

DIPARTIMENTO DI IMPRESA E MANAGEMENT

CATTEDRA DI DIRITTO TRIBUTARIO DELL'IMPRESA

IL TRANSFER PRICE: LA COMPLIANCE CON LE LINEE GUIDA OCSE, IL PROGETTO BEPS

RELATORE

Prof. Avv. Fabio Marchetti

CANDIDATO

Fabio Aprile

Matr. 685241

CORRELATORE

Prof. Giuseppe Napoli

A.A. 2017/2018

INDICE

INTRODUZIONE

CAP. I: LA DISCIPLINA INTERNAZIONALE DEL TRANSFER PRICE ED IL RECEPIMENTO NAZIONALE	
1.1. Il principale strumento di orientamento internazionale	7
1.2. Profili soggettivi della disciplina nazionale	14
1.3. Presupposto oggettivo: dal <i>valore normale</i> alla <i>libera concorrenza</i>	19
1.4. I metodi di determinazione del prezzo di trasferimento	26
1.4.1. <i>Il metodo del confronto del prezzo</i>	27
1.4.2. <i>Il metodo del prezzo di rivendita e del costo maggiorato</i>	34
CAP. II: L'EROSIONE DELLA BASE IMPONIBILE	
2.1. Il Progetto BEPS	43
2.1.1. <i>Le misure di contrasto all'erosione della base imponibile</i>	43
2.1.2. <i>La Convenzione multilaterale ed il suo ambito applicativo</i>	47
2.2. La coerenza delle regole di fiscalità internazionale	53
2.3. Profili sostanziali nell'allocazione dei rischi	60
2.4. Gli oneri documentali e l'onere della prova	60
2.4.1. <i>Masterfile e Local File</i>	72
2.4.2. <i>Il Country File</i>	75
2.4.3. <i>La competenza dell'onere della prova</i>	78
CAP. III: GLI INTANGIBLES: DAL REGIME DEL PATENT BOX ALLA DIGITAL ECONOMY	
3.1. I beni immateriali: dal BEPS al Patent Box	84
3.1.1. <i>La definizione di bene immateriale</i>	94
3.1.2. <i>L'ownership</i>	94
3.1.3. <i>I metodi di valutazione</i>	96
3.2. Il regime del Patent Box	98
3.2.1. <i>Profili generali</i>	105
3.2.2. <i>Gli aspetti critici</i>	105
3.2.3. <i>Breve comparazione con gli altri modelli europei</i>	115
3.3. L'economia digitale	119
3.1.1. <i>La tassazione della digital economy</i>	121
3.1.2. <i>La web tax e la digital tax</i>	122
3.4. Il caso Amazon	130
CONCLUSIONI	144
BIBLIOGRAFIA	146
ABSTRACT	154

INTRODUZIONE

L'OCSE il 10 luglio 2017, con la nuova versione delle linee guida "*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*", ha recepito le modifiche introdotte dal progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), avviato all'inizio del 2013, per arginare i fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva tra i diversi Stati.

La comunità internazionale si ritrova in un contesto di enormi cambiamenti nell'ambito della disciplina del *transfer price*; normativa che, congiuntamente al BEPS, affronta continue criticità nei rapporti di *compliance* tra Amministrazioni Finanziarie e società appartenenti a un gruppo multinazionale, operanti tramite "consociate" dislocate in differenti Paesi.

La disciplina dei prezzi di trasferimento, rivolta a proteggere l'erosione della base imponibile nazionale e ad assicurare una corretta ripartizione impositiva tra i diversi Stati coinvolti, interessa in particolar modo le autorità fiscali, a prescindere dal livello di tassazione effettiva vigente nei diversi Paesi in cui sono residenti o localizzate le imprese coinvolte.

Le imprese, nell'ottica di sfruttare i sistemi fiscali dei vari Paesi per ottenere il maggior risparmio di imposta possibile, utilizzano pratiche di *transfer pricing* che hanno lo scopo di spostare reddito tra un Paese ed un altro attraverso l'applicazione nelle operazioni infragruppo di corrispettivi più elevati o più bassi di quelli che sarebbero fissati tra imprese indipendenti. Tali pratiche sono frequentemente attuate attraverso lo spostamento di reddito in Paesi a bassa fiscalità. Tuttavia può anche accadere di assistere al fenomeno contrario. Questo avviene qualora l'impresa residente nel Paese ad alta fiscalità possieda consistenti crediti di imposta derivanti da perdite pregresse. In una simile circostanza lo spostamento in un Paese dalla fiscalità non particolarmente favorevole ha comunque il vantaggio di consentire all'impresa di compensare le proprie perdite derivanti dal maggior reddito, ottenuto con la manipolazione dei prezzi di scambio infragruppo, con i propri crediti pregressi altrimenti non utilizzabili.

Nell'analisi della disciplina dei prezzi di trasferimento tra imprese infragruppo, al fine di comprendere al meglio il fenomeno, è indispensabile partire dal presupposto che ciascuna impresa di un gruppo multinazionale è sottoposta alle aliquote di imposta della propria giurisdizione fiscale di residenza. In ragione di ciò appare da subito evidente che realizzare reddito in un Paese piuttosto che in un altro può avere una forte incidenza sul carico fiscale e quindi sulla produttività di un gruppo. Le imprese multinazionali che possono produrre reddito in più Paesi sono pertanto portate a scegliere quelli che prevedono sistemi fiscali meno gravosi.

Proprio nell'ottica di sfruttare i sistemi fiscali dei vari Stati per ottenere il maggior risparmio di imposta possibile si delinea il fenomeno del *transfer pricing* che ha lo scopo di spostare reddito tra un Paese

ed un altro attraverso l'applicazione nelle operazioni infragruppo di corrispettivi più elevati o più bassi di quelli che sarebbero fissati tra imprese indipendenti.

La tendenza delle imprese multinazionali a strutturare l'attività di *business* tenendo in considerazione la variabile fiscale, sfruttando quando è possibile anche le distorsioni del sistema, non deve sorprendere. Lo stesso OCSE ha messo in evidenza come le imprese siano incentivate a spostare funzioni, rischi e *assets* in Paesi caratterizzati da una fiscalità di vantaggio e come il *transfer pricing* sia uno dei maggiori pericoli della fiscalità internazionale.

Le Amministrazioni finanziarie a causa di un simile fenomeno rischiano, infatti, di perdere la propria potestà impositiva su determinati redditi in ragione di operazioni infragruppo opportunamente concepite. Considerata la pericolosità del fenomeno per le casse erariali e la pur sempre maggiore globalizzazione dei mercati nel corso dell'ultimo decennio, nel nostro ordinamento si è registrato un notevole incremento degli accertamenti da parte delle Amministrazioni finanziarie e delle controversie in materia di *transfer pricing*. Nonostante il numero crescente di procedimenti che hanno per oggetto le transazioni infragruppo non esiste tuttavia un orientamento giurisprudenziale consolidato in grado di ricostruire tutti i vari aspetti inerenti la disciplina di queste operazioni.

Con il presente lavoro si evidenzia come la disciplina sul *transfer pricing* coinvolge una molteplicità di soggetti e si dirama verso numerose direttrici: le organizzazioni internazionali, *in primis* l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) che detta le relative linee guida in materia; quasi in toto le giurisdizioni fiscali, mediante la diffusione di norme che ripercorrono *sui generis* le linee guida definite in ambito internazionale. Vi è inoltre una fitta *compliance* tra: le amministrazioni finanziarie di giurisdizioni fiscali concorrenti, soprattutto in caso di controversie sul corretto inquadramento delle transazioni intercompany al fine di evitare una duplice imposizione economica, ove si ritiene indispensabile un dialogo tra le amministrazioni finanziarie stesse (il cd. *Mutual Agreement Procedures*); tra le imprese multinazionali e le amministrazioni finanziarie del Paese di residenza, con l'instaurazione di accordi preventivi sulla determinazione dei prezzi interni di trasferimento ed il relativo metodo di *pricing* da utilizzare (*Advanced Pricing Agreements* bilaterali o multilaterali, *ruling* di standard internazionale quale APA unilaterale tra imprese italiane e Fisco).

Partendo da una disamina generale per l'approccio alle problematiche legate al *transfer pricing*, il presente lavoro analizza innanzitutto l'evoluzione normativa in ambito internazionale del fenomeno, soffermandosi sulla disciplina nazionale, sottolineandone la modifica apportata al comma 7 dell'art. 110 TUIR, che rappresenta la chiara espressione di come il nostro ordinamento giuridico si sia conformato ai principi internazionali raccomandati in ambito OCSE. Il citato articolo, nella nuova formulazione, prevede infatti che i componenti di reddito derivanti da operazioni infragruppo siano da valutarsi avendo come riferimento il principio di libera concorrenza, in sostituzione del precedente riferimento al criterio interno del cosiddetto "valore normale" dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, sulla base di quanto previsto dall'art. 9, comma 3, TUIR.

Non a caso, il prezzo di libera concorrenza (*arm's length price*) è dal 1979 lo standard fissato dall'OCSE, in quanto ritenuto in grado di fornire l'approssimazione più esatta possibile del funzionamento del libero mercato nel caso di trasferimento di beni o di prestazione di servizi tra imprese appartenenti ad un medesimo gruppo, consentendo di definire livelli di reddito adeguati per le imprese di un gruppo multinazionale. Tale standard è stato, in generale accettato dalle amministrazioni finanziarie ai fini del riconoscimento dei prezzi applicati nelle transazioni che intercorrono tra imprese associate.

La determinazione del *transfer price* è dunque una questione alquanto cruciale sia per le autorità fiscali sia per i gruppi internazionali, atteso che sussista uniformità di vedute sui criteri che portano alla fissazione di un prezzo di trasferimento "adeguato" (*at arm's length*) per entrambe le controparti.

In tale trattazione si cerca, dunque, di inquadrare il fenomeno del *transfer pricing* sotto l'egida del diritto tributario nazionale ed internazionale, fornendo una compiuta analisi dei principi elaborati in tal senso dall'OCSE e sul loro recepimento nella normativa nazionale, tentando il più possibile di individuare la particolare prospettiva di chi quotidianamente si imbatte nelle suddette tematiche.

Lo studio in esame, in altri termini, si propone di fornire gli strumenti normativi, concettuali ed operativi dai quali l'analista del *transfer price* non può prescindere nelle proprie valutazioni, anche in prospettiva di casi giurisprudenziali concreti. Si porrà attenzione alle molteplici criticità legate alle operazioni di *transfer price* ed ai relativi rapporti di *compliance* tra gli addetti ai lavori, ponendo in risalto le novità introdotte nel progetto BEPS, senza tralasciare l'analisi del regime agevolato di tassazione dei beni intangibili e l'importante introduzione nel nostro Paese del *Patent Box*, con uno sguardo sul futuro della *digital economy*.

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA INTERNAZIONALE DEL TRANSFER PRICE ED IL RECEPIMENTO NAZIONALE

1.1. Il principale strumento di orientamento internazionale.

Nell'ambito delle operazioni infragruppo tra imprese multinazionali, una delle problematiche più complesse riguarda la determinazione, ai fini fiscali, dei prezzi di trasferimento delle transazioni transfrontaliere tra imprese associate.

La problematica fiscale sui prezzi di trasferimento (*transfer pricing*) ha origini non recenti, in quanto i primi interventi normativi si collocano nel secondo decennio del secolo scorso ad opera dell'ordinamento statunitense. L'anglicismo *transfer pricing*, identifica, nella comune accezione, il procedimento o i procedimenti per definire il prezzo ritenuto più adeguato dalle leggi fiscali dei diversi Stati, in una determinata transazione di beni e/o servizi infragruppo, ossia tra società controllate o collegate quando esse siano residenti in due diversi Stati¹.

In un'economia globale nella quale le imprese multinazionali hanno un ruolo significativo, il regime dei prezzi di trasferimento assume importanza prioritaria per le stesse e per le Amministrazioni fiscali: da un lato, le imprese cercano di non subire una doppia imposizione o di minimizzare il carico fiscale, dall'altro lato, gli Stati tendono ad assicurarsi che gli utili imponibili delle multinazionali non siano artificialmente trasferiti in un altro Paese e che la base imponibile dichiarata dalle multinazionali nei loro rispettivi Paesi corrisponda alla loro attività economica reale.

Il *transfer pricing* interessa le Autorità fiscali a prescindere dal livello di tassazione effettiva vigente negli Stati in cui sono residenti o localizzate le imprese del gruppo coinvolte, in quanto la disciplina in esame ha lo scopo di proteggere l'erosione della base imponibile nazionale ed assicurare la corretta ripartizione impositiva tra i diversi Paesi.

A livello internazionale, il principale documento cui fanno riferimento tutti gli addetti ai lavori è costituito dalle linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali, attualmente così articolate²:

- *The Arm's Length Principle*;
- *Transfer Pricing Methods*;

¹ UCKMAR V. e A., *Manuale di diritto tributario internazionale*, Cedam, 2012

² OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, luglio 2017

- *Comparability Analysis;*
- *Administrative Approaches to Avoiding and Resolving Transfer Pricing Disputes;*
- *Documentation;*
- *Special Considerations for Intangible Property;*
- *Special Considerations for Intra-Group Services;*
- *Cost Contribution Arrangements;*
- *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings.*

Tali “linee guida” costituiscono un imprescindibile strumento giuridico per la corretta determinazione dei prezzi di trasferimento infragruppo, che riporta specifiche indicazioni in merito a:

- *metodi* da utilizzare per determinare correttamente i prezzi di trasferimento;
- *analisi di comparabilità*, indispensabile per individuare correttamente i soggetti comparabili;
- *ulteriori situazioni fiscalmente rilevanti* in tema di *transfer price*.

Per quanto concerne i *metodi*, imprese contribuenti e Autorità fiscali devono adoperarsi per identificare, a seconda del caso, il criterio di determinazione dei prezzi di trasferimento più idoneo da applicare alla transazione infragruppo³.

In base a ciò, l’OCSE individua due differenti tipologie di metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento infragruppo⁴:

1) Metodi tradizionali (*traditional transaction methods*): metodo del confronto di prezzo (*comparable uncontrolled price - cup*); metodo del prezzo di rivendita (*resale price*); metodo del costo maggiorato (*cost plus*);

2) Metodi basati sul profitto della transazione (*transactional profit methods*): il metodo che si basa sul profitto netto della transazione (*transactional net margin method - TNMM*), ed il metodo della suddivisione del profitto globale (*profit split method*).

Tali metodi rappresentano il risultato dell’ampia *compliance* raggiunta a livello internazionale, relativa alle modalità di realizzazione del principio di libera concorrenza. In effetti, per rendere minimo il rischio per le imprese multinazionali di eventuali fenomeni di doppia imposizione, gli Stati membri OCSE si adoperano al fine di utilizzare tutti i metodi disponibili in aderenza con le linee Guida internazionali.

Per quanto riguarda, invece, l’*analisi di comparabilità*, vi sono determinati parametri di valutazione del bene o servizio oggetto della transazione infragruppo, ossia⁵:

³ GARBARINO C., *Manuale di tassazione internazionale*, Ipsoa, Milano, 2005, pag. 965 e ss.

⁴OECD, *Linee Guida dell’OCSE sui prezzi di trasferimento*, Cap. II, 2018

⁵DRAGONETTI A.-PIACENTINI V.- SFONDRINI A., *"Manuale di fiscalità internazionale"*, Ipsoa, Milano, 2007, pag. 1135; OECD, *Linee Guida dell’OCSE sui prezzi di trasferimento*, Cap. III, 2018; VALENTE P., *Analisi di comparabilità nel transfer pricing*, Ipsoa, 13, pagg. 48-51

- *le caratteristiche dei beni e/o servizi oggetto della transazione*: per i beni materiali va considerata la consistenza fisica, la qualità, la disponibilità e il volume della fornitura; per le prestazioni di servizi, la natura e lo scopo del servizio stesso; per i beni immateriali, la forma della transazione (cessione, contratto di licenza. ecc.), il tipo di bene (marchio, brevetto, *know how*, ecc.), la durata e il grado di protezione e il profitto atteso o conseguito;
- *l'analisi funzionale* identifica le attività economicamente significative e le responsabilità assunte, oltre che i beni usati/forniti ed i rischi assunti dalle parti nelle transazioni poste in essere. I corrispettivi delle transazioni infragruppo riflettono il valore economico delle attività realizzate in ogni impresa coinvolta, tenendo presente anche i rischi assunti e gli *asset* impiegati. In effetti, tale valutazione trova fondamento nell'assunto che l'aumento della remunerazione è proporzionale all'aumento del rischio assunto dalle imprese coinvolte. L'analisi funzionale può riguardare il *design*, la manifattura e produzione, l'assemblaggio, la ricerca e sviluppo, la prestazione di servizi, l'acquisto, la distribuzione, *marketing*, pubblicità, trasporto, finanza e direzione;
- *i termini contrattuali*: tale fattore, intrinsecamente unito all'analisi funzionale, fissa le condizioni tra le parti interessate, ripartendo oneri e benefici reciproci. Anche se tra imprese associate non vi è solitamente un reale conflitto d'interessi, rimane opportuno procedere alla verifica della corrispondenza tra quanto convenuto e quanto effettivamente verificatosi;
- *le condizioni economiche*: per confrontare le transazioni infragruppo il mercato deve risultare simile, oltremodo eventuali differenze non devono risultare rilevanti per la determinazione del transfer price. Il mercato da selezionare per il confronto è quello in cui vengono ceduti beni o servizi identici a quelli trasferiti tra le imprese associate, o beni o servizi che possano costituire validi surrogati. Inoltre, va considerata la locazione geografica, l'ampiezza, la rilevanza della concorrenza per domanda e offerta, eventuali rischi per l'utilizzo di beni o servizi surrogati, le norme amministrative, i costi di produzione e trasporto, il livello del mercato (ingrosso o dettaglio), il tempo delle transazioni; ossia, tutte le variabili che possono in modo concreto gravare sulla determinazione dei prezzi di prodotti o servizi scambiati;
- *le strategie commerciali perseguite*: il prezzo di beni e servizi nel breve periodo possono essere differenti tra le imprese contribuenti per le diverse strategie aziendali adottate al fine di conquistare o difendere fette di mercato. Di conseguenza, un'attenta ed esatta valutazione delle strategie commerciali da adottare risulta di fondamentale importanza per le imprese, atteso che possono concretizzarsi in successi o fallimenti, soprattutto nel lungo periodo. D'altro canto, tali strategie imprenditoriali risultano di estrema importanza anche per le Amministrazioni finanziarie, nella valutazione della congruità dei costi sostenuti o da sostenersi dalle imprese, in relazione al ritorno economico atteso.

Le Linee guida assumono notevole importanza per gli operatori internazionali, considerato che il Consiglio dell'OCSE ha raccomandato ai governi degli Stati contraenti di invitare le Amministrazioni fiscali a tenere conto, nella determinazione del prezzo di trasferimento delle cessioni di beni e servizi tra imprese associate, delle considerazioni e dei metodi esposti nel Rapporto OCSE, allo scopo di evitare metodologie operative approssimative che potrebbero generare fenomeni di doppia imposizione economica per le imprese multinazionali che operano in più giurisdizioni.

Il Rapporto OCSE fornisce significativi orientamenti agli Stati membri nell'ambito di applicazione del principio di libera concorrenza (*arm's length principle*), principio riconosciuto a livello internazionale sul quale si basa il regime del *transfer pricing*: il prezzo stabilito nelle transazioni commerciali e finanziarie che intercorrono tra imprese associate deve corrispondere al prezzo che sarebbe stato convenuto tra imprese indipendenti in condizioni comparabili, nel libero mercato. Tale principio si pone un duplice obiettivo:

- garantire la corretta determinazione della base imponibile in ciascuna giurisdizione;
- evitare la doppia imposizione, in modo da minimizzare i conflitti tra amministrazioni fiscali e contribuente e promuovere gli scambi e gli investimenti internazionali.

L'applicazione del principio di libera concorrenza ha come scopo anche quello di ridurre eventuali controversie tra imprese e Amministrazioni finanziarie. In realtà, le pratiche di *transfer pricing* poste in essere in violazione del suddetto "principio" vengono, per lo più, indicate tra le principali strategie di pianificazione fiscale aggressiva, in grado di incidere sulla riduzione artificiosa della base imponibile definita in capo alle consociate stabilite in Paesi ad elevata tassazione.

Il principio dell'*arm's length* utilizzato nella determinazione del *transfer price* nelle transazioni *intercompany* si rinviene, per la prima volta a livello internazionale, nel 1935, nel "Modello di convenzione sull'allocazione dei profitti d'impresa" dell'OCSE, un primo modello di convenzione bilaterale attuato sulla scia della normativa americana del 1963⁶. Ma solo un quarantennio più tardi, nel 1979, il Comitato per gli affari fiscali, organismo incaricato della predisposizione dei documenti in tema di fiscalità internazionale, diffuse l'importante Rapporto "*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*", in cui furono stabiliti i criteri per la determinazione del "valore normale" delle operazioni intercorse tra società appartenenti allo stesso gruppo multinazionale. Tale documento fu il primo emanato dall'OCSE in tema di *transfer price*, equiparabile alle raccomandazioni attuali, che prese spunto in modo consistente dalla pionieristica legislazione americana del 1968⁷.

In esso assume rilevanza sia il problema della "doppia imposizione" connessa alle transazioni internazionali tra società, prevedendo che i trasferimenti di prezzo di beni e/o servizi tra società appartenenti allo stesso gruppo debbano avvenire al prezzo di mercato, sia il fenomeno dell'evasione della base imponibile, con

⁶ KOOMEN M., *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle*, International Transfer Pricing Journal, Vol. 22 n. 3, 2015 pagg. 141-152.

⁷ AVI YONAH R.- CLAUSING K.A.- DURST M.C., *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, Florida Tax Review, Gainesville, n. 5, 2009.

l'obiettivo di evitare che le imprese multinazionali possano trasferire il reddito imponibile da Paesi ad alta imposizione verso Paesi a fiscalità ridotta o nulla (i cd. *paradisi fiscali*)⁸.

In altri termini, con il rapporto “*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*” del 1979, l’OCSE, dettando i principi di determinazione dei prezzi di trasferimento degli scambi internazionali, nell’ambito dell’Unione europea, ha stabilito il postulato base da rispettare nel contrasto ai fenomeni derivanti dal transfer price, ossia quello della “libera concorrenza”. Secondo le indicazioni OCSE, i prezzi di vendita praticati tra le consociate devono essere adeguatamente valutati dalle Amministrazioni dei territori interessati, al fine di verificare se le condizioni economiche applicate e quelle fiscali non risultino alterate da fenomeni distorsivi.

Il primo rapporto, fu rivisto ed integrato dall’Organismo tra il 1984 e il 1987, mentre nel 1995 le “*Transfer pricing guidelines*”, allineandosi alla legislazione americana del 1994, spostarono l’attenzione, in modo del tutto innovativo, verso l’operato delle imprese, sostenendo come le amministrazioni finanziarie in base alle operazioni sostenute tra le parti non debba riconoscere l’operato del gruppo multinazionale solo in due ipotesi, ossia quando la sostanza dell’operazione differisce dalla sua forma oppure quando sostanza e forma pur combacianti, prevedano una difformità di accordi rispetto a quelli eventualmente previsti da imprese indipendenti.

Un ulteriore novità del suddetto documento fu quello di estendere ai tre metodi tradizionali per gli operatori economici, ossia *Comparable Uncontrolled Price (CUP)*, *Cost Plus Method (CPM)* e *Resale Minus Method (RMM)*, gli altri due metodi reddituali, il *Profit Split* ed il *Transactional Net Margin Method*, come metodi più semplici da utilizzare rispetto al passato, in virtù di maggiori informazioni disponibili sui soggetti comparabili; in aggiunta furono fornite anche le prime indicazioni circa la documentazione da redigere al fine di giustificare il metodo prescelto ed i conseguenti prezzi praticati⁹.

Il 22 luglio 2010, l’OCSE ha emanato la nuova versione delle *Transfer Pricing Guidelines*, insieme al “*Report on Transfer Pricing Aspect of Business Restructuring*” incorporato nell’ultimo capitolo delle nuove *Guidelines*. In modo specifico, le novità principali hanno riguardato:

- l’eliminazione della gerarchia nell’applicazione dei metodi previsti per la determinazione del *transfer pricing* (tradizionali, reddituali, di ripartizione degli utili e basati sul margine netto della transazione);
- l’analisi di comparabilità, con la previsione di ulteriori linee guida per la sua effettuazione;
- le linee guida relative all’applicazione dei metodi tradizionali;
- le indicazioni per analizzare l’impatto sul *transfer price* delle operazioni di riorganizzazione aziendale.

⁸ GRAVELLE J.G., *Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion*, Congressional Research Service, Washington D.C., 2015, pag. 2; FERRANTI G., *Transfer pricing e paradisi fiscali*, Ipsoa, Milano, 2013.

⁹Dopo la pubblicazione della versione originale del 1995, le Linee Guida sono state completate da: *Rapporto sui beni e servizi immateriali*, adottato dal Comitato per gli affari fiscali il 23 gennaio 1996; *Rapporto sugli accordi di ripartizione dei costi*, adottato dal Comitato per gli affari fiscali il 25 luglio 1997; *Rapporto sui principi direttivi per le procedure di monitoraggio in materia di Linee Guida dell’OCSE sui prezzi di trasferimento e sulla partecipazione del mondo aziendale*, adottato dal Comitato per gli affari fiscali il 24 giugno 1997; *Rapporto sulle Linee Guida per la conclusione di accordi preventivi sui prezzi nell’ambito delle procedure amichevoli*, adottato dal Comitato per gli affari fiscali il 30 giugno 1999.

Nelle suddette *Guidelines* del 2010 vengono descritti i "metodi tradizionali" per la determinazione del prezzo di trasferimento basati sulla transazione (*Traditional Transaction Methods*). A tal proposito, va evidenziato come, partendo dal collegamento con l'art 9 del Modello di Convenzione OCSE e proseguendo con la rassegna dei diversi metodi consigliati, l'OCSE ha proposto l'abolizione del carattere di eccezionalità rivestito dall'applicazione dei metodi reddituali in favore dell'applicazione del metodo più appropriato allo specifico caso.

L'ultima versione delle linee guida sui prezzi di trasferimento è stata emanata dall'OCSE circa un anno fa, il 10 luglio 2017, recependo gli importanti sviluppi che si sono registrati a livello internazionale nell'ambito delle singole azioni finalizzate al contrasto dell'evasione fiscale internazionale, contenute nel Progetto BEPS (*Base erosion and profit shifting*). A tal proposito le principali novità, di cui ampiamente se ne discuterà in seguito, sono in estrema sintesi le seguenti:

- la necessità di garantire un'adeguata allocazione e tassazione dei profitti, in linea con le reali attività economiche che hanno contribuito alla creazione dei redditi (azioni 8-10 "*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*");
- l'introduzione di specifiche novità relative alla documentazione da predisporre in ambito *transfer pricing* (azione 13 "*Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*"). In effetti, con il *Country-by-Country Reporting* sono stati previsti specifici obblighi a carico delle imprese multinazionali, con l'obiettivo di dare origine ad una specifica rendicontazione riferita alle imprese estere del gruppo, localizzate nei diversi Stati, con l'onere per il contribuente di segnalare al Fisco le imposte pagate nei distinti Stati;
- l'attuazione dei c.d. "*safe harbour*" (cap. IV), con la raccomandazione di introdurre specifiche disposizioni che agevolino la corretta determinazione dei prezzi di trasferimento tramite procedure semplificate da adottare nei confronti dei soggetti che hanno effettuato transazioni economiche a "basso rischio e a minore complessità".

In effetti, il principale obiettivo che le Linee Guida si pongono è quello di fornire un supporto per le Amministrazioni finanziarie e per le imprese multinazionali mediante l'indicazione di strumenti idonei per risolvere questioni piuttosto complesse riguardanti i prezzi di trasferimento, al fine di limitare il più possibile potenziali controversie.

In quest'ultima versione vengono implementati i risultati che derivano dal Progetto BEPS, con specifico riferimento all'"*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*" (azioni da 8 a 10); azioni finalizzate a garantire che le regole sul *transfer pricing* consentano la determinazione di un'adeguata allocazione e tassazione dei profitti, in conformità con le attività economiche che li hanno generati. In tal modo, si vuole contrastare la tendenza delle multinazionali di far emergere i profitti nel luogo in cui è possibile ottenere maggiori vantaggi fiscali e non in quello in cui l'attività di impresa viene effettivamente svolta.

Inoltre, in merito al "*Transfer Pricing Documentation and Country by Country Reporting*" (azione 13), le importanti modifiche apportate dall'OCSE hanno come precipuo obiettivo quello di migliorare e coordinare la

documentazione richiesta alle imprese multinazionali invitando i contribuenti ad indicare le imposte pagate nei vari Stati, al fine di agevolare le singole Amministrazioni dei Paesi coinvolti nell'identificazione delle aree a rischio elusione e nell'esercizio della propria attività di controllo. In aggiunta, sono stati previsti i "safe harbour", riconoscendo l'utilità di previsioni che consentano di fissare prezzi di trasferimento attraverso una procedura semplificata, qualora essi si riferiscano a contribuenti e/o transazioni semplici e con un grado di rischio non elevato¹⁰.

Sotto l'aspetto strettamente legislativo, vi è da evidenziare che le linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento non rappresentano una normativa vincolante, tra l'altro neppure per gli stessi Stati membri dell'OCSE. In effetti, i documenti emanati dall'Organizzazione fungono da indirizzo per i diversi legislatori nazionali, essendo l'OCSE un organismo sovranazionale, per lo più di consulenza per i Governi coinvolti, ai quali comunque compete l'ultima parola in merito alle scelte da intraprendere.

Le linee Guida rappresentano il tipico esempio di *soft law*, cioè un atto normativo privo di efficacia vincolante nei confronti dei soggetti cui è diretto, contrapposta alla *hard law* che, al contrario, è vincolante per il destinatario, al punto tale che se disattesa comporta per esso il pagamento di una sanzione¹¹.

In effetti, anche se gli Stati membri non hanno nessun obbligo rispetto alle raccomandazioni OCSE, implicitamente sussiste sempre un dato potere impositivo subdolo, sia per l'indirizzo da parte dei governi a dar seguito alle azioni intraprese da parte di un'organizzazione di cui sono membri e alle cui decisioni contribuiscono attivamente, sia per la preponderante attendibilità che un organismo internazionale come l'OCSE esercita nei confronti dell'intera comunità internazionale.

In altri termini, la "Guida OCSE" funge da orientamento sia per le legislazioni nazionali, che traggono ispirazioni dai relativi principi, sia per i giudici incaricati di dirimere controversie relative alla determinazione del transfer price infragruppo; infine, anche le amministrazioni finanziarie nazionali, nell'elaborazione dei propri documenti sottolineano il loro chiaro riferimento alle *best practice* in ambito internazionale, rinviando di fatto i contribuenti ad orientare il proprio comportamento verso le stesse.

Anche se pochissimi Stati hanno recepito integralmente le raccomandazioni OCSE, in primis il Regno Unito che, con la sua *Corporate Taxation Act* del 2010, ha ritenuto che coerenza, sostenibilità e trasparenza del sistema internazionale sia di importanza cruciale nell'ambito del transfer price, tutti gli altri Stati non sono da meno. Per questi ultimi, anche se non vi è stato un integrale recepimento delle *Guidelines*, vi è pur comunque la consapevolezza che, essendo un documento di attrazione fiscale a livello internazionale, anche un suo impiego indiretto nei casi di *transfer pricing* garantisce competitività alle imprese, che risparmiano anche sui costi di adeguamento, nell'ipotesi di normative, di volta in volta, differenti nei vari Stati in cui esercitano la loro attività imprenditoriale.

¹⁰ MATTIA S.- VINCENTI F., *Transfer Pricing: l'OCSE approva la revisione dei safe harbours*, Eutekne, 23 maggio 2013

¹¹ LAGARDEN M., *New Transfer Pricing Documentation Requirements for companies*, International Transfer Pricing Journal, vol. 23, n. 1, pagg. 51-58.

1.2. Profili soggettivi della disciplina nazionale.

Essendo il *transfer price*, un argomento molto delicato e complesso per tutti gli addetti ai lavori, dagli operatori economici, all'Amministrazione finanziaria sino ai giudici tributari, risulta alquanto ostico fornire una definizione istituzionale del fenomeno in esame, poiché esso non nasce direttamente in ambito giuridico-fiscale, ma deriva dall'analisi delle relazioni economiche intercorrenti tra imprese residenti in Stati diversi le quali fanno parte dello stesso gruppo. A tal proposito, si ritiene che "...le disposizioni sui prezzi di trasferimento, rinvenibili nelle legislazioni fiscali di quasi tutti i Paesi, sono dirette alla determinazione dei valori da attribuirsi a beni o servizi oggetto di transazioni tra società residenti in Stati diversi, qualora le stesse siano legate da rapporti di collegamento o controllo...oggetto di tali disposizioni è la sostituzione dei corrispettivi effettivamente pattuiti dalle parti tra loro collegate con quelli che sarebbero stati altrimenti negoziati da soggetti tra loro del tutto indipendenti"¹². Si tratta di verificare se le transazioni commerciali *intercompany* vengano effettuate rispettando il principio di libera concorrenza (*arm's length principle*), in modo tale che sussista corrispondenza tra il prezzo stabilito nelle operazioni commerciali tra imprese associate e quello che sarebbe pattuito tra imprese indipendenti, in condizioni similari, sul libero mercato¹³.

La disciplina in esame, in ragione degli interessi in gioco e della sua essenza di tipo valutativo ed estimativo, si presta a differenti interpretazioni, sia in sede interna che internazionale, che si traducono in un ostacolo alla libertà economica e in un disincentivo per gli operatori internazionali. Sul piano pratico, dall'altro canto, le speranze sono affidate ad una maggior collaborazione internazionale, ad un'armonizzazione delle discipline e all'applicazione di metodi deflattivi¹⁴.

Poiché la giustificazione sulla quale si basa la disciplina in esame è quella di evitare che mediante l'alterazione del valore al quale avvengono le transazioni *intercompany* si possa realizzare uno spostamento di materia imponibile da Stati a elevata fiscalità verso territori caratterizzati da una minore pressione fiscale, al fine di preservare la propria potestà impositiva i singoli Stati hanno adottato una normativa specifica sul *transfer*

¹² MAISTO G., *La disciplina dei prezzi di trasferimento infragruppo*, in "Materiali di Dir. Trib. Intern." a cura di Sacchetto ed Alemanno, ed. Ipsoa, Milano 2002, pag. 259 e ss.

¹³ MAISTO G., *Ibidem*, pag. 268.

¹⁴ SACCHETTO C., *Il Transfer pricing internazionale: una normativa alla ricerca della propria identità*, in *Rass. Trib.*, n.4/2016, pag. 886 e ss.

pricing, la quale recepisce il principio di valutazione a valore normale delle transazioni infragruppo contenuto nel modello di convenzione OCSE¹⁵.

La *ratio* delle disposizioni in materia è da ricercarsi nella volontà degli Stati di non rinunciare a materia imponibile a causa dei legami intercorrenti tra le parti che permettono loro di trasferire proventi imponibili in giurisdizioni ove la pressione fiscale è per loro più favorevole. Infatti, l'assoggettamento di ciascuna unità di un gruppo multinazionale alle aliquote di imposta dello Stato di residenza è il punto di partenza per capire le ragioni d'essere della normativa sui cosiddetti prezzi di trasferimento, in quanto "*... l'esigenza di evitare politiche di canalizzazione dei redditi su alcune piuttosto che su altre unità del gruppo, in funzione dei diversi regimi fiscali applicabili, ispira appunto le normative sui cosiddetti prezzi di trasferimento*"¹⁶.

Nel nostro ordinamento, la disciplina dei prezzi di trasferimento è contenuta nel combinato disposto degli articoli 110, settimo comma, e 9, terzo comma, del Tuir, nei quali viene previsto che il prezzo cui avvengono le transazioni commerciali tra imprese residenti in Stati diversi, legate da rapporti di controllo e/o collegamento, deve essere valutato a "valore normale". In virtù di tali disposizioni è possibile individuare i presupposti soggettivi e oggettivi in presenza dei quali si può procedere a una rettifica dei prezzi di trasferimento *intercompany*, allo scopo di rideterminare il reddito imponibile dell'impresa fiscalmente residente in Italia dopo aver ricostruito il *valore normale* delle transazioni infragruppo.

In modo specifico, il co. 7 dell'art. 110 del Tuir, afferma:

*"I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti"*¹⁷.

Il dettato normativo delimita quindi l'ambito applicativo del *transfer pricing* alle cessioni di beni ed alle prestazioni di servizi che intercorrono tra: una società estera e un'impresa italiana da essa direttamente controllata; una società estera e un'impresa italiana da essa indirettamente controllata con un'altra società estera; una società estera e un'impresa italiana controllata da una terza società estera; una società italiana e un'impresa estera da essa direttamente controllata; una società italiana e un'impresa estera da essa indirettamente controllata tramite altra società italiana; una società estera e un'impresa italiana entrambe controllate da una società italiana.

Per quel che concerne il presupposto soggettivo, innanzitutto, deve trattarsi di scambi - di beni o servizi - tra imprese fiscalmente residenti in Italia e società fiscalmente residenti all'estero, legate da rapporti di controllo diretto o indiretto.

Risulta evidente che, stante la limitazione dell'ambito soggettivo della disposizione in esame alle operazioni poste in essere con società fiscalmente residenti all'estero, la *ratio legis* sottesa dall'art. 110 comma 7,

¹⁵ PARDINI W.- VASAPOLI A., *Il transfer pricing nelle operazioni infragruppo*, ed. Ipsoa, Milano, 2002, pag. 2.

¹⁶ CARPENTIERI L.-LUPI R.-STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, ed. Il Sole 24Ore, Milano, 2003, pag. 254 e ss.

¹⁷ Art. 110, comma 7, Testo unico delle imposte sui redditi in D.P.R. n. 917/1986.

Tuir, è quella di contrastare manovre sui prezzi applicati nelle operazioni infragruppo che possano comportare lo spostamento di materia imponibile dallo Stato italiano verso Paesi terzi caratterizzati da una minore pressione fiscale.

Questa osservazione rivela il carattere di specialità della normativa interna sul *transfer pricing*, il cui ambito di applicazione è limitato - per espressa previsione legislativa - alle operazioni eseguite con società "*non residenti nel territorio dello Stato*", con la conseguenza che eventuali attività commerciali realizzate da imprese facenti parte dello stesso gruppo e operanti sul territorio nazionale sono sottratte *ope legis* alla disciplina sui prezzi di trasferimento. In contrapposizione, la circolare ministeriale n. 32 del 1980 ricomprende nell'ambito di applicazione della norma anche operazioni poste in essere con soggetti che non rivestono la forma societaria¹⁸.

In realtà, va evidenziato come parte della dottrina sostenga che tra i soggetti passivi non possano rientrarvi quelli che non hanno forma societaria, così come sostiene l'art. 110 co. 7, che tende ad escludere tutti quei soggetti che non rivestono tale forma giuridica¹⁹.

La questione, disputata sia in dottrina sia in giurisprudenza, di far rientrare tra i soggetti passivi anche gruppi di imprese esclusivamente residenti nel territorio dello Stato (transfer pricing interno) non risulta più contestabile dall'entrata in vigore dell'art. 5, comma 2, D. Lgs. n. 147/2015, che in modo lapalissiano afferma: "*La disposizione di cui all'articolo 110, comma 7, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, si interpreta nel senso che la disciplina ivi prevista non si applica per le operazioni tra imprese residenti o localizzate nel territorio dello Stato*"²⁰.

Da una interpretazione letterale del co. 7 dell'art. 110 si evince che l'elemento fondamentale, sotto il profilo soggettivo, per l'applicazione della disciplina in esame è il rapporto di controllo in essere tra le imprese, ma per tale concetto né la normativa interna né l'art. 9 del Modello di convenzione OCSE, alle cui linee guida si ispira la disposizione nazionale, forniscono una espressa definizione.

Al fine di colmare il suddetto vuoto legislativo, una parte della giurisprudenza di merito²¹ fa riferimento alla nozione di controllo societario "civilistico", di cui all'art. 2359 c.c., secondo cui sono considerate *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 l'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". Secondo tale tesi, la nozione di controllo "ampio" non è accettabile, in quanto il co. 7 dell'art. 110 si riferisce al concetto di *controllo* e non a quello di *influenza dominante*.

¹⁸ Cfr. Circolare ministeriale 22 settembre 1980 n. 32/9/2267.

¹⁹ MAISTO G., *op. cit.*, pag. 262.

²⁰ Decreto Legislativo del 14 settembre 2015, n. 147, "*Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese*", in G.U. Serie Generale n.220 del 22-09-2015.

²¹ Cfr. Sentenza CTP di Alessandria n. 1416/1995 e sentenza CTP di Gorizia n. 83/2013.

Tale minoritaria interpretazione è stata, tuttavia, superata sia dalla prassi ministeriale sia dalla più recente giurisprudenza di legittimità, che hanno ritenuto, in tale ipotesi, il concetto di controllo societario troppo restrittivo. In particolare, con la “storica” Circolare n. 32/80, il Ministero delle finanze ha espressamente escluso che, ai fini dell'applicazione della normativa in tema di *transfer pricing*, il controllo esercitato sull'impresa sia riconducibile nei limiti previsti dall'art. 2359 c.c.; in effetti, un'impostazione civilistica del concetto di controllo, secondo sempre il citato documento di prassi, oltre che sottrarre alla disciplina del prezzo di trasferimento transazioni spesso praticate nel commercio internazionale, risentirebbe negativamente della stessa disciplina deficitaria dell'art. 2359 c.c.

In sostanza, il concetto di controllo in esame differisce da quello civilistico in quanto contrassegnato da esigenze di elasticità si colloca in un contesto economico dinamico, tenendo presente che le variazioni di prezzo nelle transazioni commerciali trovano spesso il loro presupposto fondamentale nel potere di una parte di incidere sull'altrui volontà non in base al meccanismo del mercato, ma in dipendenza degli interessi di una sola delle parti contraenti o di un gruppo. Pertanto, il criterio di collegamento che determina l'alterazione dei prezzi di trasferimento è spesso costituito dall'influenza di un'impresa sulle decisioni imprenditoriali dell'altra, che va ben oltre i vincoli contrattuali o azionari, sconfinando in considerazioni di fatto di carattere meramente economico.

Ne discende che il concetto di "controllo", così come inteso nella prassi ministeriale, deve essere esteso a ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale desumibile dalle singole circostanze, quali, ad esempio, l'impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa (fattispecie comprensiva delle *joint venture*), il diritto di nomina dei membri del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi della società; la concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria; la partecipazione da parte delle imprese a centrali di approvvigionamento o vendita; la partecipazione delle imprese a cartelli o consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione di prezzi; il controllo di approvvigionamento o di sbocchi; in generale, tutte le ipotesi in cui venga esercitata potenzialmente o attualmente un'influenza sulle decisioni imprenditoriali.

In definitiva, la disciplina contenuta nell'art. 110, co. 7, del Tuir, trova applicazione non solo nelle ipotesi di controllo previste dall'art. 2359 c. c., ma in tutti quei casi in cui emergono commistioni di interessi tali da far presupporre l'unicità di governo delle imprese interessate. Occorre, tra l'altro, evidenziare che il concetto di controllo, così come inteso dalla prassi ministeriale, trova conferma anche in ambito europeo: e invero, secondo la settima Direttiva del Consiglio dell'Ue, l'esercizio effettivo del controllo può realizzarsi anche in presenza di partecipazioni minoritarie²².

Nell'ambito del *controllo societario allargato* la conclusione alla quale è giunta l'amministrazione finanziaria con la Circolare n. 32, è stata recentemente ripresa e condivisa anche dalla Corte di cassazione

²² DIRETTIVA CEE N. 349 del Consiglio UE del 13 giugno 1983, in G.U. dell'Unione europea L 193 del 18 luglio 1983

con la sentenza n. 8130 del 2016²³. La controversia, sulla quale si è pronunciata la Corte, ha ad oggetto il ricorso proposto da una società avverso alcuni atti impositivi (Ires e Irap), con i quali l'Agenzia delle Entrate aveva recuperato, per gli anni d'imposta dal 2003 al 2006, costi ritenuti indeducibili, connessi a operazioni infragruppo rese da una società sanmarinese, in quanto riferibili a operazioni riconducibili al fenomeno elusivo del *transfer pricing*.

La società italiana, alla quale era stata disconosciuta la deducibilità per la parte eccedente il valore normale dei costi riferiti a prestazioni di servizi infragruppo, sulla base delle norme previste dal *transfer pricing*, ricorreva innanzi la Commissione tributaria insistendo per la non applicazione, sotto il profilo soggettivo, della disciplina sui trasferimenti infragruppo, in quanto non era stata realizzata la situazione di controllo societario di cui all'art. 2359 c.c.

La Corte di Cassazione, dopo aver richiamato la *ratio* della normativa sul *transfer pricing*, ha confermato la decisione della CTR e, soffermandosi sul requisito soggettivo, ha stabilito che l'art. 110, co. 7, del Tuir, considerando il rapporto di controllo un elemento fondamentale per l'applicazione della normativa, non ne fornisce una espressa definizione.

Sul punto, dunque, la Suprema Corte afferma che la norma fiscale non rinvia, ai fini del controllo, alla definizione contenuta nel codice civile, circostanza questa che non può apparire casuale e priva di significato, tenuto conto che sono invece numerose le norme fiscali che richiamano espressamente l'art. 2359 c. c. (ad esempio, l'art. 38-bis D.P.R. n. 633/1972, artt. 73, co. 5-bis, e 167, co. 3 Tuir). Quindi, la mancanza di un preciso riferimento alla nozione di controllo societario nell'ambito della disciplina domestica in tema di *transfer pricing*, appare, per la Corte, espressiva di una precisa scelta della volontà del legislatore di non vincolare la nozione di controllo fiscale a quella civilistica.

Con la suddetta sentenza, i giudici, nell'esprimere il proprio convincimento, hanno "superato" il dato testuale dell'art. 110, co. 7, basato sul concetto di "controllo diretto o indiretto" e hanno espressamente aderito a uno dei due diversi orientamenti interpretativi emersi sul tema e, cioè, a quello che riconosce la sufficienza dell'"influenza economica" per l'applicabilità della disciplina fiscale in questione.

Come si percepisce dalle conclusioni della "storica" Circolare del Ministero delle finanze, richiamate anche dalla sentenza della Suprema Corte, secondo cui il concetto di controllo deve essere esteso ad ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale desumibile dalle singole circostanze, oltre che il fatto stesso che la mancanza di qualsiasi riferimento alla nozione di controllo societario nella disciplina del *transfer pricing*, rappresenta la prova della precisa volontà del legislatore di non vincolare la nozione di controllo scaturente dai rigidi requisiti civilistici a quella fornita dalla normativa fiscale.

Tale interpretazione trova, tra l'altro, conferma nell'utilizzo del termine di "impresa", di cui all'art. 110, co. 7, del Tuir, concetto sicuramente più esteso rispetto a quello di "società", facendo questo riferimento esclusivamente a rapporti tra due o più società. Peraltro, anche la *ratio* antielusiva della disciplina sul *transfer pricing* esclude che l'interprete possa adottare un concetto di controllo "ristretto", delimitato,

²³ CORTE DI CASSAZIONE Sez. V, Sentenza n. 8130 del 22 aprile 2016; LANDUZZI F., *Il requisito del controllo ai fini della disciplina del transfer price*, Euroconference News, 2 novembre 2016.

cioè, "a vincoli contrattuali od azionari". Ne consegue, sempre secondo la suprema Corte, che ai fini della individuazione della nozione di controllo nell'ambito della disciplina sul *transfer pricing* sono pienamente valide e ancora attuali le indicazioni fornite dalla Circolare ministeriale n. 32/1980.

1.3. Il presupposto oggettivo: dal valore normale alla libera concorrenza.

Al fine di preservare la propria capacità impositiva, i singoli Stati hanno adottato una specifica normativa, la quale recepisce il principio di valutazione a "valore normale" delle transazioni infragruppo, contenuto nel modello di convenzione OCSE.

Nelle operazioni di *transfer pricing* vi è un trasferimento "elusivo" di reddito fra le società di un gruppo, tramite cessione di beni e prestazioni di servizi, effettuate a prezzi diversi da quello normale. In realtà, ci si riferisce alla sola patologia delle operazioni infragruppo, in quanto non necessariamente una transazione commerciale fra società di uno stesso gruppo persegue finalità elusive, poiché possono esserci anche operazioni poste in essere nell'ambito della normale attività d'impresa²⁴.

Il legislatore italiano ha prestato particolare attenzione agli sviluppi che si sono registrati sul versante della lotta all'evasione e all'elusione fiscale, giungendo, come precedentemente visto, a disciplinare tale materia, dapprima con la circolare n. 32 del 1980 e poi inserendo il *transfer pricing* nell'art. 110, comma 7, Tuir. Quest'ultimo prevede che il prezzo a cui avvengono le transazioni commerciali tra imprese residenti in Stati diversi, ma legate da vincoli di controllo o collegamento deve essere valutato a "valore normale". È questo quello che viene definito *arms length principle* (principio di libera concorrenza)²⁵, secondo cui deve sussistere corrispondenza tra il prezzo stabilito nelle operazioni commerciali tra imprese associate e quello che sarebbe pattuito tra imprese indipendenti, in condizioni simili, sul libero mercato.

Non a caso, l'Autorità fiscale tende a rilevare proprio la discrepanza tra il valore di vendita di un bene ad una società del gruppo e il valore di vendita dello stesso bene sul libero mercato. A tal uopo, l'art. 9, co. 3, Tuir afferma: "*Per valore normale (...) si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore*".

²⁴ RICCI C., *La tassazione consolidata nell'IRES*, ed. Giappichelli, Torino 2015.

²⁵ Secondo l'art. 9 del Modello di Convenzione fiscale OCSE: "*(Allorché) le due imprese (associate), nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni accettate o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni, sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che, a causa di dette condizioni, non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati in conseguenza*".

Il presupposto oggettivo della normativa in esame equivale, quindi, alla discrepanza tra il “valore normale” a cui avvengono le transazioni infragruppo e il “valore di riferimento” rilevabile per transazioni comparabili effettuate nel mercato libero, già individuato, in sede internazionale, nel prezzo di libera concorrenza²⁶. Infatti, l’elemento fondamentale per verificare la congruità dei prezzi, viene individuato dall’art. 110 nel “valore normale”, che dovrebbe corrispondere al cosiddetto “valore di mercato”.

Con la Legge n. 96, art. 59, del giugno 2017, il legislatore nazionale ha introdotto importanti modifiche alla normativa sui prezzi di trasferimento infragruppo²⁷.

La novella normativa si pone nell'ambito delle azioni intraprese dalle autorità di governo, in linea con le raccomandazioni OCSE, con la finalità di promuovere l'adozione di forme di comunicazione e di cooperazione rafforzate, basate sul reciproco affidamento tra Amministrazione finanziaria e contribuenti (c.d. *cooperative compliance*), prevedendo una modifica all'originaria formulazione dell'art. 110, co. 7, oltre che l'introduzione, in seno al D.P.R. 600/1973, del nuovo articolo 31-quater.

Nello specifico, la nuova formulazione dell'art. 110 co. 7 del Tuir, dopo le modifiche introdotte dalla suddetta L. 96/2017, è la seguente:

“I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili, se ne deriva un aumento del reddito”.

L'intervento legislativo ha comportato l'eliminazione nel *corpus* normativo previsto in tema di imposte sui redditi, di qualsiasi riferimento al *criterio del valore normale* (ex art. 9, co. 3, Tuir), prevedendo che le componenti reddituali infragruppo (costi e ricavi) devono essere determinate sulla base degli *standard* internazionali, cioè in base ai *prezzi di libera concorrenza* ed in situazioni *comparabili*.

In sostanza, in linea con il principio di libera concorrenza (*arm's length*) il criterio di determinazione della congruità dei prezzi di trasferimento viene ora adeguato a quello dell'OCSE, previsto dall'art. 9 del modello di Convenzione contro le doppie imposizioni sui redditi.

Secondo, l'OCSE il principio di libera concorrenza risulta teoricamente valido in quanto:

- fornisce l'approssimazione più esatta possibile del funzionamento del libero mercato nell'ipotesi di trasferimento di beni o di prestazione di servizi tra imprese associate;
- determina, anche se non sempre risulta di facile applicazione, livelli di reddito appropriati per le imprese di un gruppo multinazionale, accettabili per le Amministrazioni fiscali.

²⁶ BALZANI F., *Il transfer pricing*, Dir. Trib. Intern., Padova, 2005, pag. 565 e ss.

²⁷ Legge del 21 giugno 2017, n. 96, Conversione in legge del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, in G.U. Serie Generale n.144, Suppl. Ord. n. 31, del 23-06-2017.

Al fine di verificare che il prezzo praticato e le condizioni stabilite in transazioni tra soggetti collegati siano le medesime previste nei rapporti tra soggetti terzi indipendenti risulta, inoltre, indispensabile individuare *transazioni comparabili* intercorse con o tra questi ultimi. In modo specifico, due o più transazioni sono tra loro comparabili qualora sussistano le seguenti condizioni:

- nessuna delle differenze tra le situazioni oggetto di comparazione può oggettivamente incidere sulla condizione da esaminare dal punto di vista del metodo utilizzato;
- correzioni economicamente accettabili possono essere effettuate al fine di eliminare le conseguenze dovute a tali differenze.

L'analisi di comparabilità richiede non solo una comprensione delle *caratteristiche economicamente rilevanti* della "*controlled transaction*" e del *ruolo funzionale* assunto dalle parti in essa coinvolte, ma anche il *confronto* tra le condizioni della "*controlled transaction*" e quelle previste in transazioni che coinvolgono soggetti indipendenti in condizioni di mercato similari.

La novella disposizione dunque risponde all'esigenza - avvertita sia da parte dell'Amministrazione finanziaria, nell'esercizio delle proprie attività di controllo, che dagli operatori economici - di adeguare l'ordinamento giuridico nazionale ai principi internazionali applicati dai Paesi OCSE, quale punto fondamentale di riferimento in materia di prezzi di trasferimento.

Dunque, la manovra correttiva ha dato origine ad una nuova disciplina del *transfer pricing* a misura del contribuente ed in linea con la normativa comunitaria: non sarà più lo sfuggente concetto di «valore normale» a determinare la liceità o meno delle operazioni infragruppo internazionali ma le concrete e dimostrabili condizioni di mercato in libera concorrenza.

Scompare il riferimento alla determinazione dei prezzi di trasferimento sulla base del valore normale dei beni ceduti e dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato ai sensi dell'art. 9 del Tuir. Tutto ciò al fine di semplificare l'intera disciplina ed adeguarla alle indicazioni emerse in sede OCSE anche nell'ambito dei lavori del progetto *Base erosion and profit shifting* (BEPS)²⁸.

E infatti l'art. 9 del modello di Convenzione OCSE, nel regolamentare le rettifiche da *transfer pricing*, impone di confrontare le condizioni praticate nelle relazioni tra imprese «associate» (case madre e società figlie o società sottoposte a comune controllo) con quelle che sarebbero convenute nelle relazioni tra imprese indipendenti (*arm's length principle*); ciò, sulla base di una preventiva analisi volta ad individuare le transazioni comparabili, non solo sotto il profilo del prezzo praticato. In effetti, ai sensi del paragrafo 1 dell'art. 9 del Modello OCSE, l'Amministrazione finanziaria di uno Stato contraente ha la facoltà, ai fini del calcolo delle imposte dovute dalle imprese correlate, di *effettuare una rettifica degli utili delle imprese* se, in conseguenza delle speciali relazioni intercorrenti tra esse, i libri contabili non riflettono l'effettivo ammontare degli utili imponibili prodotti in tale Stato. Tale disposizione si applica solo in quanto speciali

²⁸ Per l'argomento si rinvia al cap. successivo di questa trattazione

condizioni siano accettate o imposte tra imprese associate; laddove le transazioni siano state effettuate nel rispetto delle condizioni di libera concorrenza, non è ammessa alcuna rettifica degli utili imponibili delle imprese correlate.

La rettifica suddetta può dare luogo ad una doppia imposizione economica nella misura in cui l'impresa di uno Stato (A), i cui utili sono rettificati in aumento, è assoggettata a tassazione su di un ammontare che è già stato assoggettato a tassazione in capo all'impresa correlata, avente sede in uno Stato diverso (B). Al fine di eliminare la doppia imposizione, lo Stato B è tenuto ad effettuare una rettifica corrispondente; al riguardo non vi è alcuna disposizione in merito al metodo da utilizzare ai fini dell'effettuazione della rettifica né alcun riferimento al periodo di tempo oltre il quale lo Stato B non dovrebbe essere obbligato ad apportare una rettifica corrispondente agli utili dell'impresa residente a seguito della rettifica in aumento degli utili dell'impresa correlata avente sede nello Stato A²⁹. Alcuni Stati membri dell'OCSE considerano che l'obbligo della rettifica corrispondente, assunto dallo Stato B, per ragioni di certezza ed equità non dovrebbe essere limitato nel tempo mentre altri Stati ritengono che un obbligo di rettifica illimitato nel tempo sia irragionevole dal punto di vista pratico e amministrativo.

Come precisato dal Commentario all'art. 9 paragrafo 4, la circostanza per cui gli utili dell'impresa dello Stato A siano stati rettificati in aumento non implica automaticamente che l'Amministrazione finanziaria dello Stato B proceda ad una rettifica corrispondente.

In effetti, gli Stati membri dell'OCSE applicano metodi diversi, mentre gli Stati contraenti hanno la facoltà di concordare, in via bilaterale, le relative, specifiche disposizioni convenzionali. Alcuni Stati applicano il sistema in base al quale, nel caso in cui gli utili dell'impresa situata nello Stato A siano rettificati in aumento in modo tale che gli stessi corrispondano a quelli che sarebbero stati prodotti in condizioni di libera concorrenza, la rettifica è effettuata riducendo di un ammontare adeguato gli utili imponibili dell'impresa correlata con sede nello Stato B, i quali includono gli utili soggetti a doppia imposizione. Per contro, altri Stati prevedono che gli utili soggetti a doppia imposizione dovranno essere considerati imponibili in capo all'impresa dello Stato B, la quale, ai sensi dell'art. 23 del Modello OCSE³⁰, ha diritto ad uno sgravio nello Stato B per le imposte pagate dall'impresa correlata, situata nello Stato A.

Se le Amministrazioni finanziarie interessate non concordano sull'ammontare e sulla natura della rettifica da effettuarsi, trova applicazione la procedura amichevole di cui all'art. 25 del Modello OCSE. A tal proposito, si precisa che, qualora la controversia da rettifiche divergenti coinvolga le Amministrazioni finanziarie di due Stati membri dell'Unione europea, potrà trovare applicazione la convenzione arbitrale 90/436/CEE, la quale prevede una procedura arbitrale diretta ad evitare le doppie imposizioni derivanti da rettifiche divergenti dei prezzi di trasferimento praticati tra imprese associate³¹.

L'importanza della manovra correttiva del 2017, volta all'abbandono del criterio del valore normale a favore del principio di libera concorrenza, risiede soprattutto nell'adeguamento del legislatore italiano alla

²⁹ Cfr. art. 9, par. 2

³⁰ VALENTE P., *“Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni”*, Ipsoa, 2012, pag. 761 e ss.

³¹ VALENTE P., *Manuale del Transfer Pricing*, Ipsoa, 2012, pag. 149 e ss.

normativa comunitaria allo scopo di rafforzare il relativo rapporto di *compliance*, prevedendo che l'attuazione delle norme contro l'elusione fiscale non debbano pregiudicare l'obbligo dei contribuenti al rispetto del principio di libera concorrenza. Il legislatore, allineando la disciplina nazionale agli standard OCSE, ribadisce che secondo principio della libera concorrenza (art. 41 Cost.), il prezzo deve essere il frutto di una negoziazione come se avvenisse tra parti indipendenti, ognuna alla ricerca del suo massimo profitto, in base alle circostanze economiche.

La necessità di individuare un *giusto prezzo* è dovuta al fatto che, talvolta, tali operazioni avvengono tra società operanti in ordinamenti con un regime fiscale diverso, per cui possono dare origine a rilevanti vantaggi economici anche sotto forma di risparmi erariali.

A livello nazionale ed internazionale, si è sentita l'esigenza porre un limite al fenomeno che porta a stabilire artificialmente dove realizzare i profitti, e di conseguenza gli utili, in ordinamenti caratterizzati da una fiscalità privilegiata. In tal senso, ogni anno vengono individuati dall'Agenzia delle Entrate i Paesi con fiscalità agevolata, che sono inclusi nella cd. "*black list*"³².

L'erosione della base imponibile che comporta la distrazione artificiosa di utili conseguiti da una società in un ordinamento piuttosto che in un altro realizza i presupposti previsti dalla legislazione nazionale dell'abuso dei diritti³³.

Con la modifica apportata dal D.lgs. 128/2015, al comma 1, si prevede che: "*...configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni*"³⁴.

In altri termini, il limite è nell'abuso del diritto, in quanto ponendo in essere operazioni senza sostanza economica e che realizzano vantaggi fiscali indebiti si viola proprio il principio di libera concorrenza. A tal uopo, le indicazioni che provengono dall'OCSE sono importanti e significative: mentre i prezzi relativi alle transazioni negoziate tra imprese indipendenti sono di norma determinate dal mercato, così non è per i prezzi relativi alle operazioni infragruppo (ancorché in buona fede le imprese infragruppo possano cercare di replicare le dinamiche del mercato).

³² Elenco degli Stati considerati a regime fiscale agevolato – “Black List” (art. 1, D.M. 21/11/2001): Alderney (Channel Islands); Andorra; Anguilla, Antille Olandesi; Aruba; Bahamas; Barbados; Barbuda; Belize; Bermuda; Brunei; Cipro; Filippine; Gibilterra; Gibuti; Grenada; Guatemala; Guernsey (Channel Islands); Herm (Channel Islands); Hong Kong; Isola di Man; Isole Cayman; Isole Cook; Isole Marshall; Isole Turks and Caicos; Isole Vergini Britanniche (BVI); Jersey (Channel Islands); Kiribati; Libano; Liberia; Liechtenstein; Macao; Maldive; Malesia; Montserrat; Nauru; Niue; Nuova Caledonia; Oman; Polinesia francese; Saint Kitts and Nevis; Salomone; Samoa; Saint Lucia; Saint Vincent e Grenadine; Sant'Elena; Sark (Channel Islands); Seychelles; Singapore; Tonga; Tuvalu; Vanuatu. Elenco di Stati considerati nella “Black List”, salvo che per alcune fattispecie tassativamente previste (art. 2, D.M. 21/11/2001): Bahrein; Emirati Arabi Uniti, Kuwait; Principato di Monaco. Elenco di Stati inclusi nella “Black List”, limitatamente a determinate fattispecie tassativamente previste (art. 3, D.M. 21/11/2001): Angola; Antigua; Corea del Sud; Costa Rica; Dominica; Ecuador; Giamaica; Kenya; Lussemburgo; Malta; Mauritius; Panama; Portorico; Svizzera; Uruguay.

³³ Art. 10, Legge n. 212 del 27 luglio 2000, in G. U. n. 177 del 31 luglio 2000.

³⁴ DECRETO LEGISLATIVO n. 128 del 5 agosto 2015, *Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*, in G.U., Serie Generale n.190 del 18 agosto 2015

Esiste, in realtà, una oggettiva difficoltà nella determinazione dei prezzi di trasferimento delle imprese infragruppo ed essendovi diverse variabili da prendere in considerazione, non sempre le imprese cercano di "manipolare" i prezzi. Infatti, vi è una diversità di fondo tra la neutrale determinazione di un prezzo in operazioni infragruppo e "la politica d'impresa relativa ai transfer price", quest'ultima può essere strutturata e concertata anche per fini illeciti. La difficoltà oggettiva è che nella determinazione del *transfer price* non esiste una corretta ed univoca strada da percorrere, in quanto vi possono essere, plausibilmente, più valori da considerare. La questione di fondo è che le multinazionali sfruttano gli arbitraggi che si creano confrontando la fiscalità dei diversi Stati.

La *ratio* di tale disposizione si rinviene nella duplice finalità di evitare che attraverso la manipolazione dei prezzi nelle cessioni internazionali sotto forma di costi o di ricavi si produca l'effetto di spostare la materia imponibile da uno Stato all'altro, in genere da Stati ad elevata tassazione verso Stati a minore o nulla imposizione³⁵. Lo scopo della normativa è visto come una misura che parrebbe con immediata risposta a contrastare pratiche evasive o elusive, ma questo effetto "sottrattivo", di natura antielusivo, non rappresenta la finalità primaria della norma che, invece, tutta un'altra collocazione, ossia di norma di ripartizione e di allocazione corretta della fattispecie economica all'uno o all'altro Stato impositivo. In altri termini, una disposizione che attiene alla disciplina del corretto riparto della materia imponibile tra Stati secondo le regole ormai standard per i vari tipi di reddito.

Nel definire i contorni della *ratio* sottostante la disciplina in esame, anche una parte della Suprema Corte afferma che "...una finalità antielusiva è pur compresa, ma non esaurisce gli obiettivi dello strumento"³⁶. Sotto l'aspetto giurisprudenziale, in tale prospettiva, si rileva l'esistenza anche di un "...unitario centro di interesse economico" che possa legittimare "...manovre sui prezzi di trasferimento infragruppo [...] motivate anche da ragioni diverse da quella del vantaggio fiscale"³⁷, quali l'*equilibrato riparto* del potere di imposizione fra gli Stati.

Le modifiche della disciplina dei prezzi di trasferimento "congrui" hanno avuto dei riflessi anche da un altro punto di vista. Infatti, se da un lato, la *rettifica in aumento* dei prezzi applicati dà origine ad un aumento della base imponibile, dall'altro lato, in mancanza dei dovuti aggiustamenti, rischia di determinare una doppia imposizione. Ad esempio, se l'Agenzia delle entrate rettifica, ovviamente in aumento, un prezzo di vendita di una società italiana, la controparte estera non potrebbe adeguarsi a tale valore (per la stessa conveniente in quanto ad aumento del costo sostenuto). Ciò risulta vero, indubbiamente, anche nei casi in cui sia la correlata estera ad essere sottoposta a rettifica da parte delle autorità competenti nello Stato di residenza.

Di conseguenza, la normativa dal *transfer pricing* prevede meccanismi e adempimenti volti a far valere, oltre che l'aumento, anche la *diminuzione di base imponibile* derivante dall'applicazione del trasferimento di prezzo a società correlate estere. A tal uopo, è intervenuto un ulteriore intervento operato dall'art. 59 del D.L. 50/17 riguardante l'introduzione, nell'ambito del DPR 600/73, dell'art. 31-*quater*, che disciplina le modalità di

³⁵ Cfr. Cass. civ., sez. V, sentenza 22 aprile 2016, n. 8130

³⁶ Cfr. Cass. civ. sez. V, sentenza 1 aprile 2016, n. 6331

³⁷ Cfr. Cass. civ., sez. V, sentenza 5 agosto 2015, n. 16398

riconoscimento delle variazioni in diminuzione del reddito a seguito di rettifiche definitive effettuate in Stati esteri. La novella disposizione, al comma 1, afferma: “... *La medesima disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, secondo le modalità e alle condizioni di cui all'articolo 31 quater del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per l'applicazione del presente comma*”.

Prima della suddetta modifica, la diminuzione del reddito imponibile era ammissibile in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali “procedure amichevoli” (cd. *Mutual Agreement Procedure*) previste dalle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi o dalla Convenzione 90/436/Ce del 23 luglio 1990³⁸, relativa all’eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate.

Ora, oltre a tale ipotesi, la determinazione in diminuzione del reddito può essere ottenuta sia a conclusione dei controlli effettuati nell’ambito di attività di cooperazione internazionale, i cui esiti siano condivisi dagli Stati partecipanti, sia dietro impulso del contribuente, mediante la presentazione di una istanza, a fronte di una rettifica in aumento definitiva e conforme al principio di libera concorrenza effettuata da uno Stato con il quale vi è una data convenzione per evitare le doppie imposizioni sul redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni. Nei suddetti casi la norma non è esecutiva, dal momento che le modalità e i termini di presentazione dell’istanza dovranno essere stabiliti con provvedimento del direttore delle Entrate³⁹.

Pur se introdotte due nuove modalità di riconoscimento dei minori imponibili, nulla vieta al contribuente, comunque, di richiedere l’attivazione delle procedure amichevoli, ove ne ricorrano i presupposti.

Lo scopo principale delle nuove modalità di richiesta è tuttavia quello di ridurre il numero complessivo delle procedure amichevoli stesse con conseguente miglioramento dell’efficienza dell’attività amministrativa, oltre che, naturalmente, l’acceleramento dei tempi di evasione delle richieste, nell’ambito di una maggiore *compliance* tra le parti interessate. L’obiettivo di tali interventi legislativi, da ultimo quello relativo alle modifiche alla disciplina dei prezzi di trasferimento, è da sempre quello di promuovere l’adozione di forme di comunicazione e di cooperazione rafforzate, basate sul reciproco affidamento tra Amministrazione finanziaria e contribuenti (*cooperative compliance*).

A tale riguardo, il legislatore italiano si è conformato a quanto disposto in sede internazionale dall’OCSE che, nella nuova versione del documento “*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administration*” del 2018, ha fatto fronte alla crescente necessità di dare una forte risposta al fenomeno anche in virtù della disciplina, di più ampia portata, predisposta dal progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), per contrastare le pratiche e comportamenti elusivi. In particolare, le suddette novità si pongono in linea con quanto stabilito dal par. 2 dell’art. 9 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni.

³⁸ Convenzione resa esecutiva con la Legge 22 marzo 1993, n. 99.

³⁹ BARGAGLI M., *I nuovi criteri per valutare la congruità delle transazioni ai fini TP*, in Euroconference, 5 giugno 2017; DONATI A., *Manovra correttiva*, Fisco e Tasse, 2017.

La disciplina così modificata risulta molto più all'avanguardia e maggiormente improntata all'equità rispetto alla previgente disciplina. Infatti le valutazioni circa le condizioni di mercato e la libera concorrenza si prestano a valutazioni più attinenti al mercato di riferimento, piuttosto che, come avveniva nelle versioni precedenti al luglio 2017, al bene in sé stesso.

1.4. I metodi di determinazione del prezzo di trasferimento.

Nell'individuazione del *valore normale* delle operazioni intercorse tra imprese facenti capo allo stesso gruppo, l'art. 110, comma 7, del Tuir (DPR n. 917/86), richiama quanto disposto dall'art. 9 Tuir, che al comma 3 prevede che: *" per valore normale (...) si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi detta stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore"*.

La genericità del suddetto testo normativo impone il ricorso a fonti interpretative. In proposito, l'Amministrazione finanziaria si è pronunciata nel 1980 con la Circolare n. 32, contenente istruzioni e criteri finalizzati alla determinazione del valore normale. I metodi e le tecniche in essa individuati utilizzano, quale criterio guida proprio il principio di libera concorrenza di cui all'art. 9, paragrafo 1, del modello di convenzione fiscale Ocse, ossia: *"quando le condizioni convenute o imposte tra le due imprese nelle loro relazioni commerciali o finanziarie sono diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che a causa di dette condizioni non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza"*.

Il citato testo normativo, in buona sostanza, volto a garantire: sia l'effettiva parità di trattamento fiscale fra le imprese indipendenti e quelle operanti all'interno di una dinamica di gruppo, evitando che, in relazione a questi ultimi soggetti, la determinazione della base imponibile possa subire "inquinamenti" derivanti dall'alterazione dei corrispettivi applicati; sia l'adozione di un meccanismo di determinazione dei prezzi che sia, dal punto di vista economico, il più oggettivo possibile, anche con riferimento alle imprese facenti parte di un più esteso gruppo societario.

Il Ministero delle Finanze, nella circolare n. 32/80, individua tre metodi base, o tradizionali, mutuati dall'OCSE, per individuare se ed in quale misura il prezzo di trasferimento pattuito tra imprese associate è stato condizionato da regole diverse da quelle esistenti in condizioni di libera concorrenza, ossia:

- *metodo del confronto del prezzo (comparable uncontrolled price method);*
- *metodo del prezzo di rivendita (resale price method);*
- *metodo del costo maggiorato (cost plus method).*

1.4.1. Il metodo del confronto del prezzo.

Secondo il *metodo del confronto del prezzo*, il valore normale si determina confrontando il valore della transazione in essere con quello che verrebbe praticato in caso di transazioni realizzate fra soggetti giuridicamente indipendenti operanti in medesime condizioni contrattuali e di mercato. La congruità della transazione viene vagliata confrontando il prezzo di vendita infragruppo con quello che sarebbe stato stabilito per analoghe transazioni intercorse tra imprese tra loro indipendenti (*confronto esterno*) o tra un'impresa del gruppo ed una estranea (*confronto interno*).

Sul concetto di valore di mercato la giurisprudenza ha ritenuto che il metodo da utilizzare per la sua individuazione debba principalmente essere quello del confronto prezzi. Questo metodo si dovrebbe basare in via principale, e soprattutto qualora ciò sia possibile, sui listini o sulle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi, ed in via subordinata – in caso di mancanza o inattendibilità di tali elementi – alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Solo in via sussidiaria potrà farsi riferimento al prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni o i servizi della stessa specie o similari in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati.

Su quest'ultimo aspetto e cioè sul mercato di riferimento la giurisprudenza ha statuito che questo deve essere individuato nel mercato nazionale del venditore.

Va tuttavia segnalato che l'applicazione di un metodo del confronto prezzi *esterno*, basato solamente sul mercato di provenienza del bene rischierebbe di non tenere conto di alcuni fattori importanti, primo fra tutti, il principio della domanda e dell'offerta che fa lievitare il valore di un bene o di un servizio nei mercati dove questo è difficilmente reperibile e lo fa diminuire in caso di eccesso di domanda.

La stessa Amministrazione finanziaria con la C.M. n. 32/1980, ha indicato come la destinazione dei beni sia un elemento che non può che influenzare notevolmente il prezzo di cessione dei beni in quanto il cedente tiene conto del livello dei prezzi esistente sul mercato del destinatario, della concorrenza ivi esistente, dei costi di distribuzione.

Per questi motivi, sebbene in linea di principio l'indicazione del mercato del venditore/prestatore come quello di riferimento possa essere una soluzione corretta, deve essere lasciata al contribuente la possibilità di giustificare i prezzi maggiori/minori delle proprie operazioni. In caso contrario, infatti, si correrebbe il rischio di considerare come anomali i prezzi di alcune operazioni che trovano giustificazione nelle particolari condizioni del mercato di destinazione dei beni o dei servizi.

La giurisprudenza ha affermato chiari principi in merito ai metodi di determinazione del valore normale, in seguito ad un accertamento fiscale presso la sede secondaria di un'azienda, stabile organizzazione in Italia di un'omonima società di diritto belga, capogruppo di un importante gruppo chimico e farmaceutico multinazionale⁴⁰.

⁴⁰ Corte di Cassazione, sentenza n. 24005 del 23 ottobre 2013

In modo specifico, dall'esame della documentazione della società secondaria erano emerse transazioni con la sua capogruppo, nonché con imprese appartenenti al gruppo e localizzate in Paesi differenti, ove i prezzi fissati non risultavano coincidenti con i prezzi di libero mercato, in quanto frutto di una generale pianificazione fiscale degli utili del gruppo. In particolare, nel caso in esame i rapporti *intercompany* erano avvenuti tra:

- società verificata, stabile organizzazione della capogruppo (controllata);
- società non residenti interamente controllate dalla capogruppo belga (collegate);
- capogruppo con sede in Belgio e vertice del gruppo (controllante).

Constatata la sussistenza dei “regolari” presupposti soggettivi, l'oggetto del contenzioso si spostava verso l'accertamento dell'eventuale differenza, rispetto al valore normale, dei corrispettivi delle cessioni e delle prestazioni di servizi effettuate dalla stabile organizzazione italiana alla capogruppo belga e/o alle società collegate estere. Per verificare la corretta applicazione del principio di libera concorrenza nelle transazioni in esame, i verbalizzanti avevano adottato, in via preferenziale, il metodo del confronto *interno* del prezzo, ossia il confronto del prezzo soggetto a verifica con quello praticato per transazioni comparabili tra una delle imprese che effettuano la transazione e un'impresa indipendente, sul mercato della cedente nazionale. Di qui la necessità di individuare (ai sensi del comma 7 dell'art. 110 del Tuir), a fronte degli effettivi prezzi di trasferimento, quale fosse il valore normale del prodotto (soda, bicarbonato, ecc.) venduto dalla stabile organizzazione italiana, ovvero il corrispettivo di libero mercato.

L'applicazione del valore normale veniva controllata dall'Amministrazione finanziaria tramite il confronto del prezzo di trasferimento praticato a un soggetto terzo indipendente con quello praticato alla società capogruppo.

Per definire in modo ancora più corretto il valore normale, si era tenuto conto anche dei seguenti elementi:

- *qualità del prodotto*: il bene oggetto delle due transazioni comparate presentava le medesime caratteristiche qualitative;
- *stadio di commercializzazione*: la determinazione del valore normale dei beni venduti dal produttore italiano alle società consociate estere era stata necessariamente effettuata attraverso i prezzi praticati dal citato produttore nei confronti di aziende nazionali che utilizzavano i prodotti nei loro cicli produttivi;
- *condizioni di trasporto*: tenuto conto che le transazioni erano avvenute, ad esempio per la soda, in “franco partenza” (con il costo del trasporto a carico dell'acquirente), si era proceduto a individuare operazioni con terzi alle medesime condizioni. Per altri prodotti, invece, le transazioni erano avvenute “franco destinatario” (con il costo del trasporto a carico del venditore); ciò ulteriormente provava la sottofatturazione in quanto, in considerazione delle superiori distanze che separavano la società italiana dalle consociate estere, rispetto ai clienti nazionali confrontati, le condizioni di

trasporto utilizzate per l'invio del prodotto dovevano rappresentare, semmai, un maggiore onere di spesa per il venditore, con conseguente aumento del prezzo di vendita;

- *imballaggio*: non si era tenuto conto di tale elemento nelle transazioni relative al prodotto soda, dato che al citato stadio di commercializzazione determinava una scarsa incidenza dell'elemento imballaggio sul prezzo di vendita nelle transazioni oggetto di verifica, cosa che invece, per esempio, non avveniva per altri prodotti, in relazione ai quali tali costi erano stati considerati;
- *condizioni generali di vendita*: comparando transazioni per quantitativi simili;
- *sconti sulla quantità*: considerando che per le vendite alle consociate estere non veniva riconosciuto alcuno sconto dal prezzo di vendita praticato a terzi, era stato scorporato lo sconto previsto contrattualmente.

Da questo controllo, oltremodo dettagliato, era scaturita la contestazione di transazioni in vendita con la propria capogruppo a prezzi di trasferimento ben al di sotto del valore normale dei beni venduti, come determinato con il criterio del confronto del prezzo interno. In effetti, il metodo del confronto esterno risultava non applicabile, in quanto non vi era la presenza sul mercato di elementi oggettivi confrontabili: accade spesso, come nel caso di specie, che le multinazionali non abbiano altri clienti (o altri fornitori) all'estero, se non quelli appartenenti al gruppo, ovvero che il prodotto venduto sia sensibilmente diverso da quello oggetto di transazioni simili; oppure che la società cedente si trovi in condizioni di monopolio, escludendo, già questo, la possibilità stessa di prendere a base di confronto solo soggetti terzi (dato che non esistono altri fornitori). Nel caso in esame, la considerazione del mercato estero come mercato rilevante sarebbe stata impossibile, dato che i soli soggetti comparabili, in tale mercato, erano società collegate del gruppo. Di contro, era sembrato troppo semplice sostenere che la ricostruzione non era attendibile poiché non erano stati confrontati dati omogenei, quali sarebbero stati quelli relativi a società terze presenti sul mercato belga, quando società terze, in grado di effettuare transazioni simili, non esistevano.

Ancor prima che conseguenza della normativa (come poi chiarito dalla pronuncia in commento), era quindi logico che, dovendo riferirsi a un mercato rilevante, si facesse allora riferimento a quello più idoneo, a quello che comunque presentava un nesso di collegamento con le operazioni contestate, appunto a quello italiano, mercato della cedente.

I giudici di primo grado, nonostante tutto, accoglievano il ricorso del contribuente, affermando che non erano stati confrontati elementi omogenei; per tale motivo, la ricostruzione operata dall'ufficio non poteva a loro avviso essere considerata attendibile.

La mancanza di omogeneità derivava, a parere della Commissione tributaria provinciale, soprattutto da due fattori: 1) il mancato confronto delle condizioni praticate con società indipendenti operanti nel mercato belga (vi era stato esclusivamente il confronto delle condizioni praticate dalla società verificata con soggetti indipendenti nazionali); 2) nella determinazione del valore normale non era stato seguito il metodo del confronto esterno del prezzo, ma quello del confronto interno tralasciando “*di considerare che le operazioni commerciali interessavano soggetti dello stesso gruppo e non nazionali per cui si rendeva operante il cosiddetto*

confronto esterno, ossia il metodo che consente di determinare il prezzo di libera concorrenza mediante l'esame di transazioni comparabili avvenute tra soggetti indipendenti nel mercato dell'acquirente...".

Successivamente, l'Amministrazione finanziaria presentava appello alla Commissione tributaria regionale e, prima di dimostrare perché non era possibile confrontare i corrispettivi "incriminati" con quelli praticati in similari operazioni avvenute nel "mercato rilevante" del cessionario (quello belga), faceva una breve premessa sulle motivazioni sottese al potere "forte" di accertamento dato all'Amministrazione finanziaria nel contrastare possibili elusioni all'interno delle operazioni infragruppo.

Nonostante tutto ciò, anche la Commissione tributaria regionale, con analoghe motivazioni rispetto a quella di primo grado (in particolare, preferenza del metodo del controllo esterno rispetto a quello interno), respingeva l'appello dell'Amministrazione.

La Corte suprema non si pronunciò allo stesso modo, in quanto, con la sentenza n. 24005 del 2013, accolse il ricorso dell'Agenzia delle Entrate, affermando condivisibili principi. L'Amministrazione denunciava infatti, in particolare, la violazione e falsa applicazione del Dpr 917/1986, art. 76, commi 5 e 9, e art. 3 (nel testo previgente), in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, nonché l'insufficiente motivazione su un fatto decisivo del giudizio, affermando che aveva errato il giudice di secondo grado nel ritenere che per la determinazione del prezzo di trasferimento, nell'accertamento dei redditi di imprese assoggettate a controllo della casa madre estera, il mercato rilevante fosse individuabile in quello del destinatario dei beni oggetto delle transazioni commerciali (il mercato belga), dovendo tenersi conto, secondo la Commissione tributaria regionale, dei prezzi ivi praticati in operazioni comparabili a quella oggetto di verifica. L'asserzione del giudice di seconde cure non avrebbe infatti tenuto conto di quanto dedotto dall'ufficio nell'atto di appello avverso la decisione di primo grado, ovverosia del fatto che nel caso concreto sarebbe stato impossibile effettuare il confronto con imprese operanti nel mercato belga, atteso che i soli soggetti comparabili, ivi operanti, erano ancora società collegate del gruppo. Di qui la denuncia del vizio motivazionale; tale decisione, ad avviso dell'Agenzia delle Entrate, non era del resto neppure rispettosa del disposto normativo, atteso che il "valore normale" della merce ceduta da una società appartenente allo stesso gruppo della cessionaria non poteva che essere determinato tenendo conto del prezzo mediamente praticato per beni o servizi similari, in "condizioni di libera concorrenza", per tali dovendo intendersi le condizioni praticate dalla società italiana, sul mercato nazionale, nelle transazioni effettuate con imprese dello stesso settore. Tanto più che, come detto, siffatte condizioni sarebbero state invece certamente inesistenti in un mercato, come quello belga, nel quale i soli soggetti operanti nel medesimo ambito merceologico della contribuente, ai quali riferirsi, dunque, per la comparazione dei prezzi di trasferimento, sarebbero stati costituiti da imprese appartenenti allo stesso gruppo.

Le censure indicate, secondo la Corte di Cassazione erano fondate, evidenziando, in particolare, che la normativa in tema di *transfer pricing* ha "la finalità di consentire all'amministrazione finanziaria un controllo dei corrispettivi applicati alle operazioni commerciali e/o finanziarie intercorse tra società collegate e/o controllate residenti in nazioni diverse, al fine di evitare che vi siano aggiustamenti "artificiali" di tali prezzi, determinati dallo scopo di ottimizzare il carico fiscale di gruppo, ad esempio canalizzando il reddito verso le società dislocate in aree o

giurisdizioni caratterizzate da una fiscalità più mite”. Continua poi il giudice di legittimità, ricordando come “la ratio della disposizione in oggetto è del tutto evidente. La norma succitata costituisce, difatti, una deroga al principio per cui, nel sistema di imposizione sul reddito, questo viene determinato sulla base dei corrispettivi pattuiti dalle parti della singola transazione commerciale⁴¹. Nelle ipotesi in cui tali corrispettivi risultano scarsamente attendibili e possono essere manipolati in danno del Fisco italiano, come nel caso degli scambi transnazionali tra soggetti i cui processi decisionali sono condizionati, poiché funzionali ad un unitario centro di interessi, i corrispettivi medesimi sono – per vero – sostituiti, per volontà di legge, dal “valore normale” dei beni o dei servizi oggetto dello scambio, qualora tale sostituzione ricada, in concreto, a vantaggio del Fisco italiano. Sotto il profilo in esame, dunque, può dirsi che la previsione in parola completa il catalogo delle garanzie offerte dalla legislazione a favore dell’Erario, con riferimento a tutte quelle ipotesi nelle quali il corrispettivo pattuito – data la sostanziale unicità del soggetto economico, trattandosi di rapporti commerciali tra articolazioni dello stesso gruppo – può non riflettere il reale valore dei beni e dei servizi scambiati”⁴².

In altri termini, la normativa atta ad impedire il dirottamento di flussi reddituali verso Paesi a fiscalità agevolata, ha la finalità di evitare che mediante particolari fenomeni, quali l’alterazione del prezzo di trasferimento, l’Erario italiano possa subire un concreto pregiudizio. In altri termini, “l’applicazione delle norme sul transfer pricing non combatte l’occultamento del corrispettivo, costituente una forma di evasione, ma le manovre che incidono sul corrispettivo palese, consentendo il trasferimento surrettizio di utili da uno Stato all’altro, sì da influire in concreto sul regime dell’imposizione fiscale”⁴³.

Come ormai riconosciuto dalla più attenta dottrina, infatti, deve ritenersi che tale disciplina costituisca una *clausola antielusiva*, in linea con i principi comunitari in tema di abuso del diritto⁴⁴.

La Corte ribadisce, infine, l’importanza della lettura della citata normativa in combinato disposto con l’art. 9 del modello di convenzione fiscale OCSE, dato che il criterio cardine, per la valutazione dei prezzi di trasferimento tra le imprese associate di un gruppo multinazionale, è costituito dal principio di libera concorrenza, fondato, cioè, sul regime che si instaura tra “imprese indipendenti”; principio non a caso fiscalmente posto in diretta correlazione con la definizione del “valore normale” dei beni o dei servizi. Le norme in commento stabiliscono in definitiva, conclude la Corte, “l’irrilevanza, ai fini fiscali, dei valori concordati dalle parti nell’ambito di transazioni “controllate” e l’inserimento automatico nelle transazioni medesime di valori legali, ancorati al regime della libera concorrenza (valore normale)”. In difetto infatti di un’effettiva alterità tra le imprese partecipanti a dette transazioni, ricorre un’elevata probabilità che il corrispettivo possa essere fissato dalle parti, anziché in rapporto al valore del bene scambiato o del servizio reso, piuttosto in funzione dei disegni di pianificazione fiscale del gruppo cui le imprese contraenti appartengono. Con la conseguenza che, nella determinazione del reddito d’impresa, non rileva il corrispettivo effettivamente convenuto, bensì quello che sarebbe stato stabilito, ove le imprese fossero state indipendenti l’una dall’altra (cd. *arm’s length principle*).

⁴¹ DPR n. 917/1986, ex art. 75, ora art. 109

⁴² CORTE DI CASSAZIONE, sez. trib., sentenza n. 24005 del 2013

⁴³ Ibidem

⁴⁴ VALENTE P., *Le novità del Transfer Pricing*, Ipsoa, 2010

Come per l'abuso di diritto, quindi, vengono considerati, ai fini impositivi, non gli effetti voluti dalle parti, ma quelli che, anche se non voluti, il negozio aggirato sarebbe stato "fiscalmente" idoneo a produrre. Essendo questa la *ratio* della previsione di cui al combinato disposto degli artt. 9 e 110 Tuir, secondo la Corte suprema, *"...è del tutto evidente l'errore nel quale è incorsa, nel caso concreto, la Ctr, nel ritenere che l'ufficio, in sede di accertamento del reddito di impresa, avrebbe dovuto compiere una comparazione tra i prezzi praticati nel solo mercato di destinazione delle merci cedute dalla S. Italia alla S. s.a., ossia nel mercato belga, avendo la società madre sede principale a Bruxelles, e non in quello dell'impresa cedente, ossia nel mercato italiano. Tale erronea valutazione del giudice di seconde cure si è, difatti, tradotta – a giudizio della Corte – nella falsa applicazione delle norme summenzionate, oltre che in un palese vizio motivazionale, avendo la Ctr del tutto pretermesso l'esame delle argomentazioni esposte, in proposito, dall'Amministrazione finanziaria"*⁴⁵.

Non a caso, tra i diversi criteri indicati dal modello OCSE per la valutazione dei prezzi di trasferimento tra le imprese associate di un gruppo multinazionale, il legislatore italiano ha prescelto quello del "confronto del prezzo" e, nel caso di specie, il giudice di appello aveva del tutto trascurato il nesso logico-giuridico sussistente tra le predette due parti della norma, per concentrare la propria attenzione esclusivamente sulla prima parte della disposizione, erroneamente considerata come il criterio cardine per la determinazione del prezzo di trasferimento infragruppo. Senonché, *"... deve ritenersi che il criterio prioritario per stabilire il "valore normale" dei corrispettivi, nelle vendite tra imprese appartenenti ad un gruppo multinazionale, non possa essere che quello – enunciato dalla seconda parte dell'art. 9, comma 3, che disciplina specificamente le modalità "per la determinazione" del valore in questione – secondo cui deve farsi riferimento in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso"*⁴⁶.

La norma, in altri termini, impone all'Amministrazione di prendere in considerazione, nell'accertamento del reddito di impresa, in via principale, i "listini" e le "tariffe" del venditore dei beni o del prestatore di servizi a società dello stesso gruppo, tenuto conto anche degli sconti che il medesimo è usualmente disposto a praticare nel mercato di appartenenza. Quindi, in caso di inesistenza o di inattendibilità del listino o della tariffa, la medesima disposizione dispone di prendere in esame, in via subordinata, i "mercuriali" e i "listini delle camere di commercio", o le "tariffe professionali".

In conclusione, la definizione del "valore normale" contenuta nella prima parte del citato art. 9, comma 3, svolge un ruolo *"sussidiario e suppletivo"*, e opera nel solo caso in cui il riferimento ai listini, alle tariffe e ai mercuriali, in uso nel mercato del venditore, si riveli di nessuna utilità pratica, per la loro inesistenza, o per la loro inattendibilità. Nell'applicazione del metodo del "confronto di prezzo" occorre quindi dare preferenza al confronto interno, basato cioè sui listini e le tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi nel rapporto tra l'impresa controllata e un'impresa indipendente, visto che è ai suddetti elementi documentali di raffronto che l'Amministrazione deve anzitutto riferirsi, "in quanto possibile", e tenuto conto di eventuali "sconti d'uso". Solo in seconda battuta, l'Amministrazione dovrà fare riferimento

⁴⁵ CORTE DI CASSAZIONE, sez. trib., sentenza n. 24005 del 2013

⁴⁶ *Ibidem*

alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio, ovvero alle tariffe professionali, nell'esame delle transazioni comparabili tra imprese indipendenti (confronto esterno) appartenenti allo stesso mercato. Infine, e in via del tutto sussidiaria e suppletiva, l'ufficio potrà fare ricorso – ai sensi della prima parte dell'art. 9, comma 3 – al prezzo “mediamente praticato” e in “condizioni di libera concorrenza” per beni o servizi simili, “...nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi”. Questi ultimi ben potendo essere determinati da mercati esteri più vicini a quello nazionale del venditore.

A quanto sinora esposto, andava infine aggiunto che, sul piano della censura concernente il vizio di motivazione, la Commissione tributaria regionale non aveva in alcun modo preso in considerazione, neppure per disattenderle, le deduzioni dell'Amministrazione circa l'impossibilità di effettuare il confronto con imprese attive sul mercato belga, atteso che i soli soggetti comparabili, ivi operanti nel settore merceologico di appartenenza della contribuente, erano esclusivamente società collegate del gruppo.

Nel caso di specie i giudici, sia di primo sia di secondo grado, avevano quindi sicuramente errato, laddove avevano considerato che le prove, accurate, ripetute, precise, fornite dall'ufficio a dimostrazione della legittimità della propria ricostruzione, non fossero idonee. L'errore era sia per il fatto che i due soli motivi di inattendibilità (mercato non rilevante e metodo del confronto interno) erano del tutto inconferenti, sia perché non avevano tenuto conto del fatto che il contribuente non aveva in alcun modo ottemperato al proprio onere della prova, limitandosi a mere affermazioni di principio.

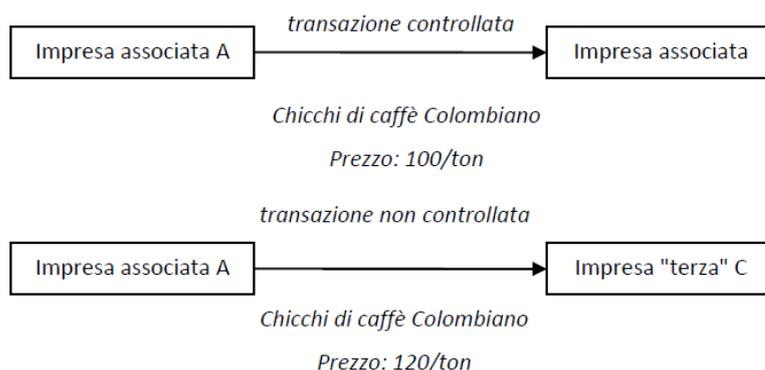
Ogni società è tenuta del resto a indicare, nell'ambito dei metodi comparativi, quello che meglio degli altri, a suo avviso, si presta a valutare il carattere di libera concorrenza dei suoi prezzi di trasferimento, il metodo cioè che fornisce la misura più credibile del prezzo di libera concorrenza in considerazione delle particolari condizioni delle transazioni poste in essere, il cd. *best method rule*. Indicare questo metodo, però, vuol dire anche fornire le prove, gli elementi economici specifici e anche gli elementi numerici e gli importi che, sulla base di tale metodo confermano o meno l'esattezza dei prezzi praticati. Tale tipo di elusione (così come ribadito anche dalla Corte) si può realizzare soltanto nel caso in cui non vi sia quella naturale contrapposizione di interessi commerciali che invece sussiste tra imprese indipendenti: nel caso in cui, in sostanza, le società coinvolte siano fra loro legate da rapporti di controllo o collegamento. Le politiche sui prezzi di trasferimento si realizzano infatti in base a “direttive” imposte dal soggetto controllante, che mira a comprimere la libertà contrattuale della propria controllata in funzione dei fini di gruppo⁴⁷.

Scopo della norma, pertanto, è quello di ricondurre le transazioni transnazionali a una condizione di libera concorrenza, attribuendo alle transazioni “sospette” valori corrispondenti a quello “normale”.

In generale, dunque, per la giurisprudenza il metodo del *confronto dei prezzi interno*, o in subordine *esterno*, è il criterio privilegiato per l'individuazione del valore di mercato di un determinato bene o servizio.

⁴⁷ MARTONE A., *La determinazione dei prezzi di trasferimento intercompany: normative e metodologie applicabili*, Il Fisco, n. 11, 2013

Si riporta di seguito un semplice esempio del *metodo del confronto dei prezzi* ⁴⁸:



1.4.2. Il metodo del prezzo di rivendita e del costo maggiorato.

Non sempre però il metodo del confronto risulta applicabile alle operazioni sottoposte a verifica. Si pensi al caso in cui i beni o servizi non siano comparabili con altri o quando gli scambi non avvengano al medesimo stato di commercializzazione. In questi casi è ammesso il ricorso ad altri criteri elaborati dall'OCSE come alternativa al confronto dei prezzi. Il primo di questi è il *metodo del prezzo di rivendita*. In base a tale criterio il valore normale si considera corrispondente al prezzo di rivendita al consumatore finale o ad un'impresa indipendente diminuito del margine utile lordo mediamente ricavato dagli operatori del settore di riferimento.

In altre parole, questo metodo si fonda “sull'analisi del prezzo a cui il bene acquistato dall'impresa cessionaria del gruppo viene successivamente da questa ceduto ad un soggetto indipendente, diminuito del margine lordo necessario a coprire i costi commerciali da essa sostenuti e a garantirle un congruo utile”⁴⁹.

Di seguito un semplice esempio del *metodo del prezzo di rivendita* ⁵⁰:

Vendite ad operatori indipendenti	1.000	Determinato dall'analisi di un campione di comparables indipendenti.
Margine lordo di rivendita (ad es. 40%)	400	
Costo del venduto: <i>transfer price</i>	- 600	Prezzo ipotizzato per l'acquisto dei beni dal produttore associato.
Costi operativi ed altre spese di vendita	- 300	
Risultato operativo	100	

Per le sue caratteristiche un simile criterio si presta ad essere impiegato maggiormente in casi in cui le cessioni avvengono tra una casa madre produttrice e una controllata distributrice. Al contrario l'utilizzo di questo metodo è sconsigliato qualora prima della rivendita il bene sia soggetto a trasformazioni o sia

⁴⁸ Rielaborazione grafica dell'esempio fornito nel documento OECD, "Transfer Pricing Methods", Centre For Tax Policy And Administration, Parigi, 2017, pag. 95.

⁴⁹ OECD, *Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento*, Cap. II, Parte II, 2018

⁵⁰ Rielaborazione dell'esemplificazione fornita nel documento OECD, "Transfer Pricing Methods", Centre For Tax Policy And Administration, Parigi, 2010, pag. 5.

incorporato in un altro che ne alteri l'identità, rendendo difficoltosa la distinzione tra il valore dell'articolo finale e quello dei suoi componenti.

Un secondo metodo alternativo a quello del confronto dei prezzi è il criterio del *costo maggiorato* con il quale si determina il valore normale dei beni tenendo conto del costo effettivo di questi e dei servizi impiegati per la loro produzione, con l'aggiunta di un adeguato margine di utile. Quest'ultimo, dovrà essere calcolato confrontando il margine utile della transazione in verifica con quello generalmente ricavato dall'impresa quando vende prodotti simili sullo stesso mercato a soggetti terzi. Nel caso in cui non vi siano vendite a terzi il margine di utile sarà invece pari a quello ricavato da imprese indipendenti impegnate in vendite simili. Qualora non vi siano neppure vendite simili tra terzi indipendenti il margine utile sarà calcolato comparando le funzioni esercitate dal produttore con quelle esercitate da terzi.

Si riporta un esempio del *metodo del costo maggiorato* con comparabili esterni⁵¹:

Costo delle materie prime	200	
Altri costi di produzione diretti ed indiretti	100	
Base di costo totale	300	
Margine lordo sui costi (ad es. 20%)	60	Determinato dall'analisi di un campione di comparables indipendenti.
<i>transfer price</i>	360	
Costi di struttura ed altre spese operative	- 40	Prezzo ipotizzato per la vendita dei beni all'impresa acquirente associata.
Risultato operativo	20	

Inoltre, nel caso in cui i metodi tradizionali non possono trovare applicazione, per mancanza di situazioni comparabili o per l'impossibilità di addivenire ad un confronto attendibile tra le cessioni o prestazioni, allo scopo di eliminare eventuali incertezze sorte in seguito alla loro applicazione, la C.M. n. 32/80 individua ulteriori criteri alternativi, sempre nel rispetto del principio di libera concorrenza, quali:

- *la comparazione dei profitti*: gli utili realizzati dall'impresa vengono raffrontati con quelli conseguiti da altri soggetti operanti nel medesimo settore;

- *la ripartizione dei profitti*: gli utili *realizzati* vengono ripartiti fra i diversi soggetti costituenti un gruppo in funzione del costo da ognuno di essi sostenuto nel ciclo produttivo;

- *margini lordi del settore economico*: gli utili vengono quantificati in funzione del livello di efficienza raggiunto dai soggetti partecipanti al ciclo produttivo;

- *la redditività del capitale investito*: gli utili vengono quantificati soltanto in funzione del capitale investito.

⁵¹ Rielaborazione della esemplificazione fornita nel documento OECD, "Transfer Pricing Methods", Centre For Tax Policy And Administration, Parigi, 2010, pag. 5.

Il legislatore italiano, recependo i diversi metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento dell'OCSE, ha mutuato in riferimento alla "*Transfer Pricing method selection*" l'ormai consolidato principio del "*most appropriate method for a particular case*"⁵², pur tuttavia mantenendo una sorta di "gerarchia implicita" dei diversi metodi, sulla scorta di quanto già previsto dalle Linee Guida OCSE, tale per cui, ad esempio, qualora ugualmente applicabili, il *CUP Method* è da preferire a tutti gli altri metodi⁵³. In tutto ciò, la novità, che potrebbe avere rilevanti effetti sull'attività di accertamento dell'Amministrazione finanziaria, è rappresentata dall'*obbligo* in capo all'Amministrazione di applicare il metodo di transfer pricing *individuato dal contribuente*, laddove lo stesso sia stato selezionato ed applicato in maniera del tutto affidabile (art. 4, comma 6).

Infine, per comprendere meglio le difficoltà che intercorrono nella determinazione di un transfer price congruo, si considera, a questo punto, un caso pratico riguardante i rapporti commerciali intercorsi nell'anno 2003 fra la società Alfa Italia Spa (soggetto di diritto italiano) e la controllata Alfa Olanda (società di diritto olandese) operante nel medesimo settore (la controllante è cliente della controllata)⁵⁴. La società Alfa Italia Spa intrattiene altresì rapporti commerciali con altri soggetti terzi, operanti anch'essi nel medesimo settore e nel mercato olandese. Gli accordi commerciali prevedono che:

- alla sola controllante venga riconosciuto uno sconto del 10% rispetto al prezzo di listino;
- agli altri soggetti (operanti nel medesimo settore e mercato della controllante) non venga riconosciuto alcuno sconto, potendo però, questi ultimi operatori, beneficiare di modalità di pagamento più favorevoli: 120 giorni di dilazione contro i 30 concessi alla controllante.

La fattispecie ricade senz'altro nella casistica di cui all'art. 110, comma 7, del Tuir. Nello specifico, appare evidente il differenziale di prezzo esistente fra le transazioni operate dalla Alfa Spa con la sua controllante e quelle effettuate con altri soggetti operanti nel medesimo mercato (quello olandese). Sembrerebbe pertanto automatica l'applicazione del primo dei criteri previsti dalla circolare n. 32 del 1980 (quello del confronto del prezzo) per quantificare il differenziale di prezzo e quindi il recupero di materia imponibile illegittimamente "trasferita". L'automatica applicazione del citato criterio risulta però per lo meno impropria qualora non si tenga conto delle condizioni di pagamento praticate dalla società italiana alla sua controllante estera. L'analisi di questa variabile evidenzia infatti che, se le condizioni offerte alla consociata olandese risultano comunque favorevoli in termini assoluti (-10%), non si può non tener conto del fatto che le dilazioni di pagamento di regola concesse alla clientela "ordinaria" sono negate alla controllante. E' pertanto necessario, prima di esprimere qualsiasi giudizio circa la legittimità delle operazioni in esame, valutare l'impatto dello *spread* finanziario generato dalle dilazioni di pagamento per la corretta applicazione del metodo del confronto del prezzo. Occorrerà cioè, in buona sostanza, "aggiornare" il prezzo praticato alla clientela ordinaria prima di valutare se vi è stata materia imponibile illegittimamente trasferita all'estero. In pratica, se i prezzi praticati nei

⁵² Cfr. par. 2.2. delle Linee Guida OCSE, luglio 2017.

⁵³ Cfr. D.M. art. 4

⁵⁴ SPINA A., *Il transfer pricing tra disciplina normativa e rilievi operativi*, "Fisco Oggi", 27 luglio 2005

confronti di soggetti terzi sul mercato olandese, “bonificati” dello *spread* finanziario generato dalle dilazioni di pagamento, risultassero superiori rispetto a quelli praticati nei confronti della controllante, si potrebbe con ragione proporre il recupero dell'imponibile illegittimamente trasferito all'estero; al contrario, se invece il “recupero” dello *spread* finanziario annullasse il differenziale di prezzo, andrebbe considerato legittimo il comportamento della Alfa Italia Spa.

A tal proposito, la tabella di seguito riportata mostra i dati relativi allo spread⁵⁵:

Valore delle cessioni effettuate con la controllante	€ 1.994.284,00
Valore normale delle stesse	€ 2.193.712,00
Spread finanziario <i>(calcolato sulla base delle condizioni riportate nei contratti di finanziamento in essere tra Alfa Italia Spa e la sua controllante olandese)</i>	1,68%
Valore normale al netto dello spread finanziario	€ 2.157.468,00

In realtà, dalla tabella suesposta si evidenzia come la differenza tra il valore normale al netto dello spread finanziario ed il valore delle cessioni effettuate con la controllante da origine ad un imponibile illegittimamente trasferito all'estero. Infatti, atteso che il valore delle transazioni effettuate con la controllante risulta inferiore al valore “normale” delle stesse al netto dello *spread* finanziario, si evidenzia la violazione dell'art. 110, comma 7, e si propone il recupero a tassazione di un imponibile, illegittimamente trasferito all'estero, di € 163.184.

La giurisprudenza sostiene che la prova dell'inerenza di costi e ricavi spetta al contribuente. In particolare, l'impresa è tenuta a dimostrare all'Amministrazione finanziaria l'esistenza dei presupposti di costi ed oneri deducibili che concorrono a determinare il reddito, oltre che la loro inerenza e l'imputabilità diretta ad attività produttive di ricavi⁵⁶.

Dall'altra parte, l'Amministrazione finanziaria ha il potere di rinnegare la deducibilità dei costi, oltre che la possibilità di recuperare, per porre a tassazione, componenti positivi di reddito, a seguito di una semplice valutazione economica delle scelte imprenditoriali o di determinati comportamenti del contribuente, ritenuti antieconomici dall'Autorità fiscale. A riguardo, i giudici ermellini hanno sostenuto il principio della sindacabilità amministrativa di alcuni componenti negativi di reddito, anche se documentati in modo conforme, qualora vi sia una sproporzione quantitativa degli stessi rispetto ad altri fattori economici specifici dell'impresa stessa, ritenendo tale sproporzione sintomatica del difetto, totale o parziale, dell'inerenza di tali componenti (dimensione quantitativa del principio di inerenza)⁵⁷. Partendo dal presupposto che spetta all'Amministrazione finanziaria provare fatti rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale (simulazione di atti, occultamento di ricavi, ecc.), si ritiene così che nel caso di

⁵⁵ SPINA A., *op. cit.*

⁵⁶ Corte di Cassazione, sent. n. 11514/2001; Corte di Cassazione, sent. n. 22034/2006

⁵⁷ Corte di Cass., sent. 11 aprile 2008, n. 9497, Cass., sent. 15 settembre 2008, n. 23635

comportamenti “antieconomici” da parte del contribuente, sia quest’ultimo obbligato a provare il contrario, in mancanza di ciò l’Amministrazione può procedere ad un reintegro di reddito imponibile.

A tal riguardo, la dottrina rinnega la sindacabilità amministrativa, ritenendo che non possono essere contestate le scelte imprenditoriali, reputando ad esempio se un costo sia necessario o meno ai fini aziendali. In altri termini, per la dottrina non può ammettersi un sindacato circa le dimensioni del componente economico ai fini della dimostrazione dell’esistenza del requisito dell’inerenza, in quanto già il legislatore ha espressamente previsto determinati limiti; di conseguenza, l’indagine risulterebbe eccessivamente delicata, con il rischio di sostituire una visione dei fattori economici alternativa a quella personale dell’imprenditore, ricordando oltremodo che le strutture negoziali non possono essere contestate⁵⁸.

All’inizio di quest’anno, si è pronunciata la Cassazione affermando espressamente che “*L’inerenza esprime la riferibilità del costo sostenuto all’attività di impresa ... escludendo i costi che si collocano in una sfera estranea all’esercizio dell’impresa (giudizio qualitativo oggettivo), in art. 109, comma 5, Tuir, che si riferisce invece al diverso principio dell’indeducibilità dei costi relativi a ricavi esenti (ferma l’inerenza), cioè alla correlazione tra costi deducibili e ricavi tassabili*”⁵⁹.

Il principio di inerenza è il presupposto indispensabile per la deducibilità dei componenti negativi, non a caso la sua violazione costituisce una “*forma di evasione trasversale*”⁶⁰.

La Cassazione ha affermato che “*ai fini della generale deducibilità dei costi non è sufficiente che il contribuente fornisca la prova della effettività dei componenti negativi (ossia che essi non sono inesistenti) dovendo anche fornire la prova della loro inerenza, anche in senso quantitativo, alla produzione di ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 109, comma 5); anche sotto tale profilo l’Amministrazione finanziaria è legittimata a negare la deducibilità parziale di un costo ritenuto sproporzionato ai ricavi o all’oggetto dell’impresa e rispetto al quale la società non fornisca plausibili ragioni a giustificazione dell’ammontare del medesimo*”. In base a tale premessa, essa giunge alla conclusione secondo cui costituisce principio generale del diritto tributario quello secondo cui sono indeducibili “*i costi sproporzionati, in quanto tali mancanti del necessario requisito dell’inerenza in senso quantitativo*”⁶¹.

Il tema dell’inerenza dei costi si salda a quello dell’economicità, correndo il rischio di un sindacato del merito imprenditoriale fatto necessariamente a posteriori, relativo alle scelte dell’impresa. A tal proposito, si potrebbe comunque affermare che, a posteriori, la spesa si sia palesata improduttiva, controproducente, eccessiva, rispetto ai risultati ottenuti, per cui l’antieconomicità dovrebbe essere stimata *ex ante*, dall’origine: ove l’Amministrazione finanziaria provi l’irragionevolezza ed il carattere antieconomico di una scelta imprenditoriale, dovrebbe poi essere il contribuente a dimostrare le ragioni dell’inerenza del costo all’operazione eseguita. Bisogna comunque tener sempre presente che il vero

⁵⁸ LUPI R., *Inerenza e sanzioni Antitrust*, in Rass. trib., n. 6/2001; TINELLI G., *Il principio di inerenza nella determinazione del reddito di impresa*, in Riv. Dir. Trib., vol. I, 2002, pag. 437

⁵⁹ Corte Cass. ord., sentenza n. 450 dell’11 gennaio 2018

⁶⁰ LUPI R., *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, ed. Ipsoa, Milano, 2011, pag. 579.

⁶¹ Corte di Cassazione, sez. V, sentenza n. 24379 del 30 novembre 2016

significato del giudizio di inerenza è quello di escludere la deducibilità di costi estranei all'impresa che sottendo liberalità, atti di destinazione del reddito, vantaggi e benefici per altri soggetti non giustificati nell'ottica dell'impresa erogante, ecc.

Spesso l'Amministrazione fiscale contesta l'inerenza dei costi non perché non risultino inerenti all'attività imprenditoriale, ma perché avrebbe dovuto essere sostenuti da un soggetto diverso, quale una società correlata, oppure ribaltati alla consociata che ne ha tratto effettivo vantaggio. Si tratta, in realtà, di rettifiche frequenti ed insidiose, in quanto tendenti a rendere vana la deducibilità di costi inerenti date attività economiche, asserendo un'allocazione errata all'interno delle diverse società appartenenti al gruppo. A volte la giurisprudenza attribuisce rilevanza a strategie di gruppo, nell'ambito delle quali valutare l'inerenza⁶². Questo tipo di rettifiche dovrebbe essere ormai precluso in presenza di una opzione per il consolidato fiscale, anche per carenza di interesse da parte della stessa Amministrazione Finanziaria⁶³, mentre nell'ambito dei gruppi ed al di fuori del consolidato, l'effettuazione di rettifiche di questo tipo produce distorsioni, poiché alla contestazione dell'inerenza del costo non fa seguito alcun "aggiustamento corrispondente" a favore della società che avrebbe invece dovuto asseritamente farsi carico di quella spesa.

In effetti, è difficile negare l'inerenza sotto il profilo dell'imputabilità soggettiva delle utilità derivanti dalla spesa, poiché all'interno del gruppo vi sono spesso vantaggi compensativi ed utilità che si diffondono all'intero dello stesso. Basti pensare ad esempio alle spese sostenute dalla società controllante a beneficio della controllata, e magari non ribaltate a quest'ultima: i maggiori utili prodotti dalla controllata affluiranno in ultima analisi, sotto forma di dividendi, alla controllante stessa, dunque il discorso sull'inerenza rischia in questi contesti di produrre soltanto distorsioni e tassazioni di redditi inesistenti. Probabilmente, al di là dei casi di pianificazione fiscale aggressiva in presenza di società che godono di regimi agevolati, rilievi di questo tipo non andrebbero nemmeno elevati. Ed anche l'ipotesi di una canalizzazione dei profitti infragruppo "nazionali", al fine di un livellamento degli utili e delle perdite, appare un comportamento molto meno (se non per nulla) insidioso rispetto al passato, stante la possibilità di riporto illimitato delle perdite, e la possibilità di optare per il consolidato fiscale. Si tratta in ogni caso di comportamenti molto diversi da quelli tesi ad addossare al reddito di impresa costi sostenuti in realtà a beneficio di privati, e atti di consumo in genere. Nell'allocazione infragruppo, effettuata più o meno correttamente, si discute di solito di costi comunque deducibili dal reddito di impresa di una delle società del gruppo, che rischiano di essere vanificati, con artificiosa creazione di basi imponibili non effettive, a seguito dell'attività di accertamento.

Va ricordato che l'art. 5 del D.Lgs. 147/2015 (c.d. "*decreto internazionalizzazione e crescita imprese*"), a seguito di un'interpretazione autentica operata dal legislatore, ha previsto che le disposizioni in

⁶² Cass. N. 10062/2000; 1133/2001; 1465/2007

⁶³ Comm. Trib. Prov. di Reggio Emilia 45/2010 con nota di STEVENATO, *Servizi intercompany, divieto di doppia imposizione e simmetria dei flussi reddituali*, in Dialoghi, 2011, pag. 65 e ss.

tema di *transfer pricing* non si applicano per le operazioni avvenute tra imprese residenti o localizzate nel territorio dello Stato. Tale concetto è stato ribadito anche dalla Suprema Corte⁶⁴, formulando interessanti principi ermeneutici sul tema dei comportamenti antieconomici del contribuente che, in date circostanze, possono anche determinare l'accertamento induttivo dei redditi *ex art. 39*, primo comma, lettera d, del D.P.R. 600/1973. Nello specifico, nel corso di una verifica fiscale, l'Amministrazione finanziaria aveva recuperato a tassazione costi ritenuti indeducibili dal reddito d'impresa, derivanti dalle prestazioni di servizi rese tra imprese appartenenti allo stesso gruppo tutte residenti in Italia, in quanto ritenuti non in linea con il valore normale di mercato e, inoltre, non era stato ravvisato il prescritto requisito dell'inerenza delle spese sostenute sancito dall'art. 109 del D.P.R. 917/1986. La contestazione operata dall'Ufficio riguardava l'entità dei costi, ritenuti eccessivi, dedotti dalla società contribuente e sostenuti per remunerare, secondo la disciplina di un contratto di fornitura annuale, i “*servizi di gestione*” resi nei confronti della società verificata e di altre società del gruppo, da parte della comune società controllante. La ripartizione delle spese era quindi avvenuta sulla base dei fatturati delle singole imprese rispetto a quello globale del gruppo creando, simmetricamente, costi deducibili e perdite fiscali riportabili in diminuzione di futuri redditi imponibili.

La Cassazione ha confermato la sentenza emessa da parte del giudice di merito, il quale aveva stabilito che: non è ammessa una “*rettifica automatica dei prezzi fatturati*”, ancorché divergenti dal valore normale dei servizi resi ove prestati su transazioni fra imprese residenti, posto che nella specie il ribaltamento dei costi era avvenuto sulla base di un'imputazione contrattualmente definita tra le parti e prevedente una percentuale calcolata commisurando il fatturato della singola società controllata rispetto a quello globale del gruppo; la società controllante, aveva comunque regolarmente sottoposto a tassazione i ricavi derivanti dagli addebiti infragruppo, creandosi piena armonizzazione della base imponibile a livello erariale.

Inoltre, nel merito il giudice di legittimità, non ravvisando alcun arbitraggio fiscale a livello di gruppo, ha osservato che il rinvio delle fatture al contratto di servizio integra in modo sufficiente la determinatezza delle prestazioni convenute e di quelle regolate con i pagamenti, né il ricorrente risulta averne contestato l'effettività. In definitiva, la possibilità di preconcordare in aumento i corrispettivi “*è compatibile, oltre dunque gli onorari minimi calcolati dal Fisco ... con un'analoga pattuizione contrattuale dei compensi fra capogruppo e controllata; ciò deponendo in senso critico circa l'ineffettività dell'unico parametro opposto dall'Ufficio in sede di accertamento critico dei costi, nemmeno avendo trovato adeguata censura il criterio di proporzionalità al fatturato nell'imputazione dei costi di service infragruppo e dunque, in conclusione, dovendo andare esclusa ogni rettifica automatica dei costi sulla base di mera contestazione di eccessività*”⁶⁵.

In realtà, l'applicazione ai gruppi “domestici” del principio dell'economicità dell'inerenza rappresenta l'indiretto utilizzo della norma di *transfer pricing*. Infatti, l'Amministrazione finanziaria non

⁶⁴ Corte di Cassazione, sentenza n. 22879/2017 pubblicata in data 29 settembre 2017

⁶⁵ *Ibidem*

potendo applicare l'art. 110, comma 7, TUIR, ai gruppi nazionali, cerca di mettere in dubbio, in modo indiretto, il prezzo delle transazioni *intercompany* tra società tutte italiane sotto il profilo dell'economicità dell'inerenza, contestando così totalmente la deducibilità dei costi. Da ciò si evidenzia come i gruppi "nazionali" sono costretti a tener conto del valore normale nelle loro transazioni infragrupo. In effetti, è proprio la questione suddetta, il punto centrale: l'art. 110, comma 7, è inapplicabile ai rapporti infragrupo domestici; nonostante ciò, l'Amministrazione fiscale dispone di uno straordinario strumento che gli permette, anche in mancanza di una disposizione specifica, di contrastare le operazioni tra gruppi "nazionali". La giurisprudenza in passato ha già dimostrato come il profilo dell'antieconomicità dell'operazione sia stato utilizzato come un potente strumento idoneo a demolire le operazioni caratterizzate dal sostenimento di costi di acquisto superiori ai valori correnti dei beni o dei servizi acquisiti⁶⁶.

La Corte di Cassazione ha affermato esplicitamente che *"in tema di imposte sui redditi, in presenza di un comportamento assolutamente contrario ai canoni dell'economia, che il contribuente non spieghi in alcun modo, è legittimo l'accertamento ai sensi dell'art. 39, comma 1, lettera d) del d.p.r. n. 600 del 1973; ad un tale riguardo il giudice di merito, per poter annullare l'accertamento, deve specificare, con argomenti validi, le ragioni per le quali ritiene che l'antieconomicità del comportamento del contribuente non sia sintomatico di possibili violazioni di disposizioni tributarie"*⁶⁷.

In realtà, il contribuente o giustifica il prezzo e argomenta lo scarto tra il corrispettivo e il valore di mercato, oppure sottostà all'accertamento presuntivo giustificandosi con valide ragioni allo scopo di eliminare dai vantaggi fiscali sistematici l'ombra dell'elusività.

Il 6 giugno del corrente anno, la Cassazione ha affermato che sono deducibili i costi di regia per servizi di marketing e pubblicità da parte della società italiana che si avvale di un'azienda straniera membro dello stesso gruppo⁶⁸.

La vicenda partiva da una rettifica, da parte del Fisco, del reddito di impresa notificato ad una società italiana; secondo l'Agenzia delle Entrate, la società non avrebbe potuto dedurre nessuno dei costi esaminati, considerandoli non inerenti. La Cassazione, con una sentenza della Sezione Tributaria Civile, ha ritenuto infondato il ricorso dell'Erario. Con una dettagliata argomentazione, i giudici della Suprema Corte hanno illustrato il concetto di inerenza, ricavato dalla nozione di reddito di impresa (esprimendo la necessità di riferire i costi sopportati dall'esercizio dell'attività imprenditoriale, escludendo quelli che si collocano in una sfera estranea ad esso); hanno quindi analizzato la sentenza della CTR, che aveva già riconosciuto la deduzione dei costi tenendo in considerazione la stessa tipologia di attività economica turistico-alberghiera, la necessità di raccordo tra alberghi di lusso appartenenti alla stessa catena imprenditoriale, il genere di servizi perfettamente sintonizzati con l'attività economica svolta. In buona sostanza, per la Corte di Cassazione l'inerenza dei costi era perfettamente riscontrabile e la deduzione legittima.

Nel caso di specie, l'inerenza è stata confermata da una pluralità di elementi indiziari (la tipologia di

⁶⁶ Corte di Cassazione sentenze n. 1821 del 2001 e n. 10802 del 2002

⁶⁷ Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 23634 del 3 luglio 2008

⁶⁸ Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 14579 del 6 giugno 2018

attività economica esercitata, la necessità di raccordo tra le imprese appartenenti al medesimo gruppo, il genere dei servizi), sia applicando i criteri tradizionali della vantaggiosità e congruità del costo, sia valorizzando il giudizio qualitativo collegabile al reddito di impresa.

Risulta concludendo evidente che laddove l'operazione antieconomica possa trovare una giustificazione di stampo commerciale, aziendalistico, logistico di carattere più esteso rispetto alla singola fattispecie, di una tale situazione il magistrato non potrà non tenere conto. La Cassazione comunque non si accontenta di ragioni puramente o prevalentemente fiscali, ma richiede che le scelte imprenditoriali siano prettamente economiche e non puramente di pianificazione tributaria.

Va chiarito che nell'ambito delle sentenze riguardanti l'antieconomicità⁶⁹, non sempre sono state riscontrate operazioni infragruppo. L'indeducibilità del costo per difetto di economicità può riguardare anche fattispecie nelle quali l'operazione commerciale si è perfezionata tra parti indipendenti. Mi sembra pertanto che questo tipo di argomentazione non rimanga circoscritta ai rapporti di controllo societario e non riveli un'inclinazione sul fronte soggettivo della fattispecie, bensì su quello oggettivo: si colpisce il costo che viene reputato sproporzionato rispetto ai valori di mercato e poco conta se quel costo si è formato tra parti dipendenti o parti indipendenti.

In definitiva, in base a quanto esposto si può affermare che l'antieconomicità dell'operazione si trasforma in una sorta di *passerpartout* per l'Amministrazione finanziaria, in grado di aprire anche porte non accessibili ad essa ed indirettamente utili per l'applicazione delle regole di *transfer pricing*.

⁶⁹ Sulla sindacabilità dei compensi erogati agli amministratori, Cass., Sez. trib., sent. 27 settembre 2000, n. 12813 in il fisco n. 13/2002, 1879 ss.; Cass., Sez. trib., sent. 30 ottobre 2001, n. 13478 in Corr.trib. n. 7/2002, 597 ss. Sulla sindacabilità dei compensi agli associati in partecipazione, Cass., sent. 25 settembre 2006, n. 20748 in Dialoghi di dir. trib., 2007, 672 ss. Sulla antieconomicità dell'attività di amministratore svolta senza percepire compensi, Cass., Sez. trib., sent. 29 gennaio 2008, n. 1915 in Corr.trib. n. 12/2008, 955. Con riferimento ad un caso di alterazione delle bolle di accompagnamento, Cass., Sez. trib., sent. 9 febbraio 2001, n. 1821 in Rass.trib. 2001, 211 ss. In tema di anomalie tra ricavi ed immobilizzazioni tecniche ed altresì tra ricavi e costo per il personale, Cass., Sez. trib., sent. 17 settembre 2001, n. 11645 in Boll. Trib., 2003, 706 ss. Con riferimento ad un caso di spropositata valutazione di macchinari usati, Cass., Sez. trib., sent. 3 maggio 2002, n. 6337 e, per un caso di antieconomicità del canone di locazione immobiliare, Cass., Sez. V, sent. 14 gennaio 2003, n. 398, in Dialoghi di dir. trib. n. 3/2003, 363 ss. Ancora sulla antieconomicità dei canoni di locazione, Cass., Sez. trib., sent. 25 maggio 2002, n. 7680, in Banca dati IPSOA *Big-Unico*. Per un caso di antieconomicità riferita ai costi per il noleggio di imbarcazioni e di automezzi tra società di gruppo, Cass., Sez. trib., sent. 24 luglio 2002, n. 10802 in Banca dati IPSOA *Big-Unico*. Sull'antieconomicità riferita al comportamento di una società che, a fronte di redditi iscritti in bilancio, non abbia provveduto all'addebito di interessi, Comm. Trib. Prov. Padova, Sez. X, sent. 4 dicembre 2007, n. 92, in Corr.trib. n. 6/2008, 465 ss. In tema di deducibilità di perdite su crediti, Cass., Sez. trib., sent. 19 novembre 2007, n. 23863 in Corr. trib. n. 5/2008, 377 ss. Sull'antieconomicità riferita alle spese di pubblicità, Comm. Trib. Prov. di Reggio Emilia, Sez. I, sent. 5 marzo 2008, n. 23 in Riv.dir.trib., 2008, II, 378 ss. Infine, con riferimento all'antieconomicità rilevata a fronte del controllo delle percentuali di ricarico, Cass., Sez. trib., sent. 26 ottobre 2005, n. 20832; Cass., Sez. trib., sent. 7 novembre 2005, n. 21575; Cass., Sez. trib., sent. 16 novembre 2005, n. 23183; Cass., Sez. trib., sent. 24 gennaio 2007, n. 1546, tutte in Banca dati IPSOA *Big-Unico*.

CAPITOLO II

L'EROSIONE DELLA BASE IMPONIBILE

2.1. Il Progetto BEPS.

Nell'ultimo decennio, si è passati dal problema della doppia imposizione a quello della doppia non imposizione. La necessità di affrontare questo ordine di problemi è stata per la prima volta evidenziata, nel 2012, in occasione del summit del G20 in Messico, ove nella dichiarazione finale è stato suggellato l'impegno dei diversi leaders *"to prevent base erosion and profit shifting"*. Tale impegno si è tradotto in un mandato esplicito all'OCSE, che al G20 di Mosca nel luglio 2013 ha presentato il rapporto *"Addressing Base Erosion and Profit Shifting"*, sfociato, il 5 ottobre 2015, dopo un biennio di lavoro, nella pubblicazione dei Rapporti finali riguardanti le 15 misure del Progetto BEPS. In particolare, i Ministri delle Finanze e i Governatori delle Banche Centrali del G20, riuniti a Lima, hanno approvato un pacchetto di misure per definire una riforma delle regole fiscali internazionali completa, coerente e coordinata, esprimendo un sostegno unanime al Progetto congiunto OCSE - G20 su *"Base Erosion and Profit Shifting"*⁷⁰; ciò che risulta abbastanza rilevante è che per la prima volta tutti i Paesi dell'OCSE e del G20 hanno lavorato insieme per definire una risposta comune alle sfide della tassazione internazionale⁷¹.

2.1.1. Le misure di contrasto all'erosione della base imponibile.

Il pacchetto di misure globali di contrasto al BEPS rileva la sua importanza storica, costituendo la prima e sostanziale riforma dei dettami di fiscalità internazionale in tale ambito. Questo strumento risulta di estrema utilità per i Governi dei diversi Stati, in quanto ricomprende una molteplicità di soluzioni per colmare le lacune presenti nei diversi sistemi fiscali che, di fatto, fanno sì che i profitti aziendali possano sfuggire all'imposizione fiscale o essere dirottati, in contesti nazionali a bassa, o addirittura nulla, tassazione, senza tener conto del luogo ove l'attività economica sottostante è posta in essere.

A tal uopo, l'obiettivo primario del Progetto BEPS è proprio quello di ricondurre l'imposizione dei profitti aziendali nei Paesi in cui le attività hanno luogo e dove il valore aggiunto è effettivamente creato, così da rendere inefficaci le strategie di erosione della base imponibile (*base erosion*) e di traslazione dei profitti (*profit shifting*) poste in essere da alcune imprese che, sfruttando regole obsolete e/o lo scarso coordinamento tra i diversi ordinamenti fiscali nazionali, riducono il gettito fiscale dei singoli Paesi.

⁷⁰ Il 10 luglio 2017, l'OCSE ha stilato la nuova versione delle linee guida per il *transfer pricing*, recependo le modifiche introdotte dal progetto BEPS, per arginare i fenomeni di pianificazione aggressiva tra i diversi Stati.

⁷¹ MIOLA E., *Il progetto OCSE/G20 Base Erosion and profit shifting*, MEF, aprile 2017

In realtà, tali pratiche “erosive” sono alimentate sia da strategie fiscali aggressive in contesti ad alto tasso di innovazione, digitalizzazione e globalizzazione; sia dalla rigidità dei sistemi fiscali a fronte di una estrema “flessibilità dei redditi di impresa”; sia dalla possibilità di scindere l'imposizione delle fonti reddituali dalle attività economiche che le generano; sia dall'assenza di coordinamento e dalla presenza di asimmetrie tra i diversi regimi fiscali nazionali, ad esempio, in termini di un difforme trattamento (a fini fiscali) delle componenti di bilancio di impresa (interessi, dividendi, ecc.) e di una valutazione non uniforme delle voci reddituali associate a transazioni infragruppo.

Secondo un'analisi dell'OCSE, il BEPS sottrae ingenti risorse alle economie nazionali che potrebbero essere impiegate per sostenere la crescita, contribuire ai piani di consolidamento post-crisi, migliorare le politiche di welfare delle economie in via di sviluppo e, più in generale, creare sistemi fiscali più equi. Secondo le stime condotte nell'ambito del progetto BEPS, le perdite di gettito sono stimabili in tra i 100 e i 240 miliardi di dollari annui (ossia tra gli 88 e i 211 miliardi di euro), ovvero tra il 4 e il 10% del gettito globale relativo all'imposizione societaria. Inoltre, le pratiche elusive in esame impattano anche sulla fiducia nei sistemi fiscali, con effetti distorsivi sulle scelte di investimento definite sulla base di strategie fiscali aggressive, anziché di ragioni economico-produttive. Le pratiche BEPS creano, in aggiunta, incentivi distorti all'allocatione degli investimenti diretti esteri, alterano le dinamiche di mercato creando vantaggi competitivi nei confronti delle imprese multinazionali a danno delle micro-imprese, ovvero delle imprese di grandi dimensioni con business essenzialmente domestici⁷².

Secondo l'OCSE, le strategie di BEPS poste in essere da alcune multinazionali consentono di ridurre il peso dell'imposizione fiscale fino a un minimo del 5%, a fronte di un tasso medio del 30% gravante sulle piccole imprese⁷³.

In modo dettagliato, il piano d'azione *“costituisce la roadmap delle attività volte a garantire l'implementazione di un'efficace azione di contrasto multilaterale al fenomeno dell'evasione e dell'elusione fiscale internazionale e il contrasto alla competizione fiscale dannosa”*⁷⁴, è composto da 15 azioni, ciascuna rivolta ad affrontare una peculiare tematica rilevante per la tassazione internazionale e nello specifico foriera di problemi in tema di *base erosion e profit shifting*.

In altri termini, il suddetto piano si pone tre fondamentali obiettivi: 1) garantire l'imposizione degli utili nei luoghi in cui viene effettivamente svolta l'attività economica; 2) impedire una pianificazione fiscale aggressiva; 3) evitare fenomeni di doppia non imposizione nei rapporti internazionali⁷⁵.

Le 15 azioni del Progetto BEPS si fondano su tre pilastri: una maggiore coerenza; l'attenzione sui profili sostanziali; la garanzia della trasparenza e della certezza del diritto (fig. 1)⁷⁶.

⁷² OCSE, *Measuring and Monitoring BEPS, Action 11*, Final Report, OECD Publishing, Paris, 2015

⁷³ Ibidem, nota 3

⁷⁴ VORPE S., *Le misure di promozione fiscale in favore delle attività di ricerca e sviluppo*, Riv. Ticinese Dir., II, 2015, pag. 718

⁷⁵ VORPE S., *È in arrivo l'uragano BEPS*, SUPSI, ottobre 2015

⁷⁶ Cfr. www.senato.it

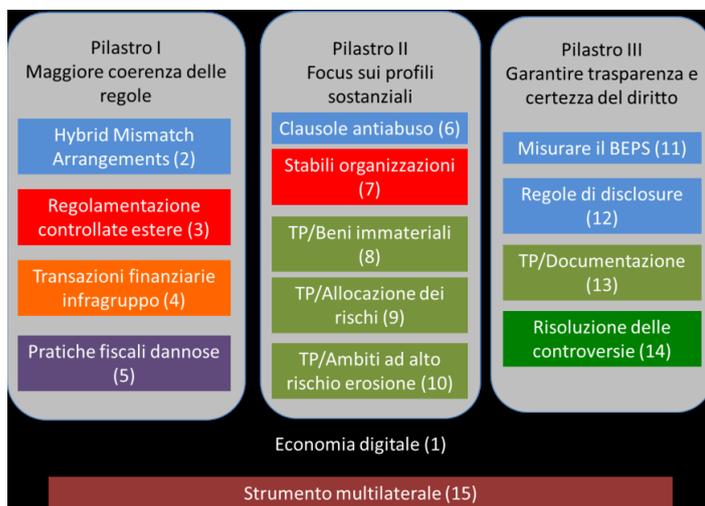
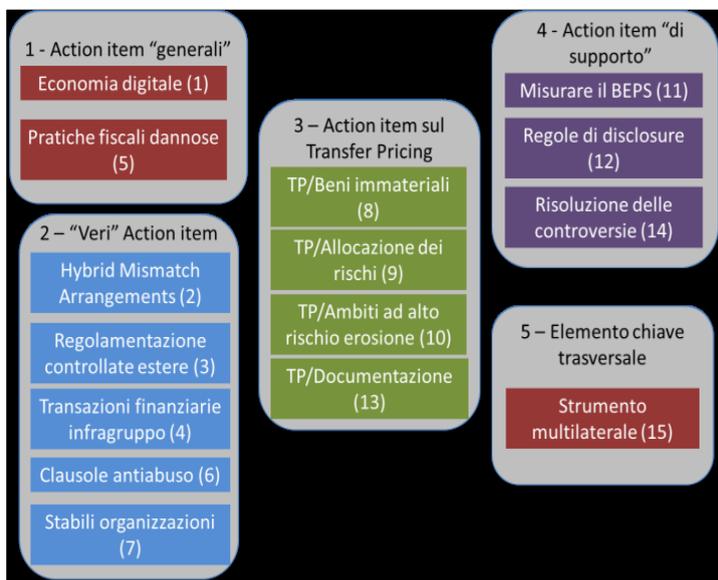


Fig. 1 - Il Pacchetto BEPS (Fonte: rielaborazione www.senato.it)

Dall'impostazione suddetta, il primo e l'ultimo piano d'azione sono considerati trasversali, in quanto sfiorano tutti i temi relativi ai restanti 13 piani. Il primo pilastro racchiude le misure dirette ad una riformulazione delle regole, in modo tale da renderle maggiormente comprensibili e di semplice applicazione, soprattutto per i Paesi in via di sviluppo, che non usufruiscono di strutture amministrative con una data professionalità. Il secondo pilastro è relativo alla formulazione di disposizioni sui requisiti sostanziali delle operazioni, al fine di consentire alle Amministrazioni di potersi discostare con più facilità dall'operazione così come strutturata dalle parti, nell'ipotesi in cui forma e sostanza non combaciano. In altri termini, vi è la necessità di rafforzare i requisiti sostanziali alla base degli standard internazionali vigenti, perseguendo un riallineamento della tassazione (e dei regimi impositivi) con la localizzazione sostanziale delle attività produttive e la creazione del valore. Il terzo ed ultimo pilastro è diretto a riformulare le disposizioni già esistenti per agevolare le amministrazioni (le cui risorse sono spesso limitate) nell'affrontare i problemi di BEPS, anche dotandole di maggiori elementi documentali, senza pertanto sovraccaricare di oneri il contribuente⁷⁷.

Oltre lo schema di classificazione suddetto, previsto dal Senato, sussistono diversi adattamenti, tra cui quello che prevede una distinzione di 5 categorie, ove sono ricompresi i vari elementi che compongono il pacchetto BEPS (fig. 2). In tale schema, la prima categoria riguarda gli *action item* "generali", ossia quelli che riproducono le sfide correnti della tassazione internazionale; nel secondo rientrano le "reali" azioni volte a combattere l'erosione di base imponibile ed il *profit shifting*, ossia tutte le norme sostanziali su cui si basano gli sviluppi della fiscalità internazionale sul nuovo progetto; la terza categoria è, invece, dedicata ai piani d'azione sui *transfer price*; il quarto gruppo riguarda la parte del progetto relativa agli aspetti amministrativi e di *compliance* con la nuova normativa; il quinto ed ultimo elemento è rivolto esclusivamente all'*action 15*, che per la sua natura trasversale ed essendo la manifestazione diretta dell'obiettivo del progetto BEPS: "promuovere la necessità di un regime impositivo internazionale

⁷⁷ AA.VV., *Il Pacchetto BEPS*, www.senato.it



*universale e collaborativo*⁷⁸.

Fig. 2 – Nuovo schema del Progetto BEPS

Vi è, infine, un ultimo schema cd. “ufficiale”, elaborato dall’OCSE (fig. 3), che evidenzia la visione tripartita, basata sui concetti di coerenza, sostanza e trasparenza⁷⁹, adottata tra l’altro dal Senato nella sua esposizione schematica.

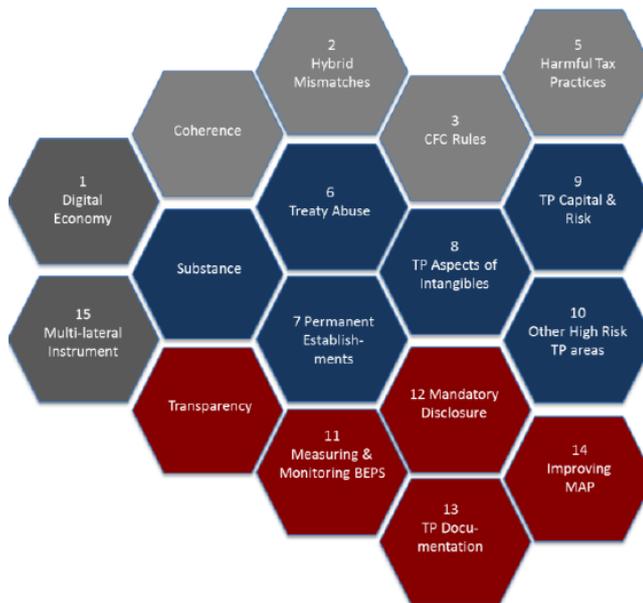


Fig. 3 – Schema OCSE Progetto BEPS

Dal suddetto schema si rileva la volontà dell’OCSE di realizzare un progetto unitario, costituito dalle 15 azioni che s’incastano come tessere di un mosaico, a dimostrazione che l’efficacia complessiva del Progetto è subordinata a reciproche interazioni e ad un’implementazione coerente. Non a caso, proprio la “coerenza” è il primo dei tre filoni tematici, che concerne le azioni relative alle distorsioni create dall’imperfetta interazione tra le differenti normative nazionali. Il secondo filone, invece, ricopre il ruolo di “unione” ed è relativo alla “sostanza” delle operazioni poste in essere, comprendendo tutti i documenti rivolti a contrastare i comportamenti elusivi che sfruttano sia la normativa esistente (azioni 6-7) e sia l’ardua valutazione delle stesse operazioni (azioni 8-9-10). L’ultimo filone, infine, si basa sul proposito di aumentare

⁷⁸ BRAUNER Y., *What the BEPS?*, Florida Tax Review, Gainesville, Vol. 16, fasc. 2, pag. 65

⁷⁹ BRAUNER Y., *op. cit.*, pag. 39

la “trasparenza” nei rapporti tra contribuente e Amministrazioni, e di riflesso nei confronti dell’opinione pubblica, mediante un maggiore controllo (azione 11), un aumento degli scambi d’informazioni (azione 12), l’introduzione di nuovi obblighi di *reporting* (azione 13), oltre che un miglioramento dell’efficacia delle procedure amichevoli di risoluzione delle controversie (azione 14)⁸⁰.

2.1.2. La Convenzione multilaterale ed il suo ambito applicativo.

Il 7 giugno 2017, presso la sede dell’OCSE, 67 Paesi hanno siglato la *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, la Convenzione multilaterale per l’introduzione delle misure sviluppate nel progetto BEPS nei trattati bilaterali, che permette ai diversi Governi di rafforzare la loro rete di trattati in modo efficace e coerente, senza il ricorso a dispendiosi negoziati bilaterali. La Convenzione consente, tra l’altro, un miglioramento delle procedure per la risoluzione delle controversie, attraverso le procedure amichevoli e l’introduzione della clausola opzionale di una procedura di arbitrato obbligatorio e vincolante.

Tale Convenzione, quindi, in modo alquanto innovativo, è tesa ad implementare, in modo celere, una serie di misure fiscali per aggiornare il network esistente di trattati fiscali bilaterali, riducendo le opportunità di elusione fiscale internazionale ed aumentando la certezza impositiva.

Per potere comprendere la portata innovativa di questo strumento multilaterale, basti pensare che l’attuale rete di accordi ne comprende più di tremila⁸¹, che vengono negoziati singolarmente e poi, successivamente, ratificati dalle istituzioni nazionali con procedimenti che possono durare anche diversi anni: un lavoro “*estremamente gravoso*”, che fa comprendere l’estrema necessità di un cambiamento urgente, attraverso “*una sfida che rappresenta un’opportunità unica*”⁸².

Esso rappresenta il primo trattato multilaterale nel suo genere che, sviluppato mediante negoziati con un coinvolgimento di più di cento Paesi e giurisdizioni, permetterà a ciascun Paese di trasporre i risultati del progetto BEPS nel suo *network* di trattati fiscali bilaterali.

Il Trattato multilaterale implementa alcuni standard minimi con l’obiettivo di contrastare le pratiche di *treaty abuse*, nonché di promuovere meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie e di sviluppare *best practices* che tengano in debito conto delle specifiche *policy* derivanti dalla stipula degli accordi fiscali.

Tale Convenzione rappresenta una svolta nella storia dei trattati fiscali, in quanto oltre ad evitare ai firmatari l’onere alquanto gravoso di rinnovare singolarmente i trattati bilaterali, essa contribuisce a garantire maggiore sicurezza e prevedibilità per le imprese e, nel complesso, un migliore contesto fiscale internazionale, con riflessi a favore di tutti gli Stati coinvolti.

⁸⁰ BROWN M., *Mazars International Tax Conference*, London, 13 ottobre 2016

⁸¹ CIPOLLINA S., *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell’economia globalizzata*, Riv. Dir. Fin. e Sc. Fin., fasc. 1, Milano, 2014, pag. 34

⁸² HICKMAN A.-NEIGHBOUR J.-WHIPP M., *BEPS is now!*, *Transfer pricing international journal*, London, Vol. 9, 2015, pagg. 14-17

Il novello strumento, i cui effetti si renderanno pienamente visibili nel corso dei prossimi anni, rappresenta, dunque, un passo decisivo verso l'implementazione dei risultati del Progetto BEPS in migliaia di trattati fiscali in tutto il mondo e permetterà agli Stati aderenti di rafforzare il loro *treaty network* con le nuove misure varate nell'ambito dello stesso Progetto.

La Convenzione in esame sfocia nell'*Action 15 – Multilateral Instrument* – che tende ad adeguare il *network* esistente di trattati fiscali bilaterali che, seppure fondati su una serie di principi comuni predisposti per eliminare la doppia tassazione, necessitano di un'ampia attività di aggiornamento.

Il contesto economico internazionale globalizzato ha amplificato l'effetto dei vuoti normativi e delle differenze nei sistemi fiscali dei diversi Paesi, di conseguenza, alcune caratteristiche dell'attuale sistema consentono gli arbitraggi e le pratiche elusive identificate nel BEPS e impongono la necessità di apportare adeguate correzioni. Oltre a ciò, la natura e la dimensione dell'attuale sistema di trattati fiscali bilaterali rende gli aggiornamenti particolarmente complessi, per cui i problemi, sempre più rilevanti e diffusi, che insorgono nel frattempo non possono essere affrontati tempestivamente su scala globale. Infatti, anche quando una modifica del Modello OCSE trovasse un ampio consenso, sarebbero sempre necessari tempi lunghi e il dispendio di molte risorse per introdurre tale variazione nella maggior parte dei trattati.

In base a tali motivi, è stato adottato un approccio innovativo per definire un nuovo strumento multilaterale che produca gli stessi effetti di una simultanea rinegoziazione di migliaia di trattati bilaterali e che rifletta la natura in rapida evoluzione dell'economia globale e la necessità di adattarsi velocemente alla sua evoluzione. Non a caso, uno dei principali obiettivi del pacchetto BEPS è rappresentato proprio dalla necessità di assicurare un'effettiva imposizione sui profitti delle imprese multinazionali, allineandoli alla sostanza economica dell'attività condotta nei vari Paesi, in quanto “è importante assicurare che i profitti siano tassati dove l'attività economica genera i profitti e là dove si crea il valore”.

In merito alla struttura della Convenzione, si può evidenziare come essa si basi su taluni principi chiave. In primo luogo, essa si applica in relazione ai trattati che entrambi gli Stati contraenti hanno notificato all'OCSE a tal fine; i c.d. *standards minimi del BEPS* si applicano in modo automatico a tutti i trattati notificati e, qualora tali *standards* possono essere soddisfatti mediante una molteplicità di soluzioni, le parti devono identificare quella che tende a soddisfare entrambe; inoltre, in rapporto alle disposizioni che non costituiscono *standards minimi*, ciascun Paese contraente può esprimere una riserva che ne impedisca l'applicazione; infine, in alcuni casi, la Convenzione prevede opzioni alternative applicabili solo su espressa volontà di entrambi i contraenti.

In estrema sintesi, le disposizioni della Convenzione possono essere classificate in tre distinte categorie comprendenti:

- il livello minimo necessario di allineamento dei trattati, cioè il c.d. *minimum standard*. A titolo esemplificativo: un preambolo che stabilisca l'intento del trattato di eliminare la doppia imposizione ma anche di evitare la doppia non imposizione; la clausola del *Principal Purpose Test* (PPT) per prevenire l'abuso del trattato; l'impegno delle parti di applicare una procedura

amichevole, tipo la *Mutual Agreement Procedure* (MAP) per la risoluzione delle controversie;

- le disposizioni applicabili dai contraenti dopo le necessarie ratifiche, e sempre che non siano state espresse riserve sul punto, senza necessità di una esplicita scelta. Ad esempio: le regole sui redditi relativi alle entità trasparenti, sulla concessione dei benefici del trattato alle entità con doppia residenza, sulle transazioni relative al trasferimento dei dividendi, sugli utili attribuibili alle stabili organizzazioni situate in giurisdizioni terze e sulla elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione;
- le disposizioni non applicabili senza l'espressione di una specifica volontà delle parti. Ad esempio: le opzioni sull'applicazione dei metodi per l'eliminazione della doppia imposizione, sul contrasto all'elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione attraverso esenzioni per specifiche attività, sulla disposizione semplificata della limitazione dei benefici e sul consenso all'introduzione di un arbitrato obbligatorio e vincolante.

La suddetta classificazione rende l'idea di come la Convenzione rappresenti un punto di equilibrio tra l'esigenza di risultare efficace e l'opportunità di essere uno strumento flessibile, in tal modo attraente per il maggior numero possibile di Paesi, nonostante le differenze politiche, culturali e di sistema fiscale.

Per quanto concerne gli effetti legislativi, per ciascun Paese firmatario che ratifica, accetta o approva la Convenzione, quest'ultima entra in vigore dopo tre mesi dalla data di deposito da parte di detto firmatario del suo strumento di ratifica, accettazione o approvazione. Con l'entrata in vigore, per entrambi i contraenti la Convenzione diviene efficace per i periodi d'imposta, a partire dai successivi sei mesi, oppure per le imposte trattenute alla fonte a partire dall'inizio dell'anno solare successivo⁸³. Infine, esclusivamente nei casi in cui il trattato bilaterale da modificare si discosti in maniera significativa dal Modello OCSE, la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, confermando la natura *self-executing* della Convenzione multilaterale, ammette la possibilità di uno specifico protocollo integrativo.

In ambito applicativo, la Convenzione copre quattro tematiche fondamentali che corrispondono ad altrettante *Actions* del pacchetto BEPS, ossia:

- 1) I disallineamenti da trattamenti ibridi (*hybrid mismatches*), ovvero l'*Action 2*, incluso il trattamento delle entità trasparenti o con doppia residenza ed i metodi per eliminare la doppia imposizione;
- 2) L'abuso dei trattati (*Action 6*), inclusi il *Principal Purpose Test*, come pure le clausole di *Limitation on benefits* o quelle anti-abuso per le stabili organizzazioni situate in giurisdizioni terze;
- 3) Le modifiche alla definizione di stabile organizzazione ai fini del contrasto dell'elusione dello status di "stabile organizzazione" (*Action 7*);
- 4) Il miglioramento della risoluzione delle controversie (*Action 14*), con le modifiche alle procedure

⁸³ Comunque, vi sono diverse opzioni che le giurisdizioni contraenti possono esercitare per discostarsi dalla regola generale predetta, adottando ad esempio un periodo di latenza più breve di sei mesi, nel caso in cui notificano al Depositario che esse intendono applicare un periodo più breve.

amichevoli e l'impegno per un meccanismo di arbitrato obbligatorio e vincolante.

Tralasciando per il momento il primo punto, di cui ci si occuperà successivamente, per quanto concerne l'*abuso dei trattati*, l'OCSE sin dai primi esordi del Progetto BEPS ha individuato nel *treaty-shopping* una delle pratiche che destano maggiore allarme nell'ambito della *base erosion* e del *profit shifting*. In effetti, tale pratica è data dall' "...insieme di accordi attraverso i quali una persona che non è residente di uno Stato contraente può cercare di ottenere i benefici garantiti dal trattato ai residenti o un residente di uno Stato terzo può cercare di accedere indirettamente ai benefici di un trattato tra due Paesi"⁸⁴. Sono previsti due *minimum standards* per contrastare lo scenario della pratica del *treaty-shopping*: uno riguarda il titolo e i preamboli dei trattati che devono esplicitare l'intenzione degli Stati contraenti di eliminare la doppia imposizione senza consentire o favorire pratiche elusive o aggressive; l'altro concerne l'utilizzo della regola del *Principal Purpose Test* (PPT) per denegare i benefici del trattato laddove uno degli obiettivi fondamentali di una transazione sia proprio quello di ottenere tali benefici. Sussistono, comunque, dei casi specifici in cui tale regola può non applicarsi, il primo caso si ha quando i Paesi contraenti scelgono di applicare una clausola piena, la "*limitation on benefits*", qualora vi siano circostanze particolarmente pericolose sotto l'aspetto fiscale, così come una regola che affronti il *conduit financing*: in questo caso le parti contraenti sono richieste di raggiungere una soluzione di reciproca soddisfazione che raggiunga il minimo standard BEPS; il secondo caso, è quando il trattato già contenga una idonea clausola di *Principal Purpose Test* (PPT). Infine, in aggiunta al PPT, se tutte e due i Paesi concordano e lo chiedono, può essere adottata anche una "*disposizione semplificata sulla limitazione dei benefici*"⁸⁵.

In realtà, la dottrina ritiene che potrebbe creare enormi problemi applicativi la nuova formulazione della *tie-breaker rule*, ossia il procedimento che consente di definire, nell'ipotesi in cui un soggetto risultasse residente in entrambi i Paesi "controparti", in quale dei due dovesse ritenersi effettivamente residente ai fini del trattato. In effetti, se da un lato scompare il riferimento al luogo della direzione effettiva, mentre viene riconosciuta agli Stati contraenti un'ampia libertà nell'attribuzione della residenza, a fini pattizi e nella scelta del criterio idoneo a orientare l'accordo, dall'altro lato l'eliminazione di importanti criteri orientativi dal testo dell'art. 4 par. 3 del modello di Convenzione sottrae certezza, anche per le situazioni in cui la doppia residenza non è che un effetto dell'operato in buona fede delle imprese, di volta in volta, coinvolte, impedendo di "*conoscere in anticipo - ovvero al momento in cui effettuano le proprie scelte imprenditoriali e commerciali - se la disciplina convenzionale potrà applicarsi e se, quindi, l'eventuale doppia imposizione possa trovare una soluzione*". In aggiunta, una disposizione così vaga "*rischia di porsi in contrasto con l'approccio europeo, basato sulla certezza del diritto e sulla tutela delle libertà fondamentali*"⁸⁶.

Il problema di un eventuale contrasto con la disciplina europea, con particolare riferimento alla

⁸⁴ JANSSENS P.-LEDURE D.-VANDEPITTE B.-LOOS J., *The End of Intra-Group Financing...or Not Just Yet?*, Vol. 55, fasc. 7, *European Taxation*, Amsterdam, pag. 287

⁸⁵ OECD, 2015, pag. 91

⁸⁶ DORIGO S.-MASTELLONE P., *L'evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell'ambito del progetto BEPS*, Riv. Dir. Trib., fasc. 3, 2015, pag. 52- 53

clausola “*limitation on benefits*”, in realtà, ha sollevato ampi margini d’incertezza, poco apprezzati dalla giurisprudenza comunitaria⁸⁷. Fortunatamente tutto ciò è stato superato alla luce della recente modifica al testo dell’art. 1 comma 2 della direttiva 2015/121/UE, ove sono definite “costruzioni di puro artificio” quelle poste in essere “allo scopo principale di ottenere un vantaggio fiscale”, avvicinando così in modo notevolmente la disciplina europea agli sviluppi dell’OCSE⁸⁸. In realtà, in merito alle clausole di “limitazione dei benefici” è stata posta notevole attenzione, tutto ciò è anche evidenziato dal fatto stesso che esse siano state oggetto di modifiche in seguito al recepimento dei “suggerimenti” dottrinali e del mondo imprenditoriale⁸⁹.

Il modello di tassazione internazionale è stato pensato per un’economia fondata sul concetto di *stabile organizzazione*, ritenuto idoneo per il periodo di ricostruzione postbellica, ma inadeguato a dare adeguate risposte alle esigenze estremamente dinamiche dell’economia attuale. A tal uopo, le modifiche in relazione all’Azione 7 del Progetto BEPS riguardano la definizione di un nuovo e più articolato concetto di *stabile organizzazione* -materiale e personale- che tenga conto delle recenti dinamiche di mercato; esse non fanno parte dei c.d. *minimum standards*, ed affrontano le tecniche utilizzate per aggirare la determinazione dell’esistenza di una “stabile organizzazione” ai fini fiscali, ma non riguardano, invece, le regole per l’attribuzione dei profitti alla stessa organizzazione.

In perfetta aderenza all’impianto del BEPS, l’obiettivo perseguito dal suddetto *Action Item* è quello di rafforzare il legame tra ambito economico e fiscale, tramite un consolidamento del sistema di tassazione basato sul principio della fonte, a parziale discapito di quello della residenza, attraverso una riduzione delle soglie minime per l’esistenza di una stabile organizzazione⁹⁰. Parte della dottrina non concorda pienamente, ritenendo che vi sia comunque un tentativo celato di rendere più “sfuggenti” i criteri per l’applicazione della *tie-breaker rule* al fine di rendere la disciplina più malleabile e quindi adattabile ai diversi casi concreti⁹¹.

Le modalità che le imprese individuano per l’elusione delle disposizioni inerenti lo *status* di stabile organizzazione, riguardano, *in primis*, i cd. *commissionnaire arrangements*, ossia accordi in base ai quali un agente vende i prodotti in un dato Stato in nome e per conto dell’impresa, che riesce, di conseguenza, a non configurarsi come avente una “stabile organizzazione” nel luogo indicato. Da ciò si percepisce come bisognerebbe, quindi, rendere inefficace la tecnica elusiva consistente nel sostituire i distributori con “*commissionnaire arrangements*”, con conseguente spostamento dei profitti dal Paese.

Con riferimento alla *stabile organizzazione personale* è necessario evitare che possano essere considerati *agenti indipendenti* coloro che, di fatto, detengono in modo continuativo il potere di concludere contratti in nome di un’impresa straniera. Non a caso tra le novità più importanti della Convenzione, vi è

⁸⁷ KEMMEREN E., *Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?*, EC Tax Review, 4, Kluwer Law International, 2014, pagg. 190-193

⁸⁸ La modifica si è avuta il 27 gennaio 2015, in seguito all’approvazione della Direttiva 2015/121/UE concernente “il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi”.

⁸⁹ JANSSENS P.-LEDURE D.-VANDEPITTE B.-LOOS J., *op.cit.*, 2015, pag. 289

⁹⁰ BRAUNER Y., *op. cit.*, 2014, pag. 97

⁹¹ DORIGO S.-MASTELLONE P., *L’evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell’ambito del progetto BEPS*, Riv. Dir. Trib., fasc. 3, 2015, pagg. 35-75

quella relativa alla riqualificazione della figura dell'*agente dipendente* che tiene conto degli aspetti sostanziali relativi al rapporto che intercorre con la casa madre. Nello specifico, per agente dipendente s'intende non solo l'intermediario che conclude abitualmente contratti ma anche con colui che riveste un ruolo determinante nel portarli a conclusione, in modo tale che la casa madre li possa sottoscrivere senza modificazioni sostanziali. Al riguardo, l'art. 12 della Convenzione, rubricato "*Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status through Commissionaire Arrangements and Similar Strategies*", prevede che se un soggetto che agisce per conto di un'impresa e, nell'esercizio della propria attività, stipula abitualmente contratti o ricopre abitualmente il ruolo principale che conduce alla stipula di contratti conclusi in via abitudinaria senza modifica sostanziale da parte dell'impresa (contratti che sono, in via alternativa: a nome dell'impresa; per il trasferimento della proprietà, o per la concessione di un diritto di utilizzo, di beni posseduti da tale impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare; per la prestazione di servizi da parte di tale impresa), si considera che l'impresa in questione abbia una *stabile organizzazione* in relazione a tutte le attività che il soggetto esercita per l'impresa stessa⁹².

La suddetta impostazione è stata accolta anche dall'art. 5 del nuovo Modello OCSE, pubblicato il 18 dicembre 2017, il quale recepisce le novità introdotte in merito all'*Action 7* dal *Final Report* del BEPS del 2015, proprio relative alla definizione di un nuovo concetto di stabile organizzazione. Allo stesso modo, il nostro ordinamento giuridico, con la legge di Bilancio 2018 ha modificato la nozione di “stabile organizzazione” in conformità con quanto previsto dal rinnovato Modello OCSE.

Pioniera dei cd. *commissionaire arrangements* è stata la multinazionale Apple, una delle prime a cogliere l'opportunità di rivedere gli accordi con gli allora “distributori”, riqualificandoli, fin dagli anni '80, come contratti d'agenzia in base ai quali il possesso della merce rimaneva in capo all'Apple (ossia alla *branch* localizzata in un Paese a ridotta fiscalità), qualificandola come detentore di tutti i profitti residuali dopo aver remunerato l'agente⁹³.

Oltre i *commissionaire arrangements*, può verificarsi da parte dell'impresa l'elusione artificiosa dello *status* di *stabile organizzazione* mediante esenzioni previste per specifiche *attività preparatorie e ausiliarie*, attraverso strategie di frammentazione di attività commerciali tra imprese strettamente correlate. Al riguardo, la Convenzione multilaterale dispone due opzioni: per la prima, determinate attività si qualificano per l'esenzione solo se abbiano effettivamente natura preparatoria o ausiliaria; nella seconda, si prevede l'applicazione automatica dell'esenzione alle attività presupponendo che siano attività intrinsecamente preparatorie o ausiliarie. In ogni caso, viene prevista l'adozione di una *anti-fragmentation rule* che denega l'esenzione anche a specifiche attività allorquando le attività esercitate dall'impresa nel loro complesso oltrepassino il contenuto della natura preparatoria o ausiliaria⁹⁴.

A tal proposito, va indicata la strada intrapresa da gruppi multinazionali quali Amazon, di cui

⁹² MATTIA S.- PECORARI F.- VALENTE C., *Fiscalità internazionale ed internazionale: ultimi sviluppi e prospettive future*, IX Forum Bilancio, febbraio 2018

⁹³ CIPOLLINA S., *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, Riv. Dir. Fin., fasc. 1, Milano, 2014, pag. 60

⁹⁴ AVOLIO D., *La stabile organizzazione e il Progetto BEPS dell'OCSE*, Corr. Trib., fasc. 19, Milano, 2014, pagg. 1473-1476

ampiamente se ne parlerà in seguito, che ha scelto di concentrare le vendite in capo ad un unico soggetto (nello specifico Amazon EU s.a.r.l., soggetto di diritto lussemburghese), incaricando le altre controllate della fornitura di servizi di supporto, quali inserimento degli ordini, assistenza clienti o logistica. Quest'ultimo esempio è utile per illustrare le ragioni che hanno spinto la comunità internazionale verso un rinnovamento essenziale, in quanto “*attività che un tempo potevano essere considerate meramente preparatorie o ausiliarie, corrispondono oggi ad attività core*”⁹⁵.

Si è pertanto deciso di modificare l'art. 5 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni per garantire un maggiore controllo delle attività rientranti nella cd. *negative list* e segnatamente dei casi in cui tali attività pur ricomprese nei casi di esclusione, costituiscano tuttavia delle attività fondamentali del *business model* dell'impresa.

2.2. La coerenza delle regole di fiscalità internazionale.

La reazione degli ordinamenti tributari ai fenomeni di *aggressive tax planning* nel determinare un massiccio utilizzo degli strumenti di cooperazione amministrativa internazionale, dovrebbe garantire un reale coinvolgimento nel procedimento amministrativo dei contribuenti coinvolti, con un reale esercizio del diritto al contraddittorio endoprocedimentale⁹⁶.

Il vivace dibattito che si è acceso sul tema dell'obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale induce a svolgere qualche riflessione sui possibili sviluppi che la declinazione pratica di quel principio potrebbe avere in un prossimo futuro alla luce dell'impulso all'attività di contrasto all'evasione internazionale che inevitabilmente si produrrà con la progressiva implementazione delle raccomandazioni elaborate nell'ambito delle Azioni BEPS. È indubbio che il controllo di imprese multinazionali che possono potenzialmente decidere l'allocazione dei loro redditi non in base al luogo di effettiva produzione ma in base all'ottimizzazione del loro carico tributario, implica necessariamente da parte degli organi di controllo delle giurisdizioni interessate l'utilizzo di nuovi strumenti che permettano risposte efficaci alle strategie di *aggressive tax planning* poste in atto dai contribuenti. Ma d'altro lato, è auspicabile che all'incremento delle attività di controllo e della loro incisività corrisponda un simmetrico sviluppo degli strumenti di dialogo tra contribuente e amministrazioni fiscali⁹⁷.

Un esempio calzante è rappresentato da quelle situazioni che sono state analizzate nell'ambito dell'Action 2 dei BEPS, “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*” e al cui contrasto si

⁹⁵ OECD, *op. cit.*, 2015, pag. 10

⁹⁶ BOTTA R., *Tutela del contribuente e contraddittorio endoprocedimentale*, Rass. Trib., n. 4, giugno 2016

⁹⁷ NOBILE L., *Contrasto all'evasione internazionale: verso un maggior coinvolgimento dei contribuenti*, VII Forum Tax, 18 gennaio 2018

indirizzano principalmente alcune previsioni delle c.d. Direttive Atad⁹⁸, cioè quei fenomeni derivanti dai disallineamenti nelle qualificazioni giuridiche che le giurisdizioni coinvolte attribuiscono a strumenti finanziari o entità, generando situazioni che possono essere di:

- doppia esclusione dalla tassazione;
- doppie deduzioni;
- deduzioni dal reddito del pagatore e mancata inclusione nel reddito del percipiente.

Va osservato che il nostro legislatore quando ha avuto la necessità di dettare disposizioni sulle “modalità di controllo” relative all’applicazione di particolari regimi impositivi previsti per specifici flussi reddituali transnazionali, ha ritenuto opportuno garantire il diritto al contraddittorio. Infatti, con riferimento allo specifico regime dei dividendi erogati nell’ambito di applicazione della direttiva c.d. madrefiglia, ha ritenuto di introdurre, nell’art. 27-*bis* del D.P.R. n. 600/1973⁹⁹, una procedura di accertamento rafforzata che prevede come momento centrale e necessario il coinvolgimento del contribuente. Attualmente, è previsto che il disconoscimento dei benefici della Direttiva possa essere effettuata soltanto rispettando la procedura prevista per le contestazioni attinenti alle fattispecie di abuso del diritto e, quindi, a seguito di instaurazione di adeguato contraddittorio con il contribuente. Tuttavia, anche la versione precedente della disposizione prevedeva l’obbligo di instaurare un contraddittorio preventivo attraverso la stessa procedura prevista per i la deducibilità dei c.d. *costi black list*, cioè l’invio del questionario e termine dilatorio di 90 giorni di tempo per fornire la risposta. Sul punto si deve rilevare anche un recente arresto della Cassazione sulle conseguenze dell’inosservanza dell’obbligo di notificare il questionario al contribuente e di concedergli il previsto termine dilatorio al fine di fornire le prove richieste. La violazione di tale obbligo che, secondo la Suprema Corte, non ammette equipollenti, determina un vizio di legittimità dell’atto impositivo emesso in assenza dell’avviso o prima della scadenza del termine dilatorio, in quanto la previsione normativa ha lo scopo di garantire il pieno dispiegarsi del contraddittorio procedimentale, con la conseguenza che la “sanzione” dell’invalidità dell’atto conclusivo del procedimento, pur non espressamente prevista, deriva ineludibilmente dal sistema ordinamentale, comunitario e nazionale¹⁰⁰.

Non resta, quindi, che scongiurare che il legislatore nazionale, che introdurrà le disposizioni inerenti le direttive Atad, dimostri una certa sensibilità al diritto di difesa del contribuente non inferiore a quella del suo predecessore.

L’azione 2 del Progetto BEPS tende a garantire la *coerenza* della tassazione a livello internazionale, mediante specifiche clausole e raccomandazioni che possano neutralizzare l’effetto delle pratiche

⁹⁸ Direttiva n. 1164 del 12 luglio 2016 e successive modifiche recate dalla direttiva n. 952 del 29 maggio 2017; cui gli Stati membri dovranno recepirli nel diritto nazionale entro il 1° gennaio 2020

⁹⁹ L’art. 27-*bis*, comma 5, D.P.R. n. 600/1973 è stato sostituito dall’art. 26, comma 2, lettera b, legge n. 122/2016; ai sensi del comma 3 dell’art. art. 26, tale ultima disposizione si applica alle remunerazioni corrisposte dal 1° gennaio 2016

¹⁰⁰ Cfr. CASSAZIONE CIVILE, Sentenza 27 maggio 2016, n. 10988: la controversia riguardava la deducibilità dei costi *black list*, ma risulta applicabile anche in questo contesto, posto che il questionario cui rimandavano sia il comma 5 dell’art. 27-*bis*, D.P.R. n. 600/1973 sia il comma 11 dell’art. 110 TUIR era il medesimo previsto e disciplinato dai commi 12 e 13 dell’art. 11, legge n. 413/1991

asimmetriche ibride (*Hybrid Mismatch Arrangements*) come la doppia non imposizione, la duplice deduzione e il differimento a lungo termine del pagamento delle imposte.

La dottrina sostiene che la definizione di strumenti o accordi *ibridi* rappresenti un’*“espressione generica riconducibile ad ambiti molto eterogenei, quali possono essere quello degli strumenti finanziari e quello delle forme societarie”*, aggiungendo che si tratta di *“un problema di qualificazione (...) in un contesto transnazionale, un medesimo strumento finanziario ovvero un medesimo soggetto viene connotato in modo diverso e antinomico da due Stati diversi, “debt” ovvero “equity” nel caso degli strumenti finanziari, entità “trasparenti” ovvero “opache” nel caso delle società”*¹⁰¹.

Il problema degli “ibridi” risulta esasperato dal fatto che *“i diversi Paesi impiegano in modo indipendente diverse normative fiscali alle medesime circostanze”*, tutto ciò in apparenza illogico, ma nello stesso tempo compatibile se si considerano in modo indipendente, *“... di conseguenza aprono la porta a possibilità di arbitraggio, considerato in linea di principio abusivo”*¹⁰². Inoltre, in una visione di più ampia portata, la dottrina individua l’esistenza di *“...un mismatch generale, con raggio di azione massimo: quello tra le potenzialità di organizzazione globale dei gruppi multinazionali e la debolezza intrinseca del coordinamento fiscale internazionale”*¹⁰³.

In realtà, l’intera dottrina denota un consenso unanime sul fatto che il problema in esame *“solo il coordinamento tra gli Stati può prevenirlo”*, a prescindere se esso venga osservato nell’ambito di una prospettiva dettagliata o affrontato in maniera sistematica¹⁰⁴.

Il Progetto BEPS affronta il problema delle “transazioni ibride” tentando di raggiungere il precipuo obiettivo di garantire la tassazione dei profitti delle multinazionali nel Paese ove le attività economiche producono valore, senza però pregiudicarne la libertà di movimento dei capitali¹⁰⁵.

L’OCSE ritiene, dal canto suo, che l’eventuale doppia imposizione scaturente dalle “transazioni ibride”, rappresenti un problema fondamentale nell’ambito della fiscalità internazionale, in quanto i suddetti “movimenti” riducono in modo sostanziale la base imponibile dei Paesi coinvolti con un *“impatto negativo su concorrenza, efficienza, trasparenza e giustizia”*. Di conseguenza, l’OCSE propone una verifica di razionalità economica dell’operazione posta in essere, quest’ultima rintracciabile anche tra soggetti operanti al di fuori di logiche di gruppo, con specifiche modalità d’intervento dei legislatori nazionali, che, a tal uopo, creino idonei strumenti di accertamento per garantirne l’imponibilità nel Paese destinatario¹⁰⁶.

Numerose sono state le critiche mosse all’OCSE da parte della dottrina, relative ad una sospetta fittizia volontà dell’Organizzazione di *“indossare un’inedita veste di standard setter con impatto diretto sul diritto interno degli Stati”*, avendo la facoltà, sinora non utilizzata, di sfruttare al meglio le proprie

¹⁰¹ GARBARINO C.-TURINA A., *Il progetto BEPS e gli “Hybrid Mismatch Arrangement”: un esame del relativo “Deliverable”*, Fiscalità & Comm. Intern., fasc. 5, 2015, pag. 20

¹⁰² BRAUNER Y., *What the BEPS?*, Florida Tax Review, Gainesville, vol. 16, fasc. 2, 2014, pag. 79

¹⁰³ CIPOLLINA S., *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell’economia globalizzata*, Riv. Dir. Finanz. e Sc. Fin., fasc. 1, Milano, 2014, pag. 42

¹⁰⁴ BRAUNER Y., *BEPS: an interim valuation*, World tax journal, vol. 6, fasc. 1, Amsterdam, 2014, pag. 19

¹⁰⁵ ROSSI MACCANICO P., *Fiscal State Aid, Tax Base Erosion and Profit Shifting*, EC Tax Review n. 2, Kluwer Law International, 2015, pagg. 63-77

¹⁰⁶ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris 2015, pagg. 11-12

prerogative per poter intervenire, con opportune modifiche al Modello di Convenzione, sulla fattispecie in esame¹⁰⁷.

L'Action 2 comprende, in definitiva, un nuovo assetto di fiscalizzazione internazionale, fondato su un duplice livello: 1) la “*primary rule*”, applicata al Paese dell'emittente, ossia il soggetto che “paga”, postula di respingere la deducibilità nell'ipotesi in cui nel proprio corrispondente estero la materia non sia imponibile; 2) la “*secondary rule*”, rivolta al Paese dell'impresa percipiente sulla quale si presume l'imponibilità qualora il Paese dell'emittente non provveda a reprimere la situazione di arbitraggio.

Il coinvolgimento di soggetti diversi residenti in giurisdizioni diverse dovrebbe suggerire una particolare cautela nell'acquisizione degli elementi di fatto, su cui si dovrebbe basare la pretesa degli ordinamenti coinvolti con la necessità di un loro preciso coordinamento, per evitare interventi incoerenti che, per porre rimedio ad un presunto salto d'imposta, finiscano per creare un reale fenomeno di doppia imposizione, perché magari entrambi gli ordinamenti pretendono di recuperare a tassazione lo stesso flusso reddituale. È auspicabile, quindi, che i controlli relativi a tali fattispecie vengano condotti ricorrendo al più ampio utilizzo degli strumenti di cooperazione amministrativa internazionale e che possano dar luogo ad un reale coinvolgimento dei contribuenti interessati, garantendo un reale esercizio del diritto al contraddittorio endoprocedimentale.

Nell'ambito del contrasto alle pratiche BEPS delle multinazionali, l'Action 3 del Progetto riguarda le regole sulle imprese controllate estere (*controlled foreign companies*), atte ad evitare che le multinazionali aventi una società controllata all'estero, soprattutto in un Paese a bassa fiscalità, sfruttino le opportunità di *profit shifting* e di proroga dell'imposizione, connesse ad un'imprecisa interazione delle normative fiscali riguardanti le diverse giurisdizioni coinvolte¹⁰⁸.

Il maggiore impedimento per l'attuazione di politiche internazionali condivise ed omogenee tra i diversi Stati, è la costante e reciproca competizione per richiamare a sé capitali ed investimenti, nonostante vi sia comunque la disponibilità alla cooperazione tra gli stessi. A tal riguardo, parte della dottrina ritiene che una condivisione di regole efficaci andrebbe a vantaggio non solo dei Paesi di “residenza economica” delle multinazionali, ovvero a quelli più facoltosi, ma anche di tutti gli altri Stati coinvolti¹⁰⁹.

Il caso del colosso Apple e il relativo schema di pianificazione fiscale chiariscono perfettamente la situazione. Dal dettaglio dell'esito dell'indagine avviata dalla Direzione Generale sulla concorrenza nel 2014, è risultato che due società del gruppo Apple (*Apple Sales International* e *Apple Operations Europe*) avrebbero ottenuto dall'Irlanda vantaggi fiscali indebiti per 13 miliardi di euro, per effetto della conclusione di due successivi *tax ruling* firmati nel 1991 e nel 2007 e qualificabili come aiuti di Stato, a seguito dei quali l'aliquota effettiva dell'imposta societaria, già estremamente ridotta e pari all'1% nel 2003, sarebbe ulteriormente scesa fino allo 0,005% nel 2014. In particolare, l'*Apple Sales International* (ma lo stesso

¹⁰⁷ GARBARINO C.-TURINA A., *Il progetto BEPS e gli “Hybrid Mismatch Arrangement”: un esame del relativo “Deliverable”*, *Fiscalità & Comm. Internaz.*, fasc. 5, 2015, pag. 30

¹⁰⁸ OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, pag. 9

¹⁰⁹ BRAUNER Y., *What the BEPS?*, *Florida Tax Review*, Gainesville, vol. 16, fasc. 2, 2014, pag. 98

schema vale anche per *Apple Operations Europe*) è una società di diritto irlandese, ma fiscalmente “apolide” (non risiedente in Irlanda né in altre giurisdizioni), controllata indirettamente dalla capogruppo statunitense che, in forza di un accordo di ripartizione dei costi di ricerca e sviluppo, le ha concesso il diritto d’uso del marchio per la vendita dei prodotti Apple al di fuori del Nord e Sud America, in cambio di contributi annuali (deducibili in Irlanda): contributi con i quali nel 2014 sarebbe stata finanziata circa la metà del totale delle attività di ricerca svolte dal gruppo negli Stati Uniti per sviluppare la sua proprietà intellettuale a livello mondiale. In realtà, l’*Apple Sales International* acquistava i prodotti Apple dai produttori di tutto il mondo e, contrattualmente, fatturava e registrava tutte le cessioni dei prodotti verso clienti che, materialmente, erano effettuate dai negozi Apple dei vari Paesi di gran parte del mondo. Non essendo fiscalmente residente in Irlanda, *Apple Sales International* svolgeva la sua attività di vendita tramite una stabile organizzazione. I *ruling* concordati con l’Amministrazione finanziaria prevedevano che gli utili realizzati in tutto il mondo da *Apple Sales International* fossero attribuiti e tassati in capo alla sua stabile organizzazione irlandese solo in misura sufficiente a remunerare le sue funzioni meramente routinarie, per un ammontare pari ai costi sostenuti più un piccolo margine. L’intero extraprofitto era, invece, assegnato alla “Sede centrale” della società titolare del menzionato diritto d’uso della proprietà: “una “Sede centrale” solo “virtuale” che” – precisa la Commissione – “non era ubicata in nessun Paese, non aveva né dipendenti, né uffici propri e le cui attività consistevano esclusivamente in sporadiche riunioni del consiglio di amministrazione” e il cui reddito non era tassato *anywhere*. E così, nel 2011, a fronte di utili per circa 16 miliardi di euro *Apple Sales International* assoggettava a tassazione in Irlanda soltanto 50 milioni di euro attribuibili, appunto, alla sua stabile organizzazione (pari ad un *tax rate* effettivo dello 0,05% dei suoi utili annuali). Ciò che la Commissione metteva in discussione riguarda il metodo utilizzato per la ripartizione interna degli utili tra la stabile organizzazione e la “Sede centrale” di *Apple Sales International* e *Apple Operations Europe*, perché considerato non corrispondente alla realtà economica: la ripartizione degli utili a vantaggio di una “Sede centrale” del tutto virtuale sarebbe economicamente non sostenibile e non coerente con il principio di libera concorrenza. Si attribuirebbe, pertanto, un vantaggio selettivo qualificabile come aiuto di Stato. Indirettamente, la Commissione lasciava intendere che gli utili non tassati in Irlanda avrebbero dovuto essere, in realtà, attribuiti ai Paesi in cui effettivamente venivano realizzate le vendite, tanto da prevedere che l’ammontare di imposte oggetto di recupero potesse essere diminuito in presenza di eventuali pretese fiscali avanzate da altri Stati membri, come è di fatto avvenuto in Italia, quando l’Apple Italia è stata ritenuta anch’essa complice di “nascondere” una stabile organizzazione di *Apple Sales International*¹¹⁰.

L’OCSE, ammonendo i Paesi più refrattari nell’imposizione di nuove regole sulle controllate estere e sostenendo che “...le regole *controlled foreign companies* esistenti spesso non hanno tenuto il ritmo dei cambiamenti nell’ambiente economico internazionale e molte di esse hanno conformazioni che non consentono di colpire BEPS in modo efficace”¹¹¹, si è adoperato a dare indicazioni ai Paesi membri che scelgono di adeguare la propria

¹¹⁰ Cfr. Comunicato stampa e decisione – C(2014) 3606 final del 30 agosto 2016

¹¹¹ OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, pag. 9

normativa interna, affinché la stessa risulti efficace nell'arginare lo spostamento di profitti all'estero.

Le suddette indicazioni riguardano, in particolare: la definizione di *controlled foreign companies*, di "controllo" e di "profitti"; la soglia minima di applicabilità; le regole per calcolare i profitti ricadenti nelle controllate estere; le regole per allocare i profitti stessi; le regole per prevenire o eliminare la doppia imposizione¹¹².

In merito alla soglia minima di applicabilità, non vi è un comune accordo in dottrina, divisa tra i tre diversi approcci delineati dall'Action 3, ossia: 1) la cd. "*de minimis rule*", cioè la previsione di una soglia minima al di sotto della quale le regole sulle controllate estere non troverebbero applicabilità; 2) un approccio anti-abuso, che prevede l'applicazione della regola esclusivamente nell'ipotesi in cui l'operazione è stata posta in essere per scopi elusivi; 3) un approccio che stabilisce una soglia minima d'imposizione estera che consentirebbe di "sfuggire" all'applicazione della regola; quest'ultimo è l'approccio scelto dal nostro legislatore.

Autorevole dottrina sostiene che la soglia cd. "*de minimis rule*" risulta facilmente aggirabile in mancanza di regole che ostacolino la frammentazione artificiosa di redditi tra più unità da tenere ciascuna al di sotto della soglia minima, sebbene sarebbe facilmente applicabile a livello pratico; all'opposto, invece, una soglia del terzo tipo, quella scelta dal nostro legislatore, colpirebbe efficacemente le situazioni a più alto rischio, ma richiede alle grandi multinazionali un gravoso onere relativo al monitoraggio di tutte le situazioni nei diversi Paesi e di adeguamento di ciascuna al Paese di residenza¹¹³.

Quest'ultimo metodo, oltre ad essere preferito dal nostro legislatore, riceve ampi consensi in ambito europeo, basti pensare che l'art. 8 della "*Proposta di direttiva recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*" fa riferimento, in modo esplicito, ad un limite di scarto tollerabile tra l'imposizione effettiva nello Stato estero e quella cui l'impresa sarebbe soggetta se operasse a livello nazionale¹¹⁴. Infine, l'approccio anti-abuso ha una limitata applicazione, in quanto è va evidenziato che i Governi usano tali normative come deterrenti anziché come strumenti per aumentare il gettito impositivo¹¹⁵.

In realtà, vi è la necessità del cambiamento prospettato dall'OCSE, in quanto se da un lato "*le giurisdizioni con regole controlled foreign companies che trovano ampia applicazione possono trovarsi in svantaggio competitivo rispetto ai Paesi senza normative CFC*", poiché le imprese estere possedute da imprese residenti sono tassate di più rispetto alle imprese locali residenti nella giurisdizione straniera, dall'altra parte "*le imprese multinazionali residenti in Paesi con forti regole CFC possono trovarsi in svantaggio competitivo rispetto*

¹¹² FEINSCHREIBER R.-KENT M., *OECD BEPS, How Action 3 Would Strengthen CFC Rules*, Journal of International Taxation, vol. 26, n. 9, 2015, pagg. 43-48

¹¹³ JANSSENS P.-LEDURE D.-VANDEPITTE B.-LOOS J., *The End of Intra-Group Financing...or Not Just Yet?*, European Taxation, vol. 55, fasc. 8, Amsterdam, 2015, pag. 344

¹¹⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*, 26 final, 28 gennaio 2016, pag. 21

¹¹⁵ FEINSCHREIBER R.-KENT M., *op. cit.*, pag. 47

a quelle residenti in Paesi privi di tali regole”¹¹⁶.

Dunque, il motivo principale, ad oggi, di una mancata *compliance* tra i diversi legislatori nazionali riguarda la sostanziale e reciproca competizione tra gli stessi, una lacuna che tende a far accavallare le varie politiche, provocando così una doppia imposizione o lasciando sospesi dei *gaps* che conducono addirittura ad una doppia non-imposizione¹¹⁷.

In definitiva, vi è una speranza comune che si realizzi un unico e “nuovo sistema internazionale, in cui ciascuno Stato, per il bene della tassazione internazionale comune, partecipi attivamente nel disegnare, implementare ed obbedire a regole *controlled foreign companies simili*”¹¹⁸; coinvolgendo, tra l’altro, anche gli Stati Uniti, non solo in quanto Paese di origine di numerose multinazionali coinvolte in pratiche di BEPS, ma anche perché, per ottenere risultati apprezzabili, è di estrema importanza una profonda revisione delle *check-the-box rules* che attualmente inibiscono l’efficacia stessa delle *controlled foreign companies*, in quanto le operazioni in astratto ricadenti nell’ambito applicativo della normativa non sono conosciute, essendo considerate come avvenute all’interno di un’unica entità¹¹⁹.

In merito all’*Action 5* del Progetto BEPS, sono state sollevate diverse critiche, tra cui quella riguardante la sua troppa generalità e la mancanza di risultati concreti per l’assenza di una seria valutazione dei pregressi fattori fallimentari¹²⁰. In realtà, esistono anche palesi aspetti positivi, evidenziati dai suoi primi *deliverables*, tra cui il riferimento alla necessità dei Paesi a puntare di più alla “sostanza” delle operazioni, con l’aiuto di una maggiore trasparenza, che semplificherebbe gli stessi Governi all’impostazione di misure difensive più adeguate; inoltre, l’impegno di collegare i regimi di favore all’effettiva creazione di valore economico, in linea con il resto del Progetto BEPS e soprattutto con i documenti sui prezzi di trasferimento¹²¹. Infine, non va dimenticato che l’*action 5* ha l’esclusivo pregio di aver realizzato una semplificazione dell’operato dell’OCSE, schematizzando in modo chiaro e preciso gli obiettivi da raggiungere, questi ultimi ancor di più rinvigoriti in quanto elementi di un progetto unitario di riforma, sulla base del principio dichiarato dall’OCSE di “assicurare l’integrità dei regimi fiscali colpendo i problemi causati dai regimi che si applicano ad attività mobili e che ingiustamente erodono la base imponibile di altri Paesi, distorcendo l’allocazione di capitali e servizi”¹²².

¹¹⁶ OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris 2015D, pagg. 15-16

¹¹⁷ BRAUNER Y., *What the BEPS? op. cit.*, 2014, pag. 87

¹¹⁸ ROBILLARD R., *BEPS Action 3 Missing in Action: CFC Rules or Global Apportionment?*, Tax management transfer pricing report, vol. 24, n. 3, 2015, pag. 2

¹¹⁹ TING A., *iTax – Apple’s International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*, *British Tax Review*, n.1, London, 2014, pagg. 40-71

¹²⁰ BRAUNER Y., *What the BEPS? op. cit.*, 2014, pag. 76

¹²¹ *Ibidem*, pag. 90

¹²² OECD, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, pag. 11

2.3. Profili sostanziali nell'allocazione dei rischi.

L'impatto delle leggi fiscali, attualmente, è diventato particolarmente significativo per le aziende e per le Amministrazioni fiscali con l'aumento esponenziale del numero e del valore dei trasferimenti infragruppo. Le leggi sul prezzo di trasferimento hanno l'obiettivo di determinare la reale creazione di valore, evitando illegittime allocazioni dei profitti in giurisdizioni fiscalmente vantaggiose.

2.3.1. Le Azioni del Progetto BEPS sul transfer pricing.

L'Action Plan 8-10 del Progetto BEPS, "*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*", già dalla sua denominazione non lascia alcun dubbio sullo scopo del lavoro, ossia garantire che gli utili derivanti da transazioni infragruppo, implicanti i prezzi di trasferimento, siano coerenti e allocati effettivamente nel luogo di creazione del valore aggiunto; non a caso, nel rapporto viene stabilito che "... Actions 8-10 have been dealt with as a package of actions aiming at ensuring that transfer pricing outcomes are in line with value creation"¹²³.

Come evidenziato dal Piano BEPS, gli standard internazionali potevano così venire applicati dalle imprese in maniera scorretta, favorendo l'allocazione dei profitti in violazione del *nexus approach*, ossia la mancata imputazione per competenza alle attività economiche che li hanno effettivamente generati. Proprio le suddette Azioni, relative al *Transfer Pricing*, *Intangibles Risks* e *Capital High-Risk Transactions* del Piano BEPS, recentemente oggetto di revisione da parte dell'OCSE, hanno mirato ad eliminare questo problema, in modo da assicurare che i prezzi di trasferimento siano correttamente allineati con l'effettivo valore creato.

Durante l'iter di revisione dell'OCSE "...l'input degli stakeholder è stato di grande importanza, specialmente visto il ritmo incalzante del Progetto BEPS"¹²⁴, potendo così beneficiare di utili suggerimenti e, al contempo, garantire un carico non eccessivamente gravoso per i contribuenti, pur sempre salvaguardando gli obiettivi alla base dell'iniziativa. A tal proposito, non bisogna dimenticare che, all'atto pratico della definizione del metodo più corretto di determinazione del *transfer price*, spesso i consulenti si sono scontrati con le imprese, riluttanti verso un loro adeguamento alle *best practices* internazionali, forti del fatto che "*finché non vengono sottoposte a controlli fiscali, non c'è ragione per sostenere i costi del cambiamento delle proprie politiche*"¹²⁵.

Attualmente, con la revisione delle regole di un'adeguata collocazione degli utili derivanti da transazioni infragruppo, vi è, al contempo, una più sentita esigenza da parte delle multinazionali della corretta

¹²³ DANON R., *Base Erosion and Profit Shifting*, Schultess Verlag, 2016, pag.10

¹²⁴ SAINT AMANS P.- RUSSO R., *The BEPS Package: Promise Kept*, Bulletin for International Taxation, vol. 70, fasc. 4, Amsterdam, 2016, pag. 236

¹²⁵ WRIGHT D.R.-KEATES H.A.-LEWIS J.-AUTEN L., *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, International Transfer Pricing Journal, vol. 23, n. 2, 2016, pag. 99

allocazione anche dei rischi derivanti dalle operazioni di *transfer price*. La spinta principale è data proprio dalla revisione delle regole OCSE, in relazione al nesso tra remunerazione delle funzioni svolte ed il rischio ad esse connesso, che cerca di garantire l'insussistenza di situazioni tali che soggetti non provvisti delle capacità di controllo dei rischi, a livello gestionale e finanziario, risultino malgrado ciò destinatari di un'ingente parte dei profitti collegati ad essi. Un ulteriore elemento rinvigorito riguarda le raccomandazioni nella stipulazione di contratti ad hoc anche in merito alle operazioni instaurate tra i membri della stessa multinazionale. Tutto ciò scaturisce dalla volontà di restituire una più ampia sicurezza relativamente ai contorni dell'operazione, al fine di inquadrarla meglio nell'ambito comportale di aziende tra loro comparabili in situazioni simili; comparazione, tra l'altro, utile nell'ambito della rilevazione delle abitudini relative ad un dato mercato o settore, anche per riscontrare se l'esito della politica sui prezzi di trasferimento sia conforme alla creazione di valore all'interno della filiera produttiva dell'impresa. Infine, va aggiunto che il beneficio di quanto esposto sinora non si ripercuoterebbe esclusivamente sulle Amministrazioni, nell'ambito del controllo delle operazioni svolte dall'impresa, ma andrebbe a beneficio anche del contribuente stesso che grazie alla recente modifica di rafforzamento della forma data all'operazione che, all'interno del rapporto forma-sostanza rappresenta la prima base d'esame di una determinata operazione, invece ha visto una prevalenza della sostanza sulla forma nell'orientamento dell'OCSE in seguito ai lavori su BEPS.

A tal uopo, il Progetto BEPS studia “...le prassi in uso presso le imprese di trasferire gli utili imponibili dal luogo dell'attività commerciale vera e propria ad altre località al fine di minimizzare o evitare l'onere fiscale. (...). L'obiettivo del Progetto è l'elaborazione livello internazionale di norme comuni, eque ed efficaci che permettano di evitare simili pratiche”¹²⁶.

Le azioni item, infatti risultano finalizzate affinché le regole sul *transfer pricing* nell'ambito delle multinazionali, consentano la definizione di un'adequata allocazione e tassazione dei profitti, in linea con le attività economiche che li hanno originati. In realtà, vi è la tendenza di alcune multinazionali a far rilevare profitti laddove è possibile usufruire di maggiori vantaggi fiscali, e non dove ha effettivamente luogo l'attività d'impresa. Le multinazionali hanno potuto porre in essere questi sotterfugi per le evidenti lacune delle Linee guida OCSE, presenti nelle indicazioni del principio del prezzo di mercato nei trasferimenti tra imprese associate, suscettibili di manipolazioni; di conseguenza si è sentita una forte necessità di revisione, mediante opportuni emendamenti correttivi volti ad integrare le disposizioni già esistenti.

Il criterio attualmente usato dai vari Paesi per stabilire le leggi sul prezzo di trasferimento, come visto in precedenza, è l'*arm's length principle*, incluso nei trattati sulla base dell'art. 9 del *Model Tax Convention* dell'OCSE.

In sostanza, si richiede che le transazioni tra aziende consociate (*transactions between associated enterprises*) siano valutate come se le due aziende fossero indipendenti (*operating at arm's length*), impegnandosi affinché le operazioni avvengano nelle medesime condizioni, nella medesima situazione economica e con riferimento al medesimo periodo. Qualora le condizioni stabilite differiscano da quelle di

¹²⁶ DFF, *Riforma III dell'imposizione delle imprese*, 4 luglio 2016

una transazione che riguardasse due aziende indipendenti nelle medesime circostanze, saranno necessari degli aggiustamenti all'allocazione dei profitti per ragioni di carattere fiscale. L'*arm's length principle* ha dimostrato di essere utile come standard con finalità pratiche e di bilanciamento per le Amministrazioni e per i contribuenti, al fine di valutare i prezzi di trasferimento tra aziende consociate e allo scopo di evitare la doppia tassazione. Allo stesso tempo, però, in riferimento ai termini contrattuali, la normativa esistente ha dimostrato di essere facilmente manipolabile, col rischio di originare risultati che non corrispondono al valore effettivamente creato dalle sottostanti attività economiche realmente svolte dalle diverse entità del gruppo internazionale. In realtà, parte della dottrina ha ritenuto che la nuova riforma BEPS avrebbe dovuto prevedere uno scostamento da quello che è il principio della libera concorrenza, in considerazione delle innumerevoli critiche subite, ma tutto ciò non è accaduto, anzi, al contrario, il principio di libera concorrenza continua oggi ad essere alla base del *transfer pricing*¹²⁷.

Con la novella riforma, il principio è stato affinato, prevedendo nuovi fattori da considerare per l'analisi e la determinazione dei prezzi di trasferimento. Di conseguenza, la piattaforma BEPS ha richiesto che venga chiarita l'applicazione dell'*arm's length principle*, provvedendo contestualmente a un suo rafforzamento; prevedendo, addirittura che, qualora i rischi connessi al prezzo di trasferimento rimanessero immutati anche a seguito di tali nuove previsioni, il Progetto BEPS predisporrebbe altresì la possibilità di introdurre ulteriori misure speciali, all'interno o in aggiunta al richiamato principio dell'*arm's length*.

Al fine di perseguire l'obiettivo della giusta allocazione degli utili d'impresa, le nuove *Guidelines* hanno rivisto parecchi concetti che in precedenza erano stati descritti in modo breve. Tra questi vi è certamente l'approfondimento del concetto della "*substance over form*", prevedendo che per l'applicazione corretta dell'*arm's length principle* non basterà basarsi in modo esclusivo sul contratto intercompany, in quanto tali disposizioni contrattuali potranno essere non riconosciute nell'ipotesi in cui la realtà si discosti in maniera evidente da ciò che è stato stipulato¹²⁸.

Il lavoro del Progetto BEPS si è concentrato in tema di *transfer pricing* su tre aree principali, rispettivamente incentrate sulle tematiche dei beni immateriali (*azione 8*), l'allocazione di rischi e capitali (*azione 9*) e su aree ad alto rischio (*azione 10*). Tale lavoro tende a garantire che i risultati dei prezzi di trasferimento siano allineati alla creazione di valore del gruppo multinazionale. Di conseguenza, gli obiettivi fissati dal piano d'azione BEPS in relazione allo sviluppo delle norme sui prezzi di trasferimento dovrebbero essere raggiunti senza la necessità di sviluppare misure speciali al di fuori del principio di libera concorrenza.

L'*azione 8* considera i problemi legati al prezzo di trasferimento delle transazioni che riguardano i beni immateriali, di norma difficili da valutare, e alla loro conseguente corretta allocazione. In particolare, l'*azione 8* sui beni immateriali ha comportato una revisione delle Linee Guida OCSE volta a fornire una più precisa definizione ai fini del *transfer pricing* degli stessi beni¹²⁹, garantire che i profitti associati a tali beni

¹²⁷ DANON R., *op. cit.*, pag. 11

¹²⁸ DANON R., *op. cit.*, pag. 414

¹²⁹ OECD, *Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento*, luglio 2017, pag. 169 e ss.

siano allocati laddove se ne crea o s'incrementa il valore, sviluppare indicazioni e criteri valutativi per i cd. "hard to value intangibles", ovvero i beni immateriali il cui valore risulta di difficile valutazione,) ed aggiornare la sezione del documento dedicata ai *cost contribution arrangements*¹³⁰.

L'azione 9 ha analizzato i rischi contrattuali e la conseguente allocazione dei profitti che ne deriva, in modo tale che vi sia reale corrispondenza con le attività effettivamente svolte. In altri termini, tale *action* prevede che la ripartizione dei rischi su base contrattuale venga considerata tale solo in presenza dell'effettiva possibilità dell'impresa associata di prendere decisioni, di esercitare un controllo sul rischio stesso e di potervi eventualmente fare fronte concretamente con risorse proprie.

La suddetta azione, relativa a rischi e capitale, s'intreccia con i contenuti dell'azione 4 "*Limit base erosion via interest reductio and other financial payments*", che ha comportato modifiche in differenti sezioni delle Linee Guida OCSE, al fine di prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti tramite l'allocazione "artificiale", non supportata da un'adeguata capacità operativa, ad unità del gruppo localizzate in Paesi a fiscalità di vantaggio di rischi e/o capitale¹³¹.

L'Azione 9 – come sopra anticipato – è stata rivista anche per quanto riguarda la situazione in cui un'entità del gruppo dotata di un patrimonio particolarmente ingente offra finanziamenti, ma di fatto svolga l'attività aziendale in misura scarsa o comunque inadeguata. Qualora, infatti, tale impresa non assuma il rischio finanziario derivante dal predetto finanziamento (per esempio per il fatto di fornire semplicemente denaro quando richiesto, senza alcuna valutazione del merito creditizio della parte che riceve il finanziamento), non avrà diritto ad alcuna parte dei profitti generati da detto rischio finanziario, potendo al massimo percepire il corrispettivo per il c.d. *risk-free return*; o neanche quello nell'ipotesi in cui, per esempio, le transazioni non siano commercialmente razionali e perciò si renda applicabile la clausola che prevede la possibilità di disconoscerle.

L'azione 10 è stata, invece, incentrata sulle aree ad *alto rischio* ai fini dell'erosione della base imponibile attraverso lo sviluppo di determinate strategie: i profitti che originano da transazioni non razionali, dal punto di vista commerciale, per le singole imprese coinvolte; l'utilizzo di metodi di *transfer pricing* con la finalità di spostare i redditi dal centro delle attività economiche predominanti del gruppo; l'annullamento di alcuni tipi di pagamento infragruppo (*management fees*, spese per *head office*), al solo fine di diminuire di fatto la base imponibile; l'incremento fittizio dei costi di gestione rispetto alla loro dimensione reale. Tale azione ha comportato l'introduzione di modifiche di differenti sezioni delle Linee Guida OCSE mirate allo sviluppo di criteri valutativi applicabili a specifiche categorie di transazioni infragruppo che per la loro natura sarebbero difficilmente realizzate tra operatori indipendenti. Da qui l'introduzione di modifiche alle Linee Guida volte a delineare le condizioni e le modalità nelle quali è possibile da parte delle Amministrazioni finanziarie di "ricaratterizzare" le transazioni come poste in essere dalle parti, chiarire le modalità applicative dei metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento, con particolare riferimento al metodo del *profit split*, considerando l'intera catena del valore a livello globale del

¹³⁰ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 248 e ss.

¹³¹ MIELE L.-SURA A.-BONTEMPO F.-FABI T., *Bilancio e reddito d'impresa*, ed. Ipsoa, Milano, 2017, pagg. 1289-1290

gruppo multinazionale ed approfondire le problematiche concernenti gli addebiti delle cd. *management fees* (spese di regia)¹³².

La riforma OCSE all'interno dell'*Action 10* è rivolta a “sviluppare regole per prevenire BEPS attraverso transazioni che non sarebbero stipulate, o lo sarebbero solo raramente, da imprese indipendenti”¹³³. In altri termini, l'Organizzazione internazionale con tale intervento tende ad amplificare la significatività delle stime dei contribuenti e/o delle Amministrazioni finanziarie, ingrandendo il livello di dettaglio delle analisi, per garantirsi che la transazione infragruppo risulti analizzata minuziosamente, ovviamente al fine di identificare ciascun elemento in grado di generare valore e che meriti, di conseguenza, di essere convenientemente collocata.

In merito all'analisi di comparabilità, quale fulcro per l'applicazione del principio di libera concorrenza, l'elenco della versione novellata delle caratteristiche economicamente rilevanti, ossia i 5 fattori di comparabilità, non rappresenta qualcosa di rivoluzionario rispetto al testo previgente, fatta eccezione per l'analisi molto più approfondita sulla valutazione del rischio¹³⁴.

Nella nuove *Guidelines* sussiste però una visione più aperta verso l'opportunità di prevedere la presenza di più soluzioni da parte delle imprese nel perseguimento dei propri obiettivi, sottolineando come le imprese indipendenti attuerebbero un'operazione solo se “non individuano nessuna alternativa che risulti chiaramente più vantaggiosa per raggiungere i propri obiettivi commerciali”¹³⁵, mentre nel testo previgente vi era la necessità di individuare un'unica soluzione, comprensibilmente più attraente; in aggiunta, ora le nuove *Transfer Pricing Guidelines* affiancano all'aspetto monetario la valutazione di altre “*more beneficial conditions*”, ossia, oltre al prezzo, vanno tenuti presenti altri fattori per strutturare un'operazione.

In effetti, per poter identificare i rapporti tra le imprese associate, le *Guidelines* forniscono l'elenco dei fattori di comparabilità, analizzati al fine di delineare la transazione controllata, ossia: i termini contrattuali, le funzioni svolte dalle parti, le caratteristiche dei beni e/o servizi forniti, le circostanze economiche e di mercato e le strategie aziendali delle diverse parti coinvolte.

Nell'ambito dei fattori di comparabilità, una particolare considerazione va dedicata all'analisi funzionale, sezione tra l'altro ampliata per dare maggior spazio all'aumentata attenzione per l'allocazione e la valutazione dei rischi, uno tra gli elementi cardine del Progetto BEPS.

Innanzitutto, l'approccio molto più “*descrittivo ed analitico*”¹³⁶ pone in rilievo come le raccomandazioni OCSE attualmente risultino molto più trasparenti che in passato, al punto tale da obbligare i contribuenti ad adeguare ad esse il loro comportamento: per verificare se l'obiettivo OCSE è stato

¹³² MIELE L.-SURA A.-BONTEMPO F.-FABI T., *op. cit.*, pagg. 1290- 1291

¹³³ FORT G., *Progetto BEPS: i “Draft” OCSE sul “transfer pricing”*, Corriere Tributario, fasc. 15, 2015, pagg. 1133; BRAUNER Y., *op. cit.*, 2014, pag. 101

¹³⁴ OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 27-32

¹³⁵ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 33

¹³⁶ STORCK A.-PETRUZZI R.-PANKIV M.-TAVARES R., *Global Transfer Pricing Conference “Transfer Pricing in a Post-BEPS World*, International Transfer Pricing Journal, vol. 23, n. 3, 2016, pag. 217

raggiunto bisogna verificare se si riuscirà ad ottenere l'allineamento tra come le operazioni vengono riportate ai fini fiscali e come, invece, avviene la creazione del valore a livello economico.

In realtà, risultano importanti, oltre che coerenti con l'obiettivo del progetto BEPS di un allineamento delle politiche sui prezzi di trasferimento con la creazione del valore nella filiera economica, alcune puntualizzazioni, ossia che *“è importante capire come si genera il valore all'interno del gruppo nel suo intero, le interdipendenze tra le funzioni svolte dalle imprese consociate con il resto del gruppo e il contributo che le imprese associate danno alla creazione di valore”*, tra l'altro, non presente nel testo precedente, oltre che la precisazione che indipendentemente dal numero di funzioni apportate, ciò che risulta fondamentale è la significatività economica delle stesse *“in termini di frequenza, natura e valore”*¹³⁷.

In aggiunta, va segnalata la presa di coscienza della propensione delle imprese multinazionali verso la frammentazione delle attività su scala globale, incoraggiata dalla mobilità di capitali, beni e persone, garantita dai mercati attuali. A tal proposito, evidenzia l'OCSE, un'analisi funzionale attenta e corretta dovrà tener presente anche questo fattore e procedere ad una puntuale verifica dell'esistenza e dell'interdipendenza tra le diverse attività nel ripartire i profitti generati¹³⁸.

L'analisi dei rischi rappresenta indubbiamente la novità più importante all'interno del Progetto BEPS, non solo per il motivo di una loro difficile identificazione all'interno della transazione, rispetto alle funzioni o alle caratteristiche dei beni e/o servizi, ma anche perché occorre un'analisi puntuale per definire quale consociata si assume il rischio.

A detta dell'OCSE, il rischio rappresenta *“l'effetto dell'incertezza sugli obiettivi dell'attività d'impresa”*¹³⁹, dipendente dalla dimensione e dalla probabilità degli effetti, positivi o negativi, che possono originarsi.

Il processo di analisi dei rischi è costituito da sei diverse fasi:¹⁴⁰

1. Identificazione precisa dei rischi economicamente rilevanti;
2. Determinazione dell'assunzione contrattuale dei rischi assunti dalle imprese consociate secondo le condizioni dell'operazione;
3. Determinazione, mediante l'analisi funzionale, delle modalità di gestione dei rischi, evidenziando quale impresa ne sopporta le conseguenze ed ha le capacità finanziarie per fronteggiarlo;
4. Determinazione della coerenza tra rischi e condotta d'impresa, considerando l'osservanza ai termini contrattuali previsti e se l'impresa che si assume il rischio ne ha effettivamente il controllo;
5. Se la parte che ha l'assunzione del rischio non lo controlla o non ha la capacità finanziaria per

¹³⁷ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 20

¹³⁸ OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 39-40

¹³⁹ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 40

¹⁴⁰ OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 41-42

sostenerlo, si applica la sezione dedicata all'allocazione dei rischi;

6. Determinata la transazione, va valutato il prezzo in considerazione degli effetti economici e finanziari dei rischi assunti.

Una particolare attenzione merita, innanzitutto, la sostanziale differenza tra l'assunzione dei rischi e l'attività di *risk management*, in quanto la prima coinvolge il sostenimento di tutti gli effetti, positivi e/o negativi, che da esso scaturiscono, e deve inevitabilmente riversarsi su una delle società del gruppo multinazionale, mentre l'attività di *risk management* può essere anche conferita ad un terzo in *outsourcing*.

La determinazione dei rischi significativi è estremamente importante per comprendere il settore dove viene creato valore aggiunto all'interno di un gruppo; a tal fine l'OCSE fornisce diversi esempi, tra cui quello di una multinazionale che operando nel settore dei giocattoli, ove le vendite si concentrano nell'ultimo periodo dell'anno a ridosso delle festività natalizie, deve definire con esattezza il trend di prodotti che verranno richiesti, oltre che i volumi che potranno essere venduti. Tale impresa nel valutare i rischi strategici per l'acquisto dei prodotti dai rispettivi distributori, dovrà tener presente i diversi trend che variano a seconda del mercato, per adottare una strategia chiara, con la conoscenza dei rischi annessi, utile per effettuare i dovuti acquisti¹⁴¹.

La prima fase dell'analisi predispone, quindi, l'identificazione dei rischi significativi a cui possono essere soggette le imprese; in particolare essi sono suddivisi in¹⁴²:

- Rischi strategici o di mercato;
- Rischi infrastrutturali o operativi;
- Rischi finanziari;
- Rischi della transazione;
- Rischi di eventi eccezionali.

La schematizzazione dei rischi denota la necessità, sottolineata dagli stessi operatori economici, di una maggiore trasparenza delle raccomandazioni, in modo da rendere più facile la *compliance* da parte del contribuente e, allo stesso tempo, di evitargli o ridurgli i rischi di eventuali futuri stravolgimenti di quanto predisposto, in sede di verifica o accertamento. Tale classificazione è effettuata in base alla fonte di incertezza che origina i rischi, secondo le *Guidelines* il rischio rappresenta “l'effetto dell'incertezza sugli obiettivi dell'attività d'impresa”¹⁴³, dipendente dalla dimensione e dalla probabilità degli effetti, positivi o negativi, che possono originarsi.

L'incertezza rappresenta il fattore chiave del rischio, in quanto in tutte le attività economiche di

¹⁴¹ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 50

¹⁴² Tale schematizzazione era presente, anche se in maniera ridotta, già nella precedente versione delle *Transfer Pricing Guidelines*. Risulta evidente che con l'ampliamento attuale si rende più agevole lo svolgimento dell'analisi funzionale.

¹⁴³ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 40

un'impresa, siano esse dei processi svolti per cogliere una nuova opportunità oppure semplici atti di generazione di redditi o esborsi monetari, è presente un certo grado di incertezza, che le porta ad assumere il consequenziale rischio. In altri termini, non esiste nessun imprenditore che si assumerebbe un rischio associato a un'opportunità commerciale che non prevedesse alcun ritorno economico positivo. La nozione base dell'economia, secondo la quale a un rischio maggiore corrisponde di regola un guadagno potenzialmente maggiore, ha fatto mettere in atto da parte dei gruppi multinazionali delle strategie di mera pianificazione fiscale connesse alla regolarizzazione dei rischi mediante lo strumento contrattuale, talvolta però senza alcun concreto cambiamento nelle attività svolte. Per far fronte a detto *modus operandi*, la relazione illustrativa dell'OCSE stabilisce che i rischi contrattualmente assunti da una società la quale, in pratica, non ne abbia il controllo significativo e specifico, o non abbia comunque la capacità finanziaria per assumerli, saranno imputati alla parte del gruppo che possieda tale prerogative.

L'assunzione contrattuale dei rischi, rientrando nel secondo *step*, può essere *esplicita*, ossia espressamente indicata nelle clausole contrattuali, oppure *implicita*, e di conseguenza estrapolata dalle stesse. A tal proposito, risulta fondamentale il chiarimento dell'OCSE “...l'assunzione di rischi *ex ante* rifletta in maniera chiara ed evidente l'impegno ad assumersi il rischio prima che le conseguenze dell'evento rischioso si manifestino”¹⁴⁴ al fine di concedere l'adeguata definizione dei prezzi di trasferimento da applicare.

Innanzitutto, le condizioni contrattuali sono il punto di partenza per definire la transazione controllata, in quanto all'interno degli accordi vengono formalizzate le intenzioni delle parti, le rispettive responsabilità, i rischi assunti ed i prezzi che determinano la transazione; anche se gli accordi scritti non bastano per fornire tutte le informazioni indispensabili per l'analisi sui prezzi di trasferimento e dei relativi rischi. In realtà, bisogna tener presente, oltre alle clausole contrattuali anche gli altri fattori di comparabilità per poter ottenere una visione completa del contesto nel quale avviene la transazione e, di conseguenza, della reale condotta dell'impresa associata. Solo se, avendo compiuto le dovute analisi, si rilevasse che la transazione controllata e rischi assunti fossero in contrasto con quanto indicato nel contratto stipulato tra le imprese associate, tale transazione dovrà essere desunta dall'effettiva condotta delle parti: “*where there are material differences between contractual terms and the conduct of the associated enterprises in their relations with one another, the functions they actually perform, the assets they actually use, and the risk they actually assume, considered in the context of the contractual terms, should ultimately determine the factual substance and accurately delineate the actual transaction*”¹⁴⁵.

A rendere l'idea vi è l'esempio tra una società-madre, detentrica del controllo totale su una società-figlia, con la quale stipula un contratto conferendo a quest'ultima l'utilizzo della proprietà intellettuale dietro compenso di una *royalty*; tale proprietà intellettuale è utilizzata dalla società-figlia per sviluppare il proprio business. Tuttavia, dall'analisi del contesto economico si rileva che la società-madre, la quale negozia vendite con terze società al fine di procurare clientela alla società-figlia, fornisce a quest'ultima un costante supporto tecnico in modo tale che possa concludere contratti con i propri

¹⁴⁴ OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 51-52

¹⁴⁵ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 35

clienti e, in ultimo, provvede anche al prestito per la società-figlia per stipulare i contratti con i clienti. La società-madre non viene remunerata in quanto i ricavi delle vendite vengono interamente percepiti dalla società-figlia, che dall'analisi si evince che non è in grado di fornire il servizio ai propri clienti senza il supporto della società-madre, non avendone neanche le opportune competenze. Di conseguenza, dato che si rileva dall'analisi che le funzioni sono svolte dalla società-madre ed anche i rischi sono ad essa attribuibili, risulta chiara la divergenza tra quanto stabilito nel contratto per l'utilizzo della proprietà intellettuale ed il business che viene, invece, effettivamente svolto¹⁴⁶.

Il suddetto esempio evidenzia proprio il concetto espresso precedentemente della *substance over form*. Nella versione precedente delle *Guidelines* vi era solo un semplice accenno alla condotta delle parti, mentre una maggiore evidenza era data ai termini contrattuali, mentre, grazie alla rivisitazione della *substance over form*, va da sé che, *in primis* va considerata la sostanza della transazione controllata e non quanto definito nei termini contrattuali.

La terza fase del processo comprende l'analisi funzionale in relazione al rischio così come determinato dalle modalità appena illustrate. In particolare, in questa fase viene esaminata la corrispondenza tra le imprese che controllano le funzioni ed i rischi significativi connessi a tali funzioni. Un esempio molto semplice spiega il caso di *outsourcing* dell'attività di ricerca e sviluppo, in cui il rischio rimane in capo alla società "mandante", per quanto essa non svolga alcuna concreta attività in relazione allo sviluppo del nuovo bene; mentre risulta più interessante, sotto l'aspetto applicativo delle raccomandazioni, il caso di un contratto di *manufacturing* ove ciascuna delle imprese coinvolte mantiene in capo a sé e controlla una parte dei rischi¹⁴⁷.

Il quarto *step* di analisi prevede l'interpretazione delle informazioni raccolte tramite le tre fasi precedenti, al fine di comprendere se l'assunzione contrattuale del rischio risulta in coerenza con la condotta delle parti e le altre circostanze riscontrate. A tal uopo, vanno esaminati due precisi elementi: 1) se le imprese associate si sono effettivamente attenute ai termini contrattuali stabiliti; 2) se la parte che si è assunta i rischi ne eserciti anche l'effettivo controllo e la capacità finanziaria di sostenerli. Tutto ciò si applica anche nell'ipotesi in cui, nell'ambito di un rapporto contrattuale, più di una parte risulti potenzialmente in grado di esercitare il controllo, ma quella contrattualmente deputata a ciò lo esercita effettivamente. Si tratta di un punto cardine dell'aggiornamento delle *Transfer Pricing Guidelines*, a seguito dei lavori al Progetto BEPS, in quanto la valutazione dei due aspetti appena segnalati dovrà necessariamente essere applicata a ciascuna delle funzioni svolte dall'impresa ed ai rischi ad essa connessi¹⁴⁸.

In realtà, se i rischi assunti contrattualmente dalle parti associate risultano coerenti con la realtà economica, non vi è alcuna necessità di proseguire nell'analisi; se, all'opposto, la condotta delle parti non riflette quanto predisposto contrattualmente, o qualora i termini dell'accordo siano incompleti o solo

¹⁴⁶ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 36

¹⁴⁷ OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 53-55

¹⁴⁸ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 56

parzialmente rispettati, allora si procederà con la fase successiva dell'analisi dei rischi¹⁴⁹.

In altri termini, qualora vi sia una divergenza tra le condizioni fissate nel contratto e l'effettivo comportamento delle parti, si ritiene indispensabile il passaggio alla fase 5, relativa alle modalità di allocazione del rischio.

La nuova versione delle *Transfer Pricing Guidelines* sostiene a riguardo che “il rischio dovrebbe essere allocato all'impresa che esercita il controllo e che ha la capacità finanziaria di assumerlo”, e nell'ipotesi di più imprese “alle società del gruppo che esercitano in misura maggiore il controllo”, dopo comunque avere remunerato in modo adeguato le altre parti che svolgono attività di controllo residuale¹⁵⁰.

In definitiva, va evidenziato che il fine ultimo del processo di analisi dei rischi è quello di giungere a definire in modo esatto la transazione controllata, dopo aver considerato tutte le caratteristiche economicamente rilevanti.

L'ultima fase dell'analisi è utile a definire il *pricing* della transazione in base all'allocazione dei rischi. In realtà, una volta individuata la transazione effettivamente intercorsa tra le parti, secondo le modalità sin qui descritte, risulta indispensabile proseguire nella valutazione della medesima, per l'applicazione della disciplina dei prezzi di trasferimento. La parte delle *Guidelines* che riguarda tale argomento è stata quasi completamente rinnovata, in seguito ai lavori su *base erosion e profit shifting*, e attualmente comprende delle ottime indicazioni per le Amministrazioni fiscali intesa a specificare quando l'operazione, così come strutturata dalle parti, può essere accettata e quando invece bisogna optare per un suo totale disconoscimento, al fine di procedere ad un riesame in conformità delle Linee Guida.

In particolare, la versione tradizionale delle *Transfer Pricing Guidelines* sosteneva che l'analisi della transazione intercompany, nella normalità delle ipotesi, si fondava sull'operazione così come predisposta dalle parti, mentre giungeva ad un suo disconoscimento ai fini fiscali solo in casi rari di eccezionalità. Attualmente, invece, ci si basa sulla predetta analisi di comparabilità per l'individuazione della transazione intercompany, rilevante ai fini dei prezzi di trasferimento, considerando sia gli accordi contrattuali posti in essere dalle parti e sia la relativa condotta¹⁵¹.

Questo differente modo di approcciarsi è dovuta dalla consapevolezza dell'OCSE che gli strumenti giuridici disponibili attualmente per le imprese multinazionali, per strutturare le loro operazioni, sono molteplici e molto articolati; in effetti, tenendo immutato il contenuto delle raccomandazioni previgenti, che tendevano a premiare sino in ultima istanza ciò che le parti desideravano, si correva il pericolo di permettere sfacciatamente usi *border line* che non sarebbero stati soggetti a sanzioni da parte delle Amministrazioni. La nuova disposizione evidenzia, invece, come il disconoscimento di una transazione potrebbe essere causa di una doppia imposizione, nell'ipotesi in cui l'operato di un'amministrazione non porti ad un adeguamento da parte dell'omologa situata nell'altra giurisdizione coinvolta nell'operazione, prescrivendo di porre in essere qualsiasi sforzo per non arrivare a questa soluzione estrema, e “assicurare che il disconoscimento non sia

¹⁴⁹ Ibidem

¹⁵⁰ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 59

¹⁵¹ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 67

*usato semplicemente perché la determinazione del prezzo di libera concorrenza è difficile*¹⁵².

Inoltre, la remota versione delle *Transfer Pricing Guidelines* identificava due casi che portavano ad una ricostruzione d'ufficio dell'operazione, ossia qualora la sostanza fosse differente dalla forma della transazione oppure quando, pur essendo coincidenti sostanza e forma, gli accordi si differenziavano da quelli che sarebbero stati posti in essere da imprese indipendenti. L'attuale disposizione, invece, non dà molta importanza alla relazione tra sostanza e forma, ma si concentra soprattutto sulla rilevanza economica dell'operazione e sul relativo orientamento verso il criterio di libera concorrenza. In realtà, la nuova formulazione non tende in alcun modo a sminuire il principio di prevalenza della sostanza sulla forma, ma cerca di porre maggior enfasi al fatto che il miglior rilevatore nella valutazione di una operazione intercompany è la sua rispondenza al principio di libera concorrenza.

In merito alla maggior rilevanza delle questioni fiscali nell'ambito delle scelte dei gruppi multinazionali, appare chiara l'importanza della nuova parte delle Linee Guida ove si prevede di *“considerare se il gruppo multinazionale nel complesso sia messo in una situazione ante-imposte peggiore (dall'operazione) perché questo potrebbe essere un sintomo che la transazione vista nella sua interezza manca della razionalità economica degli accordi tra parti indipendenti”*¹⁵³. In effetti, tale considerazione prende spunto dalla volontà, espressa ripetutamente dall'OCSE e rappresentante anche l'obiettivo primario dell'*Action 8-10* del Progetto BEPS, di riallineare il risultato con la creazione di valore, in senso economico e non fiscale, della transazione.

Oltretutto va comunque constatato che le imprese consociate hanno la disponibilità di una varietà di contratti superiore a quella delle imprese indipendenti, grazie alla mancanza di conflitti di interesse, ma questo non favorisce le amministrazioni finanziarie che ne devono valutare l'operato, ma vi è anche la spiacevole consapevolezza che l'alterazione dei suddetti contratti è molto più semplice rispetto a quella degli accordi conclusi tra imprese indipendenti. Dunque, se da una parte si enfatizza l'uso dei contratti anche per regolare le operazioni infragrupo, dall'altra si sostiene la massima cautela nel loro utilizzo, coscientemente al rischio che tali contratti possono celare.

Infine, sia l'OCSE che l'*Action 10* del Progetto BEPS rivolgono una particolare attenzione anche al trattamento fiscale delle “perdite”, sostenute da soggetti appartenenti a gruppi multinazionali, ritenendo che eventuali perdite d'impresa, relative ad un lungo periodo, possono rappresentare un evidente segnale, sia per il contribuente che per l'amministrazione finanziaria, del mancato operare secondo condizioni non conformi al principio di libera concorrenza; al contrario, anche se l'impresa sostiene delle perdite per un periodo di tempo breve, bisognerebbe avviare le dovute indagini per scoprirne le relative motivazioni economiche, al fine di una valutare la buona fede delle scelte economiche operate in rapporto al comportamento eventualmente mantenuto dalle imprese indipendenti¹⁵⁴.

¹⁵² OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 68

¹⁵³ *Ibidem*

¹⁵⁴ OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 70-71

Inoltre, nell'ambito degli effetti sulla transazione di eventuali politiche governative, riguardanti ad esempio “*il controllo dei prezzi, dei tassi di interesse, dei pagamenti relativi a prestazioni di servizi, compresi i pagamenti di servizi manageriali (management fees) e del pagamento di royalties, le sovvenzioni a particolari settori, il controllo sui cambi e sui dazi antidumping, le misure riguardanti il tasso di cambio*”, va fatta una valutazione della razionalità economica dell'operazione, in base al comportamento dei soggetti che non rispondono alla logica di gruppo e alle modalità prescelte dalla multinazionale, per compensare il soggetto che, nell'ambito di una specifica transazione, si ritrova a sostenere eventuali conseguenze economico-finanziarie negative derivanti da una politica governativa svantaggiosa¹⁵⁵. In effetti, in virtù della logica imprenditoriale, perseverare nello svolgimento di determinate attività in condizioni politiche sfavorevoli potrebbe evidenziare un comportamento economico irrazionale, soprattutto nel caso in cui tutto ciò sia diretto al conseguimento di una maggiore permeazione di mercato o ad un consolidamento aziendale all'interno di una data economia.

Essendo evidente la connessione tra il rischio ed i tassi di interesse ed in virtù dell'operato di diverse imprese multinazionali che hanno fatto della funzione di *funding* una delle più remunerative, mediante la localizzazione in Paesi a fiscalità privilegiata, è stata introdotta una specifica sezione (che rinvia a quanto disposto in materia di beni immateriali) che riguarda la determinazione delle modalità per remunerare i soggetti che contribuiscono a fornire la finanza necessaria al compimento di una operazione. Senza alcuna pretesa di esaustività, considerato che la materia sarà trattata diffusamente in seguito, va evidenziato soltanto che, in coerenza con l'obiettivo del Progetto BEPS, al soggetto finanziatore che non sopporta o non controlla i rischi dovrà essere garantita la remunerazione al tasso *risk free*.

Per quanto concerne i beni immateriali, in effetti, le Linee Guida chiariscono che il loro solo possesso a titolo legale non genera necessariamente il diritto a tutti, o ad alcuni, dei guadagni realizzati a seguito della loro vendita o del loro sfruttamento. Il gruppo che svolge le funzioni più importanti si assume i rischi economici più elevati e contribuisce maggiormente alle attività. Quindi, sulla base di quanto determinato dall'accurata analisi delle effettive transazioni concluse, avrà diritto a un guadagno appropriato che rifletta il valore della contribuzione erogata. Ulteriori specifiche raccomandazioni sul punto assicurano, inoltre, che l'analisi in parola non sia resa imprecisa dall'asimmetria informativa tra l'Amministrazione Finanziaria e il contribuente con riferimento al valore di stima dei beni immateriali, o mediante speciali relazioni contrattuali, quali gli accordi afferenti il costo di contribuzione (*cost contribution arrangement*).

In conclusione, il procedimento per giungere a delineare la transazione controllata risulta molto più lungo e complesso rispetto al passato ed implica una conoscenza più ampia delle società associate coinvolte nelle transazioni. Tale nuovo meccanismo non solo consente di allocare i rischi basandosi sulla realtà economica dei fatti, ma rinvigorisce il criterio della *substance over form* nell'applicazione dell'*arm's length*. Come si vedrà nel successivo capitolo di tale trattazione anche per la valutazione delle operazioni relative ai

¹⁵⁵ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 70

beni immateriali le *Guidelines* hanno ripreso l'approccio che prevede sei step definendo un "*framework for analysing transactions involving intangibles between associated enterprises*"¹⁵⁶.

2.4. Gli oneri documentali e l'onere della prova.

Nell'ambito del *transfer pricing* assumono particolare rilievo le indicazioni atte a prevenire pratiche evasive poste in essere dalle multinazionali per lo spostamento artificioso di profitti in giurisdizioni a fiscalità più vantaggiosa. Al fine di contrastare siffatti fenomeni, l'OCSE nel contesto dell'Action 13 del Progetto BEPS ha evidenziato la necessità di predisporre alcuni oneri documentali¹⁵⁷.

In generale, nel nostro ordinamento, molte indicazioni previste dal Progetto BEPS sono state attuate per effetto del D.Lgs. n. 147/2015¹⁵⁸, ma in *compliance* con le indicazioni dell'OCSE in tema di documentazione particolari obblighi di rendicontazione sono stati recepiti con la Legge di stabilità del 2016¹⁵⁹.

In particolare, l'obbligo di rendicontazione incombe sulla *società controllante* del gruppo residente in Italia, ai sensi dell'art. 73 del TUIR, tenuta alla redazione del bilancio consolidato, se tale gruppo riporta un fatturato consolidato nel periodo d'imposta precedente di almeno 750 milioni di euro e se le società non sono, a loro volta, controllate da soggetti diversi dalle persone fisiche. A tal proposito, l'OCSE afferma che "*la soglia di 750 milioni di euro escluderà circa l'85-90% dei gruppi dagli obblighi del Country by Country Report (...) rappresentando un appropriato bilanciamento degli oneri di documentazione e dei benefici per le amministrazioni*"¹⁶⁰.

Inoltre, l'obbligo di rendicontazione si trasferisce in capo ad una *società controllata* residente in Italia, se la controllante capogruppo è residente in uno Stato "*che non ha introdotto l'obbligo di presentazione della rendicontazione Paese per Paese ovvero non ha in vigore con l'Italia un accordo che consenta lo scambio delle informazioni relative alla rendicontazione Paese per Paese ovvero è inadempiente all'obbligo di scambio delle informazioni relative alla rendicontazione Paese per Paese*" (art. 1, comma 146)¹⁶¹.

Nell'ambito della rendicontazione, per tutti i dati aggregati, comprensivi del totale dei ricavi e degli utili lordi, delle imposte pagate e maturate, nonché di altri indicatori dell'attività economica effettiva, l'Amministrazione finanziaria ne garantisce la riservatezza in conformità con gli obblighi

¹⁵⁶ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 104

¹⁵⁷ VALENTE P., *Manuale del Transfer pricing*, Ipsoa, Milano, 2015, pag. 810 e ss.

¹⁵⁸ D.Lgs. n. 147 del 14 settembre 2015, *Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese*, in G.U. S.G. n.220 del 22 settembre 2015

¹⁵⁹ Cfr. Legge 28 dicembre 2015, n. 208 "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*", in G.U. n. 302, Suppl. Ord. n. 70, del 30 dicembre 2015

¹⁶⁰ OECD, *Explanatory Statement*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, pag. 25

¹⁶¹ OECD, *Guidance on the Implementation of Country-by-Country Reporting: BEPS Action 13*, febbraio 2018, pag. 17 e ss.; SCAZZERI G., *Lo scambio di informazioni e le verifiche internazionali*, NeΩtepa, n.2, 2011

previsti dalla Convenzione multilaterale sulla mutua assistenza amministrativa in materia fiscale (art. 1, comma 145)¹⁶².

In linea con le indicazioni OCSE ed il Progetto BEPS, il comma 147 dell'art.1 prevede che sia il Ministero delle Finanze a stabilire le condizioni con cui le società controllanti, aventi i suddetti requisiti geografici e di fatturato, debbano trasmettere all'Agenzia delle entrate una specifica rendicontazione, Paese per Paese, relativa a ricavi e utili, imposte pagate e maturate ed eventuali altri elementi indispensabili indicatori dell'effettiva attività economica¹⁶³.

Tra gli interventi dell'OCSE nell'ambito dell'Action 13 del Progetto BEPS, vi è stata la rivisitazione della disciplina sulla documentazione di *transfer pricing*¹⁶⁴.

A tal uopo, si è rivelato di estrema importanza il "*White Paper on Transfer Pricing Documentation*" del 2013, con il quale l'OCSE ha cercato d'instaurare un dibattito globale sulla disciplina della documentazione in materia di *transfer pricing*, fornendo informazioni utili e dettagliate alle autorità fiscali per la relativa attività di accertamento¹⁶⁵. In effetti, l'Amministrazione finanziaria richiede la predisposizione della *transfer pricing documentation* con l'obiettivo di:

- acquisire tutte le informazioni utili per effettuare una consapevole valutazione del rischio sui prezzi di trasferimento;
- garantire che i contribuenti abbiano tenuto conto delle condizioni richieste dalla disciplina sui prezzi di trasferimento (attenendosi al principio dell'*arm's length*) nella determinazione dei prezzi delle transazioni infragruppo e nell'indicazione, nella dichiarazione dei redditi, dei profitti ottenuti da tali transazioni¹⁶⁶;
- acquisire le informazioni essenziali per effettuare in modo corretto ed efficace le opportune verifiche sulle operazioni infragruppo.

All'interno del *White Paper*, l'OCSE evidenzia come gli Stati impiegano vari strumenti al fine di acquisire dai contribuenti le informazioni necessarie per procedere all'effettiva valutazione del rischio, punto di partenza per il successo dell'accertamento finanziario di "casi rilevanti". Tra questi strumenti si ha:

¹⁶²VALENTE P., *Elusione Fiscale Internazionale*, Ipsoa, Milano, 2014, pag. 2845 e ss.; DE GIORGI D., *Adeguamento allo standard internazionale in materia di transfer pricing*, Fisco internazionale - euroconference news, 2016. VALENTE P., *Manuale del Transfer pricing*, op. cit., pag. 1633 e ss.

¹⁶³Va evidenziato che l'omessa o parziale presentazione della rendicontazione comporta una sanzione pecuniaria che oscilla tra i 10 e i 50mila euro

¹⁶⁴ VALENTE P., *Base Erosion and Profit Shifting. L'Action plan dell'OCSE*, Il Fisco, n. 37, 2013, pag. 5744; VALENTE P., *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE 'Addressing Base Erosion and Profit Shifting'*, Il Fisco, n. 12, 2013, pag. 1802; DOURADO A.P., *The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). Initiative under Analysis*, Intertax, vol. 43, n. 1, 2015; BAKER P., *The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes*, Intertax, vol. 43, n. 1, 2015

¹⁶⁵VALENTE P., *Elusione Fiscale Internazionale*, op. cit., pag. 1391 e ss.; VALENTE P., *La documentazione in materia di transfer pricing: il White Paper dell'OCSE*, Il Fisco n. 43, 2013, pag. 6689; VALENTE P., *La revisione della disciplina OCSE in materia di documentazione per il transfer pricing*, Il Fisco n. 12, 2014, pag. 1162; VALENTE P., *Manuale del Transfer pricing*, op. cit., pag. 799 e ss.

¹⁶⁶ Cfr. Art. 3 del Decreto Ministeriale 23 febbraio 2017, in G.U., S. G. n. 56, del 8 marzo 2017

- la compilazione di moduli con informazioni aggiuntive sui prezzi di trasferimento, da allegare alla dichiarazione dei redditi;
- la compilazione di questionari sui *transfer price*, inviati dalle autorità fiscali a particolari contribuenti o introdotti quale generale adempimento di *compliance*;
- i meccanismi di cooperazione tra Amministrazione finanziaria e contribuente per l'identificazione e il chiarimento di problematiche relative ai prezzi di trasferimento;
- la presentazione della documentazione idonea a dimostrare che l'impresa si è attenuta al principio della libera concorrenza.

La documentazione, con cui l'Amministrazione finanziaria riesce ad individuare eventuali profili di rischio, dovrebbe, in linea di massima, illustrare le transazioni transfrontaliere infragruppo, eventuali operazioni di ristrutturazione e i trasferimenti di *intangibles*, le politiche sui prezzi di trasferimento applicati a livello gruppo e le motivazioni del contribuente di aver operato in conformità con il principio di libera concorrenza e con la normativa locale sui prezzi di trasferimento.

Nell'ambito dell'*Action 13* del Progetto BEPS, l'OCSE ha evidenziato la necessità di predisporre determinati documenti per permettere all'Amministrazione finanziaria di comprendere la posizione di *transfer pricing* dei gruppi multinazionali e, di conseguenza, poter programmare le relative attività di controllo, con la conseguente massimizzazione del rapporto fra l'uso limitato delle risorse disponibili e le entrate fiscali¹⁶⁷.

L'obiettivo dell'OCSE è stato quello di garantire l'implementazione nei vari Stati di nuovi *standard* di predisposizione della documentazione *transfer price*, spingendoli ad adottare in modo unificato il cd. *three-tiered approach*¹⁶⁸. In realtà, l'implementazione di tale sistema, se da un lato, permette all'Amministrazione fiscale di focalizzare l'attenzione sugli aspetti rilevanti di una verifica sui prezzi di trasferimento, riducendo, in tal modo, i tempi stessi della verifica, i costi e l'utilizzo di altre risorse; dall'altro lato, giova anche alle stesse imprese multinazionali, soprattutto in termini di maggiore certezza e di cooperazione con la stessa Amministrazione finanziaria. A tal proposito, va comunque evidenziato che la predisposizione da parte del contribuente della documentazione in essere non debba implicare ulteriori oneri di *compliance*, rendendosi indispensabile un "equilibrio" tra le informazioni pretese dall'Amministrazione e le attività poste in essere dalle multinazionali per soddisfare siffatte richieste¹⁶⁹.

¹⁶⁷ OCSE, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13, Final Report*, 5 ottobre 2015

¹⁶⁸ OECD, *Linee Guida Ocse sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali*, luglio 2017, pagg 233-234

¹⁶⁹ In merito al suesposto equilibrio, la posizione dei diversi Stati è differente: "*Some countries would strike that balance in a different way by requiring reporting in the country-by-country report of additional transactional data (beyond that available in the master file and local file for transactions of entities operating in their jurisdictions) regarding related party interest payments, royalty*

Nell'ambito del *three-tiered approach*, i più recenti *standards* OCSE in materia di documentazione *transfer pricing* prevedono per l'appunto tre documenti indispensabili: il *Masterfile*, il *Local File* ed il *Country by Country Report*.

2.4.1. Masterfile e Local File.

Il *Masterfile* deve fornire una rappresentazione dell'attività del gruppo multinazionale a livello globale, includendo la natura delle operazioni, le sue politiche di *transfer pricing*, i diversi accordi tra le società appartenenti al gruppo, la situazione finanziaria, lo stato debitorio e la situazione fiscale complessiva dell'impresa multinazionale, per permettere all'autorità fiscale d'individuare gli eventuali rischi rilevanti in materia di prezzi di trasferimento¹⁷⁰. In modo dettagliato, il *Masterfile* dovrebbe riportare¹⁷¹:

- le informazioni sulla struttura organizzativa del gruppo, con una descrizione della "*legal and ownership strutture*" del gruppo e della struttura manageriale, indicando dove è localizzato il c.d. *key management personnel*;
- una descrizione delle attività del gruppo, indicando per ogni *business line* una serie di elementi, quali i *drivers* del *business*, i principali mercati di riferimento, i principali competitori, i ruoli funzionali delle società del gruppo, eventuali operazioni di ristrutturazione, i *service arrangements*, eventuali attività di ricerca e sviluppo;
- le informazioni sui beni immateriali del gruppo (*ownership*, sviluppo e sfruttamento dei beni immateriali, elenco degli *intangibles* del gruppo, società che hanno diritto al "ritorno economico" derivante dallo sfruttamento di tali beni, *transfer pricing policies* relative ai beni immateriali);
- le informazioni sulle operazioni finanziarie infragruppo (identificazione di tutti gli eventuali *arrangements intercompany* di carattere finanziario con l'indicazione delle società coinvolte, dalla loro localizzazione geografica e dell'ammontare delle transazioni finanziarie infragruppo);
- le informazioni sulle posizioni finanziarie e fiscali del gruppo (eventuali *APA/ruling* esistenti, eventuali procedure amichevoli instaurate, bilanci e *income statement* consolidati

payments and especially related party service fees. Countries expressing this view are primarily those from emerging markets (Argentina, Brazil, China, Colombia, India, Mexico, South Africa, and Turkey) who state they need such information to perform risk assessment and who find it challenging to obtain information on the global operations of an MNE group headquartered elsewhere. Other countries expressed support for the way in which the balance has been struck in this document. Taking all these views into account, it is mandated that countries participating in the BEPS project will carefully review the implementation of these new standards and will reassess no later than the end of 2020 whether modifications to the content of these reports should be made to require reporting of additional or different data", OECD, Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, 16 settembre 2014

¹⁷⁰ OECD, *op. cit.*, 2015, pag. 14

¹⁷¹ MUSSELLI A.-MUSSELLI A. C., *Transfer Pricing*, Il Sole24Ore, Milano, 2012, pag. 582; OCSE, *Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, 5 ottobre 2015; OECD, *Linee Guida Ocse sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali*, luglio 2017, pagg 234-235

relativi agli ultimi esercizi).

In merito alla necessità di optare fra la modalità “*aggregata*” e quella “*per linea di business*” per una migliore esposizione della realtà economica dell’impresa all’Amministrazione finanziaria “... è poco chiaro come i contribuenti debbano fare questa scelta, che potrebbe essere molto complessa per imprese operanti a livello globale”¹⁷². Tale imprecisione è voluta dall’OCSE per lasciare maggiore libertà di scelta ai contribuenti, al fine di giungere ad un’esatta illustrazione della politica di prezzi di trasferimento sostenuta dall’impresa.

Una particolare idea da parte degli operatori economici è venuta dalla multinazionale *Deloitte* che aveva richiesto di optare per la predisposizione di un *Masterfile regionale*, per un maggior dettaglio delle attività svolte. Questa opzione è stata, però, scartata a priori dall’OCSE, in quanto non solo avrebbe dato origine ad una parziale sovrapposizione tra il *Masterfile* regionale e il documento nazionale, ma forte sarebbe stato anche il rischio di una apposita suddivisione delle attività svolte nelle varie regioni, per poter così eclissare le interconnessioni tra i diversi documenti sintomatiche di fenomeni di BEPS.

Parte della dottrina, prendendo una specifica posizione, ha sostenuto che “*la preparazione del master file su base unitaria è preferibile all’approccio per linea di business*”, in quanto il primo approccio condurrebbe verso esiti in maggior misura comparabili, dopo essere stato applicato alle diverse strutture delle imprese multinazionali, al contrario, la “*linea di business non produrrebbe nessuna novità poiché nel Master file essa è già presente*”¹⁷³.

In definitiva, la decisione dell’OCSE di optare per la scelta più adeguata tra la predisposizione unitaria e la linea di business sembrerebbe la più opportuna, in *compliance* con l’intento del Progetto BEPS, di conseguenza finalizzata ad assicurare un’opportuna aderenza tra il documentato e la realtà economica dell’impresa.

Il secondo documento del *three-tiered approach*, il *Local File* è teso a fornire specifiche informazioni in merito alle transazioni infragruppo con particolare riferimento alla società “locale” cui si riferisce¹⁷⁴. Esso va analizzato di concerto con il *Masterfile*, concentrando l’attenzione su una singola impresa operativa in un dato Stato e sulle transazioni intraprese tra la stessa e le altre imprese del gruppo situate all’estero. Le informazioni scaturenti dal *Local File* sono alquanto dettagliate e comprendono l’analisi di comparabilità, oltre che la selezione e l’applicazione del metodo di *transfer pricing* più idoneo per l’impresa. In particolare, tale documento si articola in tre sezioni, ossia “impresa locale”, “transazioni controllate” ed “informazioni finanziarie”. La prima sezione è volta a

¹⁷² OECD, *Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting – Public Comments Received*, vol. I, Publishing Paris, 2014, pag. 103

¹⁷³ OECD, *Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting – Public Comments Received*, vol. II, OECD Publishing, Paris, 2014, pag. 120

¹⁷⁴ OECD, *Linee Guida Ocse sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali*, luglio 2017, pag. 235

delineare l'impresa locale oggetto dell'analisi, la sua struttura direzionale, oltre che i soggetti preposti ai dirigenti, con l'indicazione eventuale dello Stato estero di residenza; la necessità di quest'ultimo punto risiede nel fatto che così si possa appurare se in capo all'impresa sussista la capacità di assumere e controllare eventuali rischi. Inoltre, in tale sezione si evidenziano le strategie di business perseguite, precisando se l'impresa abbia sostenuto recenti operazioni straordinarie o sia risultata parte attiva in trasferimenti di beni immateriali; infine si elencano i grandi *competitors* dell'impresa, oltre che le modalità utilizzate per giungere al campione di soggetti indicati. La seconda sezione è relativa alle transazioni tra le società del medesimo gruppo, distinte secondo la loro affinità e riportando, per ciascuna categoria, la descrizione dei beni/servizi oggetto di tali operazioni, gli importi e le imprese coinvolte, gli eventuali accordi scritti, un'analisi funzionale dell'impresa e dei soggetti coinvolti nell'operazione ed, infine, il metodo di valutazione dei prezzi di trasferimento applicato alla specifica transazione. A tal proposito, va specificato il soggetto prescelto come *tested party* (nella normalità quello che svolge il minor numero di funzioni), le eventuali operazioni comparabili tra soggetti indipendenti e i relativi aggiustamenti di comparabilità, al fine di giungere ad un esito descrittivo delle cause che hanno spinto a ritenere che il prezzo praticato potesse essere conforme a quello eventualmente pattuito tra imprese indipendenti. Va, in aggiunta, allegata l'eventuale copia di APA o altri accordi con terze giurisdizioni, relativi ai prezzi di trasferimento connessi con le specifiche imprese coinvolte nelle operazioni predisposte. L'ultima sezione, infine, comprende tutte le informazioni finanziarie: i bilanci d'impresa, le indicazioni delle modalità di utilizzo dei dati finanziari per l'applicazione del *transfer pricing* ai bilanci dell'impresa, e i dati finanziari sintetici sui comparabili usati nell'analisi, con l'indicazione delle fonti di provenienza dei dati stessi.

In Italia, tale documento è riferito alla cd. "*Documentazione nazionale*", che raccoglie informazioni dettagliate sulle transazioni che la società residente (o la stabile organizzazione) intendono documentare. In essa, il contribuente dovrà fornire le seguenti informazioni¹⁷⁵:

- la descrizione del business e delle strategie della società controllata;
- la descrizione, l'elenco e la rappresentazione grafica delle operazioni *intercompany* cui la società ha preso parte nel periodo di imposta;
- l'analisi di comparabilità;
- la descrizione dei passaggi logico-concettuali che hanno comportato la scelta del contribuente nazionale ad utilizzare un determinato metodo di *pricing*, e il motivo di esclusione degli altri;
- l'elenco dei *comparables* selezionati, e la loro rispondenza alle analisi svolte sui fattori di comparabilità;

¹⁷⁵ MUSSELLI A.-MUSSELLI A. C., *op.cit.*, pag. 585

- la descrizione delle *transfer pricing policies* del gruppo.

Può sembrare strano ma anche la lingua con cui vengono redatti i documenti suddetti è di estrema rilevanza, in quanto gli stessi motivi di efficienza ed ottimizzazione dei costi hanno portato l'OCSE a suggerire la predisposizione del *Masterfile* in lingua inglese mentre il *Local File* in lingua locale; inoltre, nell'ipotesi in cui l'Amministrazione finanziaria ritenga opportuno una traduzione nella lingua locale di specifiche parti del *Masterfile*, bisognerà effettuare un'apposita richiesta al contribuente, rispettando il tempo necessario per lo svolgimento di tale attività¹⁷⁶.

2.4.2. Il Country File.

L'obbligo di rendicontazione Paese per Paese è stato rinvenuto per la prima volta nel 2014, all'interno del documento OCSE "*Discussion Draft*", ove, sottolineando l'importanza del *Masterfile*, si è rimarcata la necessità di comprendere, nell'ambito degli oneri documentali sui prezzi di trasferimento, il *Country by Country Report*; il più recente documento che comprende un insieme d'informazioni relative all'allocazione globale dei profitti, alle imposte pagate, a specifici indicatori economici (*tangible assets*, numero di dipendenti, costi del personale, ecc.), con riferimento ai vari Paesi in cui il gruppo multinazionale opera; indicatori, tra l'altro, utili all'Amministrazione finanziaria per la valutazione di eventuali rischi di *transfer pricing*, oltre che l'identificazione di ulteriori *BEPS issues*.

Va comunque evidenziato che l'Amministrazione finanziaria non può utilizzare tale documento per eventuali *transfer pricing adjustments*, in quanto essi dovranno basarsi obbligatoriamente su specifiche analisi funzionali e di comparabilità, in linea con la prassi internazionale in materia di *transfer price*¹⁷⁷.

Il *Country File*, predisposto a sostegno del *Masterfile*, contiene, dunque, l'analisi dei prezzi di trasferimento relativi alle operazioni poste in essere tra la *local entity* e le società del gruppo residenti in altri Stati. Rapportato al *Masterfile* e al *Local file*, esso rappresenta il documento più rigido in assoluto ed è uno strumento molto utile per le Amministrazioni finanziarie, al fine di verificare la rischiosità insita in date operazioni infragruppo e “...non può essere usato come sostituto di una dettagliata analisi di *transfer pricing* delle transazioni e dei prezzi praticati basata sulle analisi funzionale e di comparabilità”¹⁷⁸.

Tale precisazione dell'OCSE concorda in pieno con il Progetto BEPS, che tenta di dare maggiore valenza alle suddette analisi, al fine di garantire che il relativo esito, in termini di determinazione dei prezzi di trasferimento, risulti il più possibile aderente alla realtà e conforme alla condotta tenuta da imprese tra loro indipendenti.

¹⁷⁶ CFE, *Comments to the OECD "Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and Country by Country Reporting"*, F.C. n. 2, marzo 2014

¹⁷⁷ OCSE, *Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting*, 30 gennaio 2014

¹⁷⁸ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 46

Inoltre, al fine di evitare che il contribuente sia obbligato a sostenere gravosi costi, derivanti da un eccessivo grado di dettaglio delle informazioni elargite, la formulazione prevista dall'*Action 13* del Progetto BEPS, permette ai legislatori nazionali di stabilire “... *soglie di materialità che tengano conto delle dimensioni e della natura dell'economia locale, dell'importanza del gruppo multinazionale per quell'economia, delle dimensioni e della natura delle entità operanti a livello locale e, non ultimo, delle dimensioni complessive del gruppo multinazionale*”¹⁷⁹.

In linea generale, il *Country File*, predisposto per le imprese di grandi dimensioni con un fatturato non inferiore ai 750 milioni di euro, deve fornire:

- una descrizione delle transazioni *intercompany* (tipologia, ammontare, parti coinvolte);
- l'analisi funzionale con riferimento a ciascuna tipologia di transazione;
- l'enunciazione del metodo di *transfer pricing* adottato;
- una rappresentazione delle eventuali transazioni intercorse con parti indipendenti comparabili a quelle infragruppo;
- una descrizione della società selezionata quale *tested party* ai fini dell'analisi di comparabilità;
- l'esposizione dell'analisi di comparabilità effettuata;
- un'illustrazione delle ragioni per le quali si ritiene che la società abbia operato in conformità al principio dell'*arm's length*.

Alla luce delle misure adottate nel contesto del Progetto BEPS, il *Country by Country Report* è composto da tre distinte tabelle. Nella prima, cd. “*Panoramica dell'allocazione dei ricavi, imposte ed attività per singola giurisdizione fiscale*”, per ciascuno Stato, dotato di autonomia fiscale, dove è svolta l'attività attraverso controllate o stabili organizzazioni, la capogruppo ne evidenzia: i redditi derivanti da operazioni tra le società del gruppo e i redditi derivanti da transazioni con parti terze; gli utili e le perdite *ante imposte*; le imposte pagate nell'esercizio e quelle di competenza dello stesso; il capitale sociale e le riserve; il numero di dipendenti, a fine anno o in media annuale; il valore delle attività materiali. Nella seconda tabella, cd. “*Lista di tutte le imprese parte del gruppo per giurisdizione con indicazione dell'attività svolta*”, invece, s'individuano le società o le stabili organizzazioni del gruppo, ponendo in evidenza i casi in cui la residenza fiscale non è nello Stato di costituzione, nonché la principale attività svolta da ciascuna entità; infine, nella terza tabella, cd. “*Ulteriori informazioni*” riportano eventuali commenti. A tal proposito, ciascuna società coinvolta dovrà indicare una serie di peculiari informazioni, tra le quali:

- *Tax Jurisdiction*, cioè un elenco delle giurisdizioni ove le società del gruppo sono

¹⁷⁹ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 62

fiscalmente residenti; nell'ipotesi di una duplice residenza si attua la normativa prevista contro le doppie imposizioni;

- *Revenues*, ossia il fatturato di tutte le società del gruppo, derivante da transazioni infragruppo, e quello derivante da transazioni con società indipendenti, oltre che il totale complessivo delle transazioni tra società dipendenti ed indipendenti¹⁸⁰;
- *Profit/Loss Before Income Tax*, va indicata la somma di profitti/perdite ante imposte di tutte le società del gruppo;
- *Income Tax Paid (on Cash Basis)*, va riportato l'ammontare delle imposte sui redditi effettivamente pagato nel periodo di riferimento da tutte le società del gruppo;

- *Number of Employees*, va indicato il numero dei dipendenti di ogni società del gruppo, con riferimento alla media dei dipendenti a fine esercizio; è previsto un dato limite di approssimazione che comunque non dovrà pregiudicare la correttezza delle informazioni;
- *Tangible Assets*: dovrà essere indicata la somma dei valori netti di bilancio dei beni tangibili delle società del gruppo, escludendo da tale indicazione valori monetali, finanziari ed intangibili.

Nell'approccio all'analisi degli schemi contenuti nell'*Action 13*, immediatamente si rileva la numerosità delle informazioni richieste alle multinazionali, soprattutto considerando le cospicue e potenziali imprese che possono far parte del gruppo¹⁸¹. Numerose a riguardo sono state le critiche rivolte al *Country by Country Report*, soprattutto in merito all'eccessivo onere a carico dei contribuenti per la predisposizione di tale documento, ove si riscontra l'immissione di molti dati inutili, in quanto già in possesso dell'Amministrazione finanziaria. In particolare, è stato sostenuto che se “... *includere ricavi, utile ante-imposte, imposte, numero di impiegati e codice attività può fornire informazioni sufficienti per una valutazione sommaria del rischio fiscale*”, allo stesso modo, “... *non sono necessari per una valutazione ad ampio spettro del rischio fiscale e dovrebbero essere considerati come parte dell'aggiornamento del local file*”¹⁸².

Il dato importante è che il documento in esame non abbia un mero scopo descrittivo o statistico, ma essendo indice d'informazioni piuttosto esatte, persegua la finalità di una ricostruzione della situazione reddituale dell'impresa in aderenza con la realtà economica. Inoltre, la sezione relativa agli

¹⁸⁰ OCSE, *Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, 5 ottobre 2015

¹⁸¹ Si pensi a gruppi multinazionali quali Nestlé, Procter & Gamble, Coca Cola, ecc., che controllano centinaia di marchi e potenzialmente migliaia di soggetti incaricati delle varie funzioni.

¹⁸² OECD, *Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting – Public Comments Received*, vol. I, OECD Publishing, Paris, 2014, pag. 104

“utili accumulati”, se messa in relazione con quella del “numero di impiegati” risulta di notevole rilevanza per far emergere l’eventuale esistenza di un fenomeno di BEPS.

Uno dei punti di forza della nuova disciplina OCSE sta nel fatto che la documentazione sui prezzi di trasferimento deve essere conservata dal contribuente per un periodo di tempo "ragionevole", in quanto l’Amministrazione finanziaria può “*richiedere che gli obblighi di documentazione sul transfer pricing vengano assolti contemporaneamente al perfezionarsi dell’operazione o comunque non oltre la data di presentazione della dichiarazione*”¹⁸³. Il contrasto con la precedente disciplina è notevole in quanto in essa pur se si riconosceva l’importanza di un’adeguata documentazione per dimostrare il corretto operato di un’impresa multinazionale, si riteneva che comunque “*il bisogno di documenti deve essere bilanciato con i costi e gli oneri amministrativi, soprattutto dove il processo coinvolge la creazione di documenti che non sarebbero stati predisposti in assenza di apprezzamenti di carattere fiscale*”¹⁸⁴. Vi era dunque una certa riluttanza nel far sostenere alle multinazionali costi connessi a valutazioni di carattere esclusivamente fiscale, purtroppo però tale atteggiamento ha condotto numerose imprese verso comportamenti estremi di erosione della base imponibile; di conseguenza l’Organizzazione internazionale ha ritenuto, ad un certo punto, fondamentale intervenire con un tenace intervento diretto ad arginare il fenomeno¹⁸⁵.

Un ulteriore punto di forza della nuova disciplina OCSE in materia “documentale” riguarda l’altra faccia della medaglia, ossia incoraggiare i contribuenti "virtuosi", disposti tra l’altro ad adoperarsi per predisporre una documentazione conforme alle richieste dell’Amministrazione finanziaria, predisponendo, per contro, l’adozione di determinate sanzioni nei confronti delle imprese che non si adeguino alla nuova disciplina in materia di informativa. In merito a ciò, diversi Stati, tra cui l’Italia, hanno preferito convogliare l’attenzione sugli incentivi devoluti alle imprese, piuttosto che concentrarsi sul sistema repressivo, al fine di conseguire una maggiore *compliance* da parte dei contribuenti, attraverso varie misure, come ad esempio l’esenzione da sanzioni nell’ipotesi di un’adeguata rettifica dei prezzi di trasferimento.

Dal lato delle Autorità fiscali, le *Transfer Pricing Guidelines*, avendo limitato le risorse disponibili per le agenzie delle entrate, hanno stabilito che le stesse dovranno essere indirizzate verso le imprese con un rischio elevato di *transfer pricing*. A tal proposito, la documentazione relativa alle modalità di determinazione e gestione dei prezzi di trasferimento rappresenta un valido strumento per effettuare una prima valutazione e selezione dei soggetti da sottoporre a verifica. In tal senso, si spiega, inoltre, l’esigenza del *Country by Country Report*, utile per un’analisi più approfondita del rischio di *transfer pricing* di un dato soggetto, così che le Amministrazioni possano optare verso quali imprese indirizzare le proprie risorse, o meglio ancora, verso quali unità, all’interno del gruppo multinazionale di elevate dimensioni, concentrare la loro attenzione.

¹⁸³ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 42

¹⁸⁴ OECD, *op. cit.*, 2010, pag. 189

¹⁸⁵ WRIGHT, *op. cit.*, 2016, pag. 104

L'Amministrazione finanziaria, inoltre, deve limitare nel tempo la richiesta di documentazione alle imprese, in quanto per gli anni precedenti a quelli del corrente esercizio si possono richiedere i documenti in questione soli nei casi di estrema necessità di consultazione, in considerazione anche delle connesse difficoltà di reperimento aziendale. In merito, invece, alle modalità di conservazione della documentazione (cartacea, elettronica, ecc.) non esiste un'apposita regolamentazione, ma ci si attiene alla discrezionalità del contribuente, purché egli sia in grado di fornire le informazioni, eventualmente richieste dall'Amministrazione, in formato adeguato. In aggiunta, la documentazione di *transfer pricing* deve essere rivista “periodicamente” al fine di verificare la validità dell'analisi funzionale effettuata e della metodologia di *transfer pricing* adottata.

In realtà, per poter ridurre e semplificare gli oneri di *compliance*, le disposizioni in materia di documentazione possono prevedere che il set di *comparables* sia aggiornato ogni triennio, purché le analisi alla base del *transfer pricing study* non abbiano subito modificazioni significative¹⁸⁶.

Gli studi BEPS hanno sottolineato come la materia del *transfer pricing* è quella in cui più agevolmente possono essere attuati, da parte delle imprese multinazionali, schemi di pianificazione fiscale aggressiva. Secondo l'OCSE, l'introduzione di *standards* documentali in linea con quelli illustrati sin qui rappresenta la risposta più idonea all'elusione fiscale internazionale nel settore dei prezzi di trasferimento, in quanto l'azione di contrasto all'erosione della base imponibile nell'ambito del *transfer pricing* da parte dei singoli Stati non può prescindere da un'attuazione tempestiva e coordinata degli *standard di reporting* Paese per Paese, sviluppati nel contesto dell'*Action 13* del Progetto BEPS.

Dunque, risulta apprezzabile l'intervento del legislatore italiano che, conformemente alle indicazioni OCSE, ha introdotto, a carico delle imprese, gli obblighi di rendicontazione Paese per Paese, senza tuttavia trascurare le esigenze di tutela della riservatezza delle informazioni fornite, particolarmente sentite da parte dei contribuenti.

Infatti, un ulteriore e significativo aspetto per il contribuente, tenuto in considerazione dal legislatore italiano in sede di introduzione dell'obbligo di rendicontazione Paese per Paese, ha riguardato proprio la riservatezza delle informazioni fornite. A tal proposito, l'Amministrazione finanziaria deve garantire che non vengano divulgati i segreti commerciali e tutte le informazioni riservate, relative al business della società/gruppo, rese durante una verifica o in sede di rendicontazione. Semmai si rendesse necessaria la suddetta divulgazione, come nel caso di eventuali

¹⁸⁶ “Clear guidance should also be provided on the 'timing issues', by including specific wording on the fact that information required to prepare substantial documentation can be usually gathered at various times: before the transaction takes place (typically for ex-ante transfer pricing systems where parameters are set prior to the start of a year); at the time the transaction takes place (e.g., CUP information for commodities), or after the end of the financial year in which the transaction takes place (e.g., comparable searches to test the outcome for ex-post transfer pricing systems). Information gathered at any of these moments can result in appropriate documentation provided the timing can reasonably be supported”, CFE, Comments to the OECD “Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and Country by Country Reporting”, FC, 2, marzo 2014

contenziosi, l'Amministrazione o altro ente che ne faccia utilizzo, deve attenersi ai limiti e alle condizioni imposte dalle finalità per le quali la divulgazione stessa è avvenuta¹⁸⁷.

In effetti, il rischio di una divulgazione di dati sensibili strettamente riservati, che tra l'altro potrebbero arrecare danni economici all'impresa coinvolta, rappresenta un argomento alquanto delicato, al punto tale che il *BEPS Monitoring Group* ha sostenuto che “...la riservatezza mina la fiducia della gente creando un'impressione che le autorità fiscali stiano facendo accordi segreti con le grandi imprese”¹⁸⁸. L'OCSE, dal suo canto, senza alcun stravolgimento, ha suggerito alle Amministrazioni finanziarie di sforzarsi il più possibile nell'evitare una divulgazione d'informazioni sensibili, evidenziando di procedere ad un'eventuale diffusione esclusivamente in casi di estrema necessità¹⁸⁹.

Per tutelare le imprese e favorire la cooperazione tra gli Stati nella diffusione delle informazioni, anche parte della dottrina ha evidenziato che “sarebbe appropriato un meccanismo secondario, attraverso la compilazione a livello locale o da parte di un'altra impresa del gruppo operante in luogo della ultimate parent, e lo scambio automatico del report così prodotto”¹⁹⁰.

In definitiva, le Linee Guida sulla base del Progetto BEPS assicurano che le regole sul prezzo di trasferimento siano in grado di ottenere come risultato finale la corretta imputazione dei profitti della gestione operativa alle attività economiche che li hanno concretamente generati.

Al fine di raggiungere il suddetto obiettivo, è quindi necessaria una precisa definizione delle transazioni tra le imprese, mediante l'analisi delle intercorrenti relazioni contrattuali, in combinazione con l'effettiva condotta delle imprese stesse. Detta condotta potrà integrare o sostituire gli accordi negoziali qualora i contratti risultassero incompleti o diversi dalla medesima. In tal modo, le Linee Guida puntano a una corretta applicazione dei metodi di valutazione dei prezzi in una maniera che impedisca il conseguimento dei redditi in luoghi nei quali non avviene la contribuzione per gli stessi. Pertanto, nei casi in cui le transazioni tra imprese consociate manchino di razionalità dal punto di vista commerciale, l'OCSE autorizza a ignorare tali contratti ai fini del prezzo di trasferimento.

Va da sé che, di estrema importanza, diventa a tal proposito il problema della soggettività di tale valutazione, ma per rimediare a ciò l'OCSE garantisce l'*approccio olistico* del Piano BEPS: tutte le azioni del Progetto sono collegate tra di loro, per cui vanno intese come parti integranti di un unico ed inscindibile sistema.

Al fine di riassumere il concetto suddetto si riporta, in ultima analisi, un esempio chiarificatore relativo alle cd. *cash boxes*, ossia quelle società aventi nel gruppo il patrimonio maggiore, ma prive di qualsiasi altra importanza a livello di effettivo svolgimento di attività. Tali società non vantano nessun diritto sui redditi generati dal gruppo, al di fuori del *risk-free return*; in aggiunta, qualora vi fossero degli introiti, rappresentati esclusivamente da interessi, già marginali di per sé, andrebbero comunque soggetti a deducibilità, così come previsto dall'*Azione 4 (Interest Deductions)*. Inoltre, diviene

¹⁸⁷ Ibidem

¹⁸⁸ OECD, *op. cit.*, 2014, pag. 164

¹⁸⁹ OECD, *op. cit.*, 2015, pag. 19

¹⁹⁰ DALUZEAU X., *BEPS and Transfer Pricing: What Do We Do Now?*, Tax Planning International Review, vol. 43 n. 1, pag. 7

estremamente complesso strutturare i pagamenti presso il Paese in cui è residente la *cash box* (così da scongiurare operazioni elusive), grazie alle Linee Guida sull'impedimento degli abusi perpetrati, fornite con riguardo all'*Azione 6 (Treaty Abuse)*. In aggiunta, la *cash box* con limitata o addirittura nulla attività economica verrebbe immediatamente sottoposta alla normativa *Controlled Foreign Companies*, di cui all'*Azione 3 (CFC Rules)*. In più, non va dimenticato che le previsioni di cui all'*Azione 13 (Transfer Pricing Documentation)* obbligano le aziende a fornire qualsiasi informazione idonea a rendere assolutamente trasparente l'attività di tutte le entità del gruppo, attraverso la compilazione, in Italia, del *Masterfile* e del *Local File* e, in altri Paesi anche del nuovo *Country by Country Report*, per cui queste disposizioni potranno rendere effettivamente impossibile nascondere il ruolo della *cash box*, in quanto l'approccio olistico del Progetto BEPS garantisce che, nelle loro strategie, i grossi gruppi multinazionali preferiranno accantonare l'idea di utilizzare le *cash boxes* per allocare i profitti in giurisdizioni fiscalmente convenienti ed eludere il nesso di competenza con le rispettive attività economiche che li generano. Preso atto che le valutazioni concernenti il *transfer pricing* sono dipendenti dall'analisi di fatti e circostanze che implicano interpretazioni soggettive, risulta comunque elevato il rischio di una doppia tassazione. L'*Azione 14 (Dispute Resolution)*, onde migliorare l'efficacia e l'efficienza dei meccanismi di risoluzione delle dispute, ha incluso un nuovo standard minimo per dare accesso alla Procedura di Accordo Reciproco (*Mutual Agreement Procedure*), ex art. 25 del Modello Convenzionale, per tutti i casi di *transfer pricing*; bisogna tener comunque presente che attualmente le procedure amichevoli rappresentano un "*pactum de negoziando*", ossia un impegno a negoziare una soluzione, ma non certo un "*pactum de contrahenda*", ovvero un obbligo a giungere ad una soluzione concreta¹⁹¹. A tal proposito, al fine di rafforzare le Linee Guida, i Paesi membri del G20 si sono impegnati all'arbitrato vincolante (*binding arbitration*), specificando che non verrà fornito accesso a tale arbitrato nei casi di *transfer pricing* in modo tale da eliminare qualsiasi possibile via di fuga da parte del contribuente.

2.4.3. La competenza dell'onere della prova.

Con la disciplina *transfer pricing*, tra i vari obiettivi, il legislatore ha inteso incoraggiare le attività di accertamento fiscale, dando la possibilità all'Amministrazione finanziaria all'accesso a numerosi dati privati aziendali, che probabilmente non avrebbe potuto reperire in modo autonomo, tramite ispezioni e verifiche presso le diverse imprese di un gruppo multinazionale.

Con l'acquisizione delle informazioni predette, insieme con la presentazione obbligatoria da parte delle imprese dei necessari oneri documentali, s'instaura un controllo fiscale attivo su base cooperativa delle politiche di *transfer pricing* delle imprese residenti appartenenti al gruppo multinazionale; in aggiunta a ciò, mediante la comunicazione preventiva si permette un miglioramento nell'orientamento dell'azione di

¹⁹¹ VAN DE VIJVER A., *International Double (Non-)taxation: Comparative Guidance from European Legal Principles*, EC Tax Review n. 5, Kluwer Law International, 2015, pag. 247

controllo¹⁹².

In realtà, un'autorevole dottrina ha rilevato che l'introduzione dell'onere documentale *ex art. 26 D.L. 78/2010*, “...ancorché non abbia portato a risultati concreti in termini di effettivo recupero di capacità contributiva, ha alimentato, per contro, un consistente contenzioso quasi sempre risolto a favore del contribuente”¹⁹³.

Già da tempo, la Corte di giustizia europea ha valorizzato il ricorso ai diversi strumenti comunitari di scambio d'informazioni, definendoli persino obbligatori in alcune circostanze per i Paesi membri, per poter acquisire fondamentali elementi di valutazione per le operazioni infragruppo. In effetti, anche se vi è l'esigenza di potenziare la leale e reciproca cooperazione tra gli Stati membri, la Corte ha ritenuto come non ci fosse la necessità di porre a carico del contribuente un peso alquanto gravoso derivante dal fornire una prova che potrebbe risultare estremamente complessa, ribadendo il principio che “*la previsione, da parte di uno Stato, di oneri di tipo procedurale può costituire una misura restrittiva avente l'effetto di ostacolare l'esercizio delle libertà fondamentali. In questo stesso senso, del resto, si è orientato il Codice di condotta (per la documentazione europea sul transfer pricing) laddove si è manifestata la duplice esigenza di non imporre al contribuente costi di conformità o oneri amministrativi eccessivi e, al contempo, di bilanciare le contrapposte posizioni dell'Amministrazione fiscale e dei contribuenti medesimi. Si tratta, del resto, di principi sui quali vi è ampio consenso tra gli Stati, come testimonia l'inclusione del canone del reasonable effort in seno alle Guidelines elaborate dall'OCSE in materia di transfer pricing*”¹⁹⁴.

La dottrina in accordo con gli orientamenti giurisprudenziali ammonisce nel senso che se l'onere documentale previsto dal più volte citato art. 26 del D.L. 78/2010 dovesse essere utilizzato quale strumento per addossare di fatto esclusivamente sul contribuente l'onere della prova in materia di prezzi di trasferimento intercompany, allora la disciplina in questione si porrebbe in contraddizione con la suddetta nonna, oltre che con gli orientamenti maturati in seno all'Unione Europea¹⁹⁵.

In effetti, anche il nostro ordinamento tributario pone l'onere della prova, in materia di *transfer pricing*, a carico dell'Amministrazione finanziaria, salvo caso contrario¹⁹⁶. A tal proposito, più volte la Corte di Cassazione è stata interpellata per dirimere controversie relative all'imputazione dell'onere della prova, sfociate, tra l'altro, in sentenze che hanno maggiormente contribuito a cristallizzare il principio di spettanza dell'onere a carico dell'Amministrazione finanziaria. In realtà, nel 2006, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 22023 del 22 giugno 2006, per la prima volta ha affrontato il problema dell'onere della prova nel *transfer pricing* sostenendo che “...l'onere della prova della ricorrenza dei presupposti dell'elusione grava, in ogni caso, sull'Amministrazione che intenda operare le conseguenti rettifiche”¹⁹⁷; tutto ciò è stato poi ribadito nel 2007

¹⁹² Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n. 58/E del 15 dicembre 2010

¹⁹³ CAPOLUPO S., *D.L. 31 maggio 2010, n.78 convertito - Transfer pricing. Predisposizione della documentazione e disapplicazione delle sanzioni*, Il Fisco n.33, 2010, pag. 3502 e ss.

¹⁹⁴ Cfr. Corte di Giustizia UE, nella causa C-311/08 del 21 gennaio 2010, «SGI»; Corte di giustizia CE, 28 aprile 1998, causa C-118/96, «Safir», par. 26; Corte di giustizia UE, 27 gennaio 2009, causa C-318/07, Hein Persche.

¹⁹⁵ VALENTE P., *The Burden of Proof and Transfer Pricing*, International Transfer Pricing Journal, agosto 2011

¹⁹⁶ Si pensi ad esempio all'alternativa dell'onere della prova a carico del contribuente posta dall'art. 167, comma 5, del Tuir, quando, in materia di imputazione per trasparenza ai soggetti italiani del reddito prodotto indeterminate giurisdizioni (*CFC rule*), afferma che “...le disposizioni ... non si applicano se il soggetto residente dimostra, alternativamente che ...”.

¹⁹⁷ VALENTE P., *Le novità del Transfer Pricing*, Ipsoa, 2010, pag. 320

“...l'onere di provare e motivare il valore normale ricade sull'Amministrazione Finanziaria”¹⁹⁸.

In base a tali presupposti, l'assunzione della documentazione prevista per il *transfer pricing* obbligherebbe l'Amministrazione finanziaria non soltanto a provare l'incongruità dei prezzi infragruppo ma anche l'inattendibilità delle informazioni previste nel *transfer pricing policy*. L'Amministrazione che intendesse rivalere il proprio diritto ad una maggiore imposizione fiscale dovrebbe dar prova dell'illegittimità della politica dei prezzi adottata dal contribuente, il quale presentando il suo rapporto *transfer pricing*, rafforzerebbe la propria posizione difensiva¹⁹⁹.

In sostanza, vige il fondamento che l'Amministrazione finanziaria è sempre e comunque tenuta a verificare il conseguimento da parte dell'impresa di un beneficio fiscale derivante da un ingiustificato trasferimento di base imponibile all'estero, originato da una politica di *transfer pricing* aggressiva, con la verifica che l'impresa associata estera usufruisca di un regime fiscale più favorevole rispetto all'impresa nazionale.

Con la sentenza n. 164 dell'aprile del 2009 la Commissione Tributaria della Lombardia rigettava l'appello proposto dall'Agenzia delle Entrate, avverso la decisione di primo grado che, in accoglimento del ricorso della società contribuente, aveva annullato gli avvisi di accertamento ai fini Irpeg, Irap e Iva per gli anni d'imposta dal 2003 al 2006. Il giudice d'appello riteneva totalmente infondata la pretesa fiscale fatta valere con i suddetti atti impositivi viziati sia in relazione alle riprese per indebite svalutazioni delle rimanenze sia relativamente al recupero di alcuni costi d'acquisto, per i quali l'Amministrazione aveva riconosciuto la non corretta applicazione della normativa sul *transfer pricing* (art. 110, comma 7, del DPR 917/1986), a causa della condotta elusiva posta in essere dalla contribuente. Avverso la suddetta decisione, l'Agenzia delle Entrate proponeva ricorso per Cassazione, denunciando, tra l'altro, la violazione dell'art. 110, nonché l'insufficiente motivazione su un fatto decisivo della controversia (art. 360, n. 5, c.p.c.)²⁰⁰.

In modo più dettagliato, la società verificata, facente parte di un gruppo multinazionale statunitense che commercializza software per *Playstation*, nell'ultimo giorno dell'esercizio sociale, contabilizzava una fattura emessa da una consociata britannica, per un importo di circa un milione di euro, con cui venivano rettificati in aumento i prezzi dei prodotti dalla stessa acquistati nel corso dell'esercizio. L'Amministrazione finanziaria, sulla base dei contenuti del relativo verbale di constatazione, considerò tale operazione come elusiva, in quanto finalizzata al drenaggio degli utili conseguiti dalla società mediante l'abuso dello strumento dei prezzi di trasferimento. In tal senso deponavano:

- la data dell'operazione, effettuata l'ultimo giorno dell'esercizio fiscale, quando erano noti i consuntivi della redditività delle due società protagoniste dell'operazione;
- la natura dell'operazione economica, rappresentata da una rettifica in aumento di prezzi già praticati nel corso dell'anno dalla società fornitrice;

¹⁹⁸ Corte di Cassazione sent. n. 11226 del 16 maggio 2007

¹⁹⁹ COMI G., MARCONI M., *Transfer Pricing: le direttive dell'Agenzia per un'adeguata documentazione*, *Fiscalità Internazionale* n.6, 2010, pag. 503 e ss.; CAPOLUPO S., *op. cit.*, pag. 5302

²⁰⁰ VALENTE P., *La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di transfer pricing*, *Il fisco*, fasc. 1, n. 44, 2012, pagg. 7063- 7065

- lo scostamento, a seguito della rettifica, del prezzo praticato con quello medio di acquisto degli stessi prodotti da parte della società italiana.

Ne conseguiva il disconoscimento, da parte dell'Amministrazione, dei costi derivanti dalla suddetta operazione, con conseguente applicazione (ai sensi del combinato disposto dell'art. 110, comma 7, dell'art. 9 del D.P.R. n. 917/1986), del valore normale dei beni in questione, determinato nel prezzo medio di vendita, epurato delle rettifiche in aumento contestate, applicato dalla venditrice inglese alla società italiana nel corso di tutto l'esercizio esaminato.

La Commissione Tributaria però rigettava l'appello dell'ufficio sulla base delle seguenti argomentazioni:

- l'onere della prova in ordine al comportamento elusivo del contribuente incombe sull'Amministrazione;
- tale onere non sarebbe stato adempiuto nella fattispecie concreta, a fronte degli elementi di prova forniti invece dalla contribuente e rappresentati da uno studio articolato redatto da una società consulente;
- non è stata data dimostrazione dell'intento elusivo della contribuente né tanto meno del vantaggio fiscale tratto da tale operazione.

La Corte di Cassazione, a tal uopo, accoglieva le censure dell'Agenzia delle Entrate con una pronuncia che si inseriva nel solco di un orientamento consolidato in tema di riparto dell'onere probatorio. Il problema della ripartizione dei costi infragruppo riguarda, infatti, anche il profilo dell'esistenza e inerenza dei costi sostenuti, per cui *“l'onere di fornire la dimostrazione dell'esistenza e dell'inerenza di tali componenti negative del reddito, e qualora si tratti - come nella specie - di costi derivanti da servizi o beni prestati o ceduti da una società controllante estera ad una controllata italiana, anche di ogni elemento che consenta all'amministrazione di verificare il normale valore dei relativi corrispettivi non può che cadere - in forza del principio di vicinanza della prova - a carico del contribuente”*²⁰¹. Nel *transfer pricing* il profilo dell'inerenza è rappresentato dalla congruità del costo, potendo l'Amministrazione rettificarlo in base al valore normale così come previsto dall'art. 110 del Tuir.

In coerenza con tali assunti, alla Corte suprema è parsa evidente l'erroneità della sentenza di secondo grado laddove ha ritenuto non assolto l'onere, da parte dell'Agenzia, di provare, anche per presunzioni, il comportamento elusivo della società contribuente. La sentenza *de qua* è stata considerata carente anche dal punto di vista motivazionale, in quanto avrebbe omesso l'esame delle numerose presunzioni fornite dalla parte pubblica (sospetta tempistica dell'operazione, natura dell'operazione, caratterizzata dalla rettifica del prezzo inizialmente stabilito, e differenza coi prezzi normalmente praticati dallo stesso fornitore), fondandosi unicamente su una relazione di una società di consulenza incaricata dalla contribuente, tra l'altro neppure sommariamente richiamata in sentenza.

²⁰¹ Corte di Cassazione, sentenza n. 1709 del 26 gennaio 2007; VALENTE P., *La giurisprudenza... op. cit.*, pagg. 7066- 7067

Va ribadito che la normativa dei prezzi di trasferimento ha la finalità di consentire all'Amministrazione finanziaria un controllo dei corrispettivi praticati tra società collegate e/o controllate residenti in Paesi diversi, al fine di evitare che vi siano arbitraggi fiscali diretti a ottimizzare il carico tributario del gruppo, canalizzando il reddito verso società residenti in Paesi caratterizzati da una più mite fiscalità. Un ruolo fondamentale sotto questo aspetto è assunto proprio dall'art. 110, comma 7, del D.P.R. n. 917/1986, a norma del quale i componenti di reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa o ne sono controllate o che sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa nazionale, sono valutati in base al *valore normale* dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni ricevuti, determinato ai sensi dell'art. 9 del Tuir. La norma costituisce una deroga al principio per cui, nel sistema delle imposte dirette, il reddito viene quantificato sulla base dei corrispettivi pattuiti dalle parti nella singola operazione commerciale. Nell'ipotesi in cui tali corrispettivi si appalesino inattendibili perché manipolati in danno del Fisco italiano, come spesso accade nell'ambito delle transazioni infragruppo, gli stessi vengono sostituiti dal *valore normale* delle prestazioni.

La disposizione in esame si inserisce nel contesto delle garanzie offerte dalla legislazione italiana a favore del fisco (come ad esempio l'art. 110, comma 10, del Tuir, in materia di costi *black-list*), che mirano a evitare la delocalizzazione dei redditi verso Paesi caratterizzati da una fiscalità di vantaggio: a differenza della disciplina dei costi *black-list*, la norma *de qua* non contrasta occultamenti di corrispettivi o fenomeni di simulazione, ma mira a vanificare le manovre che incidono sul corrispettivo palese, "*consentendo il trasferimento surrettizio di utili da uno Stato all'altro*" a seconda della convenienza del livello di imposizione fiscale.

Per tali caratteristiche deve ritenersi, secondo un'interpretazione ormai diffusa a livello di giurisprudenza di legittimità, che tale disciplina costituisca una clausola antielusiva (rientrante nel concetto comunitario di abuso del diritto) finalizzata a evitare che all'interno di un gruppo societario vengano effettuati trasferimenti di utili mediante l'applicazione di prezzi inferiori o superiori al valore normale dei beni ceduti, al fine di sottrarli all'imposizione fiscale in Italia, in favore di legislazioni più miti.

In virtù del fatto che tale materia è intimamente connessa con il fenomeno della doppia imposizione internazionale, è inevitabile che la stessa sia regolata anche da convenzioni e direttive OCSE, soprattutto in materia di oneri di documentazione dei prezzi di trasferimento. L'ordinamento italiano si è adeguato a una di queste direttive con il D.L. n. 78/2010 (convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 122/2010). A tale disposizione ha fatto seguito la Circolare 58/E del successivo 15 dicembre che ha chiarito il tipo di documentazione idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati.

Nella sentenza n. 11949 del 13 luglio 2012, la Cassazione, affermando che l'art. 110 del DPR n. 917/86 ha natura antielusiva, ha precisato che "*in caso di rettifiche di costi, l'onere della prova grava sull'amministrazione per quanto attiene allo scostamento tra il corrispettivo pattuito ed il valore normale dei beni o dei servizi scambiati, secondo le regole generali di cui all'art. 2697 c.c., e sul contribuente con riferimento*

*all'esistenza e all'inerenza dei costi nonché ad ogni elemento che consenta all'ufficio di verificare il normale valore dei corrispettivi, in forza del principio di vicinanza della prova*²⁰².

In effetti, con la sentenza suddetta, la Suprema Corte è ritornata sulla problematica dei prezzi di trasferimento, e dopo aver ribadito che l'onere grava sull'Amministrazione, ha statuito, in aggiunta, l'importante principio in base al quale spetta alla società verificata l'onere non solo di dimostrare l'esistenza e l'inerenza dei costi infragruppo sostenuti, ma anche di fornire ogni elemento che consenta all'Amministrazione finanziaria di verificare il *valore normale* dei corrispettivi, proprio in applicazione del criterio della vicinanza della prova.

L'orientamento giurisprudenziale è divenuto ancora più radicale con la sentenza della Cassazione n. 10739/2013, secondo cui l'Amministrazione finanziaria non deve provare che vi sia elusione o meglio convenienza fiscale, ma solo dimostrare l'esistenza di transazioni anomale tra imprese collegate; spetta invece al contribuente, secondo le regole ordinarie di vicinanza della prova di cui all'art. 2697 c.c., dimostrare che le transazioni sono intervenute per valori di mercato da considerarsi normali ai sensi dell'art. 9, comma 3, del DPR n. 917/86²⁰³.

Quello che risulta necessario per una corretta ripartizione dell'onere della prova è che l'Amministrazione dimostri in concreto l'anomalia dei prezzi delle operazioni sottoposte a verifica; infatti, una volta riscontrato ciò si potrà chiedere al contribuente di fornire eventuali prove che accertino che tale scostamento dai prezzi generalmente praticati sul mercato non esista, o comunque sia giustificato dalle particolari modalità o caratteristiche dell'operazione compiuta.

Tale principio ha trovato conferma nella sentenza della Cassazione n. 22010 del 2013, secondo cui *“... l'onere della prova gravante sull'ufficio – nella materia in esame – resta limitato alla dimostrazione dell'esistenza di transazioni tra imprese collegate e dello scostamento evidente tra il corrispettivo pattuito e quello di mercato (valore normale), non essendo tale onere esteso alla prova della funzione elusiva dell'operazione. Per contro, a fronte degli elementi probatori offerti dall'amministrazione, incombe sul contribuente l'onere di dimostrare – in forza del principio di vicinanza della prova, desumibile dall'art. 2697 c.c. – non soltanto l'esistenza e l'inerenza dei costi dedotti, ma anche ogni altro elemento che consenta all'ufficio di ritenere che la transazione sia intervenuta per valori di mercato da considerarsi normali alla stregua del disposto di cui al d.p.r. n. 917 del 1986, art. 9, 3° comma*²⁰⁴.

In merito alla dimostrazione della prova, notevole importanza ha anche la sentenza della Corte di Cassazione n.16399 del 5 agosto 2015, da cui si evince che *“...per quanto concerne i componenti positivi del reddito, incombe certamente sull'Amministrazione finanziaria - secondo le regole generali in materia (art. 2697 c.c.) – l'onere di provare la fondatezza della rettifica da transfer price, ossia la fondatezza della pretesa fiscale azionata, con riferimento allo scostamento tra il corrispettivo pattuito ed il valore normale dei beni o dei servizi scambiati”*, mentre,

²⁰² VALENTE P., *Manuale di Transfer Pricing*, Ipsa, Milano, pag. 1173 e ss.

²⁰³ NASTASIA G.- MOTTOLA I., *Il transfer pricing: modalità empiriche per la determinazione del valore*, Diritto & Diritti, 2017, pag. 12 e ss.

²⁰⁴ Corte di Cassazione sentenza n. 22010 del 25 settembre 2013

con riferimento alle rettifiche dei costi, poiché il problema della ripartizione dei costi infragruppo coinvolge anche il profilo dell'inerenza, oltre che quello dell'esistenza, dei costi dichiarati in seguito all'addebito di un servizio o di una cessione di beni, effettuati alla società controllata dalla controllante, o da altra società soggetta al medesimo controllo, “...l'onere di fornire la dimostrazione dell'esistenza e dell'inerenza di tali componenti negative del reddito, e qualora si tratti di costi derivanti da servizi o beni prestati o ceduti da una società controllante estera) ad una controllata italiana, anche di ogni elemento che consenta all'amministrazione di verificare il normale valore dei relativi corrispettivi”, non può che ricadere - in forza del c.d. principio di vicinanza alla prova - sul contribuente.

In effetti, la Suprema Corte ha sottolineato come l'onere della prova deve essere ripartito a seconda che riguardi rettifiche sui ricavi o sulla deducibilità dei costi sostenuti. Nel primo caso, l'onere probatorio grava sull'Amministrazione Finanziaria, la quale deve dimostrare sia l'esistenza di transazioni collegate che lo scostamento fra i corrispettivi infragruppo e quelli di mercato; mentre, nel secondo caso, in ossequio al c.d. principio di vicinanza della prova, spetterebbe al contribuente provare sia l'esistenza che l'inerenza dei componenti negativi di reddito. Il contribuente, inoltre, qualora gli venga richiesto, ha anche il compito di produrre qualsiasi elemento in grado di dimostrare come l'operazione infragruppo sia stata conforme ai normali valori di mercato²⁰⁵.

L'Amministrazione fiscale, invece, una volta appurato lo scostamento dal prezzo dal valore normale, attuerà, il c.d. metodo di calcolo tradizionale CUP, conformandolo al prezzo comparabile di libero mercato. A tal fine, potranno essere utilizzati due criteri, ossia o il più frequente “confronto interno”, che paragona il valore del trasferimento dell'oggetto della transazione con quello che verrebbe utilizzato tra un'impresa del gruppo (di solito la capogruppo) e un terzo indipendente; oppure il criterio del “confronto esterno”, che prende come riferimento transazioni fra società estere. Quest'ultimo criterio, però, risulta essere scarsamente applicato, per una serie di fattori che rendono difficile la comparazione (come ad esempio la sensibile diversità dei prodotti). In realtà, i giudici di legittimità, nella sentenza testé ricordata, sono ben consapevoli che al fine dello scostamento fra i corrispettivi pattuiti per le operazioni infragruppo e quello di mercato, non è indefettibile il confronto tra prodotti o servizi “*uguali o similari*”. Infatti, in assenza di quei presupposti, che permettono una comparazione tra le operazioni, è possibile ricorrere a metodi alternativi di matrice sovranazionale, consigliati dall'OCSE, il cui ricorso si ritiene possibile solo in materia di accertamento.

Inoltre, in merito alla fattispecie in cui l'Amministrazione ritenga che le cessioni infragruppo siano state effettuate ad un prezzo inferiore al valore normale dei beni, pervenendo a tale risultato tramite la comparazione dei prezzi applicati dalla società ai beni appartenenti alla medesima categoria e dalla contribuente catalogati tramite un medesimo codice identificativo, e la società si sia limitata a contestare il criterio utilizzato dall'Amministrazione senza fornire alcun metodo alternativo e senza indicare alcun elemento

²⁰⁵ PIANTAVIGNA P., “Rigidità” della Cassazione sugli aspetti probatori in materia di “transfer pricing”, Corriere tributario n. 43, 2015, pagg. 4313-4323

in virtù del quale poter individuare il suddetto “valore normale”, si può ritenere che abbia sbagliato la Commissione Tributaria della Lombardia n. 4/41/2009 (all’inizio della controversia) nel ritenere che l’Amministrazione avesse “*l’onere di fornire ulteriori elementi a sostegno della propria pretesa*” e non incombesse sul contribuente l’onere di “*fornire gli elementi necessari per il calcolo del valore normale dei beni ceduti sul quale poter eseguire la verifica prevista dall’art. 76 comma 5° cit*”. In realtà, i giudici non hanno violato il principio di riparto dell’onere probatorio, in materia di *transfer pricing*, tra Amministrazione e contribuente, essendosi limitati a ritenere “*non raggiunta la prova che le transazioni poste in essere dalla parte con le sue consociate estere siano avvenute a prezzi inferiori al normale*”, soprattutto alla luce del fatto che il confronto, nella fattispecie, “*è stato fatto, non fra prodotti identici fra loro, ma fra quelli appartenenti ad una stessa generica famiglia e non necessariamente simili come struttura e composizione*”²⁰⁶.

Ciò che alla fine, quindi, è stato contestato dalla ricorrente è una questione di fatto, riguardante il raggiungimento o meno della prova dell’elusione fiscale e non certo la violazione dell’art.76 comma 5, del Tuir, con riguardo al riparto dell’onere probatorio.

Più di recente, con la sentenza n. 13387 del 30 giugno 2016 ha chiarito che l’onere probatorio, gravante sull’Amministrazione finanziaria “*si esaurisce nel fornire la prova della esistenza della operazione infragruppo e della pattuizione di un corrispettivo inferiore al valore normale di mercato*”²⁰⁷, riservando al contribuente l’onere di dimostrare che il corrispettivo convenuto per l’operazione infragruppo, corrisponda a valori economici che il mercato adotta per tali operazioni.

Nella sentenza n. 15642 del 24 luglio 2015, la Suprema Corte, richiamando alcuni precedenti orientamenti, ha affermato che la disciplina che regola il cd. *transfer pricing* “*costituisce una clausola antielusiva diretta ad evitare che all’interno del gruppo di società vengano effettuati trasferimenti di utili mediante l’applicazione di prezzi inferiori al valore normale dei beni ceduti, onde sottrarli alla tassazione in Italia a favore di tassazioni estere inferiori*”.

Nella sentenza n. 6656 del 27 gennaio 2016, la Cassazione ha ripreso il suddetto concetto, ponendolo sotto una chiave interpretativa differente, stante il caso specifico di presunta antieconomicità dell’operato di una società nei confronti di un’altra impresa appartenente allo stesso gruppo, in relazione al sostenimento di costi pubblicitari comparati ai ricavi tratti dalla vendita dei beni²⁰⁸.

In base alla suddetta sentenza, grava sull’Amministrazione l’onere di dimostrare che un’operazione antieconomica realizzata tramite una controllata o controllante con sede all’estero costituisca reddito. Tutto ciò sempre in base al fondamento che la prova dell’elusione e dei relativi presupposti incombe sull’Ufficio che intende operare le rettifiche.

In modo più dettagliato, l’Amministrazione finanziaria contestava ad un’impresa di un gruppo multinazionale sia l’occultamento di ricavi, provenienti dalla vendita di determinati prodotti tramite una società estera appartenente alla multinazionale, sia che gravasse a carico dell’impresa contribuente l’onere di

²⁰⁶ C.T.R. Lombardia sentenza n. 4/41/2009

²⁰⁷ Corte di Cassazione sentenza n. 13387 del 30 giugno 2016

²⁰⁸ Corte di Cassazione sentenza n. 6656 del 27 gennaio 2016

giustificare tale anomalia. In effetti, l'Amministrazione riteneva che l'impresa estera avrebbe fatturato costi di pubblicità alla società italiana per la vendita di prodotti nel Paese estero, ma siccome il ricavato delle vendite non era sufficiente a compensare i costi pubblicitari suddetti, ne deduceva che si fosse realizzato un occultamento di reddito mediante la simulazione di costi.

Nonostante le Commissioni di merito avessero annullato la pretesa erariale, l'Amministrazione ricorreva dinanzi alla Cassazione sottolineando, in sintesi, che l'operazione compiuta dall'impresa italiana era antieconomica poiché la vendita era stata eseguita a prezzi inferiori rispetto ai costi sostenuti.

A tal fine, la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata sostenendo che nell'ipotesi di un'operazione antieconomica è legittima la pretesa dell'Amministrazione nel caso in cui il contribuente non risulti in grado di motivare, in modo adeguato, tale anomalia. Nella specie, i giudici di secondo grado avevano giustificato l'apparente antieconomicità con la strategia di *marketing* adottata dalla società italiana per la produzione e commercializzazione dei propri prodotti nello Stato estero, trovandosi peraltro in fase di *start up*.

La Cassazione, con la sentenza *de quo*, rigettava il ricorso dell'Agenzia rilevando che essa “*non ha adeguatamente dimostrato perché, sulla base dei valori normali delle merci vendute, il ricavo avrebbe dovuto essere superiore alla spesa sostenuta per vendere*”. In altri termini, la Suprema Corte ha sentenziato che la pretesa di maggior reddito derivante da un'operazione economica realizzata tramite una controllata o controllante estera deve essere provata dall'Amministrazione.

Più in generale i giudici di legittimità hanno ribadito il principio secondo cui la prova dell'elusione e dei suoi relativi presupposti gravano sull'Amministrazione che intende operare le conseguenti rettifiche. In effetti, secondo l'orientamento dei giudici la prova doveva essere fornita dall'Agenzia, poiché il fatto controverso risultava estraneo alla materia della deducibilità dei costi. A nulla rileva, in tale contesto, la giurisprudenza citata dall'Agenzia nel ricorso circa la dimostrazione dei costi perché, nella specie, la contestazione riguardava l'occultamento di un maggior reddito. La sentenza ha così ritenuto corretta la motivazione della Commissione Tributaria la quale, a fronte della presunzione di maggior reddito da parte dell'Amministrazione, ha contrapposto e valutato più verosimili, le ragioni della società secondo cui, in fase di *start up*, il costo per promuovere il prodotto era superiore alle vendite.

Ebbene, alla luce di questo orientamento che va sempre più consolidandosi presso la Suprema Corte l'idea che l'applicazione delle norme sui prezzi di trasferimento vada vista come uno strumento diretto a combattere i fenomeni di elusione che si sostanzierebbero in trasferimenti surrettizi di redditi da uno Stato all'altro, per fruire in modo artificioso di regimi fiscali più favorevoli.

È evidente che sotto questa prospettiva, l'applicazione della norma pone una rilevante questione in termini di oneri probatori.

La citata giurisprudenza, infatti, richiama la necessità che venga dapprima verificata, da parte dell'Amministrazione che intenda contestare la sussistenza dei presupposti di applicazione della disciplina, l'esistenza di un fenomeno elusivo il quale non parrebbe poter prescindere dall'indagine del livello di tassazione

degli Stati ove sono residenti le imprese correlate le quali agiscono come controparti della società italiana nelle transazioni controllate. Quindi, una volta verificata questa evidenza, l'Amministrazione dovrebbe dimostrare l'esistenza di un valore normale della transazione diverso dal corrispettivo applicato e quindi tale da produrre sull'impresa residente un incremento del risultato imponibile. La Cassazione, riguardo a questa seconda fase della contestazione, richiama la necessità che la comparazione fra i prezzi in concreto applicati dalle parti ed il presunto valore normale dei beni o servizi, sia "*fortemente contestualizzata sotto il profilo qualitativo, commerciale, temporale e locale*", così da essere finalizzata ad individuare un valore medio da cui dovrebbe essere tratto solo il "*fattore destabilizzante della non concorrenzialità*" del prezzo praticato. Traendo le dovute conclusioni, l'art. 110, comma 7, del DPR n. 917/86 è sempre più considerato, da dottrina e giurisprudenza, come un esempio di norma antielusiva finalizzata ad evitare trasferimenti di utili mediante l'applicazione di prezzi inferiori o superiori al valore dei beni scambiati, onde sottrarli all'imposizione fiscale in Italia a favore di tassazioni estere inferiori. Sebbene il risparmio di imposta sia tendenzialmente la motivazione principale che spinge un'impresa multinazionale ad alterare i prezzi infragruppo, l'applicazione delle disposizioni sul *transfer pricing* pertanto prescinde dal fatto che la base imponibile del gruppo sia dirottata su Paesi caratterizzati da una bassa fiscalità. In ragione di ciò non si vedono elementi che ostano a considerare questa norma come avente natura sostanziale. La disciplina italiana, infatti, come negli altri Paesi, prescinde dalla dimostrazione di una più elevata fiscalità nazionale. Se si vuole, la disciplina in parola rappresenta una difesa più avanzata di quella direttamente repressiva della elusione. Elusione che, per tale ragione, non occorre dimostrare. E questo, appunto, perché la disciplina in questione è rivolta a reprimere il fenomeno economico in sé; non a caso, tra gli elementi costitutivi della fattispecie repressiva del *Transfer Pricing* di cui all'art. 76, comma 5 del DPR n. 917/86, non si rinviene quello della maggiore fiscalità nazionale, in quanto, va ribadito che non occorre provare l'elusione.

Si è sin qui evidenziato come, in tema di *transfer pricing*, l'onere della prova risulti importante sia per l'Amministrazione finanziaria sia per il contribuente. Da questa breve disamina si evince che tale onere, nonostante la sua netta importanza, risulta essere ancora caratterizzato da confini poco certi e precisi, alla cui definizione è bene provvedere il più presto possibile.

CAPITOLO III

GLI INTANGIBLES: DAL REGIME DEL PATENT BOX ALLA DIGITAL ECONOMY

3.1. I beni immateriali: dal BEPS al Patent Box.

In un'epoca come quella attuale "altamente tecnologica", ove è in atto uno stravolgimento radicale dei mercati internazionali, la dottrina ha ritenuto che dover dare adeguate risposte alle sfide posta in essere dagli *intangibles* rappresenti "forse il test più difficile del progetto BEPS"²⁰⁹. A tal uopo, l'OCSE, consapevole di tutto ciò e dell'importanza che ricoprono i beni immateriali nella creazione di valore, beni tra l'altro che non rientrano né nella categoria di "*physical asset*" né in quella di "*financial asset*", ha espresso nuove indicazioni in materia.

I profili sostanziali della disciplina dei beni immateriali ai fini dei prezzi di trasferimento sono stati aggiornati dall'OCSE nel documento "*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*", pubblicato a luglio 2017, focalizzando l'attenzione sugli aspetti più salienti degli *intangibles*, ossia:

- *definizione;*
- *ownership;*
- *metodi di valutazione.*

3.1.1. La definizione di bene immateriale.

In merito alla *definizione* di bene immateriale, l'OCSE, dopo aver affermato che l'art. 9 del Modello di Convenzione fiscale contro le doppie imposizioni "*riguarda le condizioni fissate nelle transazioni tra imprese associate non l'assegnazione di particolari etichette a tali transazioni*"²¹⁰, evidenzia, innanzitutto, la necessità di individuare per ciascuna transazione *intercompany* se l'effettivo trasferimento del relativo valore economico abbia ad oggetto un bene materiale, immateriale o qualcos'altro.

Già considerando questa prima riflessione, si denota come nella recente formulazione dispositiva dell'Organizzazione internazionale vi è un approccio molto più diretto rispetto alle Linee Guida del 2010, che, nell'introduzione al capitolo sui beni immateriali, si limitava a sostenere soltanto che "*...particolare*

²⁰⁹ BRAUNER Y., *What the BEPS?*, op. cit., 2014, pag. 98

²¹⁰ OECD, *Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento*, luglio 2017, pag. 169

attenzione alle transazioni coinvolgenti beni intangibili è appropriata poiché esse sono spesso difficili da valutare a fini fiscali²¹¹.

Infatti, oggi l'OCSE va oltre, suggerendo sin da subito l'"analisi funzionale e di comparabilità" per l'individuazione dei beni intangibili e dei relativi rischi; dal canto suo, la dottrina abbraccia questa tesi sostenendo che per identificare gli *intangibles* all'interno di una transazione bisogna effettuare l'analisi funzionale, per poi valutare se tali beni concorrono o meno alla creazione di valore²¹². A tal proposito, sussiste un esempio particolare all'interno delle *Transfer Pricing Guidelines* in merito ad un'impresa che offre un servizio utilizzando un *know-how* non unico, ma comunque diverso da quello di altre imprese concorrenti. In tale ipotesi, il bene immateriale risulta chiaramente identificabile, anche se, essendo unico, non è separabile, ma comunque in astratto è idoneo a generare valore, eppure tutto ciò "... non giustifica l'assegnazione di una maggiorazione della remunerazione dovuta all'impresa oltre alla normale remunerazione percepita da soggetti indipendenti comparabili che forniscono servizi simili"²¹³, in quanto non risulta in grado di originare un vantaggio competitivo esclusivo.

Per essere più espliciti, nella definizione di bene immateriale secondo l'OCSE rientra ciascun:

- il bene *diverso* da un bene materiale o attività finanziaria;
- il bene *detenuto* od *utilizzato* in attività commerciali;
- il bene il cui utilizzo o cessione sia oggetto di *autonoma remunerazione se avvenuto in un'operazione tra terzi indipendenti*.

Nella definizione di "bene immateriale" l'OCSE si attiene al parametro dell'*esclusione*, in quanto in tale categoria rientra tutto ciò "che non è un'attività fisica o un'attività finanziaria, che può essere posseduta o controllata per essere utilizzata in attività commerciali e il cui utilizzo o trasferimento sarebbe remunerato se fosse realizzato in una transazione tra soggetti indipendenti in circostanze similari"²¹⁴.

La primordiale definizione, all'opposto, comprendeva i diritti di sfruttamento di marchi e brevetti, il *know-how*, i segreti industriali in generale; inoltre, la *separabilità* del bene immateriale rappresentava una condizione sufficiente ma non necessaria, in quanto si riteneva che si potesse avere un bene immateriale non registrabile in modo autonomo e cedibile solo in combinazione con altri beni, come nell'ipotesi del *know-how*. Con l'attuale classificazione degli *intangibles*, l'OCSE, pur consapevole della pluralità di metodi di suddivisione presenti in dottrina, ha optato per la continuità nell'uso della "classificazione storica" già presente nelle *Guidelines* precedenti, puntualizzando però "...che generici riferimenti ai beni immateriali connessi ad attività di vendita o di marketing non sollevano i contribuenti o l'amministrazione fiscale dall'onere di identificare, in un'analisi dei prezzi di trasferimento, specificatamente tali beni immateriali"²¹⁵.

²¹¹ OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris, 2010, pag. 191

²¹² WRIGHT D.R.-KEATES H.A.-LEWIS J.-AUTEN L., *op. cit.*, 2016, pag. 57

²¹³ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 171

²¹⁴ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 171

²¹⁵ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 175

In realtà, parte della dottrina critica la suddetta formulazione, ritenendo che si sarebbe dovuto optare per una più proficua classificazione, più aderente alla maggiore importanza che gli stessi beni immateriali hanno acquisito nel tempo, anziché salvaguardare la “classificazione storica”, evidenziando che nel caso in cui non risultasse sufficiente tale classificazione si dovrebbe comunque ricorrere a deroghe²¹⁶.

Tra gli *intangibles* vi sono alcuni definiti dall’OCSE come “*esclusivi e rilevanti*”, comprendenti tutti i beni che non possono, in alcun modo, essere paragonati a beni immateriali usati o tenuti a disposizione dalle imprese in operazioni di transazioni potenzialmente comparabili; oltre a tutti i beni il cui utilizzo in una data attività, sia essa di produzione, di marketing, di vendita, ecc., apporti futuri vantaggi economici maggiori di quelli riscontrabili in caso di mancanza del bene immateriale in questione²¹⁷.

L’OCSE effettua, inoltre, una breve classificazione, con annessa descrizione, delle principali tipologie di *intangibles* coinvolti nell’ambito del *transfer pricing*, definiti “*ulteriori*” rispetto ai beni immateriali classificati ai fini contabili. Va evidenziato, a questo proposito, che nelle Linee Guida del 2010 si faceva esclusivo riferimento ai “marchi e brevetti”, mentre ora vi è una classificazione molto più esauriente, comprendente addirittura, come visto, intangibili “*non separabili*” o che, non essendo controllabili o trasferibili, esigono appropriate considerazioni in separata sede (ad es. le sinergie di gruppo); precisando comunque che “*gli esempi non intendono fornire un elenco esaustivo degli elementi che possono o non possono costituire un bene immateriale*”²¹⁸.

Quanto sin qui esposto, anche se può sembrare una semplice postilla, in realtà è utile a far comprendere, sia al contribuente che all’Amministrazione, che le transazioni attuali sono divenute talmente complicate ed ingarbugliate da pretendere un’analisi puntuale che, molto spesso, non risulta da uno schema precostituito, pur essendo rigido.

3.1.2. L’ownership.

In merito alle effettive attività svolte da talune imprese, diverse dal legale proprietario (*ownership*) del bene intangibile, nelle primordiali indicazioni si faceva riferimento all’ipotesi esclusiva di un distributore che sosteneva, in modo del tutto autonomo, delle spese di marketing superiori a quelle eventualmente sostenute da un distributore indipendente, sottolineando che il primo “*in tal caso dovrebbe ottenere una compensazione aggiuntiva dal possessore del marchio ad esempio attraverso una diminuzione del prezzo di acquisto del prodotto a una riduzione del tasso di royalty*”²¹⁹. L’aggiornamento sul punto è molto più puntuale, delineando in modo chiaro il relativo ambito applicativo, avvalendosi per il riferimento a funzioni, *asset* e rischi, costituenti il fulcro del progetto BEPS sugli intangibili; a tal uopo, pur se alla multinazionale proprietaria spettano i proventi derivanti dallo sfruttamento dell’intangibile, qualora vi siano altri soggetti dello stesso gruppo che “*potrebbero aver svolto funzioni, usato beni o assunto rischi che potrebbero aver*

²¹⁶ BRAUNER Y., *BEPS: an interim valuation*, op. cit., 2014, pag. 63

²¹⁷ OECD, *op. cit.*, 2017, par. 6.17, pag. 175

²¹⁸ *Ibidem*, par. 6.18

²¹⁹ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 181

contribuito al valore del bene immateriale"²²⁰, si ritiene che questi ultimi vadano anch'essi ricompensati in modo adeguato. In definitiva, si riscontra come le raccomandazioni OCSE in merito all'*ownership* hanno cambiato la *forma* rispetto alle precedenti disposizioni, ma non certo la *sostanza*.

Nell'ambito della disciplina dell'identificazione e del relativo trattamento degli accordi di *transfer price* dei beni immateriali bisogna sottolineare che alla base vi è la sussistenza di un'ostica individuazione di tali transazioni, connessa proprio alla natura stessa dei beni coinvolti nell'operazione. Per poter allontanare questo problema, è stata predisposta un'apposita procedura per l'analisi delle transazioni aventi ad oggetto beni immateriali, che comprende sei fasi, ossia²²¹:

1. Identificazione in modo peculiare dei beni immateriali usati o trasferiti nella transazione e i relativi rischi, economicamente rilevanti, associati allo sviluppo, miglioramento, mantenimento, protezione e sfruttamento dei beni immateriali;

2. Identificazione di tutti gli accordi contrattuali, con particolare rilievo alla titolarità giuridica del bene immateriale basata sui termini e sulle condizioni, incluse le relative registrazioni, gli accordi di licenza, gli altri contratti rilevanti e gli altri indizi della titolarità giuridica, e i diritti e le obbligazioni contrattuali, inclusa l'assunzione contrattuale di rischi nelle relazioni tra imprese associate;

3. Identificazione delle parti che svolgono funzioni, usano beni e assumono rischi relativi allo sviluppo, al miglioramento, al mantenimento, alla protezione e allo sfruttamento dei beni immateriali tramite l'analisi funzionale, con particolare attenzione delle parti che controllano le funzioni esternalizzate e i rischi specifici ed economicamente rilevanti;

4. Attestazione della coerenza tra i termini degli accordi contrattuali rilevanti e la condotta delle parti e la verifica che se la parte che assume rischi economicamente significativi li controlla anche e ha la capacità finanziaria di assumere i rischi relativi allo sviluppo, al miglioramento, al mantenimento, alla protezione e allo sfruttamento dei beni immateriali;

5. Illustrazione dell'effettiva transazione tra parti associate relativa allo sviluppo, al miglioramento, al mantenimento, alla protezione e allo sfruttamento dei beni immateriali, alla luce della titolarità giuridica dei beni immateriali, delle altre relazioni contrattuali stabilite dalle relative registrazioni e dai contratti e della condotta delle parti, incluso il loro contributo rilevante in termini di funzioni, beni e rischi;

6. Determinazione, ove risulti possibile, dei prezzi di libera concorrenza per le transazioni in aderenza con il contributo di funzioni svolte, beni utilizzati e rischi assunti da ciascuna parte.

Una precisa posizione è stata assunta di recente dall'OCSE, sostenendo in modo chiaro che per la determinazione del *transfer price*, il diritto di proprietà dei beni immateriali di per sé non attribuisce nessun diritto sui profitti generati dal gruppo derivanti dallo sfruttamento dell'intangibile, prescindendo dagli eventuali accordi contrattuali tra le parti. La posizione sostenuta dall'OCSE è chiarita con l'esempio relativo ad una *holding* che concretamente non svolge nessuna attività, alla quale spetta esclusivamente, ove esista,

²²⁰ Ibidem

²²¹ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 183

un compenso relativo al semplice possesso del bene immateriale²²².

In apparenza, tutto ciò sembrerebbe contrastare con il principio caratterizzante le originarie Linee Guida del 1979, ove al titolare giuridico del bene immateriale competevano tutti i profitti residuali, ma, in realtà, è coerente con lo sviluppo nel tempo delle *Transfer Pricing Guidelines* miranti ad impedire la fittizia allocazione del diritto di proprietà, che potrebbe porre su diversi piani la sostanza giuridica e quella economica dell'operazione in essere. Non a caso, la puntualizzazione dell'OCSE è avvenuta dopo la pressante esigenza di impedire il sempre più crescente utilizzo, soprattutto negli ultimi anni, da parte delle multinazionali della localizzazione fittizia, quale strumento di erosione del prelievo fiscale.

Sulla suddetta questione ha dato il suo apporto anche la dottrina che, in merito alla presupposizione di un ipotetico rientro economico “*risk free*”, ha evidenziato che tale circostanza va comunque sempre valutata preventivamente tramite una puntuale analisi funzionale²²³, in quanto non è motivabile in nessun modo un orientamento estremamente semplificatore che prenda in considerazione l'operazione così come configurata dalle parti interessate.

Non a caso, nell'ipotesi in cui il titolare giuridico (*legal owner*) dell'intangibile si volesse riservare il diritto sulla totalità dei flussi di ricavo derivati dallo sfruttamento del bene, egli è tenuto allo svolgimento e al controllo di tutte le funzioni, alla detenzione e l'utilizzo di tutti i beni strumentali, compreso il relativo finanziamento delle spese, oltre che all'assunzione e al controllo di tutti i rischi connessi allo sviluppo, all'accrescimento, alla manutenzione, alla protezione e allo sfruttamento del bene immateriale²²⁴.

Qualora le suddette funzioni siano svolte, i rischi assunti ed i beni strumentali siano utilizzati da altre entità del gruppo multinazionale, a queste ultime entità dovrà essere, comunque, attribuita una quota dei flussi complessivi derivanti dal bene immateriale, coerente tra l'altro con i contributi delle stesse alla valorizzazione del bene in oggetto.

In realtà, nonostante l'identificazione della proprietà legale dei beni immateriali possa essere uno strumento utile ai fini della individuazione dei soggetti che hanno diritto a ricevere i relativi ritorni economici, è necessario procedere sempre all'analisi funzionale con l'obiettivo di individuare eventuali ulteriori soggetti che hanno diritto a tali profitti: *legal ownership* contro *economic ownership*.

3.1.3. I metodi di valutazione.

Con riferimento ai *metodi di valutazione* delle operazioni inerenti i beni immateriali, nelle *Guidelines* del 2010, l'OCSE sosteneva che prima occorreva identificare le transazioni confrontabili e poi applicare come metodo di valutazione il tradizionale criterio di confronto “*comparable uncontrolled price*”(CUP), ad eccezione per le transazioni di beni intangibili di “elevato valore” per le quali si consigliava l'uso dei metodi basati sull'utile della transazione, quali il *transactional net margin method* (TNMM). Attualmente, invece,

²²² OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 185-186

²²³ WRIGHT D.R.-KEATES H.A.-LEWIS J.-AUTEN L., *op. cit.*, pag. 100

²²⁴ DELUZEAU X., *op. cit.*, pag. 5

l'OCSE ha dato ampia libertà di scelta nell'uso dei metodi di valutazione per tutte le ipotesi in cui risulta difficile ritrovare transazioni comparabili in termini di funzioni impiegate, soprattutto qualora un gran numero di tali transazioni è esternalizzato ad altri soggetti²²⁵.

Il metodo CUP, in generale, viene riconosciuto come “...il metodo delle transazioni comparabili...secondo la definizione corrente, il metodo si fonda sul riconoscimento a un intangibile specifico del valore corrispondente - ai prezzi fatti in transazioni recenti aventi per oggetto beni simili”. Tale criterio è applicabile esclusivamente nell'ipotesi in cui i “comparabili” sono effettivamente *omogenei*, altrimenti i prezzi non potranno essere confrontati; inoltre, le informazioni sui comparabili devono essere recenti e non oltrepassare i 5 anni; infine, la garanzia di omogeneità deve risultare dal *contenuto della negoziazione*, oltre che dalle “*condizioni che si accompagnano al prezzo*”²²⁶.

In realtà, l'OCSE riconosce un'astratta applicabilità di tutti i metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento per le transazioni ad oggetto i beni immateriali, dai metodi tradizionali a quelli transazionali, da utilizzare seconda delle circostanze del caso. Parte della dottrina in merito a ciò è molto critica, in quanto ritiene che, in futuro, questa “liberalizzazione” potrebbe complicare la situazione sia per le Amministrazioni che per i contribuenti. Infatti, se da un lato, potrebbe assicurare una maggiore aderenza delle suddette valutazioni alla realtà economica sottostante, dall'altro lato si potrebbe giungere addirittura ad un abuso nell'utilizzo dei nuovi strumenti, sia da parte delle imprese per ottenere ulteriori benefici fiscali, e sia da parte delle Amministrazioni che potrebbero recuperare più alti imponibili dalle imprese stesse²²⁷.

Inoltre, va evidenziato che nel caso in cui la valutazione risulti molto ambigua al momento della transazione, possono essere utilizzati due metodi, il primo, *ex ante*, relativo ai profitti attesi, il secondo, *ex post*, che adegua la remunerazione in funzione della redditività realmente ottenuta.

Nell'ambito della valutazione dell'applicazione dei vari metodi di determinazione dei prezzi di libera concorrenza per le transazioni degli intangibili è stata effettuata una schematizzazione di transazioni, riunite secondo operazioni simili, suddivisibili in:²²⁸

- transazioni riguardanti beni materiali ed anche beni immateriali;
- trasferimento di beni immateriali o di diritti dei beni immateriali;
- transazioni coinvolgenti beni immateriali con valutazione incerta al momento della transazione;
- *hard-to-value intangibles*;
- transazioni relative all'uso di beni intangibili legate alla vendita di beni o alla prestazione di servizi.

In merito al primo gruppo di transazioni bisogna vagliare le reali opzioni disponibili per entrambe le parti dell'operazione. A tal proposito, nel caso in cui il prezzo minimo, disposto affinché il cedente accetti

²²⁵ OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 220- 222

²²⁶ GUATRI L.-BINI M., *Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende*, ed. Egea, 2009, pagg.175-176

²²⁷ WRIGHT D.R.-KEATES H.A.-LEWIS J.-AUTEN L., *op. cit.*, pag. 102

²²⁸ OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 203- 209

l'operazione, risultasse superiore al prezzo massimo per il cessionario, si potrebbe contestare la transazione ai fini del *transfer pricing* o provvedere ad eventuali aggiustamenti delle condizioni pattuite per la transazione, al fine di ricondurla

verso valori di libera concorrenza²²⁹.

Nell'ambito, invece, del trasferimento di beni immateriali o di diritti sui beni immateriali, le valutazioni sostanziali devono riguardare l'*unicità* del vantaggio competitivo trasferito, che condurrebbe di fatto ad escludere l'esistenza di transazioni comparabili.

Va ricordato che gli elementi-chiave, nell'ipotesi che si possa effettuare una comparabilità dei beni immateriali o dei relativi diritti, sono i seguenti:²³⁰

- esclusività dei diritti trasferiti;
- estensione e durata della protezione legale;
- raggio d'azione geografico;
- vita utile residuale;
- fase di sviluppo;
- diritti sui miglioramenti, revisioni ed aggiornamenti futuri;
- aspettativa di futuri benefici.

Tra i diversi fattori di unicità che contraddistinguono i beni intangibili vi è, dunque, l'*esclusività*, grazie alla quale, ad esempio, i *legal owner* possono estromettere alcune imprese dall'uso dei propri intangibili; limitare l'uso di un brevetto ad un'impresa per un dato periodo di tempo dando origine così ad un vantaggio competitivo sul mercato. Di fondamentale importanza per l'unicità del bene immateriale è anche la *durata della legal protection*, che permette di escludere determinate imprese concorrenti dal mercato; così come l'*area geografica* può favorire delle imprese a scapito di altre. Inoltre, un bene immateriale con *vita utile* limitata nel tempo consente il calcolo della redditività futura in riferimento all'utilizzo stesso del bene. Lo *stadio di sviluppo* del bene è anch'esso fondamentale, in quanto spesso i beni vengono trasferiti prima del loro effettivo utilizzo: nelle industrie farmaceutiche, ad esempio, le componenti chimiche risultano brevettate e trasferite molto prima che avvengano le molteplici fasi dei test atte ad autorizzarne la vendita del farmaco sul mercato. Inoltre, in diverse imprese i beni immateriali risultano essere rapidamente obsoleti, per cui è indispensabile la *revisione* e l'*ammodernamento* dell'*intangible*, per una maggiore competitività di

²²⁹Nel caso di aggiustamenti ai termini della transazione fissati dalle parti, le nuove disposizioni hanno assorbito i suggerimenti degli operatori di settore, tra cui quelli della multinazionale Deloitte, che chiedeva espressamente l'esclusione delle amministrazioni all'accesso alle informazioni primordiali, relative al tempo in cui l'operazione è stata posta in essere; tutto ciò al fine di assicurare una maggiore trasparenza e una parità di condizioni tra contribuenti e Amministrazioni, in quanto lo scopo primario non è per le Amministrazioni un'elevata pressione fiscale per le imprese ma un'equa tassazione.

²³⁰ OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 212-216

mercato²³¹.

L'analisi dei rischi, largamente presa in considerazione precedentemente per i beni materiali, va a questo punto estesa anche per gli intangibili. In modo specifico, va evidenziato come l'OCSE, sulla base del principio di prevalenza della sostanza dell'operazione sulla forma, sostenga che “... *le transazioni possono essere strutturate in modi diversi, ma possono avere conseguenze economiche simili*”, per cui nella scelta del metodo di *transfer pricing* più appropriato “... *è importante considerare le conseguenze economiche della transazione piuttosto che procedere sulla base di una definizione arbitraria*”²³².

La dottrina ha soffermato l'attenzione sul fatto che l'OCSE, dopo aver disposto che bisogna optare per il metodo di determinazione del prezzo di libera concorrenza più appropriato, ha sostenuto, allo stesso tempo, che “...*anche l'uso di altre alternative può essere appropriato*”²³³. Quest'ultima affermazione è stata interpretata dalla dottrina più tradizionalista come una semplice postilla tesa ad ampliare, in qualche modo, le opportunità sia per le imprese che per le amministrazioni finanziarie; mentre la parte della dottrina più innovatrice non ha avuto alcun dubbio nel sostenere che tale affermazione riflettesse l'inizio di una fondamentale crepa nell'utilizzo del solido principio di libera concorrenza²³⁴.

Per quanto concerne, invece, la valutazione dei beni immateriali di una transazione con elevato grado d'incertezza al momento dell'operazione stessa, di conseguenza altamente rischiosa, si potrebbe optare verso accordi di breve durata, clausole contrattuali che prevedano aggiustamenti di prezzo o pagamenti relativi a sopravvenuti cambiamenti, ecc., al fine di tutelare e, in qualche modo, incoraggiare la conclusione di accordi tra imprese appartenenti al medesimo gruppo, anche al sopraggiungere di forme contrattuali maggiormente articolate, soprattutto in merito alle prospettive future.

La dottrina ha evidenziato anche la portata innovativa dei cd. “*hard to value intangibles*”, ossia quei beni intangibili di difficile, se non addirittura impossibile, valutazione, in quanto basati sullo sviluppo di eventi imprevedibili che andranno comunque ad incidere sulla stima dell'intangibile²³⁵.

In realtà, la valutazione all'interno di uno stesso gruppo multinazionale risulta molto complicata, rispetto al caso in cui le transazioni di questa tipologia di beni immateriali avvengano tra imprese indipendenti, in quanto tra le imprese dipendenti le suddette valutazioni potrebbero risultare incomplete o addirittura inutili. In effetti, secondo l'esempio delle *Guidelines* “...*un'impresa potrebbe cedere dei beni immateriali in una fase iniziale di sviluppo a un'impresa associata, definire un tasso di royalty che non riflette il valore dei beni immateriali al tempo del trasferimento e successivamente sostenere che al momento del trasferimento non era possibile prevedere il successivo positivo sviluppo del prodotto con assoluta certezza*”²³⁶.

In definitiva, la schematizzazione di transazioni esposta sin qui non lascia ampio margine di respiro all'Amministrazione finanziaria, in quanto quest'ultima deve fare comunque riferimento alla condotta delle

²³¹ PROGETTO BEPS, *Action Plan 8-10*, op. cit., pagg. 94-96

²³² OECD, op. cit., 2017, pag. 219

²³³ *Ibidem*

²³⁴ AVI-YONAH R., *All or Nothing? The Obama Budget Proposals and BEPS*, Public Law and Legal Theory Research Paper Series n. 442, University of Michigan, febbraio 2015; BRAUNER Y., op. cit., pag. 29

²³⁵ BRAUNER Y., op. cit., pag. 98

²³⁶ OECD, op. cit., 2017, pag. 237

imprese indipendenti, pur tenendo presente l'eventuali difficoltà che potranno sorgere nei casi di assenza di comparabilità. Comunque, nell'ipotesi in cui si riscontrassero difformità di valutazione connesse ai metodi di valutazione adottati dalle imprese, l'Amministrazione può entrare nel merito, pronunciandosi in modo positivo verso situazioni ove siano stati presi in considerazione tutti i possibili risvolti futuri, ritenendo, di conseguenza, la transizione conforme ai principi di libera concorrenza.

La novità delle nuove disposizioni sta nell'esplicita consapevolezza di una rilevante asimmetria informativa tra il contribuente e l'Amministrazione nell'ambito dei beni immateriali, soprattutto se si sottolinea che un accertamento finanziario può avere luogo anche a distanza di molti anni rispetto al momento in cui viene effettivamente svolta la transazione. Al fine di ridurre proprio tale asimmetria, le nuove disposizioni OCSE autorizzano le Amministrazioni a ritenere rilevanti i risultati *ex post* (notevole punto di forza per le stesse Amministrazioni) quale prova presuntiva dell'aderenza degli accordi sui prezzi determinati *ex ante*; la prova *ex post* dovrà comunque fondarsi sul fatto che la stessa sia necessaria per la valutazione dell'affidabilità delle informazioni utili per la determinazione, *ex ante*, del prezzo stesso²³⁷.

Quest'ultimo orientamento si discosta in modo parziale dalle previgenti indicazioni dell'OCSE, che proponevano alle Amministrazioni di “...indagare cosa avrebbero fatto delle imprese indipendenti sulla base delle informazioni ragionevolmente disponibili al momento della transazione”, senza però un'esplicita esclusione dell'utilizzo eventuale di elementi non conosciuti dal contribuente²³⁸; va a tal proposito aggiunto che comunque non debba sussistere un aggiustamento automatico delle transazioni concordate, ma effettuato nell'ipotesi in cui “...il risultato non possa essere spiegato da considerazioni diverse da una incorretta definizione dei prezzi”²³⁹.

Vi è da dire che vi è stato un ridimensionamento del continuo riferimento al comportamento delle imprese indipendenti, in quanto vi era molta contraddizione nell'ambito delle disposizioni. Infatti, se, da un lato, si affermava che “...per ragioni di business pienamente legittimate dalla relazione tra di loro, imprese associate potrebbero talvolta strutturare un trasferimento in un modo che imprese indipendenti non avrebbero considerato”, dall'altro lato, senza prevedere nessun ammortizzatore, ossia l'attuale “soglia di tolleranza”, si sosteneva che, in caso di scostamento, si dovesse far riferimento alle condizioni che, in tal caso, avrebbero concordato le imprese indipendenti²⁴⁰.

Le attuali disposizioni forniscono l'indicazione di taluni casi di esenzione dall'applicazione dell'approccio suddetto, qualora si verificasse almeno una delle seguenti condizioni:²⁴¹

- il contribuente provvede a fornire i dettagli delle previsioni *ex ante* usate, al momento del trasferimento, per la determinazione del prezzo (tra cui i rischi considerati);
- il contribuente dà prova che l'eventuale scostamento è connesso agli sviluppi imprevedibili o che

²³⁷ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 239

²³⁸ OECD, *op. cit.*, 2010, pag. 202

²³⁹ SAINT AMANS P.- RUSSO R., *The BEPS Package: Promise Kept*, Bulletin for International Taxation, vol. 70, fasc. 4, Amsterdam, 2016, pag. 238

²⁴⁰ OECD, *op. cit.*, 2010, pag. 196

²⁴¹ OECD, *op. cit.*, 2017, pag. 240

la stima della probabilità degli eventi, fatta al momento della transazione, risulti corretta;

- il trasferimento del bene immateriale è coperto da un *advanced pricing agreement*;
- la differenza tra proiezioni e valore *ex post* non eccede il 20%;
- sono trascorsi 5 anni dalla commercializzazione del prodotto e lo scarto si è mantenuto sempre al di sotto del 20%.

Infine, nella determinazione dei prezzi di libera concorrenza per transazioni che coinvolgono l'utilizzo di beni immateriali collegati alla vendita di beni o alla prestazione di servizi, si possono evidenziare due distinte situazioni, ossia una ove sussiste un'impresa comparabile affidabile e, l'altra opposta, ove la stessa non esiste²⁴². In modo particolare, nell'ipotesi in cui non si tratti di operazioni ad oggetto intangibili unici e di valore e vi sia la possibilità d'identificare un'impresa comparabile, il prezzo di libera concorrenza può essere determinato in base ai metodi CUP, *resale price*, *cost plus* e TNMM; se l'utilizzo dei diversi beni immateriali ha un impatto significativo sul prezzo, in quanto gli intangibili presentano caratteristiche uniche e siano di valore particolarmente elevato, dovrebbero essere, invece, utilizzati criteri che non fanno troppo affidamento sui comparabili, anche effettuando opportuni aggiustamenti: il metodo da prediligere è il *transactional profit split*.

L'applicazione del *profit split* mira ad eliminare gli effetti che condizioni particolari imposte alla transazione tra parti correlate possono avere sui profitti della stessa transazione, determinando la suddivisione ed attribuzione dei profitti che sarebbe stata concordata tra soggetti indipendenti in circostanze comparabili. Inoltre, ai fini della sua applicazione, è necessario identificare i profitti della transazione che devono essere suddivisi tra le parti e, successivamente, individuare una chiave di allocazione che si dimostri economicamente valida per suddividere i profitti. Va ricordato che la ripartizione dei profitti può essere realizzata tramite: l'*analisi di contribuzione*, ove i profitti complessivi sono suddivisi tra le parti coerentemente con la suddivisione che soggetti terzi avrebbero concordato in transazioni comparabili; o l'*analisi residuale*, ove il reddito derivante dal bene intangibile corrisponde alla quota di reddito complessivo della transazione ulteriore, ossia residuale rispetto a quello attribuito alle parti per lo svolgimento di attività di routine e calcolato per mezzo di metodi tradizionali (CUP, CPM, RPM) o transazionali (TNMM)²⁴³.

Infine, l'OCSE prevede anche l'utilizzo dei cd. "*metodi valutativi*", ossia criteri derivanti dalla prassi finanziaria, che focalizzano l'attenzione sull'attualizzazione dei flussi di cassa o dei flussi di reddito derivanti dal bene immateriale. Affinché possano essere utilizzabili, tali metodi devono innanzitutto risultare coerenti con i principi OCSE e per una loro valida applicazione le variabili da considerare devono essere le

²⁴² OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 242-245

²⁴³ OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 224-225

seguenti:²⁴⁴

- la determinazione del tasso di attualizzazione;
- il periodo temporale considerato;
- le proiezioni future di ricavi, redditi e flussi di cassa;
- gli eventuali tassi di crescita utilizzati lungo il periodo di valutazione;
- la vita utile dei beni immateriali;
- la determinazione del valore terminale, se opportuna;
- la stima del carico fiscale futuro;

In definitiva, in base a quanto sin qui esposto, è possibile affermare che, in un contesto economico e sociale in piena evoluzione, il ruolo dei beni immateriali nella gestione economica e fiscale è assolutamente decisivo, affinché le imprese possano muoversi in un ambito internazionale altamente competitivo e realizzare così di conseguenza adeguati profitti. Non a caso, tra le diverse cause che conducono alla necessità d'individuare il valore economico dei beni immateriali vi è l'opportunità per il soggetto titolare di avvalersi anche di un possibile vantaggio fiscale. In effetti, proprio per la loro natura "intangibile", tali beni possono essere trasferiti con molta facilità, poiché vi è assenza di un nesso geografico stabile e vincolante; tutto ciò torna a vantaggio delle imprese che sfruttano tale flessibilità per ridurre il loro onere fiscale, con l'allocazione dei beni immateriali, così come avviene per i beni materiali, presso Stati che vantano un trattamento fiscale privilegiato, attraverso la cd. "pianificazione fiscale".

In conseguenza a ciò, l'Action 5 del progetto BEPS si è concentrata proprio sui regimi preferenziali di tassazione delle proprietà intellettuali (*Ip regimes*), con l'obiettivo di delineare regole condivise per uniformarne le strutture e contrastare in tal modo la concorrenza fiscale dannosa. In ambito europeo, nel tentativo di attrarre gli *assets* e il reddito generato dall'utilizzo dei beni intangibili, più di dodici Stati, tra cui l'Italia, hanno di recente introdotto regimi incentivanti di tassazione delle proprietà intellettuali (*Ip box regime*), che hanno favorito operazioni *purely tax driven*, slegate cioè dallo svolgimento di attività sostanziali.

²⁴⁴ OECD, *op. cit.*, 2017, pagg. 226-228

3.2. Il regime del Patent Box.

Nell'attuale evoluzione dei mercati e della competitività globale, il possesso di beni intangibili, quali marchi, brevetti, *know-how*, rappresenta un'importante risorsa strategica per le multinazionali, sia italiane che estere. In effetti, anche se gli *intangibles* hanno avuto sempre un ruolo determinante nell'economia e nella gestione delle imprese, costituendo più della metà del valore totale dei beni economici aziendali²⁴⁵, solo nell'ultimo decennio gli operatori e gli studiosi della materia hanno soffermato la loro attenzione sugli stessi. Alla base di tale interesse vi è essenzialmente un duplice motivo: 1) il passaggio da un'ottica imprenditoriale *product-oriented* ad una *market-oriented*; 2) la delocalizzazione delle attività produttive verso Paesi che adottano regimi fiscali più vantaggiosi, punto cruciale nell'ambito della competizione mondiale. A tal uopo, e ribadendo l'intento di contrastare politiche fiscali dannose, diversi ordinamenti giuridici europei, tra cui quello italiano, hanno introdotto il regime di tassazione agevolata cd. "*Patent Box*".

L'adesione dell'Italia a tale regime ha portato ad un rinnovamento della nostra imprenditoria, in quanto esso non si è posto solo come un insieme di mere disposizioni giuridiche, ma ha dato alle imprese un nuovo impulso, focalizzando l'attenzione anche sui quei beni immateriali, quali ad esempio il *know-how*, che sino a poco tempo fa era considerato privo di valore economico.

3.2.1. Profili generali.

Il regime del *patent box* è stato introdotto in Italia con la Legge di Stabilità n. 190 del 23 dicembre 2014, in *compliance* con i principi OCSE sul *transfer pricing* e sulla valorizzazione degli intangibili. Non a caso, prendere in dovuta considerazione le dinamiche interne di *transfer pricing* che impattano sulla valorizzazione degli intangibili, oltre che sulla determinazione del contributo economico che gli stessi sono in grado di fornire all'attività economica dell'impresa, rappresenta una condizione imprescindibile per ottenere il massimo risultato possibile dal regime agevolativo suddetto.

L'iter normativo del *patent box* nazionale ha subito in questi pochi anni dalla sua introduzione diverse modifiche ed integrazioni²⁴⁶ e nell'aprile del 2017, le disposizioni sul regime agevolato in questione sono

²⁴⁵ ZANONI BERETTA A., *Il valore delle risorse immateriali: equilibrio economico aziendale, beni immateriali e risorse intangibili*, ed. Il Mulino, Bologna, 2005, pag. 9; HOLLAND J., *Corporate Value Creation, Intangibles and Disclosure*, University of Glasgow, Department of Accounting and Finance, Working paper series n. 3, 2001.

²⁴⁶ Il D.M. del 30 luglio 2015 ("Decreto *patent box*"), ha dettato le disposizioni attuative del regime in esame L'Agenzia delle Entrate ha ampliato il quadro normativo di riferimento con la pubblicazione del Provvedimento prot. n. 2015/144042 del 10 novembre 2015, circa il modello di comunicazione da inviare all'Amministrazione Finanziaria al fine di attivare, mediante opzione, il regime agevolativo; del Provvedimento prot. n. 2015/154278 del 1° dicembre 2015, riguardante i contenuti e le

state sostituite dal Decreto Legge n. 50, in attuazione degli impegni assunti dall'Italia in sede OCSE²⁴⁷.

Il legislatore nazionale, sulla scia di una generale riforma della fiscalità internazionale, con l'introduzione del regime *de quo*, ha voluto tutelare la base imponibile nazionale con l'obiettivo di incoraggiare e favorire gli investimenti in *ricerca e sviluppo*, allo scopo di rendere il nostro sistema imprenditoriale più attrattivo per gli investitori internazionali e le imprese italiane maggiormente competitive, oltre che ricondurre alla potestà impositiva dell'Italia gli *assets* che negli anni sono fuoriusciti, soprattutto in riferimento ai beni immateriali legati al *Made in Italy* detenuti all'estero²⁴⁸.

A tal proposito, rientrano nelle attività di “ricerca e sviluppo”:²⁴⁹

- le *ricerche fondamentali*, ossia il complesso di attività, pratiche e teoriche, per l'acquisizione di nuove conoscenze utili nella ricerca applicata e nel design;
- le *ricerche applicate o industriali*, ossia la “ricerca pianificata” per l'acquisizione di nuove conoscenze e lo sviluppo di nuovi processi, prodotti e/o servizi, e/o il miglioramento di quelli esistenti nell'ambito tecnologico-scientifico; rientrano in tale categoria, dunque, tutte le “attività sperimentali”, volte alla creazione di prototipi, test di convalida di prodotti e servizi per il conseguente loro accesso al mercato, oltre che la realizzazione di nuovi impianti ed attrezzature varie;
- il *design*, ovvero l'insieme di attività di progettazione e realizzazione di processi, prodotti, servizi, sia per quanto concerne ogni singolo componente e sia per quel che riguarda l'intero aspetto esteriore; oltre che tutte le attività inerenti lo sviluppo di un marchio, dalla progettazione all'elaborazione;
- l'ideazione e la realizzazione di *software protetti da copyright*, comprendenti tutte le attività di ricerche ad essi connessi;
- le “attività di prevenzione e controllo” di attività di ricerca e sviluppo soggette a contraffazione, attraverso ricerche preventive di mercato e test vari, oltre che il deposito dei relativi diritti, il rinnovo e la protezione degli stessi; quest'ultima svolta anche tramite adeguate azioni giudiziali, extra-giudiziali o amministrative;
- le attività di promozione e diffusione, necessarie per aumentare il carattere distintivo e la fama degli intangibili, quali i marchi d'impresa, utili all'affermazione sul mercato di prodotti e servizi dell'impresa.

modalità di presentazione delle istanze di accordo preventivo previsti dalla normativa di *Patent Box*; della Circolare n. 36/E del 1° dicembre 2015, in merito a chiarimenti su aspetti procedurali e questioni ministeriali; della Circolare n. 11/E del 7 aprile 2016 per chiarimenti riguardanti l'impatto globale della disciplina e proposte di soluzioni interpretative al fine di agevolare la presentazione della documentazione relativa alle istanze di *ruling*.

²⁴⁷Decreto Legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito in Legge 21 giugno 2017, n. 96 ed ultimamente modificato dal D. L. 28 novembre 2017 concernente il regime opzionale di tassazione per i redditi derivanti dall'utilizzo di software protetto da copyright, da brevetti industriali, da disegni e modelli, nonché da processi, formule e informazioni relativi a esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili, in G.U. S.G. n.30 del 6 febbraio 2018

²⁴⁸ BERTONE G., *Il Patent Box nei chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate*, Dir. e Pr. Trib., n. 3, 2016, pag. 1242

²⁴⁹ Art. 8, D.L. n. 50/2017

In merito ai costi delle attività di ricerca e sviluppo, la Circolare n. 11/E del 2016 ha espressamente dichiarato che per usufruire del vantaggio del *patent box* “i costi di ricerca fondamentale, debitamente tracciati (complessivamente nel solo periodo transitorio, ovvero per singolo IP), devono essere computati nel *nexus ratio* relativo al periodo d'imposta in cui si appalesa l'utilizzo delle conoscenze acquisite per il loro tramite nelle attività agevolate (vale a dire quando la ricerca fondamentale si traduce in ricerca applicata); solo allora, infatti, si integra il “successivo utilizzo” cui fa riferimento l'art. 8 del Decreto Patent Box”²⁵⁰.

Anche se il luogo dove è svolta l'attività non ha alcuna influenza per usufruire del regime in esame, in quanto tale attività potrebbe essere svolta anche all'estero, risulta, invece, essenziale l'imputazione delle spese esclusivamente al bene originato con le stesse. Dunque, considerando che i costi di “ricerca fondamentale” convergono nel *nexus ratio* solo se le relative conoscenze acquisite sono utilizzate nella “ricerca applicata” e nel “*design*”, vi è l'esigenza di un continuo monitoraggio dei costi di ricerca e del relativo utilizzo, direttamente collegato con l'intangibile (che potrebbe avere luogo anche dopo diversi anni). Proprio a tal proposito, si è cercato di rinviare la rilevanza delle spese per la ricerca ad un termine posteriore, ove la stessa diviene “ricerca applicata”²⁵¹.

In effetti, proprio per la caratteristica della retrodatabilità, nell'ipotesi in cui l'impresa, per un anno intero non abbia sostenuto costi relativi all'attività di ricerca e sviluppo, ciò non comporta l'annullamento del beneficio del *patent box*. La condizione essenziale è che tale attività sia stata esercitata in periodi d'imposta antecedenti, per cui essa non deve necessariamente essere svolta nel medesimo periodo d'imposta in cui concretamente si beneficia dell'agevolazione. In aggiunta, in riferimento ai principi dell'*Action Plan 5* del BEPS, va evidenziato che se la ricerca fallisce non va considerata ai fini del rapporto *nexus ratio*: dal periodo d'imposta in cui emerge il *flop*, il rapporto suddetto andrà convenientemente rettificato lasciando fuori i costi relativi alla ricerca fallita²⁵².

L'*ambito soggettivo* della disciplina in esame è stato esteso a tutti i soggetti “titolari di redditi” d'impresa, senza alcuna specificazione o limitazione, indipendentemente dalla natura giuridica o dalla dimensione degli stessi²⁵³. In particolare, i soggetti non residenti possono usufruire del *patent box* a condizione che:

- risiedano in uno Stato con il quale vige un accordo al fine di evitare la “doppia imposizione”;
- risiedono in uno Stato ove sussiste un reciproco scambio d'informazioni;
- posseggono una “stabile organizzazione” in tale Paese;
- i beni immateriali, da cui derivano i redditi oggetto del “beneficio”, debbono far parte del patrimonio della stabile organizzazione.

²⁵⁰ Circolare ADE n. 11/E 2016, pag. 90

²⁵¹ MIELE L., *I costi qualificati e i costi complessivi nel calcolo del “nexus ratio” del “Patent Box*, Corr. Trib. n. 18/2016, pag. 1366

²⁵² Art. 2, co. 1, D.L. n.50/2017; Circolare ADE n. 11/E 2016, pag. 87

²⁵³ Circolare ADE n. 11/E 2016, pagg. 8-9

Per quanto attiene alle operazioni straordinarie di fusione, scissione e conferimento di azienda, l'avente causa subentra al dante causa nell'opzione di *patent box*.

Resta comunque precluso l'accesso al regime alle imprese assoggettate alle procedure fallimentari, di liquidazione coatta amministrativa o di amministrazione straordinaria²⁵⁴.

La *ratio* di tale esclusione sta nel fatto che le suddette procedure non sono indirizzate alla prosecuzione dell'esercizio dell'attività economica; non a caso, qualora vi sia in atto, ad esempio, una procedura di amministrazione straordinaria di una grande impresa in crisi e questa “*sia finalizzata alla continuazione dell'attività economica*”, tale impresa non è da ritenersi esclusa dalla fruizione futura del regime in esame²⁵⁵.

L'esclusione dai benefici del *patent box* riguarda anche tutte le imprese che determinano il reddito con metodologie diverse rispetto a quelle tipiche della contabilità analitica, quali quelle che adottano il nuovo regime forfettario, *tonnage tax*, o le società agricole che determinano il reddito su base catastale²⁵⁶.

In realtà, tre sono i requisiti sostanziali per l'accesso al regime del *patent box*, che vanno, tra l'altro, congiuntamente considerati sia dai soggetti residenti che dai non residenti. Il primo requisito riguarda la *titolarità* del reddito d'impresa; il secondo concerne la *detenzione* da parte dei titolari *del diritto di sfruttamento* economico degli intangibili; il terzo requisito, *conditio sine qua non* per usufruire dell'agevolazione è la sussistenza del triplice *nesso* tra l'effettivo svolgimento di un'attività di ricerca e sviluppo (intesa come sviluppo, manutenzione e accrescimento del bene immateriale), i beni intangibili ed il reddito agevolabile.

Nell'ambito dei presupposti oggettivi, tra i beni immateriali che consentono l'accesso al regime in esame rientrano:²⁵⁷

- software protetti da copyright²⁵⁸;
- brevetti industriali, concessi o in corso di concessione, inclusi i brevetti per invenzioni (comprese le invenzioni biotecnologiche e i relativi certificati complementari di protezione), i brevetti per modello di utilità, nonché i brevetti e i certificati per varietà vegetali e le topografie di prodotti a semiconduttori;
- marchi d'impresa, inclusi i marchi collettivi, registrati o in corso di registrazione;
- disegni o modelli giuridicamente tutelabili;
- processi, formule, informazioni aziendali ed esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali o scientifiche proteggibili, quali informazioni segrete, giuridicamente tutelabili.

Va inoltre specificato che l'esistenza di brevetti e marchi deve risultare da idonea certificazione rilasciata da appositi enti competenti, mentre con riferimento al *software* protetto da copyright e al *know how*

²⁵⁴ Art. 3, D.L. n. 50/2017

²⁵⁵ *Ibidem*

²⁵⁶ CIRCOLARE ADE n.11/E, 2016, par. 3

²⁵⁷ Art. 6 D.L. n. 50/2017

²⁵⁸ La Legge n. 208/2015 (Legge di Stabilità 2016) ha ristretto l'ambito oggettivo, modificando il termine “opere dell'ingegno” con “software protetto da copyright”.

aziendale, la prova dell'esistenza di tali intangibili deve risultare da una dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, da trasmettere all'Amministrazione finanziaria che ne verifica l'autenticità²⁵⁹.

Il regime del *patent box* può essere utilizzato per agevolare il reddito derivante sia dall'utilizzo diretto che indiretto del bene immateriale. L'*uso diretto* del bene immateriale si concretizza quando il valore economico del bene immateriale è incorporato nel prezzo di vendita, mentre l'*uso indiretto* si realizza quando il bene immateriale viene trasferito a titolo non definitivo a terzi.

I soggetti che esercitano l'opzione per il regime agevolativo hanno diritto al trattamento di favore anche nel caso di cessione del bene immateriale. Infatti, le plusvalenze derivanti dalla cessione dei beni immateriali costituiscono reddito agevolabile a condizione che almeno il 90% del corrispettivo, derivante dalla cessione, sia reinvestito in attività di ricerca e sviluppo entro la chiusura del secondo periodo di imposta successivo a quello nel quale si è verificata la cessione. Infine, il regime risulta applicabile anche ai redditi derivanti dalle somme ottenute come risarcimento e come restituzione dell'utile a titolo di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, per inadempimento a contratti aventi a oggetto i beni immateriali e per la violazione dei diritti sugli stessi²⁶⁰.

Per l'accesso al regime di tassazione agevolata, l'istanza va comunicata all'Agenzia delle Entrate con modalità telematiche. In particolare, per i primi due anni d'imposta, a partire dall'inizio dell'applicazione del regime, ossia 2015-2016, è stato previsto l'utilizzo di un modello semplificato²⁶¹, mentre per i successivi periodi d'imposta, a decorrere dal 2017, la comunicazione va inserita direttamente nella Dichiarazione dei redditi dell'impresa beneficiaria. Inoltre, va chiarito che tale opzione non va necessariamente esercitata con riferimento al totale dei beni immateriali detenuti dai soggetti beneficiari, ma può essere presentata anche per un singolo bene immateriale²⁶².

Al fine di beneficiare del suddetto regime l'attività da svolgere può essere suddivisa in tre fasi: 1. Analisi di fattibilità; 2) Analisi economica e preparazione della documentazione di supporto; 3) Procedura di *ruling* per la determinazione del reddito agevolato in ciascuno dei periodi d'imposta oggetto dell'agevolazione.

In merito alla prima fase, essa consiste in un'analisi preliminare finalizzata all'individuazione del possibile vantaggio fiscale derivante dal regime di *patent box* per la specifica impresa interessata. L'analisi di fattibilità costituisce per il management dell'impresa interessata un passaggio fondamentale ai fini della decisione concernente l'eventuale prosecuzione delle attività, in quanto, in funzione dei valori stimati, il management sarà in grado di valutare la sussistenza di un interesse a proseguire nelle altre fasi. In sintesi, questa prima fase prevede:

- la disamina iniziale del ciclo operativo dell'impresa e delle tipologie di proprietà industriali e intellettuali (*IP*) utilizzate;
- la valutazione preliminare dell'esistenza delle condizioni di fruizione dell'agevolazione;

²⁵⁹ CIRCOLARE ADE n.11/E, 2016, pagg. 25-26

²⁶⁰ DALLOCCHIO M.-PAPOTTI R.A.-PIERONI L., *Patent Box*, ed. Egea, Milano, 2016, pagg. 8-17

²⁶¹ AGENZIA DELLE ENTRATE, Provvedimento del 10 novembre 2015

²⁶² Art. 4, comma 2, del decreto *patent box*

- la sommaria stima dei soli dati forniti dal cliente, del potenziale reddito agevolabile e dell'agevolazione conseguibile in termini di risparmio d'imposta.

Nel corso della seconda fase, l'impresa predispone tutte le analisi economiche necessarie per determinare il contributo economico attribuibile ai beni immateriali in esame e la relativa documentazione di supporto, da integrare all'istanza inizialmente presentata.

Le imprese beneficiarie del *patent box* devono essere in grado di identificare i costi e i ricavi, relativi ai singoli beni immateriali, attraverso un adeguato sistema contabile o extra-contabile. Tali costi e ricavi sono individuati tramite idonei sistemi di rilevazione contabile o extracontabile, cd. criteri *tracking and tracing*, per poter così considerare anche eventuali perdite legate agli investimenti sostenuti per sviluppare un prodotto innovativo nell'attesa che il suo sfruttamento possa generare profitti²⁶³.

La disciplina in esame prevede che, in caso di utilizzo diretto dei beni immateriali, il loro contributo economico al reddito complessivo sia quantificato a seguito di una procedura complessa di *ruling*, svolta essenzialmente da tecnici esperti. Quest'ultima procedura è assimilabile ad una sorta di speciale interpello che ha per oggetto la determinazione, in via preventiva e in contraddittorio con l'Agenzia delle entrate, dell'ammontare dei componenti positivi di reddito impliciti, nonché dei criteri utili ad individuare quei componenti negativi che siano riferibili a detti componenti positivi.

In realtà, al termine delle due fasi suddette, l'ultimo stadio riguarda proprio la procedura di *ruling*, che si sostanzia in uno o più incontri con le autorità fiscali, ove vengono discusse le risultanze delle analisi descritte nelle fasi precedenti ed effettuate ulteriori analisi, di concerto con l'autorità fiscale, sino alla determinazione del criterio da adottare per il calcolo contributivo economico, attribuibile ai beni immateriali oggetto di istanza.

A livello di procedura, il legislatore ha previsto il *ruling* obbligatorio e facoltativo. Nell'ipotesi di utilizzo diretto dei beni immateriali agevolabili, il contribuente ha l'obbligo, oltre che d'inviare l'opzione telematica predetta, anche di concludere con l'ufficio competente l'accordo di *ruling*, mentre nel caso di *ruling facoltativo* si presuppone un utilizzo indiretto dei beni immateriali, ad esempio *royalty* infragruppo, o la realizzazione di plusvalenze derivanti dalla vendita del bene immateriale. In realtà, per poter accedere alla procedura facoltativa, tanto la concessione in uso del bene immateriale (utilizzo indiretto) quanto la realizzazione di plusvalenze devono avvenire nell'ambito di operazioni con società consociate²⁶⁴.

L'oggetto dell'accordo di *ruling* rappresenta la preventiva definizione dei metodi e dei criteri di calcolo dei redditi derivanti dall'utilizzo (diretto o indiretto) dell'intangibile o della plusvalenza derivante dalla cessione dell'intangibile stesso; non rientra, invece, nell'oggetto dell'accordo preventivo, la definizione dei criteri di calcolo del *nexus ratio*.

²⁶³ Il Decreto *Patent box* fa esplicitamente riferimento alla necessità di implementare un sistema di *tracking* contabile per monitorare il collegamento tra attività di ricerca e sviluppo e beni intangibili nonché per la verifica del collegamento tra reddito agevolabile e beni immateriali. Lo scopo è quello di consentire la verifica della correttezza dei calcoli effettuati e della spettanza del beneficio.

²⁶⁴ VICINI RONCHETTI A., *Regole europee ed incentivi fiscali allo sviluppo dei brevetti: prime considerazioni sulla Patent Box*, Rass. Trib. n. 3, 2016

L'art. 4, comma 4, del decreto *patent box* specifica che, nelle more della stipula dell'accordo di *ruling*, obbligatorio o facoltativo, i soggetti beneficiari sono tenuti a determinare il reddito d'impresa secondo le regole ordinarie. Al fine di garantire l'accesso al beneficio fin dal periodo di imposta di presentazione dell'istanza, è fatta salva la possibilità di indicare la quota di reddito agevolabile, relativa ai periodi di imposta compresi tra la data di presentazione della medesima istanza e la data di sottoscrizione dell'accordo, nella Dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta di sottoscrizione del *ruling*.

Per quanto concerne le *modalità di presentazione* dell'istanza, quest'ultima va presentata, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento o tramite consegna diretta, all'ufficio "Accordi preventivi e controversie internazionali" dell'Agenzia delle Entrate, se i ricavi o il volume d'affari del contribuente risulta pari o superiore a 300 milioni di euro; nell'ipotesi in cui tale cifra risultasse, invece, inferiore, la competenza spetterebbe alle Direzioni Regionali²⁶⁵.

In sintesi, l'istanza deve riportare:

- l'indirizzo della stabile organizzazione nel territorio dello Stato, per le imprese non residenti, le generalità e l'indirizzo in Italia del rappresentante per i rapporti tributari;
- l'indicazione dell'oggetto dell'accordo preventivo costituito alternativamente da:
 - la preventiva definizione, in contraddittorio, dei metodi e dei criteri di calcolo del contributo economico alla produzione del reddito d'impresa o della perdita, in caso di utilizzo "diretto" dei beni;
 - la preventiva definizione, in contraddittorio, dei metodi e dei criteri di calcolo dei redditi derivanti dell'utilizzo "indiretto" dei beni realizzati nell'ambito di operazioni con società che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa;
 - la preventiva definizione dei metodi e dei criteri di calcolo delle plusvalenze, realizzate nell'ambito di operazioni con società che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa;
- l'indicazione della tipologia di bene immateriale dal cui utilizzo deriva il reddito agevolabile e del vincolo di complementarietà tra tali beni, qualora esistente;
- l'indicazione della tipologia di attività di ricerca e sviluppo svolta;
- la firma del legale rappresentante o di altra persona munita dei poteri di rappresentanza.

Una copia dell'istanza e della relativa documentazione dovrà essere prodotta anche su supporto elettronico; a seguito della presentazione dell'istanza, che potrà essere integrata entro 120 giorni dalla sua presentazione, l'Agenzia inviterà poi l'impresa a comparire per mezzo del suo legale rappresentante per

²⁶⁵ AGENZIA DELLE ENTRATE, Provvedimento n. 67014 del 6 maggio 2016

verificare la completezza delle informazioni fornite, formulare eventuale richiesta di ulteriore documentazione ritenuta necessaria e definire i termini di svolgimento del procedimento in contraddittorio. La procedura si perfeziona tramite la sottoscrizione di un accordo da parte del responsabile dell'ufficio competente e di un responsabile dell'impresa. L'eventuale mancato raggiungimento dell'accordo è fatto constatare mediante processo verbale²⁶⁶.

L'agevolazione concessa dal regime *patent box*, in dettaglio, consiste in una variazione in diminuzione da operare ai fini Irpef o Ires, nonché ai fini Irap, per la cui determinazione occorre:

- individuare il reddito agevolabile, derivante dall'utilizzo diretto o indiretto del bene immateriale;
- calcolare il *nexus ratio*, dato dal rapporto tra i costi qualificati, ossia quelli imputabili alle attività di ricerca e sviluppo, e i costi complessivi (ai sensi dell'art. 9, co. 2-5);
- effettuare il prodotto tra il reddito agevolabile e il *nexus ratio* per ottenere la quota di reddito agevolabile (art. 9, comma 7).

Per il periodo di imposta successivo al 2014 e al 2015, la percentuale di esclusione dal concorso alla formazione del reddito d'impresa è stata, rispettivamente, in misura pari al 30%, per il primo anno, e al 40%, per il secondo anno (art. 9, comma 8). Attualmente, a partire dal 2017, la quota di reddito agevolabile non concorre a formare il reddito d'impresa per il 50% del relativo ammontare.

Tra gli obiettivi posti in essere dall'*Action 5* del Progetto BEPS vi è stato quello di assicurare che i regimi fiscali preferenziali risultassero conformi al principio della *substantial activity*; tale principio impone l'allineamento tra tassazione e sostanza economica, al fine di garantire che la ricchezza sia tassata nel Paese in cui è avvenuta la sua creazione.

Al fine di sostenere il principio della *substantial activity*, sono stati presi in considerazione dall'Organizzazione internazionale tre diversi approcci, ossia *value creation approach*, *transfer pricing approach* e *nexus approach*, ma dei tre solo il *nexus approach* è stato scelto, in quanto aggrega un numero considerevole di consensi tra i Paesi membri dell'OCSE²⁶⁷.

Il *nexus approach* elaborato dall'OCSE ha individuato nelle spese di ricerca e sviluppo sostenute dal titolare del bene intangibile il *proxy* (sintomo/nesso) indispensabile per garantire il rispetto del principio della *substantial activity* e legittimare il riconoscimento dei benefici derivanti dal regime preferenziale.

Secondo tale approccio, la quota parte di reddito derivante dall'intangibile che può essere agevolata è quella che risulta dal rapporto tra "*qualifying expenditures*" (costi qualificati) e "*overall expenditures*" (costi complessivi), nel presupposto che il peso dei costi qualificati sia espressione dell'effettivo svolgimento di attività di ricerca e sviluppo dell'intangibile.

Il *proxy* non è costituito dall'ammontare in valore assoluto delle spese di ricerca e sviluppo sostenute, ma dalla quota parte delle medesime direttamente correlate al bene intangibile così schematizzato:

²⁶⁶ BERTONE G., *Il Patent Box nei chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate*, Diritto e Pratica Tributaria, n. 3, 2016

²⁶⁷ MIELEL.-VIO R., *Patent Box: spunti di riflessione alla luce delle Linee Guida OCSE*, Corr. Trib., n. 22, 2015

In altri termini, il *nexus ratio* risulta pari al quoziente tra i costi qualificati (*qualifying expenditures*) ed i costi complessivi (*overall expenditures*), al fine di ottenere un coefficiente che, moltiplicato per il reddito agevolabile, determinerà il risparmio fiscale, riferito ad un determinato periodo d'imposta.

Va ribadito che tra i costi qualificati sono compresi non solo quelli direttamente alle attività di ricerca e sviluppo, ma anche quelli legati alla tutela dei diritti delle proprietà intellettuali.

Il meccanismo di calcolo elaborato dall'OCSE prevede che i costi di acquisizione dell'intangibile e i costi di ricerca e sviluppo dati in *outsourcing* a società appartenenti al medesimo gruppo, non essendo espressione di attività di ricerca e sviluppo condotta dal contribuente, non possano essere considerati *qualifying expenditures* e vadano, pertanto, imputati solo al denominatore, con l'effetto di ridurre la percentuale di reddito dell'intangibile agevolabile. Secondo l'OCSE, in tale modo, sarebbe garantito il principio della *substantial activity*, in quanto solo il contribuente che abbia creato e sviluppato internamente il bene intangibile può godere dell'agevolazione, decisa dalle singole giurisdizioni, nella misura piena del 100%. Per poter vincere le resistenze di alcuni Stati, l'iniziale impostazione dell'OCSE, in realtà, è stata in parte mitigata riconoscendo alle giurisdizioni la possibilità di introdurre l'*up lift*, ossia la possibilità di aumentare il numeratore del rapporto suddetto nella misura massima del 30%, al fine di ricomprendervi, nel presupposto che il contribuente sostenga spese non qualificate, almeno una parte dei costi di acquisizione e di *outsourcing*²⁶⁸.

Di seguito, per una migliore comprensione, si riportano tre esempi:

1° Esempio-Concessione in Licenza

Supponiamo a regime nel 2017 (tassazione agevolata al 50%), con Ricavo Canoni € 500.000 (se infragruppo *transfer pricing*)

Costi diretti € 100.000

Costi indiretti € 60.000

• La formula:

Ricavi da canoni - costi diretti e indiretti = reddito agevolabile

€ 500.000 - (€ 100.000 + € 60.000) = € 340.000

Reddito agevolabile x imposta agevolata = risparmio fiscale

340.000 x 15% = € 51.000 (minori imposte nell'anno)

2° Esempio- Utilizzo diretto

Ricavi anno 2017 da prodotti nel quale è presente il bene immateriale o un insieme di beni immateriali correlati, pari a € 70.000.000

Costi Qualificati = € 5.000.000

Costi Complessivi = € 6.000.000

Reddito da Bene Immateriale = 5 % dei ricavi = € 3.500.000 (*transfer pricing*)

• La formula:

Costi Qualificati/Costi Complessivi x Reddito bene immateriale

5.000.000/6.000.000 = 83,33% x 3.500.000 = 2.916.550 x 15% (imposta agevolata) = € 437.000 (minori imposte nell'anno)

3° Esempio- Plusvalenza da cessione

Corrispettivo da cessione di un singolo bene immateriale € 130.000 (se infragruppo *transfer pricing*)

Costo storico = € 100.000

²⁶⁸ GUATRI G.- VILLANI M., *Le valutazioni per il Patent Box*, ed. Egea, Milano, 2015, pag. 12

Ammortamento alla data di cessione = € 40.000
Valore netto di bilancio = € 60.000
Plusvalenza: € 130.000 - € 60.000 = € 70.000
Detassazione al 100% se reinvestiti € 117.000 (90% di € 130.000) nei due anni successivi

- la formula:
Plusvalenza x imposte (Ires + Irap) 30% = risparmio fiscale
€ 70.000 x 30% = € 21.000 (minori imposte nell'anno)

L'opzione del regime di *patent box* copre cinque periodi d'imposta ed è irrevocabile, ma non automaticamente rinnovabile oltre la durata prevista. Per permettere ai diversi Stati membri di uniformare i propri *Ip regime* è stata prevista la *Gandfathering rule*, secondo cui i regimi non conformi al *nexus approach* devono essere chiusi entro il 30 giugno 2021, mentre gli Stati membri si sono impegnati a non consentire nuovi ingressi a *regimi Ip* esistenti non conformi al suddetto approccio a partire dal 30 giugno 2016²⁶⁹.

A tal proposito, anche l'Italia si è adeguata, escludendo i *marchi* d'impresa dal regime *patent box*, solo ovviamente per le opzioni esercitate dal 2017 in poi. In realtà, le imprese che hanno optato nel 2015 e nel 2016 potranno continuare a detassare il reddito dei marchi, sia ad uso diretto che concessi in licenza, fino al termine del quinquennio e in ogni caso non oltre il 30 giugno 2021. Pertanto dal 2017, le opzioni restano valide solo per brevetti, software, disegni, modelli e *know how*²⁷⁰.

Il *patent box* italiano si è adeguato alle prescrizioni dell'OCSE e il documento *Action 5* del Progetto BEPS ha impedito, dopo il 30 giugno 2016, nuovi ingressi nei regimi di detassazione di beni immateriali non conformi alle regole ivi indicate che consentono di detassare solamente i brevetti (compresi i modelli di utilità) e il software protetto da copyright. Pertanto, le opzioni esercitate nel 2015 e nel 2016 restano invece valide fino a scadenza anche con riferimento ai marchi d'impresa. Considerando che il regime del *patent box* ha validità per cinque esercizi consecutivi, chi ha optato con riguardo ai marchi nel 2015 potrà dunque detassare il reddito derivante dall'uso diretto o indiretto (quali concessione in licenza a terzi) di tali intangibili per gli anni dal 2015, ai 2019. Chi ha invece avviato il regime a partire dal 2016, dedurrà una quota parte del reddito dei marchi per i periodi dal 2016 al 2020 compresi. In ogni caso, la detassazione per i marchi non potrà andare oltre il 2021.

Alla fine dell'analisi sostanziale del *patent box*, si vuol porre l'attenzione sulle agevolazioni ottenute tramite tale regime da parte della Moncler, un'impresa multinazionale tessile specializzata nell'abbigliamento invernale, fondata nel 1952 da René Ramillon, un semplice artigiano francese specializzato in attrezzature da montagna. Tale multinazionale ha raggiunto nel 2017 un fatturato pari a 1,1 miliardi di euro di ricavi con un aumento del 15% rispetto all'anno precedente, di cui l'87% dei ricavi ottenuto fuori dall'Italia; inoltre, il suo utile netto ha superato i 249 milioni di euro con una crescita totale del 27%. La Moncler è stata una delle prime multinazionali a siglare un accordo preventivo con l'Agenzia delle Entrate italiana per l'accesso all'agevolazione fiscale del *patent box*, dopo aver sostenuto la prassi delle dovute verifiche fiscali in tema di *transfer pricing*, riportate nella Relazione Finanziaria Annuale del 2016. Il regime fiscale opzionale di *patent box* ha consentito al Gruppo agevolazioni fiscali per un quinquennio, ossia dal 2015-2019, coprendo il

²⁶⁹ Art. 13, Decreto "Patent Box", 28 novembre 2017

²⁷⁰ Art. 56, D.L. n. 50 del 24 aprile 2017

relativo beneficio per il triennio 2015-2017, pari a circa 34 milioni di euro, vantaggio tra l'altro totalmente riflesso nei risultati del 2017; la quantificazione del beneficio futuro, ossia per gli esercizi 2018 e 2019, invece avverrà in sede di redazione dei rispettivi bilanci d'esercizio. L'accordo relativo alle pendenze fiscali, nell'ambito sempre dei rilievi formulati relativi a tematiche di *transfer pricing* nei confronti di consociate estere, tutte operanti in Paesi a fiscalità ordinaria, su un costo totale di 24,5 milioni di euro, al netto degli accantonamenti già esistenti, ha avuto un impatto sui risultati della multinazionale del 2017 pari a 14,5 milioni di euro. Per effetto del beneficio fiscale legato al regime del *patent box*, per 34 milioni di euro, e del costo netto relativo agli accordi su pendenze fiscali pari a Euro 14,5 milioni di euro, il *tax rate* di Moncler, per l'esercizio 2017, si è attestato intorno al 26%, rispetto al 33% riportato nell'esercizio 2016²⁷¹.

3.2.2. *Gli aspetti critici.*

Sebbene il regime del *patent box* possa essere considerato nel complesso uno strumento utile ed innovativo per poter potenziare il valore degli investimenti in ricerca e sviluppo, presenta comunque alcune criticità.

Una prima criticità è data dall'appesantimento dell'iter burocratico per le imprese richiedenti il regime agevolato. Infatti, l'eccessivo impegno dell'Amministrazione finanziaria di evitare fenomeni elusivi e di abuso di diritto, si è tradotto in un insieme di adempimenti di varia natura a carico del contribuente, che ha comportato un aumento di obblighi burocratici e di tempi, necessari per l'applicazione del regime.

In realtà, l'eccessiva rigidità burocratica e i vuoti normativi comportano un rallentamento dell'iter necessario alle imprese per l'accesso alle agevolazioni e, nel contempo, anche un aumento di tempi e costi a carico dei contribuenti. A tal proposito, non essendo specificata né la durata, entro cui debba avvenire la procedura di *ruling*, né tantomeno il criterio di valutazione obbligatorio per la definizione della quota di reddito ascrivibile al bene immateriale, le imprese vanno incontro ad un iter burocratico alquanto tortuoso. Basti pensare che le grandi imprese, con un volume d'affari superiore ai 300 milioni di euro, nell'avanzare l'istanza alla Direzione regionale, affrontano numerose difficoltà, inerente soprattutto la presentazione dell'intera documentazione contabile necessaria ed i relativi criteri di calcolo; tra l'altro, avendo a disposizione soltanto cinque mesi (l'iniziale termine di 120 giorni è stato elevato a 150 giorni) per integrare, in fase istruttoria, con memorie o altro, quanto prodotto.

A differenza delle grandi, le piccole e medie imprese non hanno l'obbligo d'illustrare preventivamente i criteri di calcolo, ma non per questo sono esentate dal *ruling*, con il rischio anch'esse comunque di non riuscire a definire l'entità dell'agevolazione entro i termini predefiniti. Occorre aggiungere che, sempre a fini istruttori, l'Agenzia può operare degli accessi spontanei presso le sedi delle imprese, onde

²⁷¹ www.monclear.com

esaminare ulteriori documenti: un'eventualità che sicuramente non incoraggia molti imprese che potrebbero essere potenzialmente interessate al *Patent Box*.

La necessità, inoltre, di adottare un sistema contabile o extra-contabile informato ai criteri della contabilità analitica (con attribuzione dei costi non per natura, bensì per destinazione) può tradursi, in molti casi, in un aggravio legato all'adeguamento non solo del sistema di registrazione e imputazione dei costi, ma anche della preparazione del personale amministrativo, o comunque di coloro che prestino la propria opera nell'ambito dell'assistenza contabile. L'accordo è vincolante per entrambe le parti, contribuente e Agenzia delle Entrate, per cinque periodi d'imposta, con decorrenza dalla sua sottoscrizione; ciò, insieme all'irrevocabilità dell'opzione, rappresenta un altro aspetto critico, capace di indurre le imprese a guardare con circospezione al *Patent Box*.

Un ulteriore nota dolente riguarda l'ambito oggettivo del regime, nel punto in cui la legge di Stabilità 2016, modificando l'art. 39 della precedente normativa, ha sostituito l'espressione "*opere dell'ingegno*" con "*software protetto da copyright*", escludendo così una buona parte dei diritti d'autore, su opere letterarie, teatrali, cinematografiche, format televisivi, dall'operatività del *Patent Box*, in ragione proprio della *compliance* nei riguardi delle azioni predisposte dall'OCSE²⁷².

In realtà, l'esclusione suddetta per motivi di *compliance* appare un po' contraddittoria se si evidenzia che, sin dagli esordi, l'Italia ha inteso il *Patent Box* come un vero e proprio *IP Box* in grado di ricomprendere tutto il patrimonio tipico del *made in Italy*. Tutto ciò sta a significare che il regime agevolativo nazionale è stato esteso anche ai modelli, disegni e, di conseguenza, anche ai marchi commerciali che, al contrario, l'OCSE non include tra gli *IP qualifying assets*, per cui va da sé che in tal caso non si evidenzia una *compliance* tra ordinamento interno ed internazionale.

In aggiunta, le Linee Guida OCSE, oltre ai marchi commerciali, escludono anche il segreto industriale poiché non soggetto a procedure di concessione come quelle previste per il conseguimento di brevetti o analoghi diritti. A tal fine, però vi è da dire che la clausola di salvaguardia "*Grandfathering rule*" consente all'Italia di sfruttare il periodo transitorio ammettendo, per quanto concerne i marchi commerciali ed il *know how* sprovvisto di specifica certificazione del Ministero dello Sviluppo, quelle istanze definite ed approvate entro il 30 giugno 2016: oltre tale termine, si ritiene che le nuove opzioni riguardanti marchi e segreti industriali vengano automaticamente escluse dalle possibilità di fruire del *Patent Box*.

Risulta chiara dunque l'ennesima criticità del *patent box* nazionale, ove il nostro legislatore che, al fine di uniformarsi ai principi OCSE, ha escluso i marchi commerciali dal raggio di applicazione dell'agevolazione fiscale, concedendo alle imprese un periodo transitorio non oltre il 2021 al fine di adeguarsi alla disciplina internazionale. In effetti, tutto ciò potrebbe portare ad un impatto negativo sulla fiscalità nazionale, se si considera che una parte consistente delle imprese multinazionali ogni anno presenta l'istanza di *patent box* proprio in merito a tale tipologia di bene immateriale; un impatto negativo si

²⁷² MIELE L., *La nuova guida al Patent Box*, Il Sole24Ore, Milano, 2016, pag. 18

riscontrerebbe anche nell'ambito economico, in quanto un'ipotetica assenza dal *Patent Box* dei marchi italiani, che, grazie alla loro valorizzazione, costituiscono il principale patrimonio dei *brands* legati alla moda e al lusso, rischierebbe di fare implodere, negli anni futuri, almeno buona parte della strategia perseguita dal Governo italiano.

Attualmente, dunque, il *Patent Box* italiano si colloca in una posizione un po' complicata, in cui l'Italia deve valutare il *trade-off*, ossia il rapporto costo-opportunità tra la funzione obiettivo tesa verso una maggiore competitività di sistema ed il vincolo dato dalla conformità alle regole OCSE che essa condivide.

In definitiva, se questo è lo stato dell'arte, il regime di *Patent Box* assume il profilo di un'architettura complessa, forse troppo sofisticata e di poca sostanza per buona parte del sistema produttivo italiano, in cui la messa a punto è ancora in fieri, come dimostra l'elevato numero di aggiustamenti resi noti attraverso provvedimenti dirigenziali e circolari esplicative, quali ad esempio l'estensione del vincolo di complementarietà anche a tipologie e famiglie diverse di beni immateriali.

Inoltre, va evidenziato come il *Patent Box* italiano risulti interessante nella misura in cui il coefficiente rappresentato dal *nexus ratio* si avvicina ad 1, ossia che i costi ascrivibili ad attività di ricerca e sviluppo costituiscano la pressoché totalità dei costi complessivi sostenuti dall'impresa; va aggiunto, che addirittura nel caso di utilizzo indiretto dei beni immateriali l'intervento delle percentuali di *royalties* nel meccanismo di calcolo rischia di rendere irrisoria la quota di reddito agevolato.

Un'altra importante agevolazione concessa dalla normativa non meno esente da criticità è quella afferente la detassazione delle plusvalenze realizzate a seguito della cessione degli *intangibles*. Come è noto, non concorrono a formare il reddito complessivo le plusvalenze derivanti dalla cessione dei beni immateriali, a condizione che almeno il 90% del corrispettivo sia reinvestito nella manutenzione o nello sviluppo di altri beni immateriali, entro la chiusura del secondo periodo d'imposta successivo a quello nel quale si è verificata la cessione (ad esempio se la cessione avviene nel corrente 2018, il termine del reinvestimento sarà relativo alla fine dell'esercizio 2020).

In altri termini, occorre reinvestire il 90% dell'intero corrispettivo ricavato dalla cessione del bene, e non il 90% del valore della plusvalenza; ciò significa che, almeno nella stragrande maggioranza dei casi, il valore della somma da reinvestire sarà di gran lunga superiore rispetto a quello della plusvalenza detassata; inoltre, nell'ambito della manutenzione e sviluppo non rientrano tra i reinvestimenti qualificati le somme destinate, ad esempio, anche all'acquisto di altri beni immateriali. In base a quanto esposto, si può concludere che, in un'ottica di pratica applicazione, l'agevolazione concernente le plusvalenze da cessione non appare per nulla conveniente per le imprese e, nemmeno in linea con l'intera *ratio* istitutiva del *Patent Box*.

Infine, l'elemento di maggiore criticità che si riscontra nella pratica per le imprese è la scelta del metodo di calcolo per definire il contributo economico in sede di *ruling* con l'Agenzia delle Entrate. Per determinare il contributo economico con esattezza, è infatti necessaria la preventiva conclusione del contraddittorio con l'Agenzia delle Entrate. Con la procedura di *ruling*, in linea con quanto previsto in

materia di *transfer pricing* dall'OCSE, l'impresa provvede a predisporre un dossier completo contenente i documenti, i calcoli e i pareri atti a comprovare i risultati raggiunti, in funzione del principio di concorrenza leale (in sostanza, a valore di mercato, laddove possibile). In merito ai calcoli, si sa che i tre principali metodi, raccomandati dall'OCSE con riguardo al *transfer pricing* e dettagliati nell'*Action 10* del Piano BEPS, sono il metodo del confronto del prezzo (*Comparable Uncontrolled Price*), quello del costo maggiorato (*Cost Plus Method*) ed, infine il metodo del prezzo di rivendita (*Resale Price Method*); metodi in rigido ordine di priorità, in quanto se non si usa il primo ma il secondo o il terzo, bisogna motivarne la scelta. L'OCSE, indicando delle metodologie con lo scopo di ricomprendere tutte le ipotizzabili fattispecie di transazioni internazionali infragruppo, e non soli i casi relativi al *Patent Box*, ha opportunamente affiancato ai suddetti tre metodi previsti altri criteri di calcolo meramente residuali, quali il *Residual Profit Split Method*, da utilizzare però solo in casi estremamente eccezionali (per l'appunto residuali), ove risulti davvero impossibile fruire di uno dei tre principali metodi sopra ricordati.

Il motivo di tutto ciò è facilmente intuibile, in quanto l'RPSM è per sua natura di tipo meramente ipotetico-prospettico; ed è evidente che, quanto più ci azzardiamo a fare previsioni economiche per il futuro, tanto meno probabile sarà il grado di effettiva corrispondenza alla realtà di dette previsioni. Ma, quel che più rileva con riferimento alle criticità del sistema *Patent Box*, il criterio di calcolo residuale non tiene praticamente in alcun conto l'indispensabile principio di nesso, presupposto fondamentale del regime.

In realtà, tutto ciò ha portato ad una situazione estremamente critica, in quanto è emerso in disaccordo tra contribuente ed Amministrazione finanziaria. Infatti, si riscontrano, sempre più di frequente nella pratica, casi in cui l'impresa propone l'istanza di *ruling* allegando ineccepibilmente il calcolo eseguito con il tradizionale CUP, mentre l'Agenzia delle Entrate, senza alcuna motivazione normativa oltre che logica e di buon senso, pretende che il conteggio venga riproposto basandosi sul criterio residuale RPSM, che come già evidenziato non tiene conto del principio di nesso.

Al fine di adeguarsi a tutto ciò, sembra doveroso evidenziare che, ad oggi, sono stati definiti da taluni Uffici dell'Agenzia delle Entrate diversi accordi sul *Patent Box* che riguardano sia brevetti, disegni e modelli, che marchi e know-how, utilizzando inizialmente il metodo del confronto sul prezzo (CUP - *Comparable Uncontrolled Price*) e, successivamente, quello sulla ripartizione degli utili (RPSM - *Residual Profit Split Method*).

In modo alquanto sarcastico, tirando le somme sui diversi aspetti critici, si potrebbe concludere che se il nostro legislatore, con la particolare normativa sul *Patent Box*, intendeva prospettare al contribuente locale una nuova occasione per espatriare, delocalizzando la produzione dei suoi redditi al di fuori dei confini nazionali, si può ritenere che abbia pienamente conseguito il suo obiettivo. Va evidenziato, però, che si va oltre una visione negativa, essendo fortunatamente i vantaggi derivanti dal regime del *patent box* superiori rispetto alle criticità evidenziate, per cui vale comunque la pena per le aziende aderire a tale regime, se non altro perché, nel caso in cui non riscontrassero effetti positivi, non è preclusa alle stesse di optare per altri regimi agevolativi.

In un ambito internazionale, tra le criticità va aggiunta anche quella relativa al rilevante ritardo del nostro Paese nell'introduzione del regime rispetto agli altri membri OCSE, che ci fa comunque partire già svantaggiati in un contesto altamente competitivo come quello attuale.

3.2.3. Breve comparazione con gli altri modelli europei.

In una sorta di *compliance* con quanto raccomandato dall'OCSE, il regime di *patent box* italiano, anche se con ritardo, si è posto in linea di continuità con i modelli che, nell'ultimo decennio, progressivamente sono stati introdotti in diversi Stati europei. In effetti, già nel 1971, la Francia ipotizzò un'agevolazione fiscale concernente gli *intangibles*. Dopo di che, nel marzo del 2000, a seguito della cd. "Strategia di Lisbona", il Consiglio UE espresse parere favorevole a riguardo di tale regime, per cui sono state emanate, nel 2007, anche le prime disposizioni in Olanda e Belgio, seguite l'anno successivo da Lussemburgo e Spagna, poi dal 2010, con cadenza annuale è stato introdotto il regime del *patent box* a Malta, Liechtenstein e Svizzera (2011), Cipro e Ungheria (2012), Gran Bretagna (2013), Portogallo (2014), infine, l'Italia (2015).

Per meglio comprendere il contesto internazionale, in ultima analisi, di seguito è esposta una breve sintesi comparativa dei regimi IP Box internazionali²⁷³.

Tabella comparativa dei regimi IP Box in Europa

Stato	Anno di introduzione	Aliquota fiscale ordinaria	Aliquota fiscale effettiva (IP box rate)	Ambito soggettivo	Categorie di IP agevolabili	Modalità di acquisizione	Fonte del reddito agevolabile	Richiesta di attività di R&S	Beneficio Patent Box
Francia	2000	33,33%	15,50%	- Soggetti residenti - Stabile organizzazione di soggetti non residenti	- Brevetti - Invenzioni brevettabili - Processi industriali	- IP sviluppato internamente - IP acquistato	- Concessione in licenza IP - Cessione IP	No	Aliquota ridotta del 15%
Ungheria	2003	Aliquota progressiva dal 10,00% al 19,00%	Dal 5,00% al 9,50%	- Società residenti - Società straniere che hanno trasferito la sede amministrativa in Ungheria	- Brevetti - Marchi - Formule e processi segreti - Disegni e modelli - Diritti d'autore (inclusi i software) - Know-how	- IP sviluppato internamente - IP acquistato	- Cessione IP	No	Esenzione del 50% del reddito lordo agevolabile
Paesi Bassi	2007	25,00%	5,00%	- Soggetti residenti - Stabile organizzazione di soggetti non residenti	- Brevetti - Beni immateriali derivanti da attività di R&D certificata	- IP sviluppato internamente - Migliorie su IP acquistato	- Sfruttamento diretto IP - Concessione in licenza IP - Cessione IP	Si	Esenzione pari a 20/25 del reddito agevolabile
Belgio	2007	34,00%	6,80%	- Società residenti - Stabile organizzazione di società non residenti	- Brevetti - <i>Supplementary protection certificate</i> - Software	- IP sviluppato internamente - Migliorie su IP acquistato	- Sfruttamento diretto IP - Concessione in licenza IP	Si	Esenzione dell'80% del reddito lordo agevolabile

²⁷³ EVERS L.-MILLER H.-SPENGLER C., *Intellectual property box regimes: effective tax rates and tax policy considerations*, Tax Public Finance, vol. 22, n. 3, 2015, pag. 502 e ss.

Stato	Anno di introduzione	Aliquota fiscale ordinaria	Aliquota fiscale effettiva (IP box rate)	Ambito soggettivo	Categorie di IP agevolabili	Modalità di acquisizione	Fonte del reddito agevolabile	Richiesta di attività di R&S	Beneficio Patent Box
Lussemburgo	2008	29,20%	5,80%	- Soggetti residenti - Stabile organizzazione di soggetti non residenti	- Marchi - Brevetti - Copyright software e domini internet - Disegni e modelli	- IP sviluppato internamente - IP acquistato (non infragruppo)	- Sfruttamento diretto IP - Concessione in licenza IP - Cessione IP	No	Esenzione dell'80% del reddito agevolabile
Spagna	2008	30,00%	15,00%	- Società residenti - Stabile organizzazione di soggetti non residenti	- Brevetti - Disegni e modelli - Formule e processi - Know-how	- IP sviluppato internamente	- Concessione in licenza IP - Cessione IP	Si	Esenzione del 50% del reddito agevolabile
Malta	2010	35,00%	0%	- n.a.	- Brevetti - Marchi - Diritti d'autore (inclusi i software)	- IP sviluppato internamente - IP acquistato	- Concessione in licenza IP - Cessione IP	No	Esenzione del 100% del reddito agevolabile
Liechtenstein	2011	12,50%	2,50%	- n.a.	- Brevetti - Disegni e modelli - Marchi - Copyrights (inclusi i software)	- IP sviluppato internamente - IP acquistato	- Sfruttamento diretto IP - Concessione in licenza IP - Cessione IP	No	Esenzione pari all'80% del reddito agevolabile
Canton Nivaldo (Svizzera)	2011	12,66%	8,80%	- n.a.	- Brevetti - Marchi - Disegni e modelli - Copyright sul lavoro letterario, artistico o scientifico, compresi film cinematografici - Formule e processi	- IP sviluppato internamente - IP acquistato	- Sfruttamento diretto IP - Concessione in licenza IP - Cessione IP	No	Esenzione pari al 30% del reddito agevolabile

Stato	Anno di introduzione	Aliquota fiscale ordinaria	Aliquota fiscale effettiva (IP box rate)	Ambito soggettivo	Categorie di IP agevolabili	Modalità di acquisizione	Fonte del reddito agevolabile	Richiesta di attività di R&S	Beneficio Patent Box
Cipro	2012	12,50%	2,50%	- n.a.	- Brevetti - Marchi - Disegni e modelli - Elenchi di clienti - Copyright software e domini internet - Know-how	- IP sviluppato internamente - IP acquistato	- n.a.	No	Esenzione pari all'80% del reddito agevolabile
Regno Unito	2013	21,00%	10,00%	- Società residenti - Stabile organizzazione di società non residenti	- Brevetti - <i>Supplementary protection certificate</i> - <i>Regulatory exclusivity rights</i>	- IP sviluppato internamente - IP acquistato	- Sfruttamento diretto IP - Concessione in licenza IP - Cessione IP	Si	Esenzione pari a 11/21 del reddito agevolabile
Portogallo	2014	31,50%	15,80%	- Società residenti - Stabile organizzazione di società non residenti	- Brevetti - Disegni - Modelli industriali	- IP sviluppato internamente	- Concessione in licenza IP - Cessione IP	Si	Esenzione del 50% del reddito lordo agevolabile
Italia	2015	IRES 3,90% + IRAP 27,50%	15,70%	- Società residenti - Stabile organizzazione di società non residenti	- Software coperto da copyright - Marchi - Brevetti industriali - Disegni e modelli - Know-how aziendale	- IP sviluppato internamente - IP acquistato	- Sfruttamento diretto IP - Concessione in licenza IP - Cessione IP	Si	Esenzione del 50% del reddito agevolabile

Da una visione d'insieme scaturisce che non vi è una struttura organica e generale di *intellectual property regime*, a causa di notevoli diversità tra i diversi regimi. Le sostanziali differenze nell'applicazione del regime, tra i diversi Stati, riguardano principalmente: le diverse modalità di concessione del beneficio fiscale; la determinazione di un'aliquota nominale inferiore a quella ordinaria; la deduzione dal reddito imponibile; la parziale esenzione o esclusione del reddito derivante dallo sfruttamento dell'intangibile su cui si applica la misura.

In particolare, dalla tabella comparativa emerge come in Francia, per quanto concerne i redditi derivanti dallo sfruttamento dei brevetti, sia fissata un'aliquota fiscale effettiva (*IP box rate*) del 15,5%, rispetto all'ordinaria del 33,33%; in Belgio è consentito alle imprese una deduzione del reddito d'impresa pari all'80% dai ricavi provenienti dalla concessione in licenza degli *intangibles*, scontando così un'effettiva imposizione del 6,8%, pari al 20% dell'aliquota ordinaria del 33,99%; la situazione dell'Italia è molto vicina a quella del Portogallo, con un'aliquota fiscale effettiva del 15,7%.

Altre diversità tra i diversi regimi si evidenziano anche in merito alle diverse tipologie di intangibili oggetto dell'agevolazione, nelle condizioni, presenti o meno, di attività di ricerca e sviluppo nello Stato di riferimento, nell'estensione dell'agevolazione ai *capital gains* derivanti dalla vendita dei brevetti, oltre che le condizioni restrittive inerenti la registrazione dei brevetti nel Paese in cui è richiesto il beneficio.

In particolare, alcuni Paesi, quali il Belgio, i Paesi Bassi ed il Regno Unito, concedono un trattamento fiscale particolarmente vantaggioso per i brevetti e altri diritti ad essi assimilabili, al fine d'incentivare gli investimenti relativi alle attività di ricerca, sviluppo e innovazione. Altri Paesi, quali Cipro, la Francia, l'Ungheria e la Svizzera, basandosi sulla quantità più che sulla qualità, hanno strutturato il loro regime *patent box* in modo da attirare il maggior numero possibile di beni immateriali, consentendogli di usufruire dei relativi benefici.

Quasi tutti gli Stati aderenti al regime, eccetto Spagna e Portogallo, oltre a prevedere l'agevolazione per gli intangibili sviluppati in modo diretto dal soggetto, concedono tale beneficio anche sui beni immateriali acquistati da parte di terzi.

In definitiva, ciò che accomuna tutti i regimi di *patent box*, in merito all'ambito oggettivo applicativo, è la disposizione che prevede che il reddito agevolabile possa scaturire non solo direttamente, dallo sfruttamento del bene immateriale, ma anche in modo diretto, tramite i ricavi dei canoni per la concessione del bene utilizzato da terze parti

3.3. L'economia digitale.

L'evoluzione del commercio elettronico ha favorito lo sviluppo di numerose imprese la cui attività è basata sulla vendita di beni e servizi totalmente dematerializzati, tramite complesse strutture informatiche. Le imprese hanno la capacità di promuovere e vendere i propri beni digitalizzati, materiali o intangibili, in qualsiasi parte dell'emisfero, mediante postazioni virtuali visibili da qualsiasi utente, che li acquista pigiando dei semplici tasti sul proprio computer.

La tipicità di tale commercio è data proprio dal fatto che non occorre fissare numerose sedi di un'impresa multinazionale nei diversi mercati di sbocco; anzi ove ciò fosse necessario, sarebbe comunque più facile ed economico, in quanto la tipologia dei prodotti è intangibile e gli attuali sistemi di comunicazione riducono qualsiasi distanza. In passato, un'impresa con investimenti all'estero doveva per forza maggiore stabilire una sede sussidiaria estera, dalla quale scaturivano sempre una serie di problemi, tra cui dazi doganali, lenta comunicazione, rischi di cambio, elevati costi di trasporto, che rendevano ostica l'attività su ampia scala. Con l'avvento del commercio elettronico, invece, gli ostacoli geografici sono ormai del tutto irrilevanti, data la quasi assenza di sedi estere per le imprese digitali che adottano i nuovi modelli di business a livello globale.

L'*e-commerce* non riguarda esclusivamente la transazione tra fornitore ed acquirente, ma abbraccia diversi aspetti del rapporto commerciale, quali la ricerca e l'individuazione del potenziale acquirente, la fase della trattativa, la stipulazione del contratto ed il pagamento dei prodotti o servizi acquistati; inoltre, nel caso di vendita di beni immateriali, anche la distribuzione e la consegna a destinazione²⁷⁴.

In realtà, lo scopo principale dell'*e-commerce* è la realizzazione di una nuova categoria commerciale all'interno di un contesto virtuale, nel quale la maggior parte delle fasi, tra loro divise, che intervengono genericamente tra l'acquirente e il venditore in una semplice transazione commerciale, si possano integrare ed automatizzare, minimizzando così le spese delle transazioni²⁷⁵.

L'economia digitale è scaturita da una rivoluzione tecnologica del settore dell'informazione e della comunicazione, che ha comportato la realizzazione di tecnologie più potenti, meno costose, ampiamente standardizzate, utili alle imprese per il miglioramento dei processi di business e con un'estesa linea innovativa in tutti i settori economici. Le multinazionali con elevati livelli d'innovazione tecnologica riescono a gestire, in modo totalmente automatico, interi cicli produttivi, stravolgendo così il mercato tradizionale, che diventa sempre meno competitivo.

In generale, i diversi Stati, inizialmente, hanno accettato di buon grado tutte le novità dell'*e-commerce*, visto le numerose opportunità per uno slancio dell'economia mondiale. Purtroppo, questo sistema economico avanzato, oltre agli innumerevoli benefici, ha presentato notevoli aspetti negativi, soprattutto sotto il profilo fiscale.

3.3.1. La tassazione della digital economy.

In effetti, le multinazionali che operano nel settore della "*Digital Economy*"²⁷⁶, abbinando le lacune normative dei vari ordinamenti legislativi con i vantaggi derivanti dall'attuale sviluppo tecnologico, adottano vari espedienti per ridurre l'imposizione fiscale gravante sui considerevoli profitti conseguiti. L'Apple, Google, Amazon, Facebook, sono i colossi del web che, grazie all'intangibilità dei loro modelli di *business*, elaborano articolati sistemi organizzativi posizionandosi così facilmente in Stati che offrono un trattamento fiscale vantaggioso.

In realtà, le imprese che operano nel commercio tradizionale non sarebbe state mai in grado di porre in essere delle pianificazioni fiscali aggressive così occulte come sviluppate dalle imprese digitalizzate, proprio per la "fisicità" dei loro prodotti, che li rende facilmente rintracciabili. L'economia digitale ha stravolto il classico sistema imprenditoriale, eludendo anche tutti i "problemi" derivanti proprio dalla suddetta "fisicità"²⁷⁷.

Questo nuovo orientamento economico ha riportato all'attenzione dei vari Governi le problematiche

²⁷⁴MARINI L., *Profili giuridici del commercio elettronico nel diritto internazionale e comunitario*, Dir. comm. Internaz. fasc. n. 1, 2000

²⁷⁵GIGLIO MORO V., PEVERELLI M., *Nuove regole per l'“e-commerce”*, *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2015, pag. 74; FINELLI W., *EU e-commerce contracts e giurisdizione*, *Diritto del commercio internazionale* n. 22, 2008

²⁷⁶RIZZARDI R., *Il progetto europeo di fiscalità per l'economia digitale*, *Corriere Tributario* n. 6, 2014

²⁷⁷NELLEN A., *Taxation and Today's Digital Economy*, *Journal of tax practice procedure*, 2015

di evasione ed elusione fiscale, in parte risolte per le transazioni tradizionali, che richiedono, invece, nuove prospettive di controlli, potendo le transazioni commerciali sfuggire alle classiche procedure applicate. Si pongono due principali problemi: la difficoltà a individuare i soggetti che operano sul mercato virtuale e la possibilità di trovare le “tracce” degli acquisti, soprattutto se riguardano beni che viaggiano *on line*, come *software*, filmati o dischi digitali. In questi casi “l’unico indizio che vi è stata una transazione è l’avvenuto pagamento tra le parti dove la ricerca di prove dei trasferimenti finanziari da parte del fisco pone problemi non molto semplici”. Lo svincolo delle transazioni dai luoghi fisici tradizionali favorisce le strategie di “*Base Erosion and Profit Shifting*”, che talune imprese pongono in essere per erodere la base imponibile. Queste aziende, per lo più famose multinazionali, riescono a spostare i profitti (*profit shifting*) realizzati in Paesi contraddistinti da un’alta imposizione fiscale in altri dove questi capitali vengono sottoposti a tassazione mediante aliquote ridotte, se non addirittura nulle, consentendo loro un indebito vantaggio fiscale concentrando un’enorme massa di profitti in Paesi dove questa ricchezza non è stata prodotta e che sono stati scelti unicamente per i vantaggi fiscali che offrono.

Mediante il trasferimento di dati digitalizzati, le imprese riescono, con facilità, velocità ed economicità, a ramificare le numerose funzioni aziendali in luoghi remoti, sfruttando appieno i diversi benefici che ne possono trarre; inoltre, la presenza di barriere d’ingresso, quasi inesistenti, nel settore della produzione e della distribuzione di servizi digitali, permettono un aumento esponenziale anche delle dimensioni aziendali, che favoriscono il moltiplicarsi dei “*business digitali*”²⁷⁸.

I colossi del *web*, avendo dunque la capacità di modificare con estrema facilità e celerità il proprio assetto organizzativo e avendo alla base caratteristiche sostanziali completamente moderne, per cui poco conosciute, sono riuscite a mettere in crisi l’intero sistema fiscale, al punto tale da far sentire la necessità di modifiche ed aggiustamenti tempestivi della normativa interna ed internazionale, al fine di contrastare il crescente fenomeno dell’elusione fiscale²⁷⁹.

In realtà, i comportamenti elusivi mutano secondo le modifiche normative introdotte per contrastarli, pur conservando la caratteristica in comune di una doppia articolazione operativa: 1) la costituzione di società controllate estere negli Stati con sistemi fiscali vantaggiosi; 2) la modifica dei prezzi di trasferimento, relativi alle transazioni *intercompany*²⁸⁰.

Le suddette strategie fiscali, nella maggior parte dei casi, sono messe in atto dalle imprese “*high tech*”, in quanto in grado di sfruttare la dinamicità di mobilitazione dei fattori produttivi e dei profitti, senza bisogno di superare barriere derivanti dai limiti geografici²⁸¹.

In realtà, tali imprese possono accrescere il volume d’affari dell’intero gruppo, mediante l’acquisto di

²⁷⁸ CIPOLLINA S., *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell’economia globalizzata*, Riv. Dir. Finanz. e Sc. Fin., fasc. n. 1, 2014, pag. 21

²⁷⁹ TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario*, parte generale, Utet, Torino, 2011

²⁸⁰ PALUMBO G., *Rassegna sistematica sull’attuale orientamento della giurisprudenza di legittimità in argomento transfer pricing*, Riv. Dir. trib. nn.7-8, 2014; VALENTE P., *Transfer pricing: criticità nella remunerazione dei beni intangibili*, Il fisco, 2015

²⁸¹ GRUBERT H., *Foreign Taxes and the Growing Share of U.S. Multinational Company Income Abroad*, Office of Tax Analysis Working Paper n.103, febbraio 2012, pag. 275

beni e servizi, materiali e immateriali, attività finanziarie e allocazione di costi comuni, come le spese relative alle attività di ricerca. Il fine precipuo è proprio quello di aumentare le possibilità di utilizzo dei prezzi di trasferimento per far rientrare i profitti aziendali, in maniera tale da ridurre al minimo l'onere fiscale dello Stato ospite e, allo stesso tempo, massimizzare il profitto complessivo dell'impresa, alterando la propria base imponibile, in modo da adattarla al *target* aziendale²⁸².

Di conseguenza anche le multinazionali “digitali” possono usare il *transfer pricing* a loro vantaggio, manipolando il totale dei profitti dichiarati e, conseguentemente, le entrate fiscali sia interne che quelle dello Stato ospite. In effetti, per trasferire gli utili tra i diversi Stati, le multinazionali stabiliscono il prezzo minore per i beni venduti agli Stati con aliquote fiscali elevate e, viceversa, il corrispettivo maggiore per i beni venduti ai Paesi con aliquote fiscali inferiori. Tutto ciò implica che il flusso commerciale *intra-firm* verso le consociate residenti in Paesi con elevata pressione fiscale risulterà scarso, mentre quello verso affiliate situate in Stati aventi aliquote più basse, risulterà molto più elevato. Dunque, si evidenzia come sia difficile comprendere la “condotta” di un'impresa sotto l'aspetto fiscale, in quanto non sussiste un unico indice tributario in grado di decifrare il comportamento a livello fiscale da parte delle multinazionali. Inoltre, sebbene dall'aliquota legale fissata si riesce a percepire, per sommi capi, la politica fiscale di un dato Paese, in ogni caso non si riesce a comprendere la pressione fiscale effettiva a cui soggiacciono le imprese, soprattutto a livello internazionale, poiché tutto ciò deriva quasi completamente dalla definizione dell'ammontare della base imponibile²⁸³.

Per le imprese digitali, comunque, è piuttosto riportare dei prezzi che non riflettono il valore reale delle transazioni *intercompany*, poiché è estremamente complicato determinare un prezzo di mercato per tale categoria di beni e servizi. In effetti, data la presenza di beni intangibili, in particolar modo particolare le proprietà intellettuali, è molto semplice l'allocazione tattica degli *intangible assets*, trasferendo i profitti in giurisdizioni fiscali favorevoli, al fine di ottenere la riduzione del carico fiscale.

L'autorevole dottrina mette in evidenza come notevoli sono le pratiche che consentono a queste multinazionali di ottenere indebiti vantaggi fiscali, “*tali risultati possono essere determinati da vari fattori come i disallineamenti normativi tra gli ordinamenti giuridici dei Paesi, l'utilizzo di regimi fiscali preferenziali cd. “harmful”, l'uso distorto delle regole in tema di prezzi di trasferimento infragruppo (transfer pricing) e, in generale, da una pianificazione fiscale che sfrutta tutte le smagliature (loopholes) determinabili dall'operatività simultanea di più sistemi giuridici non allineati, nazionali e sovranazionali, per le medesime operazioni economiche o strutture organizzative (cd. “pianificazione fiscale aggressiva”). Queste situazioni, nelle premesse del progetto BEPS, sarebbero oggi agevolate da regole fiscali, a livello domestico e sovranazionale, pensate diversi anni or sono per determinati modelli di business, in parte tuttora esistenti e operanti con le medesime caratteristiche. Allo stesso tempo nuove forme di business con caratteristiche del tutto differenti si sono nel frattempo sviluppate in modo esponenziale*”.

²⁸² VALENTE P., *Transfer pricing: oneri di documentazione per i gruppi italiani ed esteri*, Fiscalità e Commercio Internazionale, Ipsoa, Milano, 2011, pag. 95

²⁸³ STEVANATO D., *Finalità antielusiva e onere probatorio nel “transfer pricing”*, Riv. Giur. Trib. n. 4, 2013

su scala mondiale e le regole attuali non sembrano più idonee a regolarle efficacemente, quantomeno, per quel che qui interessa, sotto il profilo del loro idoneo trattamento fiscale”²⁸⁴.

Recentemente, le autorità fiscali hanno rilevato come un colosso web, l’Apple, mediante un’accurata pianificazione fiscale, è riuscita a ridurre al minimo le imposte da pagare negli Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia ed Italia, innescando meccanismi del tutto legali, così facendo ha sottratto al fisco, tra il 2009 e il 2011, oltre 70 miliardi di dollari²⁸⁵.

In sostanza, i principali problemi connessi all’economia digitale riguardano²⁸⁶:

- il *nesso di territorialità*: l’inarrestabile sviluppo delle potenzialità delle tecnologie digitali, l’aumentato automatismo che rende non più indispensabile una copiosa presenza umana nello svolgimento delle attività aziendali, l’interesse smisurato verso la *rete* ed, infine, una maggiore interazione tra clienti, mettono in crisi l’efficacia della normativa attuale che disciplina il legame tra le diverse giurisdizioni ai fini fiscali;
- i *dati*: le avanzate tecnologie informatiche consentono alle imprese di assorbire ed utilizzare innumerevoli informazioni, provenienti da ogni parte del mondo, con un’efficienza e rapidità un tempo impensabili. Tutto ciò pone diversi problemi in merito alla modalità di attribuzione del valore creato dallo sviluppo dei dati tramite prodotti e servizi digitali, oltre che la modalità di classificazione, ai fini fiscali, di un soggetto o un’entità che fornisce tale tipologia di dati in una transazione, la quale potrebbe riguardare una fornitura gratuita di un bene, un’operazione di scambio o qualunque altro genere di servizio;
- la *classificazione*: lo sviluppo di nuovi prodotti digitali o di strumenti per l’erogazione di servizi, dà origine a talune incertezze in merito alla corretta classificazione dei pagamenti che intervengono nell’ambito di nuovi modelli imprenditoriali, in particolare nel *cloud computing*.

Nonostante tali problematiche siano distinte per categoria, è possibile una loro sovrapposizione. In effetti, una data *classificazione* dei pagamenti può dar luogo ad una tassazione nella giurisdizione di residenza del debitore²⁸⁷, di conseguenza si crea una commistione con il problema del *nesso di territorialità*. In modo analogo, la raccolta di un insieme di dati da fruitori siti in una data giurisdizione, può far sollevare la questione se ciò sia soddisfacente per determinare la sussistenza di un nesso di territorialità, e se lo stesso esiste, emerge il dubbio se e in quale modo debba avvenire l’attribuzione del reddito originato dall’uso dei suddetti dati.

In realtà, le problematiche suddette conducono a dubitare se la normativa fiscale internazionale, un

²⁸⁴ VALENTE P., *op. cit.*, pagg. 101-102

²⁸⁵ HINNEKENS L., *International Tax Planning and Electronic Commerce*, Dir. e Prat. trib. Intern., 2004

²⁸⁶ VALENTE P., *Digital Economy. Criticità e soluzioni secondo il rapporto della Commissione europea*, “Postilla”, 2014; MOLINARO G., *La tassazione della ricchezza derivante dall’economia digitale*, Il fisco n. 39, 2015

²⁸⁷ TESAURO F., *op. cit.*, pag. 182

po' attempata, possa essere ancora ritenuta adeguata a fronteggiare i repentini mutamenti scaturenti dall'economia digitale. In effetti, l'ordinamento fiscale internazionale è stato elaborato nel secolo scorso al fine di evitare casi di doppia imposizione fiscale e agevolare così il commercio internazionale. Queste norme sono ispirate ai principi sviluppati dalla Società delle Nazioni durante gli anni '20 del secolo scorso e, chiaramente, non tengono conto del fenomeno in espansione del commercio elettronico permettendo così l'instaurarsi di queste politiche fiscali aggressive da parte delle multinazionali digitali. Tutto ciò è causato sia dalla mancata capacità delle legislazioni di adeguarsi al celere sviluppo informatico e sia dalle difficoltà degli Stati di armonizzare le leggi interne con quelle comunitarie.

Nell'ambito della fiscalità internazionale, una questione di rilevante interesse riguarda la tassazione della *digital economy* di cui l'OCSE e l'Unione Europea stanno cominciando da qualche anno ad occuparsene al fine di impedire situazioni in cui il reddito tassabile sia artificialmente separato dalle attività economiche da cui esso deriva.

La crescente diffusione di servizi e prodotti digitali garantendo alle imprese multinazionali un'ampia libertà nell'allocazione delle funzioni aziendali, a prescindere dai mercati nei quali le stesse si trovano ad operare, ha fatto comprendere all'OCSE come l'attuale sistema di regole, previste a livello nazionale e internazionale, non risulti più adeguato al fine di sottoporre a completa tassazione i redditi prodotti dalle grandi multinazionali operanti nel settore digitale. In effetti, la maggior parte degli Stati richiede un certo grado di presenza fisica al fine di poter tassare i redditi prodotti nel proprio territorio, mentre, nel settore dell'economia digitale, all'opposto, una società può interagire con i clienti che si trovano in un Paese diverso da quello di residenza senza la necessità della "fisicità" in tale Paese.

Dunque, le caratteristiche tipiche dell'economia digitale richiedono che, al fine di evitare fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva, si prendano in considerazione forme di tassazione che prescindano da una *taxable presence*, in considerazione proprio della divergenza tra il luogo in cui avviene la vendita di beni e servizi digitali e quello della tassazione del relativo reddito.

Il tema della tassazione dell'economia digitale s'inserisce nel più ampio contesto delle misure di contrasto all'elusione fiscale e alla pianificazione aggressiva delle imprese multinazionali che operano nel web. Un'adeguata ed efficace politica di contrasto a tali fenomeni, di conseguenza, richiede un'azione coordinata ed una cooperazione tra i diversi Paesi ed, in tal senso, la previsione di una forma di tassazione specifica per l'economia digitale s'inserisce in una fase storica in cui risulta particolarmente acceso, a livello mondiale, il dibattito sulle modalità di modernizzazione dei meccanismi impositivi a fronte delle sfide poste dalla *digital economy*²⁸⁸.

²⁸⁸ COSI F., *Potenziare la cooperazione contro la pianificazione fiscale aggressiva*, VII Forum Tax, 20 gennaio 2018

Il *Committee on Fiscal Affairs* dell'OCSE individua i cinque principi fondamentali per la tassazione della *digital economy*²⁸⁹:

1. *Neutralità* della tassazione, che dovrebbe risultare omogenea tra le diverse forme di commercio elettronico e tra l'e-commerce e il commercio tradizionale, in modo da evitare doppie imposizioni fiscali o addirittura, al contrario, l'involontaria mancata tassazione;
2. *Efficienza*, per cui i costi di *compliance* per i contribuenti e i costi per le Amministrazioni dovrebbero essere ridotti al minimo;
3. *Certezza e semplicità* delle norme tributarie, così che i contribuenti possano comprendere in anticipo il trattamento fiscale delle transazioni che pongono in essere, ed il relativo funzionamento;
4. *Effettività ed equità*, la tassazione dovrebbe produrre una giusta imposizione fiscale, al fine di minimizzare i fenomeni di evasioni e frodi, attraverso contromisure proporzionate ai rischi implicati;
5. *Flessibilità*, i sistemi di tassazione dovrebbe essere flessibili e dinamici, in modo tale da mantenere il passo con gli avanzamenti tecnologici.

Dai suddetti punti base, si evidenzia come lo scopo dell'OCSE è stato sin dall'inizio l'individuazione di nuovi metodi di tassazione, per prevenire le possibili distorsioni di fiscalità internazionale, attraverso anche l'analisi dei rischi e dei benefici, che deriverebbero dall'attuazione di ciascuna soluzione possibile²⁹⁰.

Non a caso, il Progetto BEPS si apre proprio con l'*Action 1*, ossia l'“*Address the Tax Challenges of the Digital Economy*”, il documento dedicato all'economia digitale, ove si evidenziano le tematiche concernenti il problema della “stabile organizzazione”²⁹¹ di un'impresa della *new economy*, l'individuazione di dati elementi di reddito dovuta all'eterogeneità di beni e servizi offerti da tale economia, la tassazione sui consumi, oltre che alcune tecniche di BEPS derivanti dallo sfruttamento del nuovo modello di *business* multinazionale²⁹².

L'*Action item*, non solo analizza i concetti basilari dell'*e-commerce* e dell'*Information and Communication Technology (ICT)*, ma ne esamina lo sviluppo e l'incidenza sull'attuale sistema economico, ponendo in evidenza gli effetti generati e le misure necessarie per evitare problematiche future.

Sebbene non sussista una netta definizione del concetto di “*digital economy*”, l'OCSE, per poterne delimitare in qualche modo il campo d'azione nell'attuazione delle diverse soluzioni prospettabili, ne descrive comunque le caratteristiche chiave:²⁹³

- la *mobilità* rispetto agli *intangibles* (sulle quali l'economia digitale si fonda), agli utenti e alle

²⁸⁹ OCSE, *Electronic Commerce: Taxation framework Conditions*, OECD Publishing, 2001, pag. 27

²⁹⁰ RIZZARDI R., *Il progetto europeo di fiscalità per l'economia digitale*, Corriere Tributario n. 6, 2014

²⁹¹ Va ricordato che la stabile organizzazione costituisce la fattispecie in cui si verifica quella forma di collegamento con il territorio dello Stato che legittima quest'ultimo a tassare il reddito prodotto da un'impresa estera, in TOSI L.-BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Cedam, Padova, 2013

²⁹² OCSE, *Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, OECD Publishing, 23 marzo 2014

²⁹³ *Ibidem*, pag. 64 e ss.

attività di *business*; tutto ciò consente un'altissima flessibilità, dovuta anche alla mancanza di "fisicità" del personale per lo svolgimento delle funzioni, tra l'altro connessa alla capacità dell'impresa multinazionale di suddividere gli *assets* nei vari territori dei diversi Stati;

- l'uso massiccio di dati personali, inclusi i cd. "*big data*", che vengono analizzati per comprendere meglio le preferenze dei consumatori in modo da poter migliorare la qualità di prodotti e servizi;
- gli *effetti network* e *multi-sided business models*, che consentono la creazione di valore, poiché, tramite determinate piattaforme, permettono ai diversi gruppi di utenti di interagire e scambiarsi idee, influenzando così in modo positivo o negativo anche altri gruppi di utenti;
- la tendenza a creare *monopolio* o *l'oligopolio*, date le notevoli dimensioni che le multinazionali digitali possono raggiungere in tempi brevi, grazie anche all'effetto *network* dai costi contenuti;
- la *volatilità* generata dalla rapidità dell'innovazione tecnologica e dalla caduta di barriere all'entrata, che permette l'ingresso a qualunque impresa.

In realtà, l'insieme di queste peculiarità facilitano i fenomeni di pianificazione aggressiva delle multinazionali digitali, che sfruttano, innanzitutto, l'altissimo livello di dematerializzazione delle loro attività e funzioni, avendo l'opportunità di evitare di configurare il criterio del nesso territoriale²⁹⁴. Inoltre, la facilità di riduzione e suddivisione delle funzioni aziendali, degli *assets* e dei rischi presso il territorio di più Stati, congiuntamente all'elevata presenza di *intangibles* remunerativi, permettono alle imprese di "abbassare" il reddito prodotto e trasferirlo tra le diverse consociate del gruppo per ridurre il carico fiscale. In aggiunta, nell'ipotesi in cui si dovesse configurare una "*taxable presence*" nel Paese ove opera l'impresa digitale, la tecnica usata da quest'ultima per erodere la base imponibile consiste nella massimizzazione delle deduzioni per i pagamenti effettuati nei confronti della casa madre o di altre imprese del gruppo nella forma di interessi, *service fees*, *royalties* o mediante il ricorso ad *hybrid mismatch arrangements*²⁹⁵.

In altri termini, sono stati individuati nei modelli di *business* delle multinazionali digitali numerose opportunità di elusione fiscale, soprattutto in riferimento a:²⁹⁶

- le operazioni aventi a oggetto i beni intangibili, che grazie alla facilità con la quale gli stessi possono essere trasferiti all'interno dei gruppi multinazionali, per motivi fiscali, creano sostanziali opportunità di BEPS;
- la definizione di stabile organizzazione e l'utilizzo di strutture e operazioni artificiose volte a eludere la configurazione della stessa;

²⁹⁴ OCSE, *op. cit.*, pagg. 78-81

²⁹⁵ OCSE, *op. cit.*, pag. 86

²⁹⁶ VALENTE P., *Economia digitale e commercio elettronico*, Wolters Kluwer Italia, 2015, pagg. 67-68

- l’impatto sulle regole per la definizione dei prezzi di trasferimento su tre elementi caratterizzanti tali modelli di business, ovvero la componente di intangibili, l’uso dei dati e la diffusione e frammentazione su scala globale delle *value chain*;
- il possibile bisogno di adattare le norme in tema di controllate estere all’economia digitale per far fronte alla facilità con la quale tali imprese limitano o eliminano del tutto la tassazione a livello della società madre.

La dottrina ritiene che le imprese operanti nel settore dell’economia digitale sostanzialmente rappresentano le entità più “*pericolose*” sotto il profilo della fiscalità internazionale, principalmente perché “...la rivoluzione digitale ha avuto luogo senza una corrispondente evoluzione fiscale”²⁹⁷. Inoltre, “...le attuali regole non sono state disegnate per l’economia digitale” e nonostante i diversi sforzi per adeguarle ai recenti sviluppi, esse purtroppo restano comunque “*apparentemente insoddisfacenti per colpire i cambiamenti*”²⁹⁸; in realtà, bisognerebbe “*ampliare la nozione di stabile organizzazione per cercare di tassare i redditi in funzione del luogo in cui l’impresa ha una quota significativa di mercato*”²⁹⁹.

L’intervento dell’OCSE è visto da parte della dottrina come un “*ritorno al passato*”, quando afferma di voler ridurre il numero di ipotesi in cui si escluda il concetto di stabile organizzazione, per una migliore comprensione della stessa definizione e un miglior funzionamento dell’imposizione fiscale sui redditi, fermo restando la prevalenza del principio di residenza sul quello della fonte. Questo approccio, in realtà, applicato alla *digital economy*, determina la tassabilità di un’esigua quota di profitti delle multinazionali del settore; inoltre, rimane comunque irrisolta la questione di come attrarre ad imposizione nel Paese della fonte le imprese che non hanno una sede fissa dei loro interessi economici, in quanto l’attuale sistema “*mette la tassazione nello Stato della fonte in posizione sussidiaria rispetto alla tassazione in base alla residenza*”³⁰⁰. Inoltre, critiche dottrinali si sono avute anche in merito alla definizione dell’OCSE concernente la “*stabile organizzazione virtuale*”, fondata sulla disponibilità di un sito web, introdotta prettamente per le imprese virtuali, ove si contesta la supposta carenza del requisito di materialità e della

“*stabilità*” del sito web³⁰¹.

In un tale contesto, l’OCSE ha comunque concentrato l’interesse principalmente sul fatto che i redditi debbano essere soggetti a tassazione, non certo ad obbligare che l’imposizione avvenga in Stati diversi da quello di residenza dell’impresa multinazionale o della sua consociata.

Nell’ambito dell’economia digitale, essendo difficoltoso colpire fiscalmente l’impresa produttrice di servizi è stata messa in pratica in alcuni Paesi, quali l’Ungheria, la possibilità di riconoscere come bene

²⁹⁷ MALHERBE J., *Double Taxation and National Fiscal Interests*, Riv. Dir. Trib., fasc. 2, pag. 26

²⁹⁸ BRAUNER Y., *What the BEPS?*, Florida Tax Review, Gainesville, vol. 16, fasc. 2, 2014, pag. 70

²⁹⁹ RIZZARDI R., *La prima azione OCSE sul tema BEPS: la tassazione dell’economia digitale*, Corriere tributario, fasc. 20, 2014, pag. 1575

³⁰⁰ FRANSONI G., 2015, *La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?*, Riv. Dir. Trib., vol. 25, n. 2, pag. 125

³⁰¹ SALLUSTIO C., *Commercio elettronico diretto e imposizione sui redditi. Beni digitali, beni immateriali e dematerializzazione dell’attività d’impresa*, 2012, p. 209

immateriale l'insieme d'informazioni raccolte sui diversi mercati nazionali, attraverso i dati di accesso e quelli scaricati dal web, al fine di poter imporre il carico fiscale sul consumatore finale. Purtroppo, tale soluzione si è rivelata fallimentare, in quanto i benefici derivanti da un gettito impositivo maggiore, relativo all'entrata erariale di questa tipologia d'imposta, sono controbilanciati dagli effetti negativi, in termini d'impopolarità, libertà d'informazione e disincentivo all'utilizzo di internet³⁰², che ha visto in Ungheria la rivolta dell'opinione pubblica, coinvolta *in toto*³⁰³.

Dunque, con la predisposizione di sofisticate strategie di pianificazione fiscale, le imprese della *digital economy* abbattono i propri oneri tributari, sottraendo risorse ai Paesi in cui operano e finendo per sostenere un carico impositivo così basso da risultare iniquo; ne discende che gli Stati pregiudicati dalle supposte condotte elusive, e le organizzazioni internazionali di cui essi fanno parte, hanno sentito il dovere d'intervenire per porre rimedio alla conseguente emorragia di gettito. La vicenda della *web tax* italiana, offre una dimostrazione tangibile della pervasività di tale punto di vista.

3.3.2. *La web tax e la digital tax.*

Introdotta con la Legge di Stabilità 2014, la *web tax* vietava ai soggetti passivi (imprese e professionisti) di acquistare servizi pubblicitari *online* da aziende che non fossero munite di partita Iva italiana (art. 1, co. 33). Tale previsione, come rilevato immediatamente dalla maggior parte degli osservatori italiani ed internazionali, presentava insormontabili difficoltà sia giuridiche che propriamente tecniche³⁰⁴. Nell'ambito prettamente giuridico, la *web tax* risultava in contrasto con i principi comunitari di libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi, ma anche con il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica; le difficoltà tecniche riguardavano la presupposizione di una distinzione impraticabile tra contenuti accessibili dall'Italia e contenuti non accessibili dall'Italia. Dapprima sospesa fino al primo luglio con una disposizione inclusa nel decreto c.d. "salva Roma bis", e poi rivivificata dalla decadenza di quello, la *web tax* è stata infine definitivamente accantonata dal governo Renzi, che ne ha disposto l'abrogazione con il decreto-legge 6 marzo 2014, n. 16 ("salva Roma ter", art. 2), per incompatibilità con i Trattati dell'Unione Europea in termini di "libertà di circolazione dei beni e servizi"³⁰⁵.

La tassa sul *web* non è stata, dunque, idonea a risolvere i vuoti legislativi, volti a correggere il trattamento fiscale del commercio digitale. In realtà, l'unico merito che le va riconosciuto è stato quello di cercare di regolarizzare, per la prima volta, il rapporto tra gli utili delle multinazionali della *digital economy* e l'Amministrazione finanziaria della *old economy*.

In sostituzione della *web tax*, un nuovo tentativo è stato approntato con la *digital tax*, denominata

³⁰² BERNARDI L., *Internet and Taxation in the European Union: a Primer*, Riv. Dir. Finanz. e Sc. Fin., Milano, fasc. n. 1, 2015, pag. 309

³⁰³ TARQUINI A., *Ungheria, Orban congela la tassa su internet*, La Repubblica, 31 ottobre 2014

³⁰⁴ AA.VV., *Ulteriori riflessioni sulla «web tax»: estendere i criteri di collegamento o il concetto di stabile organizzazione?*, in "Dialoghi Tributarî" n. 1, 2015;

³⁰⁵ BOSCATI A., *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni" n. 2, 2014

“disposizione antielusiva”, proposta nel 2015 dal sottosegretario dell’Economia e delle Finanze Enrico Zanetti, il quale ne prevedeva l’introduzione nel 2017.

La disciplina della *digital tax* mirava a definire il concetto di “stabile organizzazione virtuale” con l’obiettivo di risolvere il problema alla radice, anziché imporre obblighi inappropriati come la *web tax* e compatibile con le linee guida definite dall’OCSE. Inoltre, manteneva un obbligo già previsto dalla *web tax*, ossia il pagamento dei beni e servizi acquistati *online* mediante bonifico bancario o postale, dal quale devono risultare i dati identificativi del beneficiario.

I quattro punti fondamentali sui quali si basava la proposta di legge sulla *digital tax* sono i seguenti:

1. Il riferimento a tutte le multinazionali che superino un limite di fatturato fissato a 5 milioni di euro;
2. La focalizzazione sulle transazione dei pagamenti, introducendo una ritenuta del 25%;
3. L’integrazione della definizione di “stabile organizzazione” con la definizione di “stabile organizzazione virtuale”;
4. La previsione della possibilità da parte del soggetto passivo, di scegliere di essere tassato dichiarando di avere stabile organizzazione oppure solamente sul reddito prodotto nello Stato italiano senza stabile organizzazione.

Secondo la *digital tax*, qualora un’impresa non residente, dovesse svolgere un’attività economica nel territorio italiano, attraverso una consociata, dovrà essere soggetta a tassazione in Italia, sia in presenza di una stabile organizzazione e sia in caso di una stabile organizzazione occulta³⁰⁶. Dunque, in modo diverso da quanto previsto dalla *web tax*, con la proposta di legge in questione s’intende apportare delle modifiche al concetto di “stabile organizzazione” nel rispetto dell’evoluzione delle disposizioni convenzionali previste dall’OCSE e in ambito comunitario. Inoltre, è prevista l’integrazione della normativa, prevedendo una maggiore forza attrattiva dei redditi, in quanto pur in assenza di una stabile organizzazione formale nel territorio italiano, i redditi conseguiti, laddove vi sia una prova di permanenza digitale, siano da considerare come imponibili nello Stato in cui la prestazione è effettuata, anziché in quello di residenza. L’insieme di novità di carattere antielusivo, erano rivolte a tutelare fiscalmente il nostro Stato, in quanto se il reddito derivante dalla transazione *online* fosse rimasto tassabile solo nel Paese di residenza del soggetto non residente erogante la prestazione, per quest’ultimo sarebbe stato estremamente semplice effettuare un risparmio di imposta. Se infatti, l’impresa prestatrice del servizio fosse stabilita in uno Stato caratterizzato da una bassa imposizione fiscale, ai redditi prodotti dalle transazioni *online* sarebbero applicate le aliquote previste dal suddetto Stato³⁰⁷.

In realtà, la *digital tax* rappresentava l’imposizione fiscale che l’allora premier Renzi voleva introdurre a partire dal 2017, che avrebbe dovuto colpire i grandi colossi digitali come Google, Facebook, eBay. Il presupposto dell’imposizione fiscale, doveva essere quello di far pagare le tasse nei luoghi dove si

³⁰⁶ TOMASSINI A., *Stabili organizzazioni occulte*, “Dialoghi Tributarî” n. 3, 2012

³⁰⁷ SEPIO G.- D’ORSOGNA M., *Impresa multinazionale digitale e tassazione delle transazioni online*, Il fisco, n. 29, 2015

svolgono le transazioni commerciali e gli affari.

Tale proposta di legge, a causa delle difficoltà nel quantificare i beni intangibili, individuare una territorialità nel commercio elettronico ed il luogo in cui avviene la consumazione del bene, proponeva, dunque, sulla base degli studi OCSE, una ritenuta alla fonte ai pagamenti effettuati da soggetti residenti in un Paese al momento dell'acquisto di prodotti o servizi digitali presso un *e-commerce* estero. Dal momento però che i consumatori finali non sono sostituiti di imposta, occorre ricorrere all'ausilio delle istituzioni finanziarie che si occupano di regolare i pagamenti degli acquisti *online*. In particolare, la “tassa digitale” prevedeva una ritenuta del 25% su ogni vendita digitale effettuata dall'estero in Italia. Il principio d'imposizione era quello di prevedere una ritenuta alla fonte su ogni transazione effettuata, operata tramite degli intermediari finanziari, quali banche, altri istituti di credito, poste, dall'estero in Italia da parte di società digitali che, a seguito di un semestre, avessero superato 5 milioni di euro di entrate nel nostro Paese; l'alternativa a ciò era la decisione da parte dei colossi del web, quali Google, Apple, Facebook, eBay, di trovare un accordo con il fisco italiano o l'apertura di una sede fiscale nel nostro territorio; quest'ultima ipotesi è stata attuata dal colosso Amazon, che da maggio 2015 ha una stabile organizzazione nel nostro Paese³⁰⁸.

La *digital tax*, a seguito di mutamenti politici ed eventi economici sopravvenuti, è rimasta comunque solo una proposta, perdurando così il problema dei “giganti del web”, un tema ancora irrisolto e di stretta attualità. L'individuazione della corretta tassazione dell'effettivo valore generato sul territorio italiano dall'economia digitale è ancora oggi una questione alquanto delicata, poiché coinvolge il potere impositivo di numerosi Stati, la cui interazione è regolata sulla base delle convenzioni stipulate e, in ogni caso, dai principi dell'Unione Europea. In realtà, al fine di prendere in considerazione la natura transnazionale delle “regole del gioco”, il G7 dei ministri delle Finanze, nel maggio del 2017, ha demandato all'OCSE, in particolare alla *Taskforce on the digital economy*, la definizione di nuove opzioni di intervento sulla tassazione delle imprese digitali³⁰⁹.

Dal 2019 in poi, si attende l'operatività dell'attuale “*web tax transitoria*”, varata in attesa di arrivare a un'intesa internazionale su come tassare le multinazionali del web. Essa stabilisce che le “imprese online” con ricavi consolidati superiori a 1 miliardo di euro, che effettuano cessioni di beni e prestazioni di servizi nel territorio dello Stato per un ammontare superiore a 50 milioni di euro, potranno stringere “accordi preventivi” con il fisco italiano ed estinguere anche debiti tributari, con il versamento delle somme dovute e il pagamento del 50% delle sanzioni amministrative dovute. In particolare, le imprese “*che ravvisino il rischio che l'attività esercitata nel territorio dello Stato costituisca una stabile organizzazione possono chiedere all'Agenzia delle entrate una valutazione della sussistenza dei requisiti che configurano la stabile organizzazione stessa, mediante presentazione di apposita istanza finalizzata all'accesso al regime dell'adempimento collaborativo*”³¹⁰.

Anche se la denominazione potrebbe far confondere, la “*web tax transitoria*”, non introduce, in

³⁰⁸ MOBILI M., *Digital Tax, basta elusione dai big della rete*, Il Sole24Ore, 24 settembre 2015

³⁰⁹ TROVATO M., *La tassazione dell'economia digitale*, IBL Special Report, 18 ottobre 2015

³¹⁰ Art. 1 *bis* del DL 24.4.2017 n. 50

realtà, una nuova imposta, ma un procedimento definito di “*cooperazione e collaborazione rafforzata*”³¹¹ riservato a tutte le imprese non residenti, indipendentemente dal tipo di attività esercitata. Tale procedimento si basa su un'emersione spontanea e concordata che dovrebbe essere facilitata dalla riduzione delle sanzioni e dalla scriminante penale. Più nel dettaglio, la norma prevede che al ricorrere di determinati presupposti – fatturato consolidato del gruppo multinazionale superiore a 1 miliardo di euro e cessioni di beni e prestazioni di servizi nel territorio dello Stato per un ammontare superiore a 50 milioni di euro, anche avvalendosi di soggetti residenti appartenenti al medesimo gruppo – possa essere attivato il regime di adempimento collaborativo, al fine di chiedere all'Agenzia delle Entrate una valutazione della sussistenza dei requisiti che configurano una stabile organizzazione, mediante la quale il soggetto non residente eserciterebbe l'attività nel territorio dello Stato. In seguito, si avvia un'interlocazione ad esito della quale, nell'ipotesi in cui sia configurata da parte dell'Agenzia delle Entrate la sussistenza di una stabile organizzazione, è prevista una procedura simile a quella della *voluntary disclosure*. Infatti, il soggetto non residente infatti riceve un invito per l'accertamento con adesione, anche se, a differenza della collaborazione volontaria, le sanzioni amministrative sono ridotte alla metà ad esito del contraddittorio e non sulla base dell'invito. La seconda parte della procedura è probabilmente la più delicata. In questa sede, infatti, deve avvenire la determinazione degli utili e delle perdite riferibili alla stabile organizzazione tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati, considerando la stabile organizzazione quale entità separata e indipendente, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o simili. Costituisce causa di non punibilità del reato di omessa dichiarazione l'“estinzione del debito tributario”; in realtà – a scapito della terminologia di stampo penale utilizzata – tale effetto si realizza con il versamento delle somme previste dall'accertamento con adesione, non sussistendo un debito tributario pregresso. Restano esclusi dalla procedura i soggetti che abbiano avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni e verifiche o dell'inizio di qualunque attività di controllo amministrativo o dell'avvio di procedimenti penali relativi all'ambito di applicazione delle disposizioni in esame, anche qualora la formale conoscenza sia stata acquisita dai soggetti residenti appartenenti al medesimo gruppo che svolgono funzioni di supporto. Circa le criticità che caratterizzano la disposizione in esame, va evidenziato che la *web tax transitoria* non interviene in alcun modo sui criteri di attrazione a imposizione delle attività che effettivamente producono valore nel territorio dello Stato. Anche in questo caso, pertanto, dovrà farsi riferimento alle disposizioni interne relative alla stabile organizzazione nonché alle norme convenzionali in tema di *permanent establishment* contenute nei trattati stipulati dall'Italia, ove presenti. Il procedimento, dunque, non prevedendo alcuna semplificazione rispetto all'ordinaria disciplina di individuazione e di determinazione del reddito delle stabili organizzazioni, sembra, dunque, poggiarsi sulla volontaria emersione da parte del contribuente favorita soltanto dalla riduzione delle sanzioni amministrative e dell'esclusione della rilevanza penale³¹².

Nell'attesa dei nuovi indirizzi internazionali, in definitiva, il legislatore italiano è intervenuto sulla *digital economy* favorendo l'emersione, mediante la *web tax transitoria*, di stabili organizzazioni nel

³¹¹ D. Lgs. n. 128/2015

³¹² FRANSONI G., *La web tax: miti, retorica e realtà*, Riv. Dir. Trib., 5 aprile 2018

territorio dello Stato di soggetti non residenti. Tuttavia, tale disposizione non sembra aver contribuito in maniera rilevante alla soluzione del tema della corretta imposizione dell'economia digitale. Con la legge di bilancio 2018, il legislatore – oltre ad ampliare la nozione domestica di stabile organizzazione – ha introdotto una vera e propria nuova imposta sulle transazioni digitali. Il nuovo tributo, seppure già in vigore, non è ancora operativo sino al 2019 e, salvi gli esiti di una valutazione di compatibilità con i trattati europei e dei profili di costituzionalità, sembra comunque presentare come visto i suoi tratti critici.

In mancanza di una normativa *ad hoc*, il Fisco italiano sinora si è mosso agendo per singolo caso, contestando prima di tutto la “stabile organizzazione”, sempre negata dai *player* multinazionali, attraverso vertenze che, in alcuni casi, si sono tradotte in accordi tra Agenzia delle entrate, procure e giganti del web, con transazioni milionarie, come ad esempio quella del colosso Google che ha chiuso una transazione con l’Agenzia di 300 milioni di euro a seguito di un contenzioso di imposte non versate nel periodo compreso tra il 2009 e il 2013.

In conclusione, si comprende come il problema della tassazione digitale è molto complesso e risulta difficile dare una svolta concreta a tale situazione, soprattutto in considerazione non solo del contribuente, ma anche dell’Amministrazione finanziaria, il cui approccio in tale contesto si concretizza in un continuo inseguimento dei “redditi in fuga” delle multinazionali che operano nella *digital economy*, una corsa tra l’altro spesso effettuata attraverso strumenti sbagliati o inadeguati.

3.4. Il caso Amazon.

Diversi paesi europei hanno dibattuto sul tema della tassazione dell'economia digitale e valutato l'introduzione di appositi correttivi alla pretesa elusione delle normative fiscali nazionali. Il principale sforzo in tal senso, però, è stato posto in essere dalla Commissione Europea, con l'istituzione, nel novembre 2013, di un gruppo di lavoro incaricato di analizzare la relazione tra le attività delle multinazionali di internet e il loro contributo al gettito tributario nei singoli Paesi, allo scopo di fornire alle istituzioni comunitarie proposte di revisione dell'imposizione sull'economia digitale. A tal proposito, la Commissione europea, su iniziativa del Commissario per la concorrenza Almunia, ha aperto indagini in merito, inerenti non direttamente le condotte tributarie delle imprese multinazionali, ma ai regimi fiscali applicabili a Apple in Irlanda, Starbucks in Olanda, Fiat e Amazon in Lussemburgo. L'ipotesi è che siano stati garantiti ai Governi di questi tre Paesi trattamenti di favore configurabili come “aiuti di Stato”, ipotesi che, nel caso di conferma, avrebbe portato alla restituzione delle imposte indebitamente risparmiate³¹³.

Delle indagini relative a questi tre colossi si prenderà in esame solo il caso relativo ad Amazon, una multinazionale digitale costituita nel 1994 a Seattle (Washington), con il nome originario di *Cadabra Inc*

³¹³ TROVATO M., *op. cit.*, pagg. 3-4

dall'ingegnere informatico Jeff Bezos, tra le prime grandi imprese a proporre la vendita di prodotti sul web, iniziando come libreria digitale, per poi allargare la gamma di prodotti al settore musicale, ai prodotti elettronici, all'abbigliamento, ecc. Non a caso la denominazione della multinazionale si rifà al Rio delle Amazzoni, il fiume più grande al mondo, in attinenza con l'obiettivo precipuo di arrivare a diventare il "negozio online" più esteso del Pianeta.

Sin dalle origini, Amazon rappresentava una libreria digitale capace di una vendita nel settore dei libri che superava di gran lunga la quantità venduta dalle più grandi catene tradizionali del momento. A tal proposito, Amazon rappresentò una grossa minaccia per le grandi catene di librerie americane, quali Barnes & Noble e Borders, che, nei due decenni precedenti, avevano introdotto sconti sulle nuove uscite e avevano diffuso l'idea del *superstore* di libri, portando alla chiusura molte piccole librerie indipendenti. Nel 1996, la Barnes & Noble dopo il rifiuto di Bezos per l'acquisto di Amazon, aprì anch'essa un sito per la vendita online; dal canto suo, la Borders si mosse in grande ritardo nel mercato online, registrando passivi sempre più pesanti che la portarono al fallimento³¹⁴.

In effetti, il successo di Amazon è tuttora dovuto alla vendita dei suoi prodotti a prezzi più bassi rispetto alla concorrenza, riconoscendo le offerte di mercato più convenienti, in modo da ridurre al minimo le scorte di magazzino, e smistando gli ordini attraverso delle funzioni centralizzate, evitando così intermediari di percorso. In realtà, sin dall'inizio per eludere la concorrenza, Amazon mirò non solo ad una *maggiore tempestività ed efficienza nei cicli di ordine/consegna*, con la realizzazione, nel 1999, di 5 magazzini per lo smistamento merci di grandi dimensioni, ma anche alla *diversificazione delle vendite* mediante l'offerta di una smisurata varietà di prodotti (libri, articoli musicali, giochi, articoli casalinghi, di giardinaggio, elettronica, ecc.), oltre che l'attuazione di una *politica di forti sconti*, che però dovette interrompere nel breve tempo per mancanza di profitti.

L'idea di base di Amazon è stata da sempre quella di porsi come l'impresa *online* più *customer-centric* del mondo, ove gli utenti potessero acquistare di tutto a prezzi competitivi. A tal uopo, nel 2004, Bezos dichiarò "*The uniting vision is that the philosophy is the same: customer-centricity, starting from the customer and working backwards, doing innovative things – the sort of cultural biases inside Amazon*"³¹⁵.

L'obiettivo principale della multinazionale è stato da sempre l'offerta di una vasta gamma di prodotti di qualità, utilizzando la tecnologia più avanzata disponibile, ad un prezzo ragionevolmente contenuto. Inoltre, al di là degli interessi prettamente aziendali e degli *shareholders*, per Amazon risulta fondamentale l'espansione geografica per potere ampliare la propria clientela e migliorare il suo vantaggio competitivo e le relative infrastrutture³¹⁶.

La multinazionale sostiene, in realtà, un tradizionale modello di *business*, basato sui principi della *old-economy* sfruttando, però, i vantaggi della *digital economy*. Il modello di riferimento, contenente "*low price - large selection - convenience*", si fonda sui bisogni della clientela, l'innovazione, l'economicità ed il

³¹⁴ STONE B., *Vendere tutto: Jeff Bezos e l'era di Amazon*, ed. Hoepli, Milano, 2013, pag. 13

³¹⁵ SPECTOR R., *Amazon.com: Get Big Fast*, HarperCollins, New York, 2000, pag. 16

³¹⁶ STONE B., *op. cit.*, pag. 25

rispetto per l'ambiente.

Amazon ha registrato, sin dalle origini, una delle più rapide crescite in tutta la storia dell'*e-commerce*, conseguendo profitti per 2,8 miliardi di dollari nel primo quinquennio. La ricchezza personale del suo fondatore, nel 2012, è stata stimata intorno ai 29 miliardi di dollari, ponendolo al 15° posto nella classifica degli uomini più ricchi del mondo.

In un confronto tra i principali colossi del web, Amazon presenta:³¹⁷

- una capitalizzazione pari a 1,7 volte quella di Ebay;
- la clientela quadruplicata rispetto a quella di Groupon;
- il numero dei dipendenti 13 volte superiore di quello di Facebook;
- i ricavi annui pari a 48 miliardi di dollari, ossia il 27% in più rispetto Google.

In aggiunta, Amazon, con ben 107 milioni di pagine indicizzate da Google, attrae 81 milioni di visitatori al mese, effettuando 24 vendite al secondo; inoltre, introducendo annualmente una nuova categoria di prodotti online, da quasi un decennio, la multinazionale concorre per circa un terzo alle vendite *e-commerce* negli Stati Uniti³¹⁸.

L'elevata attenzione al cliente rappresenta da sempre un *must* della politica dell'impresa, non a caso l'acquisizione di nuova clientela e la fidelizzazione di quella già acquisita sono gli elementi chiave del *Customer Relationship Management (CRM)* di Amazon. La Multinazionale, infatti, si è posta sempre in grado di attirare nuovi clienti, fornendo, in modo efficace ed efficiente servizi di elevata qualità per mantenerne alta anche la loro fedeltà, manifestando al cliente la propria affidabilità con l'indicazione degli elementi fondamentali della transazione, quali: la disponibilità del prodotto in magazzino; la data di consegna stimata; le differenti opzioni di spedizione; le notifiche personalizzate sulla tracciabilità della spedizione; i servizi di aggiornamento. Da tale sistema scaturisce il *word of mouth* (passaparola), molto importante per il *marketing online*, ove la voce dell'utente è talmente potente da diventare "un megafono online"³¹⁹.

In sintesi, il successo di Amazon è dovuto essenzialmente:³²⁰

- *customer-centric innovation*, che pone l'utente al centro delle sue strategie: prima la soddisfazione del cliente per il raggiungimento del consequenziale successo aziendale;
- *attività d'intermediazione* affidabile e sicura;
- *notorietà*, tale da indurre il cliente a preferirlo rispetto ad altri *competitor* meno noti;
- *vendita a prezzo di costo*, associata ad un costante rinnovo di prodotti in magazzino, rimanendo così in linea con le tendenze di mercato; Amazon basa la politica di *price* sullo slogan "basso prezzo, qualità assicurata", offrendo in media il 10% di sconto rispetto ai negozi tradizionali, ed operando su strutture di costo inferiori rispetto ai *physical stores*; i prezzi più bassi sono per i prodotti più popolari, mentre quelli più

³¹⁷ DISTINGUIN S., *Amazon.com: the Hidden Empire*, Faber Novel, may 2012

³¹⁸ *Ibidem*

³¹⁹ ANDERSON J.C., *Business Market Management*, ed. Etas, Milano, 2008, pag. 78

³²⁰ ALTER S., *The Work System Method: Connecting People, Process and IT for Business Results*, Work System Press, Larkspur CA, 2006

alti per i prodotti di nicchia, dai quali l'impresa ricava un ampio margine di guadagno;

- *spedizione spesso gratuita*, dovuta ad un efficientissimo sistema di distribuzione, disponendo di diversi magazzini estesi per il mondo (14 negli Usa e Canada, 8 in Europa e 4 in Asia), oltre che di un forte potere contrattuale con gli stessi spedizionieri, che permette ad Amazon di offrire al cliente la spedizione gratuita oltre un certo importo dell'ordine (con un minimo di spesa di 25 dollari), incoraggiando così lo stesso cliente ad aumentare le dimensioni del "carrello di spesa" per poter beneficiare dello sconto; la politica di *free shipping* è variabile nel tempo, anche in base alle strategie della concorrenza;

- *Long Tail*, ovvero un'impresa "a coda lunga", in grado di offrire prodotti di consumo di massa, ma anche prodotti di nicchia.

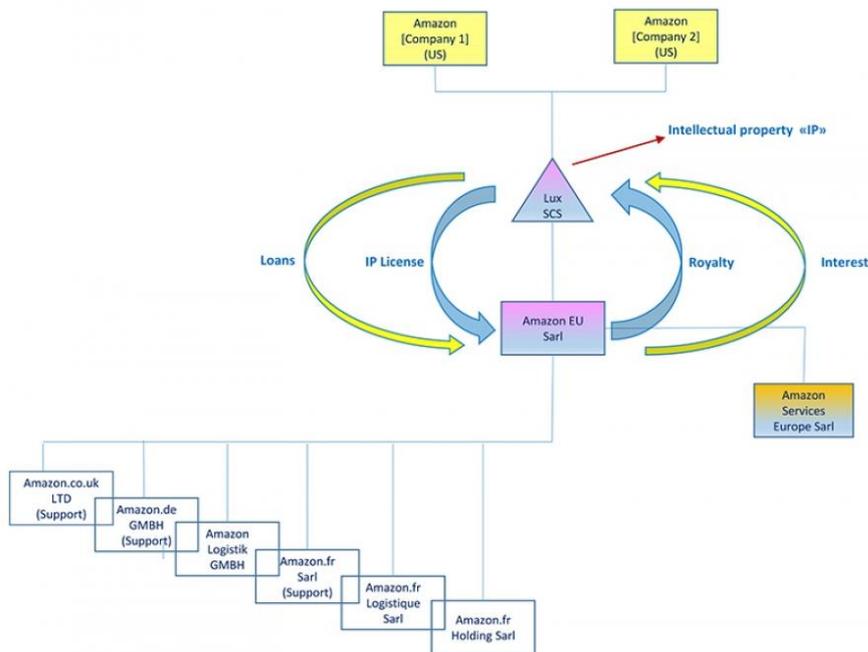
Altri fattori di successo della multinazionale sono strettamente legati all'articolazione del suo sito www.amazon.com, le cui caratteristiche fondamentali sono: informazioni dettagliate sui prodotti, pagine web create su misura dell'utente, notifiche personalizzate, sistemi sicuri e certificati di pagamento, presenza di editoriali e recensioni da parte dei clienti, con la possibilità di caricare le proprie immagini, liste di raccomandazioni e di desideri, guide all'acquisto³²¹. Con tale sistema, il cliente ha la possibilità di fornire un dinamico *feedback* dopo l'utilizzo del prodotto Amazon, recensendo, direttamente sulla pagina web, commenti e voti al prodotto acquistato e al servizio ricevuto; tra l'altro, tale *feedback* si è rivelato nel tempo uno dei migliori sistemi per attrarre fiducia e nuova clientela³²².

Da ciò si deduce come Amazon goda di un efficiente canale distributivo e di efficaci servizi integrati con i propri fornitori per favorire la *delivery*; un canale di distribuzione diretta, non esistendo intermediari tra Amazon e i propri clienti, i quali sono in grado di effettuare i propri ordini con un semplice *click* e ricevere rapidamente i prodotti ordinati. I fattori chiave della distribuzione e della logistica, quali la velocità del ciclo ordine e consegna, i bassi costi di magazzino, l'assenza di intermediari, il capitale non vincolato a negozi di tipo tradizionale, oltre ai prezzi aggressivi, danno da decenni ad Amazon un vero e proprio vantaggio competitivo, contribuendo così sempre più a renderla l'impresa leader nell'*e-commerce* con un fatturato attuale pari a 177,9 miliardi di dollari.

Nell'ambito della politica di *transfer pricing* si è ritenuto per molto tempo che il colosso Amazon non agisse in modo corretto, in quanto sospettato di evasione fiscale, ma per comprendere tutto ciò bisogna partire dall'analisi della reale struttura di tassazione della multinazionale. Innanzitutto, si analizza la struttura di vendita di Amazon attraverso il grafico seguente:

³²¹ Dal 1997, Amazon dispone di un sofisticato sistema di "raccomandazioni" che, sfruttando la profilazione dell'utente, consiglia i prodotti con formule del tipo: "Ti potrebbe interessare anche..."; "I clienti che hanno acquistato questo hanno anche acquistato..."; "Spesso viene acquistato insieme a...".

³²² GHISLANDI R., *Il Manuale dell'e-commerce*, ed. Apogeo, Milano, 2012, pag. 47



Legenda del grafico: i rettangoli rappresentano una impresa; i triangoli una partnership

Fonte: elaborazione dal sito www.amazon.com

In cima al grafico si evidenziano due imprese americane, le *Amazon Companies*, che detengono interessi in una partnership lussemburghese denominata *Lux SCS*. La partnership lussemburghese detiene a sua volta le azioni dell'azienda lussemburghese *Amazon EU Sarl*, che a sua possiede le azioni di diverse aziende presenti in molti Paesi europei. La *Lux SCS* è proprietaria dei diritti intellettuali del Gruppo Amazon, necessari per operare sul sito web, assistere il gruppo americano di Amazon e i relativi sviluppi dell'*Intellectual Property (IP)*. Dal grafico si evidenzia come la *Lux SCS* concede in licenza i diritti di proprietà intellettuale (IP) alla *Amazon UE Sarl*, che paga il relativo compenso (*royalty*). Inoltre, la *Lux SCS* fornisce anche dei prestiti alla *Amazon EU Sarl* e alle altre aziende del gruppo, ricevendone il pagamento degli interessi. Va sottolineato che l'*Amazon EU Sarl* rappresenta l'“*Head Office*” per l'Europa ed è il principale operatore al dettaglio (*retail*) e dei servizi di *business* offerti tramite i siti web europei. In aggiunta, tale azienda lussemburghese gestisce la tesoreria del gruppo e detiene, in modo diretto o indiretto, le altre società controllate europee; queste ultime, a loro volta, operano in attività di *merchandising*, *sales support* e *marketing*³²³.

In merito alla struttura di Amazon sotto l'aspetto della tassazione d'impresa, la Commissione Europea è giunta a sostenere che la multinazionale Amazon non pagasse tasse o ne pagasse troppo poche negli Stati Uniti, evidenziando, tra l'altro, come tale struttura si fondasse su 4 fondamentali caratteristiche:

1. la minimizzazione delle tasse nel Paese di origine;
2. la bassa presenza o assenza di imposte sostitutive all'origine;
3. la bassa o nulla tassazione a livello di *recipient*;

³²³ AVERSA D., *Multinazionali ed evasione fiscale: il caso Amazon*, Economia, 1 giugno 2017

4. l'assenza di tassazione corrente dei pochi profitti tassabili a livello di “*ultimate parent*”.

In modo dettagliato, la Commissione europea ha avviato un'inchiesta il 7 ottobre 2014 per illegittimi “aiuti di Stato” da parte del Lussemburgo ad alcune multinazionali straniere, tra cui Amazon. La Commissione europea ha evidenziato come l'accordo fiscale tra Amazon ed il Lussemburgo, risalente al novembre del 2003, e prorogato nel 2011, “*costituisca un aiuto di Stato da parte del Lussemburgo a favore di Amazon (...) non conforme al principio della libera concorrenza*”, in quanto il Lussemburgo ha esternato vantaggi fiscali selettivi sottoforma di sostegni statali, aiuti che in base alle leggi europee sono ritenuti illegittimi.

Il controllo degli aiuti di Stato nell'ambito dell'UE ha lo scopo di garantire che gli Stati membri non riservino a determinate società, tramite *ruling* fiscali o altro, un trattamento fiscale migliore rispetto ad altre. Più specificamente, i costi delle operazioni tra le società di uno stesso gruppo devono essere calcolati in modo corrispondente alla realtà economica. Ciò significa che i pagamenti tra due società di uno stesso gruppo devono essere conformi ad accordi che intervengono a condizioni commerciali tra imprese indipendenti, in base al principio di libera concorrenza.

Al centro dell'indagine, dunque, vi è la cd. “*tax ruling*”, l'accordo fiscale che regola i *transfer pricing* all'interno di diverse aziende di uno stesso gruppo. Si tratta di una procedura, a tutti gli effetti legittima, adottata da molti Paesi europei, attraverso la quale una società ha la possibilità di conoscere anticipatamente il trattamento fiscale che subirà in un dato Paese; in tal modo, l'impresa multinazionale, sapendo in anticipo come verranno calcolate le imposte, potrà ottimizzare i suoi costi tra le filiali situate nei diversi Stati, optando ovviamente a favore dei Paesi fiscalmente più vantaggiosi. Il “*tax ruling*”, adottato da Amazon, non è stato considerato illegale, ma ciò che è sembrato discutibile è stato il trattamento fiscale del Lussemburgo, molto differente e più vantaggioso rispetto alla situazione verificatasi in altri Paesi europei.

Amazon, dunque, firmando nel 2003 l'accordo di “*tax ruling*” con le autorità fiscali lussemburghesi, convalidava i prezzi di trasferimento stabiliti per beni e/o servizi venduti da una società controllata ad un'altra, all'interno del gruppo stesso. In effetti, quando una società residente stabilisce un prezzo di trasferimento ad altre società dell'impresa multinazionale di cui fa parte, che può essere maggiore o minore rispetto al valore normale di mercato dei beni e/o servizi oggetto della transazione *intercompany*, si verifica, allo stesso tempo, anche un aumento (o una diminuzione) dei ricavi (o delle spese) che va a modificare la base imponibile, sfruttando così i regimi fiscali più favorevoli. Come è risaputo, le politiche aggressive di *transfer pricing*, finalizzate ad ottenere un vantaggio fiscale, puntano a sfruttare i passaggi interni di beni e servizi (vale a dire le cessioni di beni o l'erogazione di servizi) andando a fissare un corrispettivo a un valore “non di mercato” che consenta di spostare una parte dell'imponibile da uno Stato a fiscalità piena verso uno a basso prelievo (spesso un paradiso fiscale)³²⁴.

Secondo l'Antitrust comunitario, il gigante dell'*e-commerce* americano sarebbe stato favorito dal *tax*

³²⁴ PARENTE G.-SANTACROCE B., *Evasione fiscale: dalle finte società agli utili nei paradisi fiscali, ecco i modi più diffusi per non pagare le tasse*, Il Sole24Ore, 10 settembre 2015

ruling che gli avrebbe consentito praticamente di annullare la tassazione sulla gran parte del ricavato del gruppo in Europa. Una pratica garantita dal meccanismo di *transfer pricing*, che secondo l'esecutivo comunitario sarebbe stato nel caso di Amazon una cosmesi contabile per evitare la giusta imposizione. Inoltre, tra i vari punti contestati alle autorità del Granducato, l'Antitrust comunitario opponeva anche il termine dell'accordo, in quanto in soli 11 giorni sarebbe stato autorizzato il complesso meccanismo di *transfer pricing* alla base del *tax ruling* di cui è stato beneficiario Amazon.

Il *tax ruling* concesso dal Lussemburgo ad Amazon ha permesso alla società di riferimento del gruppo nell'Ue, *Amazon EU Sarl* (società di gestione), di non pagare praticamente le tasse. La tecnica utilizzata è stata la seguente: i ricavi di Amazon a livello europeo sono trasferiti ad *Amazon EU Sarl*, che trasferisce, a sua volta, gran parte di questo flusso di denaro ad un'altra società del gruppo, l'*Amazon Europe Holding Technologies SCS*³²⁵; quest'ultima azienda non ha l'obbligo di pagare alcuna tassa al Lussemburgo, visto che sposta le sue entrate a due altre società del gruppo, aventi la propria sede in un paradiso fiscale americano, ossia il Nevada. L'*Amazon EU Sarl* deve a sua volta, invece, pagare alle società del gruppo europee le tasse per l'utilizzo del *software* con cui avviene il commercio *online*: maggiore è il suo utilizzo, maggiori sono le tasse da trasferire. Il *tax ruling* tra Amazon e Lussemburgo utilizza un tipo di contabilità particolare, che permette ad *Amazon EU Sarl* di versare una quota del suo profitto, che viene in gran parte già trasferito ad *Amazon Holding Technologies SCS*. Il profitto di *Amazon EU Sarl* ha un tetto al massimo dello 0,55% del fatturato complessivo, un livello troppo basso secondo la Commissione, che permette l'abbattimento dell'imposizione fiscale dovuta *Sarl*³²⁶.

In altri termini, ai sensi della legislazione fiscale lussemburghese, la società di gestione, l'*Amazon EU Sarl*, è soggetta all'imposta sulle società in Lussemburgo, mentre la *holding*, l'*Amazon Holding Technologies SCS*, data la forma giuridica di società in accomandita semplice, non lo è. Gli utili registrati dalla *holding* sono tassati solo al livello dei soci e non al livello della società. I

soci della compagnia di *holding* risiedono negli Stati Uniti e hanno finora rinviato i loro obblighi fiscali. Amazon ha fatto uso di questa struttura, approvata dal *ruling* fiscale in esame, tra il maggio 2006 e il giugno 2014, quando ha modificato il suo modo di operare in Europa. Con il *ruling* in questione è stato approvato il metodo per calcolare la base imponibile della società operativa, confermando così indirettamente un metodo per calcolare i pagamenti annuali effettuati dalla società di gestione alla *holding* per i diritti di proprietà intellettuale di Amazon che venivano utilizzati soltanto dalla società di gestione. Tali pagamenti hanno superato in media il

³²⁵ *Amazon Europe Holding Technologies* (società di holding) è una società in accomandita semplice senza uffici, dipendenti o attività commerciali, che agisce da intermediaria tra la società di gestione e Amazon negli Stati Uniti. La holding detiene determinati diritti di proprietà intellettuale per l'Europa in forza di un "accordo di ripartizione dei costi" con Amazon negli Stati Uniti, ma non ne fa un uso attivo. Si limita invece a concederli in licenza esclusiva alla compagnia di gestione che li utilizza per gestire il commercio al dettaglio in Europa di Amazon. Nel quadro dell'accordo di ripartizione dei costi, la holding effettua pagamenti annuali a favore di Amazon negli Stati Uniti al fine di contribuire ai costi di sviluppo della proprietà intellettuale. L'entità adeguata di questi pagamenti è stata determinata di recente da un giudice tributario statunitense.

³²⁶ *Amazon EU Sarl* è una società di gestione che opera nel commercio al dettaglio di Amazon in tutta Europa. Nel 2014 impiegava oltre 500 dipendenti per selezionare i prodotti in vendita sui siti web di Amazon in Europa, acquistarli dai produttori, gestire la vendita online e la consegna dei prodotti ai clienti. Amazon ha organizzato le vendite in Europa in modo tale che contrattualmente i clienti che effettuavano acquisti su un qualsiasi sito web di Amazon in Europa acquistassero i prodotti dalla società di gestione in Lussemburgo. Così facendo Amazon registrava tutte le vendite effettuate in Europa, e i conseguenti utili, in Lussemburgo.

90% degli utili di esercizio della società ed erano largamente superiori a quanto la *holding* avrebbe dovuto versare ad Amazon negli Stati Uniti in forza dell'accordo di ripartizione dei costi, ossia 1,5 volte più del versato.

In effetti, l'indagine della Commissione non mette in dubbio che la *holding* detenesse i diritti di proprietà intellettuale che concedeva in licenza alla società di gestione, né mette in dubbio i pagamenti regolari effettuati dalla *holding* a favore di Amazon negli Stati Uniti al fine di sviluppare la proprietà intellettuale. L'indagine non mette nemmeno in discussione il regime fiscale generale del Lussemburgo in quanto tale, ma giunge alla conclusione che il *ruling* fiscale emesso dal Lussemburgo ha approvato un metodo ingiustificato per calcolare gli utili imponibili di Amazon nel Granducato. In particolare, gli importi delle *royalty* che la società di gestione ha versato alla *holding* sono stati gonfiati, non riflettendo più la realtà economica.

Secondo l'analisi della Commissione sulle società in questione:

- la *società di gestione* era l'unica entità ad adottare le decisioni e a svolgere di fatto le attività legate al commercio al dettaglio di Amazon in Europa; i suoi dipendenti selezionavano i prodotti in vendita sui siti web di Amazon in Europa, li acquistavano dai produttori e gestivano la vendita online e la consegna dei prodotti ai clienti; la società di gestione aggiornava le tecnologie e software per la piattaforma di commercio elettronico in Europa, investiva nel marketing e raccoglieva i dati dei clienti. Tutto ciò sta a significare che la società in questione gestiva i diritti di proprietà intellettuale per cui deteneva la licenza e ne aumentava il valore.

- la *società di holding* era, invece, una struttura vuota che trasferiva semplicemente diritti di proprietà intellettuale alla società di gestione perché ne facesse un uso esclusivo. La *holding* non era coinvolta attivamente in nessun modo nella gestione, nello sviluppo o nell'utilizzo della proprietà intellettuale. Non svolgeva, e non poteva svolgere, alcuna attività che potesse giustificare gli importi delle *royalty* percepite.

Di conseguenza, il metodo approvato dal *ruling* fiscale ha ridotto gli utili imponibili della *società operativa* a un quarto il loro reale volume; quasi tre quarti degli utili di Amazon sono stati indebitamente attribuiti alla *società di holding* che non poteva essere tassata. Di fatto, il *ruling* ha permesso ad Amazon di eludere imposte su tre quarti degli utili generati dalle sue vendite nell'Unione Europea.

In base a quanto esposto, l'Antitrust comunitario ha concluso che il *ruling* fiscale emesso dal Lussemburgo ha autorizzato operazioni tra due società di uno stesso gruppo non corrispondenti alla reale situazione economica. Di conseguenza, il *ruling* fiscale ha consentito ad Amazon di versare molte meno imposte di quelle dovute; l'entità del vantaggio competitivo conferito ad Amazon, ossia la differenza fra le imposte pagate e quelle che l'impresa avrebbe dovuto versare senza il *ruling* fiscale, è stato stimato per circa 250 milioni di euro, al di fuori degli interessi.

In definitiva, la Commissione ha concluso che il trattamento fiscale riservato dall'Autorità lussemburghese ad Amazon in forza del *ruling* fiscale è risultato illegale ai sensi delle norme europee sugli "aiuti di Stato". In linea di principio, le norme europee sugli aiuti di Stato impongono di recuperare il sostegno statale incompatibile per eliminare la distorsione di concorrenza che ha creato, e non prevedono ammende né sanzioni varie a carico della società coinvolta, limitandosi al solo ripristinare della parità di trattamento con le altre

imprese.

Il governo del Lussemburgo ha reagito alla vicenda dichiarandosi “*fiducioso che le accuse siano infondate e che sarà in grado di convincere la Commissione della legittimità del provvedimento fiscale*” e, dal canto suo, Amazon ha ribadito che la società non ha ricevuto alcun trattamento fiscale di favore dal Lussemburgo, “*siamo soggetti alle stesse leggi fiscali delle altre aziende che operano qui*”³²⁷.

In merito all’inchiesta suddetta, la multinazionale Amazon dal primo maggio 2015 ha modificato la propria politica sulla fiscalità in Europa, così anticipando le mosse dell’OCSE e dando una risposta alle sollecitazioni dei singoli Stati per contrastare il fenomeno dell’erosione della base imponibile, ha aperto in vari Stati europei, tra cui l’Italia, delle “*stabili organizzazioni*”³²⁸.

Amazon ha dunque dichiarato di iniziare a pagare le tasse nei singoli Paesi dove ha localizzato delle stabili organizzazioni, quali l’Italia, intese come filiali della sede lussemburghese *Amazon EU Sarl*, che gestiscono direttamente il *business* negli specifici mercati³²⁹. Sebbene l’esistenza di un magazzino non sia mai stata considerata di per sé un’attività tale da imporre l’apertura di una stabile organizzazione nello specifico Stato in cui il magazzino è presente, le recenti riflessioni dell’OCSE hanno determinato un rapido cambio di tendenza, stabilendo che per un’impresa che realizza *e-commerce*, il magazzino non è un’attività ausiliaria e in quanto tale obbliga l’impresa non residente a creare, nel Paese di residenza del magazzino, una stabile organizzazione; in tal modo, emerge una nuova base imponibile in grado di generare nuove entrate fiscali³³⁰.

Alla fine della vicenda, l’Antritrust comunitario ha precisato i seguenti punti:

1. la partnership nel Lussemburgo essendo considerata una *fiscally transparent entity* non è soggetta ad alcuna tassazione. Di conseguenza, la tassazione della multinazionale americana può essere rinviata a tempo indefinito, ossia fino a quando i profitti non verranno rimpatriati negli Stati Uniti, essendo ciò il risultato della cd. “*check the box rules*” americana e della non applicazione della legislazione *controlled foreign company (non-application US CFC)*, che porta a far sì che i profitti della partnership non sono tassabili da nessuna parte;

2. le imprese americane hanno cercato conferma dalle autorità lussemburghesi di non avere nessun’altra presenza tassabile nel Lussemburgo, ad esempio attraverso quella che è chiamata “*stabile organizzazione*” (*permanent establishment*);

3. le *royalty* pagate dalla azienda lussemburghese alla *Luxembourg Partnership* sono deducibili dalle

³²⁷ FAIRLESS T., *EU Details Tax Case Against Amazon*, Wall Street Journal, 16 gennaio 2015

³²⁸ Nel 2017, in Italia, la Guardia di Finanza ha contestato ad Amazon una presunta evasione fiscale di circa 130 milioni di euro, per il periodo d’imposta dal 2010 al 2014.

³²⁹ In Italia Amazon possiede due società, “Amazon Italia Logistica S.r.l.” che si occupa essenzialmente della gestione del magazzino di Castel San Giovanni e “Amazon Italia (Corporate) Services S.r.l.”, a Milano, che si occupa di attività di marketing e merchandising (la multinazionale di Seattle possiede anche un customer service a Cagliari). Entrambe le società sono controllate al 100% dagli headquarters lussemburghesi; le tasse venivano così pagate nel Granducato, con l’applicazione di aliquote minime. Amazon fatturava in Lussemburgo, ma la spedizione e la consegna dei beni ordinati avvenivano attraverso personale italiano. Questo si giustifica con il fatto che Amazon dichiarava che le decisioni più importanti del suo business (ad esempio, politiche di prezzo e distribuzione) venivano prese a livello corporate in Lussemburgo. La sede di Milano invece di occupa soltanto di applicare le direttive che le vengono impartite dagli Headquarters lussemburghesi.

³³⁰ SANTACROCE B., *Amazon cambia rotta: pagherà più tasse in Europa*, Il Sole24Ore, Milano, 26 maggio 2015

tasse a livello di azienda nel Lussemburgo e non sono tassabili a livello di *partnership*;

4. l'ammontare della deducibilità delle "royalty" è determinata attraverso il *transfer pricing analysis*. Il pagamento delle *royalty* è di per sé stesso non soggetto a *withholding tax* in Lussemburgo. Infine, la *Luxembourg Companies* fornisce prestiti intragruppo agli altri membri del Gruppo Amazon. Il pagamento degli interessi è tipicamente deducibile dalla compagnia che li paga e tassabile al livello di *recipients*. In aggiunta, la Commissione Europea ha anche evidenziato che l'azienda Lussemburghese abbia avuto anch'essa un prestito dalla *partnership* "*this could mean that the taxable interest receipt is partially offset by a tax deductible interest payment to the partnership by a tax deductible interest payment to the partnership*"³³¹.

In definitiva, la Commissione europea il 4 ottobre 2017 ha reso pubblica la sua decisione e alla difesa mossa dal Lussemburgo e da Amazon, che il *transfer pricing* non è una scienza esatta, la Commissione ha replicato che l'accordo di *ruling* raggiunto dalle parti avrebbe dovuto essere visto alla luce dell'obiettivo del *transfer pricing*, ossia trovare una stima ragionevole del prezzo in base al principio di libera concorrenza utilizzando le informazioni a disposizione. Il risultato ottenuto dal *ruling*, invece, non era fondato su un'attendibile approssimazione del prezzo di mercato, per cui la Commissione ha condannato il Lussemburgo per gli aiuti di Stato illegittimi a favore del colosso Amazon.

³³¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Aiuti di Stato: il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di euro*, Bruxelles, 4 ottobre 2017

CONCLUSIONI

Il sistema della fiscalità nazionale ed internazionale è stato oggetto, negli ultimi anni, d'interessanti e significativi sviluppi in materia di *transfer pricing*, resi possibili *in primis* dalle iniziative elaborate in ambito OCSE, dirette a contrastare i fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva, di elusione e di evasione fiscale del mondo imprenditoriale.

In merito agli apporti sul lavoro OCSE da parte di dottrina, giurisprudenza ed operatori economici, si è potuto constatare che, nonostante le riforme siano state considerevoli, importanti e pervasive, così come era nell'intento iniziale dell'Organizzazione internazionale, non sempre hanno dato origine a grandi stravolgimenti radicali, soprattutto in ambito legislativo, nazionale ed internazionale. Non solo le pressioni esercitate dagli stessi operatori economici, che hanno fatto valere in tutte le sedi possibili i propri punti di vista, ma anche la dinamicità dei mercati contemporanei fa sì che non vi possa essere certezza della tenuta di alcun sistema di fronte all'apparente illimitata fantasia delle multinazionali nella pianificazione fiscale.

A tal proposito, l'OCSE, negli ultimi aggiornamenti, ha deciso di salvaguardare quanto di buono presente all'interno delle precedenti Linee Guida, e allo stesso tempo, operando le opportune modifiche di quelle parti che, alla luce dei problemi attuali, hanno evidenziato le relative lacune; il risultato è stato un testo molto più dettagliato nelle proprie indicazioni ed anche più attento alle esigenze delle imprese multinazionali, rafforzato, tra l'altro, dalle misure previste dal Progetto BEPS.

In realtà, ci si auspica che i lavori dell'Organizzazione internazionale possano produrre una forte accelerazione del processo riformatore interno ai Paesi Membri, che sul tema della fiscalità internazionale è parso, negli anni, eccessivamente lento, in un'epoca di forte innovazione tecnologica che ha coinvolto anche le multinazionali.

In effetti, in un mondo sempre più interconnesso in cui si sono avuti rapidi sviluppi dall'economia digitale, i sistemi fiscali nazionali non hanno tenuto il ritmo delle imprese globali, dei capitali liquidi e della *digital economy*, lasciando dei vuoti spesso sfruttati da multinazionali del web, come nel caso del colosso Amazon, che eludono la tassazione nei loro Paesi di origine spingendo le attività all'estero verso giurisdizioni a ridotta o assente pressione fiscale.

Anche sul piano politico, i diversi Paesi hanno spesso cercato di tenere comportamenti ambigui ed ambivalenti: se da un lato, criticando l'operato delle multinazionali, si dichiarava di essere pronti a cercare soluzioni condivise al problema della tassazione internazionale, dall'altro, nello stesso tempo,

s'incoraggiavano forme di incentivo fiscale volte ad attrarre le imprese, acuendo la concorrenza fiscale internazionale. In realtà, spesso l'opposizione all'evasione e all'elusione fiscale da parte di un crescente numero di Stati è controbilanciata, in modo naturalmente negativo, da sempre più Paesi che cercano di creare ogni genere di vantaggio fiscale per attirare verso sé un numero di imprese sempre più consistente, portando così ad una stagnazione di tutto il sistema. L'approccio più giusto ed equo, invece, dovrebbe essere il fatto che è vero e lecito pagare il minimo delle imposte, ma non certo minimizzare le imposte attraverso l'uso di pratiche fiscali aggressive e dannose per tutti.

Nell'attuale e pressante sfida rivolta a scoraggiare i fenomeni di elusione ed evasione fiscale internazionali, la soluzione pragmaticamente più soddisfacente riguarderebbe un maggior coordinamento e cooperazione internazionale tra gli Stati interessati, al fine di far acquisire a tutti i soggetti coinvolti, operatori economici, amministrazione fiscale, giudici, una maggiore consapevolezza sulle finalità proprie della normativa sul *transfer pricing* e accettando che il valore "normale" sia solo un parametro non reale ed oggettivo, ma per l'appunto un parametro, ossia un dato che può risultare utile per una valutazione meno approssimativa e soggettiva possibile.

Al fine di una revisione delle normative nazionali e dei trattati fiscali bilaterali, è intervenuto il progetto BEPS, suggerendo l'impiego di uno strumento multilaterale che consenta di evitare di dover sottoscrivere centinaia di trattati bilaterali e al contempo garantire condizioni di maggiore uniformità applicativa, in modo tale da armonizzare il sistema legislativo globale, anche sulla base di un continuo e proficuo dialogo di *cooperative compliance*.

La sfida in atto, che sta assumendo nel tempo sempre più proporzioni elevate, costituisce dunque una delle principali preoccupazioni degli organismi sovranazionali. A tal proposito, risulta necessario che gli Stati si rendano maggiormente consapevoli dell'importanza che assume il potenziamento della cooperazione multilaterale, diretta soprattutto ad un più efficace scambio di informazioni tra le Amministrazioni finanziarie e all'istituzione di nuovi meccanismi, quali il *Country-by-Country Reporting*. Lo scambio automatico di informazioni rappresenta, non a caso, uno degli strumenti basilari per un corretto accertamento delle imposte nelle situazioni transfrontaliere, consentendo così alle autorità fiscali degli Stati di disporre di informazioni complete, trasparenti e pertinenti relative alle imprese multinazionali, per quanto riguarda la struttura, la politica adottata in materia di prezzi di trasferimento e le operazioni compiute.

BIBLIOGRAFIA

- ALTER S., *The Work System Method: Connecting People, Process and IT for Business Results*, Work System Press, Larkspur CA, 2006
- ANDERSON J.C., *Business Market Management*, ed. Etas, Milano, 2008
- AVERSA D., *Multinazionali ed evasione fiscale: il caso Amazon*, *Economia*, 1 giugno 2017
- AVI YONAH R.- CLAUSING K.A.- DURST M.C., *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, *Florida Tax Review*, n. 5, Gainesville, 2009
- AVI-YONAH R., *All or Nothing? The Obama Budget Proposals and BEPS*, Public Law and Legal Theory Research Paper Series n. 442, University of Michigan, febbraio 2015
- AVOLIO D., *La stabile organizzazione e il Progetto BEPS dell'OCSE*, *Corr. Trib.*, fasc. 19, Milano, 2014
- BAKER P., *The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes*, *Intertax*, vol. 43, n. 1, 2015
- BALZANI F., *Il transfer pricing*, *Dir. Trib. Intern.*, Padova, 2005
- BARGAGLI M., *I nuovi criteri per valutare la congruità delle transazioni ai fini TP*, *Euroconference*, 5 giugno 2017
- BERNARDI L., *Internet and Taxation in the European Union: a Primer*, *Riv. Dir. Finanz. e Sc. Fin.*, Milano, fasc. n. 1, 2015
- BERTONE G., *Il Patent Box nei chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate*, *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 3, 2016
- BOSCATI A., *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni" n. 2, 2014
- BOTTA R., *Tutela del contribuente e contraddittorio endoprocedimentale*, *Rass. Trib.*, n. 4, giugno 2016
- BRAUNER Y., *BEPS: an interim valuation*, *World tax journal*, vol. 6, fasc. 1, Amsterdam, 2014, pag. 19

- BRAUNER Y., *What the BEPS?*, Florida Tax Review, Gainesville, vol. 16, fasc. 2, 2014
- BROWN M., *Mazars International Tax Conference*, London, 13 ottobre 2016
- CAPOLUPO S., *D.L. 31 maggio 2010, n.78 convertito - Transfer pricing. Predisposizione della documentazione e disapplicazione delle sanzioni*, Il Fisco n.33, 2010
- CARPENTIERI L.-LUPI R.-STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, ed. Il Sole 24Ore, Milano, 2003
- CFE, *Comments to the OECD "Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and Country by Country Reporting"*, F.C. n. 2, marzo 2014
- CIPOLLINA S., *I redditi "nomadi" delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, Riv. Dir. Fin. e Sc. Fin., fasc. 1, Milano, 2014
- COMI G., MARCONI M., *Transfer Pricing: le direttive dell'Agenzia per un'adeguata documentazione*, Fiscalità Internazionale n.6, 2010,
- COMMISSIONE EUROPEA, *Aiuti di Stato: il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di euro*, Bruxelles, 4 ottobre 2017
- COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*, 26 final, 28 gennaio 2016
- COSI F., *Potenziare la cooperazione contro la pianificazione fiscale aggressiva*, VII Forum Tax, 20 gennaio 2018
- DALLOCCCHIO M.-PAPOTTI R.A.-PIERONI L., *Patent Box*, ed. Egea, Milano, 2016
- DALUZZEAU X., *BEPS and Transfer Pricing: What Do We Do Now?*, Tax Planning International Review, vol. 43 n. 1, 2016
- DANON R., *Base Erosion and Profit Shifting*, Schultess Verlag, 2016
- DE GIORGI D., *Adeguamento allo standard internazionale in materia di transfer pricing*, Fisco internazionale, euroconference news, 2016
- DISTINGUIN S., *Amazon.com: the Hidden Empire*, Faber Novel, may 2012
- DONATI A., *Manovra correttiva*, Fisco e Tasse, 2017
- DORIGO S.-MASTELLONE P., *L'evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell'ambito del progetto BEPS*, Riv. Dir. Trib., fasc. 3, 2015
- DOURADO A.P., *The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). Initiative under Analysis*, Intertax, vol. 43, n. 1, 2015
- DRAGONETTI A.-PIACENTINI V.- SFONDRINI A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Ipsoa, Milano, 2007

- EVERS L.-MILLER H.-SPENGLER C., *Intellectual property box regimes: effective tax rates and tax policy considerations*, Tax Public Finance, vol. 22, n. 3, 2015
- FAIRLESS T., *EU Details Tax Case Against Amazon*, Wall Street Journal, 16 gennaio 2015
- FEINSCHREIBER R.-KENT M., *OECD BEPS, How Action 3 Would Strengthen CFC Rules*, Journal of International Taxation, vol. 26, n. 9, 2015
- FERRANTI G., *Transfer pricing e paradisi fiscali*, Ipsoa, Milano, 2013
- FINELLI W., *EU e-commerce contracts e giurisdizione*, Diritto del commercio internazionale n. 22, 2008
- FORT G., *Progetto BEPS: i “Draft” OCSE sul “transfer pricing”*, Corriere Tributario, fasc. 15, 2015
- FRANSONI G., *La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?*, Riv. Dir. Trib., vol. 25, n. 2, 2015
- FRANSONI G., *La web tax: miti, retorica e realtà*, Riv. Dir. Trib., n. 5, aprile 2018
- GARBARINO C., *Manuale di tassazione internazionale*, Ipsoa, Milano, 2005
- GARBARINO C.-TURINA A., *Il progetto BEPS e gli “Hybrid Mismatch Arrangement”: un esame del relativo “Deliverable”*, Fiscalità & Comm. Intern., fasc. 5, 2015
- GHISLANDI R., *Il Manuale dell’e-commerce*, Apogeo, Milano, 2012
- GIGLIO MORO V., PEVERELLI M., *Nuove regole per l’“e-commerce”*, Fiscalità e Commercio Internazionale, 2015
- GRAVELLE J.G., *Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion*, Congressional Research Service, Washington, 2015
- GRUBERT H., *Foreign Taxes and the Growing Share of U.S. Multinational Company Income Abroad*, Office of Tax Analysis Working Paper n.103, febbraio 2012
- GUATRI G.- VILLANI M., *Le valutazioni per il Patent Box*, ed. Egea, Milano, 2015
- GUATRI L.-BINI M., *Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende*, ed. Egea, Milano, 2009
- HICKMAN A.-NEIGHBOUR J.-WHIPP M., *BEPS is now!*, Transfer pricing international Journal, vol. 9, London, 2015
- HINNEKENS L., *International Tax Planning and Electronic Commerce*, Dir. e Prat. trib. Intern., 2004
- HOLLAND J., *Corporate Value Creation, Intangibles and Disclosure*, Working paper series n. 3, University of Glasgow, Department of Accounting and Finance, 2001
- JANSSENS P.-LEDURE D.-VANDEPITTE B.-LOOS J., *The End of Intra-Group Financing...or Not Just Yet?*, European Taxation, vol. 55, fasc. 8, Amsterdam, 2015
- KEMMEREN E., *Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?*, EC Tax Review, 4, Kluwer Law International, 2014

- KOOMEN M., *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle*, International Transfer Pricing Journal, Vol. 22 n. 3, 2015
- LAGARDEN M., *New Transfer Pricing Documentation Requirements for companies*, International Transfer Pricing Journal, vol. 23, n. 1, 2015
- LANDUZZI F., *Il requisito del controllo ai fini della disciplina del transfer price*, Euroconference News, 2 novembre 2016
- LUPI R., *Inerenza e sanzioni Antitrust*, in Rass. trib., n. 6/2001
- LUPI R., *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, ed. Ipsoa, Milano, 2011
- LUPI A.- STEVANATO D.- PERRONE V., *Ulteriori riflessioni sulla «web tax»: estendere i criteri di collegamento o il concetto di stabile organizzazione?*, in “Dialoghi Tributari”, vol. 8, fasc. 1, 2015
- MAISTO G., *La disciplina dei prezzi di trasferimento infragruppo*, in “Materiali di Dir. Trib. Intern.” a cura di Sacchetto ed Alemanno, ed. Ipsoa, Milano 2002
- MALHERBE J., *Double Taxation and National Fiscal Interests*, Riv. Dir. Trib., fasc. 2, 2016
- MARINI L., *Profili giuridici del commercio elettronico nel diritto internazionale e comunitario*, Dir. comm. Internaz., fasc. n. 1, 2000
- MARTONE A., *La determinazione dei prezzi di trasferimento intercompany: normative e metodologie applicabili*, Il Fisco, n. 11, 2013
- MATTIA S.- PECORARI F.- VALENTE C., *Fiscalità internazionale ed internazionale: ultimi sviluppi e prospettive future*, IX Forum Bilancio, febbraio 2018
- MATTIA S.- VINCENTI F., *Transfer Pricing: l'OCSE approva la revisione dei safe harbours*, Eutekne, 23 maggio 2013
- MIELE L., *I costi qualificati e i costi complessivi nel calcolo del “nexus ratio” del “Patent Box*, Corr. Trib. n. 18, 2016
- MIELE L., *La nuova guida al Patent Box*, Il Sole24Ore, Milano, 2016
- MIELE L.-SURA A.-BONTEMPO F.-FABI T., *Bilancio e reddito d'impresa*, ed. Ipsoa, Milano, 2017
- MIELE L.-VIO R., *Patent Box: spunti di riflessione alla luce delle Linee Guida OCSE*, Corr. Trib., n. 22, 2015
- MOBILI M., *Digital Tax, basta elusione dai big della rete*, Il Sole24Ore, 24 settembre 2015
- MOLINARO G., *La tassazione della ricchezza derivante dall'economia digitale*, Il fisco n. 39, 2015
- MUSSELLI A.-MUSSELLI A. C., *Transfer Pricing*, Il Sole24Ore, Milano, 2012

- NASTASIA G.- MOTTOLA I., *Il transfer pricing: modalità empiriche per la determinazione del valore*, Diritto & Diritti, 2017
- NELLEN A., *Taxation and Today's Digital Economy*, Journal of tax practice procedure, n. 5, 2015
- NOBILE L., *Contrasto all'evasione internazionale: verso un maggior coinvolgimento dei contribuenti*, VII Forum Tax, 18 gennaio 2018
- OECD, *Transfer Pricing Methods*, Centre For Tax Policy And Administration, Paris, 2017
- OECD, *Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, OECD Publishing, Paris, 23 marzo 2014
- OECD, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5: Final Report*, OECD Publishing, Paris, 2015
- OECD, *Electronic Commerce: Taxation framework Conditions*, OECD Publishing, Paris, 2001
- OECD, *Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, OECD Publishing, Paris, 5 ottobre 2015
- OECD, *Measuring and Monitoring BEPS, Action 11, Final Report*, OECD Publishing, Paris, 2015
- OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: Final Report*, OECD Publishing, Paris, 2015
- OECD, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13, Final Report*, OECD Publishing, Paris, 5 ottobre 2015
- OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OCDE, Publishing, Paris, luglio 2017
- OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, OECD Publishing, Paris, 2015
- OECD, *Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting – Public Comments Received*, voll. I-II, OECD Publishing Paris, 30 gennaio 2014
- OECD, *Explanatory Statement*, OECD Publishing, Paris, 2015
- OECD, *Guidance on the Implementation of Country-by-Country Reporting: BEPS Action 13*, OECD Publishing, Paris, febbraio 2017
- OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris, 2010
- PALUMBO G., *Rassegna sistematica sull'attuale orientamento della giurisprudenza di legittimità in argomento transfer pricing*, Riv. Dir. trib. nn.7-8, 2014
- PARDINI W.- VASAPOLI A., *Il transfer pricing nelle operazioni infragruppo*, ed. Ipsoa, Milano, 2002
- PARENTE G.-SANTACROCE B., *Evasione fiscale: dalle finte società agli utili nei paradisi fiscali, ecco i modi più diffusi per non pagare le tasse*, Il Sole24Ore, 10 settembre 2015

- PIANTAVIGNA P., *"Rigidità" della Cassazione sugli aspetti probatori in materia di "transfer pricing"*, Corriere tributario n. 43, 2015
- RICCI C., *La tassazione consolidata nell'IRES*, ed. Giappichelli, Torino 2015
- RIZZARDI R., *Il progetto europeo di fiscalità per l'economia digitale*, Corriere Tributario n. 6, 2014
- RIZZARDI R., *La prima azione OCSE sul tema BEPS: la tassazione dell'economia digitale*, Corriere tributario, fasc. n. 20, 2014
- ROBILLARD R., *BEPS Action 3 Missing in Action: CFC Rules or Global Apportionment?*, Tax management transfer pricing report, vol. 24, n. 3, 2015
- ROSSI MACCANICO P., *Fiscal State Aid, Tax Base Erosion and Profit Shifting*, EC Tax Review n. 2, Kluwer Law International, 2015
- SACCHETTO C., *Il Transfer pricing internazionale: una normativa alla ricerca della propria identità*, in Rass. Trib., n.4/2016
- SAINT AMANS P.- RUSSO R., *The BEPS Package: Promise Kept*, Bulletin for International Taxation, vol. 70, fasc. 4, Amsterdam, 2016
- SALLUSTIO C., *Commercio elettronico diretto e imposizione sui redditi. Beni digitali, beni immateriali e dematerializzazione dell'attività d'impresa*, ed. Aracne, 2012
- SANTACROCE B., *Amazon cambia rotta: pagherà più tasse in Europa*, Il Sole24Ore, Milano, 26 maggio 2015
- SCAZZERI G., *Lo scambio di informazioni e le verifiche internazionali*, NeΩtepa, n.2, 2011
- SEPIO G.- D'ORSOGNA M., *Impresa multinazionale digitale e tassazione delle transazioni online*, Il fisco, n. 29, 2015
- SPECTOR R., *Amazon.com: Get Big Fast*, HarperCollins, New York, 2000
- SPINA A., *Il transfer pricing tra disciplina normativa e rilievi operativi*, "Fisco Oggi", 27 luglio 2005
- STEVANATO D., *Finalità antielusiva e onere probatorio nel "transfer pricing"*, Riv. Giur. Trib. n. 4, 2013
- STONE B., *Vendere tutto: Jeff Bezos e l'era di Amazon*, ed. Hoepli, Milano, 2013
- STORCK A.-PETRUZZI R.-PANKIV M.-TAVARES R., *Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing in a Post-BEPS World"*, International Transfer Pricing Journal, vol. 23, n. 3, 2016
- TARQUINI A., *Ungheria, Orban congela la tassa su internet*, La Repubblica, 31 ottobre 2014
- TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario*, parte generale, Utet, Torino, 2011

- TINELLI G., *Il principio di inerenza nella determinazione del reddito di impresa*, in Riv. Dir. Trib., vol. I, 2002
- TING A., *iTax – Apple’s International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*, British Tax Review, n.1, London, 2014
- TOMASSINI A., *Stabili organizzazioni occulte*, “Dialoghi Tributarî” n. 3, 2012
- TOSI L.-BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Cedam, Padova, 2013
- TROVATO M., *La tassazione dell’economia digitale*, IBL Special Report, 18 ottobre 2015
- UCKMAR V. e A., *Manuale di diritto tributario internazionale*, Cedam, Bologna, 2012
- VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Ipsoa, Milano, 2012
- VALENTE P., *Analisi di comparabilità nel transfer pricing*, Ipsoa, Milano, 2013
- VALENTE P., *Base Erosion and Profit Shifting. L’Action plan dell’OCSE*, Il Fisco, n. 37, 2013
- VALENTE P., *Digital Economy. Criticità e soluzioni secondo il rapporto della Commissione europea*, “Postilla”, 2014
- VALENTE P., *Economia digitale e commercio elettronico*, Wolters Kluwer Italia, 2015
- VALENTE P., *Elusione Fiscale Internazionale*, Ipsoa, Milano, 2014
- VALENTE P., *La documentazione in materia di transfer pricing: il White Paper dell’OCSE*, Il Fisco n. 43, 2013
- VALENTE P., *La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di transfer pricing*, Il fisco, fasc. 1, n. 44, 2012
- VALENTE P., *La revisione della disciplina OCSE in materia di documentazione per il transfer pricing*, Il fisco, fasc. n. 12, 2014
- VALENTE P., *Transfer pricing: criticità nella remunerazione dei beni intangibili*, Il fisco n. 2, 2015
- VALENTE P., *Manuale del Transfer pricing*, Ipsoa, Milano, 2015
- VALENTE P., *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE 'Addressing Base Erosion and Profit Shifting'*, Il Fisco, n. 12, 2013
- VALENTE P., *The Burden of Proof and Transfer Pricing*, International Transfer Pricing Journal, agosto 2011
- VALENTE P., *Transfer pricing: oneri di documentazione per i gruppi italiani ed esteri*, Fiscalità e Commercio Internazionale, Ipsoa, Milano, 2011
- VAN DE VIJVER A., *International Double (Non-)taxation: Comparative Guidance from European Legal Principles*, EC Tax Review n. 5, Kluwer Law International, 2015
- VICINI RONCHETTI A., *Regole europee ed incentivi fiscali allo sviluppo dei brevetti: prime considerazioni sulla Patent Box*, Rass. Trib. n. 3, 2016

VORPE S., *È in arrivo l'uragano BEPS*, Supsi, 10 ottobre 2015

VORPE S., *Le misure di promozione fiscale in favore delle attività di ricerca e sviluppo*, Riv. Ticinese Dir., fasc. II, 2015

WRIGHT D.R.-KEATES H.A.-LEWIS J.-AUTEN L., *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, International Transfer Pricing Journal, vol. 23, n. 2, 2016

ZANONI BERETTA A., *Il valore delle risorse immateriali: equilibrio economico aziendale, beni immateriali e risorse intangibili*, ed. Il Mulino, Bologna, 2005

ABSTRACT

Il presente lavoro tende ad inquadrare il fenomeno del *transfer pricing* sotto l'egida del diritto tributario nazionale ed internazionale, fornendo una compiuta analisi dei principi elaborati in tal senso dall'OCSE e sul loro recepimento nella normativa nazionale, tentando il più possibile di individuare la particolare prospettiva di chi quotidianamente si imbatte nelle suddette tematiche.

Lo studio in esame si propone di fornire gli strumenti normativi, concettuali ed operativi dai quali l'analista del *transfer price* non può prescindere nelle proprie valutazioni, anche in una prospettiva dottrinale e giurisprudenziale. Si ponendo attenzione, tra l'altro, alle molteplici criticità legate alle operazioni di *transfer price* ed ai relativi rapporti di *compliance* tra gli addetti ai lavori, mettendo in risalto le novità introdotte nel Progetto BEPS, senza tralasciare l'analisi del regime agevolato di tassazione dei beni intangibili e l'importante introduzione nel nostro Paese del *Patent Box*, con uno sguardo sul futuro della *digital economy*.

Nell'ambito delle operazioni infragruppo tra imprese multinazionali, una delle problematiche più complesse riguarda la determinazione, ai fini fiscali, dei prezzi di trasferimento delle transazioni transfrontaliere tra imprese associate.

La problematica fiscale sui prezzi di trasferimento (*transfer pricing*) ha origini non recenti, in quanto i primi interventi normativi si collocano nel secondo decennio del secolo scorso ad opera dell'ordinamento statunitense.

L'anglicismo *transfer pricing*, identifica, nella comune accezione, i procedimenti adottati per definire il prezzo di trasferimento, ritenuto più adeguato dalle leggi fiscali dei diversi Stati, in una data transazione di beni e/o servizi infragruppo, ossia tra società controllate o collegate quando esse siano residenti in due diversi Stati.

In un'economia globale nella quale le imprese multinazionali hanno un ruolo significativo, il regime dei prezzi di trasferimento ha assunto importanza prioritaria per le stesse e per le Amministrazioni fiscali; da un lato, le imprese cercano di non subire una doppia imposizione o di minimizzare il carico fiscale, dall'altro lato, gli Stati tendono ad assicurarsi che gli utili imponibili delle multinazionali non siano artificialmente trasferiti in un altro Paese e che la base imponibile dichiarata dalle multinazionali nei loro rispettivi Paesi corrisponda alla loro attività economica reale.

Il *transfer pricing* interessa le Autorità fiscali a prescindere dal livello di tassazione effettivamente vigente negli Stati in cui sono residenti o localizzate le imprese del gruppo coinvolte, in quanto la disciplina in esame ha lo scopo di proteggere l'erosione della base imponibile nazionale ed assicurare la corretta ripartizione impositiva tra i diversi Paesi.

Le Amministrazioni finanziarie a causa di un simile fenomeno rischiano, infatti, di perdere la propria potestà impositiva su determinati redditi in ragione di operazioni infragruppo opportunamente concepite.

Considerata la pericolosità del fenomeno per le casse erariali e la globalizzazione dei mercati, nel nostro ordinamento si è registrato un notevole incremento degli accertamenti da parte delle Amministrazioni finanziarie e delle controversie giuridiche in materia di *transfer pricing*. Nonostante il numero crescente di procedimenti ad oggetto le transazioni infragruppo non vi è al momento un orientamento giurisprudenziale consolidato, in grado di ricostruire tutti i vari aspetti inerenti la disciplina di queste operazioni.

La disciplina sul *transfer pricing* coinvolge una molteplicità di soggetti e si dirama verso numerose direttrici, tra cui *in primis* l'OCSE, che detta le relative linee guida in materia, le multinazionali interessate e quasi in toto le giurisdizioni fiscali, mediante la diffusione di norme che ripercorrono *sui generis* le linee guida definite in ambito internazionale.

A livello internazionale, il principale documento cui fanno riferimento tutti gli addetti ai lavori è costituito dalle linee Guida dell'OCSE "*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*", un imprescindibile strumento giuridico per la corretta determinazione dei prezzi di trasferimento infragruppo.

Il precipuo obiettivo che le Linee Guida si pongono è fornire un supporto per le Amministrazioni finanziarie e per le imprese multinazionali mediante l'indicazione di strumenti idonei per risolvere questioni piuttosto complesse riguardanti i prezzi di trasferimento, al fine di limitare il più possibile potenziali controversie.

Il Rapporto OCSE fornisce significativi orientamenti agli Stati membri soprattutto nell'ambito di applicazione del principio di libera concorrenza (*arm's length principle*), principio riconosciuto a livello internazionale sul quale si fonda il regime del *transfer pricing*: il prezzo stabilito nelle transazioni commerciali e finanziarie che intercorrono tra imprese associate deve corrispondere al prezzo che sarebbe stato convenuto tra imprese indipendenti in condizioni comparabili, nel libero mercato. Tale principio si pone un duplice obiettivo, ossia quello di garantire la corretta determinazione della base imponibile in ciascuna giurisdizione, oltre che quello di evitare la doppia imposizione, in modo da minimizzare i conflitti tra amministrazioni fiscali e contribuente e promuovere in modo corretto gli scambi e gli investimenti internazionali.

In realtà, il principio di libera concorrenza (*arm's length*) è dal 1979 lo standard fissato dall'OCSE, ritenuto in grado di fornire l'approssimazione più esatta possibile del funzionamento del libero mercato nel caso di trasferimento di beni o di prestazione di servizi tra imprese appartenenti ad un medesimo gruppo, consentendo di definire livelli di reddito adeguati per le imprese di un gruppo multinazionale. Tale standard è stato, in generale accettato dalle amministrazioni finanziarie ai fini del riconoscimento dei prezzi applicati nelle transazioni che intercorrono tra imprese associate.

La determinazione del *transfer price* è dunque una questione alquanto cruciale sia per le autorità fiscali sia per i gruppi internazionali, atteso che sussista uniformità di vedute sui criteri che portano alla fissazione di un prezzo di trasferimento "adeguato" (*at arm's length*) per entrambe le controparti.

La chiara espressione di come il nostro ordinamento si sia conformato ai principi internazionali raccomandati in ambito OCSE è data dalla modifica apportata al comma 7 dell'art. 110 TUIR. Il citato articolo, nella nuova formulazione, prevede infatti che i componenti di reddito derivanti da operazioni infragruppo siano da valutarsi avendo come riferimento il principio di libera concorrenza, in sostituzione del precedente riferimento al criterio interno del cosiddetto "valore normale" dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, sulla base di quanto previsto dall'art. 9, comma 3, TUIR.

Nel nostro ordinamento, la disciplina dei prezzi di trasferimento è, in particolare, contenuta nel combinato disposto dell'art. 110 (co. 7) e dell'art. 9 (co. 3) TUIR, nei quali viene previsto che il prezzo cui avvengono le transazioni commerciali tra imprese residenti in Stati diversi, legate da rapporti di controllo e/o collegamento, deve essere valutato a "valore normale". In virtù di tali disposizioni è possibile individuare i presupposti soggettivi e oggettivi in presenza dei quali si può procedere a una rettifica dei prezzi di trasferimento *intercompany*, allo scopo di rideterminare il reddito imponibile dell'impresa fiscalmente residente in Italia dopo aver ricostruito il *valore normale* delle transazioni infragruppo.

In modo specifico, il co. 7 dell'art. 110 del Tuir, afferma: "*I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti*".

Da una interpretazione letterale del co. 7 dell'art. 110 si evince che l'elemento fondamentale, sotto il profilo soggettivo, per l'applicazione della disciplina in esame è il rapporto di controllo in essere tra le imprese, ma per tale concetto né la normativa interna né l'art. 9 del Modello di convenzione OCSE, alle cui linee guida si ispira la disposizione nazionale, forniscono una espressa definizione.

Sotto l'aspetto prettamente legislativo, vi è da evidenziare che le Linee Guida sui prezzi di trasferimento non rappresentano una normativa vincolante, nemmeno per gli stessi Stati membri dell'OCSE. In effetti, i documenti emanati dall'Organizzazione fungono da indirizzo per i diversi legislatori nazionali, essendo l'OCSE un organismo sovranazionale, per lo più di consulenza per i Governi coinvolti, ai quali comunque compete l'ultima parola in merito alle scelte da intraprendere.

Le linee Guida rappresentano il tipico esempio di *soft law*, cioè un atto normativo privo di efficacia vincolante nei confronti dei soggetti cui è diretto, contrapposta alla *hard law* che, al contrario, è vincolante per il destinatario, al punto tale che se disattesa comporta per esso il pagamento di una sanzione.

In effetti, anche se gli Stati membri non hanno nessun obbligo rispetto alle raccomandazioni OCSE, implicitamente sussiste sempre un dato potere impositivo subdolo, sia per l'indirizzo da parte dei governi a dar seguito alle azioni intraprese da parte di un'organizzazione di cui sono membri e alle cui decisioni

contribuiscono attivamente, sia per la preponderante attendibilità che un organismo internazionale come l'OCSE esercita nei confronti dell'intera comunità internazionale.

La "Guida" funge da orientamento sia per le legislazioni nazionali, che traggono ispirazioni dai relativi principi, sia per i giudici incaricati di dirimere controversie relative alla determinazione del *transfer price* infragruppo; anche le amministrazioni finanziarie nazionali, nell'elaborazione dei propri documenti sottolineano il loro chiaro riferimento alle *best practice* in ambito internazionale, rinviando di fatto i contribuenti ad orientare il proprio comportamento verso le stesse.

Anche se pochissimi Stati hanno recepito integralmente le raccomandazioni OCSE, *in primis* il Regno Unito che, con la sua *Corporate Taxation Act* del 2010, ha ritenuto che coerenza, sostenibilità e trasparenza del sistema internazionale sia di importanza cruciale nell'ambito del *transfer price*, tutti gli altri Stati non sono stati da meno. In generale, anche se non vi è stato un integrale e comune recepimento delle *Guidelines*, vi è pur comunque tra i diversi Stati la consapevolezza che, essendo un documento di attrazione fiscale a livello internazionale, anche un suo impiego indiretto garantisce competitività alle imprese, che tra l'altro beneficiano anche di un risparmio sui costi di adeguamento, nell'ipotesi di normative, di volta in volta, differenti nei vari Stati in cui esercitano la loro attività imprenditoriale.

Essendo il *transfer price*, un argomento molto delicato e complesso per tutti gli addetti ai lavori, dagli operatori economici all'Amministrazione finanziaria, sino ai giudici tributari, risulta alquanto ostico fornire una definizione istituzionale del fenomeno in esame, poiché esso non nasce direttamente in ambito giuridico-fiscale, ma deriva dall'analisi delle relazioni economiche intercorrenti tra imprese residenti in Stati diversi le quali fanno parte dello stesso gruppo.

La disciplina in esame, in ragione degli interessi in gioco e della sua essenza di tipo valutativo ed estimativo, si presta a differenti interpretazioni, sia in sede interna che internazionale, che si traducono in un ostacolo alla libertà economica e in un disincentivo per gli operatori internazionali. Sul piano pratico, dall'altro canto, le speranze sono affidate ad una maggior collaborazione internazionale, ad un'armonizzazione delle discipline e all'applicazione di metodi deflattivi.

La tendenza delle imprese multinazionali a strutturare l'attività di *business* tenendo in considerazione la variabile fiscale, sfruttando quando è possibile anche le distorsioni del sistema, non sorprendere. Lo stesso OCSE ha messo in evidenza come le imprese siano incentivate a spostare funzioni, rischi e *assets* in Paesi caratterizzati da una fiscalità di vantaggio e come il *transfer pricing* sia uno dei maggiori pericoli per la stessa [fiscalità internazionale](#). Il Consiglio dell'OCSE ha raccomandato ai governi degli Stati contraenti di invitare le Amministrazioni fiscali a tenere conto, nella determinazione del prezzo di trasferimento delle cessioni di beni e servizi tra imprese associate, delle considerazioni e dei metodi esposti nel Rapporto OCSE, allo scopo di evitare metodologie operative approssimative che potrebbero generare fenomeni di una doppia imposizione economica per le imprese multinazionali che operano in più giurisdizioni.

La *ratio* delle disposizioni in materia è da ricercarsi nella volontà degli Stati di non rinunciare a materia imponibile a causa dei legami intercorrenti tra le parti che permettono loro di trasferire proventi imponibili in giurisdizioni ove la pressione fiscale è per loro più favorevole. Infatti, l'assoggettamento di ciascuna unità di un gruppo multinazionale alle aliquote di imposta dello Stato di residenza è il punto di partenza per capire le ragioni d'essere della normativa sui cosiddetti prezzi di trasferimento.

L'OCSE il 10 luglio 2017, con la nuova versione delle linee guida "*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*", ha anche recepito le modifiche introdotte dal Progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), avviato all'inizio del 2013, per arginare i fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva tra i diversi Stati.

La comunità internazionale si ritrova in un contesto di enormi cambiamenti nell'ambito della disciplina del *transfer price*; normativa che, congiuntamente al BEPS, affronta continue criticità nei rapporti di *compliance* tra Amministrazioni Finanziarie e società appartenenti a un gruppo multinazionale, operanti tramite "consociate" dislocate in differenti Paesi. La disciplina OCSE così come modificata di recente risulta molto più all'avanguardia e maggiormente improntata all'equità rispetto alla previgente disciplina. Infatti, le valutazioni circa le condizioni di mercato e la libera concorrenza si prestano a stime più attinenti al mercato di riferimento attuali piuttosto che al bene in sé stesso, come avveniva in passato.

Nel 2012, in occasione del summit del G20 in Messico è stato suggellato l'impegno dei diversi Stati aderenti "*to prevent base erosion and profit shifting*". Tale impegno si è tradotto in un mandato esplicito all'OCSE, che al G20 di Mosca nel luglio 2013 ha presentato il rapporto "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*", sfociato, il 5 ottobre 2015, dopo un biennio di lavoro, nella pubblicazione dei Rapporti

finali riguardanti le 15 misure del Progetto BEPS. Le 15 azioni del Progetto BEPS si fondano su tre pilastri: una maggiore coerenza; l'attenzione sui profili sostanziali; la garanzia della trasparenza e della certezza del diritto.

In particolare, i Ministri delle Finanze e i Governatori delle Banche Centrali del G20, riuniti a Lima, hanno approvato un pacchetto di misure per definire una riforma delle regole fiscali internazionali completa, coerente e coordinata, esprimendo un sostegno unanime al Progetto congiunto OCSE - G20 su "*Base Erosion and Profit Shifting*"; ciò che risulta abbastanza rilevante è che per la prima volta tutti i Paesi dell'OCSE e del G20 hanno lavorato insieme per definire una risposta comune alle sfide della tassazione internazionale.

Il pacchetto di misure globali di contrasto al BEPS rileva, dunque, la sua importanza storica, costituendo la prima e sostanziale riforma dei dettami di fiscalità internazionale in tale ambito. Questo strumento risulta di estrema utilità per i Governi dei diversi Stati, in quanto ricomprende una molteplicità di soluzioni per colmare le lacune presenti nei diversi sistemi fiscali che, di fatto, fanno sì che i profitti aziendali possano sfuggire all'imposizione fiscale o essere dirottati, in contesti nazionali a bassa, o addirittura nulla, tassazione, senza tener conto del luogo ove l'attività economica sottostante è posta in essere.

L'obiettivo primario del Progetto BEPS è, in realtà, quello di ricondurre l'imposizione dei profitti aziendali nei Paesi in cui le attività hanno luogo e dove il valore aggiunto è effettivamente creato, così da rendere inefficaci le strategie di erosione della base imponibile (*base erosion*) e di traslazione dei profitti (*profit shifting*) poste in essere da alcune imprese che, sfruttando regole obsolete e/o lo scarso coordinamento tra i diversi ordinamenti fiscali nazionali, riducono il gettito fiscale dei singoli Paesi.

In realtà, tali pratiche "erosive" sono alimentate sia da strategie fiscali aggressive in contesti ad alto tasso di innovazione, digitalizzazione e globalizzazione; sia dalla rigidità dei sistemi fiscali a fronte di una estrema "flessibilità dei redditi di impresa"; sia dalla possibilità di scindere l'imposizione delle fonti reddituali dalle attività economiche che le generano; sia dall'assenza di coordinamento e dalla presenza di asimmetrie tra i diversi regimi fiscali nazionali, ad esempio, in termini di un difforme trattamento (a fini fiscali) delle componenti di bilancio di impresa (interessi, dividendi, ecc.) e di una valutazione non uniforme delle voci reddituali associate a transazioni infragruppo.

Secondo un'analisi dell'OCSE, le strategie di erosione della base imponibile da parte delle imprese sottrae ingenti risorse alle economie nazionali che potrebbero essere impiegate per sostenere la crescita, contribuire ai piani di consolidamento post-crisi, migliorare le politiche di welfare delle economie in via di sviluppo e, più in generale, creare sistemi fiscali più equi. Secondo le stime condotte nell'ambito del progetto BEPS, le perdite di gettito sono stimabili tra gli 100 e i 240 miliardi di dollari annui, ossia tra il 4 e il 10% del gettito globale relativo all'imposizione societaria. Tali pratiche elusive poste in essere impattano negativamente anche sulla fiducia nei sistemi fiscali, con effetti distorsivi sulle scelte di investimento definite sulla base di strategie fiscali aggressive, anziché di ragioni economico-produttive. Le pratiche BEPS creano, in aggiunta, incentivi distorti all'allocazione degli investimenti diretti esteri, alterano le dinamiche di mercato creando vantaggi competitivi nei confronti delle imprese multinazionali a danno delle micro-imprese, ovvero delle imprese di grandi dimensioni con business essenzialmente domestici.

Il 7 giugno 2017, presso la sede dell'OCSE, 67 Paesi hanno siglato la *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, la Convenzione multilaterale per l'introduzione delle misure sviluppate nel progetto BEPS nei trattati bilaterali, che permette ai diversi Governi di rafforzare la loro rete di trattati in modo efficace e coerente, senza il ricorso a dispendiosi negoziati bilaterali. La Convenzione consente, tra l'altro, un miglioramento delle procedure per la risoluzione delle controversie, attraverso le procedure amichevoli e l'introduzione della clausola opzionale di una procedura di arbitrato obbligatorio e vincolante.

Tale Convenzione, in modo alquanto innovativo, tende ad implementare, in maniera celere, una serie di misure fiscali per aggiornare il network esistente di trattati fiscali bilaterali, riducendo le opportunità di elusione fiscale internazionale ed aumentando la certezza impositiva. Per potere comprendere la portata innovativa di questo strumento multilaterale, basti pensare che l'attuale rete di accordi ne può ricomprende più di tremila, negoziati singolarmente e poi, successivamente, ratificati dalle istituzioni nazionali con procedimenti che possono durare anche diversi anni: un lavoro estremamente gravoso, che fa comprendere l'estrema necessità di un cambiamento urgente, una sfida che rappresenta un'opportunità unica.

L'impatto delle leggi fiscali, attualmente, è diventato particolarmente significativo per le aziende e per le Amministrazioni fiscali con l'aumento esponenziale del numero e del valore dei trasferimenti infragrupo. Le leggi sul prezzo di trasferimento hanno l'obiettivo di determinare la reale creazione di valore, evitando illegittime allocazioni dei profitti in giurisdizioni fiscalmente vantaggiose. Non a caso, l'*Action Plan 8-10* del Progetto BEPS, "*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*", è tesa a garantire che gli utili derivanti da transazioni infragrupo, implicanti i prezzi di trasferimento, siano coerenti e allocati effettivamente nel luogo di creazione del valore aggiunto. In tal modo, si è voluto contrastare la tendenza delle multinazionali di far emergere i profitti nel luogo in cui è possibile ottenere maggiori vantaggi fiscali e non in quello in cui l'attività di impresa viene effettivamente svolta. Tra le novità del Progetto BEPS vi è stata anche l'introduzione di specifiche indicazioni relative alla documentazione da predisporre da parte delle imprese, "*Transfer Pricing Documentation and Country by Country Reporting*" (azione 13), al fine di migliorare e coordinare la documentazione richiesta alle imprese multinazionali, invitando i contribuenti ad indicare le imposte pagate nei vari Stati, per agevolare le singole Amministrazioni dei Paesi coinvolti nell'identificazione delle aree a rischio elusione e nell'esercizio della propria attività di controllo. In aggiunta, sono stati previsti i "*safe harbour*", riconoscendo l'utilità di previsioni che consentano di fissare prezzi di trasferimento attraverso una procedura semplificata, qualora essi si riferiscano a contribuenti e/o transazioni semplici e con un grado di rischio non elevato.

In un'epoca come quella attuale "altamente tecnologica", ove è in atto uno stravolgimento radicale dei mercati internazionali, la dottrina ha sostenuto la necessità di dare adeguate risposte alle sfide posta in essere dagli *intangibles*, rappresentante "*forse il test più difficile del progetto BEPS*". A tal uopo, l'OCSE, consapevole di tutto ciò e dell'importanza che ricoprono i beni immateriali nella creazione di valore, beni tra l'altro che non rientrano né nella categoria di "*physical asset*" né in quella di "*financial asset*", ha espresso nuove indicazioni in materia, focalizzando l'attenzione sugli aspetti più salienti degli *intangibles*, ossia la *definizione*, l'*ownership* e i *metodi di valutazione*.

Nell'attuale evoluzione dei mercati e della competitività globale, il possesso di beni intangibili, quali marchi, brevetti, *know-how*, rappresenta un'importante risorsa strategica per le multinazionali, sia italiane che estere. In effetti, anche se gli *intangibles* hanno avuto sempre un ruolo determinante nell'economia e nella gestione delle imprese, costituendo più della metà del valore totale dei beni economici aziendali, solo nell'ultimo decennio gli operatori e gli studiosi della materia hanno soffermato la loro attenzione sugli stessi. Alla base di tale interesse vi è essenzialmente un duplice motivo, ossia il passaggio da un'ottica imprenditoriale *product-oriented* ad una *market-oriented*, oltre che la delocalizzazione delle attività produttive verso Paesi che adottano regimi fiscali più vantaggiosi, punto cruciale nell'ambito della competizione mondiale. A tal uopo, e ribadendo l'intento di contrastare politiche fiscali dannose, diversi ordinamenti giuridici europei, tra cui quello italiano, hanno introdotto un nuovo regime di tassazione agevolata, il cd. "*Patent Box*".

L'adesione dell'Italia a tale regime ha portato una ventata di rinnovamento all'imprenditoria, ponendosi non solo come un insieme di mere disposizioni giuridiche, ma dando alle imprese un nuovo impulso, con la focalizzazione di quei beni immateriali, quali ad esempio il *know-how*, che sino a qualche tempo fa erano considerati privi di qualsiasi valore economico.

Il regime del *patent box* è stato introdotto in Italia con la Legge di Stabilità n. 190 del 23 dicembre 2014, in *compliance* con i principi OCSE sul *transfer pricing* e sulla valorizzazione degli intangibili. Non a caso, prendere in dovuta considerazione le dinamiche interne di *transfer pricing* che impattano sulla valorizzazione degli intangibili, oltre che sulla determinazione del contributo economico che gli stessi sono in grado di fornire all'attività economica dell'impresa, rappresenta una condizione imprescindibile per ottenere il massimo risultato possibile dal regime agevolativo suddetto.

L'iter normativo del *patent box* nazionale ha subito, in questi pochi anni dalla sua introduzione, diverse modifiche ed integrazioni, e nell'aprile del 2017, le disposizioni sul regime agevolato in questione sono state sostituite dal Decreto Legge n. 50, in attuazione degli impegni assunti dall'Italia in sede OCSE.

Nell'ambito della fiscalità internazionale, una questione di rilevante interesse riguarda la tassazione della *digital economy* di cui l'OCSE e l'Unione Europea stanno cominciando da qualche anno ad occuparsene, al fine di impedire situazioni in cui il reddito tassabile sia artificialmente separato dalle attività economiche da cui esso deriva. La crescente diffusione di servizi e prodotti digitali, garantendo alle imprese multinazionali un'ampia libertà nell'allocazione delle funzioni aziendali, a prescindere dai mercati nei quali le stesse si trovano ad operare, ha fatto comprendere all'OCSE come l'attuale sistema di regole, previste a livello nazionale e

internazionale, non risulti più adeguato al fine di sottoporre a completa tassazione i redditi prodotti dalle grandi multinazionali operanti nel settore digitale.

Le multinazionali che operano nel settore della *digital economy*, abbinando le lacune normative dei vari ordinamenti legislativi con i vantaggi derivanti dall'attuale sviluppo tecnologico, in realtà, adottano vari espedienti per ridurre l'imposizione fiscale gravante sui considerevoli profitti conseguiti. L'Apple, Google, Amazon, Facebook, sono i principali colossi del web che, grazie all'intangibilità dei loro modelli di *business*, elaborano articolati sistemi organizzativi posizionandosi così facilmente in Stati che offrono un trattamento fiscale vantaggioso.

In realtà, le imprese che operano nel commercio tradizionale non sarebbe state mai in grado di porre in essere delle pianificazioni fiscali aggressive così occulte come sviluppate dalle imprese digitalizzate, proprio per la "fisicità" dei loro prodotti, che li rende molto più semplicemente rintracciabili. L'economia digitale ha stravolto il classico sistema imprenditoriale, eludendo anche tutti i "problemi" derivanti proprio dalla suddetta "fisicità". Questo nuovo orientamento economico ha riportato all'attenzione dei vari Governi le problematiche di evasione ed elusione fiscale, in parte risolte per le transazioni tradizionali, che richiedono, invece, nuove prospettive di controlli, potendo le moderne transazioni commerciali sfuggire alle classiche procedure applicate. In realtà, emergono due principali problemi: la difficoltà a individuare i soggetti che operano sul mercato virtuale e la possibilità di trovare le "tracce" degli acquisti, soprattutto se riguardano beni che "viaggiano *on line*", come *software*, filmati o dischi digitali, ove l'unico indizio della transazione operata è l'avvenuto pagamento tra le parti; rendendo, tra l'altro, la ricerca di prove dei trasferimenti finanziari da parte del fisco non certo priva di difficoltà. È proprio lo svincolo delle transazioni dai luoghi fisici tradizionali che favorisce il proliferare delle strategie di "*Base Erosion and Profit Shifting*". Infatti, mediante il trasferimento di dati digitalizzati, le imprese riescono, con facilità, velocità ed economicità, a ramificare le numerose funzioni aziendali in luoghi remoti, sfruttando appieno i diversi benefici che ne possono trarre; inoltre, la presenza di barriere d'ingresso, quasi inesistenti, nel settore della produzione e della distribuzione di servizi digitali, permettono un aumento esponenziale anche delle dimensioni aziendali, che favoriscono il moltiplicarsi dei "*business digitali*".

I colossi del *web*, avendo dunque la capacità di modificare con estrema facilità e celerità il proprio assetto organizzativo e avendo alla base caratteristiche sostanziali completamente moderne, per cui poco conosciute, riescono a porre in crisi l'intero sistema fiscale, al punto tale da far sentire la necessità di modifiche ed aggiustamenti tempestivi della normativa interna ed internazionale.

Nemmeno è semplice per gli ordinamenti disciplinari star dietro a certe condotte aziendali, al punto tale da sembrare un gatto che si morde la coda, in quanto i comportamenti elusivi delle imprese digitali tendono a modificarsi velocemente così come intervengono le modifiche normative introdotte per contrastarli. Non a caso, attualmente la maggior parte delle strategie fiscali elusive sono messe in atto dalle imprese "*high tech*", in quanto in grado di sfruttare la dinamicità di mobilitazione dei fattori produttivi e dei profitti, senza bisogno di superare barriere derivanti dai limiti geografici.

Proprio per le particolari caratteristiche tipiche dell'economia digitale si richiede che, al fine di evitare fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva, si prendano in considerazione forme di tassazione che prescindano da una *taxable presence*, in considerazione proprio della divergenza tra il luogo in cui avviene la vendita di beni e servizi digitali e quello della tassazione del relativo reddito.

Il tema della tassazione dell'economia digitale, inserendosi quindi nel più ampio contesto delle misure di contrasto all'elusione fiscale e alla pianificazione aggressiva delle imprese multinazionali che operano nel web, completano il quadro di riferimento della disciplina del *transfer pricing*. Un'adeguata ed efficace politica di contrasto a tali fenomeni, dunque, richiede una forte e coesa cooperazione tra i diversi Stati interessati, ove la previsione di una forma di tassazione specifica per l'economia digitale va inserendosi in una fase storica in cui risulta particolarmente acceso, a livello mondiale, il dibattito sulle modalità di modernizzazione dei meccanismi impositivi a fronte delle sfide poste dalla *digital economy*.

Diversi paesi europei hanno dibattuto sul tema della tassazione dell'economia digitale e valutato l'introduzione di appositi correttivi alla pretesa elusione delle normative fiscali nazionali. Il principale sforzo in tal senso, è stato compiuto dalla Commissione Europea, con l'istituzione, nel novembre 2013, di un gruppo di lavoro incaricato di analizzare la relazione tra le attività delle multinazionali digitali e il loro contributo al gettito tributario nei singoli Paesi, allo scopo di fornire alle istituzioni comunitarie elementi indispensabili per più puntuali e precise proposte di revisione per debellare i comportamenti fiscali scorretti da parte dell'imprenditoria digitale.

In particolare, l'Antitrust comunitario, su iniziativa del Commissario per la concorrenza Almunia, ha aperto diverse indagini inerenti non direttamente le condotte tributarie delle imprese multinazionali, ma i regimi fiscali applicabili ai colossi del web (Apple in Irlanda, Starbucks in Olanda, Fiat e Amazon in Lussemburgo), considerando l'ipotesi che siano stati garantiti a livello governativo trattamenti di favore configurabili come "aiuti di Stato".

A tal uopo, in conclusione del presente lavoro ci si è soffermati sul caso Amazon e sull'inchiesta avviata, il 7 ottobre 2014, dalla Commissione europea in merito all'accordo fiscale tra il colosso del web ed il Governo lussemburghese, risalente al novembre del 2003 e prorogato nel 2011. La Commissione, sostenendo come l'oggetto dell'indagine "*costituisca un aiuto di Stato da parte del Lussemburgo a favore di Amazon non conforme al principio della libera concorrenza*", ne ha evidenziato i vantaggi fiscali selettivi sottoforma di sostegni statali, che in base alle leggi europee sono da ritenersi illegittimi.