



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

Corso di Laurea  
Magistrale  
in Economia e  
Finanza

Tesi di Laurea

**Transfer  
Pricing:  
l'evoluzione  
della  
disciplina  
internazionale**

**Relatore**

Prof. Dino Rizzi

**Correlatore**

Prof. Ylenia Brilli

**Laureando**

Alberto Trevisan  
Matricola 869428

**Anno Accademico**

2022 / 2023

## INDICE

<b>Introduzione</b> .....	<b>3</b>
<b>Capitolo I: Transfer pricing: principi, origini ed evoluzione della disciplina</b> .....	<b>6</b>
1.1. Il Gruppo aziendale.....	6
1.2. BEPS (Base Erosion and Profit Sharing): i pilastri su cui poggia la normativa....	8
1.3. Le origini della disciplina: evoluzione storica del sistema normativo da cui è scaturito il Progetto BEPS .....	13
1.4. Il regime normativo italiano in ambito di Prezzi di Trasferimento .....	23
<b>Capitolo II: Valutazione dei beni intangibili: criticità e rischi</b> .....	<b>41</b>
2.1. La disciplina in ambito di intangibili.....	41
2.2. Definizione di bene intangibile secondo l'OECD .....	48
2.3. Le categorie di beni intangibili .....	53
<b>Capitolo III: Un caso pratico: Amazon.com, INC e Transfer pricing</b> .....	<b>58</b>
3.1. Le ragioni alla base della nascita del contenzioso: la strategia di Amazon.....	58
3.2. Gli aiuti di Stato e le accuse della Commissione europea .....	62
3.3. La sentenza definitiva: la vittoria di Amazon.....	71
<b>Capitolo IV: Operazioni finanziarie, un'altra fattispecie problematica per la disciplina del transfer pricing</b> .....	<b>74</b>
4.1. Transazioni finanziarie e pianificazione fiscale: l'approccio della normativa BEPS.....	74
4.2. Transazioni finanziarie e transfer pricing .....	78
4.3. Pricing delle transazioni finanziarie.....	84
<b>Conclusioni</b> .....	<b>89</b>
<b>Bibliografia</b> .....	<b>93</b>

## Introduzione

In un contesto di crescente globalizzazione ed internazionalizzazione delle imprese, di sempre più forte integrazione economica tra Paesi e di fortissima competitività che si è venuto a creare soprattutto negli ultimi decenni, le minacce ed i rischi connessi risultano ormai innumerevoli.

La libera concorrenza, unitamente alla libertà di spostamento di beni e capitali è stato sicuramente il carburante per l'ingente sviluppo economico internazionale a partire dal boom degli anni '60, per poi arrivare, oggi, a una "mondializzazione" delle imprese che oltre ad essere l'emblema del progresso, porta con sé anche molte insidie. Se infatti da un lato questa espansione globale può essere vista come un'opportunità di sviluppo anche per i Paesi meno "centrali" a livello mondiale, dall'altro una delle prime criticità riscontrate riguarda l'aspetto della fiscalità: risulta estremamente complesso riuscire a comprendere dove i redditi di questi gruppi aziendali siano stati generati, e di conseguenza dove debbano essere tassati. Le pratiche manipolatorie che possono essere attuate ai fini di trasferire le basi imponibili in Paesi ad imposizione agevolata sono numerose e di difficile identificazione in quanto richiedono l'azione e la cooperazione delle autorità di diversi Paesi. Inoltre, i tentativi di regolamentazione di tali aspetti dei mercati mondiali ad un livello sovranazionale, potrebbero facilmente porsi in contrasto con i principi di concorrenza sui quali si basano gli stessi. La disciplina risulta pertanto estremamente delicata e caratterizzata da diverse implicazioni (soprattutto normative) che ne rendono il trattamento ancor più ostico.

Tale elaborato ha lo scopo di illustrare la normativa legata alla sopra accennata Base Erosion and Profit Sharing ("BEPS") adottata dal G20: più precisamente il focus è posto su una delle numerose azioni promosse e sviluppate dagli Stati Membri e dagli Organismi Internazionali, ovvero il Transfer Pricing. Tale disciplina risulta essere tanto importante (ai fini di contrasto dell'elusione delle norme fiscali) quanto complessa, a causa dei diversi contesti governativi su cui interviene.

Il contesto di mercato globale, in cui tale regolamentazione si è via via sviluppata, si caratterizza per il fatto che le normative fiscali a livello nazionale presentano molte differenze, e che a livello sovranazionale non vi sia ancora una disciplina che consenta di uniformare, in maniera esaustiva, le prassi fiscali vigenti al fine di contrastare quanto più

possibile l'elusione delle normative stesse (in particolare da parte dei Gruppi aziendali che svolgono la propria attività in diversi Paesi). Si parla pertanto di "Zona Grigia", intendendo in tal senso le lacune derivanti da asimmetrie regolamentari tra i vari Paesi, che consentono alle imprese di implementare strategie di natura fiscale volte alla riduzione della base imponibile col fine ultimo di sottrarre imposte al fisco.

Tali pratiche sono rese possibili, ad esempio, dalla presenza di contesti ad alto tasso di innovazione e digitalizzazione, dalla flessibilità dei redditi d'impresa a fronte di sistemi normativi fiscali "rigidi", dalla possibilità di sottoporre le fonti reddituali generate dalle medesime attività economiche ad imposizioni fiscali differenti, e, non per ultime, dalle già citate asimmetrie tra regimi fiscali nazionali (ad esempio in termini di trattamento fiscale delle componenti di bilancio).

L'inizio della riforma sostanziale delle regole della fiscalità internazionale risale al meeting del G20 del 18-19 Giugno 2012 in Messico, il cui obiettivo principale è stato proprio quello di discutere e predisporre delle misure volte a ridurre la "Zona Grigia", in cui le imprese possono manovrare al fine di ottenere agevolazioni in termini di minore imposizione fiscale. La fiscalità internazionale, principalmente con l'avvento della globalizzazione, è risultata inadeguata: sin dagli anni '20 infatti la Società delle Nazioni ha costituito un ordinamento fiscale internazionale che era inizialmente volto a favorire il commercio internazionale e la crescita, e non si preoccupava quindi delle pratiche elusive che negli anni a venire sarebbero state implementate dai Gruppi aziendali, complice il minor livello di interazioni commerciali tra Paesi dell'epoca. Le intenzioni di prevenzione di BEPS e di riforma della normativa sono state portate avanti dal G20 nel corso dei propri summit, con tanto di mandato all'OCSE nel 2012 al fine di approfondire il tema e di creare una linea d'azione: quest'ultima è stata presentata nel 2013 a Mosca, mentre i risultati finali del progetto (BEPS) sono stati pubblicati in occasione del G20 di Lima (Ottobre 2015). Il "Pacchetto BEPS" si concretizza principalmente in 3 pilastri (Coerenza delle regole, Profili sostanziali, Trasparenza e certezza del diritto), in una serie di standard minimi, in una revisione della normativa del *Transfer Pricing*, e in una serie di azioni trasversali (riguardati l'Economia Digitale e l'impiego di uno strumento convenzionale di tipo multilaterale).

Nonostante queste prime forme di contrasto dell'erosione della base imponibile e delle partecipazioni agli utili, e nonostante l'evoluzione di tali discipline dal 2015 ad oggi, si

ritiene vi siano ancora delle “scappatoie” per le imprese, seppur in misura minore, per poter eludere i regimi fiscali ed ottenerne vantaggi.

Nei prossimi capitoli verranno quindi analizzati in dettaglio gli obiettivi della normativa scaturita dal progetto BEPS in tema di Transfer Pricing, la sua applicazione, le sue implicazioni e la sua efficacia. Inoltre, verranno portate all’attenzione le opportunità per le imprese derivanti dagli effetti congiunti della globalizzazione e degli squilibri nei regimi fiscali nazionali.

## Capitolo I: Transfer pricing: principi, origini ed evoluzione della disciplina

Al fine di comprendere i principi su cui si basa disciplina e le criticità ad essa connesse (tecniche manipolatorie di trasferimento della base imponibile in primis), è necessario innanzitutto comprendere a pieno lo scenario in cui queste si collocano, ovvero quello dei gruppi aziendali.

In secondo luogo, è essenziale la comprensione delle origini, dell'evoluzione e dei punti di arrivo della normativa sovranazionale e nazionale.

### 1.1. Il Gruppo aziendale

Il *Gruppo aziendale* è comunemente definito come “un complesso economico costituito da più aziende, aventi la forma giuridica delle società per azioni, le quali pur mantenendo la loro autonomia giuridica, vengono controllate da un medesimo soggetto economico che, avendo la facoltà di prendere le decisioni più opportune per il buon andamento del Gruppo, coordina l'attività di ognuna, secondo un indirizzo unitario”<sup>1</sup>.

Le condizioni ritenute necessarie per cui un agglomerato d'impreses possa ritenersi Gruppo sono le seguenti:

- La presenza di una pluralità d'impreses
- Il controllo diretto o indiretto da parte di un'unica impresa (soggetto economico)
- Unità di indirizzo

Tuttavia, dal punto di vista della disciplina giuridica italiana non c'è un unico riferimento normativo che definisca il Gruppo, ma vi sono molteplici articoli del Codice civile che devono essere considerati congiuntamente per poter ottenere una visione completa di ciò che è il Gruppo aziendale. Tra questi vi sono:

- Art. 2497 c.c.: “*Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori*

---

<sup>1</sup>Concas A. (2012) “*I Gruppi di imprese*”, Diritto.it, 23/11/2012

*sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio. Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento. Nel caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario”.*

- Art. 2359 c.c. (riformato dal D.Lgs 127/91): “Sono considerate società controllate:
  - 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
  - 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
  - 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

*Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”.*

Il Gruppo è quindi un insieme di imprese direttamente collegate dal punto di vista finanziario ed organizzativo composto da entità autonome dal punto di vista giuridico, assoggettate alla direzione di un unico soggetto economico. Come si evince dalla disciplina del Codice Civile, l'attenzione del legislatore, nel definire il Gruppo, è posta sul controllo: la società controllante è l'entità che detiene la maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria della società controllata o che detiene numero di voti sufficiente ad esercitare un'influenza dominante o che, ancora controlla la società per vincoli contrattuali. Oltre al controllo, l'elemento determinante nel definire un Gruppo è l'attività

di direzione e coordinamento esercitata dalla controllante, che si concretizza in direttive, impartite in via quantomeno periodica, riguardanti il coordinamento e l'armonizzazione dell'amministrazione, degli obiettivi, della comunicazione e della trasparenza tra le entity facenti parte del Gruppo<sup>2</sup>.

Quanto detto sopra viene riassunto in sede di redazione del Bilancio Consolidato, in particolare nella nota integrativa e nella relazione sulla gestione, documenti in cui devono essere riportati i legami tra le società, i livelli di assoggettamento, l'organizzazione del Gruppo e le relative direttive interne.

Da un punto di vista operativo, esistono diverse tipologie di Gruppo aziendale:

- Gruppo Finanziario, costituito da aziende che svolgono attività diverse, ma che sono sottoposte al coordinamento e alla gestione della Capogruppo
- Gruppo Economico, costituiti da aziende che svolgono attività economiche nel medesimo settore (complementari), formando un unico organismo economico produttivo
- Gruppo Pubblico, caratterizzato da attività di controllo, gestione e pianificazione da parte di un soggetto pubblico (Stato o altro ente)

Ai fini dell'analisi della normativa fiscale internazionale oggetto dell'elaborato, sono pertanto da escludere i gruppi pubblici, e i gruppi finanziari/economici che hanno sedi esclusivamente nel medesimo Paese, che per ovvi motivi non sono caratterizzati dall'assoggettamento a differenti discipline fiscali, e non rientrano quindi nella sfera di soggetti giuridici che possono ottenere agevolazioni dal Profit Sharing.

## **1.2. BEPS (Base Erosion and Profit Sharing): i pilastri su cui poggia la normativa**

Il secondo passo per comprendere il contesto in cui si colloca la disciplina del Transfer Pricing, è quello di cogliere i tratti principali su cui si basa, oggi, la normativa stessa, ovvero i sopracitati pilastri del pacchetto BEPS.

Questi ultimi possono essere così riassunti<sup>3</sup>:

---

<sup>2</sup>Studio Fazzini & Partners: <https://studiofazzini.it/ricerche/gruppi-aziendali-e-bilancio-consolidato/>

<sup>3</sup>Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Roma: <https://www.odcec.roma.it/images/file/FPC%20Materiale%20didattico%202017/Convegno%20BEPS%205%20ottobre%202017.pdf>.



1. Coerenza
2. Sostanza
3. Trasparenza

Coerenza → maggior coerenza delle regole a livello internazionale, pilastro sul quale poggiano 4 delle azioni proposte dall'OCSE<sup>4</sup>:

- Hybrid Mismatch Arrangements: azione che mira a neutralizzare gli effetti derivanti dallo sfruttamento delle già citate asimmetrie normative tra Stati, come ad esempio differimento delle imposte dovute a lungo termine, deduzioni plurime sulla medesima spesa, doppie non-imposizioni (in tal senso sono state apportate modifiche al Modello di Convenzione fiscale dell'OCSE)<sup>5</sup>.

- CFC (Controlled Foreign Company) Rules: azione volta ad una definizione puntuale di "controllo" di un'impresa da parte di un'altra e di una normativa altrettanto precisa, in ottica di garantire che il trasferimento di redditi tra società di un medesimo Gruppo aziendale avvenga in modo appropriato.

A tal proposito l'OCSE ha anche indicato una serie di elementi necessari alla definizione di norme efficaci<sup>6</sup>:

1. Definizione di CFC
2. Requisiti di soglia per le CFC
3. Definizione di Reddito
4. Calcolo del Reddito
5. Attribuzione del Reddito
6. Prevenzione/eliminazione della doppia imposizione

- Interest deductions: azione volta al contrasto della riduzione della base imponibile (Base Erosion, appunto) mediante deduzione di interessi e di altri costi legati a finanziamenti infragrupo, attraverso l'imposizione di soglie percentuali che limitino lo sfruttamento dei benefici fiscali derivanti dall'indebitamento. Nello specifico il rapporto dell'OCSE

---

<sup>4</sup>Servizio del Bilancio, (2015), Nota breve, "*Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*". NB n. 13, ottobre 2015, Senato della Repubblica, XVII legislatura.

<sup>5</sup>OECD (2015) *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, disponibile a [9789264241138-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](https://www.oecd-ilibrary.org/publications/9789264241138-en.pdf).

<sup>6</sup>OECD (2015) *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, disponibile a [9789264241152-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](https://www.oecd-ilibrary.org/publications/9789264241152-en.pdf).

prevede quanto segue: le deduzioni degli interessi di un'entità devono essere strettamente connesse alla propria attività economica, sulla base dell'EBITDA<sup>7</sup>.

- Harmful Tax Practices: azione che ha come finalità quella di creare/uniformare la metodologia di valutazione dell'esistenza di un'attività sostanziale nel contesto di regimi preferenziali (questi ultimi, infatti, possono essere utilizzati con finalità di Profit Sharing). Dando una linea generale di valutazione, secondo cui è necessario che un'impresa del Gruppo abbia effettivamente sostenuto delle spese legate all'attività generatrice del reddito, si limita la possibilità di trasferimento dei redditi ai fini di eludere la tassazione<sup>8</sup>.

Sostanza → definizione di concrete linee normative internazionali comuni, su cui si basano 5 delle azioni proposte dall'OCSE:

- Preventing Tax Treaty Abuse: azione volta alla prevenzione, innanzitutto, del “Treaty shopping”<sup>9</sup>, attraverso una serie di disposizioni normative alle quale aderiscono gli Stati aderenti al Progetto BEPS, per cui vengono stabiliti una serie di standard minimi di accesso ai benefici derivanti da trattati fiscali tra due o più Stati. In aggiunta a ciò, vi sono delle modifiche al Modello di Convenzione fiscale dell'OCSE volte a chiarire che la natura dei trattati fiscali è quella di agevolare solamente chi ne ha diritto, e che non sono destinati ad alimentare opportunità di imposizione ridotta o non imposizione mediante l'evasione/elusione fiscale (tutti aspetti che i Paesi, qualora intendano stipulare accordi di tale natura, devono tenere in considerazione al fine della buona riuscita)<sup>10</sup>.
- Avoidance of PE Status: azione che mira alla modifica del concetto di “stabile organizzazione”, che ha riflessi ad esempio sulla tecnica elusiva di sostituire i distributori con “commissionaire arrangements”<sup>11</sup> che implica uno spostamento dei profitti dal Paese.

---

<sup>7</sup>OECD (2015) *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, disponibile a [9789264241176-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](#).

<sup>8</sup>OECD (2015) *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, disponibile a [9789264241190-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](#).

<sup>9</sup>evento che consiste nel tentativo di un soggetto, non risiedente in nessuno degli Stati stipulanti un trattato in ambito fiscale, di ottenere benefici fiscali riservati dal trattato stesso ai soli residenti. Tale pratica è solitamente messa in atto tramite la costituzione di società fittizie nei Paesi in cui il trattato è in vigore, che dal punto di vista sostanziale risultano invece quasi del tutto inesistenti.

<sup>10</sup>OECD (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, disponibile a [9789264241695-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](#).

<sup>11</sup>Esempio: un disco fisso collocato in un determinato luogo al fine di costituire sede fissa (“stabile organizzazione”) di affari dell'impresa estera, al solo fine di poter assoggettare i profitti al regime fiscale del Paese in cui è collocato. In generale si tratta di una serie di pratiche messe in

Inoltre, tali modifiche mirano anche a mitigare gli scopi elusivi delle strategie di frammentazione di attività commerciali tra imprese strettamente collegate, al fine ultimo di ottenere imposizioni ridotte<sup>12</sup>.

- TP Aspects of Intangibles: azione che mira a determinare un'adeguata allocazione dei profitti sulla base delle attività economiche che li hanno effettivamente generati, nel contesto di Gruppi aziendali operanti in Paesi soggetti a differenti tassazioni. In particolare, quest'azione fa riferimento ai beni immateriali, che per la loro natura risultano di difficile valutazione<sup>13</sup>.
- TP Risk and Capital: azione volta a garantire la corretta ripartizione dei rischi e profitti derivanti da accordi contrattuali, intesa tale solamente qualora la component del Gruppo abbia effettivamente la possibilità di esprimersi attivamente, di esercitare un controllo e di allocare proprie risorse a fronte del rischio stesso.
- TP High Risk Transactions: azione che ha il fine di mitigare le aree più rischiose su cui le società del Gruppo aziendale potrebbero "operare" al fine di ottenere vantaggi fiscali (ad esempio, incremento fittizio dei costi di gestione, livello dei rendimenti dei finanziamenti concessi da una component ad un'altra ecc..).

Trasparenza → comunicazione trasparente e costante tra gli Stati aderenti, maggiore collaborazione allo scopo di identificare azioni elusive, sempre in ottica di un'armonizzazione delle normative fiscali:

- Methodologies and Data Analysis: determinazione degli impatti derivanti dal BEPS in termini di perdite di gettito fiscale. Essendo la mole di dati disponibili ingente, ed essendo altrettanto facile ottenere dei risultati di analisi distorti, l'OCSE ha introdotto delle linee guida per gli Stati aderenti che consentano ai funzionari preposti non solo l'adeguata e

---

atto al fine di poter riuscire a spostare i profitti e la conseguente tassazione in Paesi diversi da quelli in cui vengono realmente generati.

<sup>12</sup>OECD (2015), *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*, disponibile a [9789264241220-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status_9789264241220-en.pdf).

<sup>13</sup>OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, disponibile a [9789264241244-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation_9789264241244-en.pdf).

tempestiva raccolta delle informazioni e dati necessari alle stime, ma anche di individuare le azioni intraprese a livello nazionale e gli effetti di mitigazione ottenuti<sup>14</sup>.

- Disclosure Rules: azione volta a fornire una panoramica dei regimi di divulgazione obbligatori (che si sposa comunque con la necessità di ottenere informazioni e dati con tempestività) che gli Stati aderenti dovrebbero implementare al fine di poter contrastare prontamente i fenomeni di pianificazione aggressiva (fiscale), ovvero le strategie programmate dai contribuenti (imprese) al fine di eludere la disciplina<sup>15</sup>.
- TP Documentations: armonizzazione della documentazione richiesta ai Gruppi aziendali e scambio della stessa mediante sistema automatizzato a livello internazionale, necessario al fine di valutare l'adeguatezza dei prezzi di trasferimento intercompany e di altri rischi BEPS. Nello specifico, è stato introdotto un "Master file" (al quale possono accedere le Amministrazioni dei vari Stati) ed un "Local file" (a cui possono accedere le sole amministrazioni locali)<sup>16</sup>.
- Dispute Resolution: azione volta alla riduzione delle tempistiche di risoluzione delle controversie (24 mesi) tramite l'introduzione di 11 best practices. L'intento è quello di ridurre il più possibile le incertezze relative all'interpretazione delle differenti normative dei vari Paesi e di evitare casi di doppia imposizione involontaria. Le linee guida BEPS, infatti, potrebbero essere di difficile interpretazione da parte delle Amministrazioni locali e ciò potrebbe tradursi in difficoltà a livello di applicazione della normativa<sup>17</sup>.

L'insieme di tali misure costituisce pertanto il "pacchetto BEPS", che ha visto l'inizio della sua concreta applicazione nel mese di luglio 2018, quando, a seguito di lunghe negoziazioni tra oltre 100 giuristi (concluse alla fine del 2016 e comprendenti oltre 2.000 accordi fiscali coinvolgenti Paesi di tutto il mondo), è stata stipulata la

---

<sup>14</sup>OECD (2015), *Measuring and Monitoring BEPS*, disponibile a [9789264241343-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](https://www.oecd-ilibrary.org/9789264241343-en.pdf).

<sup>15</sup>OECD (2015), *Mandatory Disclosure Rules*, disponibile a [9789264241442-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](https://www.oecd-ilibrary.org/9789264241442-en.pdf).

<sup>16</sup>OECD (2015), *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, disponibile a [9789264241480-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](https://www.oecd-ilibrary.org/9789264241480-en.pdf).

<sup>17</sup>OECD (2015), *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*, disponibile a [9789264241633-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](https://www.oecd-ilibrary.org/9789264241633-en.pdf).

“Convenzione Multilaterale” (*The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*).

Tutte le controparti aderenti alla Convenzione (tra cui anche l'Italia) hanno recepito nei propri sistemi normativi degli standard minimi volti all'implementazione delle azioni proposte dal G20 con il fine primo di agevolare da subito la trasparenza e lo scambio di informazioni automatico tra gli Stati sottoscrittori.

### **1.3. Le origini della disciplina: evoluzione storica del sistema normativo da cui è scaturito il Progetto BEPS**

Il Progetto BEPS (e quindi la disciplina relativa al Transfer Pricing) rappresenta il punto di arrivo di un lungo e tortuoso viaggio il cui scopo è da sempre quello di garantire che la globalizzazione, la concorrenza internazionale ed il progresso economico rappresentino esclusivamente opportunità di crescita e miglioramento, e non occasioni di arricchimento a scapito dei Paesi, ed indirettamente dei contribuenti.

La disciplina a supporto di queste finalità, oggi, presidia adeguatamente l'operato dei gruppi aziendali internazionali, ma da sempre risulta caratterizzata da sfumature che possono dar spazio ad interpretazioni diverse, utilizzabili per dare sostegno a manovre elusive. Per avere un quadro completo non è sufficiente considerare solamente le già citate linee guida del pacchetto BEPS, ma è necessario partire dall'origine e ripercorrere l'avanzamento dei regimi normativi.

Il punto di partenza della disciplina non va ricercato nella legislazione nazionale: l'Italia come gli altri Paesi ha infatti recepito solo in un secondo momento le direttive ed i regolamenti stilati da organizzazioni sovranazionali. Questo è chiaramente dovuto al fatto che i singoli Stati non avrebbero potuto implementare autonomamente sistemi di norme in ambito fiscale che consentissero di contrastare efficacemente le azioni elusive poste in essere dai contribuenti che operano cross-border (i gruppi aziendali): senza un intervento a monte da parte di organismi al di sopra degli Stati ci sarebbe stato il concreto rischio di ritrovarsi ad avere un panorama normativo fortemente eterogeneo nei vari Paesi, non armonizzato e quindi non in grado di contrastare le manovre manipolatorie. Il primo passo in tal senso venne fatto dalla Società delle Nazioni<sup>18</sup> che nel perseguire i propri

---

<sup>18</sup>La Società delle Nazioni è stata la prima organizzazione intergovernativa fondata nella Conferenza di Pace di Parigi del 1919 (ed estinta nel 1946 a seguito della Seconda Guerra Mondiale), composta inizialmente da 42 Stati Membri. L'obiettivo di tale organismo era quello di garantire la Pace a seguito della Grande Guerra, creando un sistema politico e giuridico ed

obiettivi di stabilità e pace, pubblicò il 5 aprile 1923 un documento che poneva le basi per l'implementazione di una normativa fiscale nazionale allineata. Il report, intitolato "*Report and Resolution on Double Taxation and Tax Evasion*", pose l'attenzione sul tema della doppia imposizione fiscale dei redditi e dell'evasione fiscale e la sua importanza, più che per i contenuti, è da far risalire al fatto che per la prima volta nel corso della storia veniva dato rilievo a tale questione in un contesto volto a garantire pace e stabilità. Tale pubblicazione fu quindi un "sintomo" della successiva centralità che assunse poi il tema fiscale come ambito da monitorare attentamente per poter garantire la stabilità economica.

Nel 1928 la Società delle Nazioni entrò più nel merito della tematica e pubblicò ben quattro Modelli di convenzione, uno dei quali relativo nello specifico al problema della doppia imposizione. Il Modello prevedeva che, dal punto di vista fiscale, le componenti di un gruppo aziendale venissero considerate unitamente alla capogruppo come unica entità economica (unitary entity)<sup>19</sup>, con conseguente ripartizione e tassazione dei redditi complessivamente prodotti dall'gruppo su base forfettaria. Tuttavia, risultò ancora complesso definire un metodo di allocazione dei redditi alle singole componenti che trovasse in accordo tutti gli Stati Membri, e pertanto la questione venne rimandata a seguito di una serie di studi e discussioni.

Nel 1933 il Modello di convenzione venne nuovamente discusso e aggiornato in sede della Commissione della Società delle Nazioni di Ginevra, dove venne proposta una nuova metodologia di attribuzione dei redditi: nello specifico si parla della Separate accounting Theory, che a differenza della Unitary entity Theory, impose una ripartizione dei redditi non partendo da un dato cumulativo diviso su a forfait, bensì un'allocazione derivante dall'effettiva attività economica svolta dalla singola componente del gruppo, ovvero dai ricavi effettivamente registrati e dai costi effettivamente sostenuti. La sostanziale differenza fu quindi il trattamento delle componenti di imprese multinazionali: se prima si guardava, fiscalmente, a tali società come un'unica figura operante in differenti Paesi, ora invece si sarebbero considerate come società "autonome", individuali. Tale approccio da subito parve più equo in ottica di doppia imposizione,

---

economico che arginasse le possibili controversie tra i vari Paesi senza replicare le situazioni e dinamiche già vissute nel corso della Prima Guerra Mondiale.

<sup>19</sup>Tale teoria era già presente nella versione non definitiva del Modello di convenzione del 1927 (League of Nations, Double Taxation and Evasion – Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Documento C.216.M.85.1927.11, 11 Aprile 1927)

poiché consentì di tassare solamente i redditi effettivamente prodotti dall'entity appartenente al gruppo secondo il regime impositivo del Paese in cui opera. D'altro canto, se tale impostazione avesse consentito di evitare la doppia tassazione, a differenza del "modello unitario" avrebbe lasciato aperta la possibilità di implementazione di manovre elusive. La Unitary Theory, infatti, se pur non in grado di arginare la criticità della doppia tassazione, risultò estremamente più efficace in ottica di contrasto all'elusione fiscale, poiché le eventuali strategie di trasferimento di base imponibile in Stati con regimi fiscali agevolati, non sarebbero state possibili visto l'approccio alle imprese del gruppo come unica entità economica e la considerazione di un unico reddito accumulato da ripartire poi tra le varie entity. Nonostante tale osservazione si convenne che la teoria da adottare avrebbe dovuto essere quella separatista, che avrebbe però necessitato di integrazioni normative a supporto per poter contrastare le opportunità di strategie elusive sorte proprio a seguito della suddetta impostazione.

La strategia elusiva maggiormente utilizzata sia all'epoca che oggi, dai gruppi operanti in differenti Stati, consiste proprio nel trasferimento di base imponibile da un Paese all'altro mediante compravendite infragruppo a condizioni differenti da quelle di mercato, gonfiando i profitti delle società operanti in regimi fiscali agevolati. La difficoltà delle autorità fiscali dei Paesi coinvolti stava proprio nel comprendere quando tali manovre avessero realmente fini elusivi e quando le condizioni pattuite nel "microsistema" di gruppo fossero invece coerenti con le politiche interne e l'andamento del mercato. La manipolazione del valore di tali scambi poteva essere razionalmente motivata dal gruppo, ad esempio, sostenendo che proprio per la natura di società collegate/controlate venissero applicati degli sconti alle operazioni di compravendita interne. Il rischio era pertanto quello di trovarsi di fronte a operazioni totalmente non regolamentate ed a condizioni assolutamente differenti rispetto a quelle effettuate nei confronti di terze parti. Per poter arginare questi rischi le Amministrazioni finanziarie locali tentarono di tratteggiare un confine entro il quale le operazioni intercompany si sarebbero potute considerare congrue: il fine era quello di stabilire il perimetro della presenza di volontà elusiva. Per tracciare tale linea le autorità fiscali non poterono entrare nello specifico (motivo per cui ancora oggi si parla della già citata "Zona grigia" della disciplina), ma dovettero porsi ad un livello più elevato per poter dare una definizione che potesse essere applicata a tutte le casistiche, seppur a scapito delle singolari peculiarità che caratterizzano tali operazioni

e che ancor oggi, proprio a causa della loro unicità, risultano essere di difficile interpretazione.

Il risultato di tale studio si può riassumere come segue: similarità tra prezzo pattuito nelle transazioni infragruppo a quello stabilito nelle operazioni indipendenti<sup>20</sup>. Se è vero che il perimetro stabilito è generico e non entra nello specifico lasciando alle autorità fiscali una guida su come impostare le proprie attività di controllo, più che una lista di casi concreti con relative disposizioni, va detto anche che tale definizione toglie qualsivoglia dubbio su una serie di casistiche che non possono più essere giustificate in alcun modo dalle imprese coinvolte.

In tale ottica è doveroso introdurre il concetto di “valore normale”, che per la prima volta venne utilizzato nel Modello di Città del Messico del 1943: tale locuzione sintetizza al meglio l’indicazione del valore che le transazioni infragruppo dovrebbero avere al fine di essere conformi a quanto indicato nei Modelli di Convenzione proposti dalla Società delle Nazioni. A seguito dello scioglimento quest’ultima, nel 1946, il tema della doppia imposizione fiscale e dei prezzi di trasferimento venne ripreso dall’OECE (Organization for European Economic Cooperation)<sup>21</sup>, ed in particolare da un Comitato interno preposto esclusivamente a tale funzione. L’OECE ebbe il fondamentale ruolo di ricostruzione e stabilizzazione dell’economia nel post-guerra, con una serie di obiettivi di carattere prettamente economico e commerciale, tra cui quello di sviluppare gli scambi reciproci tra i vari Stati riducendo gli ostacoli allo sviluppo degli stessi (ad es.: dazi doganali). In tale periodo infatti inizierà quel processo di globalizzazione che, passando per il boom economico degli anni ’60, porterà progressivamente alla creazione di un “mercato mondiale”. E proprio in tale panorama, il 14 dicembre 1960, venne sottoscritta la Convenzione di Parigi da parte dei rappresentanti degli Stati Membri dell’OECE e di Stati Uniti e Canada, che diede vita all’OCSE (in inglese OECD, Organization for Economic

---

<sup>20</sup>Art.9 Modello di Convenzione OCSE: "*Where conditions are made or imposed between the two associated enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and tax accordingly*".

<sup>21</sup>L’OECE venne costituita il 16 aprile 1948 a seguito della Conferenza per la cooperazione economica europea tenutasi a luglio 1947, e della successiva redazione del Piano Marshall avvenuta nell’aprile del 1948. Composta inizialmente dai 16 Stati che presero parte alle suddette conferenze, l’OECE ricoprì un ruolo essenziale nella ricostruzione economia del post-guerra.



Co-operation and Development)<sup>22</sup>: nel 1965 l'Organizzazione creò un Comitato fiscale, le cui finalità erano volte esclusivamente allo studio del funzionamento dei regimi fiscali nazionali per poter sviluppare un modello che contrastasse adeguatamente le doppie imposizioni. Nel 1963 l'OCSE pubblicò il documento chiamato "*Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*"<sup>23</sup>, e contestualmente ne raccomandò l'adozione a tutti gli Stati membri. Il Modello, seppur non vincolante in quanto non avente natura di norma di diritto internazionale<sup>24</sup>, spinse gli Stati, da quel momento in poi, a redare le convenzioni bilaterali conformandosi alla disciplina.

Sebbene il Modello del 1963 rappresentò uno spartiacque per la disciplina internazionale, in Base Erosion and Profit Sharing la prima vera regolamentazione organica risale al 1979, quando l'OECD pubblicò una Raccomandazione intitolata "*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*". La prefazione del documento pone fin da subito in luce i problemi relativi alla doppia imposizione, derivanti dal processo di sviluppo dei mercati mondiali e la sempre maggior presenza di "multinational enterprises" (MNE), sottolineando la potenza economica crescente di tali agglomerati d'impresе, operanti in molteplici Stati e quindi sottoposti a regimi normativi differenti e spesso in contrasto tra loro. In secondo luogo, viene posta l'attenzione sui prezzi di trasferimento praticati dalle MNEs e le problematiche che possono scaturire dalla volontà di ottenere agevolazioni fiscali indebite: il Modello in questo secondo passo fa riferimento al già citato concetto di "valore normale" (espressamente citato come arm's length price) delle transazioni infragruppo, ed alle opportunità di Base Erosion che i gruppi multinazionali hanno

---

<sup>22</sup>L'OECD divenne "operativa" solamente due anni dopo la firma della Convenzione di Parigi, e mantenne gli obiettivi che già guidavano la precedente OEEC integrandoli con ulteriori finalità riassumibili come segue: espansione dell'economia e del commercio mondiale, stabilità finanziaria, supporto ai Governi nazionali degli Stati Membri nell'adattamento alle continue evoluzioni degli scenari economici. L'Organizzazione, inoltre, ha progressivamente introdotto degli enti interni volti allo studio e al monitoraggio costante delle politiche nazionali dei vari Paesi (tra cui anche i sistemi impositivi adottati), sempre in ottica di sostegno agli stessi.

<sup>23</sup>OECD (1963), "*Draft Double Taxation Convention on Income and Capital 1963*", disponibile a [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/draft-double-taxation-convention-on-income-and-capital\\_9789264073241-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/draft-double-taxation-convention-on-income-and-capital_9789264073241-en#page1).

<sup>24</sup>L'Art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia del 26 giugno 1945 recita: "1. La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica: a) le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite; b) la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto; c) i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili; d) con riserva della disposizione dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche. 2. La presente disposizione non pregiudica la facoltà della Corte di statuire ex aequo et bono se le parti vi consentono"

(ottenibili tramite lo spostamento di profitti nella forma di royalties, service fees, cost charges)<sup>25</sup>. Il focus si posa insistentemente sul contrasto tra i prezzi di trasferimento applicati dalle Multinational enterprises e il principio della libera concorrenza (arm's length principle)<sup>26</sup>, facendo intendere come sia proprio questo il punto principale della disciplina su cui fare leva per poter garantire un'adeguata allocazione dei redditi prodotti e conseguentemente una corretta tassazione.

Nonostante la specificità con cui i temi sono affrontati, va precisato che il Report non rappresenta un documento che riepiloga e disciplina esaustivamente tutte le casistiche implicate nel panorama del Profit Sharing, sia per l'impossibilità di ottenere un risultato esauriente vista l'estrema eterogeneità delle realtà economiche cui è rivolto, sia per l'elevata granularità delle dinamiche che si possono venire a creare nei rapporti infragruppo. L'intento, come chiaramente comprensibile dalla struttura del documento, è quello di dettare delle linee guida che possano essere declinate concretamente nell'applicazione di adeguati prezzi di trasferimento quanto più prossimi all'arm's length price. La Raccomandazione si pone ad un livello superiore rispetto ai regimi nazionali e alle relative normative, in risposta alla necessità di integrazione delle disparate discipline fiscali, che per poter essere efficaci anche nei confronti delle MNEs, necessitano di un'armonizzazione dettata da un organismo sovranazionale. Una regolamentazione nazionale in tema di *transfer pricing* tracciata autonomamente non sarebbe sufficiente a superare il problema della doppia imposizione: due Paesi in cui il gruppo aziendale svolge le proprie attività potrebbero avere regimi che considerati congiuntamente nel contesto di un'operazione transfrontaliera sancirebbero una doppia tassazione del medesimo reddito, derivante dalla medesima fonte, se non coadiuvati da una normativa sovrastante.

Fermo restando quanto esposto, anche le Guide Lines del 1979 non ebbero efficacia giuridica e pertanto non risultarono vincolanti per gli Stati aderenti: assodato tale concetto, tuttavia, va detto che i Governi si sono progressivamente adeguati a tali "Direttive" in quanto i benefici derivanti dal perseguimento degli obiettivi in esse enunciati risultano favorire non solo le MNEs (in termini di eliminazione di doppie

---

<sup>25</sup>OECD (1979), "*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*", disponibile a [https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/transfer-pricing-and-multinational-enterprises\\_9789264167773-en#page3](https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/transfer-pricing-and-multinational-enterprises_9789264167773-en#page3).

<sup>26</sup>L'Arm's length principle è il principio di libera concorrenza stabilito, appunto, dalle Linee Guida dell'OCSE secondo il quale il prezzo equo applicabile nelle transazioni infragruppo è quello che sarebbe stato pattuito per transazioni similari poste in essere da imprese indipendenti.

imposizioni), ma anche gli stessi Stati, in termini di riduzione della Base Erosion e del Profit Sharing (che si traduce in maggiori entrate legate alla tassazione dei redditi).

Dal 1977 il Modello ha subito una serie di modifiche ed aggiornamenti, originati dal costante monitoraggio dei mercati e dei sistemi impositivi, dal continuo studio e ricerca di metodologie e strumenti in grado di non ostacolare il progresso dei mercati mondiali e al tempo stesso di garantire l'adeguatezza e la correttezza della tassazione dei redditi, nonché dalla collaborazione con i Governi degli Stati membri e le autorità fiscali nazionali.

Nel 1984 venne pubblicato un ulteriore documento dall'OECD<sup>27</sup>, che discuteva dei medesimi temi di prezzi di trasferimento (anche ne settore bancario), doppia imposizione e allocazione di costi per specifiche tipologie di servizi infragruppo.

Una svolta importante si ebbe poi nel 1995 quando vennero pubblicate le Linee Guida OECD (aggiornate poi nel 1996)<sup>28</sup>, che per la prima volta dava delle indicazioni anche in merito alla disclosure, predisponendo concretamente un set documentale relativo alla disciplina del *transfer pricing*, oltre che ad un aggiornamento sulle metodologie di determinazione dei *transfer price*. In particolare, il report enunciava l'introduzione di uno strumento fondamentale in ottica di risoluzione delle controversie tra autorità fiscali e contribuenti (imprese), denominato APA (Advance Pricing Arrangements)<sup>29</sup>: si tratta di veri e propri accordi stipulati tra impresa e amministrazione fiscale volti alla determinazione congiunta dei prezzi di trasferimento prima dell'attuazione della transazione (si tratta quindi di uno strumento preventivo della possibile controversia).

D'altro canto, non essendo possibile intervenire preventivamente in maniera assidua alle controversie, venne proposto anche il Mutual Agreement Procedure (MAP)<sup>30</sup>, una serie di procedure implementabili al fine di risolvere ex-post le controversie sorte.

---

<sup>27</sup>OECD (1984), "*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*", disponibile a [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/transfer-pricing-and-multinational-enterprises\\_9789264167803-en#page5](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/transfer-pricing-and-multinational-enterprises_9789264167803-en#page5).

<sup>28</sup>OECD (1995), "*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*", disponibile a [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-1995\\_g2g7fa2a-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-1995_g2g7fa2a-en#page1).

<sup>29</sup>OECD (1995) *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations* Cap. IV sez. F, p. 136.

<sup>30</sup>Per maggiori dettagli si rimanda al sito Agenzia delle Entrate, <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/english/nse/business/double-taxation-relief/mutual-agreement->

Successivamente, per consolidare le regole di disclosure (già introdotte nel 1995), nel 2002 la Commissione Europea istituì l'European Joint Transfer Pricing Forum<sup>31</sup>, ovvero un mezzo per il confronto tra le varie autorità nazionali al fine di definire un set preciso di documenti a supporto delle transazioni transfrontaliere. Questo aggregato di informazioni prese il nome di *European Union Transfer Price Documentation* (EU TPD), composto da:

- Master file: documento relativo al gruppo multinazionale che raccoglie informazioni finalizzate a fornire un inquadramento generale del business del Gruppo, della sua struttura, dei contesti di mercato in cui opera.
- Country file: documento integrativo del Master file che riepiloga una serie di informazioni di dettaglio in merito alle singole componenti del Gruppo, e descrive le politiche dei prezzi di trasferimento adottate dallo stesso.

L'introduzione di tali obblighi informativi ha contribuito ulteriormente a ridurre la possibilità di intraprendere azioni elusive da parte dei gruppi multinazionali, a dimostrazione di come anche la disciplina fiscale stesse progredendo di pari passo con l'evoluzione degli scenari economici e commerciali mondiali.

Nel 2010 vennero ulteriormente aggiornate le Linee Guida OECD, che non introduce significative modifiche in termini di nuove direttive e disclosure, ma piuttosto in termini di modalità applicative: se fino a quel momento i Modelli dell'Organizzazione stilavano una sorta di gerarchia dei metodi da utilizzare, questo aggiornamento segna la transizione alla *best method rule*, ovvero alla teoria secondo cui non vi è un metodo migliore in termini assoluti, ma va individuato in base alle circostanze<sup>32</sup>.

Lo step successivo si concretizza con il Progetto BEPS, di cui si è parlato nella prima parte del presente capitolo, che risulta essere quindi il risultato di decenni di evoluzione della regolamentazione internazionale del *transfer pricing*.

---

procedure#:~:text=The%20Mutual%20Agreement%20Procedure%20(MAP,or%20of%20a%20t ax%20treaty.

<sup>31</sup>Il Forum opera sulla base di mandati quadriennali ed è costituito da un gruppo di esperti il cui compito si riassume nella ricerca di soluzioni ai problemi relativi all'applicazione dell'arm's length principle.

<sup>32</sup>Tale approccio è coerente con quanto enunciato nelle pagine precedenti: la normativa dell'OECD non può essere esaustiva a causa dell'eterogeneità di situazioni che si possono verificare in ambito di Base Erosion e Profit Sharing. Quando si tratta quindi di contrastare tali problematiche non si può parlare di miglior metodo, in quanto le peculiarità di ogni casistica possono portare a definire metodologie differenti come migliori.

Le Guide Lines OECD vennero successivamente aggiornate ed integrate nel 2015, 2017 2020 e 2022 per consolidare la disciplina, principalmente in due ambiti:

- Applicazione del Transactional Profit Split Method e valutazione dei beni immateriali da parte delle Amministrazioni fiscali
- Transazioni finanziarie

Il primo punto si inserisce nel contesto della determinazione del “valore normale” della transazione, basato sul già citato principio di libera concorrenza: la normativa internazionale prevede 5 metodologie per la determinazione del suddetto corrispettivo, che si suddividono tra metodi tradizionali e metodi reddituali.

I metodi tradizionali si distinguono in:

- il metodo del prezzo comparabile di libero mercato (CUP); il metodo risulta tra le migliori soluzioni, qualora vi siano operazioni comparabili che ne consentano l'effettiva applicazione;
- il metodo del prezzo di rivendita (Resale Minus); il metodo risulta adatto alle casistiche in cui il Gruppo è costituito da una capogruppo produttrice e da una o più controllate distributrici;
- il metodo del costo maggiorato (Cost Plus); metodo che risulta migliore in contesti in cui una o più controllate appartenenti al Gruppo producono semilavorati venduti poi alla capogruppo.

I metodi reddituali si suddividono, invece, in:

- il metodo della ripartizione degli utili (Profit Split); metodo che risulta applicabile solo in caso di imprese associate altamente integrate, utile qualora si trattino transazioni di beni immateriali
- il metodo del margine netto della transazione (TNMM); metodo comunemente più utilizzato, che consiste nel confronto dell'utile netto relativo ad una base appropriata realizzato da un contribuente (controllato) con i risultati di un gruppo di contribuenti non controllati.

Nel 2019 il Joint Transfer Pricing Forum ha diffuso uno studio sull'applicazione del metodo della ripartizione degli utili (recepito successivamente nelle Guide Lines) chiarendo alcuni aspetti essenziali. La difficoltà maggiore del suddetto metodo risiede nell'individuazione dei meccanismi di ripartizione dell'utile: il metodo prevede infatti

che venga rilevato l'utile globalmente e che successivamente venga ripartito sulla base dei costi effettivamente sostenuti, dei rischi assunti e dell'apporto di ogni singola impresa del Gruppo al raggiungimento dello scopo finale<sup>33</sup>. A tal fine l'integrazione ha chiarito le due strade intraprendibili nella valutazione della ripartizione:

- Analisi del contributo (Contributo analysis): tale criterio prevede che la suddivisione degli utili avvenga in virtù del "valore relativo" delle funzioni svolte dalle imprese associate, confrontando ove possibile con dati di mercato relativi alla ripartizione effettuata da imprese indipendenti, o, altrimenti, considerando i rischi assunti e i beni impiegati nelle transazioni analizzate;
- Analisi del residuo (residual analysis): il criterio prevede una prima fase di ripartizione in cui viene assegnata una quota di utile ad ogni impresa associata, determinata sulla base di rendimenti di mercato ottenuti in operazioni simili da imprese indipendenti, che garantisca comunque un rendimento adeguato; l'utile residuale viene poi suddiviso analizzando circostanze utili a comprendere come sarebbe avvenuta la suddivisione tra imprese indipendenti.

Il Profit split method risulta essere, quindi, particolarmente complesso nella sua applicazione, dato l'elevato grado di arbitrarietà nel calcolo degli utili attribuibili alle diverse componenti del Gruppo, ma, d'altro canto, risulta funzionale al calcolo dei prezzi di trasferimento relativi ad operazioni che coinvolgono beni intangibili, che per loro natura risultano nella maggior parte dei casi difficilmente comparabili.

È chiaro quindi come il tema degli intangibili risulti ostico non solo per il contribuente, ma anche per l'Amministrazione finanziaria, che nelle proprie analisi non può affidarsi al confronto con operazioni comparate, fattore che influisce notevolmente sulla determinazione del prezzo, essendo quest'ultima chiaramente soggettiva<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup>Per maggiori dettagli si rimanda al sito: [https://rivoiracommercialisti.it/wp-content/uploads/2022/05/speciale21\\_22.pdf](https://rivoiracommercialisti.it/wp-content/uploads/2022/05/speciale21_22.pdf)

<sup>34</sup>Secondo le Linee Guida OCSE le transazioni che hanno per oggetto il trasferimento o l'utilizzo di HTVI possono presentare una o più delle seguenti caratteristiche:

- al momento del trasferimento il bene immateriale è solo parzialmente sviluppato;
- il bene immateriale non è commercialmente sfruttabile, se non dopo svariati anni;
- il bene immateriale è parte integrante dello sviluppo o del miglioramento di altri beni immateriali che rientrano nella definizione di HTVI;
- al momento del trasferimento il futuro sfruttamento del bene immateriale non è ipotizzabile ed è altamente incerto fare proiezioni;
- l'HTVI è trasferito ad un'impresa associata a fronte del pagamento di una somma in un'unica soluzione (c.d. .. lump sum payment); il

In merito alle transazioni finanziarie nel 2020 l'OECD ha pubblicato il documento “*Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions*” (poi recepito nelle Guide Lines) che pone l'attenzione sulla gestione della tesoreria, copertura del rischio, cash pooling e garanzie finanziarie, stabilendo che la misura congrua di un finanziamento infragruppo dev'essere determinata considerando quello che sarebbe l'importo massimo che un contribuente indipendente sarebbe disposto ad accettare, tenendo conto delle proprie capacità di rimborso. Anche in tale ambito vanno considerati asset impiegati e rischi assunti, nonché eventuali incongruenze tra rischio assunto contrattualmente dall'impresa e capacità di sostenerlo, ovvero di adempiere alle obbligazioni assunte.

La regolamentazione internazionale, se pur non vincolante per i Paesi, venne recepita nell'ordinamento italiano, che risulta all'avanguardia in materia di *transfer pricing*, sin dalle origini della disciplina.

#### **1.4. Il regime normativo italiano in ambito di Prezzi di Trasferimento**

Come illustrato nei precedenti paragrafi, la disciplina internazionale ha riscontrato non poche difficoltà nel pervenire a risultati efficaci in ambito di Base Erosion, Profit Sharing e di plurima tassazione del medesimo reddito, soprattutto in termini di armonizzazione dei regimi nazionali. In tale ottica l'Italia è da sempre uno dei Paesi che meglio è riuscito a conformarsi alle esigenze di cooperazione tra Stati e di parziale “rinuncia” alla propria sovranità al fine di favorire, appunto, il raggiungimento di obiettivi comuni perseguiti in primis da Organizzazioni Internazionali, come la Società delle Nazioni prima e l'ONU poi.

Per delineare il perimetro della normativa italiana e comprendere i capi saldi su cui poggia è necessario premettere che va considerato un duplice punto di vista: in primo luogo va analizzata la posizione assunta in merito alla possibilità di doppia tassazione dei redditi, in secondo va compreso come le autorità nazionali si “rapportano” al tema del *Transfer Pricing*.

In merito al primo punto la risposta del legislatore italiano va ricercata nell'art. 165 del D.P.R. 22 dicembre 1986 n.917 (Testo Unico delle imposte sui redditi – successivamente modificato nel 2003), che trova applicazione indipendentemente dalla presenza di accordi

---

- bene immateriale è utilizzato o sviluppato all'interno di un CCA (Cost Contribution Agreement) o di accordi similari.

a contrasto della doppia imposizione tra gli Stati coinvolti (e l'Italia stessa)<sup>35</sup>. Il comma 1 di tale articolo stabilisce la via intrapresa dalle autorità italiane per indirizzare il problema della doppia imposizione, che risulta essere estremamente all'avanguardia in quanto offre una soluzione che prescinde da criteri impositivi stabiliti dagli Stati esteri e consente ai residenti in Italia che producono redditi all'estero di detrarre dall'imposta a debito ivi dovuta quella pagata nel Paese di percezione del reddito, mediante il meccanismo del credito d'imposta. Con questo lo Stato italiano non vuole agevolare sistematicamente i soggetti residenti ogniqualvolta producano redditi all'estero, bensì si

---

<sup>35</sup>L'art. 165 del TUIR recita: 1. "Se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta fino alla concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione. 2. I redditi si considerano prodotti all'estero sulla base di criteri reciproci a quelli previsti dall'articolo 23 per individuare quelli prodotti nel territorio dello Stato. 3. se concorrono redditi prodotti in più Stati esteri, la detrazione si applica separatamente per ciascuno Stato. 4. La detrazione di cui al comma 1 deve essere calcolata nella dichiarazione relativa al periodo d'imposta cui appartiene il reddito prodotto all'estero al quale si riferisce l'imposta di cui allo stesso comma 1, a condizione che il pagamento a titolo definitivo avvenga prima della sua presentazione. Nel caso in cui il pagamento a titolo definitivo avvenga successivamente si applica quanto previsto dal comma 7. 5. La detrazione di cui al comma 1 può essere calcolata dall'imposta del periodo di competenza anche se il pagamento a titolo definitivo avviene entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al primo periodo d'imposta successivo. L'esercizio della facoltà di cui al periodo precedente è condizionato all'indicazione, nelle dichiarazioni dei redditi, delle imposte estere detratte per le quali ancora non è avvenuto il pagamento a titolo definitivo.

6. L'imposta estera pagata a titolo definitivo su redditi prodotti nello stesso Stato estero eccedente la quota di imposta italiana relativa ai medesimi redditi esteri, costituisce un credito d'imposta fino a concorrenza della eccedenza della quota d'imposta italiana rispetto a quella estera pagata a titolo definitivo in relazione allo stesso reddito estero, verificatasi negli esercizi precedenti fino all'ottavo. Nel caso in cui negli esercizi precedenti non si sia verificata tale eccedenza, l'eccedenza dell'imposta estera può essere riportata a nuovo fino all'ottavo esercizio successivo ed essere utilizzata quale credito d'imposta nel caso in cui si produca l'eccedenza della quota di imposta italiana rispetto a quella estera relativa allo stesso reddito di cui al primo periodo del presente comma. Le disposizioni di cui al presente comma relative al riporto in avanti e all'indietro dell'eccedenza si applicano anche ai redditi d'impresa prodotti all'estero dalle singole società partecipanti al consolidato nazionale e mondiale, anche se residenti nello stesso paese, salvo quanto previsto dall'articolo 136, comma 6. 7. Se l'imposta dovuta in Italia per il periodo d'imposta nel quale il reddito estero ha concorso a formare l'imponibile è stata già liquidata, si procede a nuova liquidazione tenendo conto anche dell'eventuale maggior reddito estero, e la detrazione si opera dall'imposta dovuta per il periodo d'imposta cui si riferisce la dichiarazione nella quale è stata richiesta. Se è già decorso il termine per l'accertamento, la detrazione è limitata alla quota dell'imposta estera proporzionale all'ammontare del reddito prodotto all'estero acquisito a tassazione in Italia. 8. La detrazione non spetta in caso di omessa presentazione della dichiarazione o di omessa indicazione dei redditi prodotti all'estero nella dichiarazione presentata. 9. Per le imposte pagate all'estero dalle società, associazioni e imprese di cui all'articolo 5 e dalle società che hanno esercitato l'opzione di cui agli articoli 115 e 116 la detrazione spetta ai singoli soci nella proporzione ivi stabilita. 10. Nel caso in cui il reddito prodotto all'estero concorra parzialmente alla formazione del reddito complessivo, anche l'imposta estera va ridotta in misura corrispondente".



tratta di una scelta ragionata, in quanto la detrazione di cui sopra è possibile solo “*fino a concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero e il reddito complessivo (...)*”<sup>36</sup>, e purché il pagamento dell'imposta nel Paese estero derivi da un assunto per cui anche nell'ordinamento italiano è sorto un debito tributario.

Passato brevemente in rassegna l'approccio della disciplina italiana in merito alle criticità della doppia imposizione<sup>37</sup>, passiamo ora a comprendere come le autorità nazionali hanno adeguato il regime fiscale alle linee guida internazionali (OCSE) al fine di contrastare le numerose e già citate minacce derivanti dalle strategie elusive adottate dai Gruppi multinazionali.

La prima serie di norme riguardanti i prezzi di trasferimento venne introdotto dal legislatore italiano nel 1973, nello specifico con il D.P.R. 597/1973, che definì il metodo per la determinazione dei prezzi di trasferimento: ritorna ancora una volta il concetto di valore normale come concetto strettamente legato al principio della libera concorrenza.

L'art.9 del D.P.R., infatti, enuncia 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*”. L'approccio nazionale risultò, pertanto, già in linea con le linee guida internazionali.

Proprio nella direzione di conformarsi a pieno ai principi internazionali, l'ordinamento italiano con la Circolare Ministeriale n.32/1980, recepì le indicazioni contenute nel rapporto OECD del 1979. La Circolare delineò l'ambito di applicazione dei principi sul *Transfer Pricing* riassumendo una serie di presupposti minimi, e di fatto offrì per la prima volta una disamina delle metodologie di calcolo dei prezzi di trasferimento (ovvero del prezzo adeguato, il “valore normale” di già si è discusso nei precedenti paragrafi). Se con tale circolare però, il perimetro di applicazione comprese solo le imprese assoggettate al

---

<sup>36</sup>Art. 165 comma 1 TUIR.

<sup>37</sup>L'elaborato si focalizza sulla disciplina dei prezzi di trasferimento, pertanto si è preferito mantenere un carattere solamente introduttivo – e se si vuole superficiale – della normativa nazionale del credito d'imposta.

controllo di società estere, nel 1981<sup>38</sup> tale presupposto soggettivo venne modificato al fine di ricomprendere tutte i rapporti di influenza dominante tra soggetti residenti e non residenti.

Nel 1986 tali regolamentazioni confluirono nell'articolo 7 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (il sopra citato TUIR) e successivamente per circa due decenni non si ebbero aggiornamenti di tale normativa. Solo nel 2010 le autorità nazionali ritennero opportuno aggiornare la disciplina, sempre con l'intento di stare al passo dell'evoluzione delle linee guida internazionali. L'aggiornamento si concretizzò nel Decreto-Legge 78/2010<sup>39</sup>, che introdusse nel regime italiano le regole relative alla disclosure in tema di *Transfer Pricing*, ovvero della documentazione minima da predisporre in caso di rapporti infragrupo stabilita dalle linee guida OECD nel medesimo anno. Il Decreto inoltre aggiorna il Decreto Legislativo 471/1997<sup>40</sup>, introducendo un nuovo comma all'art.1<sup>41</sup>, che determina la possibilità di non applicazione di sanzioni tributarie qualora vengano determinati maggiori profitti in ottemperanza della disciplina del *Transfer Pricing*, e venga presentata dal soggetto la documentazione stabilita da Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate<sup>42</sup>: nello specifico si fa riferimento all'informativa richiesta dalle Linee Guida OECD, ovvero il Master file ed il Country file<sup>43</sup>.

Tuttavia, va specificato che la presentazione di tale documentazione non è di fatto un obbligo per il contribuente (impresa), bensì una facoltà che si configura all'interno di un sistema premiale, che prevede, per i soggetti che predispongono tali documenti dimostrandosi collaborativi nei confronti delle autorità fiscali, la non-applicazione di eventuali sanzioni. Molteplici Paesi, a differenza dell'Italia, hanno prediletto una strada

---

<sup>38</sup>Circolare Ministeriale n.42

<sup>39</sup>Decreto-legge del 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modifiche dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122

<sup>40</sup>Decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 471 in ambito di sanzioni tributarie.

<sup>41</sup>Art. 1 comma 2-ter: 2-ter In caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'articolo 110, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, da cui derivi una maggiore imposta o una differenza del credito, la sanzione di cui al comma 2 non si applica qualora, nel corso dell'accesso, ispezione o verifica o di altra attività istruttoria, il contribuente consegna all'Amministrazione finanziaria la documentazione indicata in apposito provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati. Il contribuente che detiene la documentazione prevista dal provvedimento di cui al periodo precedente, deve darne apposita comunicazione all'Amministrazione finanziaria secondo le modalità e i termini ivi indicati. In assenza di detta comunicazione si rende applicabile il comma 2.

<sup>42</sup>Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, n. 137654.

<sup>43</sup>Per maggiori dettagli si rimanda a pagina 10.

differente, configurando la presentazione della documentazione relativa al *Transfer Pricing* come un obbligo, con annesso sistema sanzionatorio in caso di non ottemperanza (è il caso, ad esempio di Francia, Germania e Cina)<sup>44</sup>.

Il contenuto e la forma delle disposizioni messe a disposizione del Fisco sono stati, a livello nazionale, ulteriormente chiariti dalla Circolare dell’Agenzia delle Entrate 58/E del 2010<sup>45</sup>, che sostanzialmente sottolinea come non sia solo la forma a determinare l’idoneità della documentazione ma anche la qualità delle informazioni fornite dai contribuenti.

Nel 2015 il Fisco si preoccupò di regolamentare la materia degli Accordi Preventivi (APA - Advance Pricing Arrangements), attraverso il D.Lgs. 147/2015<sup>46</sup>. In particolare, l’art. 31-ter prevede il già citato obbligo per le società di documentare in modo adeguato i prezzi di vendita o di acquisto di beni e/o servizi tra società appartenenti al medesimo Gruppo multinazionale, al fine di dimostrare che tali prezzi siano allineati al “valore normale”. Importante in tale contesto risulta poi il D.Lgs. 158/2015<sup>47</sup>, che modifica il D.Lgs 74/2000<sup>48</sup> sancendo l’irrelevanza a fini penali delle rettifiche di prezzo operate in ottemperanza della normativa del *Transfer Pricing*, qualora correttamente documentate e giustificate nella documentazione richiesta e presentata all’Agenzia delle Entrate.

Nel 2016 la legge di Stabilità fornì un ulteriore, ed essenziale, aggiornamento della disciplina, sancendo un altro importante obbligo ai fini della collaborazione con le autorità fiscali, ovvero ai fini del rispetto della disciplina in ambito di prezzi di trasferimento<sup>49</sup>: nello specifico il comma 145 dell’art.1 prevede che le società che effettuano operazioni con parti affiliate residenti in Paesi terzi (ovvero i Gruppi

---

<sup>44</sup>Per maggiori dettagli si rimanda a “*EY Worldwide Transfer Pricing Reference Guide 2019-2020*”.

<sup>45</sup>Circolare 58/E 15 dicembre 2010.

<sup>46</sup>Il Decreto ha introdotto l’art. 31-ter nel D.P.R. 600/1973.

<sup>47</sup>Il Decreto ha recepito le linee guida dell’OECD sulla documentazione dei prezzi di trasferimento, introducendo i 3 documenti specifici già citati: Master file e Country file. Oltre a questo, ha introdotto anche un’apposita sezione all’interno dell’Agenzia delle Entrate per la revisione e la verifica della documentazione sui prezzi di trasferimento, aumentando di fatto la trasparenza e favorendo un controllo fiscale più rigoroso.

<sup>48</sup>Il Decreto aveva precedentemente introdotto sanzioni per le società che non rispettano obblighi di documentazione e l’istituzione di una Commissione Tributaria per la risoluzione delle controversie in tema di prezzi di trasferimento.

<sup>49</sup>Legge 28 dicembre 2015, n.208. Tale legge, conosciuta appunto come Legge di Stabilità, ha introdotto importanti normative in ambito fiscale, toccando anche il tema dei prezzi di trasferimento, introducendo obblighi informativi e sanzioni.

multinazionali) siano tenute a predisporre e presentare annualmente il Country by Country file<sup>50</sup>. Nello specifico si tratta di un report fiscale, richiesto alle società Capogruppo dei Gruppi multinazionali residenti nel territorio dello Stato italiano, che riporti le attività economiche e fiscali svolte dalle società stesse e dalle loro controllate nei diversi Paesi in cui operano, comprese informazioni dettagliate sulle entità del gruppo, sui ricavi, sui profitti, sui dipendenti, sulle attività e sui beni immateriali, nonché sulle imposte maturate e pagate. Tale obbligo è applicabile a queste categorie di società solo qualora abbiano le seguenti “caratteristiche”:

- Obbligo di redazione del bilancio consolidato
- Fatturato consolidato conseguito dal Gruppo nel periodo d'imposta precedente a quello della rendicontazione richiesta, pari almeno a 750.000.000 di Euro
- Società Capogruppo che non siano a loro volta sottoposte al controllo di soggetti diverse dalle persone fisiche.

Il documento dev'essere presentato entro 12 mesi dalla fine dell'esercizio sociale a cui si riferisce e deve contenere informazioni relative a tutte le giurisdizioni in cui il gruppo svolge attività. Le informazioni contenute nel CBCR sono in genere riservate e non sono accessibili al pubblico. Tuttavia, le autorità fiscali possono scambiare queste informazioni con le autorità fiscali di altri Paesi in base agli accordi internazionali di scambio di informazioni fiscali. Qualora la rendicontazione non venga fornita all'Agenzia delle Entrate, o risulti incompleta, o ancora riporti dati non veritieri, viene applicata una sanzione amministrativa pecuniaria che può andare da 10.000 a 50.000 euro.

L'art.1 della legge 28 dicembre 2015 n.208, disciplina poi al comma 146 la fattispecie in cui la società, residente nel territorio dello Stato italiano sia controllata da una società residente in un Paese terzo in cui non è previsto l'obbligo di redazione del CBCR: in tal caso, non essendovi alcun accordo intercorrente tra lo Stato di residenza della Capogruppo e lo Stato italiano, e pertanto non essendo “applicabile” lo scambio di informazioni tra le autorità fiscali dei Paesi coinvolti, sarà la società controllata residente in Italia a dover redigere il Country by Country file.

---

<sup>50</sup>Il CBCR è stato introdotto a livello europeo dall'OECD come parte del Progetto BEPS.

La legge di Stabilità del 2016 fu il primo passo per conformare la normativa fiscale italiana a quanto previsto dalla Direttiva UE 2016/881<sup>51</sup>. Nel 2017 infatti il legislatore italiano rispose alla necessità di un ulteriore adeguamento, che si concretizzò con l'emanazione del Decreto-legge 24 aprile 2017 n.50: la prima modifica che fa da subito intendere la volontà di allinearsi integralmente alla disciplina europea è da ricercarsi nella sostituzione dei riferimenti al "valore normale" a favore della nozione dell' "Arm's length principle", in coerenza con quanto previsto dal Modello OECD.

Un'altra novità fu l'introduzione dell'articolo 31-quater all'interno del D.P.R. 600/1973 che stabilisce i casi in cui è consentita una variazione in diminuzione della base imponibile derivante da rettifiche effettuate in ottemperanza della disciplina del *Transfer Pricing*. Oltre alle già sancite ipotesi in cui tali riduzioni sono consentite a seguito della stipula di un Accordo Preventivo con l'autorità fiscale estera derivante da previa attivazione di una procedura amichevole (Mutual Agreement Procedure – MAP), è consentito operare riduzioni dell'imponibile anche nei seguenti casi:

- Qualora venga effettuata una rettifica dell'imponibile in aumento nell'altro Stato contraente, purché in conformità del principio di libera concorrenza (Arm's length principle)

---

<sup>51</sup>La Direttiva UE 2016/881, nota anche come "Direttiva anti-elusione fiscale", è stata approvata dal Consiglio dell'Unione Europea il 25 maggio 2016. Questa direttiva si propone di prevenire l'evasione fiscale e le pratiche abusive di pianificazione fiscale da parte delle società. La Direttiva contiene diverse misure volte a contrastare le pratiche di elusione fiscale da parte delle società, tra cui:

- Introduzione di una clausola generale anti-abuso, che consente agli Stati membri di ignorare le operazioni che hanno come unico scopo quello di ottenere un vantaggio fiscale, senza una giustificazione economica reale.

- Introduzione di una clausola di salvezza, che consente agli Stati membri di prendere provvedimenti unilaterali per impedire l'evasione fiscale, in assenza di un accordo internazionale sulla materia.

- Rafforzamento dei requisiti di documentazione in materia di prezzi di trasferimento, in linea con le disposizioni della normativa dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OECD).

- Introduzione di un sistema di notifica obbligatoria delle transazioni transfrontaliere ritenute ad alto rischio di elusione fiscale, noto come "DAC 4". Questo sistema prevede la comunicazione delle informazioni rilevanti alle autorità fiscali degli Stati membri interessati. La Direttiva UE 2016/881 si applica alle società che operano in più di uno Stato membro dell'Unione Europea e che intrattengono rapporti commerciali con altre società del gruppo in Paesi terzi. L'obiettivo principale è quindi quello di garantire una maggiore trasparenza fiscale e una maggiore cooperazione tra gli Stati membri nell'affrontare le pratiche di elusione fiscale.

Inoltre, la Direttiva ha imposto agli Stati membri di attuare le disposizioni contenute nella stessa entro il 31 dicembre 2018. Ciò significa che le società che operano in Europa devono adeguarsi alle nuove norme per prevenire eventuali sanzioni e conseguenze fiscali negative.

- Qualora lo Stato italiano congiuntamente all'altro Stato contraente demandino alle rispettive autorità fiscali una verifica simultanea

Nell'anno successivo, il 2018, vi furono due ulteriori eventi significativi in materia di regolamentazione dei prezzi di trasferimento: il primo fu certamente la circolare pubblicata dalla Guardia di Finanza<sup>52</sup>, che fece chiarezza in merito all'approccio dell'attività d'ispezione della documentazione presentata dai contribuenti stabilendo che, in mancanza della suddetta o in caso di incompletezza delle informazioni fornite, il controllo è da svolgersi considerando in primis le scritture contabili effettuate dalla società. La circolare pose anche l'attenzione sulle operazioni di ristrutturazione aziendale, che, per la loro implicita natura, potrebbero rappresentare un'opportunità di implementazione di strategie fiscali di riallocazione dei profitti per i contribuenti coinvolti: per tale motivo in occasione di operazioni di tale tipologia, è previsto un attento controllo della struttura aziendale (del gruppo) pre e post realizzazione del processo al fine di intercettare eventuali tentativi di Base Erosion.

In secondo luogo, nel corso del 2018, vennero recepite nell'ordinamento italiano le Linee Guida OECD aggiornate, tramite il Decreto ministeriale del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 14 maggio (2018). Nello specifico è importante considerare alcune delle definizioni che vengono delineate dal legislatore nell'articolo 2 del Decreto, determinati ai fini della disciplina oggetto di studio:

- imprese associate: tale nozione comprende tutte le imprese residenti nel territorio dello Stato italiano e le società non residenti qualora partecipino, direttamente o indirettamente, alla gestione, al controllo o al capitale della "seconda", o allorché il medesimo soggetto partecipi, direttamente o indirettamente nella gestione, controllo o nel capitale di entrambe le imprese<sup>53</sup>.
- Partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale: la definizione comprende non solo le partecipazioni caratterizzate dalla detenzione di una quota del capitale maggiore del 50%, bensì anche le casistiche di partecipazioni con diritti di voto e di partecipazione agli utili, così come quelle in cui venga esercitata un'influenza dominante sulla gestione dell'impresa (sulla base di vincoli contrattuali e azionari).

---

<sup>52</sup>Circolare della Guardia di Finanza n. 1/2018.

<sup>53</sup>La definizione d'impresa è la medesima stabilita nell'articolo 73 TUIR.

L'allargamento del perimetro di tali definizioni è un chiaro indicatore di come il Decreto voglia porre l'attenzione sulla sostanza del controllo esercitato sulle imprese, più che sulla forma del medesimo: non viene infatti ripresa la definizione dell'articolo 2359 del Codice civile<sup>54</sup>, sicuramente più limitativa del concetto e distante dalla nozione di controllo di fatto<sup>55</sup>.

D'altro canto, una definizione di controllo così ampia e comprensiva di una moltitudine di casistiche avrebbe potuto causare non poche difficoltà al contribuente nella fase di individuazione delle relazioni "intrasocietarie" da sottoporre alla disciplina stessa. Al fine di ottenere un concetto di controllo ben delineato e funzionale ai contribuenti, l'articolo 2 del Decreto stabilì un'altra importante definizione, quella di "operazione controllata", da intendersi come qualsiasi operazione di natura commerciale e/o finanziaria svolta tra imprese associate sulla base di termini stabiliti contrattualmente, o dell'effettivo comportamento tenuto dalle parti qualora divergente dalle condizioni contrattuali stesse.

La definizione è chiaramente volta a porre l'attenzione sul comportamento effettivo tenuto dalle parti nelle operazioni realizzate, ed è pertanto di ausilio nell'identificazione dei rapporti e delle parti da considerare in ottemperanza degli obblighi normativi in materia di *transfer pricing*.

Proseguendo, l'articolo 3 del Decreto porta una definizione di operazione comparabile ad un'operazione controllata, sancendo esplicitamente le condizioni contrattuali di cui

---

<sup>54</sup>Per maggiori dettagli si rimanda a pagina 5.

<sup>55</sup>La già citata Circolare Ministeriale n.32/1980, al cap. V estendeva il concetto di controllo anche alle casistiche in cui sussistano:

- a) diritto di esclusiva;
- b) limitazione territoriale;
- c) protezione accordata all'invenzione industriale dalla legislazione dello Stato di residenza del licenziatario;
- d) divieto di esportazione dei prodotti derivanti dall'utilizzo dell'invenzione industriale;
- e) limiti di produzione dei prodotti derivanti dall'utilizzo dell'invenzione industriale;
- f) diritto di concedere sub-licenze;
- g) durata del contratto;
- h) requisiti sulle dimensioni o su altre caratteristiche del prodotto derivante dall'utilizzo dell'invenzione industriale;
- i) diritto di sfruttamento delle scoperte o degli sviluppi dell'invenzione;
- l) fissazione dei prezzi di rivendita dei prodotti;
- m) diritto preferenziale rispetto a terzi.

tener conto necessariamente per poter identificare un'operazione non controllata per definizione come comparabile alla stessa<sup>56</sup>.

D'importante rilievo risulta poi l'art.4, nel quale vengono stabiliti i metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento, con l'importante novità legata al venir meno di una gerarchizzazione a favore, invece, della teoria secondo cui il miglior metodo applicabile può variare a seconda delle circostanze in cui l'operazione ha avuto luogo<sup>57</sup>.

L'articolo successivo sancisce che il principio della libera concorrenza è applicabile ad ogni operazione singolarmente, a meno che non si tratti di operazioni strettamente legate tra loro: in tale circostanza le operazioni devono essere considerate in maniera aggregata (unitaria) al fine dell'analisi di comparabilità.

L'art.6 stabilisce l'intervallo di valori considerabile conforme all'*arm's length principle*, stabilendo che, qualora il prezzo applicato dal contribuente sia eccedente il suddetto range (sia in eccesso che in difetto), questo possa (e debba) essere rettificato dall'Amministrazione finanziaria competente. Tuttavia, tale tema, se pur disciplinato da un Decreto Ministeriale, mantenne un grado non indifferente di discrezionalità nella sua applicazione pratica; questo comportò una serie di opinioni e di sentenze tal volta in accordo, tal volta contrastanti. Un esempio di quanto sopracitato è l'opinione espressa dall'Assonime<sup>58</sup>, secondo cui la Guardia di Finanza e l'Agenzia delle Entrate nel loro operato, considerano come valore corretto da attribuire all'operazione controllata, quello che si posiziona sulla mediana: tale posizione non è tuttavia coerente col concetto di range stesso, e di conseguenza con i principi dettato dall'OECD, secondo è previsto, appunto,

---

<sup>56</sup>L'articolo 3 del Decreto Ministeriale del 14 maggio 2018, cita le seguenti caratteristiche economicamente rilevanti per poter considerare un'operazione comparabile:

- a) i termini contrattuali delle operazioni;
- b) le funzioni svolte da ciascuna delle parti coinvolte nelle operazioni, tenendo conto dei beni strumentali utilizzati e dei rischi assunti, inclusi il modo in cui queste funzioni si collegano alla più ampia generazione del valore all'interno del gruppo multinazionale cui le parti appartengono, le circostanze che caratterizzano l'operazione e le consuetudini del settore;
- c) le caratteristiche dei beni ceduti e dei servizi prestati;
- d) le circostanze economiche delle parti e le condizioni di mercato in cui esse operano;
- e) le strategie aziendali perseguite dalle parti.

<sup>57</sup>Fino a tale momento in Italia veniva infatti prediletto il metodo del "confronto di prezzo", basato, appunto, sul confronto tra il prezzo applicato nell'operazione controllata e quello applicato in un'operazione della medesima tipologia ma non comparabile.

<sup>58</sup>Trattasi di un'associazione tra società italiane per azioni, costituita nel 1910 con la finalità prima di approfondire e studiare i temi che riguardano lo sviluppo economico. In tale ottica si inserisce lo studio della regolamentazione nazionale ed internazionale con lo scopo di chiarire e rendere il più possibile funzionali le discipline (tra cui quella fiscale) a cui sono assoggettate le imprese.



un intervallo di valori egualmente appropriati<sup>59</sup>. Da suo canto, Assonime, pur riportando nel suo esposto le prassi vigenti internamente agli uffici delle Amministrazioni finanziarie, si schierò a favore di quanto espresso nelle Linee Guida OECD 2017, esplicitando il proprio appoggio alla teoria che vuole tutti i valori compresi nell'intervallo considerabili come valori di libera concorrenza<sup>60</sup>.

Su questo punto la disciplina italiana (riconducibile proprio al Decreto Ministeriale 14/2018) risultò quindi allineata a quella internazionale, nonostante sul piano pratico l'Amministrazione finanziaria si dimostrò ancora restia nell'applicazione dei principi ivi elencati. Tuttavia, a "supporto" del legislatore vi furono una serie di sentenze, con cui la giurisprudenza italiana si schierò apertamente a favore della normativa recentemente introdotta: un esempio lampante in tal senso furono due sentenze della Commissione Tributaria Provinciale di Milano, che recitano rispettivamente "Poiché quest'ultima percentuale è compresa fra il minimo e il massimo, per questo Giudice trovano applicazione le disposizioni del decreto ministeriale sopra citato"<sup>61</sup> e "conformemente a quanto statuito sul punto dall'OCSE ..... il D.M. 14 maggio 2018 ha confermato l'approccio di considerare conforme al principio dell'arm's length l'intero intervallo di valori risultante dall'indicatore finanziario selezionato dal contribuente"<sup>62</sup>, a sostegno di quanto previsto dal legislatore. D'altro canto, a nutrire ulteriormente i dubbi interpretativi della norma, vi furono delle prese di posizione della giurisprudenza italiana in contrasto con quanto sopra riportato, come ad esempio quella del 17 luglio 2019<sup>63</sup>, sempre della Commissione Provinciale di Milano: in tal caso la commissione convenne che il valore stabilito dal contribuente non fosse coerente con quanto stabilito dalla norma (italiana ed europea), sostenendo che "Non vengono forniti elementi atti a supportare una redditività dichiarata dalla ricorrente di molto inferiore anche al valore del I quartile dei range di

---

<sup>59</sup>Nello specifico le Linee Guida OECD del 2017, al paragrafo 3.57 del capitolo "A.7 Intervallo di libera concorrenza" recitano: " [...] se l'intervallo comprende un numero significativo di osservazioni, strumenti statistici che tengano conto della tendenza ad accorparsi al centro i valori per restringere l'intervallo (come l'intervallo interquartile o altri percentili) potrebbero contribuire a rafforzare l'affidabilità dell'analisi". Da ciò si evince quindi che i valori posizionati sulla mediana non sono obbligatoriamente la soluzione che dev'essere prediletta dall'Amministrazione finanziaria in sede di rettifica di valore dell'operazione controllata.

<sup>60</sup>Per maggiori dettagli si rimanda a: "ASSONIME, Risposta alla consultazione pubblica in materia di prezzi di trasferimento consultazioni n. 4 del 2018".

<sup>61</sup>Si tratta della sentenza: Comm. Prov. Milano sez. III 26 novembre 2018 n. 5445.

<sup>62</sup>Si tratta della sentenza: Comm. Trib. Reg. Lombardia, sez. XIX, 21 novembre 2018, n. 5005.

<sup>63</sup>Si tratta della sentenza: Comm. Prov. Milano, sez. VIII, 17 luglio 2019, n. 3286

riferimento”, schierandosi implicitamente a favore della prassi seguita dall’Amministrazione finanziaria.

In tale contesto è indubbiamente importante considerare quanto previsto dalla Corte di Cassazione, che si è espressa diverse volte sul tema, appoggiando sia la normativa nazionale che linee Guida OECD, ma favorendo anche l’applicazione pratica dei principi in linea con quanto abitualmente prediletto dall’Amministrazione finanziaria. Ne è un esempio la sentenza sul ricorso iscritto n. 28185/2013 R.G., che tratta della controversia tra l’Agenzia delle Entrate e Progas S.p.A. (azienda sita in Milano): l’impresa, controllata per il 50% dalla società russa Gazprom Export, si occupa della compravendita di gas naturali di origine Russa destinati al mercato italiano (nello specifico funge da intermediaria tra la sopracitata società russa e la Edison S.p.A., che detiene il restante 50% del capitale societario), praticando però dei prezzi (di trasferimento) non in linea con quelli applicabili secondo il principio della libera concorrenza (stando a quanto notificato con avviso di accertamento da parte dell’AdE). Il margine operato in tali operazioni venne quindi rettificato, secondo quanto stabilito dalla Corte di Cassazione, che nella sentenza fece esplicito riferimento sia alle Linee Guida OECD del 2017, sia al Decreto Ministeriale del 14 maggio 2018, legittimando ulteriormente la rettifica effettuata da parte dell’Agenzia delle Entrate, che modificò il margine operativo dell’operazione ponendolo in corrispondenza del valore posizionato sulla mediana.

La disciplina e la giurisprudenza italiana non vietano in maniera assoluta la possibilità del contribuente di attuare transazioni a condizioni favorevoli (ovvero non conformi a quelle di mercato, all’*arm’s length principle*) tra società appartenenti al Gruppo, ma richiedono che queste siano giustificate adeguatamente sulla base di ragioni di natura prettamente commerciale. Non può essere quindi posto veto alla volontà del soggetto di motivare la presenza di condizioni di favore operate nelle operazioni con società associate non residenti, qualora frutto della volontà di applicare una strategia imprenditoriale volta a sostenere un investimento estero.

Riprendendo l’analisi del Decreto, l’art. 7 tratta della valorizzazione dei “servizi a basso valore aggiunto”, prevedendo la possibilità per il contribuente di scegliere un approccio semplificato, risultando ancora una volta in armonia con quanto stabilito a livello internazionale dalle Linee Guida OECD. In particolare, la norma italiana prevede, a valle della presentazione di adeguata disclosure, che la valorizzazione di tali servizi avvenga

aggregando la totalità dei costi diretti ed indiretti connessi alla fornitura degli stessi, maggiorata di un margine del 5%. Tale approccio maggiormente standardizzato risultò, da un lato, favorevole al contribuente, in quanto semplificativo in termini di dispendio di tempo e costi impiegati nello svolgimento dell'analisi di comparabilità; d'altro canto, il set documentale richiesto dall'Amministrazione Finanziaria riequilibra (negativamente) la suddetta agevolazione, risultando non immediata la sua predisposizione. L'elemento semplificativo risultò inoltre innovativo, discostandosi dalla precedente disciplina nazionale<sup>64</sup>, che anzi non tollerava l'applicazione di un margine fisso ai servizi accessori al core business dell'azienda.

L'art.8 del Decreto si sofferma poi sui requisiti di idoneità richiesti per la documentazione in materia di prezzi di trasferimento: la condizione necessaria e sufficiente per cui l'Agenzia delle Entrate possa considerare congrua la disclosure disposta dal contribuente è la presenza di tutti i dati considerati necessari allo svolgimento dell'attività di verifica della stessa. Non risulta pertanto rilevante in tal senso la circostanza in cui il metodo utilizzato per la determinazione dei prezzi di trasferimento e le operazioni/i soggetti comparabili selezionati, siano differenti da quelli individuati dall'Amministrazione Finanziaria<sup>65</sup>. La lettera b) del secondo comma, sottolinea invece come la presenza di omissioni e/o inesattezze, non implicino la non idoneità qualora non compromettano l'analisi degli organi di controllo. Alla base del meccanismo sanzionatorio si pose quindi più il difetto in termini di disclosure che la determinazione dei prezzi di trasferimento non conforme al principio della libera concorrenza, circostanza in cui l'AdE avrebbe proceduto alla rettifica del valore.

L'Agenzia delle Entrate recepì invece le Linee Guida OECD del 2017 con il Provvedimento 360494 del 23 novembre 2020<sup>66</sup>, come da previsione del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Tale disposizione fu la prima in tema di *transfer pricing* dal Provvedimento emesso il 29 settembre 2010. Il Provvedimento si apre con una sezione dedicata alle definizioni, necessaria al fine della corretta comprensione delle disposizioni successive, e successivamente pone l'attenzione in primis sul set documentale che i contribuenti nazionali avrebbero dovuto presentare ai fini delle verifiche

---

<sup>64</sup>Nello specifico, si fa riferimento alla Circolare Ministeriale 32/1980

<sup>65</sup>Comma 2, b).

<sup>66</sup>Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate n. 360494 del 23 novembre 2020, disponibile a "<https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/novembre-2020>".

dell'Amministrazione Finanziaria e conseguentemente della disapplicazione di eventuali sanzioni.

In primo luogo, viene messa in rilievo la nuova struttura del Master file, che venne allineata a quella prevista dalla disciplina internazionale: nel primo punto il contribuente avrebbe dovuto riportare un dettaglio della struttura organizzativa societaria e del Gruppo, in modo da chiarire la composizione a livello giuridico e partecipativo di quest'ultimo, l'ubicazione geografica delle component e la struttura dell'assetto proprietario. Il secondo capitolo del documento prevede invece l'esplicitazione delle attività svolte, con particolare attenzione all'indicazione del core business, ovvero delle principali attività economicamente rilevanti, generatrici di valore, ovvero di profitti, del Gruppo; nondimeno, in tale punto, venne richiesto di riportare i flussi operativi (intesi come descrizione dei flussi operativi da monte a valle), la presenza di accordi per la prestazione di servizi intercompany, i principali mercati su cui si affaccia il Gruppo (anche dal punto di vista geografico), la struttura operativa e catena del valore, nonché la descrizione di eventuali operazioni di riorganizzazione aziendale, ove presenti. Il terzo capitolo si incentra invece sui beni immateriali (aspetto di forte attenzione in materia di prezzi di trasferimento) richiedendo al contribuente di indicare la strategia del Gruppo in ambito di sviluppo, detenzione e sfruttamento dei beni immateriali, un elenco dei beni in possesso da ogni singola società sottoposta al controllo o comunque collegata, un elenco delle operazioni rilevanti relative a tali categorie di asset e, soprattutto, una descrizione delle politiche di prezzi di trasferimento relative alle attività di ricerca e sviluppo. Il quarto punto si concentra sulle attività finanziarie infragruppo, e nello specifico su modalità di finanziamento verso terzi, sull'eventuale presenza di funzioni di finanziamento accentrate con relativa indicazione dell'entità che le svolge e sulle politiche di prezzi di trasferimento relative ad operazioni finanziarie. Il quinto ed ultimo punto previsto dalla rinnovata struttura del Master file consiste nella presentazione del bilancio consolidato e nella descrizione di Accordi Preventivi sui prezzi di trasferimento (APA) e di ruling preventivi transfrontalieri, ove presenti. Della nuova composizione del documento colpì in prima istanza soprattutto il suo snellimento, risultato della rimozione di alcune parti ritenute superflue dall'Amministrazione Finanziaria, come ad esempio la storia del Gruppo, la descrizione puntuale dei flussi operativi infragruppo (lasciando spazio invece all'indicazione delle attività economicamente rilevanti) e la disamina di tutte le motivazioni sottostanti all'implementazione delle varie operazioni intercompany. In

compenso, l'attenzione riservata al tema della gestione dei finanziamenti infragruppo e degli *intangibles* risulta notevolmente (e giustificatamente) incrementata, essendo tali tematiche maggiormente esposte ai rischi collegati alla base erosion e profit sharing. L'organo di controllo volle implementare un set informativo particolarmente specifico al fine di avere tutte le informazioni necessarie a svolgere le proprie verifiche e ad avere una visione a 360° del Gruppo, sempre più in conformità con quanto dettato dal progetto BEPS: il nuovo Master file, come recepito dal Provvedimento, è in armonia con la volontà dell'OECD di favorire la cooperazione internazionale in ambito tributario, e un documento così articolato risultò funzionale a tale scopo, oltre che agli interessi nazionali di non vedere il gettito fiscale ingiustamente decurtato a seguito di strategie elusive.

A tal fine il contribuente nella valutazione di aderire o meno alla predisposizione del Master file avrebbe dovuto ponderare adeguatamente le informazioni da fornire all'organo di controllo, poiché qualora inficiate da inesattezze o omissioni "traducibili" nell'impossibilità dell'Agenzia delle Entrate di effettuare una verifica basata su dati reali e corretti, avrebbero intaccato l'analisi e comportato di conseguenza l'attivazione del meccanismo sanzionatorio.

Come per il Master file, anche il Country file venne rivisto nel Provvedimento del 23 novembre 2020<sup>67</sup>, anch'esso con la volontà di snellire il set documentale da predisporre e di agevolare collaborazione internazionale sul piano tributario. La documentazione nazionale richiede innanzitutto una descrizione generale dell'entità locale, ivi intesa come storia, evoluzione e mercati di riferimento. Sulla traccia di quanto richiesto dal Master file, viene chiesta poi l'indicazione della struttura operativa con evidenza degli individui ai vertici societari, l'espletazione delle attività e della strategia imprenditoriale perseguita ed infine, punto centrale, la descrizione delle operazioni infragruppo poste in essere nel periodo di riferimento. Relativamente a quest'ultimo punto il Provvedimento richiede espressamente che venga innanzitutto stilato un sommario di tutte le operazioni appartenenti alla suddetta categoria, nonché un quadro generale riportante il dettaglio dei flussi e degli importi delle operazioni; quanto presente in questa parte introduttiva

---

<sup>67</sup>Il Country file, come già visto nel corso del capitolo, deve riportare dati riferiti alla singola entità del Gruppo residente nello stato italiano. In considerazione di questo è chiaro il vantaggio raggiungibile qualora tutte le Amministrazioni Finanziarie nazionali predisponessero la medesima struttura del documento, che in ottica di collaborazione significherebbe un'ingente semplificazione (soprattutto in termini di tempo) nella comprensione delle informazioni presentate da società con diversa residenza, appartenenti al medesimo Gruppo.

avrebbe dovuto essere poi declinato in singoli paragrafi *ad-hoc* per ogni operazione con l'evidenza specifica delle condizioni applicate alla medesima. Oltre a questo l'aggiornamento della struttura del file richiese la compilazione di una sezione relativa alle procedure utilizzate per lo svolgimento dell'analisi di comparabilità, inclusa anche la scelta delle operazioni comparabili, metodologie di analisi, risultati ottenuti ed eventuali rettifiche apportate a valle. Sulla falsa riga del Master file, anche la documentazione nazionale richiese ora la presentazione, in un apposito capitolo, del bilancio d'esercizio della società oggetto della verifica e soprattutto *“I prospetti di informazione e di riconciliazione che mostrino come i dati finanziari utilizzati nell'applicazione del metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento possano essere riconciliati con il bilancio di esercizio ovvero con altra documentazione equivalente.”*<sup>68</sup>.

Il punto 3 prevede gli obblighi informativi previsti ai precedenti due punti (Master file e Country file), anche per le stabili organizzazioni nel territorio dello Stato italiano di imprese non residenti e per le imprese residenti che possiedono stabili organizzazioni all'estero.

Il punto 4 del Provvedimento, in continuità con quanto precedentemente stabilito dall'Amministrazione Finanziaria, si focalizza invece sulla documentazione da predisporre da parte delle piccole e medie imprese, ratificando la possibilità di aggiornare ogni triennio le informazioni relative alle operazioni infragruppo, qualora i fattori considerati in sede di analisi di comparabilità si basino su informazioni reperite da fonti pubbliche. La categoria fa riferimento, pertanto, a piccoli gruppi caratterizzati da flussi che difficilmente variano in maniera significativa nel corso del tempo, e che presentano un volume di fatturato inferiore ai 50 milioni di euro nel periodo di riferimento<sup>69</sup>.

È importante notare come il nuovo Provvedimento non faccia distinzioni tra holding ed imprese controllate, stabilendo pertanto che l'idoneità della documentazione relativa ai prezzi di trasferimento da parte dei contribuenti imprese controllate sarebbe stata ottenuta con la presentazione di Master file e Country file, e non più solo della documentazione nazionale.

---

<sup>68</sup>Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020 n. 360494, punto 2.2.3 Documentazione Nazionale – Informazioni finanziarie.

<sup>69</sup>Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020, n. 360494, punto 1.1 “Definizioni”, lett. a.

Successivamente al punto 7 l'Amministrazione finanziaria prevede che al fine di poter usufruire dell'approccio semplificato previsto per i servizi a basso valore aggiunto, il contribuente debba stilare e presentare un ulteriore documento recante la descrizione dei servizi, le modalità di determinazione del loro valore, nonché gli accordi su cui la fornitura degli stessi è basata.

Passando dall'analisi del contenuto alla forma della documentazione, il punto 5 del Provvedimento prevede che Master file e Country file vengano redatti in lingua italiana, riservando però la possibilità di redigere il primo in lingua inglese al fine di agevolare le imprese residenti controllate da società estere; tuttavia, la redazione del Master file è sempre consigliabile venga affidata all'impresa capogruppo, poiché la singola component potrebbe non essere a conoscenza di operazioni intercorse tra altre società appartenenti al Gruppo<sup>70</sup>. In merito all'aspetto formale, la novità di maggior rilievo risultò essere la richiesta da parte dell'Agenzia delle Entrate di una firma da parte del *“legale rappresentante del contribuente o da un suo delegato mediante firma elettronica con marca temporale da apporre entro la data di presentazione della dichiarazione dei redditi”*<sup>71</sup>. Tale introduzione portò con sé una serie di nuove implicazioni per il contribuente, prima su tutte la necessità di predisporre il set documentale prima della presentazione della dichiarazione dei redditi, che avrebbe significato un disallineamento temporale notevole se confrontato con la successiva data di svolgimento del controllo da parte dell'Agenzia: l'analisi di comparabilità svolta dal contribuente si sarebbe infatti basata su una mole di dati sicuramente inferiore (in termini di quantità) rispetto a quanto a disposizione dell'organo di controllo al momento della sua verifica. Nondimeno, l'apposizione della firma digitale avrebbe comportato, apparentemente<sup>72</sup>, l'impossibilità di successive modifiche da parte del contribuente.

Passati in rassegna i termini di presentazione<sup>73</sup> e le principali e sopracitate condizioni di efficacia della documentazione, il Provvedimento dà l'opportunità di escludere dall'analisi le operazioni considerate marginali, non stabilendo tuttavia i requisiti per

---

<sup>70</sup>In generale, la compilazione del Master file è consigliabile venga svolta dalla società del Gruppo cui risulta più facile fruire di tutte le informazioni necessarie.

<sup>71</sup>Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020, n. 360494, punto 5.1 “Forma del Master file e della Documentazione Nazionale”.

<sup>72</sup>Come si vedrà, nei successivi punti del Provvedimento, viene sancita la possibilità, a determinate condizioni, di modificare e/o integrare la documentazione presentata.

<sup>73</sup>Ulteriore modifica: il termine di consegna della documentazione passò da 10 a 20 giorni decorrenti dal momento della richiesta da parte dell'Agenzia delle Entrate.

definire un'operazione come tale, ma lasciando al contribuente la valutazione (pertanto, soggettiva)<sup>74</sup>.

L'ultimo passo su cui è necessario soffermarsi è il punto 6: qui l'Agenzia delle Entrate sancisce la possibilità di modificare e/o integrare la documentazione presentata, qualora il contribuente si fosse accorto della presenza di “*errori od omissioni rilevanti*”<sup>75</sup> che non avrebbero consentito un controllo adeguato in quanto basato su dati non completi e veritieri; tale possibilità sarebbe stata applicabile solamente nella circostanza in cui la correzione proposta avrebbe comportato un maggior imponibile o un minor credito d'imposta.

In sintesi, il Provvedimento, recependo quanto previsto a livello internazionale dall'OECD, diede importante rilievo alla trasparenza e alla tempestività nelle comunicazioni delle informazioni concernenti le operazioni infragruppo, richiedendo uno sforzo maggiore da parte dei contribuenti, che avrebbero dovuto da quel momento attrezzarsi per raccogliere le informazioni a livello di Gruppo rispettando le tempistiche richieste. Risulta poi chiaro come l'attenzione sia stata volontariamente posta sulle operazioni finanziarie e su operazioni riguardanti beni intangibili, entrambe categorie di transazione particolarmente rischiose in quanto particolarmente adatte all'implementazione di strategie elusive.

Ulteriori chiarimenti relativi a quanto enunciato nel Provvedimento del 23 novembre 2020, furono espletati nella circolare 15/E del 26 novembre 2021 dell'Agenzia delle Entrate. Tale chiarimento risulta tutt'oggi l'ultimo intervento da parte dell'Amministrazione finanziaria in tema di *transfer pricing* nel processo di adeguamento della disciplina nazionale alle previsioni internazionali sancite dall'OECD<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup>Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020, n. 360494, punto 5.3.7 “Estensione e condizioni di efficacia della documentazione idonea”.

<sup>75</sup>Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020, n. 360494, punto 6.1 “Comunicazione del possesso della documentazione idonea”.

<sup>76</sup>L'OECD ha integrato le linee Guida pubblicate nel 2017 sia nel 2020 che nel 2022, chiarendo ulteriormente la metodologia di applicazione del “*transactional profit method*” e l'approccio che le Amministrazioni finanziarie devono tenere nell'analisi e valutazione delle operazioni relative a beni intangibili.



## Capitolo II: Valutazione dei beni intangibili: criticità e rischi

### 2.1. La disciplina in ambito di intangibili

Dall'analisi svolta nel precedente capitolo, nel portare in rassegna l'evoluzione della disciplina internazionale e nazionale, è emersa la particolare importanza delle disposizioni, in materia di prezzi di trasferimento, relative ai beni intangibili ed in particolare alle attività ed ai progetti di ricerca e sviluppo. Quest'accentuata attenzione a tale categoria di transazioni è da ricercarsi nel fatto che, trattandosi appunto di beni non tangibili, questi si possano prestare più facilmente ad essere "strumento" di trasferimento di profitti a fini elusivi da parte di contribuenti appartenenti a Gruppi multinazionali.

Dal punto di vista regolamentare, gli intangibili trovano risonanza nella disciplina internazionale sin dal 1979, anno in cui l'OECD pubblicò la prima normativa organica in materia di prezzi di trasferimento (si fa riferimento alla già citata Raccomandazione "*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*"), successivamente recepita dalle autorità italiane con la Circolare n.32/1980<sup>77</sup>: in entrambe le disposizioni normative per gli intangibles la previsione era quella di un trattamento analogo alle operazioni aventi ad oggetto differenti categorie di bene, ovvero la valorizzazione delle transazioni secondo il principio della libera concorrenza. A livello nazionale, tale disciplina venne aggiornata solamente con il Decreto Ministeriale del 14 maggio 2018, rappresentando, pertanto, un caposaldo nelle prassi seguite dall'Agenzia delle Entrate.

Il capitolo V della Circolare sottolinea in primo luogo le difficoltà connesse all'analisi della valorizzazione di tali tipologie di transazioni, prime su tutte quelle emergenti nella ricerca di operazioni "simili" ai fini dell'analisi di comparabilità<sup>78</sup>, poiché per la propria natura, un bene intangibile può assumere valori anche molto discostati qualora considerati in contesti differenti e finalizzati ad attività disparate. Il punto successiva tratta delle metodologie applicabili per la valorizzazione degli intangibili, consigliando un approccio tecnico da parte del contribuente, prevedendo quindi la considerazione di fattori quali la vita utile stimata del bene, le potenzialità di sviluppo insite nel bene e di conseguenza le sue potenzialità dal punto di vista economico, così come i costi di sfruttamento connessi.

---

<sup>77</sup>Circolare Ministeriale n.32 del 1980, Capitolo 5.

<sup>78</sup>Frequentemente, infatti, a causa dell'unicità del bene oggetto della transazione, risulta difficile per il contribuente trovare delle operazioni caratterizzate da condizioni simili.

Tuttavia, i parametri tecnici non consentono, da soli, una determinazione adeguata del “valore normale” da attribuire alla transazione: questi vanno infatti considerati unitamente ai dati “*giuridici rilevabili dall'esame delle varie clausole contrattuali che possono influenzare, anche notevolmente, il "valore normale" ”*”<sup>79</sup> stesso. Le condizioni stabilite sul piano giuridico sono rilevanti in tal senso in quanto spesso contribuiscono a stabilire preventivamente l’allocazione dei rischi, dei diritti di esclusiva, dei prezzi di rivendita e di conseguenza dei vantaggi futuri che ne derivano. Questi ultimi vantaggi, conseguibili dal destinatario del diritto immateriale sono essenziali nella valorizzazione della transazione: è necessario che il contribuente che fruirà dell’intangibile ottenga un vantaggio. Sotto questo punto di vista è importante tener conto anche del fattore tempo: il destinatario potrebbe infatti sviluppare nel corso del tempo in maniera autonoma un know-how tecnologico (ad esempio) che potrebbe rendere non più conveniente il contratto precedentemente stipulato, con conseguente variazione della valorizzazione dell’operazione<sup>80</sup>.

Successivamente il punto 6 della Circolare risulta meritevole di particolare attenzione, poiché, basandosi sulla sopracitata difficoltà di determinazione del prezzo di un bene intangibile e sulla conseguente strumentalizzazione di tale categoria di transazioni a fini elusivi, fissa un range entro il quale si sarebbero dovuti attestare i relativi corrispettivi<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup>Circolare ministeriale del 22 settembre 1980, n. 32, Cap. V, punto 4.

<sup>80</sup>Circolare ministeriale del 22 settembre 1980, n. 32, Cap. V, punto 5, p. 22.

<sup>81</sup>Circolare ministeriale del 22 settembre 1980, n. 32, Cap. V, punto 6., recita:

a) canoni fino al 2% del fatturato potranno essere accettati dall'Amministrazione quando; I) la transazione risulta da un contratto redatto per iscritto ed anteriore al pagamento del canone; II) sia sufficientemente documentata l'utilizzazione e, quindi, l'inerenza del costo sostenuto;

b) canoni oscillanti tra il 2 e il 5% potranno essere ritenuti congrui, oltre che alle condizioni di cui al punto precedente, qualora; I) i dati "tecnici giustifichino il tasso dichiarato (effettuazione di ricerche e sperimentazioni, obsolescenza inferiore all'anno o meno, vita tecnica, originalità, risultati ottenuti, ecc.); II) il tasso dichiarato sia giustificata dai dati "giuridici", emergenti dal contratto (diritto di esclusiva, diritto di concedere sub-licenze, diritto di sfruttamento delle scoperte o sviluppi del bene immateriale, ecc.); III) sia comprovata l'effettiva utilità conseguita dal licenziatario;

c) canoni superiori al 5% del fatturato potranno essere riconosciuti solo in casi eccezionali giustificano dall’alto livello tecnologico del settore economico in questione o da altre circostanze;

d) canoni di qualunque ammontare corrisposti a società residenti in Paesi a bassa fiscalità potranno essere ammessi in detrazione e riconosciuti congrui solo alle condizioni più onerose previste al punto c).

Dal punto di vista della forma, tanto la normativa nazionale<sup>82</sup>, quanto quella internazionale risultavano scarse nella loro originaria formulazione, in quanto in materia di intangibili richiedevano solamente un elenco ed una descrizione generale di tali asset all'interno del Master file, informazioni ritenute sufficienti ai fini delle verifiche degli organi di controllo relativi all'adeguata valorizzazione dei corrispettivi.

Negli ultimi decenni lo sviluppo tecnologico sempre più intenso e l'avvento della digitalizzazione nell'ambito economico hanno segnato un'importante evoluzione nella maggioranza dei settori, da quello industriale a quello farmaceutico, passando per il settore della comunicazione e dell'automotive e, ovviamente quello tecnologico. Questo sviluppo ha comportato una conseguente evoluzione negli aspetti di attenzione considerati dalle Amministrazioni finanziarie locali, il cui focus è indubbiamente passato, in ambito fiscale di prezzi di trasferimento, alle operazioni caratterizzate da beni intangibili. Come già anticipato nel precedente capitolo, le transazioni coinvolgenti beni intangibili risultano particolarmente "adatte" a strategie elusive da parti dei gruppi multinazionali, essendo presente nella loro valutazione un alto grado di soggettività e una serie di fattori che, considerati nei più disparati contesti, possono portare a considerazioni differenti da parte del contribuente rispetto all'interpretazione data dall'amministrazione fiscale, dando vita peraltro a possibili contenziosi di non facile risoluzione.

Le imprese associate potrebbero attuare strategie elusive di tale tipologia basate su una pianificazione fiscale aggressiva (Aggressive Tax Planning), che per definizione, si ha in presenza delle seguenti condizioni:

1. Sfruttamento delle disparità tra sistemi fiscali differenti, allo scopo di ottenere agevolazioni fiscali
2. Disallineamento tra luogo di produzione e luogo di tassazione della ricchezza
3. Doppia non imposizione che gli Stati non hanno concesso, ovvero la non tassazione dei redditi né nel Paese della fonte, né in quello della residenza<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup>Si fa riferimento, nello specifico al Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate n.137654 del 2010, poi superato con il Provvedimento n. 360494 del 2020, analizzato nel precedente capitolo.

<sup>83</sup>PISTONE P., *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, 2/2016.

Le metodologie di attuazione di tali strategie erano già presenti prima della regolamentazione avvenuta col Progetto BEPS, e si rifanno principalmente a due differenti strategie:

- Royalty structure
- Cost sharing structure
- Principal entrepreneur structure

La prima strategia prevede che la capogruppo di un Gruppo, ovviamente, multinazionale residente in un Paese caratterizzato da un regime fiscale particolarmente elevato investa in progetti di ricerca e sviluppo (R&D) volti alla creazione di intangibles, i cui diritti verranno in un secondo momento ceduti ad una società controllata residente in uno Stato a fiscalità agevolata. Quest'ultima di fatto si occuperà solamente della gestione amministrativa dei suddetti beni intangibili, che concederà in utilizzo ad una società operativa che ne ricaverà pertanto dei profitti: questa pagherà delle royalties (ovvero dei canoni periodici dovuti all'utilizzo del bene) alla società controllata. Di fatto, quindi, con tale schema la società a cui verranno allocati la maggior parte dei profitti derivanti dagli intangibili sarà la controllata: la tassazione dei corrispettivi incassati sarà agevolata rispetto a quanto si sarebbe verificato nel Paese di residenza della capogruppo, dove vengono realmente svolte le attività di ricerca e sviluppo.

La seconda strategia, se pur simile alla precedente, si discosta principalmente sotto il punto di vista del rapporto tra capogruppo e controllata: in questo schema le parti sottoscrivono un accordo iniziale che prevede che la società controllata paghi la capogruppo per il trasferimento del bene, ed entrambe sostengano in solido i costi di sviluppo. La controllata, detentrica della proprietà dell'intangibile, otterrà pertanto, i benefici economici che ne derivano, i quali, anche in questo caso, saranno tassati in maniera agevolata rispetto a quanto si sarebbe verificato col regime ad alta incidenza fiscale vigente nello Stato di residenza della controllante.

La terza strategia si basa sul trasferimento dei beni intangibili sviluppati dalla capogruppo ad una controllata (sempre risiedente in uno Stato a fiscalità agevolata), che a sua volta la concede in licenza ad una società operativa (anch'essa residente in un Paese a regime fiscale privilegiato) che ne usufruirà al fine della creazione di nuovi prodotti. La società operativa avrebbe poi stipulato un accordo con una società distributrice, che avrebbe rivenduto i prodotti nei suoi mercati di riferimento. I ricavi realizzati indirettamente dalla

società operativa verrebbero tassati, anche in tale circostanza, sulla base di un regime fiscale privilegiato, rispetto alla tassazione prevista per i medesimi profitti nel Paese della controllante<sup>84</sup>.

Le strategie qui analizzate, come facilmente immaginabile, sono state spesso attuate da grandi gruppi multinazionali, in particolare da imprese operanti nel web, tra cui Amazon, Apple, Google, che conducendo il proprio business tramite piattaforme digitali presenti in tutto il globo, sono riuscite a creare valore in svariati luoghi (caratterizzati da bassa incidenza fiscale) senza la necessità della presenza fisica.

Se da un lato i beni intangibili risultano pertanto una minaccia per gli Stati, se intesi come possibile strumento attuativo di strategie fiscali aggressive, dall'altro questa categoria di beni risulta un'opportunità di guadagno: non sono pochi, infatti, i Paesi che concedono agevolazioni fiscali col fine ultimo di attrarre capitali nel proprio territorio, favorendo lo sviluppo economico e tecnologico, nonostante i rischi impliciti precedentemente analizzati. Primo su tutti è sicuramente il rischio derivante dal cosiddetto “*IP box regime*”, ovvero un regime fiscale basato sulla volontà di attrarre le conoscenze di imprese estere, che risulta particolarmente adatto per l'implementazione di una strategia di pianificazione fiscale aggressiva<sup>85</sup>. Il regime, anche conosciuto come “*Patent box*”<sup>86</sup>, nella sua formulazione originaria<sup>87</sup> prevedeva la possibilità di una parziale esenzione, pari al 50% dei redditi derivanti dall'utilizzo di alcuni beni immateriali, appartenenti alle seguenti categorie:

- Brevetti industriali
- Software
- Know-how
- Disegni o modelli
- Marchi (esclusi dalle prescrizioni dell'OCSE a partire dal periodo d'imposta 2017)

---

<sup>84</sup> 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, p.435.

<sup>85</sup>GIORGI S., *I beni immateriali nel sistema del reddito d'impresa*, Torino, 2020, Cap. IV.

<sup>86</sup>Il regime del *Patent box* è stato introdotto in Italia dalla Legge n.190 del 23 dicembre 2014, che introdusse la possibilità per il contribuente di ottenere l'agevolazione fiscale attraverso la presentazione di un'apposita comunicazione in sede di dichiarazione dei redditi, valida per cinque periodi d'imposta.

<sup>87</sup>Per maggiori dettagli si rimanda la sito: <https://www.ipsoa.it/wkpedia/patent-box>.

Successivamente a partire dal 2021 il regime venne rivisto e fondato sulla maggiorazione del 90% dei costi di ricerca e sviluppo, includendo nei beni agevolabili anche i marchi.

Le condizioni per l'accesso alle agevolazioni sono le seguenti:

1. I beni intangibili devono essere utilizzati, direttamente o indirettamente nello svolgimento dell'attività d'impresa;
2. I contribuenti che svolgono le suddette attività di ricerca e sviluppo volte alla creazione e allo sviluppo di beni (i cui costi sono maggiorati), si devono avvalere della collaborazione non esclusiva di società controllate, controllanti, o comunque collegate, ma anche di università, enti di ricerca e organismi analoghi, tramite contratti di ricerca.

È evidente quindi la stretta correlazione tra tale regime e la disciplina del transfer pricing, focalizzandosi entrambi progressivamente con maggiore attenzione sul mondo degli intangibili, e poggiando sui medesimi riferimenti normativi: le disposizioni pratiche dettate dall'Agenzia delle Entrate in tema di fruizione dei benefici previsti dal *Patent box*<sup>88</sup> prevedono infatti che la determinazione dei prezzi (e di conseguenza dei profitti) venga effettuata sulla base di quanto stabilito dalle Linee Guida OECD.

Proprio a livello internazionale, l'OECD ritenne necessario adoperarsi per evitare che regimi nazionali di tale tipologia, concepiti con l'intento di favorire sviluppo tecnologico ed economico, venissero utilizzati dai contribuenti come fondamenta della propria pianificazione fiscale aggressiva. Questa volontà si è concretizzata qualche anno dopo, nel 2017, quando l'OECD mise appunto già citato Progetto BEPS, che vede tra le azioni proposte la "TP Aspects of Intangibles"<sup>89</sup>: tale azione è stata concepita proprio in risposta alla strumentalizzazione di regimi fiscali agevolati a fini elusivi. Nello specifico si parla di *nexus approach*<sup>90</sup>, successivamente declinato anche nella normativa nazionale, che pone come requisito primario per usufruire dei vantaggi impositivi la dimostrazione

---

<sup>88</sup>L'Agenzia delle Entrate il 1° dicembre 2015 emanò il Provvedimento n. 154278, esplicativo delle metodologie di accesso alle agevolazioni fiscali previste dal *Patent box*. Proprio in tale provvedimento l'Amministrazione finanziaria al punto 3.2 si riferisce alle Linee Guida OECD in tema di prezzi di trasferimento, confermando la stretta connessione tra le discipline.

<sup>89</sup>I Pilastri e le azioni su cui si basa il Progetto BEPS sono stati esposti al paragrafo 1.2 "BEPS (Base Erosion and Profit Sharing): i pilastri su cui poggia la normativa".

<sup>90</sup>Fossati R., Belli Contarini P., *Oneri documentali Patent Box e Nexus Ratio: semplice facoltà o grande opportunità per le imprese?*, in Norme e Tributi Plus, 08/2021.

dell'effettivo svolgimento di attività di ricerca e sviluppo nel Paese in cui il contribuente richiede il riconoscimento del beneficio fiscale.

Entrando nel merito, le Linee Guida OECD affrontano il tema dei rischi connessi alle transazioni dei beni (intangibili) nelle 3 seguenti *actions*:

- *Action 8 TP aspects of intangible*: la sopra citata azione è stata introdotta con lo scopo di definire in maniera puntuale i beni appartenenti alla categoria degli intangibili e di rendere più agevole la determinazione delle operazioni ricadenti nella categoria degli immateriali<sup>91</sup>.
- *Action 9 TP risk and capital*: tale azione, estendendosi non solo ai beni intangibili ma anche a quelli materiali, è stata concepita dall'organismo internazionale al fine di chiarire che l'assunzione di rischi meramente contrattuali e il finanziamento delle attività di ricerca e sviluppo non sono requisiti sufficienti per poter allocare i profitti che ne scaturiscono a società del Gruppo residenti in Paesi a regime agevolato; è stato pertanto introdotto il concetto di analisi funzionale, che prevede l'analisi e la comprensione degli elementi che generano valore nel Gruppo, la ripartizione effettiva dei rischi e la funzionalità stessa delle parti nella creazione di valore aggiunto<sup>92</sup>.
- *Action 10 TP High risk transactions*: l'azione, come si desume agevolmente dal nome, riguarda le transazioni ad alto rischio, ed è volta all'individuazione di metodi e criteri per la corretta allocazione dei rischi e di conseguenza dei profitti, tra le varie entity del Gruppo<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup>“Action 8 looked at 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/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015 final reports, p. 17.

<sup>92</sup>“Under Action 9, contractual allocations of risk are respected only when they are supported by actual decision-making and thus exercising control over these risks.” in OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015 final reports, p. 17.

<sup>93</sup>“Action 10 has focused 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/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015 final reports, p. 17.

Se a ciò si “somma” quanto previsto dall’Action 13 (TP Documentation) in ambito di oneri documentali, ci si rende conto immediatamente di quanto l’Organismo abbia voluto focalizzarsi sulla regolamentazione *transfer pricing* (ben 4 azioni su 15 sono relative a tale materia) e soprattutto dei beni intangibili, indubbiamente i principali strumenti indirettamente responsabili della perdita di gettito dei Paesi. Inoltre, è chiaro l’intento di porre l’attenzione sul Gruppo, prediligendo quindi una visione complessiva della multinazionale piuttosto che un’analisi incentrata sulle singole entity ad essa appartenenti: tale aspetto è risultato quasi come un obbligo per l’OECD, in quanto a seguito dello sviluppo di beni di sempre più complessa valutazione, e di transazioni progressivamente più integrate tra le parti collegate, è evidente che non sarebbe sufficiente focalizzarsi sul singolo per identificare eventuali inesattezze.

Le Linee Guida OECD sono state più volte aggiornate nel corso degli anni proprio per rimanere allineate alle costanti evoluzioni dei mercati internazionali e all’intensissimo progresso tecnologico: questi fattori hanno comportato il sorgere di parecchie difficoltà a livello nazionale, sia in termini di tempo che di ideazione ed implementazione di regole adeguate a garantire una corretta allocazione dei profitti e di una conseguente adeguata tassazione. L’aspetto sicuramente più rilevante e complesso della materia dei prezzi di trasferimento è quello riguardante la suddetta allocazione dei rischi (e profitti): se un tempo in tale valutazione le autorità nazionali si rifacevano quasi esclusivamente ai vincoli ed impegni stabiliti contrattualmente, oggi è invece essenziale andare oltre tali aspetti e concentrarsi sul concetto di funzionalità delle parti (nello specifico nei progetti di ricerca e sviluppo e nelle relative transazioni di beni intangibili). Lo sviluppo tecnologico e della digitalizzazione ha reso prevalente il focus sulla condotta effettiva delle parti piuttosto che sugli accordi ed i contratti sottostanti.

## **2.2. Definizione di bene intangibile secondo l’OECD**

Analizzata la disciplina internazionale (e nazionale) in ambito di *intangibles*, è opportuno comprendere ora la definizione di tale tipologia di beni per poter capire quali di questi possano essere ricompresi nell’analisi delle transazioni infragruppo.

Le Linee Guida OECD nella loro ultima versione (2017, aggiornate 2022) danno la seguente definizione di bene intangibile: “*il termine intangibile si riferisce a qualcosa che non è un bene fisico o un’attività finanziaria, che può essere posseduto o controllato per essere utilizzato in attività commerciali, e il cui uso o trasferimento sarebbe stato*



*compensato se fosse avvenuto in una transazione tra parti indipendenti in un contesto comparabile*<sup>94</sup>.

Il bene intangibile è quindi un bene diverso da un bene materiale e da un'attività finanziaria in possesso della società, che può essere utilizzato per creare valore e che sarebbe remunerato anche nel caso in cui fosse venduto sul mercato ad un terzo indipendente. L'ultima versione delle Linee Guida conferma l'importanza della considerazione dei beni immateriali nell'ambito del *transfer pricing*, riconoscendone ancora una volta la difficoltà nel riconoscimento e nella valutazione, come nel caso di costi associati ai progetti di ricerca e sviluppo e pubblicitari, che talvolta sono difficilmente individuabili negli schemi finanziari aziendali, soprattutto qualora l'effettivo vantaggio economico che ne deriva è riconoscibile solo se considerati in maniera aggregata. Nonostante la categoria sia di difficile determinazione e sia particolarmente versatile, l'organismo internazionale ha da sempre evitato di ampliare eccessivamente il perimetro della definizione per evitare che sia contribuenti che autorità fiscali nazionali individuino, qualora non presenti, i presupposti per la remunerazione di transazioni che invece non dovrebbe essere considerata tale.

Importante è notare anche come le disposizioni dell'OECD sottolineino che i requisiti ed i presupposti da essa enunciati ai fini dell'identificazione degli intangibili e delle relative transazioni, sono validi esclusivamente ai fini della disciplina dei prezzi di trasferimento, e non siano integralmente allineati con le normative contabili. La differenza sostanziale risiede nel fatto che la volontà in tale materia non è quella di delineare una regolamentazione puntuale, bensì quella di definire delle prassi che tanto contribuenti quanto amministrazioni finanziarie nazionali possano utilizzare per valutare in modo adeguato ed attendibile l'esistenza di un bene immateriale ed il suo valore ("normale") nel contesto di una transazione infragruppo<sup>95</sup>.

Per conseguire tale finalità è stata introdotta un'analisi relativa al concetto di funzionalità, che perfettamente si concilia alle suddette valutazioni, denominata DEMPE (Development, Enhancement, Maintenance, Protection, Exploitation): lo scopo dell'analisi è quello di considerare contemporaneamente la c.d. *legal ownership*,

---

<sup>94</sup>OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2022, Cap. VI, p.247.

<sup>95</sup>OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2022, Cap. VI, p. 252.

consistente nei diritti contrattuali che determinano l'allocazione dei profitti, alla *economic ownership*, ovvero l'attività effettivamente svolta dalle parti coinvolte ai fini della creazione di valore legata allo sviluppo di beni intangibili<sup>96</sup>.

Scendendo nei particolari, l'analisi prevede innanzitutto che vengano identificati:

- I soggetti che esercitano il controllo sulle funzioni riguardanti le attività di sviluppo, protezione e mantenimento del bene intangibile, così come i soggetti che contribuiscono con i propri asset alle medesime attività, siano essi materiali, immateriali o finanziari
- I soggetti che assumo rischi collegati allo sviluppo, mantenimento e protezione del suddetto bene

L'analisi svolta dalle Amministrazioni finanziarie nazionali sarà quindi incentrata proprio sulle attività da cui la stessa prende il nome (DEMPE), che possono essere così definite:

- *D (Development)*: come facile intuire, tale attività ricomprende tutte le azioni e strategie connesse all'ideazione prima, e allo sviluppo poi, dei prodotti, ivi comprese le attività di ricerca e sviluppo
- *E (Enhancement)*: sono appartenenti a tale categoria tutte le attività volte a migliorare e rendere duratura la performance del bene intangibile, come ad esempio i miglioramenti dei marchi, a cui consegue un rafforzamento dell'immagine all'esterno (dal punto di vista della clientela).
- *M (Maintenance)*: se pur a primo impatto tale categoria possa sembrare uguale alla precedente, si tratta invece di tutte le attività volte a garantire la continuità del business così come gli standard di qualità dei prodotti
- *P (Protection)*: si tratta di tutte le attività volte alla protezione e mantenimento nel tempo del valore dei beni intangibili, in senso prettamente legale (ad esempio i brevetti)
- *E (Exploitation)*: si fa riferimento a tutte le modalità attraverso cui i beni immateriali sono sfruttati al fine di ottenere dei benefici

Oltre alle elencate attività, l'analisi entra nel merito anche degli asset utilizzati in tali funzioni ed ai rischi assunti ai fini della loro implementazione. Gli asset possono consistere tanto in beni immateriali, quanto in beni materiali ed in finanziamenti: in

---

<sup>96</sup>Valente A., Viola I., “*Valorizzazione degli intangibles mediante l'analisi DEMPE*”, in *Fiscalità e Commercio Internazionale* n.4/2023, 05/2023.

quest'ultima casistica è importante considerare, nella valutazione della remunerazione del finanziamento di una società, che il solo apporto di denaro va valorizzato diversamente da uno scenario in cui tale apporto è accompagnato anche dall'assunzione di rischi e dallo svolgimento di attività.

Relativamente all'allocazione dei rischi, risulta innanzitutto necessario passarne in rassegna le principali tipologie:

- Rischi connessi alle attività di ricerca e sviluppo, che potrebbero rivelarsi infruttuose
- Rischio di obsolescenza dei prodotti
- Rischi legati alla violazione di diritti legali connessi ai beni intangibili, tra cui quello che la difesa dei diritti vantati sugli stessi in caso di rivendicazioni e/o violazioni da parte di terzi risulti particolarmente costosa sia in termini monetari che di tempo
- Rischi di responsabilità civile sui prodotti
- Rischi operativi, derivanti principalmente dalla possibilità che le performance dei prodotti sviluppati non rispettino le attese

Conclusa questa overview generale sui fattori da considerare per condurre un'analisi adeguata, entriamo nel merito della stessa analizzando gli step operativi che le Amministrazioni finanziarie nazionali devono seguire (*Figura 1<sup>97</sup>*).

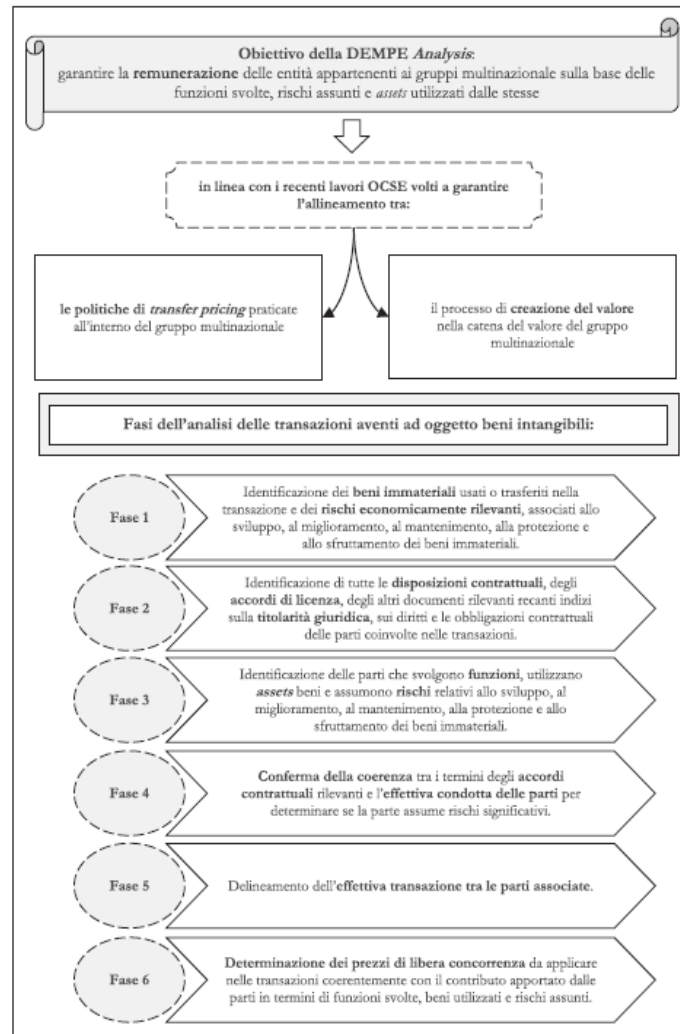
1. Identificazione dei beni intangibili utilizzati o comunque trasferiti nell'ambito dell'operazione oggetto di valutazione ed individuazione dei rischi economicamente significativi connessi alle funzioni DEMPE
2. Individuazione e mappatura di tutti gli accordi contrattuali sancenti le condizioni dell'operazione, con particolare focus su quanto definito relativamente alla proprietà legale e alla ripartizione dei rischi
3. Svolgimento dell'analisi funzionale: valutare quindi l'effettivo apporto delle parti del Gruppo all'operazione, al fine di avere chiara la corretta allocazione dei rischi e di conseguenza la giusta ripartizione dei profitti sulla base dei comportamenti effettivamente attuati
4. Verifica della corrispondenza tra quanto stabilito contrattualmente e dagli accordi infragruppo e gli effettivi "comportamenti" tenuti dalle parti

---

<sup>97</sup>Valente A., Viola I., Op. cit., p. 49.

5. Descrizione articolata della transazione nel suo complesso
6. Determinazione del “valore normale” dell’operazione (ovvero stabilito sulla base dell’*arm’s length principle*), e valutazione della correttezza della valorizzazione data dal Gruppo alla stessa (Figura 1)<sup>98</sup>.

Figura 1: finalità e struttura dell’analisi DEMPE



I Gruppi multinazionali hanno cercato quindi di allinearsi alla disciplina e di strutturare analisi affidabili al fine di non incorrere in eventuali sanzioni derivanti da una non corretta allocazione dei profitti, obiettivo che risulta tutt’oggi particolarmente complesso da raggiungere nella pratica, se pur la regolamentazione sia sempre maggiormente precisa.

<sup>98</sup>Valente A., Viola I., Op. cit., p. 49.

### 2.3. Le categorie di beni intangibili

Discussa la disciplina e gli strumenti messi a disposizione dei contribuenti, nonché i più recenti aggiornamenti in materia, per una piena comprensione degli stessi è necessario analizzare in dettaglio le principali tipologie di beni immateriali che potrebbero essere ricompresi in un'analisi di *transfer pricing*.

Nonostante non venga fatto in modo esaustivo e vincolante, l'OECD detta delle informazioni importanti nelle proprie Guide Lines su alcune categorie di beni immateriali, nello specifico al capitolo VI, sezione A.4, tratta:

- Brevetti
- Know-how e segreti commerciali
- Marchi e Brand
- Diritti derivanti da contratti e concessioni governative
- Licenze e diritti limitati simili in beni immateriali
- Valore dell'avviamento e del ramo d'azienda
- Sinergie di Gruppo
- Specifiche caratteristiche del mercato

Tra questi intangibili sono meritevoli di particolare attenzione i così detti *soft intangibles*, categoria a cui appartengono, ad esempio la conoscenza del mercato e le reti commerciali: tali tipologie di beni immateriali portano un contributo determinante nel processo di raggiungimento del successo di un'azienda, e quindi di creazione di valore, e pur non godendo di alcuna protezione legale, devono pertanto essere considerati nelle analisi sui prezzi di trasferimento. Al contrario, l'OECD determina l'impossibilità di considerare "beni" come le sinergie di Gruppo e le specifiche caratteristiche del mercato, includibili nelle valutazioni di *transfer pricing* in quanto assente una caratteristica oggettiva, consistente nella possibilità di possedere i suddetti beni<sup>99</sup>.

Come già ripetuto, le indicazioni relative ai cluster di beni intangibili non sono estremamente precise, ma sono volte a dettare delle prassi utili per i contribuenti e per le autorità fiscali. In tale ottica viene fornita un'importante distinzione tra *marketing intangible* e *trade intangible*. I primi comprendono tutte le risorse che vengono impiegate

---

<sup>99</sup>OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022, Cap. VI, par. 6.30 e 6.31, p. 254-255.

per il raggiungimento di scopi commerciali e di promozione, come ad esempio i brand, e le risorse che consentono il raggiungimento di benefici economici durevoli nel tempo. I *trade intangibles* sono, viceversa, le risorse che possono essere utilizzate solo per un periodo di tempo circoscritto, come ad esempio la protezione legale connessa alla registrazione di un brevetto<sup>100</sup>.

La prima categoria di bene intangibile trattata dalle Linee Guida OECD è proprio quella dei brevetti, definita come: "è uno strumento legale che concede al suo titolare il diritto esclusivo di utilizzare una determinata invenzione per un periodo di tempo limitato all'interno di una specifica area geografica"<sup>101</sup>. Il brevetto consiste pertanto in una limitazione per i terzi ad utilizzare l'invenzione, non concedendone comunque un libero arbitrio al detentore. Dal punto di vista fiscale tale tipologia di bene immateriale risulta particolarmente importante qualora oggetto di transazioni tra società appartenenti al medesimo Gruppo multinazionale, per una serie di implicazioni che ne derivano: i brevetti infatti sono solitamente frutto di progetti di ricerca e sviluppo che, come spiegato in precedenza, possono comportare una serie di rischi e costi più o meno consistenti. In tale contesto all'allocatione dei rischi e dei costi va aggiunta la ripartizione dei benefici economici derivanti dal brevetto stesso, che possono derivare tanto da rendimenti economici quanto da vantaggi in termini di costi, sulla base del principio di libera concorrenza.

La seconda tipologia di *intangibles* è quella dei Know-how e dei segreti commerciali, ovvero le informazioni non divulgate, non registrate e quindi protette, di natura industriale, commerciale o scientifica derivanti da un'esperienza acquisita che trovano applicazione pratica nella gestione d'impresa agevolando e avvantaggiando la conduzione dell'attività commerciale<sup>102</sup>. Tale tipologia di intangibile è principalmente riconducibile alle abilità (tecniche) e conoscenze in capo a risorse umane, ovvero dipendenti, nella circostanza in cui si tratti di un bagaglio non facilmente conoscibile anche da terzi, bensì di conoscenze possedute solamente da una cerchia di individui ristretta. I know-how vengono frequentemente ignorati dalle società nella conduzione dei

---

<sup>100</sup>SHAH R., TOLANI A., BHATNAGAR A., *Transfer pricing issues relating to marketing intangibles*, in Asia Pacific bulletin, 2013.

<sup>101</sup>OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022, Cap. VI, par. 6.19, p. 253.

<sup>102</sup>OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022, Cap. VI, par. 6.20, pp. 253 - 254

processi di valorizzazione delle transazioni: un esempio molto ricorrente si ha, infatti, nello scenario in cui un dipendente dotato di particolari abilità viene trasferito da una società del Gruppo ad un'altra al fine di prendere parti a determinati progetti (spesso di ricerca e sviluppo). In questa circostanza le parti solitamente tendono a considerare solo la remunerazione del lavoratore nella valutazione dell'operazione e non del trasferimento di know-how e della riduzione dei costi che esso comporta (si pensi infatti alla convenienza nell'assunzione di un dipendente già formato rispetto ad uno da formare).

A seguire troviamo la categoria dei marchi: nomi o rappresentazioni grafiche a carattere esclusivo, che possono essere utilizzate dal proprietario al fine di distinguere i propri prodotti e servizi da quelli della concorrenza<sup>103</sup>. Spesso come sinonimo di marchio viene utilizzato il termine brand, che se pur per natura sia facilmente assimilabile, differisce dal primo in quanto consiste in una combinazione di valori e simboli. Per questa categoria la principale criticità deriva dalla difficoltà oggettiva nello scindere l'apporto del bene da quello del bene/servizio, e definire pertanto l'effettivo valore creato per il terzo beneficiario del prodotto. Ciò significa che anche nel caso di operazioni tra società collegate, dove una è produttrice di un prodotto riconosciuto per il suo marchio e l'altra è l'acquirente che acquista e rivende a terzi, va tenuto conto dello sfruttamento commerciale del marchio da parte della seconda, nella determinazione del prezzo di trasferimento intercompany.

Successivamente viene affrontata la categoria delle licenze governative, che corrispondono a delle concessioni da parte di uno Stato per l'utilizzo e lo sfruttamento di determinate risorse naturali e beni pubblici<sup>104</sup>.

A seguire le Linee Guida definiscono le licenze e diritti limitati simili in beni immateriali, ovvero, appunto, dei diritti su beni intangibili, concessi tramite licenza o accordi contrattuali, che sono limitati ad esempio, in termini di tempo, in termini d'uso o il cui utilizzo è limitato geograficamente. Tali beni hanno ad oggetto beni immateriali, ma risultano essi stessi essere dei beni intangibili, secondo quanto stabilito dall'OECD<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup>OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022, Cap. VI, par. 6.21, p. 254.

<sup>104</sup>OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022, Cap. VI, par. 6.24, p. 255.

<sup>105</sup>OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022, Cap. VI, par. 6.26, p. 256.

In merito all'avviamento l'organismo internazionale riporta nelle Linee Guida una serie di considerazioni volte in primis alla determinazione dell'intangibile stesso: la definizione, infatti, può facilmente variare dal concetto di insieme di benefici economici futuri attesi derivanti dagli asset aziendali, alla nozione di aspettative legate all'attività d'impresa (funzionante)<sup>106</sup>. L'avviamento non è considerabile secondo l'OECD come un vero e proprio bene intangibile, in quanto trattasi di un insieme di aspettative future legate ad un complesso di beni materiali ed immateriali costituenti l'azienda. In conclusione, quindi qualora si sia in presenza di una transazione avente ad oggetto l'avviamento sarà necessario procedere alla valutazione di tutti i beni costituenti l'avviamento stesso secondo il principio di libera concorrenza, per poter apprezzare correttamente l'operazione. Esaurita la rassegna delle categorie di beni intangibili, va fatta un'ulteriore precisazione in merito alla categoria residuale definita dalle Guide Linee come “*Hard-to-value intangibles*” (HTVI): come indicato dal nome si tratta di beni intangibili che per la loro natura risultano di difficile valutazione. Nello specifico l'OECD descrive tali beni delineandoli come tutti quei beni immateriali per cui al momento della valorizzazione nel contesto di una transazione infragruppo, non sia possibile svolgere un'analisi di comparabilità e/o le assunzioni utilizzate ai fini della valutazione siano particolarmente incerte. Vengono poi ricompresi nella categoria anche tutti quei diritti e beni per cui risulta estremamente complessa la stima del beneficio economico futuro a causa delle criticità relative al calcolo dei flussi di cassa futuri attesi, e all'incertezza della recuperabilità degli investimenti effettuati<sup>107</sup>: un esempio è rappresentato dai beni innovativi per cui non si è in grado di stimare il grado di evoluzione futura in quanto di nuova immissione nei mercati, così come potrebbe accadere anche nel caso di beni “fermi” allo step precedente, ovvero ancora in fase di sviluppo. Tali fattispecie risultano particolarmente rilevanti in materia di *transfer pricing* poiché le valutazioni effettuate dai contribuenti negli scenari di operazioni infragruppo vengono spesso svolte internamente piuttosto che affidate, onerosamente, a consulenti esterni: ciò potrebbe comportare indubbiamente delle asimmetrie nelle valutazioni di contribuenti ed amministrazioni finanziarie, con la conseguenza che intaccherebbero la bontà delle analisi dei primi. L'OECD ha stabilito pertanto che le autorità nazionali possano utilizzare nelle proprie

---

<sup>106</sup>OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022, Cap. VI, par. 6.27, p. 255

<sup>107</sup>OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022, Cap. VI, par. 6.189, p. 309



valutazioni dati ed informazioni raccolti ex-post, al fine di corroborare la bontà delle analisi effettuate ex-ante dalle imprese, sancendo inoltre che qualora queste ultime siano in grado di dimostrare la bontà delle stime effettuate le amministrazioni finanziarie non possano opporsi<sup>108</sup>. Viene successivamente stabilito che anche nel caso in cui lo scostamento di prezzo risulti inferiore al 20% tra quanto previsto ex-ante e quanto verificatosi ex-post quanto raccolto dall'amministrazione finanziaria non ha valenza, nonché l'impossibilità di opposizione di queste ultime qualora siano presenti accordi preventivi tra due o più parti al momento della transazione. Queste disposizioni risultano estremamente importanti al fine di non sanzionare ingiustamente i contribuenti che al momento delle loro analisi ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento potrebbero non avere a disposizione determinate informazioni, disponibili invece in sede di valutazione (appunto, ex-post) da parte delle autorità fiscali.

Compresa la definizione di bene intangibile nell'ambito della disciplina del *transfer pricing*, analizzata la materia dettata dall'OECD e passate in rassegna le categorie di beni intangibili, l'elaborato si focalizzerà nel capitolo successivo nella disamina di un caso pratico di corretta determinazione dei prezzi di trasferimento, nello scenario di una transazione infragruppo avente ad oggetto beni immateriali.

---

<sup>108</sup>OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022, Cap. VI, par. 6.187, p. 309.

## Capitolo III: Un caso pratico: Amazon.com, INC e Transfer pricing

Il caso trattato nel presente capitolo coinvolge il colosso Amazon.com, Inc. (la maggiore Internet company al mondo), la sua controllata lussemburghese Amazon Europe Holding Technologies SCS, l'IRS (Internal Revenue Services) ovvero l'agenzia governativa statunitense deputata alla riscossione dei tributi nel sistema tributario americano, ed il Governo lussemburghese. Spesso è stato discusso delle motivazioni alla base della “scarsa” tassazione dei profitti di multinazionali come, appunto, Amazon, Google ed Apple: in questo capitolo verrà analizzata un caso concreto al fine di comprendere se le autorità fiscali nazionali siano carenti nell'applicazione della disciplina, se la materia stessa sia non esaustiva e lasci quindi spazio a manovre elusive, o, ancora, se le politiche e strategie applicate da tali Gruppi siano effettivamente allineate alla normativa e non basate sul concetto di pianificazione fiscale aggressiva.

### 3.1. Le ragioni alla base della nascita del contenzioso: la strategia di Amazon

Prima di immergersi nell'analisi del caso, è necessario contestualizzare la nascita della disputa tra Amazon e l'IRS, definendo lo scenario in cui la causa si è sviluppata.

Nel novembre del 2014 la collaborazione di 80 giornalisti provenienti da 26 Paesi differenti, coordinati dal Consorzio internazionale del giornalismo investigativo (Icij)<sup>109</sup>, diede vita all'inchiesta conosciuta come LuxLeaks, o Luxembourg Leak, il cui scopo era quello di fare chiarezza sulle agevolazioni fiscali concesse dal Governo del Lussemburgo a centinaia di grandi aziende e banche: nello specifico si tratta di circa 340 imprese e banche (multinazionali) che tramite accordi occulti con il Governo lussemburghese sono riuscite ad ottenere ingenti agevolazioni fiscali grazie alle irrisorie aliquote fiscali applicate nello stato del Lussemburgo<sup>110</sup>. E noto che Stati quali Lussemburgo, Svizzera, Olanda e Gran Bretagna, definiti come “*axis of tax avoidance*”, ovvero l'asse

---

<sup>109</sup>Si tratta di una rete internazionale promossa nel 1997 dal Centro per l'integrità pubblica, composto da 165 giornalisti investigativi provenienti da 56 Paesi, con sede a Washington, USA.

<sup>110</sup>Le aliquote fiscali sui redditi percepiti da imprese sono presenti in Lussemburgo, Svizzera, Olanda e Gran Bretagna. Per maggiori dettagli si rimanda a Mincuzzi A., “*La follia dei paradisi fiscali. In Lussemburgo ogni dipendente fa utili per 8 milioni di euro, in Italia e Germania per 42mila euro*”, in L'urlo Il Sole24ore, maggio 2020.

dell'elusione fiscale, siano stati negli ultimi decenni la causa principale della perdita di considerevoli introiti fiscali, in quanto principali “destinatari” delle politiche elusive di Profit shifting attuate dalle grandi multinazionali (Figura 2)<sup>111</sup>.

Figura 2: Profitti reali e attesi dei Paesi dell'”asse dell'elusione fiscale”



L'output dell'inchiesta si è concretizzato nella pubblicazione di ben 548 documenti relativi agli accordi stilati fra le imprese (tra cui Amazon) e le autorità nazionali lussemburghesi, in materia di imposizione fiscale<sup>112</sup>.

Tra le maggiori multinazionali coinvolte nello scandalo LuxLeaks vi era, come sopraccitato, Amazon: dopo 3 anni di indagini il colosso della distribuzione mondiale, nel 2017, venne accusato di aver beneficiato di aiuti fiscali da parte del Governo del Lussemburgo a partire dal 2003. Nello specifico, come riportato dalla Commissaria alla Concorrenza Margrethe Vestager<sup>113</sup>, l'accusa sosteneva che Amazon aveva pagato imposte per quattro volte in meno rispetto ad altre società locali sottoposte alla medesima regolamentazione fiscale attraverso il trasferimento di profitti dalla Amazon Eu (Sarl)<sup>114</sup>

<sup>111</sup>Si stima che gli Stati Membri dell'Unione Europea perdano, in termini di gettito annuo, circa 27 miliardi di dollari (nel solo 2017 115 miliardi) dalle imprese Statunitensi che spostano i propri profitti nei paradisi fiscali europei. Per maggiori dettagli si rimanda a Garcia-Bernardo J., Cobham A., Bou Mansour M., “*The axis of tax avoidance: Time for the EU to close Europe’s tax havens*”, in Tax Justice Network, aprile 2020.

<sup>112</sup>Tali documenti sono consultabili sul sito web del Consorzio internazionale del giornalismo investigativo: “<https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database/>”.

<sup>113</sup>Politica danese membro del Parlamento Europeo, dal 2014 Commissario europeo per la concorrenza responsabile della corretta competizione commerciale.

<sup>114</sup>Società di gestione che opera in tutta Europa nel commercio al dettaglio di Amazon.

alla Amazon Europe Holding Technologies (Lux SCS)<sup>115</sup>, mediante operazioni ritenute eccessive e non corrispondenti alla realtà economica<sup>116</sup>.

Secondo quanto sostenuto dalla Commissione Europea, alla base degli aiuti di stato concessi dal Lussemburgo ad Amazon, vi era un accordo fiscale di *tax ruling*<sup>117</sup> avviato nel 2003 e riconvalidato nel 2011, sulla base del quale vennero ridotte le imposte pagate da Amazon senza valide giustificazioni a supporto.

Per comprendere come Amazon ha pianificato ed attuato la propria strategia fiscale (aggressiva), va analizzata la composizione del Gruppo in Europa. La struttura vede Amazon.com, Inc, la capogruppo statunitense, detenere al 100% le quote delle due succursali europee, le già introdotte Amazon EU e Amazon Europe Holding Technologies: la prima è una società operativa, che si occupa del commercio al dettaglio in tutta Europa, e che conta circa 500 dipendenti; la seconda è invece una società di holding, che non ha dipendenti e funge principalmente da intermediaria tra la società operativa europea e la capogruppo americana. Dal punto di vista fiscale e della disciplina dei prezzi di trasferimento vi sono due caratteristiche insite nella suddetta struttura che devono necessariamente essere considerate<sup>118</sup>:

1. Amazon ha organizzato le vendite che avvengono in Europa in modo tale che a livello contrattuale tutte gli acquisti dei clienti europei risultino effettuati dalla società di holding lussemburghese, al fine di allocare i profitti in Lussemburgo.
2. La capogruppo e la Amazon Europe Holding Technologies hanno stipulato un accordo di ripartizione dei costi per cui la seconda risulta detentrica di determinati beni intangibili (diritti di proprietà intellettuale), che non vengono direttamente utilizzati, bensì sono concessi in licenza esclusiva alla società operativa europea (*Figura 3*)<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup>Succursale lussemburghese del Gruppo, società di holding.

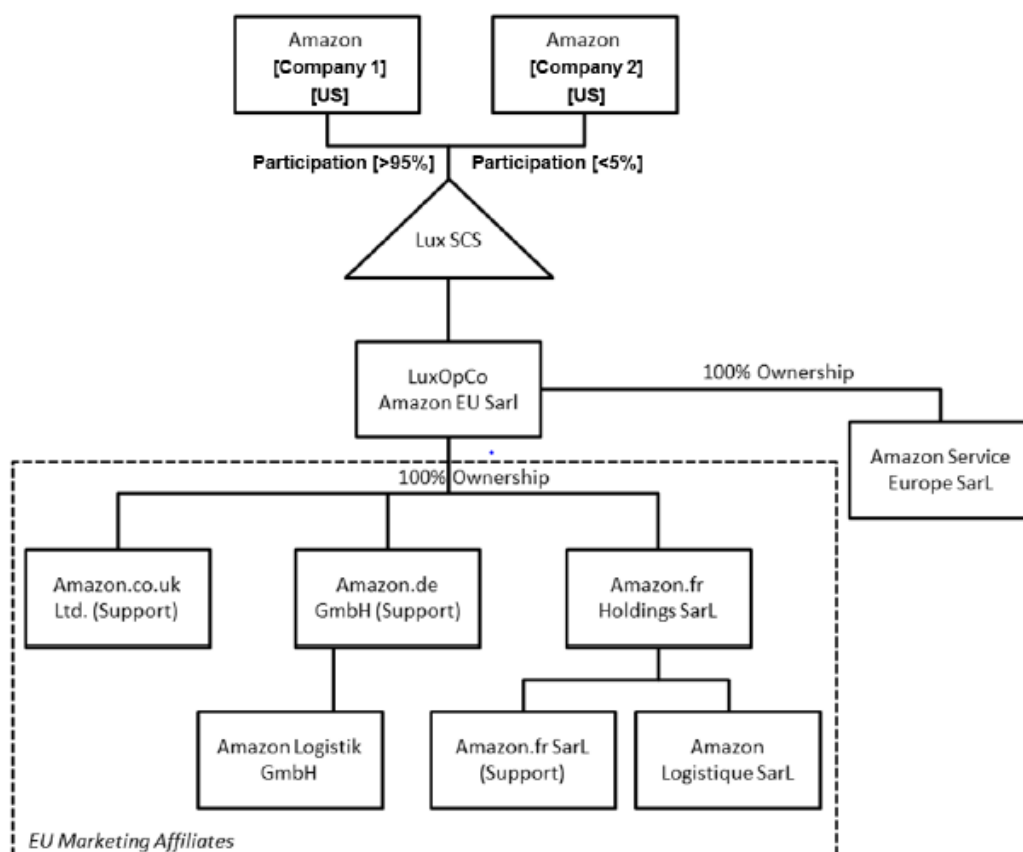
<sup>116</sup>Per maggiori dettagli si rimanda:” [https://www.corriere.it/economia/17\\_ottobre\\_04/ue-amazon-ha-avuto-vantaggi-fiscali-illegali-250-milioni-euro-2821d118-a8ef-11e7-8539-6c9b026c835a.shtml](https://www.corriere.it/economia/17_ottobre_04/ue-amazon-ha-avuto-vantaggi-fiscali-illegali-250-milioni-euro-2821d118-a8ef-11e7-8539-6c9b026c835a.shtml)”.

<sup>117</sup>Si tratta di un accordo fiscale preventivo tra contribuente (impresa) e autorità fiscale nazionale, tramite cui viene stabilito ex-ante il regime impositivo, il metodo di calcolo della base imponibile e il conseguente prelievo da parte del fisco.

<sup>118</sup>Commissione Europea, Comunicato stampa 4 ottobre 2017, “*Aiuti di Stato: il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di EUR*”, p.1.

<sup>119</sup>European Commission, “*State aid SA.38944 (2014/C) – Luxembourg Alleged aid to Amazon by way of a tax ruling*”, ottobre 2017.

Figura 3: Struttura giuridica del Gruppo descritta nella richiesta di ruling



In tale scenario, la strategia di Amazon era quella di spostare i profitti dalla Amazon EU, soggetta alla tassazione del Lussemburgo, alla Amazon Europe Holding Technologies, che non lo era, principalmente attraverso il pagamento di *royalty*<sup>120</sup> previste dall'accordo preventivo stilato con le autorità del Lussemburgo. Parallelamente, nel quadro di ripartizione dei costi, la holding effettuava pagamenti annuali verso la capogruppo americana in veste di contributo allo sviluppo della proprietà intellettuale.

Per il fisco lussemburghese, pertanto, la società di gestione era l'unica a dover essere tassata, mentre la holding (in quanto costituita come società in accomandita semplice) no: solamente i soci di quest'ultima, peraltro residenti negli U.S.A., avrebbero dovuto pagare le imposte sugli utili registrati.

<sup>120</sup>Con il termine *royalty* si intende, in generale, un compenso riconosciuto al proprietario di un bene, al creatore o all'autore di un'opera dell'ingegno, al possessore di un brevetto o di un copyright, come corrispettivo della concessione di utilizzare commercialmente il bene, l'opera, il brevetto; è di solito commisurato in percentuale al fatturato o al numero degli esemplari messi in commercio.

Le analisi ed i controlli svolti dalla Commissione europea erano volti a verificare che nelle transazioni pocanzi passate in rassegna, il prezzo di trasferimento infragruppo fosse adeguato, ovvero allineato al principio della libera concorrenza, secondo quanto stabilito dalla disciplina internazionale: la struttura societaria, il pagamento delle *royalties* e la ripartizione dei costi sono tutte operazioni assolutamente regolari, purché, appunto, correttamente valorizzate. In quest’ottica ciò che risultava particolarmente dubbio agli occhi della Commissione era l’importo dei pagamenti annuali effettuati dalla società operativa, unica utilizzatrice effettiva, alla holding relativi ai diritti di proprietà intellettuale di Amazon: le *royalties* pagate erano infatti largamente superiori a quanto la Amazon Europe Holding Technologies avrebbe pagato alla capogruppo statunitense per lo sviluppo dei beni intangibili secondo l’accordo di ripartizione dei costi<sup>121</sup>.

### **3.2. Gli aiuti di Stato e le accuse della Commissione europea**

L’analisi della Commissione ed i controlli svolti sfociarono in un primo momento nell’accusa di illegalità della struttura sviluppata da Amazon in Europa: questa si incentrava sulla consistenza dei pagamenti delle *royalties* annue da parte di Amazon EU ad Amazon Europe Holding Technologies, ritenute gonfiate e non rappresentanti la realtà economica. Secondo l’organo europeo era evidente come la società di gestione fosse l’unica a svolgere di fatto le attività legate al commercio al dettaglio in Europa attraverso i propri dipendenti che si occupavano della selezione dei prodotti, del loro acquisto e della successiva rivendita e consegna, nonché le attività legate allo sviluppo dei software e delle tecnologie necessarie al commercio elettronico che deteneva in licenza (i beni intangibili). D’altro lato invece la società di holding, di fatto, aveva l’unica funzione di trasferire i diritti intellettuali in licenza esclusiva, non svolgendo alcuna attività connessa allo sviluppo di tali tecnologie e pertanto non rendendo giustificati gli importi dei pagamenti ricevuti dalla società operativa<sup>122</sup>. Per la commissione non era quindi legale il metodo di determinazione degli utili di Amazon in Lussemburgo, che era stato preventivamente stabilito nell’accordo di tax ruling con il Governo nazionale, poiché consentiva di ridurre ingentemente gli utili imponibili attribuiti alla Amazon EU,

---

<sup>121</sup>Oltre a questo, si aggiungeva anche il fatto che l’importo dei pagamenti superava del 90% gli utili registrati dalla società di gestione, Amazon EU.

<sup>122</sup>Commissione Europea, Comunicato stampa 4 ottobre 2017, “*Aiuti di Stato: il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di EUR*”, p.2.

affibbiandoli invece alla società di holding, con conseguente non tassazione di circa tre quarti dei profitti generati (Figura 4)<sup>123</sup>.

Figura 4: I benefici fiscali selettivi del Lussemburgo ad Amazon sono illegali



In ottemperanza delle norme sugli aiuti di Stato dell'UE che prevedono l'eliminazione delle distorsioni della concorrenza al fine di ripristinare la parità di trattamento con le altre imprese, la Commissione europea ha quindi determinato la metodologia per il calcolo del vantaggio fiscale beneficiato da Amazon, ovvero la differenza tra le imposte effettivamente pagate e quanto sarebbe stato pagato in assenza dell'accordo preventivo (ritenuto illegale) con il Governo del Lussemburgo, stimato in circa 250 milioni di euro.

Le accuse mosse dalla Commissione sono strettamente connesse alla disciplina del *transfer pricing* e degli aiuti di Stato, che possono essere definiti come: *“l'intervento di un'autorità pubblica (a livello nazionale, regionale ovvero locale), effettuato tramite risorse pubbliche, per sostenere alcune imprese o attività produttive. Un'impresa che beneficia di un tale aiuto ne risulta avvantaggiata rispetto ai suoi concorrenti”*<sup>124</sup>. In generale tali aiuti sono consentiti qualora perseguano obiettivi d'interesse generale<sup>125</sup>, come ad esempio:

- Sviluppo di regioni maggiormente svantaggiate
- Promozione dell'attività di PMI

<sup>123</sup>Commissione Europea, Comunicato stampa 4 ottobre 2017, *“Aiuti di Stato: il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di EUR”*, p.3.

<sup>124</sup>Per maggiori dettagli si rimanda al sito web *“Eur-Lex Access to European Union Law”*.

<sup>125</sup>Nella pratica tali aiuti possono essere ad esempio: prestiti a tasso agevolato, cancellazioni di debiti, esenzioni/agevolazioni fiscali.

- Servizi d'interesse economico generale
- Protezione dell'ambiente
- Ricerca e sviluppo
- Crescita dell'occupazione
- Cultura

Il punto su cui è importante soffermarsi, anche per comprendere a pieno le accuse mosse dalla Commissione europea nel caso Amazon, è il concetto di selettività: in materia fiscale gli aiuti di stato si concretizzano principalmente in riduzioni della base imponibile (attraverso deduzioni speciali, ammortamenti straordinari) e in riduzioni nell'importo dell'imposta dovuta (attraverso concessioni di crediti d'imposta, cancellazioni dei versamenti d'imposta) che conferiscono un vantaggio economico al contribuente. Ebbene questi benefici concessi dallo Stato per essere tali devono presentare la caratteristica della selettività, ovvero devono essere previsti esclusivamente per una singola impresa, un gruppo di imprese o un determinato settore economico<sup>126</sup>. Pertanto, la selettività implica che gli aiuti di Stato abbiano 3 caratteristiche<sup>127</sup>:

1. Individuazione del sistema di riferimento: i benefici devono essere concessi nel contesto di un sistema normativo di riferimento, ovvero il sistema di tassazione dei profitti delle imprese di uno Stato;
2. Deroga al sistema di riferimento: il beneficio è generato introducendo una deroga al sistema, che differenzia le imprese che si trovano in una situazione di fatto e di diritto analoga alla luce dell'obiettivo intrinseco del sistema di riferimento;
3. Giustificazione della deroga (per natura o struttura del sistema di riferimento): la deroga generante il beneficio dev'essere adeguatamente giustificata (spesso tra le motivazioni portate vi sono la lotta alla frode e all'evasione, la volontà di evitare doppie imposizioni, la neutralità fiscale)

È chiaro quindi il legame di tale disciplina con quella del *transfer pricing*, poiché gli aiuti di Stato concessi in ambito fiscale attraggono indubbiamente i profitti delle multinazionali nei Paesi concedenti, che di frequente, come nel caso riportato, vengono trasferiti nell'ambito di strategie fiscali elusive volte alla riduzione dell'imposizione. Gli Stati, da loro canto, sono incentivati a concedere benefici fiscali ai grandi Gruppi: queste

---

<sup>126</sup>Si parla in tale contesto di “*selettività materiale*”.

<sup>127</sup>Per maggiori dettagli si rimanda a Pagliari L., Mantini S., “*Aiuti di Stato in materia fiscale*”, in Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, 18 novembre 2020.



agevolazioni sono infatti un vero e proprio strumento per attrarre capitali e favorire lo sviluppo economico nel Paese, ma risultano facilmente strumentalizzabili e di conseguenza causa della distorsione della concorrenza. Per dimostrare la propria innocenza e la conformità alla normativa internazionale il Governo del Lussemburgo ha fornito sin dall'inizio delle indagini (2014) della Commissione un set documentale a supporto della propria posizione, comprendente una guida del 1989 dell'autorità fiscale nazionale sugli accordi di tax ruling, la lettera dell'ottobre 2003 con cui Amazon chiese all'amministrazione fiscale lussemburghese l'approvazione dell'accordo di *transfer pricing* tra la Lux SCS e la società di gestione Amazon EU Sarl, nonché la lettera con cui il consulente legale di Amazon richiedeva al Governo del Lussemburgo l'approvazione della struttura societaria del Gruppo in Europa e Lussemburgo ai fini dell'imposizione fiscale.

Le accuse mosse dalla Commissione europea furono in un primo momento ritenute congrue considerata la situazione esaminata e con gli accordi infragruppo relativi ai prezzi di trasferimento. L'accordo di *transfer pricing* strutturato da Amazon sembrava infatti distaccarsi da quanto effettivamente avveniva poi nella pratica: secondo quanto sostenuto dallo studio legale di Amazon sia l'accordo di concessione dei beni intangibili da parte della capogruppo americana, sia l'accordo di ripartizione dei costi per lo sviluppo degli stessi, sia, ancora, la determinazione delle royalties pagate dalla società di gestione alla holding lussemburghese erano transazioni allineate all'*arm's length principle*.

Entrando nel merito dell'analisi svolta da Amazon per la definizione dei prezzi di trasferimento, va in primo luogo considerato l'importo delle fees pagate da Amazon EU Sarl alla Lux SCS per lo sfruttamento delle proprietà intellettuali concesse in licenza dalla holding. Il canone, come precedentemente accennato, veniva corrisposto annualmente, ed era determinato come quota dei ricavi ottenuti dalla società di gestione in relazione alla gestione dei siti web europei (la proprietà intellettuale): il pagamento era commisurato alla misura del "LuxOpCo Return" ovvero il minore tra:

- 4%-6% delle spese operative totali della Amazon EU nell'anno di riferimento
- Utile operativo totale attribuibile ai siti web europei nell'anno di riferimento

La fee era poi calcolata considerando l'utile operativo al netto del "LuxOpCo Return", fermo restando che non poteva essere inferiore a zero. Ulteriore condizione era che tale indicatore fosse, per ogni periodo di riferimento, compreso tra lo 0,45% ed il 0,55% dei

ricavi totali registrati in Europa, con la previsione di aggiustamenti nel caso di percentuali al di fuori della “forbice” stabilita<sup>128</sup>. I pagamenti effettuati sarebbero figurati poi come utili nella società di holding, la quale come già citato, essendo costituita nella forma giuridica di società in accomandita semplice, e non avendo una “stabile organizzazione”<sup>129</sup>, non era tenuta a pagare imposte in Lussemburgo in qualità di persona giuridica<sup>130</sup>. A tal proposito Amazon ha richiesto anche la conferma alle autorità fiscali lussemburghesi che i soci non avendo anch’essi una stabile organizzazione nel Paese ed essendo residenti negli Stati Uniti, non fossero assoggettati all’imposta sul reddito delle società, ottenendo una risposta positiva.

Preso atto della struttura sviluppata da Amazon, esaminiamo ora le contestazioni apportate dalla Commissione europea, per cui la strategia implementata risultava elusiva e non allineata alla disciplina del *transfer pricing*. In primo luogo, la Commissione dava rilievo al tema degli aiuti di Stato, che riteneva non essere congrui in casi come questo poiché si configuravano come un’agevolazione concessa esclusivamente ad Amazon e distorsiva della concorrenza, nonché causa di un minor gettito fiscale, non giustificato, in Lussemburgo. Nello specifico la Commissione riteneva che il trattamento selettivo di favore da parte del Governo del Lussemburgo nei confronti di Amazon derivasse da una non corretta applicazione del principio di libera concorrenza, poiché sia base imponibile che le imposte sulla stessa non venivano calcolati coerentemente a quanto avveniva per imprese che si trovavano nella medesima situazione di fatto e di diritto, secondo quanto stabilito dal Modello di Convenzione Fiscale dell’OECD. Nondimeno, la Commissione sosteneva vi fossero “difetti” anche nella forma e nell’approvazione della richiesta riportante la struttura e l’illustrazione dell’accordo di transfer pricing e del suo funzionamento, con la relativa analisi di comparabilità, necessaria a giustificare la validità dei prezzi attuati. Le Linee Guida dell’OECD non essendo vincolanti, non obbligano il contribuente alla presentazione del set documentale, ma la mancata stesura di tali documenti causa automaticamente dei dubbi alle autorità internazionali. Nel caso analizzato il set documentale (“il report”) non era stato presentato da Amazon, e ciò che

---

<sup>128</sup>Commissione Europea, Comunicato stampa 4 ottobre 2017, “*Aiuti di Stato: il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di EUR*”, p.11.

<sup>129</sup>Per stabile organizzazione s’intende una sede fissa di affari per mezzo della quale l’impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato. In tale contesto non avendo dipendenti e uffici la Lux SCS non è considerabile ai fini della tassazione in Lussemburgo.

<sup>130</sup>Le imposte erano pagate solamente dai soci in qualità di persone fisiche.

portava ulteriori incertezze in capo alla Commissione era il breve arco di tempo nel quale il Governo lussemburghese accettò la richiesta (nel contesto dell'accordo di tax ruling).

L'organo comunitario si soffermava poi sull'applicazione della metodologia per la determinazione dei prezzi di trasferimento: non vi era allineamento tra il metodo utilizzato da Amazon e quanto invece stabilito nelle Linee Guida OECD in merito ai possibili metodi di determinazione dei prezzi di operazioni infragruppo<sup>131</sup> (ovvero non era rispettato il principio della libera concorrenza). In concreto la Commissione sosteneva che le royalties pagate dalla società di gestione alla società di holding, giustificate dallo sfruttamento delle proprietà intellettuali concesse in licenza esclusiva alla società operativa, fossero determinate senza rispettare quanto indicato dal paragrafo 6.16 delle Linee Guida internazionali, secondo cui queste corrispondono a pagamenti ricorrenti basati sulle vendite o sui profitti<sup>132</sup>: il calcolo della remunerazione adottato da Amazon prevedeva infatti un calcolo residuale basato sul metodo "LuxOpCo Return" che ricomprendeva non solo i profitti direttamente imputabili all'utilizzo dei siti web (i beni intangibili) ma anche altri generati dalla LuxOpCo, gonfiando pertanto i pagamenti; la royalty fiscalmente deducibile pagata a Lux SCS era calcolata come la differenza tra il profitto effettivo registrato da LuxOpCo e tale remunerazione, calcolata sulla base dell'accordo sui prezzi di trasferimento di Amazon<sup>133</sup>. Ancora, in contrasto a quanto sostenuto dal Governo del Lussemburgo in merito all'assunzione di rischi e alla ripartizione delle funzioni tra la società di holding e quella di gestione, la Commissione ritiene che il quadro disegnato da Amazon d'accordo con le autorità fiscali lussemburghesi non rispecchi l'effettiva realtà: questi ultimi sostenevano che l'importo dei pagamenti fosse giustificato dal fatto che la Lux SCS svolgesse maggiori funzioni e assumesse maggiori rischi rispetto alla LuxOpCo (ovvero la Amazon EU). Dall'analisi svolta dalle autorità europee risultava invece esattamente il contrario: era infatti quest'ultima a svolgere la funzione di quartiere generale di Amazon in Europa, prendendo scelte strategiche e commerciali, assumendo rischi commerciali ed operativi legati anche

---

<sup>131</sup>Tra i vari metodi elencati nelle Guide Lines vi sono: il metodo del prezzo comparabile di libero mercato (CUP); il metodo del prezzo di rivendita (Resale Minus); il metodo del costo maggiorato (Cost Plus); il metodo della ripartizione degli utili (Profit Split); il metodo del margine netto della transazione (TNMM). Per maggiori dettagli si rimanda a quanto illustrato al capitolo 1.3.

<sup>132</sup>OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022, Cap. VI, par. 6.16.

<sup>133</sup>Commissione Europea, Comunicato stampa 4 ottobre 2017, "Aiuti di Stato: il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di EUR", p.17.

allo stoccaggio e alla distribuzione dei prodotti. Sebbene la Lux SCS si assumesse tutti i rischi connessi alla detenzione delle proprietà intellettuali e sostenesse i costi relativi allo sviluppo (sulla base dell'accordo di ripartizione dei costi con la capogruppo americana), agli occhi della Commissione l'importo delle royalty risultava comunque eccessivamente alto, riducendo ingentemente la base imponibile della società operativa con la conseguente riduzione del gettito fiscale lussemburghese.

La Commissione contestava inoltre anche il metodo di determinazione della misura chiamata "LuxOpCo Return", che secondo quanto riportato da Amazon doveva corrispondere alla misura del 4%-6% delle spese operative sostenute dalla LuxOpCo (essendo di sicuro tale importo inferiore a quello dell'utile operativo ottenuto): qualora infatti la remunerazione fosse calcolata sulla base di tale fattore (appunto, le spese operative), è implicitamente dato che il metodo utilizzato fosse il TNMM, ovvero il metodo del margine netto della transazione. Seguendo l'applicazione di tale metodologia la misura percentuale andrebbe determinata secondo un'analisi di comparabilità, individuando un'impresa simile di fatto, indipendente, e confrontando il prezzo pagato per lo sfruttamento delle proprietà intellettuali, cosa che dai report presentati da Amazon, non risultava essere stata fatta<sup>134</sup>. Nondimeno, nella prassi, vengono preferiti i metodi diretti per il calcolo dei prezzi di riferimento (nello specifico il CUP), mentre il metodo scelto da Amazon era appartenente alla categoria di quelli indiretti, senza un'apparente valida giustificazione. Tale metodologia era stata utilizzata anche da altri colossi multinazionali come Apple e Starbucks, anch'essi accusati dalla Commissione a seguito dello scandalo Lux Leaks, che avevano utilizzato la medesima base di calcolo (ovvero le spese operative) per i prezzi di trasferimento, stabilendo però delle percentuali di riferimento più elevate, corrispondenti a quasi il doppio di quanto determinato da Amazon: tale dato non poteva, tuttavia, essere portato a supporto alla tesi sostenuta dall'Unione Europea in quanto le imprese considerate operano in settori e mercati diversi, e presentano strutture societarie e circostanze economiche non facilmente assimilabili.

A quanto sopra esaminato, va aggiunto che l'accordo di tax ruling (APA) tra Amazon e il Governo del Lussemburgo era stato siglato nel 2003, e non venne mai aggiornato o revisionato: ciò significa che sicuramente, anche nel caso in cui alla data della stipula l'accordo rispettasse l'*arm's length principle*, nel corso degli anni e fino all'inizio delle

---

<sup>134</sup>Commissione Europea, Comunicato stampa 4 ottobre 2017, "Aiuti di Stato: il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di EUR", p.19.

indagini nel 2014, le condizioni di mercato sulla base delle quali l'accordo stesso si configurava, non potevano essere le medesime, ed anzi avevano subito significative variazioni nell'arco temporale considerato.

Come ultima argomentazione a supporto delle proprie accuse, la Commissione sosteneva anche che il Governo del Lussemburgo avesse concesso degli aiuti di Stato non conformi a quanto stabilito dal principio della libera concorrenza, in quanto gli stessi si sarebbero discostati dalla prassi amministrativa, riducendo l'onere fiscale di Amazon rispetto alle imprese che si trovano in una situazione analoga di fatto e di diritto<sup>135</sup>. Nello specifico la Commissione sosteneva che il Lussemburgo non aveva giustificato adeguatamente gli aiuti concessi ad Amazon, secondo quanto stabilito nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFEU)<sup>136</sup>, che all'articolo 107 (comma 2) giustifica come segue le eccezioni che uno Stato può concedere come in ambito di aiuti alle imprese: *“Sono compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera.”*<sup>137</sup>

Alla luce di quanto indicato nel TFEU la Commissione riteneva che non vi fossero gli estremi per considerare l'aiuto concesso come conforme alla normativa, in quanto non rivolto a promuovere un progetto di comune interesse europeo, né di porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia nazionale (lussemburghese), né di promuovere la cultura o la conservazione del patrimonio. Inoltre, gli aiuti concessi non erano ritenuti conformi

---

<sup>135</sup>Commissione Europea, Comunicato stampa 4 ottobre 2017, *“Aiuti di Stato: il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di EUR”*, p.20.

<sup>136</sup>Il Trattato risale alla fondazione della Comunità economica Europea, ed è stato stipulato nel 1957 a Roma, nonché più volte modificato: con il trattato di Fusione del 1965, con l'Atto Unico Europeo del 1986, col trattato di Maastricht del 1992, col trattato di Amsterdam del 1997, col trattato di Nizza del 2001 e col trattato di Lisbona del 2007.

<sup>137</sup>Art. 107, comma 2, Parte terza Politiche dell'Unione e azioni interne – Titolo VII: Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni – Capo 1: Regole di concorrenza – Sezione 2: Aiuti concessi dagli stati, Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

alla disciplina in quanto non erano mirati allo sviluppo di determinate aree e/o attività economiche, e tantomeno alla creazione di nuovi posti di lavoro.

Pertanto, il 7 ottobre del 2014, la Commissione europea portando tutte le argomentazioni sopra elencate, accusava Amazon e il Governo del Lussemburgo di aver strutturato un accordo di tax ruling non conforme alla disciplina espletata nelle Linee Guida OECD e non compatibile con il mercato interno lussemburghese. Nello specifico veniva richiesta alle parti la presentazione della seguente documentazione, per poter procedere con l'analisi ed eventualmente con la citazione formale in giudizio<sup>138</sup>:

- Copia dell'analisi economica, qualora esistente
- Spiegazione delle ragioni alla base della deviazione rispetto alla normativa OECD nella scelta del metodo utilizzato per la determinazione dei prezzi di trasferimento
- Descrizione dettagliata della proprietà intellettuale (IP) a giustificazione delle royalties ricevute dalla Lux SCS
- Dettaglio delle royalties pagate negli ultimi dieci anni dalla LuxOpCo alla Lux SCS, e dei dati contabili su cui è stato basato il calcolo (ricavi ecc.) per ogni periodo di riferimento considerato

Nei successivi 3 anni, fino al 2017 anno della sentenza definitiva, le parti fornirono la documentazione richiesta e l'analisi della Commissione proseguì in maniera approfondita. Va inoltre ricordato che la pubblicazione del Comunicato stampa del 2014, rese noto il tema a livello mondiale, e interessò in primo luogo l'agenzia governativa statunitense (IRS) per quanto concerne l'accordo di ripartizione dei costi (Cost Sharing Agreement) posto in essere tra la capogruppo Amazon.com, Inc. e la controllata lussemburghese Lux SCS.

Il 4 ottobre del 2017 la Commissione europea si pronunciò in maniera definitiva sancendo che Amazon avrebbe dovuto rimborsare 250 milioni di euro (corrispondenti a circa 300 milioni di dollari) al Lussemburgo<sup>139</sup>, in ottemperanza degli obblighi sanciti dalla disciplina europea, non in veste di "sanzione", bensì come conguaglio di quanto non

---

<sup>138</sup>Commissione Europea, Comunicato stampa 4 ottobre 2017, *"Aiuti di Stato: il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di EUR"*, p.22.

<sup>139</sup>Per maggiori dettagli si rimanda alla DECISIONE (UE) 2018/859 DELLA COMMISSIONE del 4 ottobre 2017 relativa all'aiuto di stato SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN) cui il Lussemburgo ha dato esecuzione a favore di Amazon" disponibile a: ["https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018D0859&from=PL"](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018D0859&from=PL).

versato nelle casse del fisco lussemburghese nel periodo di riferimento considerato (a partire quindi dal 2003).

### **3.3. La sentenza definitiva: la vittoria di Amazon**

Il 12 maggio 2021 una sentenza del Tribunale dell'Unione Europea, avente sede in Lussemburgo, annullava la decisione precedentemente presa dalla Commissione europea in merito alla non conformità degli aiuti di Stato ricevuti da Amazon ed alla struttura di *transfer pricing* (elusiva) architettata ed attuata dal colosso dell'e-commerce, sancendo la vittoria di Amazon, che non sarebbe più stata tenuta al pagamento stabilito dalla Commissione. Tuttavia, analizzando le argomentazioni mosse dalla Commissione europea a supporto dell'accusa, non risulta immediata la comprensione della decisione, opposta, presa dalla Corte di giustizia Europea.

Innanzitutto, la decisione del Tribunale è risultato dell'accoglimento dei ricorsi presentati sia dal Lussemburgo, sia da Amazon.com, che impugnavano tutte le constatazioni sulle quali poggiava il ragionamento della Commissione europea: la Corte europea sosteneva infatti che nessuna delle constatazioni esposte da quest'ultima fossero sufficienti a dimostrare la presenza di un vantaggio ai sensi del TFUE<sup>140</sup>, e che pertanto, non vi fossero gli estremi per sostenere che vi fosse stata un'indebita riduzione dell'onere fiscale delle filiali di Amazon ubicate in Lussemburgo. Nello specifico il Tribunale riteneva l'analisi svolta dalla Commissione errata sotto diversi punti di vista: in primo luogo le verifiche erano state basate su un fatto dato erroneamente (secondo il Tribunale) per assodato, ovvero che la società Lux SCS fosse una società "trasparente" in quanto mera detentrica passiva dei beni intangibili (le proprietà intellettuali). A detta della Corte europea tale assunto non era corretto e non era adeguatamente supportato da evidenze concrete: le funzioni svolte dalla società di holding lussemburghese ai fini dello sfruttamento dei beni immateriali ed i rischi correlati andavano oltre alla pura detenzione passiva degli stessi. Inoltre, il Tribunale sosteneva che la Commissione non avesse dimostrato che fosse più semplice svolgere un'analisi di comparabilità nei confronti della Lux SCS piuttosto che della LuxOpCo, né tantomeno che i dati derivanti da detta analisi sulla Lux SCS sarebbero stati maggiormente affidabili. In sintesi, la Commissione non aveva dimostrato, secondo

---

<sup>140</sup>Lettig D., "Amazon, la corte Ue annulla la decisione della Commissione: dal Lussemburgo nessun aiuto di stato", in Euractiv Italia, Maggio 2021.

il Tribunale, che il fisco lussemburghese avesse erroneamente definito la LuxOpCo come parte sottoposta alle verifiche<sup>141</sup>.

In secondo luogo il Tribunale sosteneva che, anche qualora fosse stato corretto considerare la holding LuxSCS come parte sottoposta a test, la Commissione non era comunque stata in grado di dimostrare l'esistenza di un vantaggio poiché il calcolo delle royalties pagate non doveva essere svolto esclusivamente sulla base dei costi di sviluppo sostenuti nell'ambito dell'accordo di ripartizione dei costi con la capogruppo americana, ma doveva tenere in considerazione anche la variazione positiva del valore dei suddetti beni intangibili, derivante dalla gestione e dalle attività di ricerca e sviluppo attribuibili alla LuxSCS<sup>142</sup>. Infine, la Corte europea riteneva che la valutazione in merito alla remunerazione della LuxSCS non fosse corretta in quanto la Commissione aveva considerato un tasso di remunerazione, relativo ad operazioni comparabili, per prestazioni a basso valore aggiunto: nello scenario considerato tale indice non risultava adeguato ai fini dell'analisi di comparabilità poiché le attività di gestione, ricerca e sviluppo svolte dalla LuxSCS non potevano essere inquadrate come prestazioni infragruppo a basso valore aggiunto, proprio in virtù della loro natura. In conclusione, quindi, il Tribunale sulla base di tali argomentazioni riteneva che non vi fossero sufficienti elementi a supporto della tesi della Commissione europea per poter ritenere che si fosse in presenza di una riduzione dell'onere fiscale normalmente dovuto dalla LuxOpCo derivante da una sovrastima delle royalties pagate alla LuxSCS<sup>143</sup>.

Alla luce di quanto passato in disamina, risulta ancora controverso e non immediatamente comprensibile ed accettabile, il fatto che due differenti organi internazionali (la Commissione ed il Tribunale europeo) si siano espressi in maniera diametralmente opposta su una vicenda tanto discussa quanto delicata come quella della tassazione dei profitti dei colossi multinazionali: tale situazione si era verificata già in precedenza nel caso Apple, e come per Amazon, la reazione dell'opinione pubblica risultò particolarmente in disaccordo. Un'ulteriore elemento d'incertezza è stato poi portato dalle

---

<sup>141</sup>Per maggiori dettagli si rimanda al sito web: "<https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/fisco-amazon-la-spunta-sulla-ue-stop-alla-multa-da-250-milioni/#:~:text=Amazon%20porta%20a%20casa%20una,non%20pagate%20nel%20Paese%20Ue.>"

<sup>142</sup>In tal senso, tenuto conto di tali attività, il valore dei pagamenti da parte della LuxOpCo non sarebbe risultato "gonfiato", bensì adeguato a quanto fornito dalla LuxSCS.

<sup>143</sup>Per maggiori dettagli si rimanda alla lettura di: Comunicato stampa n.79/21 del Tribunale dell'Unione Europea, 12 maggio 2021.



parole dell'avvocato generale tedesco presso la Corte di Giustizia dell'Unione europea Juliane Kokott<sup>144</sup>, che in merito alla vicenda Amazon si è espressa sostenendo quanto appunto stabilito nella sentenza del Tribunale europeo, aggiungendo che la Commissione europea avrebbe dovuto dimostrare il vantaggio selettivo applicando esclusivamente il diritto tributario nazionale (lussemburghese) e lasciando in secondo piano la disciplina intracomunitaria dei prezzi di trasferimento. Il parere è stato espresso dall'Avvocato Kokott a seguito del ricorso fatto dalla Commissione europea che impugnava la sentenza di primo grado del Tribunale europeo: la Corte a tal proposito aveva evidenziato, come sopra citato, un problema alla base dell'accusa mossa dalla Commissione, che consisteva nella mancanza di riferimenti alla disciplina dei prezzi di trasferimento dettata dall'OECD, all'interno della normativa fiscale del Lussemburgo<sup>145</sup>. Tale posizione, inevitabilmente, ha fatto sorgere dei dubbi sull'efficacia e funzionalità della disciplina del *transfer pricing* e sull'integrazione della stessa con i regimi fiscali nazionali: se da un lato è ormai noto come la materia non possa essere trattata in maniera oggettiva, ma debba essere adattata alla singola circostanza, dall'altro ci si chiede se tale elasticità risulti funzionale alla risoluzione delle controversie fiscali o se sia ancora oggi, in parte, un ostacolo al contrasto della pianificazione fiscale aggressiva e alla corretta tassazione dei profitti dei gruppi multinazionali. E pur vero che le transazioni infragruppo relative a beni intangibili e ad operazioni finanziarie risultano essere le situazioni maggiormente complesse in termini di valutazione e di comparabilità, ma stando alle recenti vicende (si veda appunto i casi Amazon, Apple, Google) agli occhi dell'opinione pubblica sembra che la disciplina relativa alla Base Erosion e al Profit Sharing non sia ancora sufficiente a garantire una corretta tassazione e la sistematica condanna delle riduzioni del gettito fiscale derivanti da scappatoie artificialmente create dai gruppi multinazionali. In tale ottica la sconfitta della Commissione nella controversia contro Amazon risulta in maniera evidente come una sconfitta che sancisce ancora una volta il potere delle imprese multinazionali e degli Stati che ne agevolano le attività al fine di ottenere, di "riflesso", vantaggi economici.

---

<sup>144</sup>Kokott è succeduta a Siegbert Alber come avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'Unione europea a partire dal 7 ottobre 2003.

<sup>145</sup>Rizzo A., Busdraghi A., Amazon – Gli accordi sui prezzi di trasferimento costituiscono aiuti di stato compatibili, in Osservatorio Fiscale e Contabile – SDA Bocconi, Giugno 2023.

## Capitolo IV: Operazioni finanziarie, un'altra fattispecie problematica per la disciplina del transfer pricing

### 4.1. Transazioni finanziarie e pianificazione fiscale: l'approccio della normativa BEPS

Nei due capitoli precedenti è stato affrontato il tema delle operazioni infragruppo aventi ad oggetto beni intangibili, sicuramente la tipologia di operazioni che per natura intrinseca degli immateriali risultano di gran lunga le più critiche per le autorità fiscali nazionali, così come per quelle europee. Tuttavia, queste operazioni non sono le uniche a creare numerosi grattacapi alle amministrazioni finanziarie nazionali: se infatti i beni immateriali sono difficilmente comparabili e pertanto risulta ostica la valorizzazione di tali transazioni, le operazioni finanziarie, ed in particolare l'utilizzo di strumenti di debito che generano il pagamento di interessi passivi infragruppo, devono essere altrettanto attentamente monitorate. L'action 4<sup>146</sup> promossa nel progetto BEPS tratta proprio il tema dell'erosione della base imponibile derivante dalla deduzione di interessi passivi relativi a finanziamenti concessi tra imprese collegate ed altre operazioni finanziarie, cercando di sancire delle regole uniformi al fine di contrastare tali fenomeni: la concessione di finanziamenti tra imprese appartenenti al medesimo gruppo può, infatti, essere facilmente architettata con l'intento di generare interessi passivi deducibili dalla base imponibile, contribuendo pertanto all'erosione della base imponibile e alla conseguente riduzione del gettito fiscale<sup>147</sup>. Le limitazioni introdotte dalla normativa BEPS sono volte, anche nell'ambito di tali operazioni, a garantire che i redditi vengano tassati secondo i regimi fiscali dei Paesi in cui vengono effettivamente prodotti, e ad evitare che si creino situazioni di doppia imposizione, sempre attraverso l'armonizzazione delle normative nazionali.

La pianificazione fiscale aggressiva da parte dei gruppi multinazionali nel contesto di operazioni finanziarie può essere architettata in primis mediante il seguente schema: un'impresa controllata residente un Paese caratterizzato da regime fiscale favorevole

---

<sup>146</sup>Per maggiori dettagli si rimanda a: "<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241176-en.pdf?expires=1693838968&id=id&accname=guest&checksum=AAF60B249CDD3F7838E8C81793713615>".

<sup>147</sup>Il denaro è infatti, per propria natura, un bene fungibile e estremamente facile da spostare e trasferire, e può pertanto essere strumentalizzato al fine di spostare profitti nelle giurisdizioni fiscali favorevoli.

concede un finanziamento alla capogruppo, residente invece in un Paese in cui la tassazione risulta più elevata; così facendo il gruppo cerca di localizzare il debito nel Paese a regime fiscale sfavorevole, usufruendo pertanto della deduzione degli interessi passivi dalla base imponibile della capogruppo, nonché della tassazione agevolata dei suddetti interessi percepiti dalla controllata ubicata nel Paese con tax rate inferiore<sup>148</sup>. In tale scenario il vantaggio derivante da tale costruzione artificiosa risulta pari alla differenza tra i tax rate effettivi dei due Paesi moltiplicata per gli interessi relativi al finanziamento<sup>149</sup>.

Un altro schema di pianificazione fiscale adottabile dalle multinazionali è quello basato sullo sfruttamento delle caratteristiche degli strumenti di copertura (come i derivati): la tecnica su cui l'OECD ha posto maggiormente l'attenzione è conosciuta come “*after tax hedging*”, tramite cui il contribuente si può coprire dal rischio di realizzare perdite mediante l'assunzione di posizioni opposte su valute estere o tassi d'interesse, considerando il trattamento fiscale asimmetrico cui sono sottoposti profitti e perdite derivanti dalle differenti posizioni<sup>150</sup>. Il massimo vantaggio ottenibile in tale scenario si ha nel momento in cui i profitti generati dallo strumento utilizzato a copertura non siano imponibili e le relative perdite siano deducibili.

Un ulteriore schema elusivo si basa sui *repurchase agreement*, ovvero accordi che prevedono la vendita di una determinata quantità di titoli, spesso ad una banca, con l'impegno al riacquisto successivo dei medesimi ad un prezzo più elevato: così facendo la differenza tra prezzo di vendita e di acquisto può essere sfruttata da due società residenti in Paesi a regimi fiscali differenti, qualora uno dei due consideri l'operazione come una vendita di asset e consenta quindi di usufruire del beneficio derivante dall'esenzione sui redditi da capitale.

---

<sup>148</sup>Va fatto presente che vi sono una serie di strumenti ibridi che consentono ottenere una doppia deduzione del medesimo componente negativo o la deduzione di questo in un Paese di residenza di una delle due società e contestuale esclusione dalla base imponibile del medesimo nel Paese di residenza della seconda società: tale situazione si verifica, ad esempio, nel momento in cui il Paese in cui risiede la società finanziatrice considera lo strumento come forma di partecipazione al capitale e non prevede pertanto la tassazione degli interessi, considerati appunto redditi da capitale, mentre il regime fiscale del Paese in cui risiede la società finanziata considera il finanziamento come strumento di debito consentendo quindi la deduzione dei relativi interessi.

<sup>149</sup>Valente P., *Aggressive tax planning: profili elusivi delle transazioni finanziarie*, in *Il fisco*, 22/2013.

<sup>150</sup>Valente P., *op. cit.* p.74.

Le Linee Guida dell'OECD nell'intento di contrastare questi schemi di pianificazione fiscale elusiva, poggiano anche qui sul principio di libera concorrenza: la disciplina prevede infatti che non sia possibile dedurre per intero gli interessi maturati su un finanziamento infragruppo. Nello specifico la differenza tra gli interessi che la società avrebbe pagato ad un soggetto terzo e gli interessi, invece, pagati alla società collegata non sono deducibili dalla base imponibile. Anche in questo caso, come per gli intangibili, la principale difficoltà nelle analisi delle autorità fiscali nazionali va ricondotta all'analisi di comparabilità, poiché non risulta assolutamente immediato il confronto con fattispecie assimilabili alla transazione oggetto di valutazione.

L'action 4 proposta nelle Guide Lines OECD è stata implementata proprio con la finalità di limitare l'erosione della base imponibile mediante la deduzione degli interessi passivo, delineando delle best practices da applicare alla fine della determinazione della quota deducibile per le imprese appartenenti a gruppi multinazionali<sup>151</sup>. Innanzitutto, l'OECD suggerisce 3 principali criteri su cui poter basare la limitazione della quota deducibile degli interessi:

- De minimis threshold: tale criterio prevede la deduzione di una quota di interessi, relativa o assoluta, che viene fissata forfettariamente<sup>152</sup>;
- Fixed ratio: tale criterio prevede che la deduzione sia calcolata applicando, appunto, un tasso fisso al risultato operativo registrato dalla società<sup>153</sup>;
- Group ratio: il criterio prevede che la deduzione venga parametrata non al risultato della singola società, bensì ai dati relativi all'intero gruppo, utilizzando indici quali debito/patrimonio netto e limitando la deduzione qualora il rapporto della società considerata sia maggiore all'indicatore prescelto<sup>154</sup>;

In generale, nella pratica, viene comunque stabilito che andrebbe determinata una soglia al di sotto della quale la deduzione non è consentita, ed una percentuale generalmente

---

<sup>151</sup>Oltre a questa casistica vengono anche espletate delle best practices per altre due categorie di imprese: quelle appartenenti a “*domestic group*” ovvero gruppi presenti nel solo territorio nazionale e imprese “*standalone*” ovvero indipendenti, non appartenenti ad un gruppo. Per maggiori dettagli si rimanda a OECD, “*Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*”, 2017, Cap III.

<sup>152</sup>OECD, “*Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*”, 2017, Cap III, p 39.

<sup>153</sup>OECD, “*Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*”, 2017, Cap VI.

<sup>154</sup>OECD, “*Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*”, 2017, Cap VII.

compresa tra il 10% ed il 30% dell'EBITDA per la deduzione della quota eccedente la suddetta; oltre a queste misure vengono inoltre dettate ulteriori misure specifiche volte ad evitare l'esclusione dal perimetro di applicazione di determinate fattispecie, conosciute come “*targeted rules*”<sup>155</sup>. Come noto, le raccomandazioni delle Linee Guida non hanno, tuttavia, un carattere vincolante per gli Stati: in considerazione dell'impatto che queste strategie elusive avevano, e avrebbero ancora potuto avere qualora non contrastate con un'adeguata normativa, l'Unione Europea ha ritenuto necessario convertire in obblighi le limitazioni indicate nel progetto BEPS. L'obiettivo venne raggiunto mediante la Direttiva ATAD (Anti Tax Avoidance Directive)<sup>156</sup>, emanata con le finalità di contrastare tutte le attività volte all'erosione della base imponibile introducendo una nuova normativa che limitasse il più possibile il trasferimento degli utili e che consentisse la tassazione degli stessi nei Paesi in cui sono stati generati. Nello specifico l'articolo 4 dispone quanto stabilito nelle Guide Lines ovvero che gli oneri finanziari eccedenti possono essere dedotti nella misura massima del 30% dell'EBITDA registrato dal contribuente, nel periodo d'imposta considerato, e che vengano contrastati i disallineamenti fiscali derivanti dall'utilizzo di strumenti ibridi. Proprio in merito a tali strumenti risulta importante l'apporto della seconda Direttiva in ambito di limitazioni fiscali emanata dall'Unione Europea, conosciuta come ATAD II, in cui vengono esplicitate tutte le casistiche relative all'utilizzo di tali strumenti e in cui viene di conseguenza negata o quantomeno limitata tanto la doppia deduzione ottenuta da un unico pagamento quanto la deduzione in capo al soggetto pagante senza che il medesimo pagamento venga tassato in capo al ricevente<sup>157</sup>. Le due Direttive vennero recepite a partire dal 1° gennaio 2019 nell'ordinamento italiano, apportando importanti modifiche alla normativa precedentemente vigente in tema di deducibilità degli interessi passivi, ovvero all'Art.96 del TUIR<sup>158</sup>, che venne in pratica modificato per intero, con l'introduzione delle seguenti novità:

---

<sup>155</sup>OECD, “*Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*”, 2017, Cap IV.

<sup>156</sup>Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio dell'Unione Europea del 12 luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, recepita nel regime italiano con il Decreto Legislativo 142/2018.

<sup>157</sup>Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio dell'Unione Europea del 29 maggio 2017, punti 2, 4 e 5. Tale Direttiva venne recepita nell'ordinamento italiano con il Decreto Legislativo 142/2018.

<sup>158</sup>

- Limite alla deduzione degli interessi passivi pari al 30% del risultato operativo lordo (EBITDA), ove gli interessi passivi vengono intesi come interessi aventi le seguenti 3 caratteristiche:
  - o Si qualificano come tali ai fini contabili
  - o Si qualificano come tali ai fini della normativa fiscale
  - o Derivano da un'operazione finanziaria (o un rapporto contrattuale avente causa finanziaria, o ancora un rapporto contrattuale contenente una significativa componente finanziaria)
- Possibilità di riportare in avanti, per un massimo di 5 anni, l'eccedenza di interessi attivi e, qualora si usufruisca di tale riporto, è prevista la consumazione prioritaria dell'eccedenza generatasi nel periodo meno recente
- La determinazione della deducibilità avviene rapportando gli interessi non più al risultato operativo lordo caratteristico, bensì a quello fiscale<sup>159</sup>

Anche prima di tale riformulazione dell'articolo 96 del TUIR l'Italia risultava uno degli Stati maggiormente all'avanguardia nel panorama europeo in termini di regolamentazione delle transazioni finanziarie e quindi della deduzione degli interessi passivi: già a partire dal 2008, infatti, il legislatore aveva introdotto un sistema di calcolo delle quote deducibili basato sull'EBITDA<sup>160</sup>, successivamente modificato fino ad approdare al nuovo testo dell'Art. 96 del TUIR.

#### 4.2. Transazioni finanziarie e transfer pricing

Tornando alla disciplina internazionale, le Direttive ATAD non furono le ultime disposizioni emanate a livello europeo in contrasto alle pratiche di elusione fiscale. Nel 2020 l'OECD pubblicò infatti un report dedicato esclusivamente alle transazioni finanziarie denominato “*Transfer pricing guidance of financial transactions*”, contenente una serie di indicazioni funzionali alle analisi di transfer pricing sulle suddette operazioni che rappresentavano il primo aggiornamento della materia rispetto alla pubblicazione delle Linee Guida del 1979. Il report tratta innanzitutto la definizione di transazione finanziaria, infragruppo, che deve consentire di identificare le parti coinvolte e i ruoli da esse assunti: il *borrower*, in primis, potrebbe trovarsi in una situazione in cui il rapporto

---

<sup>159</sup>Per maggiori dettagli si rimanda alla lettura del Dossier del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati del 12 settembre 2018, disponibile a: “<https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/FI0045.Pdf>”

<sup>160</sup>

tra debito e capitale proprio, essendo finanziato da una società collegata appartenente al gruppo, differente da quello che esisterebbe qualora si trattasse di una società indipendente, con la conseguenza che ciò potrebbe influire sugli interessi dovuti e sugli utili maturati in una determinata giurisdizione<sup>161</sup>. In tale ottica, nelle analisi di *transfer pricing*, è necessario verificare che l'importo concesso a prestito non sia eccedente a quello che sarebbe stato dato tra controparti indipendenti secondo il principio della libera concorrenza: l'eventuale eccedenza del debito dovrebbe essere riclassificata, a fini fiscali, in apporto di equity ed i relativi interessi passivi in dividendi indeducibili. Inoltre le disposizioni indicano che l'analisi della transazione deve avvenire considerando entrambe le parti coinvolte, valutando quindi la convenienza da ambedue le prospettive, sempre sulla base dell'*arm's length principle*: l'operazione per poter essere considerata conforme alla normativa dei prezzi di trasferimento dev'essere caratterizzata da un importo che un prestatore indipendente avrebbe concesso in finanziamento ad un mutuatario in considerazione della sua situazione finanziaria e quindi della sua solvibilità; viceversa anche dal lato del mutuatario le considerazioni che vanno fatte riguardano la sua disponibilità ad accettare un finanziamento sulla base delle proprie capacità di rimborso, sia in termini di quota capitale che di quota interessi<sup>162</sup>.

L'OECD suggerisce quindi un approccio basato sulla razionalità commerciale, che prediliga la considerazione di tutte le possibili alternative a disposizione dei soggetti nella valutazione dell'operazione nel suo complesso, come la possibilità per il prestatore di investire diversamente il denaro in eccesso, ad esempio, per espandere il proprio business. Individuata l'operazione oggetto di analisi, secondo tale approccio, vanno analizzati i seguenti fattori:

- Termini contrattuali
- Caratteristiche dello strumento finanziario
- Funzioni e rischi
- Strategie d'impresa
- Circostanze economiche

---

<sup>161</sup>OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione B, par. 10.4, p. 7.

<sup>162</sup>A ciò si aggiungono le considerazioni in merito a tutte le altre condizioni del finanziamento, quali durata, eventuali garanzie, metodi di rimborso ecc. Per approfondimenti si consiglia di prendere visione degli esempi riportati all'interno del report OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione B, par. 10.12, p. 8.

L'analisi dei termini contrattuali risulta solitamente agevole, e richiede di porre particolare attenzione alla fase preliminare della contrattazione al fine di comprendere a pieno la volontà delle parti. In merito alle caratteristiche dello strumento finanziario è chiaro invece come la loro analisi risulti utile al fine di identificare delle operazioni comparabili necessarie al confronto basato sul principio della libera concorrenza. L'analisi delle funzioni e dei rischi risulta invece essenziale ai fini della corretta determinazione della remunerazione delle parti: generalmente è il prestatore a stabilire le condizioni e monitorare l'andamento dell'operazione, nonostante in casi di finanziamenti intercompany tale attività di supervisione risulti per ovvi motivi più scarna rispetto ad un finanziamento concesso ad un terzo indipendente. L'analisi delle strategie d'impresa riveste un ruolo estremamente importante in quanto la valutazione della coerenza tra le finalità perseguite tramite l'attuazione della transazione e le suddette strategie, risulta uno strumento importante nella valutazione dell'operazione come conforme all'*arm's length principle* o meno, nonché nella determinazione dell'adeguatezza delle condizioni contrattuali. Infine, l'analisi delle circostanze economiche è fondamentale ai fini dell'analisi di comparabilità: una transazione infragruppo deve infatti essere comparata ad una tra parti indipendenti considerando anche il fattore temporale, così da poter minimizzare gli effetti distorsivi derivanti dalla volatilità dei mercati, ed effettuare un confronto sensato, evitando quindi analisi pluriennali<sup>163</sup>.

Oltre agli aspetti appena affrontati, l'OECD pone particolare attenzione anche sul tema del merito creditizio, definendolo come un elemento essenziale nel processo di determinazione dei corrispettivi nel contesto di operazioni finanziarie: l'analisi del merito creditizio del mutuatario consente infatti al prestatore di valutare il profilo di rischio del finanziamento, legato in primis, appunto, alla capacità di rimborso del *borrower*, e viceversa, consente a quest'ultimo di valutare quali siano le opzioni migliori per finanziarsi. Come avviene quindi per soggetti indipendenti, anche nelle operazioni infragruppo il *lender* deve svolgere un'analisi preventiva sul merito creditizio della controparte collegata, ovvero il processo conosciuto come *credit assesment* al fine di stabilire le migliori condizioni contrattuali del finanziamento o se non esistano i presupposti per poterlo concedere: tale procedimento avviene mediante l'analisi dei bilanci della società richiedente, dei flussi di cassa futuri attesi, nonché delle finalità per

---

<sup>163</sup>OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione B, par. 10.32, p. 11.



cui il finanziamento è richiesto. Tuttavia, il procedimento attuato in tal senso da imprese appartenenti al medesimo gruppo non sarà mai articolato ed approfondito come quello che si verifica nello scenario di un'operazione tra parti indipendenti, anche in considerazione del fatto che la maggior parte delle informazioni normalmente richieste dal prestatore di denaro sono solitamente già in possesso della società concedente. Nonostante questi assunti, l'OECD richiede che vengano comunque svolte tutte le considerazioni di natura commerciale al fine della corretta determinazione del corrispettivo<sup>164</sup>.

Il risultato dell'analisi si concretizza nell'indicatore chiamato *credit rating*, che in sintesi rappresenta la capacità di rimborso di un soggetto, il suo grado di solvibilità ovvero di fronteggiare le obbligazioni assunte mediante l'utilizzo di risorse proprie. Più l'indicatore è elevato, minore è il rischio di *default* della parte. Tuttavia, per quanto questo sia diventato un procedimento assodato, non risulta pienamente esente da difficoltà: l'OECD, infatti, nel suo provvedimento non definisce chiaramente quale sia l'approccio migliore da utilizzare nel valutare il merito creditizio di un soggetto nell'ambito di transazioni finanziarie infragruppo. I due approcci sono così sintetizzabili:

- Approccio stand alone: il grado di solvibilità viene determinato considerando la società come singola entità, salvo poi effettuare degli aggiustamenti in considerazione del supporto derivante dalla società controllante e dalle eventuali altre entità appartenenti al gruppo
- Approccio di gruppo: il rating del merito creditizio deriva da un'analisi che considera il gruppo nella sua interezza, trattandolo quindi come un'unica entità

Il primo approccio, nonostante a primo impatto possa sembrare la soluzione migliore in quanto consente di scendere nel dettaglio, è caratterizzato da alcuni punti di debolezza: il primo deriva dal fatto che l'OECD consente ai contribuenti di utilizzare i rating sviluppati dalle agenzie di rating indipendenti<sup>165</sup>, che nel caso di gruppi vengono però effettuati considerando non la singola entità, bensì, appunto, l'intero gruppo. Questo comporta maggiori difficoltà delle analisi da parte dei contribuenti, in quanto la mole di informazioni pubbliche riguardanti la singola entità risultano limitate e non consentono la creazione di un giudizio adeguato; quanto detto si traduce poi in maggiori oneri sia in

---

<sup>164</sup>OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.55, p. 15.

<sup>165</sup>Le più conosciute sono, ad esempio, Moody's e Standard&Poor.

termini di tempo che di costi per i soggetti prestatori, che per reperire le informazioni necessarie dovranno ricorrere a strumenti di valutazione quantitativa, che per loro natura non permettono comunque la conduzione di un'analisi completa in quanto non considerano aspetti qualitativi e risultano comunque colpite dagli effetti distorsivi delle operazioni infragruppo<sup>166</sup>. Oltre a questo, un altro tema da considerare nell'utilizzo dell'approccio stand alone è quello relativo agli aggiustamenti da apportare per tenere conto del supporto implicito ottenuto dalla società da parte delle altre entità del gruppo: in assenza di garanzie va infatti tenuto conto della possibilità, concreta, che l'impresa possa ricevere un sostegno finanziario da parte delle società collegate data la sua appartenenza al gruppo. Tali aspetti contribuiscono chiaramente a diminuire la probabilità di *default* ed al miglioramento del punteggio di rating, con la conseguente diminuzione dei tassi d'interesse applicati. La definizione del supporto implicito risulta comunque ostica in quanto basata sostanzialmente su variabili qualitative, che non sono facilmente individuabili ed anzi interpretabili, e non si configurano quindi come variabili puntuali<sup>167</sup>. Oltre alle metodologie utilizzate dalle agenzie di rating, il contribuente potrebbe rifarsi anche agli approcci adottati da istituti di credito ed intermediari finanziari: anche questi soggetti hanno infatti sviluppato dei metodi per delineare il merito creditizio delle controparti a cui concedono il credito, con la differenza però di una minore accessibilità ai dati trattati. Dal suo canto l'OECD sostiene un approccio che si allinea a quello adottato dalle agenzie di rating: le disposizioni sottolineano l'importanza del ruolo strategico dell'impresa all'interno del gruppo, in quanto chiaramente influente sul concetto di supporto implicito. Le agenzie di rating, in linea con tale assunto, assegnano il rating di gruppo qualora il ruolo dell'impresa oggetto di analisi risulti fondamentale, spostandosi invece verso una valutazione del merito creditizio stand alone qualora il ruolo risulti marginale. Il tema degli aggiustamenti da effettuare nello scenario di un approccio stand alone, ed in particolare del supporto implicito, male si concilia con uno dei principi che stanno alla base delle Linee Guida dell'OECD: si tratta del *separate entity approach*, che sta alla base di tutte le disposizioni (non solo quelle relative alle transazioni finanziarie), e che prevede appunto che nell'analisi di operazioni tra imprese associate queste vengano considerate come se fossero delle entità indipendenti, proprio per ottenere un giudizio

---

<sup>166</sup>OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.73, p. 17.

<sup>167</sup>Anche in tale circostanza il lender può comunque tenere conto delle metodologie utilizzate dalle agenzie di rating indipendenti, ai fini della determinazione del supporto implicito.

valido dall'analisi di comparabilità, altrimenti distorta. D'altro canto, risulta comunque corretto considerare (come da prassi degli istituti di credito) il fatto che un'impresa appartenente ad un gruppo può usufruire di una serie di benefici di cui una società indipendente non può disporre, così come può essere soggetta a rischi che derivano esclusivamente dalla sua appartenenza allo stesso: si pensi per esempio alle dinamiche scaturite dal fallimento di un'entità collegata, che potrebbe innescare un effetto domino con la conseguenza di una compromessa continuità aziendale.

In considerazione degli elementi passati in rassegna, che potrebbero rendere l'approccio stand alone non adeguato alla creazione di un giudizio accurato, l'OECD consente l'utilizzo dell'approccio di gruppo, qualora i risultati ottenuti non siano sufficienti e affidabili<sup>168</sup>. Tale approccio presenta indubbiamente una serie di vantaggi, tra cui, in primis, l'assenza del possibile effetto distorsivo derivante da operazioni infragruppo, ma anche quello derivante dalla possibilità di utilizzare un unico rating in diverse transazioni includenti le società del gruppo, con una relativa, netta, riduzione dei costi in capo al contribuente e delle controversie derivanti dalla determinazione del supporto implicito. Nonostante tali punti di forza, l'approccio di gruppo presenta comunque delle criticità: prima su tutte è sicuramente la non conformità al citato *separate entity approach*, che vorrebbe l'analisi della società considerata come singola entità. Oltre a questo, le disposizioni dell'OECD che prevedono le due metodologie differenti, possono portare dei problemi in termini di doppia imposizione, qualora le autorità fiscali di Paesi diversi non utilizzino lo stesso metodo nella valutazione della medesima operazione, se pur inquadrata da prospettive differenti, portando a risultati differenti anche in termini di tasso d'interesse da applicare. Sono pertanto evidenti, come nel caso dei beni intangibili, le difficoltà nella determinazione delle migliori modalità per l'analisi delle transazioni finanziarie attuate da gruppi multinazionali: la definizione del credit rating, del tasso d'interesse ovvero del prezzo di trasferimento conforme al principio di libera concorrenza, per quanto regolamentato, può ancora portare a risultati che si discostano gli uni dagli altri.

---

<sup>168</sup>OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.81, p. 19.

### 4.3. Pricing delle transazioni finanziarie

Il report dell'OECD prima di definire le metodologie per la determinazione dei prezzi di trasferimento relativi a transazioni finanziarie, si concentra sul tema delle clausole contrattuali, frequentemente inserite nei contratti di finanziamento stipulati tra parti indipendenti. Nello specifico vengono individuate quattro categorie di clausole, di seguito riportate:

1. Clausole volte alla conservazione del patrimonio netto
2. Clausole di bilancio
3. Clausole di default
4. Clausole informative

Questi *covenants* vengono nella prassi inseriti al fine di salvaguardare il finanziamento concesso dal *lender*: attraverso il loro monitoraggio il prestatore di denaro riesce infatti, in ogni momento, ad avere un'evidenza importante in merito alla capacità di rimborso del *borrower*. Tuttavia, tali indicatori risultano utili principalmente nelle operazioni tra soggetti indipendenti: nel contesto di finanziamenti tra parti collegate difficilmente viene ravvista la necessità di inserire tali tipologie di clausole in considerazione del fatto che non vi sono le medesime criticità derivanti da asimmetrie informative tra il prestatore ed il mutuatario<sup>169</sup>. Inoltre, anche qualora vengano inseriti *covenants*, risulta difficile pensare che se non rispettati una società agisca nei confronti di un'altra impresa appartenente al medesimo gruppo societario.

Affrontato tale tema, le Guide Lines si focalizzano sulle metodologie per la determinazione dei prezzi di trasferimento. Il primo metodo proposto è quello del confronto di prezzo, che è considerato di più agevole applicazione in tale tipologia di transazioni, rispetto ad altre (come, ad esempio, quelle aventi ad oggetto beni immateriali): l'agevolezza va ricercata nel fatto che, in virtù della mole di informazioni pubbliche presenti nei mercati finanziari in relazione a transazioni finanziarie, risulta più semplice l'individuazione di operazioni comparabili<sup>170</sup>. L'applicazione di tale metodo prevede quindi la ricerca di operazioni comparabili, svolte da soggetti comparabili sulla

---

<sup>169</sup>OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.86, p. 19.

<sup>170</sup>OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.90, p. 20.

base dell'analisi funzionale svolta: interessante in tal senso è come l'attenzione venga posta non tanto sull'elemento geografico, come avviene per altre tipologie di transazioni, quanto più sull'elemento temporale. Come già discusso, infatti, nell'ambito delle transazioni finanziarie l'elemento di maggiore importanza nel confronto tra operazioni simili consiste proprio nel momento in cui viene effettuata l'operazione, in quanto la volatilità dei mercati risulta determinante ai fini della determinazione dei tassi d'interesse applicati.

Il secondo metodo proposto dall'OECD è denominato *cost of funds* (ovvero costo della raccolta), la cui applicazione viene suggerita qualora non vi siano gli estremi (in termini di informazioni disponibili) per poter svolgere un'analisi di comparabilità. Secondo tale metodologia il prezzo di trasferimento dev'essere determinato considerando come punto di partenza per il calcolo il costo sostenuto dal prestatore per la raccolta dei fondi, al quale andranno poi sommati ulteriori elementi: gli oneri per la gestione del finanziamento stesso ed il premio per il rischio sostenuto nella transazione. Oltre a questo, vanno considerate anche le possibilità per il mutuatario di finanziarsi presso altri soggetti a condizioni più favorevoli, e se altri finanziatori siano in grado di sostenere minori costi nel reperire il capitale: questo aspetto costituisce il più grande limite del metodo in quanto viene sostanzialmente richiesto comunque un confronto esterno come nel caso del primo metodo, facendo venir meno quindi il presupposto per la sua applicazione<sup>171</sup>. Nonostante tale limite, il metodo risulta adeguato nel momento in cui la struttura della transazione finanziaria preveda che il capitale fornito avvenga da parte di più società appartenenti al gruppo, mediante intermediazioni, in quanto consente di determinare il costo sostenuto dalle singole parti e quindi la relativa remunerazione<sup>172</sup>.

Successivamente l'OECD suggerisce ulteriori tre metodi, se pur anch'essi caratterizzati da alcune lacune:

- Utilizzo dei CDS (*Credit Default Swap*) per la determinazione del tasso d'interesse, la cui applicazione deve però avvenire con una certa cautela in considerazione della forte volatilità di tali strumenti derivati

---

<sup>171</sup>Il presupposto per l'applicazione del *cost of funds* è infatti che non vi siano operazioni comparabili per poter determinare il prezzo con la metodologia del confronto di prezzo. Risulta pertanto limitante il fatto che anche il secondo metodo analizzato richieda comunque un confronto con le condizioni che sarebbero state applicate da soggetti terzi.

<sup>172</sup>OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.100, p. 22.

- Utilizzo di modelli economici per la determinazione del tasso privo di rischio a cui dovranno successivamente essere sommate le remunerazioni per i rischi sostenuti, che devono essere calcolate sulla base di analisi giustificate ed affidabili
- Utilizzo della consulenza degli istituti di credito al fine di valutare la correttezza e la linearità del tasso d'interesse applicato alla transazione infragruppo, rispetto alle condizioni di mercato.

Un'altra fattispecie trattata dalle Linee Guida dell'OECD, sempre nel quadro delle transazioni finanziarie, è quella relativa agli accordi di cash pooling: con tale strumento un gruppo può strutturare una gestione centralizzata della tesoreria mediante la stipula di un contratto tra le società associate. Per poter ottenere tale risultato, innanzitutto, dev'essere individuato un *pooler*, ovvero la società del gruppo che sarà incaricata della gestione della tesoreria, scelta che nella maggior parte dei casi ricade sulla società capogruppo (*parent company*). Successivamente tale soggetto provvede alla costituzione di un conto corrente bancario, nel quale transiteranno tutti i movimenti di cassa delle entità del gruppo. Infine, per completare l'operazione, il *pooler*, deve stipulare dei contratti di conto corrente non bancario con le società associate, che giustifichino lo spostamento dei saldi di credito e/o debito. L'effetto principale derivante da tale tipologia di accordo è che il gruppo paga o riceve gli interessi che vengono calcolati sulla base del saldo netto complessivo del *pool account* (il conto corrente comune), usufruendo quindi, qualora lo scenario economico registri dei tassi d'interesse positivi, di sinergie di gruppo. In questo contesto s'inserisce il tema dei prezzi di trasferimento: nel caso in cui vengano registrati dei risultati positivi in termini di proventi finanziari, sorgono le criticità connesse alla ripartizione degli stessi tra le società del gruppo, e proprio questo rappresenta il punto di partenza per le analisi di *transfer pricing*. L'applicazione del principio di libera concorrenza risulta particolarmente critica per questa tipologia di transazioni, in quanto non vi è la possibilità di svolgere analisi di comparabilità con operazioni simili attuate da imprese indipendenti; inoltre un altro elemento di complessità deriva dall'inquadramento dell'operazione stessa da parte di amministrazioni finanziarie di Paesi differenti, che potrebbero qualificare l'accordo diversamente in virtù delle normative domestiche, assimilandolo anche ad un'operazione di finanziamento concesso

al/dal *pooler*<sup>173</sup>. Le Linee Guida sottolineano l'importanza, nell'analisi, della delimitazione delle funzioni e dei rischi assunti da tutte le parti coinvolte nell'accordo, al fine di poter stabilire sulla base di questi elementi la corretta remunerazione per tutte le parti, sulla base dell'effettivo valore creato. Partendo dal ruolo rivestito dal *pooler*, generalmente le funzioni svolte sono quelle di coordinamento, monitoraggio e gestione dei saldi, senza una vera e propria esposizione al rischio; tuttavia, le funzioni svolte potrebbero avere anche natura strategica, non limitandosi alla mera gestione, ma anzi, occupandosi della gestione della liquidità e della pianificazione degli investimenti nonché della gestione dei rapporti con gli istituti di credito, giustificando in tal caso una remunerazione maggiore. Per quanto riguarda invece le altre società del gruppo aderenti all'accordo, l'OECD detta delle disposizioni più generiche, non scendendo nel dettaglio del metodo per determinare la remunerazione: quest'ultima dev'essere fissata in base ai tassi d'interesse che maturano sulle singole posizioni dei partecipanti<sup>174</sup>. Ancora una volta va quindi individuato il tasso d'interesse conforme all'*arm's length principle*, per cui vengono suggeriti due differenti approcci:

- Il primo prevede la possibilità di utilizzare i tassi applicati dalle banche sui singoli conti delle società aderenti all'accordo, approccio che tuttavia risulta debole in quanto tali valori non possono essere considerati totalmente conformi al principio di libera concorrenza, data le differenze nei rischi assunti dai vari istituti di credito
- Il secondo approccio, conosciuto come *build-up approach* prevede invece la determinazione di un tasso privo di rischio a cui poi aggiungere il premio al rischio, la cui definizione avviene sulla base del rating delle singole società aderenti all'accordo.

Sempre nell'ambito delle transazioni finanziarie è rilevante poi il tema del pricing delle garanzie infragruppo: qualora infatti una società appartenente ad un gruppo si finanzi presso un soggetto terzo indipendente, e tale finanziamento venga garantito da parte di una società collegata consentendo un miglioramento del *credit rating* e quindi una riduzione del tasso d'interesse applicato, risulta fondamentale la corretta determinazione della remunerazione spettante al soggetto garante, che si assume una serie di rischi

---

<sup>173</sup>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

<sup>174</sup>OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione C, par. 10.143, p. 27

connessi all'operazione<sup>175</sup>. Anche in tale ambito l'OECD suggerisce diverse metodologie per il calcolo dei prezzi di trasferimento (qui intesi come remunerazione alla garanzia concessa infragruppo):

- Metodo del CUP, basato cioè sull'analisi di comparabilità, che tuttavia risulta di difficile applicazione in quanto è raro che un'impresa rilasci delle garanzie ad una società terza
- *Yeld approach*, metodo che prevede che la remunerazione al garante sia determinata nella misura del vantaggio ottenuto dal *borrower* in termini di riduzione del tasso d'interesse applicato all'operazione, ovvero la differenza tra quanto tra gli oneri che avrebbe pagato in assenza di garanzia e quelli pagati effettivamente
- *Cost approach*, metodo per cui la remunerazione del garante dev'essere determinata in considerazione dei costi che tale soggetto dovrebbe sostenere qualora il mutuatario diventasse insolvente
- *Valuation of expected loss approach*, metodo secondo cui la remunerazione dev'essere determinata considerando l'indicatore della *probability of default* del *borrower*
- *Capital support method*, metodo secondo cui la remunerazione va determinata sulla base della differenza tra i rating della società garante e garantita, determinando quindi l'apporto di capitale che sarebbe necessario per ottenere la medesima struttura patrimoniale tra i due soggetti e considerando il rendimento atteso del suddetto apporto come remunerazione della garanzia concessa

---

<sup>175</sup>OECD, *Transfer pricing guidance on financial transactions*, 2020, Sezione D, par. 10.158 – 10.161, pp. 29 - 30.



## Conclusioni

La disciplina del *transfer pricing*, alla luce di quanto analizzato nell'intero elaborato, risulta essere particolarmente complessa ed ampia. Le fattispecie che si distinguono all'interno di tale ambito giustificano il fatto che la materia non è considerabile come una scienza esatta, e non è quindi riconducibile ad unica fonte, bensì ad un insieme di provvedimenti, valutazioni e giurisprudenze, di differenti Paesi ed autorità fiscali, oltre che di Organi sovranazionali (su tutti l'OECD). La volontà delle amministrazioni finanziarie di coordinarsi e di armonizzare quanto più possibile la disciplina è da sempre stata ostacolata in primis dal conflitto di interessi tra gli Stati stessi, e in secondo luogo dalle peculiarità che le singole operazioni attuate dai gruppi multinazionali in ambito di arbitraggi fiscali, che hanno consentito solo parzialmente di creare una storicità. La finalità di ottenere un'equa suddivisione delle spese pubbliche e di prevenire la pianificazione fiscale volta alla creazione di vantaggi competitivi è resa sempre maggiormente difficoltosa dall'evoluzione dei modelli di business, dei mercati, e delle tipologie di "prodotti" che vengono commercializzati. L'avvento della digitalizzazione è sicuramente il fattore che ha comportato le maggiori necessità di evoluzione della disciplina della materia oggetto di studio: come analizzato nel terzo capitolo del presente elaborato, le transazioni che più agilmente possono essere strumentalizzate al fine di ottenere indebiti vantaggi fiscali, sono quelle aventi ad oggetto beni intangibili (ed anche transazioni finanziarie). La caratteristica dell'intangibilità rende complessa la valutazione di un'operazione, che di fatto non è agevolmente assoggettabile ad un'analisi di comparabilità, a differenza di operazioni relative a beni tangibili. Per ovviare a tali complessità la sfida dell'OECD è quella di ricercare dei parametri che consentano di individuare inequivocabilmente gli spostamenti di ricchezza attuati dalle imprese multinazionali, prime ad implementare strategie di elusione fiscale. Come visto nel primo capitolo, l'OECD ha enfatizzato l'importanza della trasparenza e dello scambio di informazioni standardizzate, aggiornando la forma e la qualità della reportistica richiesta in ambito di prezzi di trasferimento (come, ad esempio, Master file e Country file). Tuttavia, sebbene la trasmissione automatizzata di questo set informativo abbia indubbiamente migliorato il punto di partenza per le verifiche delle autorità fiscali, ancora oggi vi sono delle lacune che rendono possibile usufruire di vantaggi fiscali ai gruppi d'impresa con sedi dislocate in Paesi differenti. Le multinazionali, infatti, nel perseguire

i propri obiettivi di massimizzazione di creazione di valore aggiunto, fanno leva innanzitutto sul fatto che le operazioni infragrupo per loro intrinseca natura non possano essere comparate in ogni aspetto ad operazioni che avvengono tra parti indipendenti, mettendo in dubbio di frequente l'applicabilità dell'*arm's length principle* nei suddetti scenari. La ratio ispiratrice del principio di libera concorrenza non risulta infatti esclusivamente connessa a finalità antielusive, quanto più invece a garantire la non alterazione della concorrenza nei mercati e la promozione del commercio e dello sviluppo economico internazionale; d'altro canto, il principio riveste intrinsecamente un ruolo antielusivo, rendendo inefficaci le strategie di manipolazione dei prezzi applicate alle operazioni infragrupo. La creazione di ingegnose strutture societarie volte alla decurtazione della base imponibile vengono ancora oggi implementate dai grandi gruppi multinazionali, che sfruttano principalmente il disallineamento delle regolamentazioni nazionali e gli interessi dei singoli Paesi: in tal senso si è evinto nel corso dell'analisi che gli Stati possono trarre vantaggi non indifferenti dallo spostamento di attività economiche redditizie nel proprio territorio, sia dal punto di vista economico che sociale; tale fattore rappresenta pertanto un incentivo per i governi a concedere aiuti fiscali mediante accordi con le multinazionali, al fine di trattenere i suddetti business tra i propri confini. In questo contesto è chiaramente emersa la necessità di una legislazione univoca che consenta di disciplinare uniformemente le transazioni attuate tra imprese associate. In tal senso si era mossa la Commissione Europea con la proposta del *Common Consolidated Corporate Tax Base*<sup>176</sup>, ovvero un sistema che permettesse di determinare una base imponibile unica per le multinazionali operanti nel territorio dell'Unione Europea, una via che però presentava non indifferenti difficoltà di attuazione. Nello specifico un approccio di questo tipo per essere efficace richiedeva implicitamente un consenso a livello comunitario e globale, difficile da raggiungere in quanto la maggior parte degli Stati seguivano, come indicato dalle Linee Guida OECD, un approccio basato sul principio di libera concorrenza: le difficoltà applicative di tale modello non derivavano pertanto dalle sole criticità organizzative e legate al consenso delle parti, ma anche dal fatto che si sarebbe potuto concretizzare solamente invertendo la rotta e passando dal *separate entity approach* (in linea con l'*arm's length principle*) al *unitary entity theory* (secondo cui il

---

<sup>176</sup>Modello che prevede un unico insieme di regole per il calcolo degli utili imponibili delle società nell'UE: in tal modo le società sarebbero tenute alla presentazione di un'unica dichiarazione dei redditi per tutte le loro attività. Il modello prevede che gli utili imponibili consolidati vengano ripartiti tra gli Stati membri in cui il gruppo opera, e tassati secondo il regime nazionale.

gruppo va considerato come un'unica entità) con il rischio che la ripartizione degli utili venisse assoggettata all'applicazione di formule di calcolo eccessivamente arbitrarie. Pertanto, nonostante un approccio univoco e globalmente condiviso sarebbe indubbiamente la soluzione migliore, preso atto delle difficoltà pratiche della sua applicazione, l'OECD ha prediletto la via dell'approccio basato sul principio di libera concorrenza. L'organismo internazionale non ha tuttavia chiarito fin da subito il metodo di applicazione del principio, sottolineando reiteratamente l'essenzialità di un concetto che si scontra con il suddetto: quello della creazione di valore. L'applicazione del principio di libera concorrenza si basa infatti sull'assunto che le società appartenenti ad un gruppo vengano considerate come singole entità (il già citato *separate entity approach*), mentre il concetto di creazione di valore utilizzato per l'allocatione dei profitti generati, sposta il focus dell'analisi: applicando il primo concetto la verifica dell'autorità fiscale si concentrerebbe in primis sul comprendere come la medesima operazione sarebbe avvenuta tra società indipendenti: applicando il concetto di creazione di valore, il punto centrale per l'analisi si sposta invece sullo studio dell'intera struttura societaria del gruppo. In tal senso lascia pertanto alcuni dubbi il modello proposto con l'analisi DEMPE, che si incentra, appunto, sull'allocatione di funzioni, rischi e beni al fine della ripartizione dei profitti di gruppo. Sebbene questo vada in contrasto con i pilastri su cui poggia la disciplina BEPS, risulta oggi essenziale considerare anche tali fattori, in particolar modo per arginare le strategie elusive attuate mediante lo sfruttamento di beni intangibili: in questi scenari risulta infatti maggiormente efficace verificare com'è strutturata la catena di valore di un gruppo per poter allocare adeguatamente i profitti generati. E chiaro come la determinazione del prezzo che sarebbe stato attuato in applicazione dell'*arm's length principle*, si configuri diversamente dall'attività volta a stabilire dove allocare i profitti sulla base dell'effettivo apporto alla creazione del valore, in particolare quando si parla di beni intangibili. In questo ambito, l'azione 10 del progetto BEPS fa chiarezza, evidenziando l'importanza dell'applicazione del metodo conosciuto come *profit split* per la determinazione del prezzo di trasferimento coerente con il principio di libera concorrenza, applicabile a transazioni aventi ad oggetto beni immateriali. Tale metodo, come facilmente intuibile dal nome, si concretizza con la ripartizione dei profitti sulla base dell'apporto delle singole imprese associate, allineandosi quindi solo parzialmente al principio di libera concorrenza, in quanto prevede sì il calcolo del prezzo sulla base della suddivisione che avrebbero attuato delle imprese indipendenti nell'ambito della transazione oggetto di studio, ma appoggiando

implicitamente l'approccio basato sul concetto di creazione di valore. La soluzione prevista *ad hoc* per le transazioni relative a beni intangibili prevede due step: il primo è l'applicazione del principio di libera concorrenza, che rimane pertanto l'approccio migliore secondo l'OECD; il secondo è l'applicazione del metodo della ripartizione degli utili, ma solo qualora non sia possibile individuare delle transazioni comparate che consentano di determinare il corretto prezzo di trasferimento mediante un'analisi di comparabilità (scenario che si verifica nella maggior parte dei casi per queste tipologie di transazioni). Se fin dal principio quindi la disciplina poggiava esclusivamente sul concetto di prezzo di trasferimento come determinato dall'*arm's length principle*, con l'evoluzione dei business e in particolar modo a causa della costante e progressiva digitalizzazione, l'OECD considera oggi necessario un approccio che consenta quantomeno in parte di superare il principio nella sua più pura declinazione per poter ottenere dei risultati efficaci. Per poter ovviare alle problematiche derivanti dalla pianificazione fiscale non è pertanto sufficiente un allineamento alle indicazioni riassunte nelle Linee Guida OECD, bensì è necessario superare il mero recepimento della disciplina, ed anzi superare i concetti basilari su cui poggia per poter stare al passo con l'evoluzione rappresentata dalla dematerializzazione dei fattori produttivi, implementando non uno schema di rigide norme nazionali univoche, che sicuramente agevolerebbe l'equa ripartizione dei profitti e dei gettiti nazionali, ma una cooperazione basata su accordi multilaterali fra gli Stati basati sui medesimi principi e assunti, volti al raggiungimento di obiettivi antielusivi.

## Bibliografia

- Agenzia delle Entrate (2010), Provvedimento del 29 settembre 2010, n. 137654, disponibile a <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/it/web/guest/schede/istanze/transfer-pricing/scheda-informativa-transfer-pricing>.
- Agenzia delle Entrate (2020), Provvedimento n. 360494 del 23 novembre 2020, disponibile a <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/novembre-2020>.
- Agenzia delle Entrate Ministero dell'Economia e delle Finanze, [https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/english/nse/business/double-taxation-relief/mutual-agreement-procedure#:~:text=The%20Mutual%20Agreement%20Procedure%20\(MAP,or%20of%20a%20tax%20treaty.,](https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/english/nse/business/double-taxation-relief/mutual-agreement-procedure#:~:text=The%20Mutual%20Agreement%20Procedure%20(MAP,or%20of%20a%20tax%20treaty.,) agosto 2023.
- Altalex (2019), <https://www.altalex.com/guide/transfer-pricing>, luglio 2023.
- Camera dei Deputati (2018), “*Dossier Norme contro le pratiche di elusione fiscale (direttiva ATAD2)*”, settembre 2018.
- Commissione Europea (2017), “*State aid SA.38944 (2014/C) – Luxembourg Alleged aid to Amazon by way of a tax ruling*”, ottobre 2017.
- Concas A. (2012) “*I Gruppi di imprese*”, Diritto.it, 23/11/2012
- Commissione Europea (2017), Comunicato stampa 4 ottobre 2017, “*Aiuti di Stato: il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di EUR*”.
- Commissione Europea (2017), Comunicato stampa “*Decisione (UE) 2018/859 della Commissione del 4 ottobre 2017 relativa all'aiuto di stato SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN) cui il Lussemburgo ha dato esecuzione a favore di Amazon*”.
- Consiglio dell'Unione Europea (2017), Direttiva (UE) 2017/952 del 29 maggio 2017.
- Corriere.it (2017), [https://www.corriere.it/economia/17\\_ottobre\\_04/ue-amazon-ha-avuto-vantaggi-fiscali-illegali-250-milioni-euro-2821d118-a8ef-11e7-8539-6c9b026c835a.shtml](https://www.corriere.it/economia/17_ottobre_04/ue-amazon-ha-avuto-vantaggi-fiscali-illegali-250-milioni-euro-2821d118-a8ef-11e7-8539-6c9b026c835a.shtml), agosto 2023.

- Corriere.it (2021), <https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/fisco-amazon-la-spunta-sulla-ue-stop-alla-multa-da-250-milioni/#:~:text=Amazon%20porta%20a%20casa%20una,non%20pagate%20ne l%20Paese%20Ue>, agosto 2023.
- DirittoBancario.it (2022), <https://www.dirittobancario.it/tag/beps/>, giugno 2023.
- Diritto.it (2012), <https://www.diritto.it/i-gruppi-di-imprese/#:~:text=Il%20gruppo%20economico.,Il%20gruppo%20ad%20azionari ato%20diffuso>, agosto 2023.
- ErnestYoung.com (2022), *EY Worldwide Transfer Pricing Reference Guide 2019-2020*, luglio 2023.
- Fossati R., Belli Contarini P. (2021), *Oneri documentali Patent Box e Nexus Ratio: semplice facoltà o grande opportunità per le imprese?*, in *Norme e Tributi Plus*, agosto 2021.
- Garcia-Bernanrdo J., Cobham A., Bou Mansour M. (2020), “*The axis of tax avoidance: Time for the EU to close Europe’s tax havens*”, in *Tax Justice Network*, aprile 2020.
- GazzettaUfficiale.it (2018), <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/05/23/18A03544/sg>, luglio 2023
- Giorgi S. (2020), *I beni immateriali nel sistema del reddito d’impresa*, Torino, 2020, Cap. IV.
- Guardia di Finanza (2018), Circolare della Guardia di Finanza n. 1/2018.
- Haller A., Chand V. (2019), *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.
- InternationalConsortiumofInvestigativeJournalism.org (2019), <https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database/>, luglio 2023
- Lettig D. (2021), “*Amazon, la corte Ue annulla la decisione della Commissione: dal Lussemburgo nessun aiuto di stato*”, in *Euractiv Italia*, maggio 2021.
- Ministero dell’Economia e delle Finanze (1980), Circolare Ministeriale n.32 del 1980.
- Mincuzzi A.(2020), “*La follia dei paradisi fiscali. In Lussemburgo ogni dipendente fa utili per 8 milioni di euro, in Italia e Germania per 42mila euro*”, in *L’urlo Il Sole24ore*, maggio 2020.

- OECD (1963), “*Draft Double Taxation Convention on Income and Capital 1963*”, disponibile a [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/draft-double-taxation-convention-on-income-and-capital\\_9789264073241-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/draft-double-taxation-convention-on-income-and-capital_9789264073241-en#page1).
- OECD (1979), “*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*”, disponibile a [https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/transfer-pricing-and-multinational-enterprises\\_9789264167773-en#page3](https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/transfer-pricing-and-multinational-enterprises_9789264167773-en#page3).
- OECD (1984), “*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*”, disponibile a [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/transfer-pricing-and-multinational-enterprises\\_9789264167803-en#page5](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/transfer-pricing-and-multinational-enterprises_9789264167803-en#page5).
- OECD (1995), “*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*”, disponibile a [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-1995\\_g2g7fa2a-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-1995_g2g7fa2a-en#page1).
- OECD (2015) *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, disponibile a [9789264241138-en.pdf](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements_9789264241138-en.pdf) (oecd-ilibrary.org).
- OECD (2015) *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, disponibile a [9789264241152-en.pdf](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules_9789264241152-en.pdf) (oecd-ilibrary.org).
- OECD (2015) *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, disponibile a [9789264241176-en.pdf](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/limiting-base-erosion-involving-interest-deductions-and-other-financial-payments_9789264241176-en.pdf) (oecd-ilibrary.org).
- OECD (2015) *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, disponibile a [9789264241190-en.pdf](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/countering-harmful-tax-practices-more-effectively-taking-into-account-transparency-and-substance_9789264241190-en.pdf) (oecd-ilibrary.org).
- OECD (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, disponibile a [9789264241695-en.pdf](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances_9789264241695-en.pdf) (oecd-ilibrary.org).
- OECD (2015), *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*, disponibile a [9789264241220-en.pdf](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status_9789264241220-en.pdf) (oecd-ilibrary.org).
- OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, disponibile a [9789264241244-en.pdf](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation_9789264241244-en.pdf) (oecd-ilibrary.org).
- OECD (2015), *Measuring and Monitoring BEPS*, disponibile a [9789264241343-en.pdf](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/measuring-and-monitoring-beps_9789264241343-en.pdf) (oecd-ilibrary.org).
- OECD (2015), *Mandatory Disclosure Rules*, disponibile a [9789264241442-en.pdf](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/mandatory-disclosure-rules_9789264241442-en.pdf) (oecd-ilibrary.org).
- OECD (2015), *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, disponibile a [9789264241480-en.pdf](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/transfer-pricing-documentation-and-country-by-country-reporting_9789264241480-en.pdf) (oecd-ilibrary.org).

- OECD (2015), *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*, disponibile a [9789264241633-en.pdf \(oecd-ilibrary.org\)](#).
- OECD (2017), “*Limiting Base Erosion involving interest deduction and other financial payments. Action 4 – 2016 Update*”.
- OECD (2020), *Transfer pricing guidance on financial transactions*.
- OECD (2022), *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.
- OECD/G20 (2015), Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015 final reports.
- Pagliari L., Mantini S. (2020), “*Aiuti di Stato in materia fiscale*”, in Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, 18 novembre 2020.
- Pistone P. (2016), *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, febbraio 2016.
- RivoiraCommercialisti.it (2022), [https://rivoiracommercialisti.it/wp-content/uploads/2022/05/speciale21\\_22.pdf](https://rivoiracommercialisti.it/wp-content/uploads/2022/05/speciale21_22.pdf), luglio 2023
- Rizzo A., Busdraghi A. (2023), Amazon – Gli accordi sui prezzi di trasferimento costituiscono aiuti di stato compatibili, in Osservatorio Fiscale e Contabile – SDA Bocconi, giugno 2023.
- Screpante M.S. (2019), *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.
- Shah R., Tolani A., Bhatnagar A. (2013), *Transfer pricing issues relating to marketing intangibles*, in Asia Pacific bulletin, 2013.
- Valente A., Viola I. (2023), “*Valorizzazione degli intangibles mediante l’analisi DEMPE*”, in Fiscalità e Commercio Internazionale n.4/2023, maggio 2023.
- Valente P. (2013), *Aggressive tax planning: profili elusivi delle transazioni finanziarie*, in Il fisco, 22/2013.

#### Giurisprudenza:

- Comm. Prov. Milano sez. III 26 novembre 2018 n. 5445
- Comm. Prov. Milano, sez. VIII, 17 luglio 2019, n. 3286
- Comm. Trib. Reg. Lombardia, sez. XIX, 21 novembre 2018, n. 5005



