito le indicazioni degli organismi internazionali.

1.2 Il percorso di recepimento delle indicazioni OCSE

1.2.1 L'evoluzione della disciplina dal punto di vista internazionale

L'organizzazione internazionale che più di altre ha ricoperto un ruolo primario nella definizione di regole comuni sul transfer pricing è l'OCSE, un organismo internazionale basato sulla cooperazione tra 36 Paesi membri che periodicamente si riuniscono per la discussione e la definizione di politiche economiche, fiscali e sociali. Tuttavia, i primi approcci su scala globale alla disciplina dei prezzi di trasferimento sono da attribuire alla Società delle Nazioni²⁵ durante i lavori sulla eliminazione della doppia imposizione del 1921. Sulla base di questi lavori si decise di costituire un Comitato di esperti che elaborò un rapporto intitolato *"Report and resolution on double taxation and tax evasion"* nel quale vennero affrontati i temi legati alla corretta determinazione dei prezzi relativi alle transazioni tra imprese associate. Gli studi proseguirono fino alla

²³ NAVARRINI F. *op. cit.*, p. 450, TOSI L., BAGGIO R., *op. cit.*, p. 163. Cfr. anche BAGAROTTO E.M., *Transfer pricing e rischi di doppia imposizione internazionale alla luce dell'entrata in vigore delle "Linee Guida"*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, 2/2019, p. 311.

²⁴ Gli strumenti previsti dal legislatore per l'applicazione di tale principio saranno delineati nel seguito della trattazione.

²⁵ La Società delle Nazioni fu un'organizzazione sovranazionale costituita con il Trattato di Versailles del 1919 allo scopo di garantire un clima di pace e cooperazione fra gli Stati nazionali al termine del primo conflitto mondiale.

definizione nel 1933 di un Modello di convenzione che delineava alcuni criteri per la tassazione dei redditi generati da imprese multinazionali²⁶. Tale modello rappresentò uno snodo cruciale per la disciplina del transfer pricing. Si passò infatti dalla visione dei gruppi multinazionali come entità unitarie (*unitary entity theory*) ad una visione che considerava ciascuna società appartenente ad un gruppo come un soggetto a sé stante e in grado di generare autonomamente il proprio reddito (*separate accounting theory*)²⁷. Il modello fu sottoposto a varie revisioni nel corso del tempo, ma al suo interno conteneva il primo riferimento al concetto di valore normale poi ripreso nel Modello di Convenzione OCSE all'art. 9. La tematica dei prezzi di trasferimento rimase priva di una regolamentazione comune fino al secondo dopoguerra, quando emerse la necessità di definire i rapporti di scambio internazionali che si stavano intensificando grazie allo sviluppo delle relazioni economiche e alla più ampia libertà di circolazione su scala mondiale di persone, capitali e merci²⁸.

Il primo documento ufficiale pubblicato dall'OCSE, dedicato al tema del transfer pricing, risale al 1979²⁹. Al suo interno vengono esplicitati alcuni criteri per la determinazione dei prezzi di trasferimento per le transazioni avvenute tra soggetti appartenenti a Paesi diversi. In tal senso, la volontà principale dell'OCSE era quella di sanare le dispute tra le varie amministrazioni finanziarie e tra quest'ultime e le imprese multinazionali. Nel conseguire tale scopo, si cercò di predisporre un valido supporto per le amministrazioni locali nella loro attività di controllo e, allo stesso tempo, di consentire alle imprese di gestire i rapporti transnazionali evitando problemi fiscali. Venne pertanto stabilito l'*arm's length principle*³⁰, ossia il principio secondo il quale il prezzo convenuto tra due imprese associate dovrebbe coincidere con quello applicato

²⁶ Report to the Council on the Fourth Session of the Committee - C.399.M.204. 1933.II.A., Ginevra, June 1933.

²⁷ VALENTE P., *Manuale del transfer pricing*, Milano, 2018, p. 20.

²⁸ VALENTE P., *Manuale del transfer pricing*, Milano, 2018, p. 21.

²⁹ OECD, *Transfer pricing and multinational enterprises*, Parigi, 1979.

³⁰ OECD, *Transfer pricing and multinational enterprises*, Parigi, 1979, p. 7 ("the arm's length price is the price which would have been agreed upon between unrelated parties engaged in the same or similar transactions under the same or similar conditions in the open market").

tra due imprese indipendenti. In tal modo verrebbero rispettate le condizioni di mercato per la determinazione della remunerazione in capo alle singole entità residenti in Paesi distinti. Queste prime indicazioni furono successivamente integrate a seguito di varie consultazioni con le autorità degli Stati membri dell'OCSE. Nei documenti pubblicati e aggiornati negli anni '80³¹ vennero discusse tematiche relative alla doppia imposizione, ai prezzi di trasferimento nel settore bancario e all'allocazione dei costi per determinate tipologie di servizi *intercompany*. In seguito, nel 1995, venne diffuso il primo vero modello di Linee Guida OCSE in materia di transfer pricing³². Il rapporto, suddiviso in capitoli e aggiornato nel corso dell'anno seguente, contiene le prime indicazioni relative alla predisposizione di un set documentale e si focalizza sui metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento. Altresì, tale lavoro risultò importante per le imprese multinazionali in quanto il Consiglio dell'OCSE invitò le amministrazioni fiscali dei vari Stati membri ad implementare le indicazioni proposte, allo scopo di uniformare le visioni sul tema³³. Come beneficio derivante dall'adozione di una prassi comune si sarebbe evitata l'applicazione di metodologie differenti tra gli Stati, prevenendo fenomeni di doppia imposizione e allineando la posizione dei soggetti economici a quella delle amministrazioni dei singoli Paesi. A tal proposito lo strumento individuato dalle Linee Guida per la risoluzione preventiva delle dispute tra Fisco e imprese è rappresentato dagli *Advance Pricing Arrangements* (APA)³⁴. Gli APA sono degli accordi tra amministrazione fiscale e contribuente finalizzati a determinare i prezzi di trasferimento prima dell'effettiva realizzazione delle operazioni infragruppo³⁵. Esiste allo stesso tempo la possibilità di risolvere eventuali controversie fiscali *ex-post* tramite le *Mutual Agreement Procedure* (MAP) previste dall'art. 25 del Modello di

³¹ OECD, *Transfer pricing and multinational enterprises: three taxation issues*, 1984.

³² OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 1995.

³³ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 1995, p. 3 "Prefazione".

³⁴ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 1995, Cap. IV sez. F, p. 136.

³⁵ Per approfondimenti sul tema, cfr. VALENTE P., *Advanced Pricing Agreements: optimal tool – optimal framework?*, in *Intertax*, Volume 48, Issue 1, 2020, pp. 66- 73.

Convenzione OCSE. Quest'ultime rappresentano delle procedure amichevoli, tra le autorità competenti degli Stati in cui il gruppo svolge le proprie attività, finalizzate principalmente all'eliminazione dei casi di doppia imposizione³⁶.

Lo step successivo è stata l'istituzione da parte della Commissione Europea, nel 2002, di un forum congiunto sui prezzi di trasferimento (EU JTPF³⁷). L'obiettivo consisteva nel delineare regole comuni sulla materia, concentrandosi, tra il 2004 e il 2005, sulla definizione di uno standard condiviso per quanto concerne il set documentale. Questa base di informazioni ha preso il nome di *European Union Transfer Price Documentation* (EU TPD) e la stessa prevedeva la stesura di due documenti:

- il primo, relativo al gruppo multinazionale nel suo complesso, ossia il Masterfile;
- il secondo, circoscritto alla singola impresa appartenente al gruppo, ossia il Country Specific (documentazione nazionale)³⁸.

Il codice di condotta è stato approvato nel giugno del 2006 con delibera del Consiglio dell'Unione Europea e dei rappresentanti degli Stati membri³⁹ e prevede che gli Stati membri si astengano dall'imporre eccessivi costi per la *compliance* sul transfer pricing e dal richiedere documentazione non pertinente alle operazioni oggetto di verifica. Inoltre, viene stabilito che le amministrazioni finanziarie debbano garantire la riservatezza delle informazioni ricevute dai contribuenti.

³⁶ Per approfondimenti su tali strumenti di risoluzione delle controversie fiscali, cfr. CORDEIRO GUERRA R., *op. cit.*, p. 414; TRIVELLIN M., *Le procedure amichevoli, con particolare riferimento al transfer pricing: spunti ricostruttivi per rafforzarne l'efficacia in prospettiva di tutela del contribuente*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2016, p. 61; VALENTE P., ALAGNA C., MATTIA S., *Controversie internazionali – Procedure amichevoli e gestione delle relazioni*, Milano, 2013.

³⁷ L'European Union Joint Transfer Pricing Forum è composto da un rappresentante dell'amministrazione fiscale di ogni Stato membro oltre a 18 membri provenienti dal mondo imprenditoriale, sotto l'osservazione del segretario dell'OCSE.

³⁸ Va evidenziato che una buona tenuta della contabilità aziendale, un'adeguata contrattualistica *intercompany* o la redazione di prospetti di riconciliazione tra imprese associate costituiscono un valido supporto per le imprese nel mappare le transazioni con società affiliate e nel consentire una più fluida attività di controllo.

³⁹ Risoluzione 2006/C176/01 del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri del 27.06.2006.

Nel 2010 viene pubblicato un nuovo aggiornamento delle *TP Guidelines*⁴⁰ che non prevede modifiche sostanziali al set documentale rispetto a quanto stabilito nel precedente report, ma riserva un capitolo al tema delle riorganizzazioni aziendali e apporta delle revisioni sulla scelta dei metodi e la loro applicazione. Nella nuova versione delle Linee Guida viene abbandonata la “gerarchia dei metodi”, introducendo la regola del “miglior metodo” (*best method rule*) da individuare in base alle circostanze del caso⁴¹. In aggiunta, tra gli allegati (*annexes*), vengono messi a disposizione degli esempi che illustrano la logica ed il funzionamento delle tecniche di comparabilità previste.

Gli sviluppi del seguente decennio prendono forma per effetto del progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), avviato dall'OCSE nel 2013 e definito tramite un “*Action Plan*” nel 2015. Il “piano di azione” si compone di quindici punti a cui sono associate specifiche azioni da attuare per prevenire e risolvere alcune problematiche in relazione ai sempre più frequenti schemi di pianificazione fiscale aggressiva⁴². Lo scopo del piano è quello di stabilire una serie di principi-chiave, in relazione a tematiche come l'uso di intangibili e le transazioni ad alto rischio, per favorire la cooperazione tra Paesi allo scopo di contenere il fenomeno dello spostamento dei profitti e dell'erosione della base imponibile⁴³.

Una nuova versione delle Linee Guida sul transfer pricing viene pubblicata nel 2017⁴⁴, sulla base degli sviluppi derivanti dal progetto appena citato. Le novità riguardano la

⁴⁰ OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010.

⁴¹ OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010, Cap. II, par. 2.2 p. 59.

⁴² La pianificazione fiscale aggressiva è una forma di sottrazione all'imposta che fa leva sulle differenze esistenti tra i sistemi tributari, per ottenere riduzioni del carico fiscale altrimenti non dovute, in PISTONE P., *op. cit.*, p. 71; per una più approfondita disamina del tema all'interno del progetto BEPS, cfr. BAKER P., *The BEPS project: Disclosure of aggressive tax planning schemes*, in Intertax, Volume 43, Issue 1, 2015.

⁴³ Nello specifico “*In the area of transfer pricing, the rules should be improved in order to put more emphasis on value creation in highly integrated groups, tackling the use of intangibles, risks, capital and other high-risk transactions to shift profits*”, in OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, p. 14.

⁴⁴ OECD, *Transfer pricing guidance for multinational enterprises and tax administration*, 2017.

definizione di indicazioni operative per quanto concerne l'analisi delle transazioni relative alle merci (*commodities*) e in particolare sull'applicazione del metodo del confronto di prezzo e sulla possibilità di operare opportuni aggiustamenti di comparabilità in sede di analisi⁴⁵. Allo stesso tempo viene aggiornato il capitolo VI relativo ai beni immateriali⁴⁶ e viene introdotta la disciplina per i servizi infragruppo di supporto al *core business* e considerati a basso valore aggiunto. Su quest'ultimo punto è bene evidenziare la distinzione operata dallo *standard setter* internazionale. I servizi considerati a basso valore aggiunto sono quelli prestati a favore di soggetti appartenenti allo stesso gruppo di imprese e che riguardano:

- servizi di supporto all'attività principale;
- servizi che non fanno parte del *core business* del gruppo;
- servizi che non richiedono l'utilizzo di intangibili unici e di valore o che non contribuiscono alla creazione e allo sviluppo degli stessi;
- servizi che non prevedono, per chi li eroga, l'assunzione di rischi significativi o la generazione di rischi significativi⁴⁷.

A questa "*positive list*" fa seguito una "*negative list*" che esclude le attività che non possono essere considerate a scarso valore aggiunto, ossia:

- servizi che costituiscono il *core business* del gruppo;
- attività di ricerca e sviluppo;
- servizi di produzione e manifatturieri;
- servizi di acquisto di materie prime o altri materiali funzionali allo svolgimento delle attività di cui al punto precedente;
- attività commerciali e di marketing;
- transazioni finanziarie;
- attività di estrazione e lavorazione delle risorse naturali;

⁴⁵ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. II par. 2.18 – 2.22, pp. 102 – 104.

⁴⁶ Per approfondimenti cfr. il capitolo 2 del presente elaborato.

⁴⁷ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VII par. 7.45, p. 333.

- servizi assicurativi;
- servizi dirigenziali⁴⁸.

Si ritiene che una caratteristica comune dei servizi a basso valore aggiunto sia il carattere c.d. routinario della prestazione oltre al contenuto valore, in termini di fatturato, che ne può derivare per il beneficiario⁴⁹. Come specificato nelle Linee Guida, quelli sopra riportati rappresentano degli elenchi esemplificativi e non esaustivi, e intendono delineare una guida generale per la distinzione in merito alla natura del servizio prestato⁵⁰. La distinzione operata consente di introdurre un approccio “semplificato” per determinare la remunerazione che spetta al prestatore di tali servizi, tramite l'individuazione dell'insieme dei costi sostenuti su base annuale, che andranno ripartiti tra i beneficiari del servizio sulla base di opportune chiavi di allocazione, ai quali andrà applicato un margine di profitto forfettario pari al 5%⁵¹. Le Linee Guida stabiliscono inoltre che i gruppi multinazionali che intendano adottare tale approccio debbano predisporre un'adeguata reportistica che descriva la tipologia di servizi ed evidenzi i calcoli che hanno portato alla determinazione e all'allocazione dei relativi costi⁵².

Tra le altre novità di rilievo inserite nella nuova versione delle *Guidelines*, per allinearsi a quanto previsto dall'Azione 13 del BEPS *Action Plan*, l'OCSE ribadisce che i Paesi membri dovrebbero adottare un approccio standardizzato che prevede la redazione di tre documenti (c.d. *three-tiered approach*), introducendo il *Country by Country Report* (CbCR) e sottolineando come tale aggiunta non debba comportare per l'azienda costi

⁴⁸ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VII par. 7.47, p. 334.

⁴⁹ VALENTE P., *Transfer pricing: la remunerazione dei servizi a basso valore aggiunto*, in *Il fisco*, 8/2015, p. 769.

⁵⁰ Si vedano in merito gli esempi forniti al par. 7.49 delle OECD Guidelines.

⁵¹ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VII sezioni D.2, pp. 338 – 342.

⁵² OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VII sezioni D.3, pp. 342 – 343.

troppo elevati⁵³. Il CbCR prevede la *disclosure* in merito ai redditi prodotti, alle strutture aziendali e alle imposte versate da ogni singola società appartenente al gruppo multinazionale. In merito a quest'ultima tipologia di documentazione è stato reso disponibile un ulteriore approfondimento nel 2020⁵⁴.

A febbraio dello stesso anno l'OCSE ha pubblicato un report dedicato alle transazioni finanziarie⁵⁵ definendo i principi da seguire per delineare questa tipologia di operazioni infragruppo⁵⁶.

Infine, data la situazione di difficoltà generale causata dalla pandemia da Covid-19, l'OCSE ha messo a disposizione un dossier integrativo alle Linee Guida, con riguardo agli impatti della crisi, all'allocazione delle perdite all'interno del gruppo e ai riflessi sulla documentazione da redigere per il periodo d'imposta 2020⁵⁷.

Dal percorso poc'anzi descritto, si evince come l'OCSE abbia cercato di aggiornare costantemente le proprie indicazioni, adattandosi agli sviluppi del contesto economico e cercando, nel corso degli anni, di ridurre le aree di incertezza nell'ambito del transfer pricing. Per raggiungere tale obiettivo sono state fornite delle linee guida, ossia delle raccomandazioni non obbligatorie rivolte in modo diretto alle multinazionali, ma indirettamente anche a tutte le tipologie di imprese che non appartengono a gruppi, oltre che alle *tax authorities*. L'OCSE, in tal senso, non opera distinzioni tra gruppi di imprese e singoli soggetti economici, esprimendo la volontà dei Paesi membri di uniformare i comportamenti e le scelte aziendali allo scopo di generare sviluppo sostenibile⁵⁸. Ci si chiede, tuttavia, quale legittimazione possano avere tali

⁵³ DELLA ROVERE A., VINCENTI F., *Transfer pricing: le nuove Guidelines dell'OCSE*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 10/2017, p. 39.

⁵⁴ OECD, *Country by country reporting - compilation of peer review reports (phase 3)*, 2020.

⁵⁵ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions. Inclusive framework on BEPS: Action 4*, 8-10, 2020.

⁵⁶ Per approfondimenti, cfr. il capitolo 3 del presente elaborato.

⁵⁷ OECD, *Guidance on the transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 2020; per approfondimenti, cfr. il capitolo 4 del presente elaborato.

⁵⁸ VALENTE P., *Manuale del transfer pricing*, Milano, 2018, pp. 30-31.

raccomandazioni, che non rientrano tra le fonti di diritto internazionale⁵⁹ ma sono identificate come atti di “*soft law*”, ossia indicazioni proposte dalla comunità internazionale in modalità e sedi che non permettono la produzione di norme giuridiche vincolanti per i contribuenti (es. OCSE, G-20)⁶⁰. Inoltre, gli standard fissati a livello internazionale dovrebbero avere effetti concreti con riguardo solo agli Stati membri, ma spesso le indicazioni proposte vengono imposte anche ai Paesi che non ne fanno parte, i quali si adeguano per evitare pesanti sanzioni economiche⁶¹. In ambito fiscale il rischio è anche quello di prevaricare il ruolo degli Stati nella definizione delle normative interne, ma la Commissione UE sembra aver adottato un approccio pragmatico cercando di fornire linee guida sviluppate sulla base delle varie pronunce della Corte di Giustizia, con l'obiettivo di rafforzare la natura degli atti di *soft law* nel rispetto delle libertà fondamentali stabilite nel TFUE e al fine di stimolare la cooperazione fiscale⁶². Tali atti assumono quindi efficacia in quanto vengono recepiti dagli Stati membri che si adeguano a tali indicazioni, principalmente per ragioni economiche ma anche in virtù dell'obiettivo comune di coordinamento globale sui temi di diritto internazionale e lotta all'elusione fiscale⁶³.

1.2.2 Il percorso nazionale in materia di transfer pricing

Definita l'evoluzione dell'orientamento internazionale, in questo paragrafo ci si concentrerà sulle modalità attraverso le quali l'Italia ha recepito le linee guida fino agli

⁵⁹ Le fonti del diritto internazionale sono elencate in modo sommario e non esaustivo all'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia e comprendono le consuetudini, i principi generali e le convenzioni internazionali stipulate tra i Paesi; a livello comunitario troviamo il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), i Regolamenti, le Direttive, le decisioni della Commissione Europea e infine le pronunce della Corte di Giustizia UE, in TOSI L., BAGGIO R., *op. cit.*, p. 2 e pp. 72 – 75.

⁶⁰ CORDEIRO GUERRA R., *op. cit.*, pp. 152 – 153.

⁶¹ WOUTERS J., MEUWISSEN K., *Global tax governance: work in progress?*, in KOFLER G., MADURO M.P., PISTONE P. (a cura di), in *Human rights and taxation in Europe and the world*, Amsterdam, 2011, p. 211.

⁶² DORIGO S., *Il diritto tributario nell'Unione Europea*, in CORDEIRO GUERRA R. (a cura di), *op.cit.*, pp. 206 – 209.

⁶³ AMATUCCI F., *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'OCSE e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 1/2015, p. 10.

ultimi recenti sviluppi.

Le indicazioni contenute nel primo rapporto dell'OCSE del 1979 vennero recepite l'anno seguente con la Circolare Ministeriale n. 32/1980⁶⁴. Al suo interno furono riportati i presupposti per l'applicazione dei principi sul transfer pricing, offrendo una disamina dei vari metodi per la determinazione del prezzo congruo da applicare nelle transazioni tra imprese associate estere.

Già in precedenza il legislatore italiano aveva introdotto gli artt. 53 e 56 del D.P.R. 597/1973⁶⁵ che prevedevano la determinazione in base al valore normale dei componenti positivi e negativi di reddito generati con parti correlate non residenti in Italia. Il principio dell'*arm's length principle* venne equiparato al concetto di "valore normale" contenuto all'art. 9 dell'allora vigente D.P.R. 597/1973, che riportava quanto segue: *"Per valore normale si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per beni e servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione nel tempo e nel luogo in cui i corrispettivi e i proventi si considerano conseguiti e gli oneri e le spese si considerano sostenuti ai fini della determinazione del reddito, e in mancanza nel tempo e nel luogo più prossimi"*. Si può notare come questa definizione sia paragonabile a quella del principio internazionale nel fare riferimento alle condizioni di libero mercato per la determinazione del prezzo più corretto a remunerare una delle due parti associate coinvolte in una transazione.

Nella circolare del 1980 l'ambito di applicazione della disciplina fu circoscritto alle imprese assoggettate al controllo di una società estera. Con la successiva circolare n. 42, del 1981⁶⁶, il presupposto soggettivo venne esteso a tutte le ipotesi di influenza dominante tra soggetti residenti e non, sia in una direzione che nell'altra.

Nel 1986, il principio dell'*arm's length* e la disciplina sul transfer pricing vennero fatti

⁶⁴ Circolare ministeriale del 22 settembre 1980, n. 32.

⁶⁵ Decreto del Presidente della Repubblica del 29 settembre 1973, n. 597, "Istituzione e disciplina dell'imposta sul reddito delle persone fisiche", confluito nel vigente Testo Unico delle Imposte sui redditi (D.P.R. 917/1986).

⁶⁶ Circolare ministeriale del 12 dicembre 1981, n. 42.

confluire al comma 7 dell'art. 110 del nuovo Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)⁶⁷.

Per ottenere ulteriori sviluppi della normativa interna si deve attendere il 2010, anno in cui viene introdotto in Italia il regime di oneri documentali sui prezzi di trasferimento. Nel dettaglio, con il Decreto-Legge 78/2010⁶⁸ l'ordinamento nazionale si adegua alle direttive OCSE in materia di predisposizione della documentazione sui prezzi di trasferimento, sulla base di quanto approvato dal Forum congiunto della UE e di quanto specificato all'interno delle Linee Guida pubblicate nello stesso anno⁶⁹. Con le disposizioni contenute all'art. 26 del decreto, viene aggiunto il comma 2-ter all'art. 1 del Decreto Legislativo 471/1997⁷⁰. Il citato comma, in sostanza, prevede la disapplicazione delle sanzioni tributarie⁷¹ in caso di determinazione di maggiori imponibili in attuazione della disciplina sul transfer pricing se, in concomitanza con l'attività di controllo dell'amministrazione fiscale, il contribuente rende disponibile la documentazione definita tramite provvedimento dell'Agenzia delle Entrate. Il provvedimento viene emanato il 29 settembre 2010⁷², stabilendo la predisposizione di una documentazione basata su quanto previsto a livello comunitario, con la redazione del Masterfile e della Documentazione Nazionale. In tal modo si è resa più agevole l'attività ispettiva dell'Amministrazione finanziaria, garantendo la possibilità di acquisire una serie di informazioni relative all'azienda accertata relativamente alla procedura adottata per la determinazione dei prezzi di trasferimento, in cambio della

⁶⁷ Decreto del Presidente della Repubblica del 22 dicembre 1986, n. 917; in origine la disciplina italiana del transfer pricing era contenuta all'art. 76 c. 5 del TUIR, ma con il D.Lgs. del 12 dicembre 2003 n. 344 la numerazione del D.P.R. è variata.

⁶⁸ Decreto-legge del 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modifiche dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122.

⁶⁹ Per approfondimenti sulle novità introdotte dal D.L. 78/2010 relativamente alla documentazione sui prezzi di trasferimento, cfr. VALENTE P., *D.L. 31 maggio 2010, n.78, convertito – la documentazione in materia di transfer pricing*, in *Il fisco*, 34/2010, p. 5841.

⁷⁰ Decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 471, relativo alle sanzioni tributarie in materia di imposte dirette, IVA e riscossione dei tributi.

⁷¹ Il D.Lgs. 471/1997, all'articolo 1 comma 2, prevede che le sanzioni tributarie in caso di dichiarazione infedele possano variare dal 90% al 180% della maggiore imposta dovuta.

⁷² Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, n. 137654.

*penalty protection*⁷³. All'interno del provvedimento, inoltre, sono contenute una serie di precisazioni in merito all'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione della disciplina di cui all'art. 1 comma 2-ter del D.Lgs 471/1997, alle modalità e alle tempistiche per la consegna della documentazione, oltre alle spiegazioni sulla struttura dei documenti e sulla loro idoneità a livello di contenuto e forma. Va specificato che la predisposizione di tali documenti costituisce una facoltà per il contribuente, e non un obbligo, configurandosi come un sistema volto a premiare quei contribuenti che dimostrino un atteggiamento collaborativo nei confronti del Fisco⁷⁴. Per accedere al regime premiale è necessario compilare un apposito rigo all'interno della dichiarazione annuale dei redditi per le società di capitali, all'interno del quadro RS. Nel rigo "RS 106 - Prezzi di trasferimento"⁷⁵ vanno indicati il possesso della documentazione, la tipologia del rapporto di controllo con le imprese associate estere e l'ammontare dei componenti positivi e negativi di reddito infragruppo maturati nel corso del periodo d'imposta, per evidenziare l'effettiva esistenza di transazioni con società collegate estere. Come detto, quindi, la redazione dei documenti non rappresenta un obbligo in capo alle società appartenenti a un gruppo multinazionale, ma una facoltà connessa alla disapplicazione di eventuali sanzioni, a differenza di quanto previsto in altri ordinamenti che hanno deciso di stabilire un obbligo. Tra questi Paesi troviamo ad esempio la Cina, la Colombia, la Danimarca, la Francia, la Germania e molti altri⁷⁶. È interessante notare, tra l'altro, come in diversi Stati la preparazione della documentazione debba avvenire contemporaneamente o precedentemente al momento della transazione (*contemporaneous documentation*), pur sempre nel rispetto delle indicazioni dell'OCSE che richiedono di evitare eccessivi costi in capo alle

⁷³ Per un approfondimento sulle attività ispettive dell'amministrazione finanziaria, cfr. VALENTE P., PICONE M., MATTIA S., *Transfer pricing: documentazione e attività ispettive*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 11/2016, pp. 47 e ss.

⁷⁴ ALBANO A., STELLACCI P., *Riflessioni sui profili procedurali in materia di transfer pricing dopo il D.L. n. 78/2010*, in *Il fisco*, 40/2010, p. 6483.

⁷⁵ Analogamente, all'interno del modello redditi PF, è presente il rigo "RS32 - Prezzi di trasferimento".

⁷⁶ Per un approfondimento sugli orientamenti delle giurisdizioni fiscali nazionali in tema di transfer pricing, cfr. ERNST AND YOUNG, *EY worldwide transfer pricing reference guide 2019-2020*, 2020.

imprese per adeguarsi alle richieste delle amministrazioni locali.

In seguito, con la Circolare 58/E del 15 dicembre 2010⁷⁷, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito alcuni dubbi sulle modalità di presentazione della documentazione. Nel merito, viene evidenziato come l'idoneità della documentazione di transfer pricing non sia limitata al puro aspetto formale ma si basi anche sul grado di collaborazione dimostrato dal contribuente, valutando in sostanza la quantità e la qualità delle informazioni messe a disposizione.

Il D.Lgs. 147/2015 introduce l'art. 31-ter nel D.P.R. 600/1973 con il quale disciplina gli accordi preventivi (APA) per le imprese con attività internazionale, sostituendo quanto contenuto all'art. 8 del D.L. 269/2003 in materia di *ruling* transfrontaliero⁷⁸. Tra gli aspetti più importanti si possono individuare la preclusione all'istanza di interpello nell'ipotesi in cui si possa accedere all'accordo preventivo e la possibilità che l'accordo possa retroagire (*roll-back*) per periodi d'imposta precedenti purché non anteriori a quello in cui è stata presentata la richiesta da parte del contribuente. Proprio quest'ultima disposizione porta ad assimilare la disciplina citata alle procedure amichevoli (*Mutual Agreement Procedure*) previste nei casi di doppia imposizione internazionale, stante anche quanto stabilito al comma 2 dell'art 31-ter che prevede l'effetto *roll-back* qualora gli accordi preventivi (APA) siano conseguenti ad altri accordi conclusi tramite le procedure amichevoli (MAP)⁷⁹. Lo stesso decreto, all'articolo 5, comma 2, esclude, con una norma di interpretazione autentica, che la disciplina del transfer pricing debba essere applicata con riferimento alle operazioni tra società

⁷⁷ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 15 dicembre 2010, n. 58/E.

⁷⁸ La sostituzione ha assunto efficacia con il Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 21 marzo 2016, nel quale sono enunciate le modalità e i termini della procedura. Sulle caratteristiche degli accordi preventivi, cfr. RAGUCCI G., *Gli istituti della collaborazione fiscale*, Torino, 2018, p.79; GRANDINETTI M., *Gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, in *Rassegna Tributaria*, 3/2017, p. 660; MASCITTI M., *Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale...Why Ruling no more?*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 3/2018, p. 225.

⁷⁹ Per ulteriori approfondimenti sulla questione, cfr. PERRONE A., *Sulla possibilità di assimilare gli accordi preventivi per le imprese multinazionali alle "mutual agreement procedure"*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2019.

residenti nel territorio dello Stato⁸⁰.

Occorre rilevare che già in precedenza, con la Circolare Ministeriale 53/1999, il Ministero delle Finanze contrastava le operazioni tra imprese residenti al Centro Nord e imprese residenti al Sud che avvenivano a prezzi inferiori rispetto al valore normale, allo scopo di ridurre la base imponibile delle società settentrionali a favore di quelle meridionali che potevano usufruire delle agevolazioni fiscali previste dall'art. 26 D.P.R. 601/1973; tale circostanza veniva ricondotta al fenomeno del transfer pricing interno, senza prevedere l'applicazione dell'art. 76 comma 5 (ora art. 110 comma 7)⁸¹.

Con il Decreto Legislativo 158/2015⁸² viene modificato il D.Lgs. 471/1997: le disposizioni relative alla *penalty protection* sono ora contenute nell'art. 1 comma 6 e nell'art. 2 comma 4-ter che fa riferimento al caso specifico delle *royalties* e degli interessi attivi. Allo stesso tempo viene modificato l'art. 4 del D.Lgs. 74/2000, introducendo il comma 1-bis⁸³ e stabilendo di fatto l'irrilevanza ai fini penali delle rettifiche da transfer pricing nel momento in cui i criteri di determinazione dei prezzi infragruppo siano appropriatamente giustificati all'interno di documenti fiscalmente rilevanti⁸⁴. Il citato comma 1-bis non esplicita che tipologia di documenti vengano individuati con l'espressione "*altra documentazione rilevante ai fini fiscali*" e pertanto

⁸⁰ Per quanto concerne l'applicazione retroattiva di tale norma, cfr. l'ordinanza della Corte di Cassazione 10 novembre 2017, n. 26646. Ciò nonostante, l'Amministrazione finanziaria contrasta il transfer pricing interno (che per sua natura non comporta un danno agli interessi fiscali dei singoli ordinamenti e non lede la competitività delle imprese residenti rispetto agli operatori esteri) valutando l'economicità delle operazioni realizzate e l'esistenza di ipotesi di abuso di diritto (vedi Corte di Cassazione, sentenza 25/06/2019 n. 16948; cfr. anche ESCALAR G., *op.cit.*, pp. 861 – 869 e CAPOLUPO S., *Transfer pricing interno: all'elusione subentra l'antieconomicità*, in *Il fisco*, 20/2020, p. 1907 e ss.). Già nel 2012 la Corte di Cassazione aveva escluso la possibilità di applicare alle transazioni infragruppo domestiche il principio del valore normale di cui all'art. 9 TUIR (vedi Corte di Cassazione, sentenza 20/12/2012 n. 23551); tale giudizio però contrastava con altre sentenze successive che stabilivano l'applicabilità del valore normale alle operazioni tra società residenti, ma in riferimento a fattispecie potenzialmente riconducibili a fenomeni di elusione d'imposta (vedi Corte di Cassazione, sentenza 27/03/2013 n. 7716, sent. 24/07/2013 n. 17955, sent. 16/04/2014 n. 8449, sent. 13/06/2014 n. 13475, sent. 12/06/2015 n. 12844).

⁸¹ SEPE G.P., *Il transfer pricing e le tentazioni del diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3-4/2018, p. 688.

⁸² Decreto legislativo del 24 settembre 2015, n. 158.

⁸³ Decreto legislativo del 10 marzo 2000, n. 74, art. 4 comma 1-bis.

⁸⁴ TOSI L., BAGGIO R., *op. cit.*, pp. 171 – 172.

potrebbe sorgere il dubbio se siano ricompresi a pieno titolo anche il Masterfile e la Documentazione Nazionale; ciò nonostante si ritiene che la documentazione sui prezzi di trasferimento possa essere considerata fiscalmente rilevante, se non altro in virtù dell'indicazione sul possesso o meno della stessa che il contribuente può dare in dichiarazione dei redditi (modello Redditi SC – Rigo RS 106)⁸⁵. La modifica apportata dal D.Lgs. 158/2015 rappresenta un'ulteriore conferma alle interpretazioni della dottrina, secondo le quali le politiche di transfer pricing non rilevano ai fini dell'applicabilità delle sanzioni penali, stante le fattispecie previste agli artt. 2 e 3 dello stesso D.Lgs. 74/2000⁸⁶:

- l'art. 2 fa infatti riferimento ai casi in cui il contribuente rappresenti in dichiarazione elementi passivi fittizi *“avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti”*;
- l'art. 3 individua le fattispecie relative alla dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, quali operazioni simulate o falsa documentazione, con indicazione di *“elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi o crediti e ritenute fittizi”* al superamento di determinate soglie numeriche;

Ma, come osservato in precedenza, la disciplina del transfer pricing non colpisce operazioni fittizie, inesistenti o simulate, rilevando l'eventuale non conformità delle condizioni stabilite nelle operazioni transnazionali, effettivamente realizzate, rispetto alle condizioni di libero mercato⁸⁷.

⁸⁵ Vedi anche VALENTE P., CARACCIOLI I., *Valutazione di idoneità della documentazione sui prezzi di trasferimento*, in *Il fisco*, 21/2016, pp. 2054 e ss. Oltretutto, la struttura e il contenuto della documentazione sui prezzi di trasferimento è stabilita tramite Provvedimento emanato dall'Agenzia delle Entrate.

⁸⁶ TROYER L., *Il transfer pricing tra elusione ed evasione*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2006, p. 1285.

⁸⁷ SEPE G.P., *op. cit.*, pp. 710 – 711; cfr. anche VALENTE P., CARACCIOLI I., MATTIA S., *Transfer pricing: valutazione estimativa e irrilevanza penale*, in *Corriere tributario*, 2/2016, pp. 98 - 103 e MARINOZZI C., *Transfer pricing a basso rischio penale*, in *Il fisco*, 46/2015, p. 4416. Si potrebbe oltretutto escludere la rilevanza penale del transfer pricing in ragione dell'interpretazione sulla natura antielusiva della norma, in base a quanto disposto dall'art. 10-bis comma 13, della Legge 212/2000 che esclude le operazioni

Successivamente, con l'articolo 1, ai commi 145 e 146, della Legge di stabilità 2016⁸⁸ viene specificato quali siano i soggetti residenti che devono redigere il *Country by Country Report*, recependo le indicazioni contenute nella Direttiva UE 2016/881. La redazione del documento deve essere effettuata dalle società capogruppo, tenute alla predisposizione del bilancio consolidato con un fatturato consolidato superiore ai 750 milioni di euro, e che non siano a loro volta controllate, direttamente o indirettamente, da un soggetto tenuto all'adempimento di tale obbligo.

Tramite la circolare 16/E del 2016⁸⁹ viene accentuata la lotta all'evasione fiscale, stimolando lo scambio di informazioni con i Paesi esteri, intensificando l'attività di controllo e precisando le modalità attraverso le quali alle imprese è concessa la possibilità di definire in via preventiva alcuni rapporti transnazionali attraverso la stipula di accordi preventivi di *ruling* internazionale con il Fisco⁹⁰.

1.2.3 Sviluppi recenti della disciplina interna

Nel 2017, con il Decreto-Legge n. 50⁹¹ vengono apportate delle modifiche di rilievo alla disciplina interna⁹². Nello specifico, ogni riferimento al "valore normale" viene sostituito con il "principio di libera concorrenza" aggiornando una regola che era rimasta tale sin dagli anni '80 e allineandosi a quanto previsto dall'OCSE, richiamando oltretutto l'*arm's length principle* contenuto all'art. 9 del modello di Convenzione contro le doppie imposizioni⁹³. Un'altra fondamentale novità riguarda l'introduzione

abusiva dai fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie, in TOSI L., BAGGIO R., *op.cit.*, p. 172 (per approfondimenti, cfr. FICARI V., *Virtù e vizi della nuova disciplina dell'abuso e dell'elusione tributaria ex art. 10 bis della L. 212/2000*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2/2016, pp. 313 – 329 e DEL FEDERICO L., TRAVERSA E., *Il nuovo regime punitivo dell'abuso del diritto in materia tributaria: disciplina nazionale e quadro europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3-4/2017, pp. 597 - 631).

⁸⁸ Legge del 28 dicembre 2015, n. 208.

⁸⁹ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 28 aprile 2016, n. 16/E.

⁹⁰ Le disposizioni attuative per l'accesso alla procedura sono dettate dal Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 21 marzo 2016, n. 42295.

⁹¹ Decreto-legge del 24 aprile 2017 n. 50.

⁹² Cfr. AVOLIO D., *La disciplina nazionale sul transfer pricing si adegua al principio di libera concorrenza*, in *Il fisco*, 30/2017, pp. 2933 e ss.

⁹³ Tale aggiornamento apportato dal D.L. 50/2017 rappresenta un allineamento della normativa alla

dell'articolo 31-quater all'interno del D.P.R. 600/1973⁹⁴, che stabilisce le ipotesi in cui sono riconosciute variazioni in diminuzione dell'imponibile a seguito di rettifiche da transfer pricing. Ebbene, con il nuovo disposto normativo, in aggiunta all'attivazione di una procedura amichevole con l'autorità fiscale estera (*Mutual Agreement Procedure – MAP*) per la predisposizione di un accordo preventivo, è ora possibile operare variazioni in diminuzione quando:

- viene effettuata una verifica simultanea da parte dell'autorità fiscale italiana e dello Stato estero interessato, nell'ambito di attività di cooperazione internazionale;
- previa istanza del contribuente, quando nell'altro Stato contraente⁹⁵ viene effettuata una rettifica dell'imponibile in aumento in conformità al principio di libera concorrenza (*correlative adjustment*).

Nel 2018, la Guardia di Finanza ha pubblicato la Circolare 1/2018⁹⁶ con la quale ha voluto chiarire alcuni aspetti tecnici legati alle attività di ispezione, fornendo oltretutto degli spunti di natura operativa sui contenuti della documentazione da presentare in sede di verifica e sull'utilizzo di alcune banche dati per l'analisi di comparabilità. In particolare, la Guardia di Finanza stabilisce che qualora il contribuente esibisca la documentazione sui prezzi di trasferimento durante l'attività di controllo, i verificatori dovranno analizzare in modo critico il processo logico e decisionale assunto dal contribuente stesso, mentre nel caso in cui non sia stata redatta o non sia stata esibita

prassi dell'Amministrazione finanziaria, che già nella circolare n. 32/1980 sottolineava come il concetto di valore normale andava di pari passo con quello di libera concorrenza stabilito dal Modello OCSE (cfr. TOSI L., BAGGIO R., *op. cit.*, pp. 157 – 158). È pur vero che alcune sentenze della Corte Suprema (vedi Corte di Cassazione, sentenza 25/09/2013 n. 22010 e sentenza 23/10/2013 n. 24005) non hanno sempre condiviso la volontà del Fisco di fare affidamento sugli standard internazionali, affermando come il legislatore italiano avesse previsto unicamente l'applicazione del metodo del confronto di prezzo, in forza dell'art. 9 TUIR che al comma 3 rapporta il valore normale al "*prezzo mediamente praticato, nello stesso tempo e nello stesso luogo (...) per beni e servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza (...)*".

⁹⁴ Decreto del Presidente della Repubblica del 29 settembre 1973, n. 600.

⁹⁵ Con il quale deve essere in vigore una convenzione contro le doppie imposizioni.

⁹⁶ Circolare della Guardia di Finanza n. 1/2018.

la documentazione suddetta, l'attività di controllo sulle operazioni transnazionali avverrà a partire dai mastri contabili⁹⁷. La circolare, inoltre, dà ampio risalto alle operazioni di ristrutturazione aziendale, evidenziando il potenziale impiego di schemi di pianificazione fiscale aggressiva per la riallocazione dei profitti⁹⁸. Nel merito, viene sottolineato come siano necessarie analisi sulle strutture aziendali pre e post riorganizzazione per individuare l'eventuale generazione di perdite o profitti e la corretta allocazione tra le parti di tali risultati, a maggior ragione nel caso di trasferimento di risorse intangibili e di difficile valutazione⁹⁹.

Sempre nel corso dello stesso anno, con il D.M. del 14 maggio 2018¹⁰⁰, emanato in seguito a una consultazione pubblica, vengono ufficialmente recepite ed introdotte nel nostro ordinamento le Linee Guida OCSE nella loro versione aggiornata. Il decreto in questione è stato emanato in funzione di una delega espressa contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 110 comma 7, così come aggiornato dal D.L. 50/2017¹⁰¹. Trattandosi del decreto al quale è strettamente collegato l'ultimo Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate è bene soffermarsi sull'analisi di alcuni argomenti. In primis, all'art. 2 il decreto definisce l'espressione "*imprese associate*" stabilendo che con tale termine si individuano le imprese residenti e le società estere che partecipano direttamente o indirettamente nella gestione, nel controllo e nel capitale l'una dell'altra, o che siano entrambe partecipate da un terzo soggetto. La scelta lessicale operata dal legislatore non è casuale: è espressione della volontà di ricomprendere all'interno della disciplina le "imprese" residenti e le "società" non residenti, allo scopo di delineare le

⁹⁷ Circolare della Guardia di Finanza n.1/2018, parte V, p. 378.

⁹⁸ Circolare della Guardia di Finanza n.1/2018, parte V, pp. 372 – 376.

⁹⁹ Per un approfondimento sulle tematiche trattate dalla circolare si veda DELLA ROVERE A., PECORARI F., *Guardia di Finanza: la circolare n. 1/2018 sulle principali questioni di fiscalità internazionale*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 7/2018, pp. 14 e ss.

¹⁰⁰ Decreto ministeriale del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 14 maggio 2018.

¹⁰¹ L'ultimo periodo dell'art.110 comma 7 dispone che "*con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per l'applicazione del presente comma*".

circostanze soggettive di applicazione dell'istituto¹⁰². Con il termine "impresa" vengono individuati tutti i soggetti in grado di generare reddito d'impresa di cui all'art. 73, TUIR, mentre rimane incerto se siano da ritenersi escluse dall'ambito di applicazione le fattispecie relative a scambi commerciali posti in essere con soggetti non residenti non aventi forma societaria.

Nello stesso articolo, il decreto chiarisce che con "*partecipazione nella gestione, nel controllo e nel capitale*" non ci si limita più ad individuare come fattispecie di applicazione il solo caso di partecipazione superiore al 50% del capitale, ma vengano ricomprese anche tutte le situazioni in cui vi sia una partecipazione con "*diritti di voto*" o "*agli utili*". In alternativa, l'influenza di un'impresa sull'altra può essere desunta dalla presenza di vincoli azionari o contrattuali. Si può notare come il legislatore abbia voluto dare prevalenza alla sostanza del rapporto di controllo e non alla forma dello stesso, allo scopo di individuare tutti i casi di influenza dominante. Tale formulazione consente invero di fugare i dubbi interpretativi sul concetto di controllo, che in alcune circostanze era stato ricondotto alla nozione più restrittiva contenuta nell'art. 2359 del Codice civile¹⁰³. Già in passato, l'orientamento dell'Amministrazione finanziaria era quello di ampliare il concetto di controllo ad ogni ipotesi di influenza economica, privilegiando il controllo di fatto¹⁰⁴. Emerge, tuttavia, una considerazione di natura

¹⁰² TOSI L., BAGGIO R., *op. cit.*, p. 153.

¹⁰³ Cfr. C.T. di I grado di Alessandria, sentenza 28/11/1995 n. 1416, C.T.P. di Gorizia, sentenza 12/06/2013 n. 83 e C.T.P. di Milano, sentenza 09/07/2015 n. 3165. Vedi anche MAYR S., *Il valore normale nei rapporti tra società italiane e controllate estere*, in *Corriere tributario*, 1990, p. 1993.

¹⁰⁴ Con la già citata Circolare Ministeriale n. 32/1980, al Cap. V, punto 4, l'Amministrazione finanziaria estendeva il concetto di controllo alle seguenti fattispecie:

- a) *"vendita esclusiva di prodotti fabbricati dall'altra impresa;*
- b) *impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'impresa (fattispecie comprensiva delle joint ventures);*
- c) *diritto di nomina dei membri del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi delle società;*
- d) *membri comuni del consiglio di amministrazione;*
- e) *relazioni di famiglia tra le parti;*
- f) *concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria;*
- g) *partecipazione da parte delle imprese a centrali di approvvigionamento o vendita;*
- h) *partecipazione delle imprese a cartelli o consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione di*

pratica relativa all'ambito di applicazione della disciplina, in quanto una definizione di controllo così ampia potrebbe tradursi in una difficoltà da parte del contribuente nell'individuazione delle relazioni da sottoporre ad analisi, sfociando nell'esclusione di situazioni che in realtà rientrerebbero nella disciplina e viceversa¹⁰⁵.

Sulla falsa riga di quanto appena affermato, anche per quanto riguarda l'ambito oggettivo si è voluto dare risalto all'effettiva condotta delle parti, stabilendo che per "*operazione controllata*" si intende qualsiasi scambio avvenuto tra imprese associate delineato sulla base di accordi contrattuali o del comportamento effettivo tenuto dalle parti. La formulazione dell'articolo consente quindi all'Amministrazione finanziaria di definire la transazione in maniera diversa rispetto ai termini contrattuali ove i soggetti coinvolti agiscano in maniera difforme rispetto a quanto stabilito preventivamente¹⁰⁶. Con queste precisazioni è stato quindi delimitato l'ambito di applicazione della disciplina sul transfer pricing per quanto concerne le imprese residenti.

Agli artt. 3 e 4 del decreto vengono stabilite alcune caratteristiche relative alla comparabilità delle operazioni oggetto di analisi e vengono esplicate le modalità di applicazione dei metodi per la determinazione del prezzo di trasferimento, concedendo maggiore flessibilità anche in base alle circostanze del caso. Nello specifico viene evidenziato come una transazione possa essere considerata comparabile a quella oggetto di analisi nel momento in cui non presenta differenze tali

prezzi;

- i) controllo di approvvigionamento o di sbocchi;*
- j) serie di contratti che modellino una situazione monopolistica;*
- k) in generale tutte le ipotesi in cui venga esercitata potenzialmente o attualmente un'influenza sulle decisioni imprenditoriali".*

In linea con questa interpretazione estensiva troviamo anche parte della dottrina (cfr. UCKMAR V., op. cit., p. 324, FANTOZZI A., PAPARELLA F., *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, Padova, 2019, p. 307) e della giurisprudenza (Corte di Cassazione, sentenza 22/04/2016 n. 8130 e sentenza 03/04/2017 n. 27018). Sull'argomento vedi anche il commento alla sentenza n. 8130 di DENORA B., *Transfer pricing: dalla nozione di controllo a concetto di "influenza economica"*, in Rivista di diritto tributario (supplemento online), 2016, oltre ad ANTONINI M., RONCA P., *Il requisito del controllo nei prezzi di trasferimento*, in Corriere tributario, 32-33/2016, p. 2351.

¹⁰⁵ MARINO G., *La relazione di controllo quale presupposto soggettivo nel transfer pricing e dintorni*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, 4/2016, pp. 921 – 925.

¹⁰⁶ FERRONI B., *Stabilite le nuove linee guida per il transfer pricing*, in Il fisco, 25/2018, p. 2449.

da incidere sulla scelta dell'indicatore finanziario (*Profit Level Indicator*) oppure le stesse differenze possano essere assorbite tramite degli opportuni aggiustamenti di comparabilità. Inoltre, anche nel nostro Paese viene superata la gerarchia dei metodi stabilendo che si debba applicare il metodo più consono alla transazione analizzata, superando la vecchia impostazione nazionale che prediligeva l'applicazione del metodo di confronto di prezzo, conferendo rilevanza normativa alle cinque metodologie previste dalla prassi internazionale¹⁰⁷.

L'art. 5 precisa che il principio di libera concorrenza è applicato per ogni operazione in maniera separata ma se il contribuente realizza delle operazioni strettamente legate, o molto simili, può procedere ad accorparle all'interno della stessa categoria di transazioni ai fini della verifica dei prezzi applicati (c.d. *portfolio approach*)¹⁰⁸.

L'art. 6 definisce quando l'intervallo di valori sia da considerarsi conforme al principio di libera concorrenza stabilendo che, nel caso in cui l'Amministrazione fiscale individui un valore esterno a questo range, possa rettificare il valore individuato dal contribuente. Nel corso del tempo sono state sollevate alcune perplessità in merito alla precisa definizione del range di valori conformi al principio di libera concorrenza, e sul punto sono intervenute anche alcune sentenze delle Commissioni Tributarie. Storicamente la prassi dell'Agenzia delle Entrate è stata quella di stabilire che il prezzo corretto sia coincidente alla mediana dei valori individuati attraverso l'analisi di comparabilità. Nel 2018, la Commissione Tributaria Provinciale di Milano si è pronunciata in merito a tale operato, censurandolo e affermando che l'intervallo di valori all'interno del quale deve posizionarsi l'indicatore di profitto di un'azienda, per

¹⁰⁷ Sulla scelta del metodo, è interessante notare quanto stabilito dalla C.T.P. di Milano con la sentenza 07/07/2017 n. 3026/24, in merito alla posizione che l'Amministrazione finanziaria deve assumere in sede di accertamento: ebbene si considera violato il principio di lealtà, qualora sia emanato un avviso di accertamento basato su un metodo differente rispetto a quello adottato nel corso del contraddittorio con il contribuente. Tale impostazione si ritrova nel comma 6 dell'art. 4 del D.M. 14 maggio 2018, il quale stabilisce che qualora il contribuente abbia utilizzato un metodo che rispetta i requisiti previsti nei commi da 1 a 5 dello stesso articolo, la verifica degli organi di controllo sulla corretta valorizzazione delle operazioni infragruppo deve avvenire in base al metodo applicato dall'impresa.

¹⁰⁸ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. III par. 3.10, p. 151.

essere considerato conforme all'*arm's length principle*, vada dal valore minimo al valore massimo¹⁰⁹. Sullo stesso piano si è posizionata la sentenza 5005/2018 della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, aggiungendo che il valore mediano non può essere considerato l'unico punto dell'intervallo adeguato al principio di libera concorrenza¹¹⁰. Di parere leggermente diverso è di nuovo la C.T.P. di Milano che con la sentenza 3286/2019 ritiene valido ai fini delle analisi solamente il range interquartile dei valori ricavati dall'analisi¹¹¹. Sul punto si è pronunciata anche Assonime¹¹², in un commento alla bozza del decreto, facendo riferimento agli aggiustamenti di fine esercizio che sono funzionali a garantire un margine, anche minimo, volto a remunerare le parti coinvolte per le funzioni svolte e i rischi assunti e che pertanto potrebbero comportare degli scostamenti degli indicatori di profitto dalla mediana¹¹³. In ogni caso, le stesse Linee Guida OCSE del 2017 suggeriscono un'interpretazione estensiva con riguardo ai valori da considerare conformi¹¹⁴. Il D.M., andando a recepire quanto stabilito dall'OCSE, sembrerebbe favorire un approccio meno stringente consentendo l'utilizzo dell'intero intervallo di valori se questo è omogeneo ed è soprattutto il risultato di ricerche effettuate tramite *database* e nelle quali il livello di comparabilità potrebbe essere minore ma le informazioni utilizzate sono di pubblico dominio e quindi facilmente verificabili¹¹⁵. Tuttavia, il contribuente ha la facoltà di fornire un'adeguata giustificazione allo scostamento dell'indicatore finanziario dall'intervallo di valori conformi, nel caso di circostanze particolari, come ad esempio la volontà di modificare temporaneamente i prezzi di trasferimento per sostenere la

¹⁰⁹ Commissione Tributaria Provinciale di Milano, sentenza 28/11/2018 n. 5445/3.

¹¹⁰ Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, sentenza 19/11/2018 n. 5005.

¹¹¹ Commissione Tributaria Provinciale di Milano, sentenza 17/07/2019 n. 3286.

¹¹² Assonime è un'associazione fra le società italiane per azioni, nata nel 1910, che si occupa dello studio e della trattazione dei problemi che riguardano gli interessi e lo sviluppo dell'economia italiana.

¹¹³ Assonime, *Risposta alla consultazione pubblica sui prezzi di trasferimento*, n. 4/2018, par. 3, p. 13.

¹¹⁴ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. III par. 3.62, p. 165.

¹¹⁵ BELLINI M., CERIANA E., *La valenza dell'intervallo ai fini delle rettifiche di transfer pricing*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2020.

diffusione in un nuovo mercato¹¹⁶. In particolare, seguendo le indicazioni delle Linee Guida internazionali, l'OCSE riporta che *"a taxpayer seeking to penetrate a market or to increase its market share might temporarily charge a price for its product that is lower than the price charged for otherwise comparable products in the same market"*¹¹⁷. Ciò nonostante, la posizione più recente della Corte di Cassazione è quella di negare ai contribuenti la possibilità di giustificare la difformità dei prezzi *intercompany* dai valori di mercato anche in presenza di valide ragioni commerciali¹¹⁸. Tale presa di posizione contrasta con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia UE, nella causa relativa alla società SC Impresa Pizzarotti & C SPA Italia e la sua succursale residente in Romania, avente ad oggetto un ricorso da parte del contribuente contro un avviso di accertamento emesso dall'Amministrazione fiscale romena¹¹⁹. Ebbene, la contestazione del contribuente faceva leva sulla possibile violazione degli artt. 49 e 63 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), che regolamentano la libertà di stabilimento e circolazione, in ragione del trattamento di favore riservato dal Fisco romeno ai rapporti infragruppo interni rispetto ai rapporti con società estere per quanto concerne l'applicazione della disciplina sui prezzi di trasferimento¹²⁰. Tale disparità, in linea di massima, indurrebbe una società madre a rinunciare all'investimento in una succursale localizzata in altro Stato membro, in questo caso la

¹¹⁶ Le Linee Guida dell'OCSE contengono due paragrafi dedicati alle *"Economic circumstances"* e alle *"Business strategies"* (OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. I, paragrafi D.1.4 e D.1.5, pp. 74 – 77).

¹¹⁷ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. I, par. D.1.5, p. 76.

¹¹⁸ Corte di Cassazione, sentenza 21/01/2021 n. 1232.

¹¹⁹ Corte di Giustizia, sentenza 08/10/2020, causa C-558/19. Nel caso in esame, la succursale romena aveva finanziato la controllante italiana con due prestiti gratuiti, completamente rimborsati nel giro di due anni, e l'Amministrazione finanziaria romena aveva ripreso fiscalmente il soggetto ivi residente per la quota di interessi attivi non fatturati. Una causa molto simile ha riguardato una società belga che aveva concesso un finanziamento gratuito ad una partecipata francese, la quale era stata a sua volta ripresa fiscalmente (Corte di Giustizia, sentenza del 21/01/2010, SGI vs Stato belga, causa C-311/08).

¹²⁰ Corte di Giustizia, sentenza 08/10/2020, causa C-558/19, par. 13. Nello specifico, un'operazione di finanziamento a favore di una società non residente viene considerata, dal Fisco romeno, fruttifera di interessi, mentre se la stessa operazione fosse realizzata tra società residenti non sarebbe necessario stabilire un tasso di interesse.

Romania, non potendo sfruttare delle condizioni di favore, temporaneamente non in linea con quelle di mercato, dettate da ragioni commerciali¹²¹. Nonostante la previsione normativa romena sia volta ad assicurare la corretta ed equilibrata ripartizione della potestà impositiva tra Stati, la Corte di Giustizia afferma altresì che il contribuente deve comunque essere messo nelle condizioni di poter sostenere le proprie ragioni di natura commerciale a favore di una transazione avvenuta a condizioni non conformi a quelle di mercato¹²². Pertanto, la Corte di Giustizia giustifica la previsione di una disparità di trattamento nei confronti dei rapporti di collegamento con soggetti non residenti, qualora sia consentito al contribuente di motivare le ragioni commerciali a sostegno della propria strategia, anche se da questa ne possa derivare un vantaggio di natura fiscale¹²³. Definita la posizione della CGUE, abbiamo osservato in precedenza che la disciplina italiana sui prezzi di trasferimento esclude dall'ambito applicativo le operazioni avvenute tra società residenti (c.d. transfer pricing interno). Pertanto, si può ritenere che tale previsione normativa non contrasti con la libertà di stabilimento e circolazione nella misura in cui sia funzionale a prevenire operazioni abusive dettate dalla ricerca del risparmio d'imposta, non conformi al principio di libera concorrenza e non giustificate da valide ragioni commerciali; ne consegue però, stante quanto stabilito dalla CGUE, che al contribuente non può essere negata la facoltà di motivare la presenza di condizioni di favore stabilite nelle transazioni con società associate non residenti, come conseguenza di una strategia imprenditoriale a sostegno di un investimento all'estero¹²⁴.

Tornando all'analisi del D.M., all'art. 7 sono trattati i servizi a basso valore aggiunto per i quali viene recepito l'approccio semplificato per la determinazione del riaddebito

¹²¹ Corte di Giustizia, sentenza 08/10/2020, causa C-558/19, par. 27.

¹²² Corte di Giustizia, sentenza 08/10/2020, causa C-558/19, parr. 34 – 37.

¹²³ Corte di Giustizia, sentenza 31/05/2018, causa C-382/16, caso Hornbach-Baumarkt. In tale fattispecie l'Amministrazione fiscale tedesca era intervenuta nei confronti di una società residente che aveva prestato una garanzia gratuita a favore di due società controllate olandesi, allo scopo di consentire a queste ultime di accedere a dei finanziamenti e poter sostenere la loro attività in un momento di difficoltà operativa.

¹²⁴ ESCALAR G., *op. cit.*, pp. 867 – 869.

infragruppo. La disciplina italiana si allinea così a quanto previsto all'interno delle Linee Guida internazionali, sia per quanto riguarda la definizione dei servizi in oggetto sia per quanto concerne la determinazione del mark-up pari al 5% sui costi diretti e indiretti sostenuti per l'erogazione del servizio. Su questo tema sono state sollevate alcune perplessità in merito alla corretta individuazione dei servizi a scarso valore aggiunto e alla nozione di "approccio semplificato", stante la difficoltà sul lato pratico nell'applicazione di tale metodo. È importante, tra l'altro, evidenziare che questa tipologia di transazioni, ma in generale tutte le operazioni che hanno ad oggetto prestazioni di servizi, sono tra le più monitorate dall'Amministrazione finanziaria che procede alla verifica della corretta deducibilità dei costi sostenuti per usufruire dei servizi ricevuti, valutando in particolare l'inerenza dei componenti negativi rispetto ai ricavi conseguiti¹²⁵. Tornando alla questione relativa alla effettiva semplificazione operata con il nuovo approccio, va precisato che la standardizzazione nella valorizzazione della transazione consente al contribuente di risparmiare tempi e costi relativi all'analisi di comparabilità, ma dall'altro lato richiede di predisporre calcoli e documenti che possono risultare ugualmente dispendiosi¹²⁶. A livello nazionale, inoltre, emerge una discontinuità tra quanto stabilito in precedenza nella prassi, tramite la Circolare Ministeriale 32/1980 e le nuove disposizioni normative del D.M. 14 maggio 2018, dato che nel primo caso l'orientamento era quello di contrastare l'applicazione di un margine di profitto sui servizi non collegati al *core business* aziendale, mentre nella nuova e più recente impostazione viene stabilita una maggiorazione di costo forfettaria, seppur ridotta al 5%, proprio per i servizi a scarso

¹²⁵ VALENTE P., *Transfer pricing: la remunerazione dei servizi a basso valore aggiunto*, in *Il fisco*, 8/2015, p. 766. Sul punto va evidenziato che la Circolare Ministeriale 32/1980, al punto VI, considerava indeducibile il mark-up applicato sui costi sostenuti per fruire di un servizio che non rientrava nell'oggetto sociale della società prestatrice (vedi anche Corte di Cassazione, sentenza 18/07/2014 n. 16480 e la sentenza 04/03/2020 n. 6028 e cfr. BORGOGGIO A., *Servizi intercompany deducibili solo se utili*, in *Il fisco*, 33/2014, p. 3294).

¹²⁶ PANE M., PALMESE V., *Margine di profitto sui servizi infragruppo: questioni ancora aperte*, in *Il fisco*, 6/2019, p. 560.

valore aggiunto¹²⁷.

Al comma 1 dell'art. 8 del decreto viene stabilito che *“con provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate sono aggiornate, in linea con le migliori pratiche internazionali, le disposizioni relative alla documentazione in materia di prezzi di trasferimento”*. Al comma 2, lettera a) e b) il decreto sottolinea come l’idoneità della documentazione sia raggiunta nel momento in cui la stessa permetta agli organi di controllo di entrare in possesso di elementi conoscitivi che consentano loro di procedere ad un’analisi dei prezzi applicati, e che la presenza di *“omissioni o inesattezze parziali”*, qualora non compromettano l’attività dell’organo di controllo, non comporti l’inidoneità assoluta della stessa. Il concetto di idoneità deve essere interpretato come la capacità dei documenti di fornire informazioni attendibili sulla determinazione dei prezzi, consentendo agli organi accertatori di eseguire la loro attività facendo affidamento sul lavoro predisposto dal contribuente¹²⁸. Inoltre, la giurisprudenza in materia sembra essere concorde nello stabilire che per ottenere la disapplicazione delle sanzioni sia sufficiente rendere disponibile i documenti, e non dimostrare che i prezzi di trasferimento applicati siano effettivamente conformi al principio di libera concorrenza¹²⁹. Pertanto, pur affidando all’Agenzia delle Entrate il compito di definire la nuova struttura e la nuova forma delle documentazioni di transfer pricing, il decreto stabilisce, in linea di principio, alcuni requisiti per l’approvazione delle informazioni fornite dai contribuenti.

L’Agenzia delle Entrate ha emanato, come previsto dal Ministero dell’Economia e delle Finanze, il Provvedimento 360494 in data 23 novembre 2020¹³⁰ con il quale ha recepito le Linee Guida OCSE del 2017 ma, come vedremo nel dettaglio nel prossimo paragrafo,

¹²⁷ PANE M., PALMESE V., *op. cit.*, p. 561. È opportuno evidenziare che, con il nuovo Provvedimento dell’Agenzia delle Entrate di più recente emanazione e che verrà trattato nei prossimi paragrafi, anche l’orientamento della prassi sembra conformarsi a quanto previsto nelle Linee Guida dell’OCSE.

¹²⁸ BELOTTI R., QUARANTINI S., *Linee guida al regime della penalty protection nei prezzi di trasferimento*, in *Il fisco*, 39/2020, p. 3757.

¹²⁹ Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, sentenza del 15/05/2017 n. 2454 e sentenza del 26/01/2018, n. 328.

¹³⁰ Provvedimento dell’Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020, n. 360494.

lascia delle perplessità con riguardo ad alcuni aspetti.

1.3 Il Provvedimento del 23 novembre 2020 dell'Agenzia delle Entrate

1.3.1 Contenuto e predisposizione del nuovo set documentale

Il percorso di adeguamento della normativa domestica in materia di transfer pricing richiedeva un conseguente aggiornamento della documentazione necessaria per accedere al regime della *penalty protection*. A distanza di dieci anni dal primo provvedimento, l'Agenzia delle Entrate ha pubblicato il Provvedimento 360494 che si apre con delle precisazioni in merito al significato di alcuni termini presenti nei punti successivi e alla corretta interpretazione di alcuni metodi di verifica della congruità dei prezzi applicati.

Al punto 2 viene data evidenza della nuova struttura del Masterfile e della Documentazione Nazionale che possa riscontrare i requisiti di idoneità ai fini della disapplicazione delle eventuali sanzioni amministrative. Rispetto alla precedente conformazione dei due documenti sono stati modificati alcuni punti, allineandosi per la maggior parte agli standard OCSE¹³¹. La nuova struttura del Masterfile prevede un primo capitolo dedicato alla descrizione della struttura organizzativa complessiva, anche tramite rappresentazioni schematiche, allo scopo di individuare l'assetto proprietario del gruppo e l'ubicazione geografica delle singole imprese. A seguire, il secondo capitolo deve riportare una descrizione delle attività svolte, evidenziando i fattori che contribuiscono a generare il profitto del gruppo, i flussi di fatturazione tra le imprese collegate, la presenza di eventuali accordi *intercompany* per la prestazione di servizi, i mercati di riferimento nei quali è presente il gruppo, ed eventuali operazioni di riorganizzazione aziendale. Il terzo capitolo deve contenere un'elencazione e un'analisi dei beni immateriali, con riferimento alla gestione strategica di tali assets, alla presenza di accordi infragruppo, alle politiche dei prezzi di trasferimento per le

¹³¹ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Chapter V, Par. 5.19 e 5.22 e Annex 1 to Chapter V, p. 501.

attività di ricerca e sviluppo e le relative operazioni transnazionali registrate nel corso dell'esercizio. Il quarto capitolo si concentra sulle modalità attraverso le quali il gruppo si finanzia verso i terzi, sull'eventuale attività accentrata di gestione della tesoreria e i rapporti finanziari *intercompany*. Infine, devono essere allegati il bilancio consolidato insieme ad eventuali accordi preventivi o *ruling* transfrontalieri sottoscritti con le amministrazioni fiscali.

Rispetto ai nove capitoli previsti in precedenza, emerge come la struttura sia stata resa più snella rimuovendo alcune parti meno rilevanti ai fini fiscali come la storia e l'evoluzione del gruppo multinazionale. Sempre in tema di semplificazioni, va segnalato come non sia più prevista una descrizione dettagliata dei flussi infragruppo, essendo sufficiente una disamina generale delle attività economicamente rilevanti, diversamente dalle precedenti disposizioni che richiedevano di riportare le modalità di fatturazione, gli importi delle transazioni e le motivazioni sottostanti le operazioni realizzate con riguardo a tutte le società del gruppo, residenti o meno¹³². In compenso è evidente la maggiore enfasi posta sui temi relativi alla gestione degli *intangibles* e della finanza di gruppo. Tali tematiche, nel tempo, sono state analizzate con sempre maggiore attenzione dagli organi di controllo, in quanto si prestano più frequentemente al fenomeno dello spostamento dei profitti e, in linea con la volontà del progetto BEPS di favorire la cooperazione in ambito tributario, devono essere descritte più dettagliatamente per fornire gli elementi conoscitivi necessari ai fini delle attività di verifica. Complessivamente, il Masterfile dev'essere redatto allo scopo di fornire all'amministrazione fiscale una visione globale del gruppo multinazionale, affinché sia possibile individuare come si collocano le transazioni *intercompany* nel contesto dell'attività aziendale delle varie compagini e di conseguenza valutare in modo adeguato la presenza di rischi di scostamento dei prezzi dal principio di libera concorrenza¹³³. Il contribuente, a tal riguardo, deve ponderare attentamente le

¹³² Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, n. 137654, punto 2.1

¹³³ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Chapter V, Section C.1, Par. 5.18, p. 234.

informazioni da fornire alle autorità fiscali, in quanto se queste sono considerate essenziali per un'analisi più completa e puntuale devono essere inserite nel documento e una loro omissione potrebbe incidere negativamente sull'attendibilità delle analisi realizzate sui prezzi di trasferimento. Ne consegue che una società, nel momento in cui decide di aderire al regime di oneri documentali, deve preventivamente esaminare la disponibilità di informazioni sulle imprese associate residenti all'estero e il grado di accesso ai dati economici di quest'ultime, per evitare di fornire analisi incomplete intaccando la validità delle stesse¹³⁴.

Come per il Masterfile, anche la struttura del Country File è stata modificata: rimangono presenti le parti relative alla descrizione della società residente, della relativa struttura operativa e della strategia aziendale, le quali, prima distinte, ora vengono accorpate all'interno del primo capitolo. A seguire, la Documentazione Nazionale contiene una sezione dedicata alle operazioni infragruppo realizzate dalla società locale con entità non residenti, evidenziando le caratteristiche specifiche delle transazioni. All'interno dello stesso capitolo deve essere inclusa la procedura utilizzata per l'analisi di comparabilità, descrivendo metodi, analisi, eventuali rettifiche e risultati finali. Anche in questo caso è stato inserito un capitolo dedicato esclusivamente agli aspetti finanziari e nel quale vanno allegati il bilancio della società oggetto di disamina, i prospetti di riconciliazione con il bilancio d'esercizio relativi all'applicazione del metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento e i dati finanziari rilevanti delle società comparabili selezionate.

Come nel caso precedente, la volontà dell'Agenzia delle Entrate è quella di snellire la struttura del documento eliminando informazioni di importanza secondaria, concentrando l'attenzione su argomenti di maggiore rilevanza fiscale. Allo stesso tempo le informazioni richieste ai contribuenti presentano una complessità e un grado di dettaglio più elevato rispetto al passato e per tale motivo ci si attende che l'Agenzia

¹³⁴ Lo scenario descritto è più frequente per le imprese controllate che appartengono a grandi multinazionali che si trovano nella situazione di dover esibire o redigere il Masterfile, mentre le società holding, in genere, dispongono di tutte le informazioni necessarie.

delle Entrate possa pubblicare una nuova circolare a riguardo per precisare taluni aspetti¹³⁵.

Il punto 3 del Provvedimento prevede quanto stabilito dai paragrafi 2.2 e 2.3 in merito alla documentazione da predisporre sia per le stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di imprese non residenti, definite all'art. 162 del TUIR, sia per le imprese residenti che possiedono stabili organizzazioni all'estero. Anche in questo caso è quindi prevista la stesura dei due documenti sopra citati, o quantomeno, trattandosi di una stabile organizzazione, la disponibilità del Masterfile di gruppo.

Al punto 4, in continuità con quanto previsto in passato, viene ribadita la possibilità concessa alle piccole-medie imprese di aggiornare su base triennale le informazioni relative alle transazioni infragruppo, nel momento in cui i fattori di comparabilità non subiscono variazioni significative, purché l'analisi condotta si basi su informazioni reperite da fonti pubbliche. È questo il caso di gruppi di piccole dimensioni che realizzano operazioni standardizzate, che non variano nel corso degli anni, come la compravendita di materie prime o prodotti finiti. L'agevolazione viene concessa in maniera tale da rendere meno oneroso l'accesso al regime premiale per le imprese con un minor volume d'affari, identificate tra quelle che presentano un livello di fatturato inferiore ai 50 milioni di euro¹³⁶.

Un punto di discontinuità rispetto alle precedenti disposizioni è costituito dall'assenza di distinzione tra società holding, subholding e controllate, relativamente al set documentale minimo da predisporre¹³⁷. Questa omissione implica che, contrariamente al passato, anche per le società non qualificabili come holding o subholding, la documentazione idonea da esibire sia costituita da Masterfile e Documentazione Nazionale e non più solamente dalla seconda. Viene in ogni caso concessa la possibilità di presentare più di un Masterfile nel caso in cui il gruppo multinazionale realizzi attività diverse tra loro e regolate da distinte politiche sui prezzi di trasferimento.

¹³⁵ AVOLIO D., *L'Agenzia delle Entrate rivede le direttive sugli oneri documentali*, in *Il fisco*, 2/2021, p. 158.

¹³⁶ Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020, n. 360494, punto 1.1, lett. a.

¹³⁷ Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, n. 137654, punti 3, 4, 5 e 6.

Al punto 7, il direttore dell'Agenzia delle Entrate prevede che il contribuente, al fine di poter accedere all'approccio semplificato previsto per i servizi a basso valore aggiunto¹³⁸, sia tenuto alla redazione di un ulteriore documento. Quest'ultimo deve recare la descrizione dei servizi in oggetto, gli accordi che regolano la fornitura delle prestazioni, in che modo i servizi siano stati valorizzati e infine le modalità di allocazione dei costi inerenti. Non è chiaro, a riguardo, se anche questo documento debba riportare la firma digitale con marca temporale, come previsto per il resto del set documentale¹³⁹.

Esaminati gli aspetti relativi alla tipologia e al contenuto dei documenti, verranno ora analizzate le novità relative alla comunicazione e alla presentazione del set.

1.3.2 Modalità di comunicazione e consegna della documentazione

Il Provvedimento, al punto 5, tratta le questioni relative alle modalità di presentazione della documentazione. Innanzitutto, viene precisato che Masterfile e Documentazione Nazionale devono essere redatti in lingua italiana, concedendo tutt'al più la possibilità di presentare il Masterfile in lingua inglese. Quest'ultima disposizione può essere interpretata come un'agevolazione concessa alle imprese residenti controllate da società estere, evitando che le stesse debbano sopportare l'onere di redigere tale documento, senza disporre di informazioni adeguate sull'intero gruppo multinazionale, o di doverlo tradurre. Si sottolinea per l'appunto che all'interno del Masterfile debbano essere incluse tutte le operazioni *intercompany* relative al gruppo, e una società potrebbe non essere a conoscenza delle transazioni avvenute tra due consorelle estere e dei relativi accordi contrattuali. Di conseguenza è preferibile che la redazione del Masterfile sia affidata alla *parent company*, la quale possiede informazioni più complete e attendibili rispetto alle proprie controllate sulle varie operazioni realizzate. Potrebbe però capitare il caso in cui a capo di una subholding ci

¹³⁸ D.M. 14 maggio 2018, art. 7.

¹³⁹ AVOLIO D., *L'Agenzia delle Entrate rivede le direttive sugli oneri documentali*, in *Il fisco*, 2/2021, p. 153.

siano due o più società con partecipazioni di pari valore¹⁴⁰. In una situazione di questo tipo potrebbero sorgere dei dubbi in merito a chi spetta l'onere di preparare il Masterfile. Tuttavia, appare logico attendersi che a farsi carico di tale compito sia la società che è in grado di accedere con più semplicità alla maggiore quantità di informazioni sulle entità del gruppo e sulle varie transazioni realizzate.

Una novità rilevante rispetto al passato è la necessità di apporre su entrambi i documenti una *“firma elettronica con marca temporale entro la data di presentazione della dichiarazione dei redditi”*¹⁴¹. Questa nuova previsione comporta diverse difficoltà per il contribuente. In primis, è necessario completare l'intera documentazione in data antecedente a quella di presentazione della dichiarazione dei redditi senza l'apparente possibilità di apportare successive modifiche o integrazioni. Ciò implica che si debba effettuare un'analisi di comparabilità disponendo di una quantità limitata di dati pubblici, in quanto le informazioni reperibili sull'ultimo periodo d'imposta potrebbero non essere sufficienti. Questo perché alla data di invio della dichiarazione dei redditi, che è generalmente compresa tra settembre e novembre, sono relativamente pochi i bilanci disponibili all'interno delle banche dati di pubblica consultazione. In tal modo si verificherebbe uno sfasamento temporale importante rispetto al momento in cui avverrà l'attività di accertamento degli organi di controllo che potrebbero basare le loro verifiche su una mole di dati più ampia e quindi pervenire a conclusioni sostanzialmente differenti rispetto a quelle del contribuente¹⁴². Tale cambiamento, tra l'altro, comporta l'apparente impossibilità di modificare il set di documenti, essendo la firma digitale un requisito formale posto come condizione necessaria per l'idoneità e la conseguente disapplicazione delle sanzioni¹⁴³. D'altro canto, si ritiene che la mancanza

¹⁴⁰ Ad esempio, due società holding potrebbero partecipare al 50% una subholding, la quale a sua volta detiene partecipazioni in società estere.

¹⁴¹ Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020, n. 360494, punto 5.1.2.

¹⁴² Sul tema dell'intervallo temporale di riferimento utilizzato dal Fisco è intervenuta la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia con la già citata sentenza 5005/2018, affermando come l'organo accertatore non possa utilizzare dati ed informazioni che non erano disponibili al momento dell'analisi effettuata dal contribuente.

¹⁴³ GERMANI A., *Transfer pricing, documenti con data certa*, in Norme e tributi plus, 24 novembre 2020.

di tale requisito, considerato singolarmente, non possa ostare al giudizio di idoneità della documentazione da parte dell'Amministrazione fiscale, qualora Masterfile e Documentazione Nazionale presentino contenuti esaurienti ed in linea con quanto disposto dal Provvedimento e dal D.M 14 maggio 2018, consentendo quindi al Fisco di procedere all'analisi sulla conformità dei prezzi praticati¹⁴⁴. Inoltre, è stato esteso a venti giorni dalla richiesta dell'organo di controllo il periodo concesso per la consegna del set, rispetto ai dieci giorni previsti in passato¹⁴⁵. Ad una prima lettura, quest'ultima previsione mal si concilia con la necessità di completare i documenti prima dell'invio della dichiarazione annuale: nel momento in cui viene apposta la firma digitale non dovrebbero più essere consentite modifiche o integrazioni successive. È pur sempre vero che potrebbero verificarsi eventi di natura eccezionale che impediscono momentaneamente al contribuente di esibire i documenti al momento della richiesta degli organi accertatori; oppure tale concessione fa riferimento alla documentazione sui servizi a basso valore aggiunto che, sulla base di quanto contenuto nel Provvedimento, non dovrebbero prevedere l'apposizione della firma digitale.

Al punto 5.3.7 viene introdotta l'opportunità di escludere dall'analisi sui prezzi di trasferimento le operazioni considerate marginali, risolvendo parzialmente il dibattito su quale dovesse essere la soglia di significatività per poter inserire o escludere una determinata transazione¹⁴⁶. Non viene stabilito un limite numerico al di sotto del quale una transazione può considerarsi marginale, e in tal modo la decisione viene affidata ad una valutazione soggettiva in base alle circostanze del caso. La scelta effettuata dal

Anche in questa circostanza è atteso un chiarimento, attraverso una circolare, da parte dell'Agenzia delle Entrate.

¹⁴⁴ ALBANO A., GNUDI M., *Prime osservazioni sulla nuova disciplina della documentazione in materia di transfer pricing nell'ottica del principio di proporzionalità: contenuti e forme per il riconoscimento della penalty protection dopo il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020*, in Rivista telematica di diritto tributario, 2021. I due autori ritengono che, tutt'al più, la mancata o non conforme apposizione della firma digitale potrebbe essere sanzionata come violazione formale ex art. 8 del D.Lgs. 471/1997.

¹⁴⁵ Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, n. 137654, punto 8.2.

¹⁴⁶ AVOLIO D., *L'Agenzia delle Entrate rivede le direttive sugli oneri documentali*, in Il fisco, 2/2021, p. 161.

contribuente deve però tener conto del fatto che, nel caso in cui si opti per un'analisi parziale, la disapplicazione delle sanzioni avrà effetto con riguardo alle sole operazioni incluse nella documentazione.

L'ultimo tema al quale va dedicata particolare attenzione è quello relativo alle dichiarazioni integrative. Al punto 6.1 del Provvedimento vengono dettate alcune regole per quanto concerne la possibilità di integrare o modificare la documentazione come conseguenza di *“errori od omissioni derivanti dalla non conformità al principio di libera concorrenza delle condizioni e dei prezzi di trasferimento”*. Tale modifica va comunicata all'Agenzia delle Entrate tramite la presentazione di un'apposita dichiarazione integrativa. Tuttavia, questa previsione fa riferimento al solo caso in cui la correzione determini un maggiore imponibile, un maggiore debito o un minore credito d'imposta, non configurandosi pertanto la possibilità di presentare una dichiarazione integrativa a favore o di comunicare tardivamente il possesso della documentazione. Per quanto concerne il punto 6.2, le indicazioni ivi contenute sono ormai superate data la scadenza fissata al 31 dicembre 2020 per la presentazione della dichiarazione integrativa di cui al punto 6.1, con riguardo esclusivo ai periodi d'imposta precedenti per i quali non fosse ancora decorso il termine di decadenza per l'accertamento. L'agevolazione in questione era rappresentata dall'assenza di sanzioni irrogate o di interessi moratori richiesti sulle maggiori imposte dovute.

In chiusura, il Provvedimento analizzato costituisce l'ultimo step in ordine temporale nel processo di adeguamento da parte del nostro Paese alle indicazioni dell'OCSE in materia di transfer pricing. Le novità introdotte presuppongono una maggiore trasparenza da parte dei contribuenti e una maggiore tempestività nella preparazione della documentazione necessaria. La scelta di pubblicare le nuove disposizioni in concomitanza con l'emergenza sanitaria appesantisce l'attività dei contribuenti, i quali dovranno individuare le modalità con le quali descrivere gli effetti negativi della pandemia e al contempo adattare i propri schemi di redazione al nuovo standard. A tali difficoltà si aggiunge quella dettata dal minor tempo a disposizione per effettuare le analisi sulle transazioni infragruppo, stante la scadenza fissata alla data di

presentazione della dichiarazione dei redditi.

Questa serie di cambiamenti causerà una revisione dei processi per la raccolta delle informazioni e la redazione dei documenti, e ciò dovrà necessariamente comportare una maggiore collaborazione con le società estere associate. In aggiunta, si renderà necessaria una valutazione sulle linee guida introdotte nell'ambito delle transazioni finanziarie e della gestione degli intangibili, tematiche al centro delle nuove disposizioni e oggetto di recenti integrazioni normative che verranno approfondite nei prossimi capitoli.

Capitolo 2: Gli intangibili, modalità di valutazione e relative criticità

2.1 Evoluzioni normative sul tema degli intangibili

2.1.1 Le prime disposizioni relative alle risorse immateriali

Le tematiche relative alla distribuzione dei profitti generati dalle operazioni relative allo sfruttamento dei diritti degli intangibili e al trasferimento della proprietà dei beni immateriali sono tra le più dibattute in ambito transfer pricing.

I primi tentativi di inquadramento del problema da parte dell'OCSE risalgono al 1979, con la stesura delle prime Linee Guida sui prezzi di trasferimento, all'interno delle quali viene dedicato un apposito capitolo alla gestione degli intangibili. Il relativo contenuto spazia dalla definizione di ciò che al tempo veniva ricompreso all'interno di questa categoria, ai trasferimenti di tecnologia tra società appartenenti allo stesso gruppo, con focus specifico sulle attività di ricerca e sviluppo e sulle modalità di allocazione dei relativi costi¹⁴⁷. Come riportato nel primo capitolo del presente elaborato, l'Italia ha recepito tali indicazioni con la Circolare Ministeriale n. 32 del 1980, dove al capitolo cinque vengono esaminati i beni immateriali. Le disposizioni ivi contenute si basano sul presupposto che le transazioni che coinvolgono beni intangibili devono essere valorizzate in base al principio di libera concorrenza. In particolare, la circolare contiene delle considerazioni che sono state applicate per diverso tempo da parte dell'Agenzia delle Entrate nel nostro Paese, data l'assenza di successivi interventi in materia volti a definire delle prassi aggiornate¹⁴⁸. Nel merito, viene specificato come per la valutazione della conformità del prezzo pattuito in una transazione si debba adottare un approccio di tipo tecnico considerando le potenzialità future del bene, i

¹⁴⁷ OECD, *Transfer pricing and multinational enterprises*, capitolo 3, Parigi, 1979, p. 45.

¹⁴⁸ Le disposizioni della Circolare sono state ritenute valide, soprattutto nella prassi dell'Agenzia delle Entrate, quanto meno fino all'emanazione del D.M. 14 maggio 2018 che, recependo l'ultima versione aggiornata delle Linee Guida, supera i contenuti del documento interno risalente al 1980.

costi di sfruttamento correlati, la vita utile del bene e la marginalità da garantire al cedente o licenziante¹⁴⁹. Altresì, le informazioni giuridiche ricoprono un ruolo fondamentale nel processo di analisi, in quanto spesso stabiliscono a priori la ripartizione delle funzioni svolte, dei rischi assunti e degli asset utilizzati¹⁵⁰. Ugualmente importante risulta la valutazione dei possibili vantaggi futuri collegati allo sfruttamento del bene immateriale, i quali influenzano in modo diretto l'ammontare corrisposto tra le parti di una transazione; il prezzo corrisposto potrebbe inoltre variare nel corso del tempo in ragione del progresso tecnologico del licenziatario che potrebbe arrivare a sviluppare in autonomia la risorsa ricevuta in licenza, rendendo non più conveniente la prosecuzione dell'accordo¹⁵¹. Un punto interessante della citata circolare riguarda la forma e l'ammontare del corrispettivo, in quanto viene rilevato che data l'oggettiva difficoltà nel determinare il valore delle transazioni relative ai beni immateriali, queste si prestano ad essere strumentalizzate per favorire meccanismi di elusione fiscale (come la deduzione di canoni corrisposti a società residenti in Paesi a bassa fiscalità) e pertanto, al tempo, venne ritenuto opportuno fissare a priori un range di validità per i corrispettivi sulla base delle circostanze del caso¹⁵².

Negli aggiornamenti successivi dell'OCSE non vengono introdotte novità di rilievo, se non per quanto riguarda le modalità con le quali descrivere la gestione degli *intangibles* all'interno del set documentale dedicato ai prezzi di trasferimento. A tal punto si evidenzia che, fino all'avvento del progetto BEPS, era richiesta una descrizione generale di tali asset, ai quali era dedicato il settimo capitolo del Masterfile. In passato, era sufficiente elencare quali fossero gli *intangibles* di gruppo ed evidenziare l'eventuale corresponsione tra parti associate di canoni e *royalties*. Così come previsto a livello comunitario, anche in Italia, sulla base di quanto contenuto nel Provvedimento n. 137654 del 2010, non erano richiesti elementi aggiuntivi a riguardo. Lo scenario,

¹⁴⁹ Circolare ministeriale del 22 settembre 1980, n. 32, Cap. V, punto 3, p. 21.

¹⁵⁰ Circolare ministeriale del 22 settembre 1980, n. 32, Cap. V, punto 4, p. 21.

¹⁵¹ Circolare ministeriale del 22 settembre 1980, n. 32, Cap. V, punto 5, p. 22.

¹⁵² Circolare ministeriale del 22 settembre 1980, n. 32, Cap. V, punto 6, pp. 22-23; questo punto verrà trattato nel sotto paragrafo 2.5.4.

come accennato, è mutato in seguito al progetto BEPS, avviato nel 2013, e i cui primi risultati hanno iniziato ad essere pubblicati nel 2015.

2.1.2 Schemi di pianificazione fiscale aggressiva

La grande attenzione rivolta alle transazioni relative a beni immateriali è riconducibile all'evoluzione dei mercati e dei settori tecnologici, accompagnati da una crescente digitalizzazione dell'economia¹⁵³. I modelli di *business* attuali fanno sempre più affidamento su risorse intangibili con una progressiva riduzione degli investimenti in beni materiali come si evince dall'aumento del loro valore contabile o dall'incidenza dello stesso valore in relazione alla capitalizzazione di mercato di una società¹⁵⁴. L'evoluzione dello scenario competitivo ha riguardato sia le imprese che operano nei settori industriali più tecnologici come quello farmaceutico, del digitale¹⁵⁵,

¹⁵³ T'NG A., *The modern marketplace, the rise of intangibles and transfer pricing*, in Intertax, Volume 44, Issue 5, 2016, p. 413.

¹⁵⁴ LAGARDEN M., *Intangibles in a transfer pricing context: where does the road lead?*, in International Transfer Pricing Journal, Volume 21, No. 5, 2014. Per una disamina approfondita sull'evoluzione dei modelli finanziari di *business* collegati allo sfruttamento degli intangibili, cfr. GRUBER S., *Intangibles value in financial accounting and reporting*, Wiesbaden (Germania), 2015; ALSAMAWI A., CADESTIN C., JAAX A., GUILHOTO J., MIROUDOT S., ZURCHER C., *Returns to intangibles capital in global value chains – new evidence on trends and policy determinants*, OECD trade policy papers n. 240, 2020; VAN ASSCHE A., *Trade, investment and intangibles – the ABCS of global value chain-oriented policies*, OECD trade policy papers n. 242, 2020.

¹⁵⁵ Il tema dell'economia digitale è al centro di numerosi dibattiti da diversi anni, a causa della difficoltà nell'individuare modalità efficaci ed efficienti per tassare i profitti generati dalle multinazionali che operano all'estero in assenza di strutture fisiche e personale, sfruttando piattaforme digitali e i c.d. "big data" forniti dagli utenti. In un tale contesto diventa complicato individuare un collegamento tra la fattispecie che genera la base imponibile e la potestà impositiva di uno Stato, proprio a causa della mancanza di una presenza fisica sul territorio. Pertanto, ci si interroga se sia preferibile individuare un meccanismo alternativo di calcolo della base imponibile per i profitti "digitali", se sia necessario modificare la definizione di stabile organizzazione per adeguarla al nuovo contesto dell'economia digitale, o se sia possibile individuare un'imposta condivisa da vari Paesi che consenta di tassare in modo uniforme e standardizzato i profitti generati attraverso le piattaforme del web. Sul punto si veda, senza pretesa di esaustività, PEDACCINI F., *L'imposizione diretta nel contesto dell'economia digitale: stabili organizzazioni "virtuali", ritenute fiscali e diverted profit tax*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, 4/2015, pp. 896 e ss.; KEMMEREMEN E., *Should the taxation of the digital economy really be different?*, in EC Tax Review, 2/2018, pp. 72 – 73; BRAUNER Y., *Taxing the digital economy post-BEPS, seriously*, in Intertax, Volume 46, Issue 6-7, 2018, pp. 462 – 465; DEVEREUX M.P., VELLA J., *Implications of digitalization for international corporate tax reform*, in Intertax, Volume 46, Issue 6-7, 2018, pp. 550 –

dell'*automotive* nonché quelle operanti nei settori tradizionali quali moda e alimentare, rendendo necessaria una revisione delle modalità di valutazione e classificazione di tali poste, al fine di evitare rappresentazioni non veritiere e ridurre gli ambiti di soggettività¹⁵⁶. La crescita degli scambi e dell'utilizzo dei beni intangibili all'interno dei gruppi multinazionali, unitamente alla difficoltà nel monitoraggio delle relative transazioni, si presta a meccanismi elusivi spingendo le amministrazioni finanziarie a contrastare tali pratiche¹⁵⁷.

Le strategie attuate dai gruppi multinazionali, che hanno condotto ad un'intensificazione delle attività di controllo da parte delle amministrazioni fiscali, presentano dei tratti comuni e tra questi troviamo la creazione *ad hoc* di società estere alle quali assegnare la proprietà giuridica degli asset immateriali e nelle quali vengono fatti confluire i relativi profitti, al di là dell'effettivo svolgimento di qualsiasi funzione legata allo sviluppo o al mantenimento del bene; oppure, si ricorre a particolari accordi per consentire una ripartizione dei profitti sbilanciata verso imprese residenti in Paesi a bassa fiscalità, quando anche quest'ultime non svolgano particolari funzioni generatrici di valore¹⁵⁸. In simili contesti è possibile individuare tre elementi essenziali, i quali devono sussistere contemporaneamente, per caratterizzare una fattispecie di risparmio d'imposta come pianificazione fiscale aggressiva:

1. lo sfruttamento della disparità di trattamento fiscale tra due o più Paesi;
2. il disallineamento tra la realizzazione dei profitti e la potestà impositiva su tali

559; JIMENEZ A.M., *BEPS, the digitalized economy and the taxation of services and royalties*, in Intertax, Volume 46, Issue 8-9, 2018, pp. 620 – 638; SUCCIO R., *Digital economy, digital enterprise e imposizione tributaria: alcune considerazioni sistematiche*, in Diritto e Pratica Tributaria, 6/2020, pp. 2363 e ss.

¹⁵⁶ FAZZINI M., *La valutazione degli intangible secondo i principi di valutazione internazionali*, in Amministrazione & Finanza, 10/2018, p. 57. Sul tema, cfr. IAS 38 - Attività immateriali e OIC 24 - Immobilizzazioni immateriali. Per un approfondimento sui criteri di qualificazione, classificazione e imputazione contabile e tributaria vedi anche GIORGI S., *I beni immateriali nel sistema del reddito d'impresa*, Torino, 2020, Cap. IV, pp. 187 – 271.

¹⁵⁷ HICKMAN A., *The application of revised transfer pricing rules to aspects of business models*, in Intertax, Volume 44, Issue 10, 2016, p. 730.

¹⁵⁸ GASPARRI T., *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza*, in Assonime Note e Studi n. 15/2017.

redditi;

3. la presenza di una doppia non imposizione non concessa dagli Stati¹⁵⁹.

In particolare, gli schemi aventi ad oggetti beni intangibili che si sono diffusi prima dell'avvento del progetto BEPS sfruttano la possibilità di delocalizzare i profitti attraverso il transfer pricing e la concessione in licenza delle risorse immateriali¹⁶⁰.

Con il primo schema, definito “*royalty structure*”, una società madre di un gruppo multinazionale, residente in un Paese ad alta incidenza fiscale, investe in attività di ricerca e sviluppo finalizzate alla creazione di beni intangibili, i cui diritti verranno in seguito trasferiti in capo ad una società controllata (IP holding) residente in un Paese a bassa fiscalità. La IP holding si occuperà della sola gestione amministrativa di tali beni che concederà poi in licenza ad una società operativa, la quale potrà sfruttare tali asset per la sua gestione caratteristica generando dei profitti. La società operativa corrisponderà elevati canoni periodici (*royalties*), che potrà poi dedursi, alla IP holding. Pertanto, la maggior parte del risultato economico del gruppo, relativo ai beni immateriali sviluppati, sarà tassato nel Paese a bassa fiscalità in cui risiede la IP holding, nonostante quest'ultima non realizzi nessuna attività legata allo sviluppo della risorsa¹⁶¹.

Il secondo schema, simile al primo, viene denominato “*cost-sharing structure*”. La differenza rispetto al caso precedente riguarda il rapporto tra la casa madre che sviluppa l'intangibile e la IP holding: le parti sottoscrivono un accordo iniziale per mezzo del quale la capogruppo viene ricompensata per il trasferimento del bene e le due società condividono i costi di sviluppo. Per mezzo di tale accordo la società controllata, che ora detiene la proprietà dell'intangibile, non dovrà effettuare ulteriori

¹⁵⁹ PISTONE P., *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, 2/2016, pp. 402 – 411.

¹⁶⁰ DINE J., KOUTSIAS M., *The three shades of tax avoidance of corporate groups: company law, ethics and the multiplicity of jurisdictions involved*, in European Business Law Review, Volume 30, No. 1, 2019, p. 167.

¹⁶¹ SCREPANTE M.S., *Rethinking the Arm's Length Principle and Its Impact on the IP Licence Model after OECD/G20 BEPS Actions 8-10: Nothing Changed But the Change?*, in World Tax Journal, Volume 11, Issue 3, 2019, pp. 435 – 436.

pagamenti periodici alla casa madre e come nel caso precedente i profitti verranno localizzati in modo artificioso nel Paese a fiscalità ridotta nel quale risiede la IP holding¹⁶².

La terza fattispecie riguarda la “*principal entrepreneur structure*” nella quale gli intangibili sviluppati dalla capogruppo vengono trasferiti ad una controllata (società principale) che risiede in un Paese a fiscalità privilegiata, la quale concede la risorsa in licenza ad una società operativa, anch’essa residente in un Paese a tassazione ridotta, che la sfrutterà per la creazione di nuovi prodotti. La società operativa, che si assume i rischi relativi ai prodotti, stipula un accordo con una società distributiva che procederà alla rivendita dei beni ai clienti finali nel proprio mercato geografico. In questo modo i ricavi realizzati tramite le vendite *offshore* dei prodotti sviluppati saranno dirottati verso il Paese in cui risiede la società operativa, potendo beneficiare di un’aliquota fiscale ridotta¹⁶³.

Gli schemi sopra riportati descrivono strategie di natura fiscale che sono state attuate soprattutto dalle grandi multinazionali del web, quali Google, Amazon e Apple che nel corso degli anni sono riuscite a sfruttare la possibilità di condurre il loro *business* da remoto, tramite l’utilizzo di piattaforme digitali dislocate in tutto il mondo e senza la necessità di essere presenti fisicamente nei luoghi in cui veniva generato il maggior valore¹⁶⁴.

Nel contesto relativo alla strumentalizzazione della gestione dei beni immateriali va

¹⁶² SCREPANTE M.S., *op. cit.*, pp. 436 – 438.

¹⁶³ SCREPANTE M.S., *op. cit.*, pp. 438 – 439. Per un ulteriore approfondimento sugli schemi di pianificazione fiscale, cfr. CACHIA F., *Aggressive tax planning: an analysis from an EU perspective*, in EC Tax Review, 5/2017, pp. 257 – 273.

¹⁶⁴ PERRONE A., *L’equa tassazione delle multinazionali in Europa: imposizione sul digitale o regole comuni per determinare gli imponibili?*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, 1/2019, pp. 64 e ss. In particolare, l’autore si sofferma sulla descrizione degli schemi di pianificazione fiscale attuati dalle multinazionali del web, interrogandosi su quali possano essere le soluzioni più efficaci per garantire un’adeguata tassazione dei profitti generati attraverso piattaforme digitali. Sul tema cfr. anche DORIGO S., *Il superamento dei criteri di collegamento “tradizionali” nell’epoca dell’economia digitale: le conclusioni dell’AG Kokott nella causa Google e la problematica della localizzazione del reddito d’impresa*, in Rivista telematica di diritto tributario, 2019 e DINE J., KOUTSIAS M., *op.cit.*, pp. 149 – 181.

ricompresa anche la crescita di agevolazioni fiscali offerte da diversi Stati, al fine di attrarre capitali dall'estero, le quali se da un lato nascono con l'intento di contrastare l'elusione fiscale, dall'altro favoriscono lo spostamento delle risorse immateriali¹⁶⁵. A tal punto è possibile individuare un ulteriore schema di pianificazione fiscale che si basa sugli incentivi concessi dal c.d. "IP box regime"¹⁶⁶. Tale regime è previsto da diversi Stati allo scopo di attrarre il *know-how* delle aziende non residenti, e le relative externalità positive, incentivando le attività di ricerca e sviluppo tramite la concessione di un trattamento fiscale favorevole per i profitti (in forma di *royalty* o plusvalenze) derivanti dagli intangibili creati, tenendo conto che le tipologie di beni coperti da tale agevolazione variano di Paese in Paese¹⁶⁷. Anche l'Italia si è mossa in tale direzione allo scopo di attrarre e/o mantenere, all'interno dei confini nazionali, la proprietà dei beni immateriali. A tal punto con la Legge n. 190 del 23 dicembre 2014 è stato introdotto il meccanismo del Patent Box¹⁶⁸ che consente di accedere ad un regime opzionale di esenzione del 50% sui redditi derivanti:

- dall'utilizzo di intangibili come software, brevetti, disegni, modelli, processi formole e informazioni che derivano da attività di ricerca e sviluppo;
- dalla cessione dei beni sopra citati se il 90% del ricavato è reinvestito, entro due anni, per lo sviluppo o la manutenzione di altri beni immateriali¹⁶⁹.

L'opzione è esercitabile dal contribuente tramite apposita comunicazione in dichiarazione dei redditi e rimane valida per cinque periodi d'imposta, non è revocabile e può essere rinnovata una volta terminata. Con l'entrata in vigore dell'art. 4 del D.L. 34/2019 è stata introdotta la possibilità per i contribuenti di dichiarare direttamente in

¹⁶⁵ VALENTE P., *Transfer pricing: criticità nella remunerazione dei beni intangibili*, in *il fisco*, 13/2015, p. 1267.

¹⁶⁶ GIORGI S., *op. cit.*, Cap. VI, pp. 362 - 368.

¹⁶⁷ LUTS J., *Compatibility of IP box regimes with EU State aid rules and code of conduct*, in *EC Tax Review*, 5/2014, pp. 258 - 259.

¹⁶⁸ Il regime è stato in seguito modificato e integrato dal D.L. 3/2015 e dal D.L. 50/2017.

¹⁶⁹ Per approfondimenti sulle disposizioni relative all'accesso alla procedura e all'applicazione del Patent Box, cfr. Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 1° dicembre 2015, n. 154278 e Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 30 luglio 2019, n. 658445.

dichiarazione, con apposita documentazione di supporto, il reddito agevolabile rinviando il confronto con l'amministrazione finanziaria alla fase di controllo, anziché esercitare l'opzione in via preventiva¹⁷⁰ e attendere il contraddittorio con l'Agenzia delle Entrate per la determinazione dell'agevolazione¹⁷¹. Il Patent Box è strettamente legato al transfer pricing, dato che le disposizioni dell'Agenzia delle Entrate prevedono che per la determinazione e la valutazione dei profitti si debba ricorrere ai metodi previsti dalle Linee Guida internazionali¹⁷². Per far fronte alla strumentalizzazione di tali agevolazioni l'OCSE ha introdotto il c.d. *nexus approach*, nell'ambito dell'*Action 5* del progetto BEPS, il quale richiede l'esistenza di un'effettiva attività di ricerca e sviluppo nel Paese in cui è concesso il beneficio fiscale¹⁷³. Il *nexus approach* è solo una delle diverse soluzioni proposte per contrastare l'elusione fiscale derivante dallo sfruttamento di risorse immateriali; nel prossimo paragrafo verranno analizzate le conclusioni a cui è pervenuta l'OCSE attraverso il progetto BEPS in merito alla gestione dei beni intangibili nei gruppi multinazionali.

2.1.3 Gestione degli intangibili post progetto BEPS

Definite le questioni di natura fiscale connesse all'utilizzo di asset intangibili nei gruppi multinazionali, si giunge agli interventi del progetto BEPS nell'ambito del transfer pricing con la definizione delle *Action 8-10*.

Riassumendone i contenuti, l'azione 8 evidenzia la natura altamente mobile e di difficile valutazione dei beni immateriali, caratteristiche che hanno contribuito nel corso degli anni a generare fenomeni di abbattimento del carico fiscale in capo alle

¹⁷⁰ Attraverso la procedura di *ruling* ex art. 31-ter D.P.R. 600/1973.

¹⁷¹ In merito l'Agenzia delle Entrate ha fornito alcuni chiarimenti sulle modalità di accesso all'agevolazione, tramite la determinazione diretta del reddito agevolabile, con la Circolare del 29 ottobre 2020, n. 28/E.

¹⁷² Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 1° dicembre 2015, n. 154278, punto 3.2. Si deve prestare attenzione, tuttavia, al fatto che i beni rilevanti ai fini dell'agevolazione Patent Box non corrispondono con quelli elencati dall'OCSE. Per un confronto tra il regime di Patent Box e le indicazioni OCSE, vedi PAPPALARDO L.M., *The new italian Patent Box: first evaluation and compatibility issues with the OECD indications*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 11, 2016, pp. 724 - 729.

¹⁷³ OECD, *Beps Project explanatory statement - 2015 final report*, 2015, p. 14.

imprese, con lo spostamento dei profitti verso regimi più favorevoli. Di conseguenza, sono state proposte nuove guide per le analisi di transfer pricing, focalizzando l'attenzione sulla necessità di una migliore definizione dei beni immateriali, sull'esame della titolarità giuridica degli stessi e sulla corretta delineazione delle transazioni che coinvolgono questa tipologia di asset¹⁷⁴. Oltretutto, viene introdotto il concetto di *hard-to-value intangible*, per individuare quei beni immateriali di difficile valutazione e il cui prezzo di trasferimento potrebbe in alcuni casi discostarsi dai valori di mercato¹⁷⁵. L'azione 9 si concentra sulle questioni legate all'allocazione dei rischi, che si ritengono effettivamente assunti da un soggetto nel momento in cui ad un aumento del rischio, che va determinato svolgendo un'adeguata analisi funzionale, corrisponde un aumento del rendimento ottenuto¹⁷⁶. Più nel dettaglio, la volontà dell'OCSE è quella di impedire che il profitto di gruppo sia dirottato verso i Paesi in cui risiedono parti correlate che assumono un mero rischio contrattuale (senza apporti sostanziali nella creazione del valore) o erogano finanziamenti per le attività di ricerca e sviluppo¹⁷⁷. L'azione 10, in aggiunta, stabilisce l'obiettivo di individuare metodi e procedure da adottare per la corretta allocazione dei profitti nei casi di transazioni ad alto rischio e/o di difficile comparazione sul mercato¹⁷⁸. Inoltre, pur senza fare riferimenti espliciti sul tema,

¹⁷⁴ L'azione 8 riporta quanto segue: *“Action 8 addresses transfer pricing issues relating to controlled transactions involving intangibles, since intangibles are, by definition, mobile and they are often hard-to-value. Misallocation of the profits generated by valuable intangibles has heavily contributed to base erosion and profit shifting”* in OECD, *Beps Project explanatory statement - 2015 final report*, 2015, p. 15

¹⁷⁵ Per approfondimenti, cfr. il paragrafo 2.3.3 del presente elaborato.

¹⁷⁶ L'azione 9 stabilisce che *“contractual allocations of risk are respected only when they are supported by actual decision-making and thus exercising control over these risks”* in OECD, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁷ In questo senso, l'Action 9 non si riferisce solamente ai trasferimenti di beni immateriali, ma a qualsiasi transazione *intercompany* di beni o servizi.

¹⁷⁸ *“Action 10 focuses on other high-risk areas, including the scope for addressing profit allocations resulting from controlled transactions which are not commercially rational, the scope for targeting the use of transfer pricing methods in a way which results in diverting profits from the most economically important activities of the MNE group, and the use of certain type of payments between members of the MNE group (such as management fees and head office expenses) to erode the tax base in the absence of alignment with the value-creation, in OECD, op. cit., p. 15. Per un'ulteriore descrizione dei contenuti delle Action 8-10, cfr. anche ZAGO M., *Actions 8-10: Aligning transfer pricing outcomes with value creation (Final Report)*, in VIOTTO A. (a cura di), *Overview del progetto OCSE in materia di Base Erosion**

anche l'Action 13 interviene nel merito, stabilendo la necessità di adottare un nuovo approccio per quanto concerne la documentazione sui prezzi di trasferimento. Nello specifico, viene evidenziato come sia necessaria una maggiore uniformità delle informazioni provenienti dai vari Paesi, e un grado di dettaglio più elevato nelle analisi sulle politiche di transfer pricing¹⁷⁹.

Ben quattro delle quindici azioni proposte sono quindi dedicate al transfer pricing, in linea con la volontà di garantire che la distribuzione dei profitti generati dalle transazioni infragruppo segua il principio della sostanza sulla forma onde evitare spostamenti artificiali dell'imponibile, attraverso la manipolazione dei prezzi di trasferimento, garantendo la tassazione del reddito nei Paesi in cui viene effettivamente creato valore¹⁸⁰. L'attenzione rivolta alla creazione del valore porta ad esaminare il comportamento del gruppo multinazionale nel suo complesso, anziché analizzare il comportamento delle singole parti al fine di determinare la conformità al principio di libera concorrenza, in virtù anche della crescente difficoltà nel mappare transazioni infragruppo sempre più integrate e che riguardano asset sempre più difficili da valutare.

Le contromosse attuate dall'OCSE sono state dettate anche dall'incapacità dei governi nazionali e dei principi internazionali di seguire i cambiamenti di diversi settori economici che hanno portato le imprese a localizzare le proprie risorse strategiche laddove potessero ottenere maggiori profitti, evidenziando oltretutto come le norme di fiscalità internazionale adottate a livello locale fossero caratterizzate da un basso grado di "integrazione economica transfrontaliera"¹⁸¹. Il pacchetto di azioni contenute

and Profit Shifting (BEPS), Torino, 2019, pp. 137 – 153.

¹⁷⁹ Così l'Action 13: *"the guidance on transfer pricing documentation requires multinational enterprises (MNEs) to provide tax administrations with high-level information regarding their global business operations and transfer pricing policies in a "master file" that is to be available to all relevant tax administrations"*, in OECD, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁰ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, p. 20; Cfr. OECD, *OECD/G20 Inclusive framework on BEPS*, 2020.

¹⁸¹ VALENTE P., *Tax planning aggressive; il rapporto OCSE "addressing base erosion and profit shifting"*, in *Il fisco*, 12/2013, p. 1805.

nel progetto BEPS ha di fatto agito da catalizzatore per gli Stati membri dell'Unione Europea affinché venissero implementate misure di contrasto agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva. Nel 2016 il Consiglio dell'Unione Europea ha emanato la Direttiva ATAD 1 (*Anti Tax Avoidance Directive*)¹⁸², recante norme di contrasto alle pratiche di elusione fiscale che impediscono il corretto funzionamento del mercato interno. Allo scopo di favorire lo scambio di informazioni relative ai *ruling* transfrontalieri e agli *Advanced Pricing Agreements* è stata emanata la Direttiva 2015/23767/CE per consentire una maggiore trasparenza dei rapporti tra gli Stati membri ed i gruppi multinazionali e che prevede che le informazioni sugli accordi presi debbano essere trasmesse anche gli altri Paesi. Su quest'ultimo punto la Direzione Generale Concorrenza della Commissione Europea ha sostenuto un'attività di indagine finalizzata a valutare la correttezza dei *ruling* fiscali concessi dagli Stati membri e sulla loro eventuale configurabilità come aiuti di Stato, in contrasto con il divieto disposto dall'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, arrivando a definire alcuni schemi elusivi generati da accordi tra multinazionali e Paesi, come aiuti di Stato inammissibili¹⁸³. Oltretutto, in risposta alle difficoltà nel determinare la corretta tassazione delle imprese del web, sono state avanzate due proposte di Direttive. La prima¹⁸⁴ prevede un'integrazione della definizione di stabile organizzazione che contempli la cosiddetta "presenza digitale significativa" in modo tale da tassare le multinazionali del web nei Paesi in cui vengano superate determinate soglie, fissate sulla base dell'interazione con gli utenti o del fatturato generato, individuando una quota standard degli utili di gruppo da assoggettare alla potestà impositiva di quei

¹⁸² Direttiva 2016/1164/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 12 luglio 2016 (ATAD 1), modificata e integrata dalla Direttiva 2017/952/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 29 maggio 2017 (ATAD 2).

¹⁸³ PEPE F., *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della "Dottrina Vestager" in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, 3-4/2017, pp. 703 e ss. Sul punto, l'orientamento recente della giurisprudenza europea ha ritenuto non configurabile la fattispecie di aiuto di Stato dettata dalla Commissione, per mancanza di prove, in riferimento agli accordi tra Stato e multinazionali. Si tornerà sul punto nel paragrafo 2.2 dove verrà affrontato il caso Apple Ireland.

¹⁸⁴ Proposta di Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea del 21 marzo 2018, [COM (2018) 147 final].

determinati Stati. La seconda proposta di Direttiva¹⁸⁵ prevede invece l'introduzione di un'imposta *ad hoc* per i servizi digitali, denominata per l'appunto Imposta sui Servizi Digitali (ISD)¹⁸⁶. Tale proposta comunitaria è stata recepita nel nostro Paese con l'introduzione dell'imposta avvenuta in base a quanto disposto dall'art. 1, ai commi 35-50, della Legge del 30 dicembre 2018 n. 145: in particolare si tratta di una soluzione temporanea in attesa della definizione di una disciplina condivisa a livello comunitario¹⁸⁷. Tuttavia, non è sufficiente soffermarsi sulle problematiche relative all'economia digitale, in quanto i presupposti per attuare meccanismi di elusione fiscale nascono indipendentemente dalla presenza digitale dei gruppi multinazionali e di conseguenza la soluzione sembra essere quella di determinare regole comuni tra gli Stati membri al fine di eliminare le asimmetrie fiscali che favoriscono l'erosione delle basi imponibili¹⁸⁸.

In virtù delle disposizioni contenute nel progetto BEPS, nel 2017 sono state aggiornate anche le Linee Guida sul transfer pricing, all'interno delle quali, al capitolo sei, vengono trattati i beni immateriali. Come si avrà modo di approfondire nei prossimi paragrafi, in questa versione aggiornata delle *Guidelines*, l'OCSE propone un'ampia disamina sul tema, recependo gli ultimi sviluppi.

Nel nostro Paese l'allineamento alle nuove disposizioni avviene prima con il Decreto Ministeriale del 14 maggio 2018, che esplicita il riferimento alle nuove indicazioni dell'OCSE, e in seguito con il Provvedimento 360494 del 2020. La maggiore attenzione

¹⁸⁵ Proposta di Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea del 21 marzo 2018, [COM (2018) 148 final].

¹⁸⁶ Per approfondimenti sui contenuti delle due Direttive, cfr. URICCHIO A., SPINAPOLICE W., *La corsa ad ostacoli della web taxation*, in *Rassegna Tributaria*, 3/2018, pp. 451 e ss.

¹⁸⁷ FRANSONI G., *Note sul presupposto dell'imposta sui servizi digitali*, in *Rassegna Tributaria*, 1/2021, p. 13; sul tema vedi anche DI TANNO T., *L'imposta sui servizi digitali si allinea alla proposta di Direttiva UE*, in *Il fisco*, 4/2019, pp. 326 e ss.; DELLA VALLE E., *L'imposta sui servizi digitali: tanto tuonò che piovve*, in *Il fisco*, 5/2020, pp. 407 e ss.; FRANSONI G., *Il presupposto dell'imposta sui servizi digitali*, in *Rassegna Tributaria*, 1/2021, pp. 14 e ss.; DELLA VALLE E., *Imposta sui servizi digitali: si parte?*, in *Il fisco*, 18/2021, pp. 1715 e ss.

¹⁸⁸ DE GRAAF A., JAN VISSER K., *BEPS: will the current commitments and peer review model prove effective?*, in *EC Tax Review*, 1/2018, pp. 41 – 43. Cfr. anche AA.VV., *Tools used by countries to counteract aggressive tax planning in light of transparency*, in *Intertax*, Volume 46, Issue 2, 2018, pp. 140 – 155.

posta al tema si riflette nella nuova struttura della documentazione sui prezzi di trasferimento, che ora richiede alle imprese multinazionali di valutare, attraverso una disamina più approfondita, la strategia globale degli intangibili di gruppo, entrando nel merito delle politiche sulla remunerazione delle varie parti coinvolte.

L'evoluzione delle prospettive su questo argomento ha comportato uno spostamento dell'attenzione dalla semplice individuazione di chi fosse il proprietario "formale" del bene immateriale, al quale spettasse la corretta remunerazione per i profitti generati, all'individuazione dei soggetti che svolgono le funzioni relative allo sviluppo dell'intangibile, lo utilizzano, ne sono i proprietari da un punto di vista economico e/o sostanziale e svolgono determinate funzioni ad esso correlate¹⁸⁹. Le *Actions 8-10* del Progetto BEPS si soffermano in modo particolare sulla differenza fra gli accordi contrattuali conclusi dalle parti, che definiscono a chi viene assegnata la proprietà giuridica del bene, rispetto all'effettiva condotta delle parti che permette di individuare il proprietario "economico" del bene, ossia il soggetto a cui, sulla base delle funzioni svolte e dei rischi assunti, deve essere riconosciuta la maggior parte dei profitti generati dall'utilizzo della risorsa¹⁹⁰. Pertanto, nelle analisi relative alle transazioni che coinvolgono beni immateriali prevarrà l'effettiva condotta delle parti rispetto agli accordi presi, in modo tale da valutare in maniera corretta la ripartizione delle basi imponibili, coerentemente con la localizzazione delle attività che consentono la creazione del valore¹⁹¹.

In linea di massima, si può notare come negli ultimi anni ci sia stata una forte accelerazione degli sviluppi sul tema. Questa progressione è dovuta anche alla rapida crescita tecnologica che non è stata accompagnata da un contemporaneo adeguamento della normativa internazionale, la quale ha dovuto rincorrere le

¹⁸⁹ GIORGI S., *op. cit.*, Cap. V, pp. 301 – 328.

¹⁹⁰ OECD/G20, *Aligning transfer pricing outcomes with value creation - Action 8-10: 2015 Final Reports*, 2015, par. 6.43, pp. 76 - 77. Tali indicazioni contenute nel *Final Report* del progetto BEPS sono rinvenibili nelle stesse Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento del 2017.

¹⁹¹ OECD/G20, *Aligning transfer pricing outcomes with value creation - Action 8-10: 2015 Final Reports*, 2015, parr. 1.43 – 1.50, pp. 18 – 20.

evoluzioni dei mercati per allineare il quadro legislativo. A margine di queste considerazioni e prima di affrontare una disamina sulle questioni più significative nell'ambito delle valutazioni sui beni intangibili, nel prossimo paragrafo verrà affrontato un caso di grande rilevanza mediatica che riguarda la pianificazione fiscale della multinazionale Apple, in quanto copre in modo trasversale gran parte delle tematiche sin qui affrontate.

2.2 Il caso Apple Ireland vs Commissione UE

2.2.1 Analisi della struttura del gruppo Apple e degli accordi con il Fisco irlandese

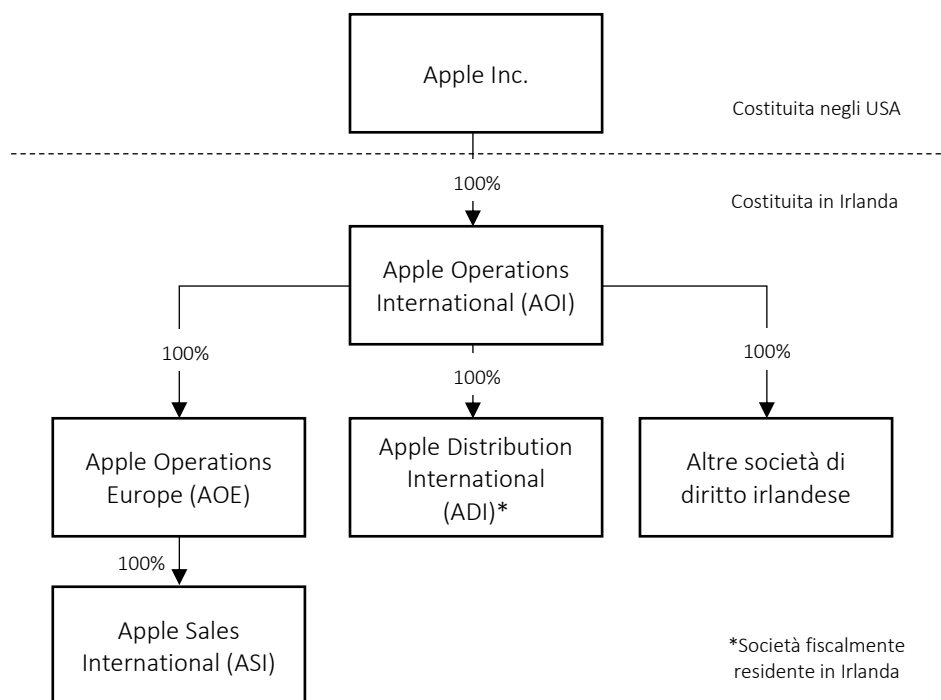
Il caso trattato nel presente paragrafo è quello che ha coinvolto la società *Apple Inc.* e l'Irlanda, originato dalla concessione di due *ruling* da parte dell'amministrazione finanziaria irlandese. La Commissione Europea, nel giugno del 2014, ha avviato un'indagine sui rapporti tra la multinazionale americana e il Fisco irlandese sostenendo la presenza di un aiuto di Stato illegittimo concesso attraverso gli accordi raggiunti¹⁹². L'indagine si è conclusa due anni più tardi, con la Decisione UE 2017/1283 del 30 agosto 2016, attraverso la quale la Commissione Europea ha imposto allo Stato irlandese di recuperare 13 miliardi di euro da Apple, ossia l'ammontare di imposte non versate dalla multinazionale tra il 2003 e il 2014¹⁹³. Il caso è giunto dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la quale, come vedremo in seguito nel dettaglio, ha respinto le accuse della Commissione UE. Prima però di analizzare la decisione finale del Tribunale UE è necessario fare qualche passo indietro ed esaminare la cronistoria del caso in oggetto.

¹⁹² COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione C (2014) 3606 final – State aid SA.38373 (2014/C) – Ireland Alleged aid to Apple*, 11 giugno 2014. Il gruppo Apple non è stato l'unico ad essere messo sotto osservazione da parte della Commissione UE, che ha iniziato ad investigare anche la condotta di Starbucks, Fiat e Amazon, sempre allo scopo di verificare la correttezza degli accordi stipulati tra Stati membri e multinazionali.

¹⁹³ COMMISSIONE EUROPEA, *Press release – State Aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to €13 billion*, Bruxelles, 30 agosto 2016, IP/16/2923. In particolare, l'importo da recuperare è stato calcolato confrontando le imposte effettivamente pagate nel periodo 2003-2014, rispetto a quelle che avrebbero dovuto essere versate in assenza dell'accordo raggiunto.

A tal punto, per comprendere appieno la pianificazione fiscale di Apple e i termini degli accordi intercorsi tra le parti, è fondamentale delineare la struttura organizzativa del gruppo, con particolare focus sulle società costituite in Irlanda (Figura 2.1¹⁹⁴).

Figura 2.1: struttura societaria del gruppo Apple in Irlanda



Il gruppo, come visibile, si compone come segue¹⁹⁵:

- *Apple Inc.* è la società madre del gruppo, fondata nel 1976 a Cupertino (California) e si occupa della produzione di sistemi operativi, computer e dispositivi multimediali, oltre ad essere responsabile delle vendite nel mercato americano;
- *Apple Operations International (AOI)*, costituita in Irlanda negli anni '80 e controllata al 100% da *Apple Inc.*, detiene parte degli intangibili di gruppo;
- *Apple Operations Europe (AOE)*, costituita in Irlanda e detenuta da AOI, è

¹⁹⁴ Rielaborazione della figura 1 in COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione UE 2017/1283 relativa all'aiuto di Stato SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) al quale l'Irlanda ha dato esecuzione a favore di Apple*, 30 agosto 2016, p. 6.

¹⁹⁵ YANG J., MEZIANI A., SHEN Y., *Understanding Apple Inc.'s Global Tax Strategies in Ireland.*, in *International Tax Journal*, 2016, Volume 42, No. 6, 2016, pp. 41-50.

responsabile della fabbricazione di computer;

- *Apple Sales International (ASI)*, controllata da AOE e sita in Irlanda, si occupa dell'acquisto di prodotti a marchio Apple che rivende a clienti di tutto il mondo (ad esclusione del mercato americano);
- *Apple Distribution International (ADI)*, sotto il controllo diretto di AOI, acquista prodotti da ASI che rivende ai negozi retail (Irlanda)¹⁹⁶.

La scelta da parte di *Apple Inc.* di costituire gran parte delle *subsidiaries* in territorio irlandese deriva innanzitutto dalla possibilità di scontare un'aliquota di imposizione sui redditi societari relativamente contenuta, pari al 12,5%, oltre a sfruttare il principio di tassazione per le società non residenti dei soli redditi prodotti all'interno del territorio dello Stato, con esenzione dei profitti generati all'estero (criterio della tassazione territoriale)¹⁹⁷. Apple è così riuscita a sfruttare l'asimmetria esistente tra le norme fiscali irlandesi e quelle in vigore negli Stati Uniti. Invero, mentre una società è considerata fiscalmente residente in Irlanda qualora sia costituita secondo il diritto irlandese e/o sia amministrata a livello locale (criterio del *place of effective management*), negli Stati Uniti una società è considerata residente nel luogo in cui è stata costituita (*place of incorporation*): essendo il centro direzione di ASI ed AOE situato negli USA, e al contempo essendo le due società costituite secondo il diritto irlandese, queste non risultavano fiscalmente residenti né in uno né nell'altro Stato¹⁹⁸. Stante queste disposizioni normative, Apple è riuscita a sfruttare una norma irlandese, ad oggi non più in vigore, grazie alla quale una società non era in ogni caso considerata fiscalmente residente in Irlanda se il suo centro direzionale (*place of effective management*) fosse stato situato all'estero, con conseguente esclusione da tassazione

¹⁹⁶ Nella struttura del Gruppo Apple sono presenti molte altre società, ma per quanto concerne la trattazione del caso di specie rileva conoscere le entità riportate nel testo.

¹⁹⁷ BARRERA R., BUSTAMANTE J., *The Rotten Apple: tax avoidance in Ireland*, in *The International Trade Journal*, Volume 32, Issue 1, 2018, pp. 150 – 161.

¹⁹⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione UE 2017/1283*, par. 48. Cfr. anche TING A., *iTax – Apple international tax structure and the double non-taxation issue*, in *British Tax Review*, 1/2014, pp. 40 – 71.

dei proventi societari realizzati¹⁹⁹. L'effetto di tali disposizioni sulle controllate irlandesi AOE ed ASI è stato che quest'ultime, per l'appunto, non risultavano residenti né in Irlanda né in nessun altro Paese, poiché *"entrambe erano controllate in ultima istanza dalla società statunitense Apple Inc."*, realizzando così la previsione normativa di cui sopra²⁰⁰. Delineato brevemente il quadro normativo sulla residenza delle società irlandese, è necessario individuare i rapporti intercorsi tra le compagini del gruppo coinvolte nello schema di pianificazione fiscale, ossia *Apple Inc.*, AOE ed ASI. Come detto, *Apple Inc.* controllava indirettamente, al 100%, le due società di diritto irlandesi, le quali però non risultavano residenti in Irlanda. Tra le tre società era in vigore un *Cost Contribution Agreement (CCA)*, realizzato nel 1980 e modificato diverse volte fino al 2013, attraverso il quale il diritto all'utilizzo degli intangibili di gruppo veniva attribuito alle due società irlandesi, che in cambio versavano annualmente delle somme di denaro alla casa madre per sostenere parte dei costi delle attività di ricerca e sviluppo realizzate da *Apple Inc.* per conto delle due controllate estere²⁰¹. Tali versamenti consentivano di abbattere la base imponibile di AOE ed ASI e allo stesso tempo di finanziare i progetti di sviluppo della *parent company*. Come descritto in precedenza, ASI ricopriva una funzione commerciale, vendendo prodotti a marchio Apple in tutto il

¹⁹⁹ Così secondo quanto stabilito nella sezione 23 A del Taxes Consolidation Act 1997 (TCA 97). Per di più tali società *"non erano soggette all'obbligo di residenza fiscale in un'altra giurisdizione fiscale"* (vedi COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione UE 2017/1283*, par. 49).

²⁰⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione UE 2017/1283*, par. 50. Le due società irlandesi risultavano pertanto delle società "apolidi".

²⁰¹ PERRONE A., *op. cit.*, p. 76. Più nello specifico dell'accordo di ripartizione dei costi (ARC), *"Ai sensi dell'ARC, il diritto di utilizzare i beni immateriali di Apple per la fabbricazione e la vendita di prodotti Apple è condiviso dalle parti firmatarie dell'accordo. Apple Inc. è titolare del diritto di fabbricare e vendere prodotti Apple in tutti i paesi dell'America settentrionale e meridionale. ASI e AOE sono titolari del diritto di fabbricare e vendere prodotti Apple nei mercati al di fuori delle Americhe. La titolarità legale di tutti i beni immateriali spetta esclusivamente a Apple Inc. ASI e AOE detengono la titolarità effettiva, nei rispettivi territori, dei beni immateriali sviluppati grazie all'attività di R&S condotta nel quadro dell'ARC"* e ancora *"ai sensi dell'ARC, i costi di R&S per i prodotti Apple sono suddivisi tra le parti. Per calcolare la quota di ciascuna parte, Apple Inc., ASI e AOE pagano rispettivamente una parte dei costi comuni in base alla percentuale di vendite dei prodotti realizzata nei rispettivi territori"* (così in COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione UE 2017/1283*, parr. 120 – 121). Il CCA è stato inizialmente sottoscritto da *Apple Inc.* ed AOE nel 1980, con ASI che ha aderito a tale accordo nel 1999.

mondo (ad esclusione dell'America), attirando a sé gran parte degli utili di gruppo in quanto le vendite al consumatore finale erano realizzate in modo tale che il cedente non fosse lo *store* fisico nel quale avveniva l'acquisto, ma la stessa ASI, alla quale per l'appunto confluivano tutti i ricavi generati nei vari Paesi²⁰². AOE, dal canto suo, si occupava della produzione e della vendita di computer. Sulla base di questa configurazione della catena del valore e dei rapporti *intercompany*, le attività delle due società erano condotte attraverso delle stabili organizzazioni nelle quali affluivano i profitti delle vendite globali; le due *branch* irlandesi, tuttavia, non detenevano intangibili e le funzioni più complesse relative alla loro gestione venivano quindi attribuite alle due società "apolidi"²⁰³. Apple si è rivolta, nel 1991, all'amministrazione fiscale irlandese (*Irish Revenue*) per raggiungere un accordo sulla determinazione della base imponibile di AOE (al tempo *Apple Computer Ltd*)²⁰⁴. Sulla base dei documenti messi a disposizione della Commissione Europea per analizzare gli accordi, emerge come Apple abbia fatto leva sulla sua incidenza a livello occupazionale nello Stato irlandese, e sull'enorme mole di fatturato generato nel corso degli anni '80, inavvicinabile per qualsiasi impresa locale del tempo, al fine di giungere a delle condizioni favorevoli nella stipula dell'accordo²⁰⁵. Nel *ruling* del 1991, *Apple Inc.* propose all'*Irish Revenue* di determinare l'utile da attribuire alla *branch* di AOE come percentuale pari al 65% dei costi operativi fino ad un livello di 60-70 milioni di dollari, superati i quali la percentuale si abbassava al 20%; inoltre, se il livello di costi fosse stato inferiore alla soglia di 60-70 milioni, quella minor cifra sarebbe stata utilizzata

²⁰² PERRONE A., *op. cit.*, p. 77.

²⁰³ PERRONE A., *op. cit.*, p. 77. Questa precisazione risulta determinante per la comprensione del meccanismo di ripartizione degli utili operativi in capo alle entità irlandesi.

²⁰⁴ Al tempo del primo accordo, ASI (in origine Apple Computer Accessories Ltd) non era ancora stata costituita, ma verrà creata proprio in funzione dell'accordo sottoscritto con il fisco irlandese nel 1991.

²⁰⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione C (2014) 3606 final*, par. 36. Dall'esame degli scambi intercorsi emerge come la multinazionale di Cupertino abbia fatto leva sul fatto che "nel 1990 Apple rappresentava la più grande azienda dal punto di vista del personale in Irlanda, con circa 1500 lavoratori [...] e per l'anno 1989 ha mostrato un utile netto di \$ 270 milioni su un fatturato di \$ 751 milioni".

come base di calcolo²⁰⁶. Con lo stesso *ruling*, Apple riuscì ad accordarsi per stabilire il mark-up da assegnare alla filiale di una nuova società, *Apple Computer Accessories Ltd* (la futura ASI), il quale venne fissato al 12,5% dei costi operativi, con esclusione dei costi del materiale per la rivendita. Tale *ruling* è rimasto in vigore fino al 2007, quando gli accordi sono stati aggiornati nel seguente modo:

- la remunerazione della filiale di AOE è stata fissata ad un livello pari al 10-20% dei costi operativi, con la previsione di una *royalty* dell'1-9% sul fatturato per lo sfruttamento degli intangibili gestiti dalle società non residenti;
- la base imponibile della filiale di ASI venne stabilita essere pari all'8-18% dei costi operativi della stabile organizzazione, esclusi i costi di acquisto dei materiali.

Partendo da queste condizioni, Apple è riuscita a ridurre ulteriormente le proprie uscite fiscali, sfruttando il metodo TNMM per ripartire gli utili generati dalle stabili organizzazioni: essendo le stesse formalmente titolari di funzioni "routinarie", non potevano vedersi riconosciute la maggior parte dei profitti, i quali attraverso il suddetto metodo di transfer pricing sono stati allocati alle società apolide AOE e ASI, in quanto detentrici del diritto di sfruttamento degli intangibili e titolari delle funzioni più complesse²⁰⁷.

2.2.2 Le criticità evidenziate dalla Commissione UE

I rilievi mossi dalla Commissione Europea sulle condizioni del *ruling* sono diversi. Innanzitutto, viene contestata la durata del *ruling*, il quale non riporta nessuna data di scadenza (diversamente da quanto accade negli altri Stati membri) ed è rimasto in

²⁰⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione C (2014) 3606 final*, par. 37. La proposta di *Apple Inc.*, come ammesso dalla stessa società, non poggiava su nessuna base di calcolo ma costituiva un punto di partenza per la negoziazione con il Fisco irlandese. Di fatto, tramite l'accordo raggiunto, venne stabilito che la stabile organizzazione di AOE generasse un margine sui costi operativi del 65% fino ad una certa soglia, superata la quale il mark-up si attestava al 20%, generando ogni anno una base imponibile di circa 30-40 milioni di dollari che costituiva l'obiettivo finale della multinazionale statunitense.

²⁰⁷ PERRONE A., op. cit., p. 77. In tal modo la maggior parte degli utili finiva nella "terra di nessuno" sfuggendo a qualsiasi regime impositivo.

vigore dal 1991 al 2007 nella sua prima versione e dal 2007 al 2014 nella versione aggiornata²⁰⁸. Oltre a ciò, la Commissione UE ha ritenuto che gli accordi intercorsi configurassero una fattispecie di aiuto di Stato ex art. 107 del TFUE²⁰⁹:

- in primis, il *ruling* è stato concesso dal Fisco irlandese (che fa parte dello Stato irlandese) e dato che ha comportato un notevole risparmio d'imposta per ASI ed AOE, ha provocato di conseguenza un ingente perdita di risorse statali;
- in secondo luogo, l'intervento incide sulla regolarità degli scambi internazionali, dato che Apple fa parte di un gruppo multinazionale che opera in diversi Stati membri dell'Unione Europea;
- il vantaggio attribuito è considerato selettivo in virtù del fatto che è stato concesso ad ASI ed AOE in quanto appartenenti ad un gruppo, a differenza di altre imprese indipendenti operanti in condizioni simili che non avrebbero approvato una tale allocazione dei profitti, e in virtù di un'applicazione distorta del principio di libera concorrenza che ha portato a determinare una base imponibile inferiore a quella che sarebbe stata conforme all'*arm's length principle*;
- da ultimo, l'accordo minaccia di falsare la concorrenza, in quanto Apple opera in vari Stati e il trattamento fiscale di favore ad essa riservato altera la competizione di mercato e minaccia la regolarità degli scambi fra i Paesi²¹⁰.

²⁰⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione C (2014) 3606 final*, par. 45. Secondo la Commissione Europea, la durata eccessiva del *ruling* indebolisce la validità delle condizioni pattuite: se le stesse potevano considerarsi valide nel 1991, di sicuro non lo potevano essere dopo 10-15 anni.

²⁰⁹ Per un approfondimento sul tema degli aiuti di Stato, cfr. DORIGO S., *Il diritto tributario nell'Unione Europea*, in CORDEIRO GUERRA R. (a cura di), *op.cit.*, pp. 201 – 203; TOSI L., BAGGIO R., *op. cit.*, pp. 83 – 86; UCKMAR V., *op. cit.*, pp. 25 – 28.

²¹⁰ L'orientamento assunto dalla Commissione Europea sul tema degli aiuti di Stato (c.d. Dottrina Vestager, dal nome del Commissario europeo alla concorrenza Margrethe Vestager) ha suscitato alcune perplessità. In particolare, la volontà espressa dal Commissario di perseguire gli Stati membri che attraverso appositi *tax rulings* concedono trattamenti fiscali di favore alle grandi multinazionali, è stata criticata sia sul piano delle conseguenze geo-politiche che sul piano delle modalità di attuazione. Si ritiene, infatti, che l'intervento diretto della Commissione sulle modalità con le quali vengono definiti i *ruling* privi, o quantomeno limitati, gli Stati membri di un importante strumento di politica internazionale. Come osservato nel caso Apple, gli accordi sono caratterizzati da valutazioni di politica economica,

Tra i rilievi mossi dalla Commissione è presente anche una critica al criterio di ripartizione degli utili, la cui applicazione è stata ritenuta non corretta nel caso di specie. Va premesso che il metodo TNMM è stato proposto in origine dai consulenti fiscali di Apple e ha trovato il *feedback* positivo da parte dell'*Irish Revenue*. La contestazione della Commissione verte sulla scelta del PLI (*Profit Level Indicator*), ossia il MOTC²¹¹. Il PLI è stato criticato sia per quanto riguarda la base di costi selezionata (ad esempio non sono presenti giustificazioni in merito alla scelta di includere determinate tipologie di costi ed escludere i costi della merce venduta), sia per l'adeguatezza dell'indicatore, considerato dalle Linee Guida OCSE un valido indicatore per attività di produzione routinarie e che non richiedono l'utilizzo di particolari proprietà

commerciale e occupazionale (vedi LANG M., *Tax rulings and State Aid Law*, in *British Tax Review*, 2015, pp. 394 – 395). Pertanto, anche nei casi in cui le decisioni finali della Commissione abbiano comportato il rimborso di ingenti somme di denaro agli Stati, questi ultimi hanno comunque presentato ricorso al Tribunale UE, come nel caso dell'Irlanda con la sentenza Apple (vedi D'AGNONE G., *Illegal State Aids and Multinational Companies: The European Commission Decision on the Apple – Ireland Tax Ruling*, in *European Papers*, Volume 1, No. 3, 2016, p. 1261). Inoltre, il piano di azione della Commissione UE rischia di innescare tensioni su tre fronti: tra Stati membri e UE, tra gli stessi Stati membri, e tra UE e Paesi terzi alterando delicati equilibri di politica economica internazionale (vedi PEPE F., *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della "Dottrina Vestager" in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3-4/2017, p. 733). Tutto ciò risulta in contrasto con l'obiettivo finale dell'art 107 TFUE, ossia quello di assicurare l'integrazione del mercato interno UE e promuovere una libera concorrenza che sia priva di distorsioni artificiali (in CACHIA F., *Analysing the European Commission's final decisions on Apple, Starbucks, Amazon and Fiat Finance & Trade*, in *EC Tax Review*, 1/2017, p. 25; cfr. anche FORRESTER E., *Is the State Aid regime a suitable instrument to be used in the fight against harmful tax competition?*, in *Ec Tax Review*, 1/2018, pp. 19 e ss.). Per quanto riguarda le modalità operative di indagine viene sottolineato come sia stato adottato un nuovo approccio che fonde la valutazione sulla presenza di un vantaggio economico per il beneficiario del *ruling* e sulla selettività dell'accordo (vedi GORMSEN L., *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Deal*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 7, No. 6, 2016, pp. 374 e ss. Sull'argomento cfr. anche VERHAGEN H., *State Aid and tax ruling – An assessment of the selectivity criterion of Article 107(1) of the TFEU in relation to recent Commission transfer pricing decision*, in *European Taxation*, Volume 57, No. 7, 2017, pp. 279 – 287.). Sempre con riferimento alle modalità di esecuzione dei controlli, viene criticata la scelta della Commissione di "bypassare" il controllo delle norme nazionali in materia di transfer pricing per affidarsi in via preventiva alle indicazioni generali dell'OCSE, verificando la compatibilità con le stesse dei *ruling* sottoscritti, anziché valutarne la coerenza con l'impianto legislativo interno (vedi GUNN A., LUTS J., *Tax rulings, APAs and State Aid: legal issues*, in *EC Tax Review*, 2/2015, p. 122).

²¹¹ *Mark-up On Total Costs*, dato dal rapporto tra EBIT e costi operativi.

intellettuale: tuttavia, come emerso dal *ruling* del 2007, le due filiali irlandesi, nella realtà dei fatti, beneficiavano di uno specifico *know-how* (per il quale era oltretutto prevista una remunerazione sul fatturato in base al *ruling*); a maggior ragione, l'indicatore risulta non idoneo nel caso di ASI, la cui attività principale è dedicata alla compravendita di beni, e per la quale le Linee Guida OCSE (nella versione del 2010 utilizzata al tempo dalla Commissione), al paragrafo 2.87, suggerivano “*una remunerazione basata sulle vendite invece che sui costi operativi*”²¹². Per di più, come accennato, il metodo scelto è il risultato di una negoziazione tra le parti e non di una scelta motivata secondo le logiche dettate dalla disciplina OCSE sui prezzi di trasferimento, come confermato anche dall'assenza di qualsivoglia documento che comprovasse la bontà delle tecniche utilizzate in sede di definizione dell'accordo²¹³.

Un'ulteriore criticità legata alla non conformità al principio di libera concorrenza emerge dalla scelta dei due margini operativi del 65% e del 20%, considerati troppo distanti l'uno dall'altro: in tal senso, se il margine del 65% fosse stato considerato idealmente corretto, lo stesso non poteva dirsi del secondo valore, in quanto notevolmente più basso²¹⁴. Come se non bastasse, i nuovi margini stabiliti con la modifica apportata nel *ruling* del 2007 sono stati ritenuti incoerenti con l'evoluzione delle vendite di ASI. Difatti la remunerazione basata sui costi (8-10%) risulta essere distorta confrontando l'evoluzione degli stessi costi nel triennio 2009-2012 (aumentati de 10-20%) rispetto alla crescita del fatturato (+ 415%) realizzato dalla filiale: ne

²¹² COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione C (2014) 3606 final*, par. 60.

²¹³ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione C (2014) 3606 final*, par. 58. Da ciò ne consegue che, come riportato nella sentenza finale della Commissione, “*se è possibile dimostrare che l'utile imponibile in Irlanda di ASI e AOE, determinato in base ai metodi di attribuzione degli utili approvati dal fisco irlandese nei ruling fiscali contestati, si discosta da un'approssimazione affidabile di un risultato basato sul mercato conforme al principio di libera concorrenza, i ruling si dovrebbero considerare tali da conferire un vantaggio selettivo alle due società a norma dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, nella misura in cui implicano una riduzione del loro debito d'imposta ai sensi del regime ordinario di tassazione degli utili societari in Irlanda rispetto alle società non integrate, la cui base imponibile è determinata dagli utili che le stesse generano a condizioni di mercato*” (COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione UE 2017/1283*, par. 258).

²¹⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione C (2014) 3606 final*, par. 63.

consegue che le basi imponibili determinate non riflettevano la vera capacità contributiva della stabile organizzazione²¹⁵.

In ogni caso, l'indagine della Commissione è incentrata sulla questione legata alla gestione delle risorse intangibili e alla ripartizione dei rischi e delle funzioni ad esse collegate: la ripartizione teorica delle attività legate agli IP è stata difatti funzionale all'applicazione "distorta" del metodo TNMM²¹⁶. L'applicazione del metodo nel caso di specie era basata sul presupposto, avallato dal Fisco irlandese ma nella realtà non totalmente comprovato, che le licenze per l'utilizzo della proprietà intellettuale dovessero essere assegnate alle società apolide ASI ed AOE, anziché alle rispettive filiali irlandesi in quanto non svolgevano attività rilevanti per la gestione di tali licenze²¹⁷. Tuttavia, secondo il parere della Commissione, il Fisco irlandese avrebbe dovuto constatare che la realtà dei fatti era ben diversa e *"avrebbe dovuto concludere che le sedi centrali di ASI e AOE non controllavano, né gestivano, e non erano nella posizione di controllare o gestire, le licenze di PI di Apple in maniera tale da realizzare il tipo di reddito registrato dalle due società; le filiali irlandesi di ASI e AOE, se fossero state società separate e indipendenti impegnate in attività uguali o similari, a condizioni uguali o similari, tenendo conto delle risorse utilizzate, delle funzioni svolte e dei rischi assunti dalle società attraverso le rispettive filiali e sedi centrali, non avrebbero accettato un metodo di attribuzione degli utili basato su tale assunto, che comporta che tutti gli utili di ASI e AOE, al di là di un ricarico limitato su una base di costo ridotta, siano attribuiti alle sedi centrali invece che alle filiali"*²¹⁸. Pertanto, le licenze d'uso degli

²¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione C (2014) 3606 final*, par. 67.

²¹⁶ La ripartizione delle attività di gestione degli intangibili rappresenta il motivo principale (*primary line of reasoning*) di contestazione allo schema attuato da Apple.

²¹⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione UE 2017/1283*, parr. 265 – 266. In questo modo, come visto in precedenza, una grossa fetta degli utili operativi delle filiali era attribuita alle società apolide in ragione del fatto che esse detenevano i diritti di utilizzo degli intangibili, svolgevano le funzioni complesse ad essi correlate e si assumevano i relativi rischi.

²¹⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione UE 2017/1283*, par. 293. Quanto riportato è ulteriormente avallato dalla presenza di *royalties* versate dalle filiali alle sedi centrali, e dal fatto che le filiali svolgevano funzioni per le quali era fondamentale lo sfruttamento degli intangibili. Per un raffronto con altri casi sottoposti ad indagine dalla Commissione Europea e sul legame tra aiuti di Stato illegittimi e

intangibili furono erroneamente attribuite alle sedi centrali di ASI ed AOE, anziché alle filiali irlandesi titolari (nell'interpretazione della Commissione) delle funzioni e dei rischi più complessi: la maggior parte degli utili generati dalle vendite globali dovevano quindi essere attribuiti alle stabili organizzazioni²¹⁹.

2.2.3 La sentenza del Tribunale UE: le cause T-778/16 e 892/16

In risposta alle accuse rivolte dalla Commissione, l'Irlanda ha proposto ricorso al Tribunale UE nella causa T-778/16, mentre ASI e AEO hanno proposto ricorso nella causa T-892/16, entrambe riunite nella stessa sentenza. La sentenza ha annullato la Decisione (UE) 2017/1283 per insufficienza di prove a sostegno della tesi della Commissione circa la configurabilità dei *ruling* concessi dall'Irlanda come aiuti di Stato illegittimi, in quanto la Commissione non è riuscita a dimostrare l'esistenza di un vantaggio selettivo garantito dall'Autorità fiscale irlandese nei confronti di ASI ed AOE²²⁰. È bene evidenziare, tuttavia, che il Tribunale non ha accolto tutti i motivi di ricorso presentati dalle parti ricorrenti, affermando che:

- la Commissione non ha violato il principio di autonomia fiscale degli Stati membri, e che pertanto era competente a giudicare sulla possibile violazione dei principi stabiliti nel TFUE²²¹;
- l'analisi della Commissione prescinde dalla necessità di distinguere la presenza del requisito della selettività e del vantaggio concesso dall'aiuto di Stato, ben potendosi esaminare entrambe le fattispecie contemporaneamente, pur essendo due concetti distinti²²²;
- la sezione 25 della normativa tributaria irlandese, riferita alle società non

deviazione dal principio di libera concorrenza negli accordi di *tax ruling*, cfr, MILANDINOVIC A., PETRUZZI R., *The recent decisions of the European Commission on fiscal State aid: an analysis from a transfer pricing perspective*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 26, No. 4, 2019, pp. 243 e ss.

²¹⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione UE 2017/1283*, par. 319. In aggiunta, le sedi centrali di ASI e AOE, essendo prive di una presenza fisica, non potevano essere in grado di assumere rischi rilevanti (ad es. il rischio di prodotto) i quali, di fatto, erano a carico delle filiali.

²²⁰ Tribunale UE, sentenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, par. 507.

²²¹ Tribunale UE, sentenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, parr. 103 – 124.

²²² Tribunale UE, sentenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, par. 108.

residenti, non poteva essere considerata un quadro normativo a sé stante, in quanto persegue lo stesso obiettivo di determinazione della base imponibile di una società sita in Irlanda, individuando una fattispecie comparabile a quella delle entità residenti²²³;

- la Commissione ha correttamente utilizzato il principio di libera concorrenza nel caso di specie dato che, seppur nel periodo in cui sono stati stipulati i due *ruling* tale principio non fosse previsto, le norme fiscali irlandesi prevedevano comunque che il valore delle attività svolte da filiali irlandesi fosse determinato sulla base del valore di mercato²²⁴;
- la Commissione era legittimata ad utilizzare le Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento per la determinazione della corretta allocazione dei profitti all'interno del gruppo Apple²²⁵.

Al contrario, i motivi di ricorso accolti dal Tribunale sono legati alla contestazione da parte dello Stato irlandese e del gruppo Apple sulla corretta applicazione delle norme e dei principi individuati dalla Commissione nonostante questi fossero coerenti, da un punto di vista formale, con l'indagine condotta. In particolare:

- i profitti imputabili ad una società non residente devono essere riconducibili ad attività effettivamente svolte (e non solamente presunte) nel territorio irlandese attraverso stabili organizzazioni e sulle quali viene esercitato un controllo decisionale, non potendosi attribuire alle filiali irlandesi utili generati

²²³ Tribunale UE, sentenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, par. 163.

²²⁴ Tribunale UE, sentenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, parr. 215 – 218. Sul punto la posizione del Tribunale UE viene criticata in quanto rischia di generare incertezza sulla predisposizione degli *Advanced Pricing Agreement*. Più nello specifico, subordinare la correttezza e la compatibilità di un accordo a regole di carattere generale (es. Linee Guida OCSE), che potrebbero non figurare all'interno di un impianto normativo nazionale, rischia innanzitutto di violare la sovranità degli Stati membri sulle materie di fiscalità interna, e inoltre crea delle aree grigie nelle quali un termine dell'accordo potrebbe essere compatibile con la giurisdizione fiscale di un Paese ma allo stesso tempo potrebbe non essere allineato alle indicazioni dell'OCSE. (così PARADA L., *Between apples and oranges: the EU General Court's decision in the "Apple Case"*, in EC Tax Review, 2/2021, p. 57).

²²⁵ Tribunale UE, sentenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, par. 240.

da asset detenuti da società non residenti²²⁶;

- l'applicazione delle indicazioni OCSE, nonostante fosse legittima, è risultata errata con riferimento all'analisi funzionale delle *branch* irlandesi effettuata dalla Commissione UE in virtù del fatto che, come criticato dai ricorrenti, le attività delle due filiali non contemplavano l'assunzione di decisioni strategiche per lo sviluppo degli intangibili, le quali erano invece di competenza della sede apicale di Cupertino per poi essere successivamente implementate dalle due società apolide ASI ed AOE²²⁷;
- l'utilizzo del metodo TNMM per la ripartizione dei profitti non poteva essere contestato sulla base della scelta della parte da esaminare (in questo caso le due *branch* irlandesi) e dell'indicatore di profitto (MOTC) e, in ogni caso, un'errata applicazione del metodo non era sufficiente per dimostrare una determinazione distorta della base imponibile delle due filiali²²⁸;
- la mancanza di documentazione sulle analisi di transfer pricing non rappresenta un difetto sufficiente per dimostrare che gli accordi raggiunti derivassero dall'esercizio di un ampio potere discrezionale da parte del Fisco irlandese²²⁹;

Dal contenuto della sentenza del Tribunale UE emergono una serie di errori evidenti da parte della Commissione, la quale ha basato gran parte dei propri ragionamenti su fatti presunti e non avallati da prove concrete²³⁰.

Secondo il parere del Professor Jimenez²³¹ l'annullamento della decisione della

²²⁶ Tribunale UE, sentenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, parr. 181 – 184 e 207 – 210.

²²⁷ Tribunale UE, sentenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, parr. 244 – 245. Il Tribunale afferma che la Commissione UE ha erroneamente ritenuto che le società irlandesi (apolide) non fossero in grado di svolgere le funzioni relative alla gestione degli intangibili, in funzione delle quali ad esse veniva attribuita una grossa parte degli utili generati dalle *branch* irlandesi. Pertanto, la ripartizione delle funzioni e dei rischi che emerge dai *ruling* fiscali è di per sé corretta.

²²⁸ Tribunale UE, sentenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, par. 333.

²²⁹ Tribunale UE, sentenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, par. 481.

²³⁰ PISANI G., *La sentenza T-778/16 (Irlanda e Apple vs Commissione). Una sconfitta UE nella lotta alla fiscalità aggressiva di alcuni Stati membri?*, in Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche, 4/2020, p. 260.

²³¹ JIMENEZ A.M., *The Apple case: who wins? What's next?*, in Intertax, Volume 48, Issue 11, 2020, pp. 953 e ss.

Commissione UE era preventivabile in virtù dei principi stabiliti in diverse cause precedenti (ad es. nei casi Starbucks²³² e Fiat²³³). Lo stesso professore conferisce un peso relativo alla vittoria di Apple, la quale potrebbe non durare a lungo considerando la rilevanza mediatica del caso e i riflessi che la decisione del Tribunale UE potrebbe avere nelle politiche fiscali degli Stati, oltre ad un possibile nuovo tentativo di “censura” da parte della Commissione UE. Dall’altro lato, la Commissione UE può vantare la conferma da parte della Corte di Giustizia sulla possibilità di sfruttare l’art. 107 TFUE per limitare gli effetti negativi dei *ruling* fiscali negli Stati membri e la possibilità, attraverso prove più consistenti, di dimostrare il disallineamento degli accordi preventivi stipulati rispetto ai principi stabiliti nel TFUE²³⁴. È pur vero che le indagini sugli aiuti di Stato dovrebbero sempre partire dal presupposto che l’art. 107 TFUE nasce come una regola contro i sussidi statali e non come una norma antielusiva; il suo scopo principale è quello di garantire il corretto funzionamento del mercato interno UE e non quello di intaccare la sovranità fiscale nazionale per quanto concerne l’imposizione diretta²³⁵. Ad ogni modo, la decisione del Tribunale genera nuovi tavoli di discussione per la risoluzione di casi futuri, su tutti il White Paper²³⁶ della Commissione finalizzato al contenimento della concessione di sussidi statali (assimilabili ad aiuti di Stato) concessi da Paesi terzi a multinazionali operanti nell’Unione Europea²³⁷. Al contempo, la decisione della Commissione di proporre appello contro la decisione del Tribunale UE evidenzia come la questione sia ancora lontana da una conclusione definitiva: non resta che attendere i risvolti futuri della vicenda²³⁸.

²³² Tribunale UE, sentenza del 24 settembre 2019, cause T-760/15 e T-636/15 (Paesi Bassi e.a./Commissione).

²³³ Tribunale UE, sentenza del 24 settembre 2019, cause T-755/15 e T-759/15 (Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe contro Commissione europea)

²³⁴ JIMENEZ A.M., *op. cit.*, p. 955.

²³⁵ PARADA L., *op. cit.*, pp. 62 – 63.

²³⁶ Un White Paper è un documento ufficiale pubblicato dalla Commissione UE, attraverso il quale vengono proposte azioni mirate per un particolare settore economico.

²³⁷ White Paper del 17 giugno 2020, COM (2020) 253 final.

²³⁸ Cfr. *Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Commission's decision to appeal the General Court's judgment on the Apple tax State aid case in Ireland*, 25 settembre 2020,

2.3 Definizione e tipologie di intangibili secondo l'OCSE

2.3.1 Analisi delle caratteristiche dei beni immateriali

Una volta delineato il quadro normativo di riferimento nell'ambito dei beni immateriali, emerge come le analisi relative a tali assets palesino delle criticità in virtù delle loro caratteristiche intrinseche, che rendono difficoltosa la determinazione del prezzo conforme all'*arm's length principle*²³⁹.

È necessario quindi stabilire quali beni rientrino all'interno della categoria degli intangibili e quali ne rimangano esclusi, ai fini delle analisi sulle transazioni infragruppo. A tal proposito, nell'ultimo aggiornamento delle Linee Guida sul transfer pricing, l'OCSE definisce un bene immateriale come *“qualcosa che non è un'attività fisica o un'attività finanziaria, che può essere posseduta o controllata per essere utilizzata in attività commerciali e il cui utilizzo o trasferimento sarebbe remunerato se fosse realizzato in una transazione tra soggetti indipendenti in circostanze similari”*²⁴⁰.

Un bene intangibile è pertanto qualcosa che l'azienda possiede, controlla e utilizza per raggiungere i propri obiettivi strategici e che sarebbe remunerato qualora fosse ceduto o trasferito sul mercato, ad esclusione di tutti gli asset materiali (materie prime, prodotti finiti, macchinari) o riconducibili a transazioni finanziarie (prestiti, azioni, obbligazioni, derivati).

L'OCSE premette che delimitare i confini per l'individuazione dei beni immateriali presenta alcune criticità, in quanto stabilendo una definizione troppo ampia ne conseguirebbe che contribuenti e governi potrebbero individuare i presupposti per la remunerazione di una transazione in casi in cui questa non dovrebbe aver luogo, e viceversa²⁴¹. È bene oltretutto evidenziare come la definizione di cui sopra ha valenza

Bruxelles, (reperibile in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1746).

²³⁹ Per ulteriori approfondimenti sulle caratteristiche dei beni immateriali, cfr. VALENTE P., *Marchi, brevetti e know-how: gestione internazionale degli intangibili*, Milano, 2014.

²⁴⁰ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.6, p. 249.

²⁴¹ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.5, p. 249.

ai soli fini del transfer pricing, non potendo la stessa essere utilizzata in altri campi come quello giuridico o contabile. Altresì, viene precisato che determinate risorse considerate appartenenti alla categoria degli intangibili all'interno della disciplina sui prezzi di trasferimento, potrebbero non essere riconosciute come tali ai fini contabili. Ne consegue che per una valutazione completa sulla classificazione di un particolare bene, si possa ricorrere alla sua qualificazione ai fini contabili o all'esistenza di protezioni legali o contrattuali, ma che ciò non vincola le analisi di transfer pricing che, come anticipato, devono far prevalere la sostanza sulla forma.

La volontà dell'organizzazione internazionale non è pertanto quella di individuare in modo puntuale quali risorse siano da considerarsi intangibili e quali non lo siano, ma definire delle prassi per poter valutare in modo attendibile se un intangibile esista, se partecipi in una transazione e quale possa essere la remunerazione conforme al principio di libera concorrenza²⁴². Per perseguire tale scopo è stata introdotta l'analisi *DEMPE* (*Development, Enhancement, Maintenance, Protection, Exploitation*) che permette di stabilire quali siano i soggetti titolari delle funzioni correlate ai beni immateriali, e di conseguenza i soggetti che sulla base dei rischi assunti debbano essere remunerati. Questo comporta che il titolare di una risorsa intangibile abbia diritto ad un rendimento economico soltanto nel momento in cui abbia svolto almeno una delle suddette funzioni, in virtù dei costi e dei rischi sostenuti, o in alternativa possa essere remunerato con il profitto che residua dopo aver opportunamente ricompensato le parti che svolgono le funzioni di sviluppo, accrescimento, manutenzione, protezione e sfruttamento del bene.

In conseguenza di ciò, negli ultimi anni i gruppi multinazionali hanno provveduto ad implementare questo tipo di analisi per la gestione delle transazioni relative ai beni immateriali, con l'obiettivo di individuare le aree specifiche nelle quali viene creato valore aggiunto per effetto della presenza di un asset intangibile, in maniera tale da

²⁴² OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.15, p. 252.

allocare i profitti correttamente dal punto di vista fiscale²⁴³. È pur vero che, se in teoria l'analisi potrebbe risultare lineare e priva di complessità, dal lato pratico l'applicazione di questo metodo presenta degli aspetti critici²⁴⁴.

Appurato quali siano gli strumenti forniti dall'OCSE per definire un bene immateriale, si devono ora analizzare alcune tipologie di intangibili per comprendere se, e come, possano essere trattati nelle analisi di transfer pricing. A tal proposito l'OCSE, nella sezione A.4 del capitolo VI, illustra in modo non esaustivo e non vincolante alcuni esempi di beni immateriali. Particolare attenzione va prestata ai cosiddetti “*soft intangibles*”, ossia il portafoglio clienti, la conoscenza del mercato e la rete commerciale. Questi beni non godono di protezione legale ma contribuiscono in maniera rilevante al successo di un'azienda e possono essere gestiti direttamente; di conseguenza devono essere presi in considerazione nell'ambito delle analisi di transfer pricing, anche come beni immateriali. Al contrario, le sinergie di gruppo e le caratteristiche proprie del mercato di riferimento in cui opera un'impresa non sono considerate beni intangibili, dato che non possono essere né possedute né controllate²⁴⁵. In particolare, le sinergie sono considerate una conseguenza che deriva dalla combinazione di una serie di altre risorse e possono quindi essere utilizzate come fattori di valutazione a supporto dell'analisi di comparabilità relativa ad altri intangibili²⁴⁶.

Come detto, l'OCSE non fornisce una descrizione puntuale di tutte le possibili classificazioni di beni immateriali, ma a livello generale opera una distinzione tra *marketing intangible* e *trade intangible*. I primi comprendono quelle risorse impiegate

²⁴³ VERLINDEN I., DE BAETS S., PARMESSAR V., *Grappling with DEMPEs in the trenches: trying to give it the meaning it deserves*, in Intertax, Volume 47, Issue 12, p. 1047.

²⁴⁴ Il processo per la definizione delle transazioni relative agli intangibili verrà trattato nel paragrafo 2.4 con focus sull'analisi DEMPE nel sotto paragrafo 2.4.1.

²⁴⁵ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.30 e 6.31, p. 257.

²⁴⁶ SILBERZTEIN C., BENNETT M.C., LEMEIN D., *The OECD Discussion Draft on the Transfer of Intangibles (Revision of Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines) - Main comments*, in Intertax, Volume 41, Issue 2, 2013, p. 61.

per scopi commerciali e di promozione delle vendite, come ad esempio il brand; la seconda categoria, invece accoglie tutte quelle risorse che non rientrano nella precedente, ad esempio i brevetti. Inoltre, la prima tipologia di intangibili fa riferimento a quelle risorse che permettono di generare benefici economici durevoli e crescenti nel tempo, mentre la categoria dei *trade intangibles* comprende gli asset che possono essere utilizzati per un periodo di tempo limitato che spesso coincide con la protezione legale assicurata dalla registrazione di un brevetto²⁴⁷. Nel prossimo paragrafo verrà fornita una disamina delle principali categorie di beni immateriali trattate all'interno delle Linee Guida OCSE.

2.3.2 Tipologie di beni immateriali

La prima tipologia di intangibile ad essere considerata è rappresentata dai brevetti, ossia gli *“strumenti giuridici che garantiscono al titolare il diritto esclusivo di utilizzare una determinata invenzione per un periodo limitato di tempo all'interno di una determinata area geografica”*²⁴⁸. Il brevetto non concede il libero arbitrio al titolare per l'utilizzo di un'invenzione, ma vieta ad altri soggetti la possibilità di utilizzarla e trarne beneficio. Gli aspetti fiscali di queste risorse rivestono un'importanza fondamentale nei casi in cui vi siano compravendite o concessioni in licenza tra società dello stesso gruppo²⁴⁹. L'OCSE evidenzia che le invenzioni brevettabili derivano spesso da attività di ricerca e sviluppo interne per le quali si corrono una serie di rischi e vengono sostenuti dei costi, che a seconda dei casi possono essere ingenti oppure esigui. Ad ogni modo, dallo sviluppo di un brevetto consegue la possibilità di ottenere un rendimento economico, o di beneficiare di un vantaggio di costo, che deve essere opportunamente ripartito all'interno del gruppo sulla base del principio di libera concorrenza.

²⁴⁷ SHAH R., TOLANI A., BHATNAGAR A., *Transfer pricing issues relating to marketing intangibles*, in Asia Pacific bulletin, 2013.

²⁴⁸ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.19, p. 253.

²⁴⁹ VISCONTI MORO R., *Valutazione dei brevetti e stima del danno da contraffazione*, in Il Diritto Industriale, 5/2017, p. 419.

A seguire, troviamo la categoria dei *know-how* e dei segreti commerciali che ricomprende le informazioni “*non divulgate, di natura industriale, commerciale o scientifica, non registrate e quindi non protette, derivanti da un’esperienza acquisita e che trovano un’applicazione pratica nella gestione di un’impresa, facilitando e migliorando l’attività commerciale*”²⁵⁰. Il valore di queste risorse è strettamente legato alla capacità della singola impresa di mantenerne la riservatezza. Inoltre, sono frutto delle conoscenze e delle competenze delle risorse umane interne ad un’azienda. Di conseguenza, nel momento in cui si assiste al trasferimento di capitale umano tra due società diverse, si pone il problema di stabilire se debba essere corrisposta un’adeguata remunerazione per il trasferimento di *know-how*. È infatti frequente la situazione in cui due società appartenenti ad un gruppo multinazionale pianifichino il trasferimento o il distacco di uno o più lavoratori per la realizzazione di una serie di attività legate ad un determinato progetto. In tali casi, il focus è incentrato sulla remunerazione dei lavoratori tralasciando, erroneamente, la questione inerente allo spostamento di risorse intangibili. Lo spostamento di un lavoratore altamente qualificato comporta un trasferimento temporaneo di *know-how* infragruppo, e come tale deve essere adeguatamente valutato e remunerato secondo il principio di libera concorrenza²⁵¹. Nell’ambito di una tale operazione va tenuto conto, in aggiunta, del risparmio dei costi di formazione in capo alla società beneficiaria la quale riceve forza lavoro già formata e addestrata per eseguire il proprio compito. È necessario, tuttavia, operare una distinzione tra conoscenze che possono essere facilmente accessibili ai terzi (ad es. le competenze richieste per lavorare in catena di montaggio) e quelle conoscenze che sono possedute da una ristretta schiera di individui (ad es. la progettazione di un dispositivo medico avanzato). La separazione delle due casistiche si rende necessaria nel momento in cui va stabilito il prezzo di trasferimento nell’ambito di un’operazione che coinvolge anche beni immateriali, comparandola alle condizioni

²⁵⁰ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.20, pp. 253 - 254.

²⁵¹ VALENTE P., *Transfer pricing: criticità nella remunerazione dei beni intangibili*, in *il fisco*, 13/2015, p. 1268.

realizzate sul mercato. Difatti, un terzo soggetto indipendente difficilmente accetterebbe di pagare una somma di denaro per acquisire una tecnologia alla quale può accedere autonomamente²⁵². Diverso è il caso in cui vengano trasferite, o concesse in licenza, risorse uniche e di valore, come si avrà modo di approfondire nei paragrafi 2.4 e 2.5.

Un'ulteriore tipologia di bene trattata dall'OCSE è il marchio, cioè un nome o una rappresentazione grafica a carattere esclusivo che può essere sfruttato del proprietario per distinguere i propri prodotti o servizi dai concorrenti²⁵³. Come nel caso dei brevetti, anche un marchio può essere registrato, impedendo ai terzi di poterlo utilizzare appropriandosi in modo indebito dei benefici correlati. Simile al "marchio commerciale" è la "denominazione commerciale", che spesso coincide con il nome di un'impresa, e può a sua volta essere protetto registrandolo come marchio di fabbrica. Esiste poi il *brand*, talvolta utilizzato come sinonimo di marchio, che si differenzia in quanto rappresenta una combinazione di valori e simboli, che consentono di distinguere un prodotto o un servizio dalla concorrenza. Le difficoltà connesse a questa tipologia di beni si riscontrano nel tentativo di separare il loro apporto in una transazione e nell'individuare il valore generato per il consumatore finale. La situazione più ricorrente nei rapporti infragruppo è quella relativa a due società che si pongono in due stadi differenti della catena del valore, con la prima che si occupa della produzione di un prodotto, riconosciuto a livello mondiale grazie al suo marchio o al brand, e la seconda che si occupa della sua distribuzione in un Paese estero. Affinché l'operazione possa essere considerata "*at arm's length*" lo scambio infragruppo deve contemplare la remunerazione della società produttiva per lo sfruttamento del marchio ai fini commerciali, così come si verificherebbe tra due parti indipendenti. La società che funge da *sales entity* potrebbe infatti acquistare i prodotti per la successiva rivendita al cliente finale senza corrispondere alcuna somma di denaro aggiuntiva per

²⁵² BELOTTI R., QUARANTINI S., *Il know-how nei prezzi di trasferimento fra parti correlate*, in *Il fisco*, 2/2020, p. 149.

²⁵³ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.21, p. 254.

lo sfruttamento del marchio e, in tal modo, generare dei ricavi sfruttando una risorsa per la quale non ha sostenuto costi di sviluppo.

A seguire troviamo le licenze governative, che sono particolari concessioni di uno Stato per lo sfruttamento e l'utilizzo di determinate risorse naturali o beni pubblici²⁵⁴. Questa tipologia di accordi rileva per il compimento di determinati affari, o in alternativa possono risultare determinanti per coprire una serie di rapporti commerciali. Sono presenti anche i diritti derivanti da contratti che si riferiscono, invece, ai rapporti con fornitori o clienti. Una transazione che potrebbe riguardare questi asset è quella in cui, a seguito di una ristrutturazione del gruppo, una società decida di cedere il proprio portafoglio clienti nel Paese X ad una neocostituita società partecipata estera. La cessione potrebbe essere dettata dalla necessità di ridurre la distanza con i propri clienti e/o per ovviare ad eventuali impedimenti di natura burocratica o fiscale, presenti nel Paese estero, che ostacolano la normale prosecuzione del *business* in loco. A questo punto diventa necessario stabilire quale debba essere la corretta remunerazione alla controllante. Bisogna per l'appunto considerare che la *parent company* si sta "privando"²⁵⁵ dei ricavi futuri attesi dalla prosecuzione del rapporto con i clienti ceduti.

Per quanto concerne l'avviamento, le Linee Guida elaborate dall'OCSE non lo ricomprendono esplicitamente all'interno della categoria dei beni immateriali, ma allo stesso tempo non lo escludono. A riguardo, viene riportato come esistano diverse definizioni di avviamento, che variano dalla quantificazione dei benefici economici futuri attesi dagli asset aziendali, alle aspettative attribuibili all'attività di un'impresa funzionante²⁵⁶. L'avviamento non è considerabile, di per sé, come un intangibile autonomo, quanto piuttosto come l'espressione del valore atteso dai beni tangibili e

²⁵⁴ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.24, p. 255.

²⁵⁵ Ragionando nella prospettiva unitaria del gruppo, la controllante continua a generare ricavi in modo indiretto e che incasserà in via differita, attraverso la distribuzione di dividendi.

²⁵⁶ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.27, p. 255.

intangibili che costituiscono il complesso aziendale²⁵⁷. Nella valutazione di alcuni beni intangibili è necessario quantificare la dimensione dei ricavi futuri ad essi collegati e, in tal senso, l'avviamento aziendale può rappresentare un buon punto di partenza per l'analisi. Di conseguenza, quando viene appurata la presenza di un avviamento all'interno di una transazione, questo deve essere apprezzato secondo il principio di libera concorrenza e a tal riguardo le logiche di valutazione contabili e aziendalistiche rappresentano una valida base di confronto²⁵⁸.

2.3.3 Hard-to-value intangibles (HTVI)

È presente infine un'ulteriore classificazione per i beni immateriali, che può essere considerata a tutti gli effetti una categoria residuale e riguarda i beni cosiddetti "di difficile valutazione"²⁵⁹. All'interno di questa fattispecie non sono comprese ulteriori e diverse forme di beni, ma vengono inclusi asset riconducibili alle precedenti categorie descritte e che presentano caratteristiche peculiari tali da non consentirne una valutazione sulla base di criteri standardizzati. In tale contesto si fa riferimento a quelle risorse per le quali, al momento della transazione, sia particolarmente complesso individuare altri beni o transazioni similari sul mercato, impedendo lo svolgimento di una corretta analisi di comparabilità. Allo stesso modo, all'interno di questa categoria vengono ricomprese le situazioni nelle quali è difficile determinare il valore che può essere generato in futuro, a causa della difficoltà nel prevedere i flussi di cassa attesi o dell'elevata incertezza sulla possibilità di generare profitti in seguito agli investimenti effettuati²⁶⁰. Le situazioni nelle quali si possono verificare questi casi sono quelle in cui il bene sta ancora attraversando la fase di sviluppo, oppure trattasi di una risorsa

²⁵⁷ GUATRI G., VILLANI M., *Le valutazioni per il transfer pricing degli intangibili*, Milano, 2018, p. 9.

²⁵⁸ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.29, p. 256.

²⁵⁹ Nelle Linee Guida, l'OCSE decide di distinguere questa categoria rispetto alle altre; tuttavia, se tale distinzione trova una giustificazione nella teoria, dal lato pratico tutte le categorie di intangibili, in base alle circostanze del caso, potrebbero essere ricompresi in quest'ultima fattispecie di beni di "difficile valutazione".

²⁶⁰ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.189, p. 309.

innovativa e dall'evoluzione incerta che non presenta sul mercato casi simili sui quali fare affidamento per prevederne l'effettivo sfruttamento²⁶¹.

Questa tematica diventa rilevante in ambito transfer pricing dal momento che il processo di valutazione di una transazione difficile da delineare, tra soggetti indipendenti, verrebbe affidata molto probabilmente a professionisti competenti ed altamente qualificati; nell'ambito delle transazioni interne ad un gruppo, al contrario, potrebbero prevalere considerazioni sul risparmio dei costi di consulenza, ritenendo superflua una valutazione esterna dei benefici futuri attesi dallo sviluppo di un asset interno²⁶². Uno scenario di questo tipo potrebbe portare a contrasti con le amministrazioni finanziarie, le quali potrebbero ritenere poco affidabili le analisi effettuate internamente dai contribuenti. Per superare la presenza di asimmetrie informative, l'OCSE ha stabilito come le amministrazioni fiscali possano fare affidamento sui dati raccolti *ex post* per verificare l'adeguatezza dei prezzi infragruppo stabiliti *ex ante*²⁶³. Tuttavia, nel caso in cui il contribuente dimostri la bontà e l'affidabilità delle stime effettuate al momento della definizione a priori delle remunerazioni in capo alle parti coinvolte, le prove raccolte dall'amministrazione finanziaria non sono ammesse, così come nel caso in cui vi sia uno scostamento inferiore al 20% tra quanto stabilito a priori e quanto effettivamente verificatosi. In egual modo, le valutazioni a posteriori delle amministrazioni non possono sostituirsi ad eventuali accordi preventivi bilaterali o multilaterali in vigore al momento del trasferimento²⁶⁴. Queste ultime previsioni sono essenziali in quanto le informazioni utilizzate dagli organi verificatori *ex post* potrebbero non essere state a disposizione

²⁶¹ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.190, p. 310.

²⁶² OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.186, p. 308.

²⁶³ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.187, p. 309.

²⁶⁴ GUATRI G., VILLANI M., *Le valutazioni per il transfer pricing degli intangibili*, Milano, 2018, p. 69; per un approfondimento specifico sul tema degli *hard-to-value intangible*, cfr. OECD, *Guidance for tax administrations on the application of the approach to hard-to-value intangibles*, 2018.

del contribuente al momento della determinazione del prezzo di trasferimento prima dell'avvenuta transazione²⁶⁵.

2.4 Delineazione delle transazioni che coinvolgono i beni immateriali

2.4.1 L'analisi DEMPE

Prima di entrare nel merito dell'analisi delle transazioni relative ai beni immateriali, a parere di chi scrive è opportuno richiamare alcuni punti ricorrenti negli schemi di pianificazione fiscale aggressiva attuati dei gruppi multinazionali, in modo tale da individuare quali siano i problemi di fondo connessi alla gestione delle risorse intangibili. Innanzitutto, una prassi diffusa è quella di ridurre in modo artificioso l'imponibile nello Stato in cui si trova la fonte principale di reddito, trasferendo a livello contrattuale la proprietà ed i rischi legati agli *intangibles* a società controllate, residenti in Paesi a tassazione agevolata; oppure, tramite accordi di *ruling* internazionale con le amministrazioni fiscali, si cerca di abbattere le imposte sui redditi dirottati nei Paesi ad imposizione ridotta²⁶⁶.

Il contribuente, una volta accertata l'esistenza di un'operazione che coinvolge un bene immateriale e prima di poter definire un prezzo di trasferimento congruo, deve procedere alla mappatura della transazione seguendo gli step proposti dall'OCSE²⁶⁷.

In primis, è necessario definire l'intangibile o gli intangibili che rilevano all'interno della transazione e i relativi rischi connessi alle funzioni di sviluppo, accrescimento, manutenzione, protezione e sfruttamento. Chiariti questi aspetti, è opportuno analizzare i vincoli contrattuali che gravano sul bene in modo tale da identificare il soggetto che ne detiene formalmente la proprietà e chi controlla i rischi ad esso

²⁶⁵ Sul tema, cfr. KONINGS B., MORREN D., *International - Hard-to-Value Intangibles: How Hard Can It Be?*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 28, No. 1, 2020 e HAGELIN J., *Ex post facto consideration in transfer pricing of hard-to-value intangibles: practical and methodical issues with the HTVI approach*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 26, No. 1, 2018.

²⁶⁶ GASPARRI T., *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza*, in *Assonime Note e Studi* n. 15/2017.

²⁶⁷ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, sez. B, p. 257.

connessi, oltre a definire diritti e doveri in capo ai soggetti economici coinvolti. Nel caso in cui non sia possibile dedurre queste caratteristiche dall'analisi dei contratti a disposizione, per identificare il *legal owner* si dovrà fare ricorso ai comportamenti effettivi dei soggetti coinvolti. Nello specifico, il proprietario di un intangibile è identificabile come colui che assume le decisioni relative allo sfruttamento del bene ed è in grado di impedirne l'utilizzo ad altri soggetti²⁶⁸.

Questa fase è propedeutica all'identificazione delle imprese che, a livello teorico, hanno il controllo delle funzioni DEMPE, in quanto successivamente andrà accertata la coerenza tra quanto previsto a livello contrattuale e quanto si verifica nella pratica. A tal proposito, è opportuno accertare che le imprese che assumono il rischio collegato allo svolgimento di una particolare funzione siano in possesso dei mezzi e delle risorse finanziarie adeguate a fronteggiare tale situazione. Questo passaggio è fondamentale per stabilire quali parti coinvolte abbiano diritto ad essere remunerate con i profitti generati dall'utilizzo del bene immateriale.

È bene, tuttavia, stabilire a priori quali attività siano ricomprese all'interno delle cinque funzioni DEMPE:

1. Sviluppo (*Development*): sviluppo di piani e strategie per la creazione di nuove risorse immateriali e, in generale, tutte le attività che possono essere ricondotte alla fase di ricerca e sviluppo o di definizione di standard qualitativi all'interno dei processi produttivi;
2. Accrescimento (*Enhancement*): è la fase di potenziamento dell'intangibile, nella quale si continua a lavorare su alcuni aspetti del bene per assicurarsi che possa essere costantemente migliorato e rimanere efficace nel tempo e può comprendere attività di promozione del brand o di potenziamento dell'esperienza di acquisto dei clienti;
3. Manutenzione (*Maintenance*): ricomprende tutte le attività volte a mantenere gli effetti positivi sul valore aziendale delle risorse intangibili, affinché possano

²⁶⁸ GUATRI G., VILLANI M., *op.cit.*, p. 18.

continuare a generare entrate sia a livello locale che globale, come la verifica del grado di soddisfazione della clientela per la valutazione di un brand o il rinnovo delle licenze per un determinato accordo commerciale;

4. Protezione (*Protection*): riguarda la tutela legale dei diritti relativi all'intangibile, attraverso la registrazione di marchi o brevetti per evitare utilizzi indebiti da parte dei terzi esterni al gruppo, e include il monitoraggio delle attività dei *competitor*;
5. Sfruttamento (*Exploitation*): in riferimento alle modalità attraverso le quali il bene viene sfruttato ed utilizzato per conseguire dei profitti, ossia la diffusione di un brand o l'implementazione di *know-how* in un processo produttivo.

Prima dell'introduzione di questo tipo di analisi, come detto in precedenza, indipendentemente dalle parti che svolgevano questo tipo di attività, i profitti generati dalla presenza di un asset immateriale erano destinati al legittimo proprietario del bene. Si deve però operare una distinzione tra la remunerazione corrisposta alle imprese che svolgono alcune delle funzioni DEMPE, costituita dai costi sostenuti maggiorati di un congruo mark-up, e gli extra profitti che derivano dallo sfruttamento dell'intangibile, che saranno distribuiti alle varie entità di un gruppo, diverse dal proprietario legale, in base all'effettivo controllo di talune funzioni²⁶⁹. Nella realtà le funzioni di cui sopra, all'interno di un gruppo multinazionale, possono essere delegate a varie entità. Secondo le Linee Guida ci sono alcune attività che hanno un'importanza predominante rispetto alle altre e tra queste troviamo la definizione dei programmi di ricerca e sviluppo, il controllo dei piani commerciali e delle decisioni strategiche oltre alla gestione del budget a disposizione²⁷⁰. Affinché possano essere svolte queste funzioni, è necessario che vengano utilizzate determinate risorse come cespiti fisici, finanza o altri intangibili. È bene sottolineare che i soggetti che svolgono determinate attività potrebbero differire da quelli che mettono a disposizione le risorse: è questo il

²⁶⁹ PALESTINI S., *Effetti del progetto BEPS sui prezzi di trasferimento degli intangibile*, in Amministrazione & Finanza, 5/2017, pp. 13 e ss.

²⁷⁰ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, sezione B.2.1, pp. 265 – 268.

caso in cui una società si limita a finanziare un progetto di ricerca e sviluppo di una impresa associata. In questa situazione specifica la società che finanzia lo svolgimento delle attività “DEMPE”, senza assumerne il controllo o l’esecuzione, dovrà attendersi una remunerazione basata unicamente sul rischio di finanziamento²⁷¹.

A questo punto bisogna determinare il soggetto, o i soggetti, che all’interno del gruppo si assumono i rischi relativi alle funzioni e ai beni impiegati. A riguardo, l’OCSE elenca i principali rischi nell’ambito della gestione di una risorsa immateriale, tra cui sono presenti il rischio di insuccesso dell’intangibile sviluppato, il rischio di obsolescenza di una risorsa, il rischio legato alle procedure per attivare la protezione di un bene (che potrebbe comportare costi e tempistiche eccessive per poter consentire un ritorno economico adeguato) e infine il rischio di risarcimento danni provocati a terzi a causa di un prodotto o servizio sviluppato attraverso una risorsa immateriale, come ad esempio un brevetto per un dispositivo medico²⁷².

L’OCSE analizza alcuni casi pratici nei quali sostanzialmente ribadisce come per individuare la corretta remunerazione delle parti coinvolte in una transazione si debba ricorrere agli step di analisi sopra descritti. Gli esempi riguardano i casi di sviluppo e valorizzazione di un bene immateriale connesso ad attività di marketing o distribuzione, gli accordi di ricerca, sviluppo e miglioramento dei processi e infine i pagamenti per l’utilizzo del nome di una società²⁷³. Nelle tre situazioni descritte, il proprietario della risorsa immateriale beneficia delle attività svolte da un’impresa associata/controllata, attraverso le quali il valore e la notorietà dell’intangibile aumentano. Qualora la disponibilità della/e risorsa/e generi in capo alla società controllata un margine di guadagno, quest’ultima dovrà riconoscere alla capogruppo un corrispettivo opportunamente quantificato; allo stesso tempo, se l’utile deriva dallo

²⁷¹ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.61, p. 269.

²⁷² OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, sezione B.2.3, pp. 270 – 271.

²⁷³ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, sezione B.4, pp. 274 – 278.

svolgimento di specifiche attività svolte dalla controllata, questa avrà diritto a trattenere per sé una parte o l'intera quota degli extra profitti.

2.4.2 Trasferimenti di beni immateriali

Eseguite le precedenti verifiche, il contribuente può procedere a delineare la transazione alla luce delle informazioni ricavate e dell'analisi condotta per poi stabilire la corretta remunerazione delle parti nella fattispecie in esame.

Secondo le indicazioni dell'OCSE esistono due macrocategorie di transazioni che coinvolgono i beni immateriali e che rilevano nella disciplina del transfer pricing:

- transazioni che comportano il trasferimento di risorse immateriali o di diritti;
- transazioni che riguardano l'utilizzo di beni immateriali nell'ambito della produzione o vendita di altri beni o della prestazione di servizi.

Quando l'oggetto del trasferimento è il bene immateriale, un'impresa potrebbe concedere all'altra il diritto all'utilizzo della risorsa, in genere con delle limitazioni, oppure procedere alla cessione della piena titolarità giuridica dell'intangibile. Nella prima fattispecie le due società si accorderanno per la determinazione di un canone periodico quale remunerazione della transazione, mentre nel secondo caso verrà stabilito un prezzo di cessione²⁷⁴. Potrebbe altresì accadere che la titolarità del bene venga condivisa tra due o più soggetti nell'ambito di un progetto comune che riguardi attività di ricerca e sviluppo e per il quale si ricorra ad un accordo di ripartizione dei costi sostenuti²⁷⁵.

A loro volta, queste transazioni potrebbero riguardare il trasferimento di un solo intangibile o, come avviene più frequentemente, un insieme di intangibili tra di loro collegati. In genere, il valore degli intangibili aumenta per effetto di un utilizzo congiunto e risulta superiore alla somma dei singoli beni disaggregati. Può in alternativa verificarsi il caso contrario nel quale i beni utilizzati in combinazione tra di loro non creano plusvalore, bensì generano maggiori benefici se considerati

²⁷⁴ GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p. 33.

²⁷⁵ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.90, p. 279.

singolarmente²⁷⁶. Ad ogni modo, nelle analisi di transfer pricing può risultare difficoltoso distinguere i vari beni coinvolti ma sarebbe opportuno riuscire ad individuarli tutti in maniera separata, ai fini di una corretta valutazione, e capire quale tra di essi sia il più importante a livello strategico. Lo scenario descritto può essere compreso attraverso un esempio relativo alla concessione in licenza dei diritti d'utilizzo di un marchio. Tale asset è accompagnato da un avviamento relativo alla reputazione dello stesso, generato e sviluppato nel corso del tempo. Di conseguenza, in capo al licenziatario non viene trasferito solamente il diritto all'utilizzo del brand, ma anche una quota di plusvalore che, come detto in precedenza, non può essere valutata in maniera separata ma dovrà comunque essere considerata per determinare il corrispettivo conforme al principio di libera concorrenza²⁷⁷.

Il trasferimento di un intangibile potrebbe in aggiunta avvenire contestualmente alla cessione di un bene materiale o all'erogazione di un servizio. In tal caso è possibile analizzare la transazione in due modi. Nel primo caso l'intangibile viene considerato in maniera autonoma qualora non siano presenti sinergie significative tra la risorsa considerata ed il bene tangibile ceduto o il servizio prestato. Altrimenti è necessario valutare in modo aggregato l'insieme dei beni ceduti e delle prestazioni eseguite qualora emerga un alto livello di interconnessione. Si può esaminare la questione attraverso l'esempio di seguito riportato²⁷⁸. Una *parent company* (Alfa) di un gruppo multinazionale ha sviluppato un software per la gestione dei documenti che le ha permesso di sostenere e superare alcune cause legali. Il software è unico nel suo genere e non è presente sul mercato. Una delle società controllate (Beta) viene coinvolta in un contenzioso di natura simile a quelli in cui è stata coinvolta Alfa, la quale decide di mettere a disposizione due suoi dipendenti per assistere Beta nella

²⁷⁶ SILBERZTEIN C., BENNETT M.C., LEMEIN D., *The OECD Discussion Draft on the Transfer of Intangibles (Revision of Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines) - Detailed comments*, in Intertax, Volume 41, Issue 2, 2013, p. 74.

²⁷⁷ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Allegati al Cap. VI, Esempio 20, pp. 586 – 587.

²⁷⁸ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Allegati al Cap. VI, Esempio 25, pp. 591 – 592.

causa in corso. I due dipendenti hanno pieno accesso al software e possono utilizzarlo esclusivamente per tale contenzioso. La situazione che viene a configurarsi è quella di un servizio fornito nel quale l'utilizzo di una risorsa immateriale come il software è fondamentale, e di conseguenza per la quantificazione del prezzo che Beta dovrà corrispondere ad Alfa si dovrà valutare anche il fatto che Beta ha potuto avvalersi di un intangibile unico e connesso alla prestazione effettuata dai due addetti.

La seconda fattispecie considerata dalle Linee Guida OCSE si riferisce alle transazioni che riguardano beni e servizi generati dall'utilizzo di uno specifico asset immateriale (o più asset) che concorrono in misura notevole alla creazione del valore aggiunto. In questo caso il bene intangibile non è l'oggetto principale della transazione e non viene trasferito, ma ricopre un ruolo determinante per la valorizzazione dei beni o dei servizi. Pertanto, il valore di tali beni immateriali concorrerà alla determinazione del prezzo di trasferimento tra le parti coinvolte. Quanto riportato può essere chiarito attraverso un esempio. Un'azienda produttrice di automobili utilizza dei brevetti che contribuiscono in maniera considerevole al valore del prodotto finale. Le auto vengono commercializzate attraverso dei distributori associati, i quali acquistano il prodotto ma non il bene intangibile. Ciò nonostante, nella quantificazione della remunerazione della transazione, il valore aggiunto generato dalla presenza dei brevetti va tenuto in considerazione allo scopo di determinare un prezzo conforme a quello che due soggetti indipendenti avrebbero stabilito tra di loro²⁷⁹.

2.5 Valutazione e pricing degli scambi di beni immateriali

2.5.1 I metodi di valutazione

Nella fase di selezione del metodo più adeguato alla valutazione di una transazione che riguarda il trasferimento di beni immateriali, il contribuente deve considerare la natura dei beni immateriali rilevanti e la presenza di transazioni comparabili tra terze parti

²⁷⁹ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.105, p. 292.

indipendenti²⁸⁰. Va sottolineato che i beni immateriali potrebbero avere delle caratteristiche peculiari che rendono estremamente complessa la ricerca di risorse simili sul mercato ai fini dell'analisi sui prezzi di trasferimento, oppure potrebbero verificarsi delle transazioni tra imprese associate che tra terze parti indipendenti non avrebbero avuto luogo²⁸¹.

La scelta del metodo dovrà dunque essere frutto di una scrupolosa analisi funzionale che consenta di mappare la transazione in considerazione della struttura della *value chain* del gruppo multinazionale e del ruolo svolto dalla risorsa immateriale in tale contesto²⁸².

Come osservato nel primo capitolo dell'elaborato, l'OCSE propone cinque metodi di valutazione per determinare il corretto prezzo di trasferimento di un'operazione infragruppo.

È bene peraltro evidenziare che l'OCSE ammette l'utilizzo di metodi alternativi a quelli indicati, previa giustificazione da parte del contribuente della scelta effettuata e del motivo per il quale le metodologie di base sono state ritenute inadeguate alle circostanze del caso²⁸³.

I metodi RPM e TNMM non sono considerati affidabili per la valutazione diretta delle risorse intangibili, ma possono essere utilizzati in modo indiretto nella valorizzazione di alcune funzioni svolte, ricavando per differenza il valore residuo dei beni immateriali²⁸⁴. Allo stesso modo, i metodi che si basano sui costi di sviluppo dei beni non sono ritenuti adatti per queste tipologie di transazioni, dato che la correlazione tra

²⁸⁰ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.131, p. 283

²⁸¹ ANDRUS J., COLLIER R., *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS*, Oxford University press, 2017, p. 215.

²⁸² OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, parr. 6.131-6.132, p. 292.

²⁸³ Cfr. ZUCCHETTI S., PALLOTTA A., LANFRANCHI O., *Assessment methods for intangible assets: unwrapping the Italian patent box to better grasp what is inside and how much it is worth*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 23, No. 3, 2016.

²⁸⁴ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.141, p. 294.

gli investimenti effettuati per un asset intangibile e il valore finale del bene risulta nella maggioranza dei casi molto debole²⁸⁵. Per converso i metodi ritenuti più consoni nei casi di trasferimenti di beni immateriali sono il CUP e il PSM e qualora si incontrassero difficoltà nella loro applicazione, è possibile ricorrere ad altre tecniche di valutazione dei beni intangibili.

2.5.2 Il metodo del confronto di prezzo

Il metodo del confronto del prezzo può essere applicato nel caso in cui si riescano a reperire informazioni attendibili ed esaurienti su transazioni comparabili tra soggetti indipendenti. Il grado di comparabilità per l'applicazione del CUP è il più elevato tra i vari metodi in quanto il termine di confronto per l'analisi è esattamente il prezzo a cui avviene la cessione. Ciò detto, si possono individuare gli aspetti principali da esaminare per poter paragonare le transazioni analizzate²⁸⁶:

- nel caso di una transazione che comporta la concessione in uso di un intangibile, va verificata la presenza di un'eventuale esclusiva sull'utilizzo, in quanto tale beneficio andrebbe ad incidere sul valore del bene a disposizione e allo stesso tempo si deve confrontare l'estensione territoriale di tale diritto;
- l'esistenza o meno di una protezione legale può tradursi in una notevole differenza nella valutazione di due beni, così come la diversa durata residua della copertura;
- tra due beni oggetto di comparazione, l'intangibile con la vita utile più lunga sarà quello con il valore più elevato;
- una risorsa intangibile per la quale è già stato appurato un possibile impiego a livello commerciale avrà un valore superiore rispetto ad una risorsa che è ancora in fase di sviluppo e non è ancora stata impiegata a livello operativo;
- quanto più rapido è il processo di obsolescenza di un bene tanto minore sarà il suo valore, a parità di altre condizioni;

²⁸⁵ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.142, p. 295.

²⁸⁶ GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, pp. 52 – 54.

- la possibilità di utilizzare l'intangibile trasferito per svilupparne di nuovi o per utilizzarlo in combinazione con altre risorse ne aumenta considerevolmente il valore, sempreché il destinatario del bene possa effettivamente utilizzare i nuovi asset a disposizione e non sia vincolato da quanto stabilito contrattualmente;
- i risultati attesi dallo sfruttamento di due beni devono essere simili affinché possano essere comparati e quindi beni intangibili dai quali ci si attendono importanti benefici economici non potranno essere confrontati con risorse poco profittevoli;
- vanno infine analizzati i fattori di rischio rilevanti, riportati nei paragrafi precedenti.

Una volta individuate le transazioni da utilizzare come parametro di confronto con la transazione oggetto di analisi, è possibile rilevare un grado di comparabilità più o meno elevato. La situazione ideale è quella in cui non sono presenti discrasie tra le due fattispecie, mentre al lato opposto troviamo quelle situazioni che presentano differenze tali da avere un impatto rilevante, e difficile da isolare, sul prezzo di trasferimento. Nel mezzo sono presenti tutti quei casi in cui è possibile eliminare le differenze operando gli opportuni aggiustamenti di comparabilità senza intaccare l'attendibilità della stessa. Il metodo del CUP può essere applicato in due modi differenti: operando un confronto tra il prezzo applicato all'impresa associata e quello stabilito con un terzo soggetto per la medesima transazione avente ad oggetto lo stesso bene immateriale (c.d. CUP interno); oppure confrontando le condizioni applicate alla transazione con un *benchmark* esterno (c.d. CUP esterno). Sulla base di quanto descritto, il metodo del CUP risulterà raramente applicabile dato che difficilmente il contribuente riuscirà ad individuare transazioni comparabili che rispettino tutti i requisiti richiesti dalle linee guida, rendendo il metodo del *transactional profit split* il più appropriato nella maggioranza dei casi²⁸⁷.

²⁸⁷ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.146, p. 296.

2.5.3 Il metodo di ripartizione dell'utile (Profit Split Method)

Per ovviare alla mancanza di transazioni comparabili sul mercato, il contribuente può ricorrere al metodo della ripartizione degli utili per dimostrare la conformità all'*arm's length principle* delle condizioni stabilite in una transazione tra imprese associate. Il metodo in oggetto è considerato il più difficile da applicare, tant'è vero che nella "gerarchia" stabilita dall'OCSE si posiziona all'ultimo posto e viene considerato un metodo residuale, da applicare per l'appunto nelle circostanze in cui risulti impossibile l'utilizzo degli altri metodi, o quest'ultimi comportino costi eccessivi. A riprova della sua complessità, lo *standard setter* ha provveduto a pubblicare un documento interamente dedicato alla revisione del relativo paragrafo contenuto nelle Linee Guida, allo scopo di chiarirne le modalità di applicazione e le relative criticità²⁸⁸. All'interno delle Linee Guida si pone l'accento sulla necessità per il contribuente di avere a disposizione una buona quantità di informazioni relativamente alla quota di utili generata dall'utilizzo del bene intangibile all'interno del gruppo e sui contributi apportati da ogni singola parte coinvolta nella transazione. In tal senso viene ribadita l'importanza dell'analisi funzionale e dell'affidabilità dei calcoli relativi ai flussi previsionali²⁸⁹. La raccomandazione dello *standard setter*, affinché vengano correttamente determinati i contributi unici apportati dalle parti coinvolte, sembra far propendere per una ripartizione dell'utile inteso come risultato economico che residua dopo aver opportunamente remunerato i due soggetti per le loro attività di routine considerate non a valore aggiunto nell'ambito della transazione analizzata²⁹⁰. La determinazione del contributo unico e di valore apportato da un intangibile passa attraverso l'identificazione di quale sia il bene immateriale che permette all'impresa di generare valore, la classificazione delle funzioni routinarie svolte dai soggetti che

²⁸⁸ OECD, *Revised guidance on the application of the transactional profit split method – inclusive framework on BEPS: Action 10*, 2018.

²⁸⁹ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.149, p. 297.

²⁹⁰ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. II, par. C.3.2.2, pp. 137 – 138.

partecipano alla transazione e la relativa remunerazione sulla base del principio di libera concorrenza (che può avvenire applicando il metodo del CUP o il TNMM) ed infine l'allocazione del profitto residuale sulla base dell'analisi dei rischi e delle funzioni²⁹¹.

Per comprendere le fasi di applicazione di tale metodo viene proposto il seguente esempio²⁹². Si ipotizzi un gruppo multinazionale costituito da due imprese, Alfa e Beta, residenti rispettivamente nei Paesi A e B che si occupano della produzione e del commercio di dispositivi elettronici. Si prevede il lancio di un nuovo prodotto, dotato di una nuova tecnologia avanzata, per il quale l'azienda Alfa sarà responsabile della progettazione, dello sviluppo e della produzione mentre l'azienda Beta si occuperà della campagna di marketing e della distribuzione globale. Nello specifico Alfa coprirà le funzioni relative alla ricerca e sviluppo, stabilendo i livelli di produzione del prodotto e occupandosi dei test sul controllo della qualità, sfruttando il *know-how* sviluppato nel corso degli anni. Una volta che la produzione sarà completata, i dispositivi verranno ceduti a Beta che si occuperà delle campagne promozionali, definendo i livelli di spesa e monitorando su base mensile gli effetti sulle vendite in ogni Paese. Attraverso queste funzioni Beta sarà in grado di diffondere la notorietà del proprio marchio e di generare un avviamento dettato dalla capacità di differenziare il proprio prodotto rispetto a quello dei *competitor*. Inoltre, la rete distributiva creata da Beta rappresenta un grosso vantaggio competitivo nei confronti della concorrenza, potendo contare sullo sviluppo di un algoritmo che permette di analizzare le caratteristiche e l'evoluzione della domanda della clientela sulla base del responso sugli acquisti effettuati, permettendo una migliore gestione della logistica e delle scorte di magazzino. Nella circostanza analizzata è possibile affermare che i rispettivi contributi di Alfa e Beta siano unici e di grande valore per il successo del nuovo prodotto, rendendo difficoltosa la ricerca di

²⁹¹ ZUCCHETTI S., PALLOTTA A., LANFRANCHI O., *Assessment methods for intangible assets: unwrapping the Italian patent box to better grasp what is inside and how much it is worth*, in International Transfer Pricing Journal, Volume 23, No. 3, 2016.

²⁹² Adattamento dell'esempio 3 contenuto in OECD, *Revised guidance on the application of the transactional profit split method – inclusive framework on BEPS: Action 10*, 2018, p. 30.

transazioni comparabili sul mercato. Delineata la catena del valore ed individuate le funzioni svolte ed i beni immateriali coinvolti, si deve procedere ad una valutazione del rischio in capo alle due entità. Entrambe le società sopportano il rischio di obsolescenza del prodotto realizzato, in quanto una diminuzione delle vendite da parte di Beta si rifletterà in un calo del livello di produzione di Alfa. Allo stesso modo è presente un rischio legato alla protezione degli intangibili, che potrebbe comportare costi più o meno elevati senza la garanzia di un numero sufficiente di vendite per realizzare dei profitti. In capo ad Alfa è presente un rischio nella fase di creazione della nuova tecnologia, che potrebbe non avere il successo previsto e tradursi in costi non recuperabili. Dall'altro lato, Beta sopporta il rischio legato allo sfruttamento dell'intangibile nel caso in cui i clienti non reagiscano positivamente al nuovo prodotto e alla nuova tecnologia, con il pericolo di investire ingenti somme in campagne di marketing senza avere un ritorno economico. È pertanto lecito affermare che le due società si dividano in maniera relativamente equa i rischi in capo all'investimento. Per determinare la corretta allocazione degli eventuali profitti generati, che andranno opportunamente stimati²⁹³, vanno determinate le chiavi di allocazione. Quest'ultime dovrebbero essere individuate sulla base dei dati di mercato ma, nuovamente, risulta molto complicato reperire informazioni in merito a transazioni similari, soprattutto nel caso in cui siano coinvolti beni immateriali unici e di grande valore. In questi casi intervengono le Linee Guida dell'OCSE a chiarire la procedura da seguire affermando come le chiavi di allocazione possano essere individuate sulla base del valore degli asset impiegati nello svolgimento delle proprie funzioni oppure sulla base dei costi sostenuti²⁹⁴. Pertanto, i dati di origine interna alle aziende risultano di fondamentale importanza in quanto costituiscono informazioni affidabili e direttamente collegate al valore aggiunto generato nella *value chain* del gruppo e devono essere individuati tra

²⁹³ Per un'analisi sulle modalità di determinazione dei flussi di cassa attesi, cfr. GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, pp. 184 – 190.

²⁹⁴ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.141, p. 141.

le voci rilevanti del conto economico²⁹⁵. Una volta determinate le voci di costo rilevanti, e inerenti alle funzioni DEMPE svolte dalle due società, si può procedere alla divisione del profitto. Questa suddivisione individuata a livello teorico che è connessa ai contributi apportati, se effettuata preventivamente, determina la corretta remunerazione delle parti sulla base del principio di libera concorrenza; nel caso in cui si operi un'analisi a consuntivo la suddivisione determinata va confrontata con i profitti realizzati dalle due società e qualora siano presenti degli scostamenti andranno operate le opportune rettifiche sui prezzi di trasferimento. È interessante notare come alcuni autori propongano una versione semplificata di tale metodo, che si basa sulla predeterminazione delle quote di profitto da attribuire a ciascuna parte sulle base del peso dei *marketing intangible* e dei *trade intangibles* utilizzati all'interno della transazione, ponderando i costi sostenuti per lo sviluppo degli uni o degli altri o stabilendo chiavi di allocazione forfettarie che garantiscano la tassazione dei profitti laddove essi sono generati²⁹⁶.

Da ultimo viene proposto un esempio che riguarda la determinazione del tasso di *royalty*, utilizzando le logiche di ripartizione dell'utile operativo proprie del metodo PSM, nel caso di una transazione che ha ad oggetto la concessione in licenza di un *hard-to-value intangible*²⁹⁷. Come specificato in precedenza, nella circostanza in cui venga trattato un bene unico e di difficile valutazione risulta complicato individuare transazioni comparabili sul mercato, sulla base delle quali determinare la corretta remunerazione delle parti coinvolte. Nel seguente esempio sono presenti due società associate, Alfa e Beta, che appartengono al gruppo Gamma. La società Alfa ha

²⁹⁵ VALENTE P., *Il metodo transactional profit split nella disciplina OCSE del transfer pricing*, in *Il fisco*, 16/2011, p. 2546. Sulla scelta delle corrette chiavi di allocazione si è espressa di recente anche la Corte di Cassazione con la sentenza n. 11837 del 18 giugno 2020. In particolare, la Corte di Cassazione, richiamando quanto disposto anche dalle Linee Guida OCSE, ha sottolineato come le chiavi di allocazioni basate sui costi possano essere utilizzate qualora sia possibile individuare un'oggettiva correlazione tra i componenti negativi ed il valore creato.

²⁹⁶ CHAND V., *Allocation of taxing rights in the digitalized economy: assessment of potential policy solutions and recommendation for a simplified residual profit split method*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 12, 2019, pp. 1037 – 1039.

²⁹⁷ L'esempio riportato è tratto da GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, pp. 198 – 210.

sviluppato un nuovo marchio di difficile valutazione e che non è paragonabile ad altri marchi sul mercato. L'intangibile viene concesso in licenza per un periodo di cinque anni a Beta²⁹⁸. Il marchio caratterizzerà un nuovo prodotto che sarà realizzato e distribuito sul mercato italiano dalla stessa Beta. Dallo sfruttamento del marchio sono attesi i seguenti risultati per l'intero gruppo Gamma (Tabella 2.1), i quali vengono ulteriormente suddivisi per unità di *business* (Tabella 2.2)²⁹⁹.

Tabella 2.1

	T+1	T+2	T+3	T+4	T+5
Ricavi (A)	120	135	145	160	165
Costi di produzione (B1)	72	81	87	96	99
Costi diretti derivanti dalla proprietà del marchio	0,6	0,7	0,7	0,8	0,8
Costi per pubblicità istituzionale	3,6	4,1	4,4	4,8	5
Costi commerciali	16,8	18,9	20,3	22,4	23,1
Costi generali	6	6,8	7,3	8	8,3
Costi operativi (B = B1 + costi di gestione)	99	111,4	119,7	132	136,2
Risultato operativo (A - B)	21	23,5	25,3	28	28,8

Tabella 2.2

	T+1	T+2	T+3	T+4	T+5
Risultato BU produzione	5,2	5,8	6,3	6,9	7,1
Risultato BU distribuzione	9,6	10,7	11,5	12,8	13,2
Risultato BU marchio	6,2	7	7,5	8,3	8,5
Risultato operativo	21	23,5	25,3	28	28,8

I risultati attesi in capo a Beta (licenziatario) sono dati dalla somma dei risultati relativi

²⁹⁸ Il marchio, secondo le stime del management del gruppo Gamma, avrà una vita utile indefinita. Pertanto, continuerà a generare flussi di risultato anche in seguito al termine dell'accordo di licenza.

²⁹⁹ I valori riportati nelle tabelle sono arrotondati alla prima cifra decimale.

alla “*business unit marchio*” aumentati dei costi amministrativi correlati al marchio stesso, sostenuti da Alfa (*Tabella 2.3*).

Tabella 2.3

	T+1	T+2	T+3	T+4	T+5
Risultato BU marchio	6,2	7	7,5	8,3	8,5
Costi diretti derivanti dalla proprietà del marchio	0,6	0,7	0,7	0,8	0,8
Costi per pubblicità istituzionale	3,6	4,1	4,4	4,8	5
Risultato BU marchio al lordo dei costi di Alfa	10,4	11,8	12,6	13,9	14,3

Assumendo un costo del capitale di rischio operativo pari al 10%, è possibile calcolare il valore attuale dei risultati operativi complessivi per ciascun anno in cui è in vigore l'accordo di licenza³⁰⁰ (*Tabella 2.4*).

Tabella 2.4

	T+1	T+2	T+3	T+4	T+5	Totale
Risultato operativo	21	23,6	25,4	28	28,9	
<i>Costo del capitale di rischio</i>	10%	10%	10%	10%	10%	
Valore attuale T	19,1	19,4	19	19,1	17,9	94,5
Valore attuale T+1		21,4	20,9	21	19,7	83
Valore attuale T+2			23	23,1	21,6	67,8
Valore attuale T+3				25,5	23,8	49,3
Valore attuale T+4					26,2	26,2
Valore attuale T+5						0

Per allocare correttamente i risultati ottenuti grazie allo sfruttamento del marchio, viene calcolato il valore attuale dei flussi generati dalla *business unit marchio*, comprensivi del valore attuale della rendita generabile successivamente all'ultimo

³⁰⁰ Il valore attuale è ottenuto nel seguente modo: risultato operativo al tempo T / (1+10%)^T.

anno in cui rimane in vigore l'accordo di licenza (*Tabella 2.5*).

Tabella 2.5

	T+1	T+2	T+3	T+4	T+5	TV	Totale
Risultato operativo	6,2	7	7,5	8,3	8,5	8,5	
<i>Costo del capitale di rischio</i>	10%	10%	10%	10%	10%	10%	
Valore attuale T	5,6	5,8	5,6	5,6	5,3	52,9	80,9
Valore attuale T+1		6,4	6,2	6,2	5,8	58,2	82,8
Valore attuale T+2			6,8	6,9	6,4	64	84,1
Valore attuale T+3				7,5	7	70,4	85
Valore attuale T+4					7,7	77,4	85,1
Valore attuale T+5						85,1	85,1

Il passo successivo prevede di calcolare la remunerazione spettante alla società proprietaria del bene intangibile, ossia Alfa (licenziante), in relazione al capitale investito dalla stessa. Considerando un rendimento ipotetico del 7% sugli investimenti effettuati, i flussi di risultato per Alfa sono riportati nella *Tabella 2.6*.

Tabella 2.6

	T+1	T+2	T+3	T+4	T+5
Valore del marchio	80,8	82,7	84	84,9	85,1
<i>Tasso di rendimento</i>	7%	7%	7%	7%	7%
Remunerazione sul cap. investito nel marchio	5,7	5,8	5,9	5,9	6

Si arriva dunque al calcolo della *royalty* minima che il licenziatario deve corrispondere ad Alfa. Il valore del canone dev'essere tale da poter coprire i costi sostenuti da Alfa per lo sviluppo, il mantenimento e la protezione del marchio, oltre ad assicurare alla stessa Alfa una quota dei profitti generati dal suo sfruttamento. In merito a quest'ultimo punto, la quota da assegnare alle due società può essere desunta pesando il contributo delle attività di Alfa e Beta sul risultato complessivo di gruppo,

considerando i flussi generati dalle varie unità di *business*³⁰¹. Le chiavi di allocazione così determinate consentiranno di suddividere il risultato che dovesse residuare in capo a Beta a seguito della corresponsione del canone (Tabelle 2.7, 2.8, 2.9).

Tabella 2.7

	T+1	T+2	T+3	T+4	T+5
Valore attuale EBIT (A = B + C + D)	94,7	83	67,8	49,3	26,2
Valore attuale risultati BU produzione (B)	23,5	20,6	16,8	12,2	6,5
Valore attuale risultati BU distribuzione (C)	43,3	38	31	22,5	12
Valore attuale risultati BU marchio (D)	27,9	24,5	20	14,5	7,7
D / A	29,5%	29,5%	29,5%	29,5%	29,5%
(B + C) / A	70,5%	70,5%	70,5%	70,5%	70,5%

Tabella 2.8

	T+1	T+2	T+3	T+4	T+5
Risultato BU marchio al lordo dei costi di Alfa (a)	10,4	11,8	12,6	13,9	14,3
Remunerazione sul cap. investito nel marchio (b)	5,7	5,8	5,9	5,9	6
Costi diretti derivanti dalla prop. del marchio (c)	0,6	0,7	0,7	0,8	0,8
Costi per pubblicità istituzionale (d)	3,6	4,1	4,4	4,8	5
Royalty min. da corrisp. ad Alfa (r = b + c + d)	9,9	10,6	11	11,5	11,8
Risultato residuo (R = a - r)	0,5	1,2	1,6	2,4	2,6
Quota da allocare ad Alfa (R x 29,5%)	0,2	0,3	0,5	0,7	0,8
Quota da allocare a Beta (R x 70,5%)	0,3	0,9	1,1	1,7	1,7

³⁰¹ I risultati generati dalle *business* unit produzione e distribuzione sono considerati di competenza di Beta, mentre i risultati operativi che derivano dalla BU marchio sono di competenza di Alfa, che ha sviluppato il marchio e lo detiene legalmente, oltre ad investire per il suo sviluppo ed il suo mantenimento. I risultati delle varie unità di *business* sono sempre attualizzati al tasso di rischio operativo del 10%.

Capitolo 2: Gli intangibili, modalità di valutazione e relative criticità

Tabella 2.9

	T+1	T+2	T+3	T+4	T+5
Royalty min. da corrisp. ad Alfa (r)	9,9	10,6	11	11,5	11,8
Quota da allocare ad Alfa	0,2	0,3	0,5	0,7	0,8
Royalty totale spettante ad Alfa	10,1	10,9	11,5	12,2	12,6

Per determinare il valore del tasso di *royalty* che Beta dovrà corrispondere ad Alfa, è necessario rapportare il valore attuale dei canoni rispetto al valore attuale dei ricavi generati grazie allo sfruttamento del marchio in Italia (*Tabelle 2.10, 2.11, 2.12*).

Tabella 2.10

	T+1	T+2	T+3	T+4	T+5	Totale
Royalty spettante al licenziante	10,1	10,8	11,5	12,2	12,6	
<i>Tasso di attualizzazione</i>	7%	7%	7%	7%	7%	
Valore attuale	9,4	9,5	9,4	9,3	9	46,6

Tabella 2.11

	T+1	T+2	T+3	T+4	T+5	Totale
Ricavi	120	135	145	160	165	
<i>Tasso di attualizzazione</i>	7%	7%	7%	7%	7%	
Valore attuale	112,1	117,9	118,4	122,1	117,6	588,1

Tabella 2.12

Valore attuale royalties	46,6
Valore attuale ricavi	588,1
Tasso di royalty	7,9%

2.5.4 Le tecniche di valutazione

Con l'espressione tecniche di valutazione (*valuation techniques*) l'OCSE individua tutte quelle tecniche che vengono generalmente utilizzate per la valutazione dei beni

immateriali. Queste tecniche si basano principalmente su tre diversi criteri:

- criterio del costo;
- criterio di mercato;
- criterio del reddito.

Per ogni criterio vengono associate una o più metodologie:

- metodo del costo di rimpiazzo;
- metodo del costo di riproduzione;
- metodo delle transazioni comparabili;
- *relief from royalty method*;
- *excess earnings methods*;
- *greenfield method*;
- *distributor method*³⁰².

Con il criterio del costo, il valore di un intangibile è determinato in base ai costi da sostenere per sostituire o riprodurre una risorsa simile o in grado di generare gli stessi benefici. Tale approccio può essere utilizzato nei casi in cui non sia particolarmente complicato riprodurre la risorsa oggetto di analisi e non siano presenti protezioni legali o barriere all'entrata che farebbero desistere un terzo soggetto dal tentativo di replicare il bene³⁰³. Pertanto, i metodi del costo di rimpiazzo e di riproduzione possono essere impiegati per la valutazione di software, marchi, *assembled workforce*, ma non per quelle risorse uniche e strategiche che rappresentano la fonte principale del valore aggiunto aziendale, dato che risulterebbe particolarmente complicata la loro riproduzione o sostituzione. Questo criterio si presta ad essere utilizzato nelle analisi di transfer pricing in quanto si fonda sul presupposto che un terzo soggetto indipendente non sarebbe disposto ad acquistare una risorsa ad un prezzo superiore al costo per svilupparla in autonomia e di conseguenza quel livello di costo può essere considerato

³⁰² Quelle riportate sono le tecniche di valutazione proposte dall'IVSC (*International Valuation Standard Council*), un'organizzazione indipendente costituita negli Stati Uniti e con sede operativa a Londra, che stabilisce principi internazionali per la valutazione degli asset aziendali.

³⁰³ IVSC, *IVS 210 Intangible assets*, 2016, par. 130.2, p. 17.

come il prezzo conforme al principio di libera concorrenza³⁰⁴. Le principali componenti di costo per la realizzazione di un intangibile comprendono i costi diretti del lavoro e di marketing, i costi indiretti generali e amministrativi, il margine di profitto da riconoscere allo sviluppatore (che spesso rappresenta una percentuale dei costi diretti e indiretti) e infine le utilità economiche a cui un soggetto rinuncia per lo sviluppo del bene, ossia il costo opportunità del capitale impiegato³⁰⁵. Tali voci andranno opportunamente rettificata per l'eventuale stato di obsolescenza della risorsa in questione.

Tramite il criterio di mercato il valore di un intangibile può essere determinato grazie alle informazioni desumibili dalle operazioni realizzate da terzi soggetti in condizioni di normale operatività. Il solo metodo di valutazione riconducibile a questo criterio è quello delle transazioni comparabili che si basa per l'appunto sulla comparazione tra la transazione oggetto di analisi e quelle simili realizzate sul mercato, in maniera analoga alla logica del metodo di confronto del prezzo (CUP). Tuttavia, gli ostacoli che si riscontrano nell'applicazione del metodo del CUP sono gli stessi che si incontrano in questo caso, data la difficoltà nell'individuare in modo diretto i prezzi negoziati tra soggetti indipendenti per operazioni simili che trattano beni immateriali identici³⁰⁶. Per ovviare a questi problemi è possibile ricorrere ai multipli di mercato, ossia i rapporti tra il prezzo di un asset, ad esempio un marchio, e una misura di performance economica correlata all'asset, che può essere ad esempio il fatturato aziendale originato dallo sfruttamento del bene intangibile³⁰⁷. Individuate le transazioni comparabili, desunte le informazioni necessarie e operati gli opportuni aggiustamenti qualora necessari, sarà possibile risalire al prezzo di un bene intangibile sulla base delle performance realizzate dall'azienda analizzata. In tal modo è possibile pervenire ad un valore che tiene conto di quanto accade in condizioni di libera concorrenza, ma è tarato sulle performance o sulla dimensione dell'azienda in esame. Le risorse per le quali tale criterio risulta

³⁰⁴ GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p. 81.

³⁰⁵ IVSC, *IVS 210 Intangible assets*, 2016, par. 140.3, p. 18.

³⁰⁶ IVSC, *IVS 210 Intangible assets*, 2016, par. 120, p. 16.

³⁰⁷ GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p. 100.

maggiormente utilizzato sono i brevetti, i software, i domini internet e le liste clienti³⁰⁸. L'ultimo dei criteri che rientra tra le *valuation techniques* è quello del reddito, secondo il quale il valore di una risorsa materiale è dato dal valore attuale dei flussi di cassa futuri che potrà generare, dei risparmi di costo che sarà in grado di garantire e dei benefici economici attesi, purché tali previsioni possano essere effettuate in modo ragionevolmente attendibile³⁰⁹. Questo è considerato il criterio più utilizzato nella valutazione degli intangibili ed il più adatto per analizzare risorse come tecnologie, relazioni e accordi commerciali e licenze operative. I metodi che utilizzano questo criterio per le analisi dei beni immateriali sono vari, ma in questo elaborato ci si soffermerà sul *relief from royalty method* dato che, come visto in precedenza con gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva, la concessione in licenza di un intangibile è molto più frequente dei trasferimenti puri di asset di questo tipo e si presta più facilmente a meccanismi di elusione fiscale. Tale metodo si basa sul presupposto per il quale se un'impresa non avesse a disposizione una determinata risorsa immateriale sarebbe costretta a prenderla in licenza dietro corresponsione di un adeguato canone d'uso; pertanto il valore di un intangibile posseduto sarebbe dato dall'attualizzazione delle *royalties* che la stessa impresa avrebbe dovuto pagare al licenziante, lungo la vita utile del bene, per il suo utilizzo³¹⁰. Nella maggior parte dei casi i tassi di *royalty* sono determinati in funzione del fatturato generato dall'utilizzo del bene e di conseguenza per l'applicazione di questo metodo è necessario stimare i ricavi attesi dal bene in questione e reperire informazioni sui tassi di *royalty* medi applicati sul mercato³¹¹. Quest'ultimo passaggio presuppone l'esistenza di intangibili comparabili e oggetto di contratti di licenza per i quali siano disponibili informazioni dettagliate. A tal riguardo sono state sviluppate una serie di banche dati che consentono di accedere alle informazioni necessarie³¹², oppure è possibile ricorrere ad estratti di contratti di

³⁰⁸ IVSC, *IVS 210 Intangible assets*, 2016, par. 110.6, p. 16.

³⁰⁹ IVSC, *IVS 210 Intangible assets*, 2016, par. 40, p. 8.

³¹⁰ GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p. 106.

³¹¹ IVSC, *IVS 210 Intangible assets*, 2016, par. 70.2, p. 11.

³¹² Tra queste troviamo ktMINE, RoyaltySource, RoyaltyStat, RoyaltyRange, Orbis, TP CatalySt.

licenza contenuti in alcune pubblicazioni³¹³ o in alternativa rivolgersi a società di consulenza specializzate nella gestione dei contratti di licenza³¹⁴. Naturalmente la fase di *screening* nella ricerca di contratti comparabili dovrà tenere conto di una serie di parametri come la durata della licenza, il versamento di una caparra iniziale, il mercato geografico di riferimento ed eventuali diritti di esclusiva. Terminata la raccolta di dati, il contribuente dovrà decidere se determinare un valore medio tra quelli individuati o collocarsi all'interno di un range interquartile nel caso di tassi omogenei, pur sempre valutando la capacità del bene di generare benefici più o meno ampi, in base ai quali il tasso da applicare potrà rispettivamente aumentare o diminuire³¹⁵.

Il tema della determinazione del tasso di *royalty* è stato oggetto di alcune sentenze nel corso degli ultimi anni, che hanno accolto il ricorso dell'amministrazione finanziaria in merito alla ripresa a tassazione di canoni, pagati a società non residenti, considerati superiori al valore conforme al principio di libera concorrenza. Ad esempio, con la sentenza n. 21824 del 7 settembre 2018, la Corte di Cassazione ha affrontato il tema della corretta applicazione del principio di libera concorrenza ai canoni di *royalties*, cassando la sentenza della C.T.R. del Veneto che aveva accolto il ricorso del contribuente³¹⁶. In particolare, l'amministrazione finanziaria italiana aveva contestato alla società residente *IW C.P. S.r.l. (Illinois Works)* la mancata contabilizzazione di *royalties* infragruppo per la concessione in uso gratuito di alcuni marchi alla capogruppo statunitense *IW Illinois Tool Works Inc.* Nello specifico, la Società *IW C.P. S.r.l.* aveva stipulato un contratto di sublicenza con la propria controllante italiana *IW Italy Holding S.r.l.*, alla quale pagava mensilmente canoni di *royalties* ad un tasso del 4,2% per l'utilizzo di marchi di proprietà della stessa *IW C.P. S.r.l.*³¹⁷.

³¹³ Cfr. IPRA, *Royalty For Trademarks & Copyrights*, Marzo 2015; IPRA, *Royalty For Technology*, Marzo 2015; IPSCIO, *Licensing Economics Review*, Rivista periodica.

³¹⁴ GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p. 107.

³¹⁵ IVSC, *IVS 210 Intangible assets*, 2016, par. 70.4, p. 12.

³¹⁶ Corte di Cassazione, sentenza 07/09/2018 n. 21824.

³¹⁷ I canoni venivano, tra l'altro, calcolati sulla base del fatturato complessivo e non delle sole vendite correlate allo sfruttamento dei beni immateriali, costituendo un ulteriore motivo di contestazione da parte dell'Agenzia delle Entrate, che per di più riteneva eccessivo il tasso stabilito.

Contemporaneamente, la capogruppo statunitense poteva sfruttare gratuitamente i marchi di proprietà di *IW C.P. S.r.l.*, che ometteva di contabilizzare le relative *royalties*. Sulla base di quest'ultima fattispecie si basava uno dei motivi principali dell'accertamento dell'amministrazione finanziaria, che aveva ripreso a tassazione i canoni non contabilizzati, ritenendo che si fosse configurata una cessione gratuita dalla quale non erano appunto emersi componenti positivi di reddito. Dal canto suo, la società contribuente aveva proposto ricorso per insufficienza di prove da parte del Fisco, ricorso respinto in ultima istanza dai giudici di legittimità.

Inoltre, giova segnalare quanto stabilito dalla Corte di Cassazione con la sentenza 9615 del 5 aprile 2019³¹⁸. La sentenza riguardava il caso della Società *Christian Fishbacher S.p.a.*, accertata dal Fisco per aver pagato canoni di *royalties* alla propria controllante estera ad un tasso del 3,5%, considerato superiore al valore di libera concorrenza³¹⁹. In aggiunta, l'Agenzia delle Entrate contestava la base di calcolo delle stesse *royalties*, per le quali veniva utilizzato un fatturato che comprendeva anche le vendite *intercompany* con società estere. Secondo l'amministrazione, il tasso corretto da applicare nella circostanza in oggetto era pari al 2%, sulla base di quanto stabilito dai criteri contenuti nella circolare n. 32 del 1980. Bisogna infatti prestare attenzione al fatto che in Italia, per quanto riguarda la determinazione dei canoni d'uso, l'Agenzia delle Entrate fa spesso riferimento alle disposizioni contenute nella Circolare Ministeriale 32/1980³²⁰.

³¹⁸ Corte di Cassazione, sentenza 05/04/2019 n. 9615. Il caso di specie aveva ad oggetto il ricorso da parte del contribuente avverso la sentenza n. 114 del 21 settembre 2012 della C.T.R. della Lombardia, con la quale i giudici di merito avevano accolto l'appello dell'Amministrazione finanziaria, la quale aveva fatto ricorso contro la sentenza della C.T.P. di Como, favorevole al contribuente che aveva impugnato l'avviso di accertamento dell'Agenzia delle Entrate.

³¹⁹ Al tasso del 3,5% veniva sommato un ulteriore 1,6% come bonus per la promozione dell'immagine.

³²⁰ Nello specifico, la Circolare 32/1980 delinea tre livelli per la determinazione del valore conforme all'*arm's length principle* dei canoni:

- *i canoni fino al 2% del fatturato possono essere accettati dall'Amministrazione qualora la transazione risulti da un contratto redatto per iscritto e anteriore al pagamento del canone e qualora sia sufficientemente documentata l'inerenza del costo sostenuto;*
- *il valore compreso tra il 2% e il 5% può essere ritenuto congruo, oltre che in presenza delle condizioni definite nel punto precedente, qualora sia giustificato da dati tecnici e giuridici connessi all'effettiva utilità conseguita dal licenziatario;*

Ne consegue che la verifica della correttezza di un contratto di licenza e dei relativi canoni d'uso dovrebbe tenere conto anche di tali indicazioni, le quali a loro volta vanno verificate in base alla sostanza economica dell'operazione tra due imprese associate e delle condizioni di libero mercato³²¹. Nel caso Fishbacher, il giudice di legittimità ha respinto il ricorso del contribuente, ritenendo corretto il riferimento ai criteri contenuti nella Circolare Ministeriale, considerato un riferimento oggettivo, e valutando come congruo il tasso del 2% data la mancanza di prove fornite dal contribuente che giustificassero l'applicazione di un canone superiore.

In chiusura, all'interno delle Linee Guida viene specificato come l'applicazione di queste metodologie alternative possa essere previsto nei casi in cui non siano disponibili informazioni attendibili e sufficienti sul mercato³²². In particolare, si sottolinea che l'utilizzo delle tecniche di valutazione nell'ambito delle analisi di transfer pricing può avvenire in maniera autonoma o a supporto dei cinque metodi previsti dall'OCSE.

-
- *il superamento della percentuale del 5% può invece essere riconosciuto solo in casi eccezionali giustificati dall'alto livello tecnologico del settore economico di riferimento o da altre circostanze.*

³²¹ VALENTE P., *Transfer pricing e royalties: la sentenza della Corte di cassazione 9615/2019*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 10/2019, pp. 1 – 5. Tuttavia, come affermato in precedenza, dato il recepimento delle Linee Guida con il D.M. del 14 maggio 2018, le indicazioni contenute nella Circolare Ministeriale del 1980 sono destinate ad essere accantonate.

³²² OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.153, p. 298.

Capitolo 3: Operazioni finanziarie e transfer pricing

3.1 Profili normativi delle transazioni finanziarie

3.1.1 Meccanismi elusivi delle transazioni finanziarie e disposizioni comunitarie

Nel primo capitolo dell'elaborato è stato sottolineato come la disciplina del transfer pricing si riferisca ai componenti di reddito, all'interno dei quali sono ricompresi, tra gli altri, anche gli interessi. Tali componenti rappresentano il prezzo a cui vengono valorizzate le transazioni finanziarie, oggetto del presente capitolo. Da qui nasce l'esigenza di comprendere le dinamiche che hanno portato all'attuale conformazione delle norme in tema di deducibilità degli interessi passivi che, in maniera simile alle norme sui prezzi di trasferimento, nascono allo scopo di limitare e contrastare i meccanismi di erosione delle basi imponibili. Come riportato nei primi due capitoli, il progetto BEPS dell'OCSE è nato allo scopo di contrastare gli schemi elusivi finalizzati alla delocalizzazione dei profitti. Per quanto concerne le transazioni finanziarie, l'Action 4 si concentra sulla ricerca di regole uniformi tra le varie giurisdizioni fiscali allo scopo di limitare la deduzione per il contribuente degli interessi passivi, prestando particolare attenzione alle manovre attuate all'interno dei gruppi multinazionali. In particolare, partendo dal presupposto che il denaro presenta caratteristiche di mobilità e fungibilità superiori a qualsiasi altro bene, i gruppi multinazionali, tramite l'utilizzo degli strumenti di debito, possono usufruire di un vantaggio notevole rispetto alle imprese indipendenti per allocare i profitti realizzati nelle giurisdizioni fiscali più favorevoli³²³. Di conseguenza per ridurre l'impatto di tali strategie, che verranno trattate poco più avanti, si è cercato di correlare la deduzione degli interessi passivi ai risultati operativi conseguiti dall'impresa. Questo al fine di garantire che i redditi prodotti siano tassati nelle giurisdizioni in cui viene effettivamente creato valore,

³²³ CAVALLINO F., *Action 4: limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments (Final Report)*, in VIOTTO A. (a cura di), *op. cit.*, p. 67.

assicurando allo stesso tempo un coordinamento tra le varie normative nazionali per evitare che eccessive limitazioni non portino a situazioni di doppia imposizione³²⁴. Al pari di quanto osservato nel capitolo dedicato ai beni immateriali, anche per quanto riguarda la gestione delle risorse finanziarie nei gruppi multinazionali si possono individuare alcuni schemi di pianificazione fiscale. Le strategie che verranno analizzate si basano fundamentalmente sulla possibilità di riallocare i profitti per aumentare la base imponibile nei Paesi a tassazione agevolata o nei quali è concessa una maggiore deduzione degli interessi passivi. È proprio quest'ultima fattispecie a creare i presupposti per la pianificazione fiscale, mentre il disallineamento tra i Paesi sulle aliquote fiscali rappresenta un incentivo per l'attuazione di manovre elusive³²⁵.

Il primo schema riguarda le operazioni attraverso le quali una società controllata, residente in un Paese a bassa imposizione, finanzia la capogruppo residente in uno Stato a tassazione meno vantaggiosa³²⁶. L'obiettivo è quello di localizzare il debito nello Stato ad alto *tax rate* per consentire alla *parent company* di beneficiare dello scudo fiscale sugli interessi passivi corrisposti e, al contempo, aumentare l'imponibile nello Stato a basso *tax rate* beneficiando di una minore tassazione sugli interessi attivi percepiti dalla controllata. In tal modo il beneficio conseguito dal gruppo è pari alla differenza tra le diverse aliquote fiscali, moltiplicata per gli interessi generati dall'operazione³²⁷.

A seguire troviamo l'utilizzo di strumenti ibridi, ossia fattispecie che trovano diversa

³²⁴ "At the same time, the ability to achieve excessive interest deductions including those that finance the production of exempt or deferred income is best addressed in a coordinated manner given the importance of addressing competitiveness considerations and of ensuring that appropriate interest expense limitations do not themselves lead to double taxation. The common approach aims at ensuring that an entity's net interest deductions are directly linked to the taxable income generated by its economic activities and fostering increased coordination of national rules in this space" in OECD, *Beps Project explanatory statement - 2015 final report*, 2015, p. 16.

³²⁵ TELL M., *Interest limitation rules in the post-BEPS era*, in *Intertax*, Volume 45, Issue 11, 2017, p. 751.

³²⁶ Il caso proposto è il più frequente ma il finanziamento può avvenire anche a parti invertite o tra due società consorelle.

³²⁷ VALENTE P., *Aggressive tax planning: profili elusivi delle transazioni finanziarie*, in *Il fisco*, 22/2013, p. 3373.

qualificazione a seconda della giurisdizione fiscale di riferimento. Il diverso trattamento riservato a questi strumenti genera asimmetrie che possono provocare fenomeni di:

- doppia deduzione dello stesso componente negativo;
- deduzione di un componente negativo in uno Stato e contemporanea non inclusione nella base imponibile del rispettivo componente positivo nell'altro Stato contraente³²⁸.

In ambito finanziario, questi strumenti presentano caratteristiche proprie sia degli strumenti di debito sia degli strumenti di *equity* che possono essere utilizzati da una società per finanziare una propria consociata. In un contesto di pianificazione fiscale, la società finanziata è residente in uno Stato che considera lo strumento come una forma di debito, al contrario del Paese in cui risiede la società finanziatrice dove lo strumento è considerato una forma di partecipazione al capitale. Il vantaggio fiscale emerge nel momento in cui chi riceve il finanziamento può beneficiare delle disposizioni della propria normativa nazionale che consente la deduzione degli interessi passivi, mentre lo Stato in cui risiede il finanziatore considera i flussi in entrata assimilabili a dividendi e non come interessi attivi. Qualora il prestatore di denaro benefici dell'esenzione da tassazione di una parte o dell'intero dividendo³²⁹, si genererebbe un ulteriore

³²⁸ Gli strumenti ibridi sono trattati all'interno dell'Action 2 del progetto BEPS. Per approfondimenti, cfr. OECD, *Beps Project explanatory statement - 2015 final report*, 2015; OECD, *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements - Action 2: 2015 final report*, 2015; DE BOER R., MARRES O., *BEPS Action 2: Neutralizing the effects on hybrid mismatch arrangements*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 1, 2015, pp. 14 – 41; GIACOMAZZI F., *Action 2: neutralizing the effects of hybrid mismatch arrangements (final report)*, in VIOTTO A. (a cura di), *op. cit.*, pp. 25 – 48; PEETERS B., VANNESTE L., *The hybrid financial instruments: the effects of the OECD BEPS Action 2 report and the ATAD*, in *Intertax*, Volume 48, Issue 1, 2020, pp. 14 - 45; LANCIA R., *Strumenti finanziari ibridi: profili di qualificazione e disallineamento da "ibridi"*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2/2021, pp. 740 e ss.

³²⁹ Ad esempio in Italia, l'art. 89 del TUIR prevede un regime di esenzione per i dividendi percepiti da soggetti IRES residenti, in base al quale "Gli utili distribuiti [...] 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 per cento del loro ammontare"; la disciplina si applica anche ai dividendi provenienti da società non residenti che non risiedono in territori considerati a fiscalità privilegiata. Una società partecipata è considerata residente in un Paese a fiscalità privilegiata in base a quanto disposto dall'art. 47-bis del TUIR, ossia quando il livello di tassazione effettiva del Paese estero è inferiore al 50% di quello italiano in caso di partecipazione di controllo, oppure quando il livello di tassazione nominale è inferiore

vantaggio fiscale che aumenterebbe all'incrementare dei flussi transnazionali.

Il successivo schema di pianificazione fiscale sfrutta le caratteristiche degli strumenti di copertura (*hedging*), come ad esempio i derivati, per sottrarre i "canoni" pagati dall'applicazione della ritenuta alla fonte, sfruttando le disposizioni della normativa nazionale e/o dei trattati contro le doppie imposizioni che potrebbero non prevedere ritenute per quel particolare strumento³³⁰. Una particolare tecnica di copertura sulla quale l'OCSE ha posto grande attenzione è la cosiddetta "*after tax hedging*" che consente all'utilizzatore di coprirsi dal rischio di perdite tramite l'assunzione di posizioni opposte su tassi di interesse o su valute estere, tenendo conto del trattamento fiscale asimmetrico che subiscono i guadagni o le perdite derivanti dall'una o dall'altra posizione³³¹. In sintesi, tale schema permette di ottenere il massimo dei benefici fiscali nel momento in cui i profitti generati dallo strumento di copertura non siano imponibili e le relative perdite siano deducibili³³².

L'ultimo schema elusivo è quello basato sui *repurchase agreement*. Questi accordi prevedono la vendita di una certa quantità di titoli, spesso da parte di una banca, con l'impegno a riacquistare gli stessi dal medesimo acquirente ad un prezzo più alto, in una data futura. La differenza di prezzo rappresenta gli interessi corrisposti sul prestito e può essere sfruttata da due società che risiedono in diverse giurisdizioni fiscali, qualora uno Stato consideri la transazione come una vendita di asset, consentendo alla società ivi residente di beneficiare dell'esenzione sui redditi da capitale³³³, al contrario dell'altro Stato che considera l'operazione alla stregua di un finanziamento garantito,

al 50% di quello italiano in caso di una partecipazione non di controllo.

³³⁰ OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, p. 41.

³³¹ Per approfondimenti, cfr. OECD, *Aggressive tax planning based on After-Tax Hedging*, 2013.

³³² VALENTE P., *op. cit.*, p. 3374.

³³³ È bene sottolineare che non esiste una vera e propria definizione di *capital gains*, nemmeno all'interno del Modello di Convenzione OCSE che lascia alle legislazioni nazionali il compito di individuare come e se tassare gli utili di capitale, limitandosi a ripartire la potestà impositiva nei casi a rischio di doppia imposizione. NAVARRINI F., *Il trattamento delle singole categorie reddituali nel modello OCSE*, in CORDEIRO GUERRA R. (a cura di), *op. cit.*, p. 464.

permettendo la deduzione degli interessi passivi³³⁴.

Come anticipato, le misure di contrasto a questi meccanismi sono contenute nell'Action 4 del progetto BEPS e verranno di seguito analizzate. Innanzitutto, si ritiene che una quota degli interessi passivi non possa essere considerata deducibile se non risulta conforme alle condizioni di mercato (*arm's length test*)³³⁵. Ne consegue che la differenza tra i minori interessi che una società avrebbe pagato a un terzo soggetto indipendente, rispetto a quelli effettivamente pagati ad una società consociata nella medesima situazione, determina la quota che non può essere dedotta dal contribuente. Tuttavia, tale metodo presenta i tipici aspetti negativi di un'analisi di comparabilità, ossia la difficoltà nell'individuare transazioni comparabili e la notevole quantità di risorse da impiegare, in termini di tempo e costi, sia per i contribuenti che per il Fisco. Inoltre, viene sottolineato che tale test deve comunque essere applicato insieme con altre tecniche antielusive affinché si ottengano risultati soddisfacenti; pertanto, non tutti gli interessi considerati conformi al principio dell'*arm's length* potrebbero essere deducibili, in apparente contrasto con quanto previsto dall'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE³³⁶. Ad ogni modo si ritiene che tali regole siano compatibili con le disposizioni dell'articolo 9 del Modello OCSE, in quanto un finanziamento tra due parti associate, avvenuto a condizioni non conformi al principio di libera concorrenza, individua una fattispecie che tra due soggetti indipendenti non si sarebbe verificata, e pertanto la base imponibile del mutuatario non rispecchia il livello di profitto che sarebbe stato generato a condizioni di mercato³³⁷. È bene ricordare, inoltre, che le raccomandazioni contenute nell'Action 4 sono indirizzate principalmente ai gruppi multinazionali, ma non si limitano a quest'ultimi essendo disposizioni

³³⁴ OECD, *Building transparent tax compliance by banks*, 2009, p. 40.

³³⁵ OECD, *Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*, 2017, par. 12, p. 24.

³³⁶ Per approfondimenti sul tema, cfr. BURKHALTER-MARTINEZ N., *BEPS Action 4 and its compatibility with the principle of non-discrimination under article 24(4) of the OECD Model Convention*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 1, 2019, pp. 55 e ss.

³³⁷ CENCERRADO MILLAN E., SOLER ROCH M.T., *Limit base erosion via interest deduction and others*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 1, 2017, p. 70.

applicabili anche ad entità *stand alone*, ricomprendendo nella fattispecie di interessi deducibili anche quelli corrisposti a terze parti³³⁸. Sul punto, in aggiunta, si dibatte se sia opportuno o meno escludere i soggetti indipendenti dall'ambito oggettivo di applicazione della disciplina sulla deducibilità degli interessi passivi, risultando assai più contenuto il rischio di spostamenti elusivi di materia imponibile verso Paesi a tassazione ridotta³³⁹.

Un metodo di più semplice attuazione prevede l'applicazione di una ritenuta sugli interessi la cui aliquota, per poter essere totalmente efficace, dovrebbe avvicinarsi o pareggiare l'aliquota prevista per la tassazione dei redditi d'impresa³⁴⁰. Tuttavia, esistono dei limiti di compatibilità con la Direttiva "*royalties e interessi*"³⁴¹ e con le Convenzioni contro le doppie imposizioni: la prima permette agli Stati di azzerare la ritenuta, mentre la seconda consente di stabilire un'aliquota non superiore al 10 o al 15 per cento a seconda delle scelte degli Stati contraenti. Per superare questi impedimenti, la ritenuta potrebbe essere applicata alla sola quota di interessi passivi non deducibile ricavata dal confronto rispetto alle condizioni di mercato (*arm's length test*)³⁴².

In aggiunta, l'OCSE suggerisce alcuni criteri in base ai quali limitare la spesa per interessi considerata deducibile:

- il primo consente la deduzione di una parte degli interessi sulla base di una quota, relativa o assoluta, fissata forfettariamente (*de minimis threshold*);
- il secondo criterio limita la deduzione degli interessi passivi parametrandolo al risultato operativo conseguito dalla singola società (*fixed ratio*), vincolando in

³³⁸ OECD, *Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*, 2017, pp. 38 – 39.

³³⁹ VALACCA P., *Il regime di deducibilità degli interessi passivi nella direttiva anti-BEPS*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2016.

³⁴⁰ OECD, *Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*, 2017, par. 13, p. 24.

³⁴¹ Direttiva 2003/49/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 3 giugno 2003 concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi.

³⁴² CAVALLINO F., *op. cit.*, p. 68.

tal modo la deduzione, e i seguenti “vantaggi” fiscali, nel Paese in cui viene generato valore per mezzo di un’effettiva attività economica;

- il terzo criterio, anziché utilizzare i dati della singola società, parametrizza la quota di interessi da poter dedurre sulla base dei dati dell’intero gruppo multinazionale (*group ratio*), utilizzando rapporti quali debito/patrimonio netto e limitando per l’appunto la deduzione degli interessi nei casi in cui il rapporto della singola società sia superiore a tale indicatore³⁴³.

A livello pratico, l’Action 4 fornisce una serie di passaggi per individuare il *best practice approach* che consenta di limitare l’elusione fiscale in modo efficace ed efficiente. Nello specifico, andrebbe stabilita una soglia minima al di sotto della quale non esistono vincoli di deducibilità, per poi limitare la deduzione ad una percentuale prefissata, che può variare dal 10 al 30 per cento dell’EBITDA, oltre a ricomprendere nella nozione di interessi tutte quelle fattispecie connesse a forme alternative di indebitamento che potrebbero essere sfruttate per eludere le imposte³⁴⁴. Tra le misure proposte sono presenti anche delle norme specifiche (c.d. “*targeted rules*”) che dovrebbero colpire determinate transazioni e che sono previste a corredo delle regole di carattere generale sulla deduzione degli interessi al fine di evitare che vengano escluse dal campo di applicazione alcune particolari fattispecie³⁴⁵. In modo analogo, anche per le banche, le assicurazioni e le società di leasing dovrebbero essere elaborate delle norme *ad hoc* dato che per queste entità la spesa netta per interessi presenta generalmente segno positivo³⁴⁶.

Per dare attuazione alla maggior parte delle indicazioni contenute nell’*Action Plan* del

³⁴³ OECD, *Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*, 2017, pp. 24 – 26.

³⁴⁴ OECD, *Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*, 2017, pp. 29 – 35.

³⁴⁵ Tra queste potrebbero esserci dei tentativi di riduzione della spesa netta per interessi tramite la conversione degli interessi passivi in altre tipologie di costi, che non presentano limiti di deducibilità, o la conversione di componenti positivi in interessi attivi.

³⁴⁶ OECD, *Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*, 2017, Cap. X, pp. 79 – 83.

Progetto BEPS, nel 2016 è stata emanata la Direttiva ATAD 1³⁴⁷. Le disposizioni contenute nella direttiva conferiscono rilevanza normativa a quanto predisposto tramite il progetto BEPS e in particolare prevedono, all'articolo 4, che gli interessi passivi siano deducibili fino al limite del 30 per cento dell'EBITDA e che vengano contrastati i fenomeni di disallineamento fiscale generati dall'utilizzo degli strumenti ibridi. Su quest'ultimo punto, con l'integrazione apportata dalla Direttiva 2017/952 (ATAD 2), vengono specificate le casistiche che comportano l'utilizzo di strumenti ibridi, per le quali viene negata o limitata la doppia deduzione ottenuta con un unico pagamento e la deduzione in capo al soggetto pagatore senza che il medesimo flusso sia assoggettato a tassazione in capo al percettore³⁴⁸.

Le due direttive, se analizzate da una prospettiva globale, sono un'ulteriore dimostrazione che difficilmente può esistere uno standard univoco in relazione alle norme fiscali in uno scenario caratterizzato da un insieme eterogeneo di disposizioni locali e nazionali, portatrici ognuna di interessi finalizzati ad attrarre investimenti e risorse nel proprio Paese e a proteggere i meccanismi impositivi interni³⁴⁹. In aggiunta, mentre il mercato dell'Unione Europea è fondato sulla libera circolazione di merci, capitali, servizi e persone, la direttiva ATAD contrasta l'elusione fiscale cercando di rimediare alle lacune di alcune legislazioni nazionali, introducendo delle previsioni che in qualche modo limitano alcune delle libertà di spostamento³⁵⁰.

In base a quanto riportato dall'OCSE, a fine 2019, 90 Paesi su 122 avevano adottato regole per la limitazione della deduzione degli interessi passivi, attraverso varie forme tra le quali le più diffuse sono la *thin capitalisation rule*, che consente di limitare la deduzione in base al rapporto debito su *equity* o debito su attivo, e la regola di

³⁴⁷ IAIA R., *La "interest limitation rule" nella Direttiva "antielusione" ("ATAD")*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 6/2018, pp. 2455 e ss.

³⁴⁸ Direttiva 2017/952/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 29 maggio 2017, punti 2, 4 e 5.

³⁴⁹ DOURADO A. P., *The EU Anti-Tax Avoidance Package: moving ahead of BEPS?*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 6-7, 2016, p. 440.

³⁵⁰ Per approfondimenti, cfr. BIZIOLI G., *Taking the EU fundamental freedoms seriously: does the Anti-Tax Avoidance Directive take precedence over the single market?*, in *EC Tax Review*, 3/2017, pp. 167 e ss.

limitazione in base al risultato operativo³⁵¹. In un ulteriore aggiornamento pubblicato a luglio 2020, viene evidenziato come l'adozione di queste tecniche abbia consentito di ridurre i fenomeni di erosione delle basi imponibili in 134 giurisdizioni tra quelle aderenti alle disposizioni dell'OCSE³⁵².

Delineato il quadro internazionale in materia di trattamento fiscale degli interessi passivi, nel prossimo paragrafo ci si concentrerà sulle regole adottate dal legislatore italiano.

3.1.2 Il trattamento degli interessi passivi nell'ordinamento italiano

Nel nostro ordinamento fiscale, la disciplina relativa al trattamento degli interessi passivi è contenuta nell'art. 96 del TUIR, che è stato parzialmente riformulato dall'art. 1 del Decreto Legislativo 142/2018. L'Italia, insieme alla Germania, è stata uno dei primi Paesi europei a stabilire regole generali di limitazione alla deduzione degli interessi introducendo nel 2008, dopo aver abbandonato la *thin capitalization rule*, un sistema di calcolo basato sull'EBITDA che nel corso degli anni ha subito alcune modifiche³⁵³.

Il disposto normativo italiano si allinea a quanto previsto a livello comunitario, come è possibile dedurre da un'analisi del testo in vigore. Al comma 1 dell'art. 96 viene infatti stabilito che *“gli interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati [...] sono deducibili in ciascun periodo d'imposta fino a concorrenza dell'ammontare complessivo degli interessi attivi e proventi finanziari assimilati di competenza del periodo d'imposta e degli interessi attivi e proventi finanziari assimilati riportati da periodi d'imposta precedenti ai sensi del comma 6³⁵⁴”*. In questo primo comma è ravvisabile la scelta del

³⁵¹ OECD, *OECD/G20 Inclusive framework on BEPS – Progress report July 2019 – July 2020*, 2020, pp. 14 – 15.

³⁵² OECD, *Corporate Tax Statistics*, 2020, pp. 50- 51.

³⁵³ L'attuale disciplina fiscale italiana degli interessi passivi e degli oneri finanziari è stata introdotta dall'articolo 1, comma 33, lett. i) della Legge 244/2007 (Legge Finanziaria 2008), che ha abrogato gli istituti della *thin capitalization rule* e della pro-rata patrimoniale. Per un approfondimento sulle posizioni in materia dei vari ordinamenti legislativi esteri, cfr. TELL M., *Interest limitation rules in the post-BEPS era*, in *Intertax*, Volume 45, Issue 11, 2017, pp. 756 - 760.

³⁵⁴ Il comma 6 prevede la possibilità di riportare negli esercizi di imposta successivi l'eccedenza di

legislatore di introdurre un primo limite di deducibilità (*de minimis threshold*), che è funzionale anche all'applicazione della disciplina con riguardo alla spesa netta sugli interessi, in quanto confronta l'ammontare di oneri finanziari rispetto ai proventi presenti in bilancio. Il secondo comma prevede inoltre che *“l'eccedenza degli interessi passivi e degli oneri finanziari assimilati [...] è deducibile nel limite dell'ammontare risultante dalla somma tra il 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica del periodo d'imposta e il 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica riportato da periodi d'imposta precedenti ai sensi del comma 7³⁵⁵. A tal fine si utilizza prioritariamente il 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica del periodo d'imposta e, successivamente, il 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica riportato da periodi d'imposta precedenti, a partire da quello relativo al periodo d'imposta meno recente.”* Dalla lettura del comma si evince la volontà di parametrare la deduzione degli interessi in base al risultato della gestione caratteristica della società, anticipando quanto contenuto nelle disposizioni dell'OCSE in materia e nella Direttiva ATAD 1³⁵⁶. Al comma 3 vengono definite le fattispecie ricomprese all'interno della definizione di interessi passivi e oneri finanziari, che sono individuate in base ai principi contabili adottati e a quanto disposto dalle leggi emanate in attuazione del principio di derivazione

interessi attivi sugli interessi passivi, senza limiti temporali. Per approfondimenti sul meccanismo di riporto in avanti delle eccedenze di interessi attivi, cfr. RONCA P., BARCELLONA M., *Riflessioni sulla possibilità di riportare a nuovo le eccedenze di interessi attivi nell'ambito delle operazioni di fusione e scissione*, in Rivista telematica di diritto tributario, 2019.

³⁵⁵ Il comma 7 prevede la possibilità di riportare nei cinque esercizi d'imposta successivi l'eventuale eccedenza del 30 per cento del ROL rispetto alla quota di interessi deducibili. Supponendo un ROL 2020 pari a 1000 euro ed un'eccedenza di interessi passivi di 200 euro, è possibile riportare nei cinque periodi fiscali successivi un'eccedenza di 100, data dalla differenza tra il 30 per cento del ROL (300) e la quota di interessi deducibili (200).

³⁵⁶ Rispetto al quadro normativo precedente alle Legge Finanziaria 2008, gli interessi passivi possono essere dedotti in ogni caso, non essendo necessario dimostrare l'inerenza con i ricavi e i proventi che generano il reddito d'impresa. Sul punto, cfr. DEL FEDERICO L., *Per la deducibilità degli interessi passivi l'inerenza è irrilevante, ma i limiti posti dal TUIR suscitano dubbi di costituzionalità*, in Rivista telematica di diritto tributario, 2020; Vedi anche Corte di Cassazione, sentenza n. 5332 del 27 febbraio 2020 e Corte di Cassazione, sentenza n. 10501 del 14 maggio 2014.

rafforzata³⁵⁷, oltre ai componenti che derivano da operazioni “*aventi causa finanziaria o contenenti una componente di finanziamento significativa*”. La formulazione del comma lascia adito a qualche dubbio interpretativo in merito all’ambito soggettivo di applicazione della disciplina sugli interessi passivi. In particolare, sorgono dubbi sulla possibilità di ricomprendere o meno all’interno dell’istituto alcuni strumenti finanziari che a seconda della classificazione che ne viene data in bilancio (come strumento di partecipazione al capitale o come strumento di debito) potrebbero essere esclusi dalla disciplina pur sussistendone i requisiti; viceversa, tali strumenti potrebbero rientrare nell’ambito applicativo dell’articolo 96 anche in mancanza dei presupposti individuati dal terzo comma, in quanto la relativa qualificazione ai fini contabili, che consenta l’applicazione o meno della norma, è subordinata alla qualificazione dal punto di vista fiscale, che potrebbe risultare difforme. Per chiarire la questione, si pensi al caso di un titolo qualificato contabilmente come uno strumento di partecipazione al capitale, data l’incertezza legata al rimborso, mentre dal punto di vista fiscale non viene considerato uno strumento di *equity* in quanto il suo rendimento non è totalmente legato agli utili del soggetto emittente³⁵⁸: in questo caso, pur in mancanza dei requisiti, è possibile applicare l’art. 96 dato che i proventi dello strumento vengono trattati dal punto di vista fiscale come interessi attivi e non come dividendi³⁵⁹.

Tra le modifiche apportate dall’art. 1 del D.Lgs. 142/2018, la più rilevante riguarda il comma 4 nel quale è contenuta la definizione di risultato operativo lordo che in precedenza era determinato dalla differenza tra il valore e il costo della produzione assunti a valori contabili, mentre ora le stesse voci devono essere assunte a valori

³⁵⁷ L’art. 13-bis del D.L. 244/2016 ha modificato l’art. 83 del TUIR, estendendo ai soggetti OIC, diversi dalle microimprese, il principio di derivazione rafforzata secondo il quale “*i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione*” stabiliti dai principi contabili prevalgono, salvo eccezioni, rispetto alle regole fiscali per la determinazione della base imponibile.

³⁵⁸ In base al disposto dell’art. 44, comma 2, lett. a, T.U.I.R., relativo alla disciplina fiscale dei titoli.

³⁵⁹ FERRANTI G., *Gli interessi attivi e passivi esclusi dall’ambito applicativo dell’art. 96 del T.U.I.R.*, in *Il fisco*, 37/2020, p. 3516. Sul punto vedi anche ASSONIME, *Circolare 14/2020: Il d.l.vo n. 142 del 2018 di recepimento delle cd. Direttive ATAD: la nuova disciplina di deduzione degli interessi passivi*, 8 luglio 2020 e FERRANTI G., *Disciplina degli interessi passivi in cerca di chiarimenti: il parere dell’Assonime*, in *Il fisco*, 35/2020, pp. 3307 e ss.

fiscali; dovranno pertanto essere operate le opportune variazioni in aumento e diminuzione in conformità alle disposizioni ex art. 83 comma 1, TUIR, sulla determinazione del reddito d'impresa³⁶⁰. Per evitare situazioni in cui la stessa voce partecipa due volte, o non partecipa mai, al calcolo del ROL, all'art. 13 comma 3 del Decreto Legislativo sono state previste delle disposizioni di diritto transitorio volte a chiarire il periodo d'imposta corretto al quale imputare alcuni componenti di reddito³⁶¹.

I commi 5, 6 e 7 normano il riporto in avanti delle eventuali eccedenze di ROL e di interessi attivi o passivi, prevedendo un limite temporale di cinque esercizi solamente per l'eccedenza del risultato operativo lordo. I commi da 8 a 11 escludono dal campo di applicazione della norma alcune fattispecie relative a finanziamenti di progetti infrastrutturali pubblici, il cui gestore sia fiscalmente residente in uno Stato dell'Unione Europea e i cui beni utilizzati si trovino anch'essi all'interno dell'Unione Europea. Il comma 12 dell'art. 96 dispone che le regole sulla deducibilità degli interessi passivi non vadano applicate *“agli intermediari finanziari, alle imprese di assicurazione nonché alle società capogruppo di gruppi assicurativi”* per le quali sono previste specifiche disposizioni, contenute nel successivo comma. Per tali soggetti è infatti prevista la deduzione degli interessi passivi sostenuti nel limite del 96 per cento del loro ammontare, a meno che non siano maturati a favore di soggetti partecipanti al medesimo consolidato nazionale. In quest'ultimo caso la deduzione è ammessa integralmente sino a concorrenza degli interessi passivi corrisposti a favore di soggetti esterni al gruppo. Il comma 14 stabilisce inoltre che, per tali soggetti, le eccedenze di interessi passivi non dedotti, generate nel periodo di inclusione al consolidato nazionale, possono essere portate in deduzione del reddito di gruppo se nello stesso

³⁶⁰ Per approfondimenti sulle conseguenze nel calcolo degli interessi deducibili derivanti dal passaggio al ROL fiscale, cfr. FERRANTI G., *Il meccanismo di calcolo degli interessi passivi deducibili*, in *Il fisco*, 39/2020, pp. 3707 e ss.

³⁶¹ Prediamo ad esempio il compenso amministratori, stanziato nel 2018 e corrisposto nel 2019. Nel 2018 tale voce partecipava al calcolo del ROL contabile in base al principio di competenza e nel 2019 partecipava al calcolo del ROL fiscale in base al principio di cassa.

periodo d'imposta altri soggetti partecipanti presentano eccedenze di ROL o di interessi attivi, anche se riportate da precedenti periodi d'imposta, purché non anteriori all'ingresso nel consolidato nazionale. L'ultimo comma precisa, in ogni caso, che devono essere rispettate le norme sull'indeducibilità dei componenti negativi generati da "*beni immobili che non costituiscono beni strumentali per l'esercizio dell'impresa*"³⁶² e quanto previsto dalla disciplina sui prezzi di trasferimento contenuta all'art. 110 comma 7, che non consente la deduzione di componenti negativi, in questo caso interessi e oneri finanziari, generati tramite transazioni con società non residenti e non conformi al principio di libera concorrenza. Come detto in apertura di paragrafo, l'art. 96 è stato modificato dal D.Lgs. 142/2018, che contiene tra l'altro la normativa di recepimento della Direttiva ATAD 1, e tramite il quale sono state introdotte in Italia le indicazioni per contrastare l'elusione derivante dall'utilizzo di strumenti ibridi, ampliandone l'ambito di applicazione alle società di persone e agli imprenditori individuali³⁶³.

Individuate le situazioni che possono portare ad arbitraggi fiscali attraverso l'utilizzo degli strumenti di debito e le relative contromosse adottate in ambito comunitario e nazionale, si affronteranno ora alcune questioni relative al rapporto specifico tra le operazioni di finanziamento infragruppo e la disciplina dei prezzi di trasferimento.

3.1.3 Finanziamenti infragruppo e transfer pricing

Il ricorso ai finanziamenti *intercompany* all'interno dei gruppi multinazionali è prevalentemente dettato dalla necessità di ottimizzare la gestione della tesoreria, riducendo i costi dell'indebitamento e aumentando la competitività verso i terzi.

L'applicazione dell'istituto del transfer pricing alla fattispecie relativa ai finanziamenti transnazionali è stata oggetto di dibattito a livello giurisprudenziale e dottrinale, a causa di una carenza, per molto tempo, di Linee Guida internazionali sul rapporto tra il

³⁶² Art. 90, comma 2, TUIR.

³⁶³ PISTONE P., *Diritto tributario internazionale*, Torino, 2019, p. 156.

principio dell'*arm's length* e i tassi di interesse infragruppo³⁶⁴. Si evidenzia infatti che, prima dell'integrazione delle attuali Linee Guida con l'introduzione nel 2020 del capitolo X, le ultime indicazioni sul tema risalivano a quanto riportato nella prima versione del 1979, al cui interno veniva dedicato un capitolo all'analisi dei prestiti e alla determinazione del tasso di interesse conforme al principio di libera concorrenza, sulla base del confronto con operazioni tra parti indipendenti, tenendo conto di una serie di fattori quali ad esempio le condizioni del *loan* ed il *credit rating* del mutuatario³⁶⁵. Tali indicazioni non sono state integrate nei successivi aggiornamenti, probabilmente per una mancanza di uniformità nella visione degli Stati sull'argomento, privando contribuenti e amministrazioni finanziarie di un punto di riferimento sul quale basare le proprie analisi³⁶⁶.

Questa lacuna nelle indicazioni di prassi dell'OCSE ha incanalato l'attenzione degli operatori sulle modalità attraverso le quali fosse possibile individuare tassi di interesse conformi al valore di mercato³⁶⁷. Anche la Corte di Cassazione si è pronunciata in merito alla corretta determinazione del tasso di interesse stabilendo come lo stesso dovesse essere fissato in base al metodo del confronto di prezzo con riguardo alle condizioni stabilite generalmente nel mercato del mutuante³⁶⁸. Giunge alle medesime

³⁶⁴ L'assenza di indicazioni univoche e certe nell'ambito delle transazioni finanziarie è stata sopperita dall'OCSE con la pubblicazione nel febbraio del 2020 del Report "*Transfer Pricing guidance on financial transactions*" i cui contenuti verranno trattati nei paragrafi successivi.

³⁶⁵ OECD, *Transfer pricing and multinational enterprises*, Parigi, 1979, Capitolo V, Sezione III, par. 199, p. 92.

³⁶⁶ FANNI M., *La Cassazione rivaluta i propri precedenti su presunzione di onerosità e transfer pricing in una pronuncia sui finanziamenti infragruppo*, in GT – Riv. giur. trib., 4/2015, p. 322.

³⁶⁷ D'ALESSANO P., THIONE M., *Transfer pricing nei finanziamenti infragruppo: il valore normale dei tassi di interesse*, in Il fisco 6/2011, p. 868. Gli autori in particolare si soffermano sulle numerose e diversificate variabili che caratterizzano i contratti di finanziamento e come queste possano essere utilizzate ai fini dell'analisi di comparabilità, sia nella prospettiva del mutuatario che del mutuante.

³⁶⁸ Corte di Cassazione, sentenza 25/09/2013 n. 22010. Cfr. anche DEZZANI F., DEZZANI L., *Controllante tedesca, controllata italiana: tasso di interesse del mercato del mutuante tedesco*, in Il fisco, 13/2014, pp. 1209 e ss.; GHIRINGHELLI M., DE PIRRO R., *Transfer pricing e finanziamenti infragruppo: il mercato del mutuante identifica il valore normale*, in Il fisco, 39/2013, parte 2, p. 6139; VASAPOLLI A., VASAPOLLI G., *Il mercato di riferimento che rileva per il valore normale del transfer pricing*, in Bilancio e reddito d'impresa, 12/2013, pp. 7 e ss.

conclusioni, anche se in riferimento ad un'operazione di diversa natura, un'altra sentenza della Corte di Cassazione che stabilisce come il prezzo di vendita di un prodotto fabbricato in Italia e venduto all'estero debba essere determinato in base alle condizioni del mercato del fornitore³⁶⁹. Tornando alla fattispecie relativa ai finanziamenti, la pronuncia della Suprema Corte pare in leggero contrasto con quanto riportato nella Circolare Ministeriale 32/1980, all'interno della quale viene sì data precedenza al mercato del mutuante per l'individuazione delle condizioni di mercato, ma viene anche consentita una deroga a tale criterio nei casi in cui il prestatore abbia a sua volta ricevuto un finanziamento da un soggetto estero, permettendo l'applicazione di metodologie alternative qualora queste consentano di pervenire ad un risultato conforme al dettato normativo dell'art. 110 comma 7, TUIR³⁷⁰. Inoltre, l'impostazione adottata dal giudice di legittimità appare in contrasto anche con la prassi degli istituti di credito, per i quali le condizioni del finanziamento sono determinate in via prioritaria sulla base delle caratteristiche del mutuatario e del suo merito creditizio, il quale influenzerà il livello del tasso di interesse da applicare al prestito³⁷¹. La valutazione in base al criterio del mutuante rischia di condurre a valutazioni errate stante anche la differenza del costo dell'indebitamento sopportato dalle imprese italiane che spesso si rivela essere superiore rispetto a quello delle imprese estere³⁷².

In ogni caso, in base a quanto disposto dall'art. 110 comma 7, TUIR, si ritiene che i

³⁶⁹ Corte di Cassazione, sentenza 23/10/2013 n. 24005. Sullo stesso argomento cfr. VENERUSO A., *Transfer pricing: ai fini dell'applicazione del principio dell'arm's length rileva il mercato del fornitore dei beni o servizi*, in *Il fisco*, 41/2013, parte 2, pp. 6435 e ss. e VICINI RONCHETTI A., *Transfer price tra normativa nazionale ed internazionale*, in *Rassegna Tributaria*, 3/2014, pp. 487 e ss.

³⁷⁰ Circolare Ministeriale n. 32/1980, Cap. IV, punto 4, p. 17. Vedi anche ROLLE G., STECCA V., *Transfer pricing e finanziamenti infragruppo: un rapporto difficile in cerca di guidelines*, in *Il fisco*, 43/2015, p. 4152. Gli autori sostengono, tra l'altro, che le pronunce della giurisprudenza tendono a limitare il campo di applicazione della disciplina del transfer pricing alla fattispecie dei finanziamenti infragruppo, in quanto muovono da considerazioni prettamente giuridiche, che spesso divergono dalle considerazioni di stampo economico sui tassi di mercato.

³⁷¹ MAZZETTI DI PIETRALATA M., CERCHIARA V., *Transfer pricing e finanziamenti infragruppo secondo l'orientamento della Suprema Corte*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 1/2014, p. 163.

³⁷² ROLLE G., *Il "valore normale" nella disciplina dei prezzi di trasferimento: mercato del cedente e requisito della comparabilità*, in *Il fisco*, 36/2014, p. 3566.

prestiti infragruppo transnazionali rientrano a pieno titolo nel campo di applicazione della disciplina, posto che si tratta di operazioni realizzate tra soggetti residenti in Paesi a diversa giurisdizione fiscale³⁷³. In tal senso, risulta più esplicito il contenuto del D.M. 14 maggio 2018 che ricomprende all'interno della definizione di operazione controllata *“qualsiasi operazione di natura commerciale o finanziaria”*³⁷⁴, in linea anche con quanto riportato nella C.M. 32/1980, nel quarto capitolo, in base alla quale *“gli interessi derivanti da operazioni di finanziamento concluse da imprese italiane con società controllanti estere rientrano nella disciplina del prezzo di trasferimento”*³⁷⁵. A sostegno della rilevanza di tali operazioni all'interno della disciplina del transfer pricing, nel primo capitolo dell'elaborato è stato osservato come le transazioni di natura finanziaria debbano essere appropriatamente descritte ed analizzate nella nuova versione del Masterfile e della Documentazione Nazionale, come affermato nel Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020, che allinea la prassi nazionale alle disposizioni internazionali dell'OCSE.

Resta infine da chiarire se anche in caso di un prestito gratuito la transazione possa essere valorizzata in base al principio di libera concorrenza.

3.1.4 Il dibattito sull'infruttuosità dei finanziamenti infragruppo

L'evoluzione e l'apertura dei mercati, come già accennato in precedenza, hanno consentito alle imprese di espandere le proprie attività oltre i confini nazionali, in virtù di ragioni dettate dal risparmio dei costi da sostenere per l'acquisizione dei fattori produttivi o dalla volontà di aumentare il volume di affari. Di qui la scelta di costituire società controllate all'estero per le quali, quantomeno nella fase di avvio, si rende necessario fornire un adeguato sostegno finanziario che nella maggior parte dei casi è

³⁷³ ROLLE G., STECCA V., *op. cit.*, p. 4152. Cfr. anche AVOLIO D., SANTACROCE B., *Il transfer pricing nei finanziamenti intercompany*, in *Corriere tributario*, 44/2013, pp. 3504 e ss. L'eventuale esclusione dalla disciplina potrebbe verificarsi con riferimento ai casi di finanziamenti infruttiferi, data la sostanziale assenza di componenti di reddito emergenti dall'operazione; si tornerà sul punto nel sotto paragrafo 3.1.4.

³⁷⁴ Decreto Ministeriale del 14 maggio 2018, art. 2 “Definizioni”.

³⁷⁵ Circolare Ministeriale n. 32/1980, Cap. IV, punto 1, p. 15.

assicurato dalla capogruppo tramite l'erogazione di finanziamenti³⁷⁶. Accade sovente che tali prestiti vengano concessi senza prevedere la corresponsione di interessi, in modo tale da non appesantire le finanze della neocostituita società. È altresì vero che un'operazione di finanziamento a tasso zero potrebbe essere realizzata anche in altre circostanze, ad esempio per rimediare alla carenza di liquidità di un'impresa associata che ha già superato la fase di *start-up*, in modo da limitare la sua esposizione nei confronti degli istituti bancari o dei terzi creditori in generale³⁷⁷. Nel precedente paragrafo è stato esaminato il trattamento fiscale riservato agli interessi attivi e passivi corrisposti tra società indipendenti o associate. Ora resta da capire se un'operazione tra imprese associate di questo tipo, che avviene a titolo gratuito, possa o meno essere ricompresa all'interno della disciplina sui prezzi di trasferimento, dato che non emergono componenti reddituali³⁷⁸. Innanzitutto, l'art. 45, comma 2, TUIR, prescrive che *"(...) gli interessi, salvo prova contraria, si presumono percepiti alle scadenze e nella misura pattuite per iscritto. (...) Se la misura non è determinata per iscritto gli interessi si computano al saggio legale"*. La norma prevede implicitamente la possibilità di erogare finanziamenti infruttiferi ex. art. 1815 c.c.³⁷⁹ qualora ne venga data evidenza a livello documentale³⁸⁰ in quanto, in assenza di prove, il finanziamento

³⁷⁶ PISANI M., *Ires: il prezzo di trasferimento nei finanziamenti transnazionali infragruppo*, in *Il fisco*, 17/2004, pp. 2516 e ss.

³⁷⁷ FICARI V., *Corrispettività, onerosità e gratuità nella fiscalità d'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2/2018, p. 304.

³⁷⁸ Sull'argomento cfr. anche BUONAMASSA G., GERARDI G., *Interessi passivi da finanziamenti transfrontalieri: le posizioni dell'Agenzia delle Entrate e della giurisprudenza*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 1/2017, pp. 23 e ss. e BARGAGLI M., *Transfer pricing, controllo societario e onere della prova nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 8-9/2016, pp. 5 e ss.

³⁷⁹ *"Salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Per la determinazione degli interessi si osservano le disposizioni dell'art. 1284 c.c. Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi."*

³⁸⁰ Per quanto riguarda la prova della non onerosità del finanziamento, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è abbastanza restrittivo e tende a limitare ai modi e alle forme previste dalla legge le modalità di prova concesse al contribuente, ossia attraverso contratti scritti, scritture contabili e dichiarazioni fiscali (Vedi Corte di Cassazione, sentenza del 04/02/2011 n. 2735, sentenza 19/05/2010 n. 12251 e sentenza 15/07/2009 n. 16445). Più permissivo sembra essere l'orientamento dei giudici di merito che consentono di provare l'infruttuosità del mutuo anche attraverso altre modalità

si riterrà oneroso³⁸¹. L'Agenzia delle Entrate ha precisato, con la Circolare 6/E del 30 marzo 2016, che anche gli interessi passivi che derivano da finanziamenti devono fare riferimento alle disposizioni in materia di transfer pricing, senza distinzioni circa la presenza o meno di un vincolo di onerosità³⁸².

Per quanto riguarda l'orientamento della Corte di Cassazione si sono susseguite diverse sentenze che hanno portato a conclusioni divergenti. Ebbene, una parte della giurisprudenza in passato ha ritenuto che tale fattispecie non rientrasse nell'ambito applicativo dell'istituto sui prezzi di trasferimento, data l'assenza di emersione di componenti reddituali dalla transazione realizzata³⁸³. In particolare, qualora si realizzi un'operazione di questo tipo, che deve comunque prevedere la restituzione del capitale dato a prestito in modo tale da non veder contestata la natura finanziaria della transazione, viene escluso che possa essere integrata una corresponsione da parte del mutuatario, qualora la gratuità dell'operazione sia dettata da esigenze di salvaguardia delle risorse del gruppo o per contenerne l'esposizione debitoria verso i terzi. La Suprema Corte è giunta alle medesime conclusioni rilevando come i finanziamenti infruttiferi possano essere esclusi dall'applicazione della disciplina del transfer pricing se l'operazione realizzata è giustificata e documentata da valide strategie aziendali volte a tutelare la società finanziata³⁸⁴. Un'ulteriore circostanza nella quale la Corte di Cassazione ha riconosciuto piena validità ad un finanziamento infruttifero è quella in

(Vedi Commissione Tributaria Provinciale di Bergamo, sentenza 26/05/2015 n. 456 e Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, sentenza 21/05/2012 n. 55). Così anche l'Associazione Italiana Dottori Commercialisti (AIDC) con la norma di comportamento n. 194/2016 che ricomprende tra le prove ammesse anche lo scambio di corrispondenza o l'atto pubblico.

³⁸¹ BUONAMASSA G., GERARDI G., *op. cit.*, p. 24.

³⁸² Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 28 aprile 2016, n. 6/E, par. 3.3.

³⁸³ Corte di Cassazione, sentenza 19/12/2014 n. 27087. Vedi anche AVOLIO D., SANTACROCE B., *Legittimità dei finanziamenti infruttiferi e prezzi di trasferimento*, in *Corriere tributario*, 9/2015, pp. 661 e ss. e MARZANO M., *Transfer pricing e finanziamenti infruttiferi infragruppo*, in *Rassegna Tributaria*, 4/2015, pp. 990 e ss.

³⁸⁴ Corte di Cassazione, sentenza 17/07/2015 n. 15005 e sentenza 26/09/2016 n. 18875. Nel primo capitolo del presente elaborato è stato affrontato il tema delle *business strategies*, e della loro valenza ai fini del transfer pricing, per giustificare prezzi di trasferimento temporaneamente non conformi al principio di libera concorrenza.

cui l'operazione sia diretta a finanziare un'acquisizione, da parte del mutuatario, che altrimenti non avrebbe avuto luogo³⁸⁵.

Tuttavia, la posizione più recente della Corte di Cassazione sembra essere mutata, in quanto è stato precisato che la disciplina del transfer pricing non è subordinata alla capacità della transazione di produrre reddito e che anche tramite un finanziamento gratuito può realizzarsi uno spostamento di imponibile all'estero, da contrastare stabilendo, in luogo di un tasso d'interesse nullo, un tasso a valori di mercato (*at arm's length*)³⁸⁶. Nello specifico si è ritenuto che un finanziamento gratuito possa essere destinato ad un futuro aumento di capitale, ma che lo stesso possa essere riqualificato come un prestito oneroso qualora le risorse concesse ad una società controllata vengano utilizzate per scopi diversi, consentendo al mutuante di percepire dividendi esenti in base alla Direttiva madre-figlia senza che ne venga data prova contraria. Di parere simile un'ulteriore pronuncia del giudice di legittimità che riconosce la gratuità del finanziamento solamente se viene provata la destinazione a futuro aumento di capitale anche attraverso le scritture contabili di entrambi i soggetti coinvolti³⁸⁷. In alcuni casi, inoltre, si è giunti ad equiparare un finanziamento soci gratuito a ricavi non dichiarati della società beneficiaria, in linea con la tesi secondo la quale un finanziamento infruttifero genererebbe componenti reddituali e non sarebbe pertanto

³⁸⁵ Corte di Cassazione, sentenza 05/04/2016 n. 7496.

³⁸⁶ Corte di Cassazione, sentenza 30/06/2016 n. 13387, sentenza 15/04/2016 n. 7493, sentenza 17/01/2019 n. 1102, sentenza 29/01/2019 n. 2387, sentenza 22/10/2019 n. 33656 e sentenza 09/10/2020 n. 21828. Dello stesso avviso anche PAPOTTI R.A., MOLINARI F., *I finanziamenti infruttiferi infragruppo nell'ambito del transfer pricing*, in Corriere tributario, 17/2017, pp. 1341 e ss.; FANNI M., ADDA M., *La Cassazione rivaluta i propri precedenti su presunzione di onerosità e transfer pricing in una pronuncia sui finanziamenti infragruppo*, in GT – Riv. giur. trib., 4/2015, pp. 331 e ss.; ROCCATAGLIATA F., *Ancora incertezze sui finanziamenti infruttiferi: stessi dubbi oltre confine?*, in Corriere tributario, 30/2016, pp. 2353 e ss. In particolare, gli autori affermano che la previsione di un tasso d'interesse pari a zero sui finanziamenti concessi dovrebbe costituire il presupposto per le contestazioni da parte del Fisco, avvallando la teoria secondo la quale anche i prestiti gratuiti rientrano all'interno della disciplina sul transfer pricing (cfr. anche BARGAGLI M., *Finanziamenti infruttiferi e rilevanza ai fini del transfer pricing*, in Diritto ed economia dell'impresa, 4/2016, pp. 190 e ss.).

³⁸⁷ Corte di Cassazione, sentenza 22/03/2017 n. 7293.

escluso dalla disciplina del transfer pricing³⁸⁸.

In tale contesto è opportuno analizzare anche le regole di contabilizzazione di crediti e debiti, secondo il nuovo criterio del c.d. costo ammortizzato, introdotto con il D.Lgs. 139/2015, e come tale cambiamento possa aver avuto impatti ai fini del transfer pricing. In base a tale criterio, il Codice civile dispone che i crediti, i debiti e i titoli immobilizzati debbano essere valutati al costo ammortizzato, ossia vadano attualizzati ad un tasso di interesse di mercato se questo differisce in modo significativo rispetto al tasso pattuito a livello contrattuale³⁸⁹. Può pertanto configurarsi la necessità di attualizzare i debiti finanziari infragruppo nel caso in cui questi ultimi prevedano tassi di interesse bassi o nulli. L'applicazione di tale criterio comporta anche la necessità di contabilizzare la differenza tra il valore nominale e il valore attuale del debito, che andrebbe iscritta tra i proventi o tra gli oneri finanziari a meno che l'operazione, nella sostanza, non abbia una diversità finalità³⁹⁰. Comunque sia, la società dovrà imputare per ogni esercizio gli oneri/proventi finanziari figurativi al tasso di mercato che rileveranno ai fini fiscali, a meno che non sia accolta la giustificazione di natura commerciale in merito all'infertilità del finanziamento ai fini del transfer pricing, dalla quale ne conseguirebbe l'irrilevanza a livello tributario; al contrario, se anche gli interessi figurativi dovessero rilevare per la disciplina sui prezzi di trasferimento, ne conseguirebbe che qualsiasi finanziamento erogato all'interno di un gruppo

³⁸⁸ Corte di Cassazione, sentenza 19/06/2015 n. 12764. Per quanto riguarda la fattispecie relativa ai finanziamenti soci è bene sottolineare che le somme versate possono assumere o la veste di mutuo, se la società iscrive un debito a cui corrisponde il credito vantato dal socio, o di aumento di capitale, se la società aumenta il proprio patrimonio netto e il valore della partecipazione del socio aumenta; la disciplina sui prezzi di trasferimento trova luogo solamente nel primo caso, in quanto opera la presunzione di cui all'art. 46, comma 1, TUIR, nel quale è stabilito che *"le somme versate (...) dai soci o partecipanti si considerano date a mutuo se dai bilanci (...) non risulta che il versamento è stato fatto ad altro titolo"*. (Così MOLINARO G., *Presunzioni applicabili ai finanziamenti dei soci*, in *Corriere tributario*, 18/2016, pp. 1419 e ss.; cfr. anche ANDREANI G., TUBELLI A., *Libertà di prova per dimostrare che i prestiti dei soci non sono onerosi?*, in *Il fisco*, 17/2016, pp. 1645 e ss.).

³⁸⁹ Art. 2426, comma 1, n. 8 Codice civile. L'OIC 19, al par. 41, non prevede l'applicazione del criterio per i debiti con scadenza inferiore ai 12 mesi.

³⁹⁰ GAVELLI G., GIOMMONI F., *Attualizzazione e valutazione di crediti e debiti al costo ammortizzato*, in *Corriere tributario*, 12/2017, p. 898.

multinazionale dovrebbe scontare un tasso d'interesse conforme ai valori di mercato³⁹¹.

In ultima battuta, sembra opportuno fare riferimento alle pronunce della Corte di Giustizia UE in tema di finanziamenti infruttiferi e in parte già richiamate nel primo capitolo³⁹². I giudici di Lussemburgo, a varie riprese, hanno ribadito come sia consentito ai contribuenti erogare finanziamenti infragruppo infruttiferi se questi sono stati realizzati in virtù di valide ragioni commerciali che possono spaziare dalla volontà di evitare l'eccessivo indebitamento di una consociata, al sostenere l'attività dell'impresa finanziata in un momento di temporanea difficoltà³⁹³. Anche la Corte di Cassazione, con la recente sentenza 13850/2021³⁹⁴, si allinea a questa corrente di pensiero, in controtendenza rispetto alle precedenti pronunce della stessa Corte orientate a non legittimare i prestiti gratuiti tra imprese associate. Nello specifico, i giudici hanno accolto il ricorso del contribuente stabilendo che un finanziamento infragruppo possa prevedere la non corresponsione di interessi, qualora tale decisione sia sostenuta da valide ragioni commerciali³⁹⁵. Oltre a ciò, con la sentenza del caso "Hornbach-Baumarkt", la Corte di Giustizia ha evidenziato che le ragioni commerciali

³⁹¹ AVOLIO D., DEVALLE A., *Finanziamenti infruttiferi, costo ammortizzato e transfer pricing*, in *Il fisco*, 22/2017, p. 2123.

³⁹² Cfr. Paragrafo 1.2.3 del presente elaborato. Sul tema vedi anche AVOLIO D., *Transfer pricing, finanziamenti infruttiferi e compatibilità tra disciplina interna e comunitaria*, in *Il fisco*, 44/2020, pp. 4253 e ss.

³⁹³ Corte di Giustizia, sentenza 08/10/2020 causa C-558/19 (caso Impresa Pizzarotti), sentenza 31/05/2018 causa C-382/16 (caso Hornbach-Baumarkt) e sentenza 21/01/2010 causa C-311/08 (caso SGI vs Stato belga). Vedi anche D'ANGELO G., *La normativa italiana in materia di prezzi di trasferimento nella prospettiva europea: tra ragioni antielusive e protezione (della giusta ripartizione) delle basi imponibili. Verso un rinvio pregiudiziale?*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 1/2018, pp. 325 e ss.

³⁹⁴ Corte di Cassazione, sentenza 20/05/2021 n. 13850.

³⁹⁵ Il caso specifico riguarda una società residente italiana che aveva finanziato una propria controllata di Hong Kong, al fine di acquisire una partecipazione indiretta in una società cinese. Inizialmente, il prestito prevedeva la corresponsione di interessi, come per gli altri finanziamenti concessi dalla controllante italiana alle sue consociate. La modifica delle condizioni contrattuali ha portato all'emanazione di un avviso di accertamento volto a recuperare a tassazione gli interessi attivi non percepiti sul prestito dalla società italiana. All'interno della sentenza, tra l'altro, i giudici citano le indicazioni del nuovo report OCSE sulle transazioni finanziarie, che sarà oggetto di trattazione nel prossimo paragrafo.

possono essere ritenute valide anche qualora siano sottostanti all'interesse del socio nel prestare supporto finanziario alla società partecipata, che si trova in difficoltà, ad un prezzo non conforme al principio di libera concorrenza³⁹⁶.

Allo scopo di dipanare i dubbi relativi all'analisi delle transazioni finanziarie, l'OCSE ha pubblicato il citato report "*Transfer pricing guidance on financial transactions*" nel quale sono dettate le linee guida per l'applicazione del principio dell'*arm's length* alle attività di gestione della tesoreria nei gruppi multinazionali e i cui contenuti saranno oggetto di trattazione nel prossimo paragrafo.

3.2 Il nuovo Report OCSE sulle transazioni finanziarie

3.2.1 Delineazione delle transazioni finanziarie

In linea con il percorso avviato dal Progetto BEPS, e in particolare sulla scia delle indicazioni contenute nelle azioni 4, 8, 9 e 10, nel mese di febbraio 2020 l'OCSE ha pubblicato il documento finale sulle transazioni finanziarie "*Transfer pricing guidance on financial transactions*". Il report contiene una serie di indicazioni utili per lo svolgimento delle analisi di transfer pricing in relazione alle transazioni finanziarie e i cui contenuti andranno a confluire nel nuovo capitolo X dell'ultima versione delle Linee Guida OCSE. La stesura di questo quadro generale sulle transazioni finanziarie nell'ambito dei prezzi di trasferimento rappresenta la prima fonte di informazioni in materia dopo le prime istruzioni risalenti alla versione originale delle Linee Guida del 1979, che non sono poi state mantenute nei successivi aggiornamenti. L'obiettivo di partenza dell'organizzazione internazionale era quello di pubblicare il documento entro la fine del 2016 ma, data la difficoltà nel coniugare gli interessi di tutti i Paesi membri, la diffusione del documento finale ha dovuto attendere, passando anche

³⁹⁶ MAZZETTI DI PIETRALATA M., COLOMBO A.M., *Transfer pricing e transazioni finanziarie: alcune riflessioni alla luce del caso Hornbach-Baumarkt*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2/2019, p. 34. Cfr. anche SCIFONI G., *Lo status di socio riconosciuto quale possibile esimente ai fini del transfer pricing*, in *Corriere tributario*, 29/2018, p. 2252.

attraverso una bozza di consultazione³⁹⁷ finalizzata a raccogliere pareri e commenti degli operatori³⁹⁸.

Il primo tema affrontato nel nuovo report è quello relativo alla corretta definizione (*accurate delineation*) delle transazioni finanziarie (con particolare riguardo ai termini e alle condizioni delle stesse) che consenta di individuare i ruoli e le funzioni svolte dalle parti coinvolte. Questo aspetto non rappresenta una novità in senso assoluto, in quanto tale approccio è già previsto con riguardo a qualsiasi tipologia di operazione infragruppo, ma va sottolineato che in relazione alle transazioni finanziarie emergono alcune particolarità di rilievo come, nello specifico, l'analisi della struttura del capitale del *borrower*. La società finanziata potrebbe infatti presentare un rapporto tra l'ammontare del debito e del capitale proprio tale per cui un rapporto di finanziamento tra parti collegate potrebbe essere riqualificato come apporto di capitale, dato che la stessa impresa finanziata, in circostanze comparabili e qualora non avesse avuto vincoli partecipativi, avrebbe presentato una struttura patrimoniale differente³⁹⁹. In particolare, è necessario appurare che l'importo dato a prestito non sia eccedente a quello che sarebbe stato erogato tra parti indipendenti secondo logiche concorrenziali, con la conseguente riqualificazione ai fini fiscali dell'eccedenza di debito in apporto di *equity* e la conversione degli interessi passivi corrisposti in dividendi indeducibili

³⁹⁷ OECD, *Public discussion draft – BEPS Actions 8-10 financial transactions*, 2018. Per un commento in merito alla bozza del report, cfr. AVOLIO D., BOGNANDI S., *Transfer pricing, principio di libera concorrenza e transazioni finanziarie*, in *Corriere tributario*, 11/2019, pp. 946 e ss; BONARELLI P., *TP: il Discussion Draft BEPS sull'applicazione del principio di libera concorrenza alle transazioni finanziarie*, in *Fiscaltà & Commercio Internazionale*, 11/2018, pp. 5 e ss; DOURADO A.P., *The OECD financial transactions discussion draft and BEPS Actions 8-10*, in *Intertax*, Volume 46, Issue 10, 2018, pp. 740 e ss. In questi articoli gli autori hanno evidenziato come i contenuti della bozza di consultazione fossero ancora lungi dal trovare il consenso unanime dei Paesi, data anche l'assenza di indicazioni precise da parte dell'OCSE, che si era limitata a proporre diversi approcci per l'analisi delle transazioni in oggetto. Emergono, tra l'altro, alcune lacune sulle modalità attraverso le quali le regole di transfer pricing possano garantire la corretta allocazione dei profitti e la prevenzione della doppia imposizione nelle fattispecie relative alle transazioni finanziarie.

³⁹⁸ AVOLIO D., BOGNANDI S., *Approvato il report dell'OCSE sulle transazioni finanziarie*, in *Il fisco*, 12/2020, p. 1157.

³⁹⁹ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione B, par. 10.4, p. 7.

assoggettati a ritenuta⁴⁰⁰. L'impostazione adottata per l'analisi delle operazioni di finanziamento è giustificata anche in base a quanto disposto dal Commentario OCSE all'art. 9 del Modello di Convenzione, richiamato all'interno del report, che rileva non solo per la verifica della conformità del tasso di interesse applicato al principio dell'*arm's length*, ma anche per la verifica sul corretto inquadramento della fattispecie⁴⁰¹. Oltretutto le nuove indicazioni prevedono che l'analisi della transazione avvenga considerando la prospettiva di entrambe le parti coinvolte (*two-sided approach*), valutando la convenienza di tutti i soggetti partecipanti alla transazione sulla base di elementi sia quantitativi che qualitativi⁴⁰².

L'approccio, già nella prima fase di bozza del documento, non è rimasto esente da critiche da parte degli operatori per la difficoltà nella sua applicazione e per il fatto

⁴⁰⁰ CASTOLDI A., BONARELLI P., MAKRYGIANNIS V., *Operazioni finanziarie e transfer pricing: le nuove regole OCSE*, Milano, 2020, p. 5.

⁴⁰¹ Nel Commentario viene riportato che "*Article 9 is relevant not only in determining whether the rate of interest provided for in a loan contract is an arm's length rate, but also whether a prima facie loan can be regarded as a loan or should be regarded as some other kind of payment, in particular a contribution to equity capital*"

⁴⁰² OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione B, par. 10.12, p. 8. L'impostazione dettata dall'OCSE è illustrata tramite l'esempio fornito nel par. 10.13, dove si dà evidenza del fatto che l'importo di un finanziamento dovrebbe essere determinato in funzione della somma massima che un *lender* indipendente, in circostanze comparabili, avrebbe accordato ad un altro soggetto e che viceversa un *borrower* sarebbe stato disposto a prendere a prestito in base alle proprie capacità di rimborso. Le variabili sulle quali basare la valutazione possono essere la presenza di eventuali garanzie fideiussorie, la durata del finanziamento, lo stato di salute del soggetto finanziato ecc. A riguardo risultano utili due ulteriori esempi relativi alla riqualificazione di un finanziamento. Nel primo esempio, l'impresa C ha una capacità di indebitamento pari a 1000 euro. Nonostante ciò, fino ad ora si è indebitata per 600 euro per finanziare i propri investimenti. Decide in tal senso di indebitarsi per ulteriori 400 euro allo scopo di aumentare la deduzione di interessi passivi. Anche se l'indebitamento complessivo risulta conforme ai valori di mercato, il Fisco potrebbe contestare le ragioni commerciali che hanno indotto a finanziarsi per gli ulteriori 400 euro, riprendendo a tassazione i maggiori interessi dedotti.

Nel secondo esempio, si pensi all'impresa C che, in base alla sua struttura patrimoniale, può ricevere a prestito da un finanziatore indipendente fino a 1000 euro, che rappresenta pertanto la sua massima capacità di indebitamento a valori di mercato. L'impresa associata B, tuttavia, accorda un finanziamento di 1.500 euro. La differenza di 500 euro deve essere riqualificata come apporto di capitale.

I due esempi riportati sono tratti e riformulati da BULLEN A., *Arm's length transactions structures: recognizing and restructuring controlled transaction in transfer pricing*, IBFD, Olanda, 2011, pp. 465 e 469.

che, trattandosi di un metodo valutativo, può prestarsi ad esiti diversi e contrastanti alimentando le situazioni di contenzioso con il Fisco⁴⁰³. È altrettanto vero che l'OCSE concede agli Stati ampia autonomia nella decisione se uniformarsi alle Linee Guida o adottare metodi alternativi per la definizione del rapporto tra debito ed *equity* e per l'eventuale riqualificazione di rapporti finanziari tra imprese associate. A tal punto è interessante riportare la posizione della Corte Federale tedesca relativamente al caso di una società residente che aveva aperto un conto di compensazione non garantito per una controllata belga⁴⁰⁴. In seguito alle difficoltà finanziarie della controllata belga, la società tedesca ha rinunciato al credito cancellandolo dal bilancio, riducendo così l'utile e la base imponibile. Il Fisco tedesco ha tuttavia contestato tale manovra, considerando la perdita non deducibile ai fini fiscali e ritenendo che non fosse possibile cancellare il credito, non potendo lo stesso essere paragonato ad apporto di capitale per la sola mancanza di garanzie. Nella visione dell'Amministrazione finanziaria tedesca, la rinuncia al credito non era infatti dovuta all'insolvenza del debitore ma, per l'appunto, alla mera assenza di *collateral*. Tale decisione comporta che la disciplina tedesca sui prezzi di trasferimento permetta aggiustamenti non solo dei corrispettivi pattuiti, ma anche dei termini e delle condizioni stabilite nella transazione⁴⁰⁵.

Per quanto riguarda il nostro Paese, l'Agenzia delle Entrate, con la già richiamata Circolare 6/E del 2016, ha fornito alcuni chiarimenti in merito alla possibile

⁴⁰³ CASTOLDI A., BONARELLI P., MAKRYGIANNIS V., *op. cit.*, p. 6. Cfr. anche WITTENDORF J., *The transactional ghost of Article 9(1) of the OECD Model*, in *Bulletin for International Taxation*, Volume 63, Issue 3, 2009, pp. 110 – 114.

⁴⁰⁴ Sentenza BFH (*Bundesfinanzhof*) del 27 febbraio 2019 n. IR 73/16, citata in BARSCH S.E., *Landmark transfer pricing case on applying the arm's length principle to shareholder loans in Germany*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 12, 2019, pp. 1108 e ss.

⁴⁰⁵ BARSCH S.E., *op. cit.*, p. 1113. L'autore analizza i risvolti di tale decisione, valutando la sua conformità alle indicazioni dell'OCSE sulla possibilità di rimodulare le condizioni di una transazione controllata. Le Linee Guida OCSE, ai paragrafi 1.122 – 1.124 prevedono che i termini di una transazione possano essere rimodulati quando viene meno la razionalità dal punto di vista commerciale delle condizioni stabilite, circostanza che nel caso di specie non è stata presa in considerazione. Ne consegue che per le operazioni transnazionali effettuate da una società tedesca rileverà non solo la conformità al principio dell'*arm's length* del prezzo ma anche dei termini concordati. L'autore conclude affermando che tale pronuncia avrà come effetto l'apertura di nuovi e più complessi casi di contenzioso in materia di transfer pricing tra contribuenti e Fisco tedesco.

riqualificazione di un'operazione di finanziamento effettuata da soci esteri, qualora il trattamento riservato agli interessi possa essere equiparato alla distribuzione di dividendi⁴⁰⁶. È bene evidenziare però che, mentre le indicazioni dell'Amministrazione finanziaria italiana sono ispirate al principio della sostanza sulla forma e sono dirette a non riconoscere una determinata operazione come un finanziamento ma come apporto di *equity* in base a criteri precisi, le nuove indicazioni che giungono dall'OCSE sono orientate maggiormente verso il principio della razionalità commerciale (*commercial rationality*). Tale ultimo approccio indurrebbe a rivedere gran parte dei rapporti di finanziamento infragruppo, in quanto invita a tener conto di tutte le alternative a disposizione dei soggetti per valutare l'adeguatezza dell'operazione (*options realistically available*) e non solo della sua possibile natura di apporto di capitale⁴⁰⁷.

Una volta individuata l'esatta natura dell'operazione, come per le altre tipologie di transazioni, l'OCSE richiede agli operatori di procedere all'analisi dei cinque fattori di comparabilità:

- termini contrattuali;
- analisi delle funzioni e dei rischi;
- caratteristiche dello strumento finanziario;
- circostanze economiche;
- strategie d'impresa.

Per quanto riguarda i termini contrattuali, quando due soggetti negoziano un accordo relativo ad un finanziamento sono soliti esplicitare le relative condizioni in forma scritta. Tuttavia, l'analisi del contratto stipulato si rivela spesso insufficiente a garantire la giusta individuazione delle responsabilità in capo alle parti, dovendosi pertanto ricorrere all'analisi della loro effettiva condotta allo scopo di pervenire alla definizione

⁴⁰⁶ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 30 marzo 2016, n. 6/E, par. 3.3, pp. 32 – 35.

⁴⁰⁷ AVOLIO D., BOGNANDI S., *Approvato il report dell'OCSE sulle transazioni finanziarie*, in *Il fisco*, 12/2020, p. 1160. Ad esempio, per il soggetto prestatore di denaro potrebbe risultare più vantaggioso, e in linea con i propri obiettivi strategici, investire i fondi in eccesso in altre opportunità commerciali maggiormente redditizie.

reale dell'operazione e dei profili coinvolti⁴⁰⁸. Diventa quindi cruciale la fase preliminare della transazione, relativa alla stesura dell'accordo che dovrà riflettere nella maniera più fedele possibile la volontà e la condotta delle entità partecipanti⁴⁰⁹.

L'analisi delle funzioni e dei rischi diventa cruciale per determinare la corretta remunerazione delle parti. In genere, il *lender* è il soggetto che si occupa della definizione delle condizioni contrattuali e del monitoraggio dei rischi anche se, trattandosi di un'operazione tra imprese associate, l'ampiezza delle attività di controllo non sarà la medesima di quella adottata da un soggetto indipendente; nonostante questo, l'OCSE precisa che l'analisi da svolgere deve avere come riferimento transazioni di mercato al fine di applicare correttamente il principio di libera concorrenza⁴¹⁰. Lo *standard setter* si sofferma sul concetto di "controllo del rischio", che risulta la base dalla quale partire per determinare il corretto tasso di interesse, precisando che un soggetto che non si assume rischi finanziari associati ad una transazione avrà diritto ad un tasso di rendimento privo di rischio (*risk free rate*)⁴¹¹.

Per quanto riguarda le caratteristiche dello strumento finanziario utilizzato, queste risultano utili sia per la ricerca di transazioni comparabili sia per la determinazione del prezzo, dato che al mutare di alcune variabili (come ad es. la presenza di *collateral*, la valuta utilizzata o la localizzazione geografica del *borrower*) mutano anche i rischi assunti dalle parti.

L'analisi delle circostanze economiche permette di considerarne l'impatto sulle dinamiche dei mercati finanziari, in un contesto in cui il fattore temporale gioca un ruolo primario nel determinare la volatilità dei prezzi di mercato degli strumenti finanziari. L'OCSE sottolinea, a tal proposito, che la comparazione tra operazioni controllate e indipendenti deve tener conto del momento in cui queste vengono realizzate in modo tale da minimizzare l'effetto distorsivo dettato dalla volatilità dei mercati, evitando il ricorso ad analisi pluriennali come avviene invece per altre

⁴⁰⁸ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione B, par. 10.22, p. 10.

⁴⁰⁹ CASTOLDI A., BONARELLI P., MAKRYGIANNIS V., *op. cit.*, p. 9.

⁴¹⁰ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione B, par. 10.24, p. 10

⁴¹¹ CASTOLDI A., BONARELLI P., MAKRYGIANNIS V., *op. cit.*, p. 10.

tipologie di transazioni⁴¹².

Infine, le strategie imprenditoriali rivestono un ruolo altrettanto delicato nella delineazione delle transazioni finanziarie, se non altro nella prospettiva del soggetto debitore che, a seconda delle finalità per le quali utilizzerà le somme ricevute a prestito, potrebbe vedere mutate le condizioni contrattuali.

3.2.2 Analisi del merito creditizio e ruolo del credit rating

All'interno del report, l'OCSE concede ampio risalto al tema del merito creditizio, considerandolo un elemento chiave nella corretta determinazione dei corrispettivi *at arm's length* nell'ambito delle transazioni finanziarie. L'analisi del merito creditizio consente al finanziatore di valutare anticipatamente il profilo di rischio dell'operazione, in funzione della capacità di rimborso del mutuatario, ma allo stesso tempo anche il *borrower* deve valutare quale possa essere la migliore alternativa per finanziarsi. La volontà dell'OCSE di adottare tale approccio trova giustificazione nel fatto che un finanziatore indipendente, prima di dare a prestito una somma di denaro, effettua un *credit assesment* per identificare quali possano essere le condizioni più vantaggiose da stabilire nell'accordo o se, al contrario, non esistano i presupposti per l'erogazione del finanziamento (o l'emissione di un titolo) al soggetto richiedente. Nello specifico, l'esame avviene con riguardo al settore di mercato del *borrower*, alla finalità e alla struttura del finanziamento, oltre all'analisi dei bilanci e dei flussi di cassa prospettici per determinare lo stato di salute dell'azienda⁴¹³. È pur vero, e ciò è riconosciuto all'interno del report, che difficilmente due imprese associate affronteranno il medesimo percorso di analisi per valutare la bontà dell'operazione, essendo già in possesso della maggior parte delle informazioni che in genere vengono richieste dagli istituti di credito o da un finanziatore esterno; tuttavia, ai fini della determinazione della corretta remunerazione secondo il principio di libera concorrenza, viene richiesto di replicare le medesime considerazioni di natura

⁴¹² OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione B, par. 10.32, p. 11.

⁴¹³ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.54, p. 15.

commerciale⁴¹⁴.

La valutazione si traduce nell'assegnazione di un punteggio finale, ossia il *credit rating*, che rappresenta il grado di solvibilità di un soggetto in base alla capacità di far fronte ai propri impegni finanziari con le proprie risorse, secondo le condizioni stabilite dagli accordi. Più alto è il rating assegnato, minore è il rischio di *default* del soggetto e di conseguenza meno svantaggiose saranno le condizioni del finanziamento per il *borrower*, che potrà ad esempio godere di un minor tasso di interesse o di clausole di garanzia meno stringenti. La determinazione del *credit rating* non è però esente da difficoltà. Innanzitutto, la posizione dell'OCSE non è chiaramente delineata in merito alla preferenza per un approccio di tipo *stand alone* o di gruppo. Nello specifico, l'approccio *stand alone* consente di determinare il grado di solvibilità della singola impresa mutuataria, per poi operare gli opportuni aggiustamenti in funzione del supporto implicito fornito dalla società controllante o dalle altre imprese associate appartenenti al gruppo multinazionale. Diversi sono i punti deboli di questa modalità di valutazione. Premesso che l'OCSE consente agli operatori di utilizzare i rating assegnati dalle agenzie indipendenti⁴¹⁵, queste ultime in genere forniscono i "punteggi" relativi ai gruppi multinazionali nel loro complesso, basandosi sulla valutazione della *parent company*, e raramente forniscono indicazioni sulle singole entità⁴¹⁶. Questo comporta un aggravio degli oneri in capo al contribuente e al Fisco, che non hanno a disposizione sufficienti informazioni pubbliche sulle quali basare le proprie analisi, ma devono ricorrere a strumenti di valutazione quantitativa che non presentano lo stesso grado di affidabilità delle analisi di un'agenzia indipendente⁴¹⁷. Le lacune di questi strumenti sono dovute al fatto che l'analisi si basa esclusivamente su dati quantitativi, senza considerare aspetti qualitativi come lo stato di salute del settore di appartenenza della

⁴¹⁴ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.55, p. 15.

⁴¹⁵ Le agenzie di rating più conosciute sono *Standard & Poor's*, *Fitch* e *Moody's*.

⁴¹⁶ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.71, p. 17.

⁴¹⁷ INTRUGLIO L., *Transfer pricing: rischio di contenziosi e doppie imposizioni con la gerarchia degli approcci del credit rating*, in *Il fisco*, 5/2021, p. 453. Va evidenziato che le stesse agenzie di rating mettono a disposizione degli operatori alcuni modelli di analisi come *S&P's CreditModel* e *Moody's RiskCalc*.

società o le competenze del management aziendale, oltre a fornire degli output potenzialmente influenzati da eventuali transazioni infragruppo avvenute a valori non di mercato, inficiando di fatto la bontà dei risultati ottenuti ai fini delle analisi di transfer pricing⁴¹⁸. Un ulteriore punto di discussione in merito all'approccio *stand alone* è relativo agli aggiustamenti da effettuare per tenere conto del supporto implicito. Ebbene, nella valutazione della capacità di rimborso di un debitore appartenente ad un gruppo è necessario considerare, in assenza di garanzie rilasciate in modo esplicito e formale, la possibilità che l'impresa riceva supporto finanziario in ragione della sua appartenenza al gruppo (*passive association*)⁴¹⁹. Questi aggiustamenti riflettono il comportamento che generalmente viene assunto da finanziatori indipendenti al momento dell'erogazione di un prestito, dato che la solidità finanziaria di un soggetto risulta rafforzata dalla possibilità di ricevere sostegno da altre imprese, sostegno che funge da garanzia implicita per il *lender*, riducendo il grado di rischio dell'operazione e incidendo in tal modo sul tasso di interesse da applicare, che risulterà minore. Ad ogni modo rimane da stabilire come si debba procedere per quantificare tale supporto implicito, dato che si tratta di valutazioni prevalentemente di tipo qualitativo (da tradurre a livello numerico) che si possono prestare a diverse interpretazioni e per le quali infine non sono presenti indicazioni precise. Allo stesso tempo, gli operatori possono ispirarsi alle modalità adottate dalle agenzie di rating che considerano vari criteri per determinare il peso del supporto implicito nella determinazione del rating di un'impresa che non appartiene al settore finanziario⁴²⁰.

⁴¹⁸ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.73, p. 17. È bene evidenziare che gli strumenti resi disponibili dalle agenzie di rating si basano su algoritmi semplificati se confrontati con quelli utilizzati dagli analisti finanziari. Tuttavia, nonostante le lacune di tali strumenti, questi sono considerati dall'OCSE una valida alternativa in mancanza di sufficienti informazioni. Spetta all'operatore documentare e giustificare adeguatamente le scelte effettuate per ridurre il rischio di contestazioni.

⁴¹⁹ CASTOLDI A., BONARELLI P., MAKRYGIANNIS V., *op. cit.*, p. 22.

⁴²⁰ LAMBERT G., PLETZ A., DETTMANN G., *Implicit support and its implications on guarantee fee pricing: fact or fiction*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 12, 2019, p. 1080. Gli autori offrono una disamina dei metodi di determinazione del supporto implicito adottato dalle tre più importanti agenzie di rating. Secondo l'agenzia *Moody's* la probabilità che venga fornito supporto finanziario da una consociata dipende sia

Gli approcci adottati dalle agenzie di rating non sono tuttavia gli unici, dato che la maggior parte degli istituti di credito ha sviluppato propri modelli di analisi per valutare il merito creditizio delle imprese, con la differenza che questi sono meno accessibili e di conseguenza risulta meno chiaro come la valutazione del supporto implicito possa influenzare le condizioni dei finanziamenti concessi⁴²¹. L'OCSE, dal canto suo, pone l'accento sul ruolo strategico dell'impresa debitrice all'interno del gruppo per verificare la probabilità che la stessa possa ricevere o meno sostegno finanziario in situazioni di difficoltà. Il suddetto approccio è ispirato a quello utilizzato dalle agenzie di rating, le quali assegnano alla singola impresa un rating pari a quello di gruppo qualora questa ricopra un ruolo strategico fondamentale, spostandosi invece verso una valutazione prettamente *stand alone* al diminuire della rilevanza strategica dell'impresa nel contesto multinazionale⁴²². Il tema relativo al supporto implicito è stato inoltre oggetto di discussione in quanto mal si concilia con uno dei principi alla

dalla volontà dell'impresa "garante" che dalla disponibilità finanziaria della stessa, in base ad una serie di fattori interni come il danno reputazionale che potrebbe subire il gruppo a causa del *default* della *subsidiary* indebitata, dal ruolo strategico di quest'ultima, dal livello di integrazione delle operazioni realizzate tra le società, ma anche da fattori esogeni come lo stato di salute del settore che potrebbe incidere sulla capacità di una società di offrire sostegno ad una consociata. A livello "quantitativo" *Moody's* ritiene che la presenza di un supporto implicito possa aumentare il rating di una società di uno o due gradi nel settore non finanziario. La logica sottesa alle valutazioni di *Standard & Poor's* è molto simile, con la differenza che S&P è l'unica agenzia a non considerare l'eventualità che il rating della singola società possa essere superiore a quello di gruppo. Infine, *Fitch* valuta i legami che intercorrono tra una società e la propria *parent company* dal punto di vista legale, operativo e strategico.

⁴²¹ LAMBERT G., PLETZ A., DETTMANN G., *op. cit.*, p. 1082. Tra l'altro, gli autori sostengono che nei mercati finanziari si tenda a dare maggiore risalto alle garanzie esplicite, in quanto più facilmente monitorabili e attivabili dato il vincolo formale, non essendo legate alla volontà del soggetto garante di prestare supporto o meno, ma anche perché garantiscono al *lender* maggiore sicurezza sul rimborso del debito ponendolo in una posizione di privilegio rispetto ad altri creditori.

⁴²² Vedi in proposito *General Criteria: Group Rating Methodology*, in S&P Global Rating, 1 luglio 2019; *Parent and Subsidiary Rating Linkage*, FitchRatings, settembre 2019; *Rating Non-Guaranteed Subsidiaries: credit consideration in assigning subsidiary ratings in the absence of legally binding parent support*, *Moody's investor service* 2003. La logica sottesa a tale valutazione risiede nel fatto che una controllata che presenta forti legami con il gruppo al quale appartiene riceverà con maggiore probabilità sostegno finanziario dalle imprese associate, anche in assenza di accordi formali. Oltre al ruolo strategico dell'impresa, può risultare utile valutare il comportamento storico tenuto dalla capogruppo, per verificare se in altre circostanze simili sia stato fornito supporto o meno.

base delle Linee Guida OCSE, ossia il *separate entity approach*, secondo il quale le valutazioni relative ad un'operazione tra imprese associate vanno condotte considerando le due entità come se fossero indipendenti; pertanto, considerare i benefici impliciti derivanti dall'appartenenza a un gruppo significa dare rilevanza al vincolo partecipativo esistente tra due società⁴²³. La scelta di utilizzare il rating della singola impresa, aggiustato per il supporto implicito, può essere avvalorata dalla prassi degli istituti bancari e dal fatto che un'impresa associata gode di benefici che non sono a disposizione di soggetti indipendenti in transazioni di mercato e di conseguenza l'analisi del merito creditizio, per essere attendibile, deve tenere in considerazione questi aspetti⁴²⁴. Allo stesso tempo si devono considerare anche i rischi causati dal legame con altre imprese, dato che il fallimento di una società che ricopre un ruolo strategico all'interno di un gruppo potrebbe avere impatti negativi sulla continuità aziendale delle parti ad essa correlate⁴²⁵.

Stanti queste difficoltà di valutazione e i dubbi nella coerenza dell'approccio appena analizzato con i principi cardine della disciplina del transfer pricing, l'OCSE consente agli operatori di virare verso il *credit rating* di gruppo qualora i risultati ottenuti con il primo metodo non siano ritenuti affidabili⁴²⁶. Questo metodo presenta alcuni vantaggi, dato che il rating di gruppo è sicuramente esente dall'effetto distorsivo di operazioni

⁴²³ CASTOLDI A., BONARELLI P., MAKRYGIANNIS V., *op. cit.*, p. 27. L'approccio delle entità separate è esplicitato al paragrafo 1.6 dell'ultima versione delle Linee Guida OCSE. Ma all'interno delle stesse Linee Guida, al paragrafo 7.13, viene affrontato anche il tema dei benefici incidentali, i quali non sono considerati come una prestazione di servizio che necessita di essere remunerata, diversamente dal caso in cui venga rilasciata una garanzia formale a copertura dell'eventuale inadempienza del soggetto debitore. In tal senso sembra quindi trovare giustificazione l'approccio adottato dall'OCSE all'interno del report sulle transazioni finanziarie.

⁴²⁴ CHAND V., *Transfer pricing aspects of intra-group loans in light of the Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*, in Intertax, Volume 44, Issue 12, 2016, pp. 889 – 891.

⁴²⁵ GREIL S., SCHILLING D., *Cross-border financial transactions and arm's length interest rates: a two-step approach*, in Intertax, Volume 44, Issue 11, 2016, p. 804. Ad ogni modo, gli autori sostengono la validità dell'approccio *stand alone*, in quanto ritenuto più congruo con le condizioni rintracciabili sul mercato ai fini dell'analisi di comparabilità.

⁴²⁶ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.81, p. 19. In tal senso, l'OCSE sembra definire implicitamente una gerarchia tra i due metodi, dando la precedenza all'approccio *stand alone* con valutazione del supporto implicito.

intercompany e permette all'operatore di determinare un solo rating che può essere utilizzato per varie transazioni e con diverse società del gruppo, riducendo quindi gli oneri in capo al contribuente e le controversie generate dalla valutazione quantitativa del supporto implicito⁴²⁷. Tuttavia, permangono i dubbi sulla conformità al *separate entity approach*, in quanto ancora una volta non si valuta la singola azienda come se fosse indipendente ma in relazione all'appartenenza al gruppo. In aggiunta, la possibilità concessa dall'OCSE di adottare metodi differenti può condurre a situazioni di doppia imposizione dato che, a seconda delle valutazioni effettuate dalle Amministrazioni finanziarie dei vari Stati, nell'analisi della medesima transazione potrebbero essere applicati due approcci diversi comportando l'applicazione ai fini fiscali di due diversi tassi di interesse⁴²⁸. Si ipotizzi ad esempio la situazione in cui un'impresa X residente in un Paese conceda un prestito ad una consociata estera Y, stabilendo un tasso di interesse determinato in base all'approccio di gruppo. Qualora l'Amministrazione finanziaria del Paese estero non condivida l'approccio adottato, propendendo per un'analisi di tipo *stand alone*, rettificherà gli interessi passivi corrisposti dalla società Y. Ipotizzando che il nuovo tasso di interesse sia inferiore a quello stabilito, la Società Y vedrà aumentare la propria base imponibile a causa della minore deduzione concessa, alla quale potrebbe non corrispondere una diminuzione della base imponibile di X, che percepirà interessi al tasso superiore preventivamente stabilito⁴²⁹.

⁴²⁷ INTRUGLIO L., *op. cit.*, p. 456.

⁴²⁸ BURNETT C., *Intra-group debt at the crossroads: stand-alone versus worldwide approach*, in *World Tax Journal*, Volume 6, No. 1, 2014, pp. 40 – 76. In particolare, l'autrice propende per un approccio globale che consenta di ridurre l'area di discrezionalità per la determinazione dei tassi di interesse, riducendo le differenze di interpretazione tra le varie Amministrazioni fiscali. In aggiunta, la scelta di un unico approccio consentirebbe di ridurre le opportunità di arbitraggio fiscale per i contribuenti, limitando lo spostamento dei profitti.

⁴²⁹ INTRUGLIO L., *op. cit.*, p. 459. In merito, basti pensare al diverso approccio adottato da Francia e Germania: la giurisprudenza francese dà rilevanza al supporto implicito all'interno delle analisi di *credit rating*, mentre quella tedesca tende a disconoscere tale approccio, privilegiando il rating di gruppo. Per un approfondimento sulle due diverse prospettive, cfr. SULEJMANI A., *Pricing intercompany financial transaction: loans, guarantees and cash-pooling arrangements*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 26, No. 6, 2019 e HEIDECHE B., NANAVARATORN T., *Germany – New draft transfer pricing*

Emergono pertanto difficoltà a livello teorico nello stabilire le modalità corrette per la determinazione del *credit rating*, le quali si riflettono nella pratica nel momento in cui è necessario stabilire un prezzo di trasferimento conforme al principio di libera concorrenza. Nel prosieguo verranno quindi approfonditi i metodi proposti per la determinazione dei tassi di interesse in relazione alle varie tipologie di transazioni finanziarie.

3.3 Pricing delle transazioni finanziarie

3.3.1 Finanziamenti infragruppo

Prima di concentrarsi sulle modalità di pricing delle transazioni finanziarie, l'OCSE dedica una piccola premessa al tema delle clausole contrattuali (*covenants*), le quali vengono spesso inserite all'interno dei contratti di finanziamento tra parti indipendenti. Tali clausole, nella prassi, possono essere suddivise in quattro categorie:

- clausole dirette alla conservazione del patrimonio netto;
- clausole di bilancio;
- clausole di *default*;
- clausole informative⁴³⁰.

Tuttavia, nel descrivere le funzioni di tali clausole nei contratti di finanziamento, l'OCSE evidenzia come difficilmente in un'operazione tra parti associate queste possano prevedere di inserire delle clausole di salvaguardia, in quanto l'asimmetria informativa che costituisce il presupposto per la loro applicazione è ridotta al minimo⁴³¹. Oltretutto, anche qualora siano previste tali clausole e queste vengano disattese, sembra remota la possibilità che un *lender* possa agire contro un *borrower* appartenente allo stesso gruppo⁴³².

legislation at a glance: a step forward the OECD, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 27, No. 4, 2020.

⁴³⁰ Per un approfondimento sul tema delle clausole nei contratti di finanziamento, cfr. PATRONI GRIFFI U., *I covenants finanziari. Note introduttive*, in *Rivista di diritto societario*, 3/2009, pp. 601 e ss.

⁴³¹ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.86, p. 19.

⁴³² CASTOLDI A., BONARELLI P., MAKRYGIANNIS V., *op. cit.*, p. 32.

Definite le diverse questioni relative alla corretta delimitazione dei termini e delle condizioni delle transazioni finanziarie e le questioni relative alla determinazione del *credit rating*, l'OCSE affronta il tema relativo ai metodi di pricing per questa tipologia di operazioni, partendo proprio dai finanziamenti (*intra-group loans*).

Il primo dei metodi proposti è quello del confronto di prezzo. L'OCSE, in particolare, ritiene che nel caso dei finanziamenti la ricerca di soggetti comparabili sia più agevole rispetto ad altri tipi di transazione, data la grande quantità di informazioni reperibili sui mercati finanziari⁴³³. L'applicazione del CUP prevede l'individuazione di transazioni di mercato comparabili sulla base dell'analisi funzionale svolta, applicando il tasso di interesse che finanziatori indipendenti avrebbero accordato a soggetti con lo stesso merito creditizio del *borrower* associato⁴³⁴. Sul punto, viene evidenziato che i tassi di mercato ottenuti potrebbero non portare ad un risultato univoco ma, nonostante questo, la concorrenza tra i vari finanziatori porterà a restringere l'intervallo di valori individuati. È interessante notare come, diversamente da quanto avviene per altre transazioni, lo *standard setter* non identifica un mercato geografico di riferimento nel quale individuare le transazioni comparabili a quella oggetto di analisi. L'enfasi dell'OCSE viene posta maggiormente sull'aspetto temporale dell'operazione rispetto alla sua localizzazione, come già evidenziato nei paragrafi precedenti quando si è parlato dell'analisi dei cinque fattori di comparabilità nel caso di una transazione finanziaria⁴³⁵.

⁴³³ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.90, p. 20.

⁴³⁴ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.91, p. 20. Allo stesso tempo viene riconosciuta la validità di un confronto interno, con riferimento ai finanziamenti concessi al *borrower* da soggetti indipendenti.

⁴³⁵ A maggior ragione, l'individuazione di un unico mercato geografico di riferimento risulta difficile se si considera la necessità imposta dall'OCSE di analizzare la prospettiva di entrambe le parti coinvolte nella transazione (*lender* e *borrower*). Di fatto, per le operazioni di gestione della tesoreria, non si fa riferimento alla scelta di una singola *Tested Party*, ma si raccomanda l'analisi di tutte le società coinvolte nell'operazione per individuare il corretto tasso di interesse da applicare. A livello nazionale, giova inoltre ricordare la posizione storica dell'Amministrazione finanziaria riportata all'interno della Circolare Ministeriale n. 32 del 1980, al Cap. IV (citata anche nel par. 3.1.3 del presente elaborato): ebbene, il mercato rilevante per la ricerca di transazioni comparabili era considerato in via prioritaria il mercato del mutuante, contrariamente a quanto previsto per altre tipologie di transazioni (nelle quali andava

Il secondo metodo proposto è quello del “costo della raccolta” (*cost of funds*) da utilizzare nel caso in cui non siano reperibili informazioni sufficienti e/o attendibili per l’applicazione del CUP. Questo secondo metodo consente di determinare il tasso di interesse assumendo come base di partenza il costo sostenuto dal *lender* per la raccolta del capitale, al quale andranno sommate le spese di gestione del finanziamento oltre ad un premio per il rischio sostenuto⁴³⁶. Affinché questo metodo possa essere applicato in modo attendibile, il *lender* deve essere la società con il più alto *credit rating*, ossia la società del gruppo in grado di raccogliere fondi a condizioni più vantaggiose, sostenendo minori costi⁴³⁷. Contemporaneamente si dovrà valutare la possibilità che il *borrower* possa finanziarsi a condizioni più favorevoli sul mercato e se altri finanziatori indipendenti siano in grado di sostenere un costo minore; questo costituisce il grosso limite del metodo, in quanto viene meno il presupposto iniziale per la sua applicazione, ossia la mancanza di affidabilità del CUP, dato che in ultima istanza deve essere comunque operato un confronto con le condizioni stabilite da soggetti terzi⁴³⁸. Tuttavia, l’approccio del *cost of funds* potrebbe risultare appropriato nei casi in cui il trasferimento di liquidità avvenga per mezzo di più soggetti appartenenti al gruppo, con delle intermediazioni, valutando il “costo di agenzia” sostenuto dai partecipanti alla catena ai quali dovrà essere riconosciuta la corretta remunerazione⁴³⁹. Infine, il report propone altri tre metodi che possiedono, ognuno per motivi diversi, delle lacune che ne intaccano l’affidabilità. Tra questi abbiamo:

considerato il mercato del “*destinatario dei beni oggetto della transazione*”). Al riguardo, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (CNDCEC), nel proprio commento alla consultazione pubblica sulla bozza del D.M. del 14 maggio 2018, sollecita un chiarimento da parte dell’Amministrazione finanziaria sulla posizione da assumere in merito alla corretta scelta del mercato da considerare per l’analisi di comparabilità delle transazioni finanziarie (così in CNDCEC, *Commento alla consultazione pubblica sui prezzi di trasferimento*, Roma, 20 marzo 2018). Ad oggi, anche in seguito alla pubblicazione del più recente Report OCSE, non sono stati pubblicati aggiornamenti specifici sulla questione e non sono emersi casi recenti di discussione a livello giurisprudenziale.

⁴³⁶ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.92, p. 21.

⁴³⁷ CASTOLDI A., BONARELLI P., MAKRYGIANNIS V., *op. cit.*, p. 35.

⁴³⁸ AVOLIO D., BOGNANDI S., *Approvato il report dell’OCSE sulle transazioni finanziarie*, in *Il fisco*, 12/2020, p. 1164.

⁴³⁹ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.100, p. 22.

- l'utilizzo dei *Credit Default Swap*, che consentono di determinare il premio per il rischio relativo ai finanziamenti *intercompany*, ma per i quali viene suggerito di mantenere una certa cautela essendo strumenti molto volatili;
- l'utilizzo di modelli economici che consentano di determinare il tasso privo di rischio al quale sommare la remunerazione per i vari rischi sostenuti nell'operazione, la cui validità è legata alla correttezza del processo di analisi su cui si basano;
- il ricorso alla consulenza bancaria affinché venga riconosciuta la conformità ai valori di mercato del tasso di interesse applicato nell'operazione *intercompany*, ma che rischiano di allontanare la valutazione dal principio dell'*arm's length* in quanto si tratta di pareri non ufficiali e non vincolanti per gli istituti di credito.

3.3.2 Accordi di cash pooling

La seconda fattispecie trattata all'interno del report relativa alle funzioni di tesoreria è quella del *cash pooling*. Questo strumento consente di accentrare la gestione della tesoreria di gruppo attraverso la stipula di un contratto di conto corrente tra varie società associate. Gli step previsti per realizzare un accordo di *cash pooling* sono i seguenti:

- la gestione della tesoreria viene delegata ad una società del gruppo (*pooler* o *pool leader*), che in genere è la *parent company*;
- il *pooler* provvede alla costituzione di un conto corrente bancario (*pool account*) nel quale verranno fatti confluire tutti i movimenti di cassa delle varie società partecipanti all'accordo;
- il *pooler* stipula dei contratti di conto corrente non bancario con le singole controllate al fine di giustificare lo spostamento dei saldi di credito o debito⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ DELLA ROVERE A., MATTIA S., *Le transazioni finanziarie intercompany: profili valutativi, analisi di benchmarking e criticità nel transfer pricing*, in *Il fisco*, 34/2013 (parte 1), p. 5279. Nella prassi vengono comunemente utilizzate due tecniche di cash pooling: *zero balance system* (ZBS) e il *notional cash pooling* (NCP). Nel primo sistema è previsto che alla fine di ogni giornata (o di ogni settimana) i conti corrente decentrati delle singole società vengano azzerati, mediante compensazione fisica delle partite

L'effetto principale degli accordi di *cash pooling* è rappresentato dal fatto che il gruppo nel suo complesso paga o riceve interessi sulla base del saldo netto del conto corrente comune (*pool account*) e questo, in uno scenario in cui i tassi di interessi sono positivi, permette di sfruttare sinergie di gruppo, ottimizzando la spesa finanziaria netta⁴⁴¹. La ripartizione di questi benefici tra i partecipanti all'accordo è proprio ciò che costituisce la base di partenza per le analisi di transfer pricing di questa fattispecie. È pur vero che l'applicazione dell'*arm's length principle* è resa complicata dalla mancanza di operazioni comparabili tra imprese indipendenti sul mercato, non essendoci evidenza delle scelte che sarebbero state effettuate in circostanze simili in condizioni di libera concorrenza⁴⁴². Nondimeno, rimane il problema generale della corretta qualificazione dell'operazione in base alle circostanze del caso e alle normative dei singoli Stati in quanto, dal punto di vista dei singoli partecipanti, l'accesso al conto corrente di gruppo potrebbe essere assimilato a un finanziamento concesso dal (o al) *pool leader*⁴⁴³. L'OCSE pone l'attenzione sulla corretta definizione delle funzioni svolte e dei rischi assunti dai soggetti coinvolti nell'accordo, allo scopo di remunerare ciascun soggetto sulla base del valore creato. Partendo dalla prospettiva del *cash pool leader*, si ritiene che in genere le funzioni da esso svolte siano limitate a funzioni di coordinamento e agenzia, senza sostenere rischi di credito⁴⁴⁴. In questo senso le attività del *leader* potrebbero ricomprendere la gestione periodica delle movimentazioni dei saldi, il calcolo degli interessi attivi o passivi e il monitoraggio delle posizioni delle singole

debitorie e creditorie con il conto corrente centrale: pertanto se una *subsidiary* presenta un saldo negativo, questo verrà azzerato mediante copertura da parte del *pooler* e viceversa. Nel *NCP* la logica è sostanzialmente la stessa con la differenza che la compensazione delle partite avviene in maniera virtuale, senza la movimentazione dei saldi, procedendo al calcolo degli interessi sul saldo netto virtuale dei conti corrente inclusi nell'accordo.

⁴⁴¹ HALLER A., CHAND V., *Application of the arm's length principle to physical cash pooling arrangements in light of the OECD discussion draft on financial transactions*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 4, 2019, p. 350.

⁴⁴² LUKOSZ K., URSU A., DRUGA M., *Transfer pricing of intra-group cash pooling arrangements through the lens of business and economic reality*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 25, No. 3, 2018, p. 208.

⁴⁴³ HALLER A., CHAND V., *op. cit.*, p. 353.

⁴⁴⁴ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.129, p. 25.

società⁴⁴⁵. È tuttavia possibile che il ruolo ricoperto dal *pool leader* sia riconducibile a quello di una “banca interna”, assumendo decisioni strategiche in merito alla pianificazione della liquidità di gruppo e degli investimenti da effettuare, gestendo i rapporti esterni con gli istituti di credito e amministrando l’allocazione delle risorse finanziarie all’interno del gruppo in base alle specifiche esigenze⁴⁴⁶. In tal caso la remunerazione del *leader* dovrà variare sensibilmente, adeguandola alle diverse funzioni svolte, le quali implicano un maggior grado di rischio.

Passando alla prospettiva delle società aderenti all’accordo, come anticipato, si tratta di individuare la corretta ripartizione dei benefici garantiti dalla costante disponibilità di liquidità e dal contenimento dell’esposizione verso le banche⁴⁴⁷. L’OCSE ritiene che la remunerazione debba essere fissata in base ai tassi di interesse che maturano sulle posizioni dei partecipanti, senza fornire indicazioni precise e dettagliate⁴⁴⁸. Rimane quindi da capire quale sia il tasso di interesse che possa essere considerato conforme al principio di libera concorrenza. In tal senso, sono sostanzialmente due gli approcci utilizzabili per gli accordi di *cash pooling*. Nel primo caso, potrebbero essere utilizzati i tassi di interesse applicati dalle banche esterne sui singoli conti delle società: ciò nonostante, tali valori difficilmente possono essere considerati *at arm’s length* data la diversa struttura gestionale adottata dalle stesse banche, che devono sopportare rischi maggiori e la cui operatività è regolata da apposite norme⁴⁴⁹. Il secondo approccio, il c.d. *build-up approach*, prevede di determinare un tasso privo di rischio (di breve

⁴⁴⁵ PETRUZZI R., *Transfer pricing aspects of intra-group financing*, Wolter Kluwer, Olanda, 2016, pp. 145 – 146.

⁴⁴⁶ HOLLAS J., HANDS G., *Transfer pricing and intra group cash pooling*, in Tax Management (transfer pricing report), Volume 19, No. 20, 2011, p. 4.

⁴⁴⁷ CASTOLDI A., BONARELLI P., MAKRYGIANNIS V., *op. cit.*, p. 46.

⁴⁴⁸ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.143, p. 27.

⁴⁴⁹ CHAND V., *Transfer pricing aspects of cash pooling arrangements in light of the BEPS Action plan*, in International Transfer Pricing Journal, Volume 23, No. 1, 2016, p. 42. Giova segnalare quanto stabilito dalla sentenza norvegese *ConocoPhillips* del 2009 nella quale è stata respinta la scelta di applicare tassi bancari ad accordi di *cash pooling* (cfr. ANDRESEN H.M., PEARSON WOODD N., JORGENSEN M., *ConocoPhillips case: implications in Norway and beyond*, International Transfer Pricing Journal, Volume 17, No. 6, 2010, pp. 461 – 466).

termine) a cui aggiungere un premio per il rischio, sulla base del *credit rating* delle società che partecipano al *pool*, con il pericolo concreto di non allocare correttamente i benefici derivanti dalle sinergie generate⁴⁵⁰.

3.3.3 Garanzie infragruppo

Un'ulteriore fattispecie ricompresa tra le tecniche di gestione della tesoreria di gruppo è quella che riguarda il rilascio di garanzie finanziarie, il cui scopo è quello di consentire alle imprese associate di scontare condizioni più vantaggiose per l'accesso a risorse finanziarie esterne. Il rilascio di garanzie esplicite si differenzia dalla circostanza trattata in precedenza relativa alla quantificazione del supporto implicito, dato che in questo caso l'impegno assunto dal garante assume forma ufficiale e vincolante. Nel caso di un finanziamento concesso da un soggetto indipendente, il *borrower* che viene garantito da un'impresa associata gode di un *credit rating* più elevato che si tradurrà in un minor tasso di interesse ed eventualmente in una somma di denaro più cospicua da ottenere a prestito⁴⁵¹.

Di conseguenza, trattandosi di una vera e propria operazione infragruppo, per mezzo della quale il garantito gode di una serie di benefici, è necessario stabilire la corretta remunerazione per il garante che, al contrario, si assume dei rischi. In questo caso, l'OCSE propone diversi metodi per la determinazione del corretto tasso di interesse:

- il metodo del CUP, che risulta di difficile applicazione data l'assenza di operazioni comparabili sul mercato, in quanto difficilmente un'impresa rilascerebbe una garanzia a favore di una società indipendente;
- lo *yield approach*, che consente di determinare il beneficio goduto dal soggetto garantito in funzione della garanzia rilasciata e in base al quale il prezzo da corrispondere al garante non potrà eccedere lo "sconto" applicato sul tasso di interesse praticato dal finanziatore indipendente, dato che in caso contrario il

⁴⁵⁰ HALLER A., CHAND V., *op. cit.*, p. 356.

⁴⁵¹ OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione D, par. 10.158 – 10.161, pp. 29 - 30.

debitore non trarrebbe alcun vantaggio dal rilascio della fideiussione⁴⁵²;

- il *cost approach* che consente di determinare il costo della garanzia in base alla perdita attesa che si troverebbe a dover sostenere il garante in caso di insolvenza del debitore⁴⁵³;
- il *valuation of expected loss approach*, simile al precedente, che stima il prezzo della garanzia in base alla probabilità di *default* del debitore, utilizzando ad esempio il *Capital Asset Pricing Model (CAPM)*;
- il *capital support method*, in base al quale si deve prima individuare la differenza di *credit rating* tra garante e garantito, per poi determinare l'apporto di capitale che sarebbe necessario affinché la struttura patrimoniale del debitore sia paragonabile a quella del garante: il costo della garanzia sarebbe quindi pari al rendimento atteso sull'importo del maggior capitale.

⁴⁵² Tale metodo è stato validato in uno dei casi più famosi sulla corretta determinazione del costo del rilascio di una garanzia, che ha coinvolto la società *General Electric Capital Corporation*, residente negli USA e la sua partecipata canadese *General Electric Capital Canada*. Il ruolo della società canadese era quello di reperire capitali sul mercato da redistribuire in seguito alle imprese associate. La società americana aveva rilasciato una garanzia a copertura dei finanziamenti stipulati dalla società canadese per un costo dell'1% su base annuale. La contestazione del Fisco canadese verteva sulla conformità del prezzo, considerato non coerente con la sostanza del rapporto, in quanto si riteneva che il beneficio di cui la società canadese godeva (per effetto della garanzia esplicita) non fosse superiore rispetto al beneficio del mero supporto implicito dettato dall'appartenenza al gruppo. La Corte canadese, in ultima battuta, ha respinto la contestazione dell'Amministrazione finanziaria canadese, riconoscendo l'esistenza di un vantaggio dovuto alla garanzia rilasciata, quantificato in base allo *yield approach* e che ha permesso di verificare la conformità al principio di libera concorrenza del costo stabilito in partenza. (Tax Court of Canada, caso *General Electric Capital Canada Inc. v Her Majesty the Queen*, 4 dicembre 2009, TCC 563).

⁴⁵³ Per la stima della perdita attesa l'OCSE consente l'utilizzo dei *Credit Default Swap*.

Capitolo 4: Gli effetti della pandemia da COVID-19

4.1 Impatto del COVID-19 sulla fiscalità internazionale

4.1.1 Gli interventi delle istituzioni per contenere la crisi

Nell'ultimo capitolo dell'elaborato verranno affrontate le conseguenze causate dalla diffusione del virus Sars-CoV-2 sugli equilibri dei sistemi tributari, con particolare focus sulla disciplina del transfer pricing.

I primi focolai di COVID-19 sono stati (ufficialmente) individuati nel mese di dicembre 2019 in Cina ma le risposte tardive dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e la grande facilità di contagio del virus hanno favorito la sua diffusione su scala globale nel giro di poche settimane. L'11 marzo 2020, il Direttore Generale dell'OMS ha dichiarato ufficialmente lo stato di pandemia, constatando che il virus avrebbe colpito ogni parte del globo, innescando una crisi sanitaria senza precedenti. Gli Stati si sono da subito adoperati per predisporre misure di contenimento della diffusione del virus, prevedendo inizialmente il blocco degli spostamenti all'estero e in seguito dei veri e propri *lockdown* nazionali nella maggior parte dei Paesi. Tali decisioni hanno comportato la sospensione di molte attività produttive, con conseguenze negative sui consumi, generando la più grande crisi economica dopo l'ultima recessione globale dei mercati finanziari del 2008-2009⁴⁵⁴. Nonostante alcuni segnali di ripresa nella seconda metà del 2020, che avevano permesso di allentare le misure restrittive, la seconda ondata del virus nel periodo invernale ha frenato la ripresa dell'economia globale.

La sospensione delle attività produttive, e i conseguenti risultati economici negativi fatti segnare dalle imprese, si sono riflesse in una diminuzione delle entrate pubbliche e nell'aggravarsi del *deficit* statale. La sostanziale crisi di liquidità che ha colpito le imprese ha costretto i governi a prevedere misure di sostegno finanziario in via diretta

⁴⁵⁴ OECD, *Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: strengthening confidence and resilience*, 19 maggio 2020, p.8.

attraverso l'erogazione di sussidi pubblici e in via indiretta con la sospensione o esenzione del versamento di alcuni tributi⁴⁵⁵.

L'impatto negativo della situazione emergenziale sul *deficit* pubblico potrebbe protrarsi anche nel medio-lungo termine, in quanto alcune aziende sono state costrette a chiudere definitivamente l'attività, mentre chi è riuscito a sopravvivere dovrà far fronte a perdite significative che potrebbero avere strascichi indesiderati negli esercizi a venire: in entrambi i casi si ha una riduzione del gettito fiscale per gli Stati. Per ovviare al periodo di recessione economica i governi nazionali dovranno dunque pianificare la ripresa con molta attenzione: al fine di dare ossigeno alle casse dello Stato potrebbero essere previsti sostegni per l'apertura di nuove attività, le quali consentiranno in tal modo di generare nuove entrate fiscali future, ma allo stesso tempo un'incidenza tributaria troppo elevata potrebbe produrre l'effetto opposto fungendo da deterrente per lo sviluppo di nuovi *business*⁴⁵⁶.

Nel contesto attuale, la crisi potrebbe fungere da volano per l'adozione di nuove forme di tassazione, come ad esempio l'imposta sui servizi digitali, allo scopo di generare nuove entrate pubbliche che possano quantomeno coprire i debiti contratti durante la pandemia⁴⁵⁷. L'adozione di un'imposta internazionale sui servizi digitali è un argomento discusso da diverso tempo e il cui processo di implementazione ha subito un brusco rallentamento a causa della pandemia, dato che l'attenzione degli Stati è stata riservata alla diffusione del Coronavirus. Tuttavia, una volta rientrata l'emergenza, la stretta delle amministrazioni finanziarie e dei governi nazionali nei confronti delle multinazionali che hanno sfruttato schemi di pianificazione fiscale a loro vantaggio diventerà ancora più decisa⁴⁵⁸. È pur vero che la ricerca di un accordo globale sul tema risulta complicato a causa degli interessi contrapposti tra Stati Uniti

⁴⁵⁵ BAKER P., *International tax in the time of COVID-19*, in *Intertax*, Volume 48, Issue 8-9, 2020, p. 805. Cfr. anche BIZIOLI G., BERETTA G., *Italy's tax and fiscal policy measures at the time of the COVID-19 crisis: "tax peanuts" without a new deal*, in *Intertax*, Volume 48, Issue 8-9, 2020, pp. 761 e ss.

⁴⁵⁶ BAKER P., *op. cit.*, p. 806.

⁴⁵⁷ COLLIER R., PIRLOT A., VELLA J., *Tax policy and the COVID-19 crisis*, in *Intertax*, Volume 48, Issue 8-9, 2020, p. 798.

⁴⁵⁸ BAKER P., *op. cit.*, p. 811.

ed Europa. Le più grandi multinazionali del web (Google, Apple, Amazon, Facebook) hanno infatti sede negli USA e una morsa fiscale a livello mondiale sui profitti generati dalle stesse potrebbe avere conseguenze negative per l'economia statunitense, al contrario degli Stati membri dell'UE che vedrebbero invece riconosciuta parte della loro potestà impositiva sugli utili realizzati dalle "big del web" nel territorio comunitario⁴⁵⁹. In ogni caso, il cambio al vertice del governo USA, con l'insediamento del nuovo Presidente Joe Biden, sembra aprire uno spiraglio per la riapertura delle trattative alla ricerca di un accordo sul tema dei servizi digitali e del contrasto del *profit shifting* operato dai giganti del web. Nello specifico, l'amministrazione Biden, nel maggio del 2021, ha annunciato un piano di investimenti pubblici per il rilancio post-pandemia che sarà in parte finanziato attraverso un aumento dell'aliquota dell'imposta societaria dal 21 al 28 per cento. L'adozione di una simile misura fiscale rischia di favorire le manovre elusive dei gruppi multinazionali americani, allo scopo di dirottare gli utili nei Paesi a fiscalità più favorevole; da qui la necessità di riaprire il dialogo con l'Unione Europea ed i Paesi OCSE per individuare una soluzione a livello globale che impedisca alle multinazionali di sfruttare la possibilità di godere di regimi favorevoli, costringendo le stesse a contribuire in maniera adeguata alle entrate pubbliche dei Paesi nei quali conducono la loro attività⁴⁶⁰. In tal senso, nel corso del vertice del G7 tenutosi il 5 giugno 2021, è stato raggiunto un accordo di massima tra i ministri delle finanze dei Paesi partecipanti per l'applicazione di un'imposta minima globale del 15% destinata alle grandi multinazionali e che verrà applicata a livello nazionale in ogni

⁴⁵⁹ D'AMBROSIO A.I., *Crisi economica post-pandemia: un "volano" per la digital service tax?*, in Rivista telematica di diritto tributario, 1/2021. Nell'articolo viene evidenziato, oltretutto, come la mancanza di coordinazione a livello comunitario ed internazionale abbia innescato un processo di adozione dell'imposta sui servizi digitali a livello nazionale (es. Italia ed Austria). Questo processo rischia di generare ulteriori asimmetrie tra gli Stati, favorendo la diffusione di meccanismi elusivi da parte delle multinazionali del web. Allo stesso tempo, l'adozione di web tax nazionali rischia di provocare la reazione degli USA con l'applicazione di dazi sull'importazione dei prodotti europei.

⁴⁶⁰ CARPENTIERI L., *La proposta fiscale dell'amministrazione Biden e l'ambizione di cambiare le regole del gioco: sarà davvero il tramonto del profit shifting delle multinazionali?*, in Rivista telematica di diritto tributario, maggio 2021.

giurisdizione fiscale⁴⁶¹.

Allo stesso tempo, la Commissione Europea ha evidenziato come il piano per la ripartenza dell'Eurozona dovrà proseguire di pari passo con la lotta contro le frodi fiscali e l'erosione delle basi imponibili, oltre a perseguire la semplificazione dei sistemi tributari, in modo tale da facilitare la generazione di entrate pubbliche e velocizzare la ripresa⁴⁶². In particolare, nei piani della Commissione sono previste:

- una revisione della “lista UE delle giurisdizioni non cooperative”, ossia la lista di Paesi che non fanno parte dell'Unione Europea e che favoriscono pratiche di elusione ed evasione fiscale;
- un inasprimento delle contromisure da adottare contro i Paesi che fanno parte della lista suddetta;
- un aggiornamento della Direttiva DAC (*Directive on Administrative Cooperation*) relativa allo scambio di informazioni da parte delle imprese che operano attraverso piattaforme digitali⁴⁶³;
- l'introduzione di una serie di misure semplificatrici a livello fiscale per le aziende e la proposta di introduzione di nuove tipologie di tasse, come ad esempio la tassa ambientale per contribuire a ridurre l'inquinamento.

4.1.2 Transfer pricing e ristrutturazioni aziendali

In un contesto in cui gli spostamenti sono stati ridotti al minimo, limitando le

⁴⁶¹ La proposta verrà presentata al vertice del G20, che si terrà nel mese di luglio 2021, per discuterne tempi e modalità di introduzione; con ogni probabilità andrà a sostituire l'imposta sui servizi digitali laddove già presente (vedi <https://www.ilsole24ore.com/art/g7-accordo-storico-tassa-minima-globale-15per cento-le-grandi-imprese-AE9TdLO> e <https://www.economist.com/finance-and-economics/2021/06/03/twilight-of-the-tax-haven>).

⁴⁶² COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione COM (2020) 456 final “Europe’s moment: repair and prepare for the next generation”*, 27 maggio 2020. Cfr. anche CORDEWENER A., *The COVID-19 crisis: an opportunity for EU budget and tax reform*, in *EC Tax Review*, 6/2020, p. 260.

⁴⁶³ A tal proposito la Direttiva n. 514/2021 (DAC 7) è stata pubblicata il 22 marzo 2021 nella Gazzetta Ufficiale UE. La nuova direttiva prevede, in sostanza, che i gestori delle piattaforme digitali debbano comunicare i redditi generati e percepiti, e spesso non dichiarati, dagli utenti che fruiscono dei servizi erogati tramite le piattaforme stesse. (vedi GASPARRI T., *Con la DAC 7 più obblighi informativi nell'economia digitale*, in *Il fisco*, 20/2021, pp. 1944 e ss.).

possibilità di scambio con l'estero, a subire il contraccolpo più importante sono stati i gruppi multinazionali che basano il loro funzionamento sulla possibilità di interagire giorno dopo giorno con le proprie *subsidiaries* oltre confine, in base a predefinite politiche sui prezzi di trasferimento. È pur sempre vero che non tutti i settori sono stati colpiti in egual modo, e in alcuni casi si è addirittura assistito ad una crescita del fatturato⁴⁶⁴, con segnali generali di ripresa che sembrano essere più promettenti di quanto previsto inizialmente⁴⁶⁵.

Ad ogni modo, la disciplina del transfer pricing è incentrata sul rispetto del principio dell'*arm's length*, il quale presuppone l'esistenza di un mercato in salute nel quale gli scambi tra gli operatori avvengono a condizioni normali: tuttavia, le condizioni presenti durante i periodi di crisi non consentono un'applicazione lineare delle linee guida sui prezzi di trasferimento, così come enunciati all'interno dei documenti ufficiali dell'OCSE⁴⁶⁶. Nondimeno, la pandemia lascerà strascichi che costringeranno i gruppi multinazionali a valutare la bontà della propria offerta commerciale e l'adeguatezza delle condizioni pattuite nei rapporti *intercompany*, oltre alla corretta allocazione delle funzioni svolte e dei rischi assunti da ciascuna entità⁴⁶⁷. Come osservato nei capitoli precedenti, la strada tracciata per gli operatori con il Progetto BEPS è quella di individuare nella maniera corretta i principali *driver* di generazione del valore all'interno dei gruppi, allo scopo di assicurare che le politiche di transfer pricing siano allineate rispetto all'effettiva generazione dei profitti. La situazione di emergenza e le

⁴⁶⁴ A tal riguardo basti pensare alle aziende che offrono servizi di comunicazione telematica o di consegna a domicilio dei pasti, senza dimenticare l'industria farmaceutica e le aziende il cui *core business* è incentrato sulla sanificazione dei dispositivi domestici, degli impianti industriali o degli ambienti di lavoro in generale, per citarne alcuni.

⁴⁶⁵ OECD, *Economic outlook, Interim Report – Strengthening the recovery: the need for speed*, Marzo 2021, p. 6. È interessante notare, tra l'altro, come nel corso del 2020 la maggior parte dei Paesi siano stati colpiti da una recessione economica con una diminuzione del PIL, tranne la Cina che è il Paese nel quale si è sviluppato il virus. In ogni caso, le previsioni per il 2021 e il 2022 prevedono un rimbalzo generalizzato dell'economia globale.

⁴⁶⁶ COLLIER R., PIRLOT A., VELLA J., *op. cit.*, p. 801.

⁴⁶⁷ VENTURI F., *Transfer pricing e Patent Box: analisi critica delle ripercussioni post COVID-19 e possibili approcci a confronto*, in ODCEC Brescia (a cura di), *Fiscalità Internazionale – principali novità 2020*, dicembre 2020, p. 10.

contromisure adottate dai governi hanno arrestato le attività produttive e interrotto le catene di fornitura, impattando negativamente sui ricavi, aumentando i costi e generando gravi *deficit* di liquidità⁴⁶⁸. Per i gruppi multinazionali una soluzione a tali difficoltà operative può essere rappresentata dalle ristrutturazioni aziendali, attraverso una (temporanea) riallocazione delle funzioni svolte, dei rischi assunti e degli asset impiegati con l'obiettivo di incrementare le vendite, razionalizzare i costi di produzione e facilitare l'accesso a risorse finanziarie esterne⁴⁶⁹. A tal proposito, verranno ora esaminate le principali implicazioni per le imprese multinazionali interessate da processi di riorganizzazione aziendale. Sul punto, l'OCSE evidenzia come i periodi di difficoltà economica possano rappresentare una delle ragioni principali che spingono a realizzare operazioni di *business restructuring*, allo scopo di mantenere adeguati livelli di redditività e contenere le perdite di esercizio⁴⁷⁰. La principale implicazione a livello di transfer pricing delle operazioni di riorganizzazione aziendale riguarda la possibilità di prevedere una remunerazione da corrispondersi tra le parti coinvolte, in virtù della nuova struttura delineata e dei nuovi rischi assunti⁴⁷¹. Le stesse Linee Guida OCSE prevedono degli step di valutazione per determinare se ai soggetti coinvolti sia dovuta una compensazione⁴⁷²:

- analisi del processo di ristrutturazione attraverso l'esame delle ragioni commerciali e la valutazione delle alternative a disposizione del gruppo;
- analisi delle funzioni, dei rischi e degli asset in capo alle singole entità prima e

⁴⁶⁸ ORLANDI A., IERVOLINO R., *Ristrutturazioni aziendali e COVID-19. Analisi dei principali driver nei processi di riorganizzazione delle imprese multinazionali*, in Rivista telematica di diritto tributario, febbraio 2021, p. 2.

⁴⁶⁹ ORLANDI A., IERVOLINO R., *op. cit.*, p. 3.

⁴⁷⁰ "Furthermore, business restructurings may be needed to preserve profitability or limit losses, e.g. in the event of an over-capacity situation or in a downturn economy" così in OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. IX, p. 366.

⁴⁷¹ BAKKER A., *Transfer pricing and business restructuring*, IBFD, Olanda, 2009, pp. 62 – 63. Allo stesso tempo è necessario valutare se parti indipendenti avrebbero agito nella stessa maniera in termini di riorganizzazione delle funzioni svolte e dei rischi assunti.

⁴⁷² OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. IX, pp. 369 – 380.

dopo il completamento della riorganizzazione aziendale, per individuare eventuali redistribuzioni della redditività e dei *driver* di generazione del profitto;

- determinazione dell'eventuale compenso sulla base di quanto previsto dalla normativa locale in materia di indennizzi o sulla base di eventuali clausole contrattuali previste negli accordi tra le parti.

Nelle circostanze specifiche della pandemia, per gli operatori sarà necessario analizzare in modo accurato le condizioni contrattuali, con riferimento ad eventuali rinegoziazioni dei termini con clienti e fornitori e se queste rispettino, o abbiano rispettato, le condizioni definite con i terzi, oltre a valutare l'impatto degli interventi dei governi nazionali sia per quanto concerne le misure restrittive adottate sia per quanto riguarda il sostegno garantito alle aziende⁴⁷³.

4.1.3 Covid-19 e finanziamenti infragruppo

La diffusione della pandemia e la conseguente situazione di grande incertezza sull'evoluzione futura dell'andamento economico hanno avuto effetti anche sui mercati finanziari, i quali si ritrovano in balia di una grande volatilità dei prezzi⁴⁷⁴.

Come osservato in precedenza, gli interventi dei governi e delle istituzioni nazionali a sostegno degli operatori hanno generato un marcato aumento dei livelli di debito, alterando le normali condizioni di mercato: ciò rende molto più complesso il processo di delinearne una transazione comparabile ai fini delle politiche di transfer pricing⁴⁷⁵. Inoltre, la congiuntura economica negativa arriva in seguito ad un periodo, più o meno prolungato, nel quale si è assistito ad una politica monetaria favorevole

⁴⁷³ ORLANDI A., IERVOLINO R., *op. cit.*, pp. 7 - 8.

⁴⁷⁴ A tenere banco negli ultimi tempi è il boom dei prezzi delle materie prime e dei materiali per il settore delle costruzioni. Il rincaro dei prezzi è stato causato dalla diffusa chiusura delle attività industriali e commerciali durante il periodo più duro della pandemia, provocando una scarsità di offerta, a cui ha fatto seguito l'inizio della ripresa economica che ha generato invece un forte aumento della domanda (vedi <https://www.ilsole24ore.com/art/acciaio-plastiche-cemento-e-bitume-il-rincaro-prezzi-rallenta-cantieri-edili-AEMD2QJ>).

⁴⁷⁵ CASTOLDI A., BONARELLI P., MAKRYGIANNIS V., *op. cit.*, p. 94.

che ha incentivato il ricorso all'indebitamento per le imprese, aumentando la vulnerabilità ad eventuali shock economici negativi, come quello effettivamente verificatosi⁴⁷⁶.

Le dinamiche che si possono osservare in un contesto di grave difficoltà, come quello causato dalla crisi pandemica, sono caratterizzate da una corsa alla vendita di titoli ed obbligazioni che comporta una diminuzione del livello di liquidità generale dei mercati, ulteriormente sotto stress a causa della contrazione dei livelli di fatturato e dell'aumento dei costi: la solvibilità delle imprese viene pertanto messa a dura prova dall'aumento del costo del debito⁴⁷⁷. Allo scopo di frenare questo processo, le banche centrali hanno provveduto a diminuire i tassi di interesse in modo tale da ridurre il costo dell'indebitamento e contenere la frenesia dei mercati.

Nel terzo capitolo del presente elaborato si è osservato come all'interno dei gruppi multinazionali vengano realizzate diverse transazioni finanziarie per le quali, come previsto dalle nuove indicazioni OCSE, risulta fondamentale il confronto con le condizioni di mercato, con particolare riferimento al merito creditizio di soggetti terzi indipendenti, per definire i corretti tassi di interesse tra imprese associate. La modifica delle normali condizioni di operatività rende particolarmente complessa l'applicazione dell'*arm's length principle* per quanto concerne le operazioni di gestione della tesoreria di gruppo.

A tal proposito, per ovviare alla situazione di emergenza, si possono adottare alcune contromisure nelle analisi di comparabilità per questa specifica tipologia di transazione⁴⁷⁸:

- dato il peggioramento del merito creditizio della maggior parte dei soggetti economici, nelle analisi di *benchmark* si dovrà valutare accuratamente quali indicatori prendere in considerazione al fine di riflettere in maniera adeguata il

⁴⁷⁶ BONEKAMP M., SCHAATSBERGEN N., *Transfer pricing of financial transactions and the impact of COVID-19*, in International Transfer Pricing Journal, Volume 27, No. 4, 2020.

⁴⁷⁷ ORLANDI A., IERVOLINO R., *COVID-19 e transfer pricing su operazioni finanziarie. Analisi degli impatti del COVID-19 nelle analisi di benchmark*, in Rivista telematica di diritto tributario, dicembre 2020, p. 604.

⁴⁷⁸ ORLANDI A., IERVOLINO R., *op. cit.*, p. 607.

grado di solvibilità di un'azienda, oltre a riconsiderare quale possa e debba essere il corretto rapporto debito-*equity* della parte testata;

- la grande volatilità dei mercati si riflette in andamenti eterogenei dei tassi di interesse degli strumenti finanziari (azioni, titoli, obbligazioni ecc.), pertanto nella selezione degli strumenti comparabili si dovrà tenere conto di eventuali fluttuazioni eccessive e/o effettuare opportuni aggiustamenti di comparabilità;
- nell'analisi delle parti coinvolte nella transazione finanziaria, sarà necessario valutare accuratamente se il *borrower* abbia conservato la propria capacità di rimborso del prestito o se, al contrario, l'impatto della pandemia sia stato tale da renderlo insolubile, circostanza per la quale si renderebbe necessaria una riclassificazione del prestito in apporto di capitale;
- i contratti di finanziamento sottoscritti dovranno essere aggiornati per tenere conto delle nuove condizioni del rapporto tra le parti ed eventualmente ricalcolare il corretto tasso di interesse, al fine di renderlo conforme al principio di libera concorrenza, quantomeno fino al cessare della situazione di emergenza.

Inoltre, date le condizioni attuali del contesto economico, le imprese potrebbero optare per la concessione di finanziamenti gratuiti, sollevando nuovamente la questione sulla legittimità dei prestiti infruttiferi discussa al paragrafo 3.1.4. Infine, a seguito della generale crisi di liquidità, aumenterà il ricorso a prestiti bancari e questo potrebbe comportare un incremento del rilascio di garanzie da parte delle *parent companies* a favore delle proprie consociate. In maniera simile, all'interno dei gruppi societari, potrebbero essere definiti nuovi accordi di *cash pooling* per consentire una più efficiente gestione e distribuzione della finanza di gruppo.

4.1.4 Compensating adjustments di fine anno

All'interno dei gruppi multinazionali la decisione di effettuare rettifiche sui prezzi di trasferimento rientra nella normale amministrazione delle politiche *intercompany*, al fine di allineare i componenti di reddito generati nei rapporti infragruppo ai valori conformi al principio di libera concorrenza. Tali aggiustamenti possono essere

effettuati in corso d'anno ma generalmente vengono realizzati in prossimità della chiusura del bilancio, quando i reparti amministrativi delle società dispongono del quadro completo delle transazioni intercorse e di maggiori informazioni provenienti dal mercato. Ancora, queste eventuali compensazioni possono avere carattere ordinario, in quanto previste a priori sulla base di specifici accordi definiti tra le parti, oppure avere carattere eccezionale, in quanto frutto di operazioni straordinarie⁴⁷⁹. Il tema degli aggiustamenti di prezzo diventa di estrema attualità in un contesto di crisi come quello attuale, che impone alle società di valutare in maniera accurata tali rettifiche, affinché continuino a rispettare il principio dell'*arm's length* e siano conformi all'intervallo di valori desunto dall'analisi di comparabilità. In tal senso, le Linee Guida OCSE si esprimono sul punto affermando che gli aggiustamenti di prezzo sono consentiti nel momento in cui permettono al gruppo di ricomprendere all'interno del range interquartile i margini *intercompany* conseguiti e di determinare correttamente la base imponibile⁴⁸⁰. Tuttavia, a livello nazionale, sia l'orientamento della giurisprudenza che la prassi dell'Agenzia delle Entrate non chiariscono in modo univoco le modalità attraverso le quali gestire gli aggiustamenti e quali siano i margini di manovra concessi alle società. In particolare, non esistono indicazioni precise da parte dell'amministrazione finanziaria in merito al momento corretto in cui effettuare gli aggiustamenti (se in corso d'anno o alla fine dello stesso) e a quale sia il valore ritenuto conforme al principio di libera concorrenza⁴⁸¹. È pur vero che l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto che gli aggiustamenti di prezzo di fine anno siano da ritenersi esclusi dall'ambito di applicazione dell'IVA qualora non sia presente un legame diretto

⁴⁷⁹ Come ad esempio le operazioni di ristrutturazione aziendale commentate nel paragrafo 4.1.2.

⁴⁸⁰ "Thus, for the purpose of lodging a correct tax return, a taxpayer would be permitted to make a compensating adjustment that would record the difference between the arm's length price and the actual price recorded in its books and records" in OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. IV, p. 184.

⁴⁸¹ Si è già discusso di questo tema nel corso del primo capitolo, evidenziando come non ci sia uniformità di opinioni sulla definizione di "range di valori conformi al principio di libera concorrenza" e se quest'ultimo individui un unico valore (la mediana) o un intervallo più o meno ampio di valori (range interquartile). Cfr. paragrafo 1.2.3 dell'elaborato.

con le operazioni infragruppo realizzate⁴⁸². Per quanto riguarda invece le pronunce dei giudici di legittimità, questi sembrano aver disconosciuto la possibilità di effettuare rettifiche che comportino la deduzione di maggiori costi, vincolando la conformità o meno all'*arm's length principle* sulla base dei prezzi stabiliti *ex ante*⁴⁸³. L'impostazione dettata dalla Corte di Cassazione è stata criticata in quanto gli aggiustamenti di prezzo non rappresentano manovre elusive bensì manovre volte a garantire il rispetto del principio di libera concorrenza, e perché trattasi di una prassi consolidata nelle aziende, riconosciuta dall'OCSE, e che per questioni legate alle informazioni a disposizione degli operatori deve essere effettuata *ex post*, non potendosi prevedere a priori la totalità delle dinamiche del contesto di mercato in cui opera un'azienda⁴⁸⁴.

Si ricorda, inoltre, che la norma contenuta nell'art. 110, comma 7, TUIR, prevede un regime asimmetrico per le rettifiche ai fini fiscali, in aumento o diminuzione, derivanti dalla non conformità al principio di libera concorrenza dei prezzi di trasferimento, come descritto nel primo capitolo. Nello specifico, le rettifiche dei prezzi operano in modo automatico se da queste ne deriva un aumento della base imponibile, mentre per quanto riguarda il caso opposto il contribuente deve attenersi alle condizioni stabilite nell'art. 31-quater del D.P.R. 600/1973. Ne consegue che per evitare problemi di doppia imposizione nel caso di rettifiche in aumento, o di soddisfacimento delle

⁴⁸² AVOLIO D., RAVERA M., *La disciplina IVA dei transfer pricing adjustments nella prassi dell'Agenzia delle Entrate*, in *Il fisco*, 5/2019, p. 449. Cfr. anche AVOLIO D., RAVERA M., SANTACROCE B., *Irrilevanti ai fini dell'IVA i transfer pricing adjustments*, in *Il fisco*, 13/2018, pp. 1232 e ss.).

⁴⁸³ Corte di Cassazione, sentenza 07/11/2018 n. 28337 e 28338. In particolare, al par. 2.3 della sentenza n. 28338 si legge *"Ne deriva, dunque, che il giudice d'appello, nel valutare la congruità dei trasferimenti, ossia se essi avvenivano ad un prezzo normale, non ha tenuto conto che l'asserita normalità avveniva non in una condizione di concorrenzialità, in assenza di alcun adeguato correttivo, ed ha applicato, in realtà, un criterio di normalizzazione "a posteriori", avendo ritenuto il prezzo "normale" in forza non della sua rispondenza ai criteri di legge ma perché esso è stato integrato, successivamente, con versamenti delle società estere. Va ribadito, del resto, che per la consolidata giurisprudenza "il "valore normale" dei corrispettivi [...] deve essere desunto da una comparazione fortemente contestualizzata sotto il profilo qualitativo, commerciale, temporale e locale"*.

⁴⁸⁴ AVOLIO D., DEVALLE A., *Transfer pricing adjustments, regime fiscale e contabilizzazione in bilancio*, in *Il fisco*, 7/2021, pp. 665 e ss. (Cfr. anche CASTOLDI A., ABBAMONDI I., *Transfer pricing e aggiustamenti di fine esercizio: la posizione della Corte di Cassazione in due recenti sentenze*, in *Fiscaltà & Commercio Internazionale*, 3/2019, pp. 12 e ss.).

condizioni stabilite dall'art. 31-quater, all'interno dei gruppi multinazionali conviene contabilizzare direttamente in bilancio gli aggiustamenti di gruppo al fine di definire correttamente gli utili operativi in capo alle singole società, anticipando eventuali verifiche fiscali o correzioni a posteriori (ad esempio in sede di predisposizione della dichiarazione annuale dei redditi)⁴⁸⁵.

A fare da cornice alle regole nazionali, sono presenti le indicazioni della Commissione UE e più precisamente del Joint Transfer Pricing Forum (JTUE) in tema di *compensating adjustments*. In particolare, il JTUE invita i singoli Paesi ad accogliere le rettifiche di transfer pricing qualora siano presenti le seguenti condizioni⁴⁸⁶:

- il contribuente ha condotto un'analisi di comparabilità prima di effettuare le transazioni e ne ha dato evidenza all'interno della documentazione sui prezzi di trasferimento;
- gli aggiustamenti avvengono in maniera simmetrica tra le società coinvolte;
- tale approccio risulta applicato in modo coerente nel corso del tempo;
- le rettifiche vengono effettuate prima dell'invio della dichiarazione dei redditi;
- qualora uno degli Stati membri coinvolti lo richieda, il contribuente deve essere in grado di motivare per quale/i ragione/i le previsioni fatte non abbiano trovato successivo riscontro nella pratica.

Nel contesto attuale diventa pertanto cruciale documentare se le compensazioni siano dettate dalla necessità di assicurare un'adeguata redditività ad alcune entità del gruppo che potrebbero incorrere in grosse perdite e se siano comunque in linea con le condizioni stabilite dal mercato. Inoltre, l'approccio utilizzato all'interno del gruppo dev'essere lineare con le decisioni pregresse e ben motivato in base alle circostanze del caso. In alternativa, le imprese potrebbero ricorrere ad una revisione della *transfer*

⁴⁸⁵ AVOLIO D., DEVALLE A., *Transfer pricing adjustments, regime fiscale e contabilizzazione in bilancio*, in *Il fisco*, 7/2021, pp. 665 e ss. All'interno dell'articolo gli autori trattano anche il tema della corretta contabilizzazione in bilancio degli aggiustamenti di prezzo, per i quali va seguito il principio di competenza, e si ritiene opportuno ne venga data adeguata informativa all'interno della nota integrativa.

⁴⁸⁶ EU JTUE, *Report on compensating adjustments*, Gennaio 2014, Bruxelles, par. 4.2, p. 4.

pricing policy per riflettere le mutate condizioni di mercato documentando le nuove politiche e i nuovi accordi con le consociate estere.

4.2 Linee Guida OCSE: impatto del COVID sul transfer pricing

4.2.1 Analisi di comparabilità

Gli argomenti in precedenza trattati nel capitolo non sono presenti tra quelli analizzati dall'OCSE all'interno del documento pubblicato il 18 dicembre 2020⁴⁸⁷, incentrato sugli effetti della pandemia sulle politiche di transfer pricing⁴⁸⁸. In questo paragrafo verranno pertanto analizzate le indicazioni fornite in merito ad alcune specifiche tematiche relative ai rapporti infragruppo, a partire dalle modalità attraverso le quali svolgere le analisi di *benchmark*.

Come detto, le dinamiche dei mercati sono state stravolte dagli effetti negativi della pandemia comportando per la maggior parte degli imprenditori la necessità di rivedere i propri modelli di *business* al fine di salvaguardare parte della redditività. Dal punto di vista delle analisi di transfer pricing, il cambiamento nel *modus operandi* interno, o comunque sia il cambiamento del contesto operativo esterno, dev'essere opportunamente descritto all'interno dei documenti di transfer pricing in corrispondenza dell'analisi dei cinque fattori di comparabilità nei quali, peraltro, si fa preciso riferimento alle strategie di *business* e alle circostanze economiche⁴⁸⁹. L'analisi preliminare consentirà al contribuente di individuare il mercato di riferimento più adeguato in modo tale da costruire la migliore base di *benchmark* possibile. In tal senso le informazioni dovranno essere quanto più attuali possibili per assicurare un elevato grado di affidabilità nella scelta dei soggetti comparabili. Sul punto, lo *standard setter* propone una serie di azioni per ovviare alle difficoltà nella raccolta di

⁴⁸⁷ Eccezion fatta per il tema degli aggiustamenti di prezzo che, tuttavia, sono solamente accennati e non trattati in modo approfondito con riguardo alle modalità di esecuzione.

⁴⁸⁸ OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020.

⁴⁸⁹ ORLANDI A., IERVOLINO R., *Guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento e COVID-19*, in Rivista telematica di diritto tributario, aprile 2021.

informazioni affidabili ed esaustive durante il periodo di crisi, quali⁴⁹⁰:

- l'analisi delle variazioni dei volumi di vendita rispetto al periodo pre-Covid della *tested party* e del set di società comparabili;
- l'esame di eventuali costi di natura eccezionale sopportati dalla parte testata;
- la quantificazione del supporto dei governi alle imprese del gruppo e le modalità attraverso le quali sono stati ricevuti i sussidi;
- l'analisi trimestrale dell'andamento economico al fine di identificare trend di declino e ripresa paragonabili a soggetti indipendenti sul mercato, sempre che sia possibile operare una suddivisione del conto economico dei *comparables*;
- la raccolta di dati macroeconomici, come l'andamento del PIL nei vari Paesi;
- l'utilizzo di metodi statistici per quantificare l'impatto della crisi sui risultati economici o l'osservazione degli effetti negativi causati da precedenti periodi di recessione⁴⁹¹.

La bontà delle informazioni raccolte dagli operatori dipenderà anche dalla loro disponibilità presso le banche dati pubbliche e dalla metodologia utilizzata. Al riguardo l'utilizzo di dati interni relativi a transazioni effettuate con i terzi potrebbe consentire di individuare tempestivamente gli effetti della crisi sulle transazioni, facendo propendere per l'utilizzo del metodo del CUP interno⁴⁹². Risulta invece complicato l'utilizzo del TNMM, che si basa sull'analisi dei margini operativi delle società indipendenti, e le cui informazioni sull'andamento economico nel corso del 2020 sono disponibili in ritardo rispetto al momento in cui le società del gruppo devono definire

⁴⁹⁰ OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 11, pp. 5 – 6.

⁴⁹¹ Sul questo punto, però, si suggerisce di prestare attenzione nell'utilizzo di dati relativi a precedenti periodi di crisi in quanto "A comparability analysis that is solely based on financial information from the global financial crisis 2008/2009 would raise significant concerns [...] given the unique and unprecedented nature of the COVID-19 pandemic and its effect on economic conditions" (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 25, p. 9).

⁴⁹² VENTURI F., *op. cit.*, p. 12. Anche se l'autore non li cita, seguendo la logica secondo la quale l'utilizzo di dati interni all'azienda è preferibile in periodi di grande incertezza, sia il metodo CPM interno che il RPM interno possono essere considerati tecniche adeguate per sopperire alla mancanza di informazioni sul mercato.

gli accordi *intercompany* per chiudere in modo corretto il proprio bilancio. All'interno della guida OCSE viene rimarcata la difficoltà di applicazione di tale metodo, in quanto si dovrebbero utilizzare dati di precedenti annualità le quali non sono gravate dagli effetti distorsivi della pandemia; tuttavia, si evidenzia che per l'esercizio 2020 *"a long term arrangement covering FY 2019 through FY 2022 may be in place, including an arm's length price based on comparables contemporaneous with the negotiation of the arrangement, that insulates the tested party from risks that the tested party does not assume like those that play out during the pandemic"*⁴⁹³. Tale previsione consentirebbe pertanto di mitigare i rischi sopportati nel corso della pandemia facendo affidamento su condizioni stabilite a priori, utilizzando dati di annualità precedenti (2019) e dati previsionali che ipotizzano una gestione operativa che non risente degli effetti della crisi. Ulteriori soluzioni di natura pratica adottabili dal contribuente riguardano:

- l'utilizzo di più metodi per conferire maggiore sostanza ai risultati ottenuti⁴⁹⁴;
- una revisione del set di soggetti comparabili sui quali si è fatto affidamento nelle precedenti annualità⁴⁹⁵;
- l'inclusione di soggetti comparabili in perdita⁴⁹⁶;
- la possibilità di operare aggiustamenti di prezzo retroattivi in sede di dichiarazione dei redditi, in modo tale da consentire al contribuente di disporre di informazioni più attendibili sulla conformità dei prezzi stabiliti infragruppo⁴⁹⁷.

⁴⁹³ OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 17, p. 7.

⁴⁹⁴ *"In the specific circumstances of the COVID-19 pandemic, the application of more than one transfer pricing method may be useful to corroborate the arm's length price of a controlled transaction"* (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 24, p. 9).

⁴⁹⁵ *"[...] it may be necessary to review the suitability of these existing comparables and potentially in some cases, it may be useful to revise the set, based on updated search criteria"* (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 31, p. 11).

⁴⁹⁶ *"[...] when performing a comparability analysis for FY 2020, it may be appropriate to include loss-making comparables when the accurate delineation of the transaction indicates that those comparables are reliable"* (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 33, p. 11).

⁴⁹⁷ *"One potential solution to the uncertainty caused by the COVID-19 pandemic would be to allow for the inclusion of price adjustment mechanisms in controlled transactions"* (OECD, *Guidance on transfer*

Ad ogni modo, le indicazioni dell'OCSE non sono rivolte solamente ai contribuenti, ma anche alle amministrazioni finanziarie. Nei confronti di quest'ultime lo *standard setter* si rivolge auspicando un certo grado di flessibilità con riguardo alle verifiche fiscali relative al periodo d'imposta 2020, suggerendo la concessione di deroghe ai contribuenti date le circostanze eccezionali del momento⁴⁹⁸. Nel corso della pandemia le attività ispettive del Fisco hanno subito un brusco rallentamento in seguito alle decisioni prese dal governo in risposta alla situazione emergenziale⁴⁹⁹. Generalmente, però, è proprio nei periodi di crisi che l'attività delle amministrazioni nazionali si fa più intensa, con particolare attenzione nei confronti delle politiche sui prezzi di trasferimento, al fine di verificare che le perdite eventualmente conseguite siano effettivamente frutto del periodo di difficoltà e non siano generate *ad hoc* attraverso manipolazioni dei prezzi *intercompany*⁵⁰⁰. Tuttavia, data la grande incertezza che caratterizza lo scenario attuale, le Amministrazioni fiscali dovranno tener conto delle difficoltà riscontrate dai contribuenti nello svolgimento delle analisi di *benchmark* e collaborare con gli stessi per valutare se i risultati ottenuti possano considerarsi in ogni caso conformi al principio di libera concorrenza nonostante il contesto macroeconomico⁵⁰¹.

4.2.2 Perdite e allocazione dei costi nei gruppi multinazionali

I risultati negativi fatti registrare dalla maggior parte delle imprese nel corso del 2020 sono attribuibili non solo all'importante calo di fatturato dovuto alla crisi economica

pricing implications of the COVID-19 pandemic, 18 dicembre 2020, par. 30, p. 10).

⁴⁹⁸ "Tax administrations could provide flexibility to allow amendments to FY 2020 tax returns such that transfer prices are set on an arm's length basis and using available information" (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 23, p. 8).

⁴⁹⁹ VALENTE P., *Coronavirus: strategie nel transfer pricing e nella governance fiscale*, in *Il fisco*, 14/2020, p. 1364.

⁵⁰⁰ VALENTE P., *Transfer pricing policy in periodi di recessione economica*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 12/2012, p. 36.

⁵⁰¹ VALENTE P., *Coronavirus: strategie nel transfer pricing e nella governance fiscale*, in *Il fisco*, 14/2020, p. 1365.

ma anche alla necessità di far fronte a costi di natura eccezionale⁵⁰². Di conseguenza si rende necessario determinare quali debbano essere le entità che debbano farsi carico di questi specifici costi e quale possa essere la corretta redistribuzione delle perdite di gruppo. Il punto di partenza è sempre l'analisi delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati da un'impresa, sulla base della quale viene determinata la corretta attribuzione del risultato ad essa spettante, sia che si tratti di un utile o di una perdita⁵⁰³. L'allocazione dei costi deve in ogni caso riflettere la condotta di terze parti indipendenti a condizioni di mercato. Inoltre, è necessario tenere in considerazione che in alcune circostanze l'eccezionalità dei costi potrebbe rientrare nella normale operatività di un'azienda qualora le spese si riferiscano a cambiamenti permanenti e a lungo termine⁵⁰⁴. Oltretutto, ai fini dell'analisi di comparabilità è necessario escludere dal calcolo del *Profit Level Indicator* (PLI) i costi ritenuti di natura eccezionale, ma lo stesso approccio deve essere utilizzato anche per le società comparabili, per le quali però potrebbero non essere disponibili informazioni precise ed attendibili a riguardo⁵⁰⁵.

⁵⁰² Tra questi troviamo ad esempio la spesa per l'acquisto di dispositivi di protezione individuale (DPI), i costi per la messa in sicurezza dei luoghi di lavoro e gli investimenti nelle infrastrutture IT per consentire lo *smart working* (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 47, p. 15).

⁵⁰³ “[...] *the allocation of risks assumed between the parties to the arrangement affects how profits or losses resulting from the transaction are allocated at arm’s length through the pricing of the transaction*” (OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. I, p. 53).

⁵⁰⁴ Allo stesso le imprese potrebbero aver risparmiato sulle spese per trasferte o di affitto; pertanto il contribuente deve analizzare accuratamente se i costi sostenuti nel corso dell'esercizio 2020 siano di natura eccezionale o debbano essere trattati come costi operativi. (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 49, p. 16). Per quanto riguarda i costi risparmiati dalle imprese, si evidenzia ad esempio la deroga concessa dal governo italiano, per dare sostegno alle imprese in difficoltà, che prevede la possibilità di sospendere l'ammortamento delle immobilizzazioni materiali ed immateriali (art. 60, commi 7-bis e 7-quinquies del decreto “Agosto” convertito con modifiche dalla Legge n. 126/2020).

⁵⁰⁵ “*The exclusion of exceptional costs must be done consistently at the level of the tested party and the comparables to ensure a reliable outcome, noting that the availability of this information may be limited*” (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 52, p. 16).

Ad ogni modo, la pandemia ha colpito in maniera trasversale l'intera economia globale e i rischi ad essa correlati sono difficilmente controllabili dalle singole entità, anche a causa della sua evoluzione incerta: si può dunque ritenere che gli effetti negativi della crisi debbano essere sopportati dall'intero gruppo e redistribuiti lungo l'intera *value chain*⁵⁰⁶. Diventa quindi cruciale capire se anche le società che non sopportano elevati rischi possano farsi carico dei risultati negativi date le circostanze del caso. Accade sovente che all'interno dei gruppi multinazionali siano presenti entità che svolgono funzioni routinarie remunerate con un margine limitato e fissato a priori tramite l'applicazione del metodo TNMM⁵⁰⁷. A tal proposito, tra i temi discussi nella Guida OCSE è presente anche il trattamento da riservare alle entità a basso rischio, definite come imprese con un livello di funzioni svolte e rischi assunti relativamente basso⁵⁰⁸. L'interrogativo che si pone lo *standard setter* riguarda proprio la possibilità che a questa tipologia di società possa essere attribuita parte del risultato negativo di gruppo, in quanto in condizioni di normale operatività ci si attende che le stesse non possano subire perdite per periodi di tempo prolungati⁵⁰⁹. La previsione contenuta nelle Linee Guida 2017 sembrerebbe non pregiudicare la possibilità che nel breve periodo le *limited-risk entities* possano generare dei risultati negativi. Ciò che è certo, e viene anche sottolineato nella più recente Guida, è che le entità a basso rischio potranno farsi carico soltanto delle perdite connesse a rischi effettivamente assunti⁵¹⁰. Di conseguenza, anche le amministrazioni fiscali dovranno prestare attenzione ad

⁵⁰⁶ BELLINI M., IERVOLINO R., *Transfer pricing e COVID-19. Trattamento delle entità a rischio limitato nelle analisi di benchmark*, in Rivista telematica di diritto tributario, ottobre 2020, p. 594.

⁵⁰⁷ AVOLIO D., *Transfer pricing e COVID-19: le possibili soluzioni discusse tra gli operatori*, in Il fisco, 32-33/2020, pp. 3164 e ss.

⁵⁰⁸ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. IX, p. 365.

⁵⁰⁹ "Simple or low risk functions in particular are not expected to generate losses for a long period of time" (OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. III, p. 166).

⁵¹⁰ "However, it will not be appropriate for a "limited-risk" distributor that does not assume any marketplace risk or another specific risk to bear a portion of the loss associated with the playing out of that risk" (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 40, p. 14).

eventuali modifiche dei rapporti infragruppo, non giustificate da operazioni di ristrutturazione aziendale, che prevedano lo spostamento di rischi assunti e funzioni svolte propedeutici ad una redistribuzione dei risultati più congeniale agli interessi del gruppo, ma non in linea né con le condizioni di mercato né con le condizioni storiche degli accordi *intercompany*⁵¹¹.

Da ultimo, la Guida tratta il tema delle clausole di forza maggiore che possono essere presenti all'interno dei contratti *intercompany*. Innanzitutto, il documento non fornisce alcuna definizione di "forza maggiore" limitandosi a commentare se queste clausole possano essere invocate a causa della pandemia, con quali modalità e quali siano gli effetti ai fini del transfer pricing⁵¹². Nello specifico, per poter considerare questo tipo di clausole applicabili negli accordi *intercompany* è necessario appurare⁵¹³:

- se la clausola è presente all'interno degli accordi stipulati e quali siano le condizioni inserite nel contratto al verificarsi delle quali è possibile la sua attivazione;
- se sia possibile rinegoziare i contratti sulla base della condotta delle parti nel caso in cui non siano previste tali clausole;
- se le conseguenze negative derivanti dalla pandemia possano effettivamente considerarsi cause di forza maggiore.

4.2.3 Gestione degli Advanced Pricing Agreement

Il mutamento delle condizioni di mercato causato dalla diffusione del Coronavirus ha avuto impatti anche sull'applicazione e la negoziazione degli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento (APA). Le situazioni che si possono presentare sono due:

⁵¹¹ "[...] tax administrations should carefully consider the commercial rationale for any purported change in the risks assumed by a party before and after the outbreak of COVID-19. [...] In general, consideration should be given to whether a taxpayer is taking inconsistent positions pre- and postpandemic and, if so, whether either position is consistent with the accurate delineation of the transaction" (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 41, p. 14).

⁵¹² AVOLIO D., DE ANGELIS E., *Le guidance OCSE sugli effetti della pandemia COVID-19 per le policy di transfer pricing*, in *Il fisco*, 10/2021, pp. 949 e ss.

⁵¹³ OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 57, p. 18).

- Il contribuente ha già concluso con l'amministrazione fiscale, prima dell'esercizio 2020, un accordo preventivo;
- Il contribuente ha avviato le negoziazioni con l'amministrazione finanziaria locale nel corso dell'esercizio 2020.

Nel primo caso l'accordo stabilisce delle condizioni di operatività che non sono allineate con le mutate caratteristiche del mercato, sia per quanto riguarda l'esercizio 2020 sia per gli esercizi successivi che risentiranno degli effetti della crisi, qualora l'accordo rimanga in vigore. Dopotutto, nel momento in cui venivano chiusi i negoziati, non era possibile preventivare le conseguenze della crisi. L'obiettivo degli APA è quello di determinare a priori le condizioni a cui vengono eseguite le transazioni infragruppo e, pertanto, l'interrogativo principale attiene alla possibilità o meno di disattendere gli accordi raggiunti con il Fisco. Sul punto, la Guida OCSE afferma che i termini dell'accordo devono essere rispettati, a meno che non venga meno una delle assunzioni critiche alla base dell'accordo stesso, con la sua conseguente cancellazione o revisione⁵¹⁴. L'impatto del COVID-19 non è stato il medesimo per tutte le imprese e dunque la possibile modifica dell'accordo dev'essere valutata caso per caso da entrambe le parti, con la precisazione che qualora il contribuente ritenga che le condizioni stabilite non siano più applicabili deve prima rivolgersi all'amministrazione finanziaria per poter deviare dai termini concordati⁵¹⁵. A tal punto, il contribuente dovrebbe adoperarsi per documentare le ragioni che lo portano a ritenere non più applicabile l'accordo in vigore, attraverso⁵¹⁶:

- la descrizione delle entità del gruppo e delle operazioni coperte dall'accordo;

⁵¹⁴ OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 90, p. 25.

⁵¹⁵ "If taxpayers believe that the terms of the APA are no longer appropriate, they should not seek unilaterally to breach critical assumptions deliberately or fail to comply with the terms or conditions of the APA and [...] they should approach the relevant tax administration in a transparent way to discuss their concerns" (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 90, p. 25).

⁵¹⁶ OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 104, p. 28.

- il confronto dei risultati economici previsionali e a consuntivo delle annualità impattate dalla pandemia;
- la descrizione delle modifiche avvenute agli accordi tra le imprese associate che riguardano le transazioni ricomprese nell'accordo;
- la spiegazione degli effetti della crisi sulla metodologia di determinazione dei prezzi concordata tramite l'APA;
- la predisposizione di un conto economico gestionale che includa le principali voci di costi e ricavi per gli anni coperti dall'accordo con evidenza delle variazioni avvenute;
- informazioni relative al comportamento di parti indipendenti.

L'aspetto più importante riguarda lo spirito collaborativo del contribuente nei confronti dell'amministrazione finanziaria, sia in riferimento alla bontà e la quantità delle informazioni fornite, sia con riferimento alle tempistiche con cui le stesse vengono comunicate⁵¹⁷.

Per quanto riguarda invece il secondo caso, in cui la fase di negoziazione è ancora in corso, le trattative risentono fortemente della crisi economica e questo potrebbe indurre le parti coinvolte a rinunciare alla ricerca di un accordo, data la forte incertezza che caratterizza lo scenario futuro. Le parti sono comunque incoraggiate a mantenere un certo grado di flessibilità al fine di pervenire ad un accordo, in quanto la validità dello strumento nell'assicurare la c.d. *tax certainty* rimane fuori discussione. Ad esempio, potrebbero essere previste condizioni specifiche per i periodi caratterizzati dalla crisi e termini differenti nel momento in cui l'impresa tornerà alla normale operatività; oppure, potrebbe essere prevista una clausola che consenta di revisionare i termini concordati su base annuale in ragione dell'andamento economico del soggetto contribuente, sfruttando anche la possibilità di fare affidamento su una

⁵¹⁷ "When engaging with tax administrations, it is important that taxpayers are transparent and disclose all relevant information in a timely manner" (OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 105, p. 29).

maggior quantità di dati e informazioni a consuntivo⁵¹⁸.

A livello nazionale, va inoltre segnalata la decisione del governo italiano di sospendere i termini per le istanze di accordo preventivo presentate dalle imprese con attività internazionale, disposta dall'art. 67 del D.L. 18/2020⁵¹⁹. In particolare, come chiarito con la Circolare 7/E dell'Agenzia delle Entrate, sono stati sospesi i termini delle procedure ancora pendenti alla data dell'8 marzo fino al 31 maggio 2020⁵²⁰.

⁵¹⁸ OECD, *Guidance on transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 18 dicembre 2020, par. 109, p. 30.

⁵¹⁹ Decreto-Legge n. 18 del 17 marzo 2020 ("Decreto Cura Italia").

⁵²⁰ Circolare dell'Agenzia delle Entrate, n. 7/E, punto 1. Oltre alla sospensione dei termini per la definizione degli accordi preventivi ex art. 31-ter D.P.R. 600/1973, sono state disposte le sospensioni dei termini per le rettifiche in diminuzione del reddito ex art. 31-quater D.P.R. 600/1973 e delle procedure di accordo preventivo finalizzate alla determinazione del reddito agevolabile ai fini del Patent Box.

Conclusioni

La diversità dei temi trattati nell'elaborato è emblematica nell'evidenziare la complessità e l'ampiezza della materia del transfer pricing. Come sottolineato all'interno delle Linee Guida OCSE, *"il transfer pricing non è una scienza esatta"*, ma è frutto di valutazioni congiunte, talvolta contrastanti, di contribuenti ed amministrazioni fiscali⁵²¹. E non potrebbe essere altrimenti, considerando la natura prettamente negoziale dell'istituto, basata sì sullo scambio tra imprese associate che perseguono un interesse comune, ma comunque funzionale alla ricerca del massimo profitto globale per l'intero gruppo. Come osservato nei vari capitoli, la volontà delle istituzioni è quella di dettare delle regole che mirino a salvaguardare l'equa contribuzione alle spese pubbliche, onde prevenire fenomeni di arbitraggio fiscale che conferiscono un vantaggio competitivo a società appartenenti a gruppi multinazionali rispetto alle società indipendenti. Giova sottolineare che la ratio della normativa sui prezzi di trasferimento è rappresentata dalla volontà di assicurare la corretta ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati e a tal fine sono state predisposte delle linee guida per assicurare che ciò avvenga nel rispetto delle norme tributarie.

L'evoluzione recente dei modelli di *business*, la dematerializzazione dei fattori produttivi e la crisi generata dalla diffusione del Coronavirus sono le sfide che hanno interessato da vicino la disciplina in commento. Seppur con un certo ritardo, le principali istituzioni si sono attivate per adeguare la materia al mutato contesto economico e alle nuove esigenze di *tax certainty* degli operatori. Allo stesso tempo aumenta l'attenzione rivolta dalle amministrazioni fiscali nei confronti delle attività dei gruppi multinazionali ai quali vengono richiesti sforzi sempre maggiori per soddisfare i requisiti di *compliance* fiscale. L'aggiornamento operato dall'Agenzia delle Entrate con il Provvedimento 360494, che fa seguito al D.M. del 14 maggio 2018, prosegue il percorso di adeguamento della disciplina italiana alle direttive dell'OCSE e di fatto

⁵²¹ OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017, Cap. I, p. 38.

complica l'attività degli operatori, in un periodo storico nel quale le imprese sono già pesantemente sotto stress a causa delle difficoltà economiche. Nel momento in cui vengono scritte queste considerazioni, l'amministrazione finanziaria, nonostante le sollecitazioni di gran parte della dottrina, non ha fatto seguito alle nuove indicazioni in materia di *transfer pricing documentation* lasciando aperti diversi interrogativi tra gli operatori, come è stato osservato nel primo capitolo. In ogni caso, ciò che emerge chiaramente è la volontà - in primis del legislatore italiano e in secondo piano dell'amministrazione finanziaria - di sposare a pieno le linee guida dettate dall'OCSE sull'argomento. L'avvicinamento della normativa italiana agli standard internazionali rientra anche nel più ampio progetto globale volto a favorire la trasparenza fiscale tra gli Stati. La reportistica in tema di fiscalità internazionale ha subito diversi aggiornamenti nel corso degli ultimi anni (ad esempio con l'introduzione per il transfer pricing del *Country by Country Report*). Nel contempo l'Unione Europea si sta adeguando alla volontà emersa con il Progetto BEPS di creare un meccanismo per la trasmissione obbligatoria ed automatica di dati ed informazioni relative ad operazioni transfrontaliere, attraverso un percorso iniziato già nel 2011 con la pubblicazione della Direttiva DAC 1⁵²². Tale Direttiva costituisce la prima emanazione di una serie di altre direttive che si sono succedute nel corso degli anni (fino ad arrivare alla DAC 7 come osservato nel quarto capitolo) che hanno permesso di aggiornare la struttura sovranazionale funzionale allo scambio di informazioni finanziarie e in materia di imposte dirette. Si può quindi ritenere che l'adeguamento ai principi comunitari, oltre a costituire una condotta intelligente delle nostre istituzioni, rappresenti anche una modalità per continuare a far parte del meccanismo globale di cooperazione in ambito fiscale, che un po' alla volta si sta delineando e sta iniziando a dare i suoi frutti. Più nello specifico dell'argomento transfer pricing, l'attenzione riservata alle questioni legate alle risorse intangibili continua a tenere banco in queste settimane, con le discussioni relative alla tassazione delle grandi multinazionali del web che nel corso

⁵²² Direttiva 2011/16/UE del Consiglio dell'Unione Europea del 15 febbraio 2011.

degli anni sono riuscite a sfruttare la gestione *ad hoc* di risorse intangibili per spostare le proprie basi imponibili in giurisdizioni fiscali più vantaggiose. In egual modo la gestione delle risorse finanziarie rappresenta una delle tematiche al centro della stesura dei nuovi documenti, anche in ragione della necessità di far fronte alla grande carenza di liquidità che ha colpito molte imprese, in ogni parte del mondo.

Si può affermare che gli aggiornamenti normativi nell'ambito della fiscalità internazionale sono spesso dettati dall'emersione di nuove sfide generate da problematiche connesse all'elusione d'imposta. Simultaneamente le grandi multinazionali perseguono il proprio interesse, ossia la massima creazione del valore per la proprietà, ritoccando costantemente le proprie strategie per ridurre il carico tributario. La pandemia ha intensificato il ricorso allo *smart working*, che in alcuni casi è stato definitivamente implementato nonostante l'adozione di misure volte a contenere il virus per i lavoratori in presenza. Tale fattispecie potrebbe generare nuovi problemi di collegamento tra la creazione del valore e la potestà impositiva di uno Stato, in quanto il sempre più intenso ricorso alle piattaforme digitali abbatte le distanze ed elimina i confini geografici. La sfida dell'OCSE è proprio incentrata sulla ricerca di parametri che consentano di individuare in maniera netta ed inequivocabile in quale giurisdizione si collochi la fattispecie impositiva e sulla ricerca di meccanismi che consentano di monitorare gli spostamenti della ricchezza. In merito a ciò, la Commissione Europea, già nel 2011, aveva proposto l'introduzione di una *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB) che sarebbe dovuta servire a determinare un'unica base imponibile per le imprese multinazionali operanti negli Stati dell'Unione Europea. La proposta, inizialmente tramontata, è poi stata ripresa in seguito alla stesura dell'Action Plan del Progetto BEPS. Ad oggi tale soluzione non è ancora stata implementata a causa della difficoltà nel trovare un accordo comune tra le nazioni, ma la stessa continua ad essere oggetto di discussione e la sua adozione potrebbe comportare notevoli ripercussioni per quanto riguarda il tema dei prezzi di trasferimento, in quanto andrebbe a limitare notevolmente la pianificazione fiscale aggressiva di alcune multinazionali.

Conclusioni

Fino ad ora il principio dell'*arm's length* ha rappresentato il perno attorno al quale ha ruotato la disciplina del transfer pricing. Staremo a vedere se l'evoluzione dell'economia e le conseguenze del Covid sullo scenario globale non costringeranno a ripensare nuovamente l'istituto, abbandonando il principio di libera concorrenza, o se anche in questa occasione l'*arm's length principle* reggerà l'urto dei cambiamenti dello scenario globale.

Riferimenti Bibliografici

Dottrina

AA.VV., *Tools used by countries to counteract aggressive tax planning in light of transparency*, in Intertax, Volume 46, Issue 2, 2018;

ALBANO A., GNUDI M., *Prime osservazioni sulla nuova disciplina della documentazione in materia di transfer pricing nell'ottica del principio di proporzionalità: contenuti e forme per il riconoscimento della penalty protection dopo il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020*, in Rivista telematica di diritto tributario, 2021;

ALBANO A., STELLACCI P., *Riflessioni sui profili procedurali in materia di transfer pricing dopo il D.L. n. 78/2010*, in Il fisco, 40/2010;

ALSAMAWI A., CADESTIN C., JAAX A., GUILHOTO J., MIROUDOT S., ZURCHER C., *Returns to intangibles capital in global value chains – new evidence on trends and policy determinants*, OECD trade policy papers n. 240, 2020;

AMATUCCI F., *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'OCSE e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, 1/2015;

ANDREANI G., TUBELLI A., *Libertà di prova per dimostrare che i prestiti dei soci non sono onerosi?*, in Il fisco, 17/2016;

ANDRESEN H.M., PEARSON WOODD N., JORGENSEN M., *ConocoPhillips case: implications in Norway and beyond*, International Transfer Pricing Journal, Volume 17, No. 6, 2010;

ANDRUS J., COLLIER R., *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS*,

Oxford University press, 2017;

ANTONINI M., RONCA P., *Il requisito del controllo nei prezzi di trasferimento*, in Corriere tributario, 32-33/2016;

ASSONIME, *Risposta alla consultazione pubblica sui prezzi di trasferimento*, n. 4/2018;

ASSONIME, *Circolare 14/2020: Il d.l.vo n. 142 del 2018 di recepimento delle cd. Direttive ATAD: la nuova disciplina di deduzione degli interessi passivi*, 8 luglio 2020;

AVOLIO D., *La disciplina nazionale sul transfer pricing si adegua al principio di libera concorrenza*, in Il fisco, 30/2017;

AVOLIO D., *Transfer pricing e COVID-19: le possibili soluzioni discusse tra gli operatori*, in Il fisco, 32-33/2020;

AVOLIO D., *Transfer pricing, finanziamenti infruttiferi e compatibilità tra disciplina interna e comunitaria*, in Il fisco, 44/2020;

AVOLIO D., *L'Agenzia delle Entrate rivede le direttive sugli oneri documentali*, in Il fisco, 2/2021;

AVOLIO D., BOGNANDI S., *Transfer pricing, principio di libera concorrenza e transazioni finanziarie*, in Corriere tributario, 11/2019;

AVOLIO D., BOGNANDI S., *Approvato il report dell'OCSE sulle transazioni finanziarie*, in Il fisco, 12/2020;

AVOLIO D., D'AGOSTINO G., SANTACROCE B., *La cassazione "corregge il tiro" sull'onere della prova in materia di prezzi di trasferimento*, in Corriere tributario, 20/2013;

AVOLIO D., DE ANGELIS E., *Le guidance OCSE sugli effetti della pandemia COVID-19 per le policy di transfer pricing*, in Il fisco, 10/2021;

AVOLIO D., DEVALLE A., *Finanziamenti infruttiferi, costo ammortizzato e transfer*

pricing, in *Il fisco*, 22/2017;

AVOLIO D., DEVALLE A., *Transfer pricing adjustments, regime fiscale e contabilizzazione in bilancio*, in *Il fisco*, 7/2021;

AVOLIO D., RAVERA M., SANTACROCE B., *Irrilevanti ai fini dell'IVA i transfer pricing adjustments*, in *Il fisco*, 13/2018;

AVOLIO D., RAVERA M., *La disciplina IVA dei transfer pricing adjustments nella prassi dell'Agenzia delle Entrate*, in *Il fisco*, 5/2019;

AVOLIO D., SANTACROCE B., *Il transfer pricing nei finanziamenti intercompany*, in *Corriere tributario*, 44/2013;

AVOLIO D., SANTACROCE B., *Legittimità dei finanziamenti infruttiferi e prezzi di trasferimento*, in *Corriere tributario*, 9/2015;

BAGAROTTO E.M., *Transfer pricing e rischi di doppia imposizione internazionale alla luce dell'entrata in vigore delle "Linee Guida"*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2/2019;

BAKER P., *The BEPS project: Disclosure of aggressive tax planning schemes*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 1, 2015;

BAKER P., *International tax in the time of COVID-19*, in *Intertax*, Volume 48, Issue 8-9, 2020;

BAKKER A., *Transfer pricing and business restructuring*, IBFD, Olanda, 2009;

BALLANCIN A., *Natura e ratio della disciplina italiana sui prezzi di trasferimento*, in *Rassegna Tributaria*, 1/2014;

BARGAGLI M., *Finanziamenti infruttiferi e rilevanza ai fini del transfer pricing*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, 4/2016;

BARGAGLI M., *Transfer pricing, controllo societario e onere della prova nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 8-9/2016;

BARRERA R., BUSTAMANTE J., *The Rotten Apple: tax avoidance in Ireland*, in *The International Trade Journal*, Volume 32, Issue 1, 2018;

BARSCHE S.E., *Landmark transfer pricing case on applying the arm's length principle to shareholder loans in Germany*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 12, 2019;

BELLINI M., CERIANA E., *La valenza dell'intervallo ai fini delle rettifiche di transfer pricing*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2020;

BELLINI M., IERVOLINO R., *Transfer pricing e COVID-19. Trattamento delle entità a rischio limitato nelle analisi di benchmark*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, ottobre 2020;

BELOTTI R., QUARANTINI S., *Linee guida al regime della penalty protection nei prezzi di trasferimento*, in *il fisco*, 39/2020;

BELOTTI R., QUARANTINI S., *Il know-how nei prezzi di trasferimento fra parti correlate*, in *Il fisco*, 2/2020;

BIZIOLI G., *Taking the EU fundamental freedoms seriously: does the Anti Tax Avoidance Directive take precedence over the single market?*, in *EC Tax Review*, 3/2017;

BIZIOLI G., BERETTA G., *Italy's tax and fiscal policy measures at the time of the COVID-19 crisis: "tax peanuts" without a new deal*, in *Intertax*, Volume 48, Issue 8-9, 2020;

BONARELLI P., *TP: il Discussion Draft BEPS sull'applicazione del principio di libera concorrenza alle transazioni finanziarie*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 11/2018;

BONEKAMP M., SCHAATSBERGEN N., *Transfer pricing of financial transactions and the impact of COVID-19*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 27, No. 4, 2020;

BORGOGLIO A., *Servizi intercompany deducibili solo se utili*, in *Il fisco*, 33/2014;

BRAUNER Y., *Taxing the digital economy post-BEPS, seriously*, in *Intertax*, Volume 46, Issue 6-7, 2018;

BULLEN A., *Arm's length transactions structures: recognizing and restructuring controlled transaction in transfer pricing*, IBFD, Olanda, 2011;

BUONAMASSA G., GERARDI G., *Interessi passivi da finanziamenti transfrontalieri: le posizioni dell'Agenzia delle Entrate e della giurisprudenza*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 1/2017;

BURKHALTER MARTINEZ N., *BEPS Action 4 and its compatibility with the principle of non-discrimination under article 24(4) of the OECD Model Convention*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 1, 2019;

BURNETT C., *Intra-group debt at the crossroads: stand-alone versus worldwide approach*, in *World Tax Journal*, Volume 6, No. 1, 2014;

CACHIA F., *Analysing the European Commission's final decisions on Apple, Starbucks, Amazon and Fiat Finance & Trade*, in *EC Tax Review*, 1/2017;

CACHIA F., *Aggressive tax planning: an analysis from an EU perspective*, in *EC Tax Review*, 5/2017;

CAPOLUPO S., *Transfer pricing interno: all'elusione subentra l'antieconomicità*, in *Il fisco*, 20/2020;

CARPENTIERI L., *La proposta fiscale dell'amministrazione Biden e l'ambizione di cambiare le regole del gioco: sarà davvero il tramonto del profit shifting delle multinazionali?*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, maggio 2021;

CASTOLDI A., ABBAMONDI I., *Transfer pricing e aggiustamenti di fine esercizio: la posizione della Corte di Cassazione in due recenti sentenze*, in *Fiscalità & Commercio*

Internazionale, 3/2019;

CASTOLDI A., BONARELLI P., MAKRYGIANNIS V., *Operazioni finanziarie e transfer pricing: le nuove regole OCSE*, Milano, 2020;

CENCERRADO MILLAN E., SOLER ROCH M.T., *Limit base erosion via interest deduction and others*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 1, 2017;

CHAND V., *Transfer pricing aspects of cash pooling arrangements in light of the BEPS Action plan*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 23, No. 1, 2016;

CHAND V., *Transfer pricing aspects of intra-group loans in light of the Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 12, 2016;

CHAND V., *Allocation of taxing rights in the digitalized economy: assessment of potential policy solutions and recommendation for a simplified residual profit split method*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 12, 2019;

CNDCEC, *Commento alla consultazione pubblica sui prezzi di trasferimento*, Roma, 20 marzo 2018;

COLLIER R., PIRLOT A., VELLA J., *Tax policy and the COVID-19 crisis*, in *Intertax*, Volume 48, Issue 8-9, 2020;

CORDEIRO GUERRA R., *Diritto tributario internazionale – Istituzioni*, Padova, 2016;

CORDEWENER A., *The COVID-19 crisis: an opportunity for EU budget and tax reform*, in *EC Tax Review*, 6/2020;

D'AGNONE G., *Illegal State Aids and Multinational Companies: The European Commission Decision on the Apple – Ireland Tax Ruling*, in *European Papers*, Volume 1, No. 3, 2016;

D'ALESSANO P., THIONE M., *Transfer pricing nei finanziamenti infragruppo: il valore*

normale dei tassi di interesse, in *Il fisco* 6/2011;

D'AMBROSIO A.I., *Crisi economica post-pandemia: un "volano" per la digital service tax?*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 1/2021;

D'ANGELO G., *La normativa italiana in materia di prezzi di trasferimento nella prospettiva europea: tra ragioni antielusive e protezione (della giusta ripartizione) delle basi imponibili. Verso un rinvio pregiudiziale?*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 1/2018;

DE BOER R., MARRES O., *BEPS Action 2: Neutralizing the effects on hybrid mismatch arrangements*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 1, 2015;

DE GRAAF A., JAN VISSER K., *BEPS: will the current commitments and peer review model prove effective?*, in *EC Tax Review*, 1/2018;

DELLA ROVERE A., MATTIA S., *Le transazioni finanziarie intercompany: profili valutativi, analisi di benchmarking e criticità nel transfer pricing*, in *Il fisco*, 34/2013 (parte 1);

DELLA ROVERE A., VINCENTI F., *Transfer pricing: le nuove Guidelines dell'OCSE*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 10/2017;

DELLA ROVERE A., PECORARI F., *Guardia di Finanza: la circolare n. 1/2018 sulle principali questioni di fiscalità internazionale*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 7/2018;

DELLA VALLE E., *Il fisco non deve provare l'elusione nel transfer pricing*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 10/2013;

DELLA VALLE E., *L'imposta sui servizi digitali: tanto tuonò che piovve*, in *Il fisco*, 5/2020;

DELLA VALLE E., *Imposta sui servizi digitali: si parte?*, in *Il fisco*, 18/2021;

DEL FEDERICO L., TRAVERSA E., *Il nuovo regime punitivo dell'abuso del diritto in*

materia tributaria: disciplina nazionale e quadro europeo, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3-4/2017;

DEL FEDERICO L., *Per la deducibilità degli interessi passivi l'inerenza è irrilevante, ma i limiti posti dal TUIR suscitano dubbi di costituzionalità*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2020;

DENARO M., *Transfer pricing: accertamento legittimo solo con la prova dello scostamento dal "valore normale" – commento*, in *Il fisco*, 7/2021;

DENORA B., *Transfer pricing: dalla nozione di controllo a concetto di "influenza economica"*, in *Rivista di diritto tributario (supplemento online)*, 2016;

DEVEREUX M.P., VELLA J., *Implications of digitalization for international corporate tax reform*, in *Intertax*, Volume 46, Issue 6-7, 2018;

DEZZANI F., DEZZANI L., *Controllante tedesca, controllata italiana: tasso di interesse del mercato del mutuante tedesco*, in *Il fisco*, 13/2014;

DINE J., KOUTSIAS M., *The three shades of tax avoidance of corporate groups: company law, ethics and the multiplicity of jurisdictions involved*, in *European Business Law Review*, Volume 30, No. 1, 2019;

DI TANNO T., *L'imposta sui servizi digitali si allinea alla proposta di Direttiva UE*, in *Il fisco*, 4/2019;

DORIGO S., *Il superamento dei criteri di collegamento "tradizionali" nell'epoca dell'economia digitale: le conclusioni dell'AG Kokott nella causa Google e la problematica della localizzazione del reddito d'impresa*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2019;

DOURADO A. P., *The EU Anti Tax Avoidance Package: moving ahead of BEPS?*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 6-7, 2016;

DOURADO A.P., *The OECD financial transactions discussion draft and BEPS Actions 8-10*, in Intertax, Volume 46, Issue 10, 2018;

ERNST AND YOUNG, *EY worldwide transfer pricing reference guide 2019-2020*, 2020;

ESCALAR G., *Rettifiche dei prezzi di trasferimento, contrasto dell'abuso ed esimente delle valide ragioni commerciali*, in Corriere tributario, 10/2020;

EU JTUE, *Report on compensating adjustments*, Bruxelles, Gennaio 2014;

FANNI M., *La Cassazione rivaluta i propri precedenti su presunzione di onerosità e transfer pricing in una pronuncia sui finanziamenti infragruppo*, in GT – Riv. giur. trib., 4/2015;

FANTOZZI A., PAPARELLA F., *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, Padova, 2019;

FAZZINI M., *La valutazione degli intangible secondo i principi di valutazione internazionali*, in Amministrazione & Finanza, 10/2018;

FERRANTI G., *Disciplina degli interessi passivi in cerca di chiarimenti: il parere dell'Assonime*, in Il fisco, 35/2020;

FERRANTI G., *Gli interessi attivi e passivi esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 96 del T.U.I.R.*, in Il fisco, 37/2020;

FERRANTI G., *Il meccanismo di calcolo degli interessi passivi deducibili*, in Il fisco, 39/2020;

FERRONI B., *Stabilite le nuove linee guida per il transfer pricing*, in Il fisco, 25/2018;

FICARI V., *Virtù e vizi della nuova disciplina dell'abuso e dell'elusione tributaria ex art. 10 bis della L. 212/2000*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, 2/2016;

FICARI V., *Corrispettività, onerosità e gratuità nella fiscalità d'impresa*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, 2/2018;

FORRESTER E., *Is the State Aid regime a suitable instrument to be used in the fight against harmful tax competition?*, in *Ec Tax Review*, 1/2018;

FRANSONI G., *Note sul presupposto dell'imposta sui servizi digitali*, in *Rassegna Tributaria*, 1/2021;

FRANSONI G., *Il presupposto dell'imposta sui servizi digitali*, in *Rassegna Tributaria*, 1/2021;

GASPARRI T., *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza*, in *Assonime Note e Studi* n. 15/2017;

GASPARRI T., *Con la DAC 7 più obblighi informativi nell'economia digitale*, in *Il fisco*, 20/2021;

GAVELLI G., GIOMMONI F., *Attualizzazione e valutazione di crediti e debiti al costo ammortizzato*, in *Corriere tributario*, 12/2017;

GERMANI A., *Transfer pricing, documenti con data certa*, in *Norme e tributi plus*, 24 novembre 2020;

GHIRINGHELLI M., DE PIRRO R., *Transfer pricing e finanziamenti infragruppo: il mercato del mutuante identifica il valore normale*, in *Il fisco*, 39/2013, parte 2;

GIORGI S., *I beni immateriali nel sistema del reddito d'impresa*, Torino, 2020;

GORMSEN L., *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Deal*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 7, No. 6, 2016;

GRANDINETTI M., *Gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, in *Rassegna Tributaria*, 3/2017;

GREIL S., SCHILLING D., *Cross-border financial transactions and arm's length interest rates: a two-step approach*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 11, 2016;

GRUBER S., *Intangibles value in financial accounting and reporting*, Wiesbaden (Germania), 2015;

GUATRI G., VILLANI M., *Le valutazioni per il transfer pricing degli intangibili*, Milano, 2018;

GUNN A., LUTS J., *Tax rulings, APAs and State Aid: legal issues*, in *EC Tax Review*, 2/2015;

HAGELIN J., *Ex post facto consideration in transfer pricing of hard-to-value intangibles: practical and methodical issues with the HTVI approach*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 26, No. 1, 2018;

HALLER A., CHAND V., *Application of the arm's length principle to physical cash pooling arrangements in light of the OECD discussion draft on financial transactions*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 4, 2019;

HEIDECKE B., NANAVARATORN T., *Germany – New draft transfer pricing legislation at a glance: a step forward the OECD*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 27, No. 4, 2020;

HICKMAN A., *The application of revised transfer pricing rules to aspects of business models*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 10, 2016;

HOLLAS J., HANDS G., *Transfer pricing and intra group cash pooling*, in *Tax Management (transfer pricing report)*, Volume 19, No. 20, 2011;

IAIA R., *La "interest limitation rule" nella Direttiva "antielusione" ("ATAD")*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 6/2018;

INTRUGLIO L., *Transfer pricing: rischio di contenziosi e doppie imposizioni con la gerarchia degli approcci del credit rating*, in *Il fisco*, 5/2021;

JIMENEZ A.M., *BEPS, the digitalized economy and the taxation of services and royalties*,

in Intertax, Volume 46, Issue 8-9, 2018;

JIMENEZ A.M., *The Apple case: who wins? What's next?*, in Intertax, Volume 48, Issue 11, 2020;

KEMMEREMEN E., *Should the taxation of the digital economy really be different?*, in EC Tax Review, 2/2018;

KOFLER G., MADURO M.P., PISTONE P. (a cura di), in *Human rights and taxation in Europe and the world*, Amsterdam, 2011;

KONINGS B., MORREN D., *International - Hard-to-Value Intangibles: How Hard Can It Be?*, in International Transfer Pricing Journal, Volume 28, No. 1, 2020;

LAGARDEN M., *Intangibles in a transfer pricing context: where does the road lead?*, in International Transfer Pricing Journal, Volume 21, No. 5, 2014;

LAMBERT G., PLETZ A., DETTMANN G., *Implicit support and its implications on guarantee fee pricing: fact or fiction*, in Intertax, Volume 47, Issue 12, 2019;

LANCIA R., *Strumenti finanziari ibridi: profili di qualificazione e disallineamento da "ibridi"*, in Diritto e Pratica Tributaria, 2/2021;

LANG M., *Tax rulings and State Aid Law*, in British Tax Review, 2015;

LUKOSZ K., URSU A., DRUGA M., *Transfer pricing of intra-group cash pooling arrangements through the lens of business and economic reality*, in International Transfer Pricing Journal, Volume 25, No. 3, 2018;

LUTS J., *Compatibility of IP box regimes with EU State aid rules and code of conduct*, in EC Tax Review, 5/2014;

MAISTO G., *Il transfer price nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova, 1985;

MAJORANA D., *Concorrenza fiscale e aiuti di Stato: gli effetti della sentenza Apple*, in Il

fisco, 42/2020;

MARCHESELLI A., *Onere della prova e diritto tributario: una catena di errori pericolosi e un case study in materia di transfer pricing*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2020;

MARINO G., *La relazione di controllo quale presupposto soggettivo nel transfer pricing e dintorni*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 4/2016;

MARINOZZI C., *Transfer pricing a basso rischio penale*, in *Il fisco*, 46/2015;

MARZANO M., *Transfer pricing e finanziamenti infruttiferi infragruppo*, in *Rassegna Tributaria*, 4/2015;

MASCITTI M., *Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale...Why Ruling no more?*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 3/2018;

MAYR S., *Il valore normale nei rapporti tra società italiane e controllate estere*, in *Corriere tributario*, 1990;

MAZZETTI DI PIETRALATA M., CERCHIARA V., *Transfer pricing e finanziamenti infragruppo secondo l'orientamento della Suprema Corte*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 1/2014;

MAZZETTI DI PIETRALATA M., COLOMBO A.M., *Transfer pricing e transazioni finanziarie: alcune riflessioni alla luce del caso Hornbach-Baumarkt*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2/2019;

MILANDINOVIC A., PETRUZZI R., *The recent decisions of the European Commission on fiscal State aid: an analysis from a transfer pricing perspective*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 26, No. 4, 2019;

MOLINARO G., *Presunzioni applicabili ai finanziamenti dei soci*, in *Corriere tributario*, 18/2016;

OECD, *Transfer pricing and multinational enterprises*, Parigi, 1979;

OECD, *Transfer pricing and multinational enterprises: three taxation issues*, Parigi, 1984;

OECD, *Transfer pricing guidance for multinational enterprises and tax administrations*, Parigi, 1995;

OECD, *Building transparent tax compliance by banks*, Parigi, 2009;

OECD, *Transfer pricing guidance for multinational enterprises and tax administrations*, Parigi, 2010;

OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, Parigi, 2013;

OECD, *Aggressive tax planning based on After-Tax Hedging*, Parigi, 2013;

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parigi, 2013;

OECD, *Beps Project explanatory statement - 2015 final report*, Parigi, 2015;

OECD, *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements - Action 2: 2015 final report*, Parigi, 2015;

OECD/G20, *Aligning transfer pricing outcomes with value creation - Action 8-10: 2015 Final Reports*, Parigi, 2015;

OECD, *Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*, Parigi, 2017;

OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, Parigi, 2017;

OECD, *Guidance for tax administrations on the application of the approach to hard-to-value intangibles – inclusive frameworks on beps: action 8*, Parigi, 2018;

OECD, *Public discussion draft – BEPS Actions 8-10 financial transactions*, Parigi, 2018;

OECD, *Revised guidance on the application of the transactional profit split method – inclusive framework on BEPS: Action 10*, Parigi, 2018;

OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions – inclusive frameworks on BEPS: actions 4, 8-10*, Parigi, 2020;

OECD, *OECD/G20 Inclusive framework on BEPS – Progress report July 2019 – July 2020*, Parigi, 2020;

OECD, *Corporate Tax Statistics*, Parigi, 2020;

OECD, *Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: strengthening confidence and resilience*, Parigi, 2020;

OECD, *Guidance on the transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, Parigi, 2020;

OECD, *Economic outlook, Interim Report – Strengthening the recovery: the need for speed*, Parigi, 2021;

ORLANDI A., IERVOLINO R., *COVID-19 e transfer pricing su operazioni finanziarie. Analisi degli impatti del COVID-19 nelle analisi di benchmark*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, dicembre 2020;

ORLANDI A., IERVOLINO R., *Ristrutturazioni aziendali e COVID-19. Analisi dei principali driver nei processi di riorganizzazione delle imprese multinazionali*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, febbraio 2021;

ORLANDI A., IERVOLINO R., *Guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento e COVID-19*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, aprile 2021;

PALESTINI S., *Effetti del progetto BEPS sui prezzi di trasferimento degli intangibile*, in

Amministrazione & Finanza, 5/2017;

PANE M., PALMESE V., *Margine di profitto sui servizi infragruppo: questioni ancora aperte*, in *Il fisco*, 6/2019;

PAPOTTI R.A., MOLINARI F., *I finanziamenti infruttiferi infragruppo nell'ambito del transfer pricing*, in *Corriere tributario*, 17/2017;

PAPPALARDO L.M., *The new italian Patent Box: first evaluation and compatibility issues with the OECD indications*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 11, 2016;

PARADA L., *Between apples and oranges: the EU General Court's decision in the "Apple Case"*, in *EC Tax Review*, 2/2021;

PATRONI GRIFFI U., *I covenants finanziari. Note introduttive*, in *Rivista di diritto societario*, 3/2009;

PEDACCINI F., *L'imposizione diretta nel contesto dell'economia digitale: stabili organizzazioni "virtuali", ritenute fiscali e diverted profit tax*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 4/2015;

PEETERS B., VANNESTE L., *The hybrid financial instruments: the effects of the OECD BEPS Action 2 report and the ATAD*, in *Intertax*, Volume 48, Issue 1, 2020;

PERRONE A., *L'equa tassazione delle multinazionali in Europa: imposizione sul digitale o regole comuni per determinare gli imponibili?*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 1/2019;

PERRONE A., *Sulla possibilità di assimilare gli accordi preventivi per le imprese multinazionali alle "mutual agreement procedure"*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2019;

PEPE F., *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della "Dottrina Vestager" in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in *Rivista*

trimestrale di diritto tributario, 3-4/2017;

PETRUZZI R., *Transfer pricing aspects of intra-group financing*, Wolter Kluwer, Olanda, 2016;

PISANI M., *Ires: il prezzo di trasferimento nei finanziamenti transnazionali infragruppo*, in *Il fisco*, 17/2004;

PISANI G., *La sentenza T-778/16 (Irlanda e Apple vs Commissione). Una sconfitta UE nella lotta alla fiscalità aggressiva di alcuni Stati membri?*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 4/2020;

PISTONE P., *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2/2016;

PISTONE P., *Diritto tributario internazionale*, Torino, 2019;

RAGUCCI G., *Gli istituti della collaborazione fiscale*, Torino, 2018;

ROCCATAGLIATA F., *Ancora incertezze sui finanziamenti infruttiferi: stessi dubbi oltre confine?*, in *Corriere tributario*, 30/2016;

ROLLE G., *Il "valore normale" nella disciplina dei prezzi di trasferimento: mercato del cedente e requisito della comparabilità*, in *Il fisco*, 36/2014;

ROLLE G., STECCA V., *Transfer pricing e finanziamenti infragruppo: un rapporto difficile in cerca di guidelines*, in *Il fisco* 43/2015;

RONCA P., BARCELLONA M., *Riflessioni sulla possibilità di riportare a nuovo le eccedenze di interessi attivi nell'ambito delle operazioni di fusione e scissione*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2019;

SCALERA V., *Nuovi orientamenti sull'onere della prova in materia di transfer pricing internazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2/2014;

SCIFONI G., *Lo status di socio riconosciuto quale possibile esimente ai fini del transfer pricing*, in *Corriere tributario*, 29/2018;

SCREPANTE M.S., *Rethinking the Arm's Length Principle and Its Impact on the IP Licence Model after OECD/G20 BEPS Actions 8-10: Nothing Changed But the Change?*, in *World Tax Journal*, Volume 11, Issue 3, 2019;

SEPE G.P., *Il transfer pricing e le tentazioni del diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3-4/2018;

SHAH R., TOLANI A., BHATNAGAR A., *Transfer pricing issues relating to marketing intangibles*, in *Asia Pacific bulletin*, 2013;

SILBERZTEIN C., BENNETT C., LEMEIN D., *The OECD Discussion Draft on the Transfer of Intangibles (Revision of Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines) - Main comments*, in *Intertax*, Volume 41, Issue 2, 2013;

SILBERZTEIN C., BENNETT C., LEMEIN D., *The OECD Discussion Draft on the Transfer of Intangibles (Revision of Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines) - Detailed comments*, in *Intertax*, Volume 41, Issue 2, 2013;

STEVANATO D., *Il transfer pricing tra evasione ed elusione*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 4/2013;

SUCCIO R., *Digital economy, digital enterprise e imposizione tributaria: alcune considerazioni sistematiche*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 6/2020;

SULEJMANI A., *Pricing intercompany financial transaction: loans, guarantees and cash-pooling arrangements*, in *International Transfer Pricing Journal*, Volume 26, No. 6, 2019;

TELL M., *Interest limitation rules in the post-BEPS era*, in *Intertax*, Volume 45, Issue 11, 2017;

TING A., *iTax – Apple international tax structure and the double non-taxation issue*, in

British Tax Review, 1/2014;

T'NG A., *The modern marketplace, the rise of intangibles and transfer pricing*, in Intertax, Volume 44, Issue 5, 2016;

TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Padova, 2018;

TRIVELLIN M., *Le procedure amichevoli, con particolare riferimento al transfer pricing: spunti ricostruttivi per rafforzarne l'efficacia in prospettiva di tutela del contribuente*, in Rivista telematica di diritto tributario, 2016;

TROYER L., *Il transfer pricing tra elusione ed evasione*, in Rivista dei dottori commercialisti, 2006;

UCKMAR V., *Diritto tributario internazionale – Manuale*, Padova, 2012;

URICCHIO A., SPINAPOLICE W., *La corsa ad ostacoli della web taxation*, in Rassegna Tributaria, 3/2018;

VALACCA P., *Il regime di deducibilità degli interessi passivi nella direttiva anti-BEPS*, in Rivista telematica di diritto tributario, 2016;

VALENTE P., *D.L. 31 maggio 2010, n.78, convertito – la documentazione in materia di transfer pricing*, in Il fisco, 34/2010;

VALENTE P., *Il metodo transactional profit split nella disciplina OCSE del transfer pricing*, in Il fisco, 16/2011;

VALENTE P., *Transfer pricing policy in periodi di recessione economica*, in Fiscalità & Commercio Internazionale, 12/2012;

VALENTE P., *Tax planning aggressive; il rapporto OCSE "addressing base erosion and profit shifting"*, in Il fisco, 12/2013;

VALENTE P., *Aggressive tax planning: profili elusive delle transazioni finanziarie*, in il

fisco, 22/2013;

VALENTE P., *Marchi, brevetti e know-how: gestione internazionale degli intangibili*, Milano, 2014;

VALENTE P., *Transfer pricing: la remunerazione dei servizi a basso valore aggiunto*, in *Il fisco*, 8/2015;

VALENTE P., *Transfer pricing: criticità nella remunerazione dei beni intangibili*, in *Il fisco*, 13/2015;

VALENTE P., *Manuale del transfer pricing*, Milano, 2018;

VALENTE P., *Transfer pricing e royalties: la sentenza della Corte di cassazione 9615/2019*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 10/2019;

VALENTE P., *Coronavirus: strategie nel transfer pricing e nella governance fiscale*, in *Il fisco*, 14/2020;

VALENTE P., *Advanced Pricing Agreements: optimal tool – optimal framework?*, in *Intertax*, Volume 48, Issue 1, 2020;

VALENTE P., ALAGNA C., MATTIA S., *Controversie internazionali – Procedure amichevoli e gestione delle relazioni*, Milano, 2013;

VALENTE P., CARACCIOLI I., MATTIA S., *Transfer pricing: valutazione estimative e irrilevanza penale*, in *Corriere tributario*, 2/2016;

VALENTE P., CARACCIOLI I., *Valutazione di idoneità della documentazione sui prezzi di trasferimento*, in *Il fisco*, 21/2016;

VALENTE P., DELLA ROVERE A., SCHIPANI P., *Analisi di comparabilità nel transfer pricing – metodologie applicative*, Milano, 2013;

VALENTE P., PICONE M., MATTIA S., *Transfer pricing: documentazione e attività*

ispettive, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 11/2016;

VAN ASSCHE A., *Trade, investment and intangibles – the ABCS of global value chain-oriented policies*, OECD trade policy papers n. 242, 2020;

VASAPOLLI A., VASAPOLLI G., *Il mercato di riferimento che rileva per il valore normale del transfer pricing*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 12/2013;

VENERUSO A., *Transfer pricing: ai fini dell'applicazione del principio dell'arm's length rileva il mercato del fornitore dei beni o servizi*, in *Il fisco*, 41/2013, parte 2;

VENTURI F., *Transfer pricing e Patent Box: analisi critica delle ripercussioni post COVID-19 e possibili approcci a confronto*, in ODCEC Brescia (a cura di), *Fiscalità Internazionale – principali novità 2020*, dicembre 2020;

VERHAGEN H., *State Aid and tax ruling – An assessment of the selectivity criterion of Article 107(1) of the TFEU in relation to recent Commission transfer pricing decision*, in *European Taxation*, Volume 57, No. 7, 2017;

VERLINDEN I., DE BAETS S., PARMESSAR V., *Grappling with DEMPEs in the trenches: trying to give it the meaning it deserves*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 12, 2019;

VICINI RONCHETTI A., *Transfer price tra normativa nazionale ed internazionale*, in *Rassegna Tributaria*, 3/2014;

VIOTTO A., (a cura di), *La disciplina del reddito delle società di capitali*, Torino, 2018;

VIOTTO A. (a cura di), *Overview del progetto OCSE in materia di Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Torino, 2019;

VISCONTI MORO R., *Valutazione dei brevetti e stima del danno da contraffazione*, in *Il Diritto Industriale*, 5/2017;

WITTENDORF J., *The transactional ghost of Article 9(1) of the OECD Model*, in *Bulletin*

for International Taxation, Volume 63, Issue 3, 2009;

YANG J., MEZIANI A., SHEN Y., *Understanding Apple Inc.'s Global Tax Strategies in Ireland.*, in International Tax Journal, Volume 42, No. 6, 2016;

ZOANI L., MIRACOLO P., *La Cassazione conferma l'assenza di natura antielusiva della norma sul transfer pricing*, in Il fisco, 10/2021;

ZUCCHETTI S., PALLOTTA A., LANFRANCHI O., *Assessment methods for intangible assets: unwrapping the Italian patent box to better grasp what is inside and how much it is worth*, in International Transfer Pricing Journal, Volume 23, No. 3, 2016.

Normativa

Decreto del Presidente della Repubblica del 29 settembre 1973, n. 597;

Decreto del Presidente della Repubblica del 29 settembre 1973, n. 600;

Decreto del Presidente della Repubblica del 29 settembre 1973, n. 601;

Decreto del Presidente della Repubblica del 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR);

Decreto Legislativo del 18 dicembre 1997, n. 471;

Decreto Legislativo del 10 marzo 2000, n. 74;

Legge 27 luglio 2000, n. 212;

Direttiva 2003/49/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 3 giugno 2003;

Decreto-Legge del 30 settembre 2003, n. 269;

Decreto Legislativo del 12 dicembre 2003 n. 344;

Legge del 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008);

Decreto-Legge del 31 maggio 2010, n. 78;

Direttiva 2011/16/UE del Consiglio dell'Unione Europea del 15 febbraio 2011;

Decreto Legislativo del 24 settembre 2015, n. 158;

Legge del 28 dicembre 2015, n. 208;

Direttiva 2016/1164/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 12 luglio 2016;

Decreto-Legge del 24 gennaio 2017 n. 3;

Decreto-Legge del 24 aprile 2017 n. 50;

Direttiva 2017/952/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 29 maggio 2017;

Proposta di Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea del 21 marzo 2018, [COM (2018) 147 final];

Proposta di Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea del 21 marzo 2018, [COM (2018) 148 final];

Decreto Ministeriale del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 14 maggio 2018;

Decreto-Legge n. 18 del 17 marzo 2020 ("Decreto Cura Italia");

Legge n. 126/2020 ("Decreto agosto");

Direttiva 514/2021 (DAC 7) del Consiglio dell'Unione Europea del 22 marzo 2021.

Giurisprudenza

Corte di Giustizia, sentenza 21/01/2010, causa C-311/08, caso SGI vs Stato belga;

Corte di Giustizia, sentenza 31/05/2018, causa C-382/16, caso Hornbach-Baumarkt;

Corte di Giustizia, sentenza 08/10/2020, causa C-558/19, caso Impresa Pizzarotti;

Tribunale UE, sentenza 24/09/2019, cause T-755/15 e T-759/15 (Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe contro Commissione europea);

Tribunale UE, sentenza 24/09/2019, cause T-760/15 e T-636/15 (Paesi Bassi e.a./Commissione);

Tribunale UE, sentenza 15/07/2020, cause T-778/16 e T-892/16, caso Apple Ireland vs Commissione UE;

Tax Court of Canada, caso *General Electric Capital Canada Inc. v Her Majesty the Queen*, 4 dicembre 2009, TCC 563;

BFH (*Bundesfinanzhof*), sentenza del 27 febbraio 2019 n. IR 73/16;

COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione C (2014) 3606 final – State aid SA.38373 (2014/C) – Ireland Alleged aid to Apple*, 11 giugno 2014;

COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione UE 2017/1283 relativa all'aiuto di Stato SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) al quale l'Irlanda ha dato esecuzione a favore di Apple*, 30 agosto 2016;

Corte di Cassazione, sentenza 13/10/2006 n. 22023;

Corte di Cassazione, sentenza 16/05/2007 n. 11226;

Corte di Cassazione, sentenza 15/07/2009 n. 16445;

Corte di Cassazione, sentenza 19/05/2010 n. 12251;

Corte di Cassazione, sentenza 04/02/2011 n. 2735;

Corte di Cassazione, sentenza 13/07/2012 n. 11949;

Corte di Cassazione, sentenza 20/12/2012 n. 23551;

Corte di Cassazione, sentenza 27/02/2013 n. 4927;

Corte di Cassazione, sentenza 27/03/2013 n. 7716;

Corte di Cassazione, sentenza 08/05/2013 n. 10739;

Corte di Cassazione, sentenza 24/07/2013 n. 17955;

Corte di Cassazione, sentenza 25/09/2013 n. 22010;

Corte di Cassazione, sentenza 23/10/2013 n. 24005;

Corte di Cassazione, sentenza 16/04/2014 n. 8449;

Corte di Cassazione, sentenza 14/05/2014 n. 10501;

Corte di Cassazione, sentenza 13/06/2014 n. 13475;

Corte di Cassazione, sentenza 18/07/2014 n. 16480;

Corte di Cassazione, sentenza 19/12/2014 n. 27087;

Corte di Cassazione, sentenza 12/06/2015 n. 12844;

Corte di Cassazione, sentenza 19/06/2015 n. 12764;

Corte di Cassazione, sentenza 17/07/2015 n. 15005;

Corte di Cassazione, sentenza 18/09/2015 n. 18392;

Corte di Cassazione, sentenza 05/04/2016 n. 7496;

Corte di Cassazione, sentenza 16/04/2016 n. 7493;

Corte di Cassazione, sentenza 22/04/2016 n. 8130;

Corte di Cassazione, sentenza 30/06/2016 n. 13387;

Corte di Cassazione, sentenza 26/09/2016 n. 18875;

Corte di Cassazione, sentenza 22/03/2017 n. 7293;

Corte di Cassazione, sentenza 03/04/2017 n. 27018;

Corte di Cassazione, sentenza 06/09/2017 n. 20805;

Corte di Cassazione, sentenza 15/09/2017 n. 21410;

Corte di Cassazione, ordinanza 10/11/2017 n. 26646;

Corte di Cassazione, sentenza 19/04/2018 n. 9673;

Corte di Cassazione, sentenza 07/09/2018 n. 21824;

Corte di Cassazione, sentenza 07/11/2018 n. 28335;

Corte di Cassazione, sentenza 07/11/2018 n. 28337;

Corte di Cassazione, sentenza 07/11/2018 n. 28338;

Corte di Cassazione, sentenza 16/01/2019 n. 898;

Corte di Cassazione, sentenza 17/01/2019 n. 1102;

Corte di Cassazione, sentenza 29/01/2019 n. 2387;

Corte di Cassazione, sentenza 05/04/2019 n. 9615;

Corte di Cassazione, sentenza 25/06/2019 n. 16948;

Corte di Cassazione, sentenza 22/10/2019 n. 33656;

Corte di Cassazione, sentenza 27/02/2020 n. 5332;

Corte di Cassazione, sentenza 02/03/2020 n. 5645;

Corte di Cassazione, sentenza 04/03/2020 n. 6028;

Corte di Cassazione, sentenza 18/06/2020, n. 11837;

Corte di Cassazione, sentenza 09/10/2020 n. 21828;

Corte di Cassazione, sentenza 12/01/2021 n. 230;

Corte di Cassazione, sentenza 21/01/2021 n. 1232;

Corte di Cassazione, sentenza 20/05/2021 n. 13850;

Commissione Tributaria Regionale del Piemonte, sentenza 14/04/2010 n. 25;

Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, sentenza 21/05/2012 n. 55;

Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, sentenza 15/05/2017 n. 2454;

Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, sentenza 26/01/2018, n. 328;

Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, sentenza 19/11/2018 n. 5005;

Commissione Tributaria I grado di Alessandria, sentenza 28/11/1995 n. 1416;

Commissione Tributaria Provinciale di Gorizia, sentenza 12/06/2013 n. 83;

Commissione Tributaria Provinciale di Bergamo, sentenza 26/05/2015 n. 456;

Commissione Tributaria Provinciale di Milano, sentenza 09/07/2015 n. 3165;

Commissione Tributaria Provinciale di Milano, sentenza 11/04/2017 n. 2826;

Commissione Tributaria Provinciale di Milano, sentenza 07/07/2017 n. 3026/24;

Commissione Tributaria Provinciale di Milano, sentenza 03/11/2017 n. 8301;

Commissione Tributaria Provinciale di Milano, sentenza 28/11/2018 n. 5445/3;

Commissione Tributaria Provinciale di Milano, sentenza 17/07/2019 n. 3286.

Prassi

Circolare ministeriale del 22 settembre 1980, n. 32;

Circolare ministeriale del 12 dicembre 1981, n. 42;

Provvedimento dell’Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, n. 137654;

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 15 dicembre 2010, n. 58/E;

Provvedimento dell’Agenzia delle Entrate del 1° dicembre 2015, n. 154278;

IVSC, IVS 210 Intangible assets, 2016;

Associazione Italiana Dottori Commercialisti (AIDC), norma di comportamento n. 194/2016;

Provvedimento dell’Agenzia delle Entrate del 21 marzo 2016, n. 42295;

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 30 marzo 2016, n. 6/E;

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 28 aprile 2016, n. 16/E;

COMMISSIONE EUROPEA, *Press release – State Aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to €13 billion*, Bruxelles, 30 agosto 2016, IP/16/2923;

Circolare della Guardia di Finanza n.1/2018;

Provvedimento dell’Agenzia delle Entrate del 30 luglio 2019, n. 658445;

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 29 ottobre 2020, n. 28/E;

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 27 marzo 2020, n. 7/E;

COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione COM (2020) 456 final “Europe’s*

moment: repair and prepare for the next generation”, 27 maggio 2020;

COMMISSIONE EUROPEA, White Paper del 17 giugno 2020, COM (2020) 253 final;

Provvedimento dell’Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020, n. 360494.

Sitografia

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1746;

<https://www.ilsole24ore.com/art/g7-accordo-storico-tassa-minima-globale-15percento-le-grandi-imprese-AE9TdLO>;

<https://www.economist.com/finance-and-economics/2021/06/03/twilight-of-the-tax-haven>;

<https://www.ilsole24ore.com/art/acciaio-plastiche-cemento-e-bitume-il-rincaroprezzi-rallenta-cantieri-edili-AEMD2QJ>.