



Corso di Laurea in Amministrazione Finanza e Controllo

Cattedra di Diritto Tributario Dell'impresa

Il Transfer Pricing delle operazioni straordinarie infragruppo.
Tra normativa e casi pratici

Prof. Di Gialluca Andrea

RELATORE

Prof. Musaio Alessandro

CORRELATORE

758311

BELCASTRO BENEDETTA

Anno Accademico 2023/2024

Sommario

<u>INTRODUZIONE.....</u>	<u>5</u>
---------------------------------	-----------------

CAPITOLO I: LE OPERAZIONI STRAORDINARIE NELL'ORDINAMENTO

<u>TRIBUTARIO</u>	<u>10</u>
--------------------------------	------------------

1. INTRODUZIONE AD UNO STUDIO TRIBUTARIO DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE.....	10
2. PROFILI CIVILISTICI DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE: PREMessa	11
2.1 DELLA TRASFORMAZIONE	14
2.1.1 DELLA SCISSIONE.....	18
2.2 DELLA FUSIONE	23
3. LA CATEGORIA DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE NELL'ORDINAMENTO TRIBUTARIO.....	30
3.1 L'IMPOSIZIONE SUI REDDITI NELLE OPERAZIONI DI RIORGANIZZAZIONE AZIENDALE: DALLA RIFORMA VISCO DEL 1997 (D.LGS. N. 358 DEL 1997) ALLA RIFORMA TREMONTI DEL 2003 (D.LGS. N. 344 DEL 2003)	32
3.1.1 (SEGUE) ALLA RIFORMA TREMONTI DEL 2003 (D.LGS. N. 344 DEL 2003)	36
3.2 LA LEGGE DELEGA DEL 9 AGOSTO 2023 N. 111: LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA FISCALE DELLE OPERAZIONI DI NATURA STRAORDINARIA	40
4. IN PARTICOLARE SUL TRATTAMENTO FISCALE DELLE OPERAZIONI DI ACQUISIZIONE.....	42

CAPITOLO II: I PROFILI TRIBUTARI DEL TRANSFER PRICING NELLE

<u>OPERAZIONI STRAORDINARIE</u>	<u>51</u>
--	------------------

1. CHE COSA SI INTENDE PER “PREZZI DI TRASFERIMENTO”	51
1.1 EXCURSUS SULL'EVOLUZIONE DELLA MATERIA DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO: LA NORMATIVA SOVRANAZIONALE	56
1.1.1 L'INQUADRAMENTO DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO NEL CONTESTO DEI SISTEMI FISCALI STATALI: IL PROBLEMA DELLA POTESTÀ IMPOSITIVA	63
2. LE NORME FISCALI DI DIRITTO INTERNO IN MATERIA DI PREZZI DI TRASFERIMENTO.....	66
2.1 L'APPLICAZIONE DELL'ARTT. 110, COMMA 7 DEL TUIR.: PRESUPPOSTI.....	70
2.1.1 IN PARTICOLARE SULLA NOZIONE DI CONTROLLO.....	72

3. L'INTERPRETAZIONE DELLE NORME FISCALI IN MATERIA DI PREZZI DI TRASFERIMENTO: LA PRASSI AMMINISTRATIVA E LA GIURISPRUDENZA ITALIANA	76
3.1 SULLA PRESUNZIONE ASSOLUTA DEL VALORE NORMALE.....	77
3.1.1 SUL CONCETTO DI CONTROLLO	80
4. COME SI DETERMINANO I PREZZI DI TRASFERIMENTO	85
4.1 IL COMPARABLE UNCONTROLLED PRICE METHOD	87
4.1.1 IL RESALE PRICE METHOD	89
4.1.2 IL COST PLUS METHOD.....	91
4.1.3 IN PARTICOLARE SUL “THE COMPARABLE PROFIT METHOD”	94
5. LA PROPOSTA UE DEL 12 SETTEMBRE 2023 SUL TRANSFER PRICING: LA FINALITÀ DI CONFERIRE MAGGIORE CERTEZZA AL CONTESTO FISCALE EUROPEO.....	99
5.1 LA PIANIFICAZIONE FISCALE INTERNAZIONALE	103
6. LINEE GUIDA AZIENDALI PER LA SCELTA DEL TRANSFER PRICING	108

CAPITOLO III: IL TRASNFER PRICING APPLICATO ALL'ACQUISIZIONE

<u>INGRAGRUPPO</u>	<u>112</u>
1. CASE STUDY	112
2.1 DESCRIZIONE GENERALE DEL GRUPPO MULTINAZIONALE	113
2.2 OPERAZIONI INFRAGRUPPO: IDENTIFICAZIONE DELLE CATEGORIE OMOGENEE SCAMBIATE	114
3. I PREZZI DI TRASFERIMENTO SCELTI PER LE SINGOLE OPERAZIONI	116
4. ANALISI PRATICA DEL CUP	125
5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	130
<u>CONCLUSIONI.....</u>	<u>132</u>
<u>BIBLIOGRAFIA.....</u>	<u>134</u>
GIURISPRUDENZA	137

INTRODUZIONE

La regolamentazione degli scambi internazionali richiede, come condizione necessaria per affrontare la loro complessità, l'analisi delle dinamiche che trasformano lo scenario in cui avvengono tali scambi. In particolare, il crescente livello di integrazione economica e finanziaria tra soggetti di diversi Paesi contribuisce a uniformare le varie economie nazionali, creando un contesto globale in cui i fenomeni sono interconnessi e le relazioni si sviluppano secondo logiche di reciprocità e interdipendenza.

L'integrazione mondiale del capitale ha portato alla disgregazione dei sistemi produttivi nazionali, avviandone la ricomposizione come segmenti di un sistema produttivo globalizzato. Le diverse componenti della produzione si disperdono in un contesto lontano dalle origini geografiche dell'impresa, spesso indipendente dal suo controllo finanziario. I prodotti incorporano tecnologie di provenienza così varia che non si riesce a riconoscere il contributo specifico di ciascuna nazione né la nazionalità della forza lavoro.

La mondializzazione cambia la concorrenza tra le nazioni; quando imprese e capitali sono liberi di spostarsi, la competitività delle imprese nazionali non coincide automaticamente con quella delle nazioni. La posizione di uno Stato nel mondo si definisce esclusivamente in base alla capacità competitiva della sua produzione sul mercato mondiale, rendendo obsoleta la nozione di vantaggio comparativo.

Questi fenomeni hanno generato sfide politiche, poiché su queste direttrici si muovono le opportunità di sviluppo economico. La globalizzazione ha portato a una competizione tra Stati che utilizzano la leva fiscale per attrarre investimenti esteri o mantenere quelli locali. Secondo l'OCSE, le differenze tra i regimi fiscali nazionali sono sfruttate dalle multinazionali per ridurre l'imposizione sul reddito. Questo fenomeno è legato al fatto che gli ordinamenti giuridici competono tra loro, permettendo ai contribuenti di scegliere il regime più conveniente. La concorrenza fiscale, quindi, è strettamente connessa

all'integrazione economica di diverse giurisdizioni tributarie, favorita dalla mobilità dei fattori produttivi e dei flussi di reddito.

Le politiche fiscali di ogni Stato mirano principalmente a rispondere a esigenze economiche e sociali interne, tenendo conto anche di finalità allocative, di stabilizzazione e di redistribuzione. Il mercato globale è dominato da tanti ordinamenti giuridici quanti sono gli Stati coinvolti nelle transazioni economiche, i quali non sono in grado di disciplinare situazioni transfrontaliere. L'interazione tra diversi regimi fiscali può causare sovrapposizioni nell'esercizio dei diritti dei contribuenti, con rischi di doppia imposizione. Le attuali disposizioni nazionali e internazionali mirano a ridurre i casi di doppia imposizione, ma dall'interazione delle diverse legislazioni fiscali possono derivare opportunità per i contribuenti di ridurre significativamente l'imposizione sul reddito, con modalità formalmente legittime ma non coerenti con gli obiettivi della fiscalità internazionale, noti come schemi di pianificazione fiscale aggressiva.

Un altro problema è rappresentato dai regimi fiscali dannosi, che l'OCSE cerca di contrastare migliorando la trasparenza e lo scambio di informazioni tra Stati. La globalizzazione trasforma le multinazionali in imprese transnazionali, che non sono vincolate alle politiche e alle leggi di un singolo Stato, ma operano secondo regole internazionali e logiche di mercato e profitto. Queste imprese tendono a soddisfare la domanda di vari gruppi di consumatori, affidandosi agli investimenti esteri e adattando la produzione alle specificità nazionali.

Le imprese multinazionali gestiscono una rete di attività transnazionali generatrici di valore aggiunto sfruttando economie di scala, valutando le esigenze dei consumatori locali e adattando la produzione, e sfruttando l'esperienza acquisita sui mercati globali e locali. La trasformazione delle multinazionali in imprese transnazionali richiede una riorganizzazione profonda della struttura societaria per allineare strategie aziendali, societarie e fiscali.

La crescente integrazione economica, finanziaria e commerciale tra soggetti di diversi Paesi uniforma le economie nazionali, creando un contesto economico mondiale interconnesso. La governance fiscale dei gruppi di imprese deve assicurare la gestione e la prevenzione dei rischi fiscali, con politiche di gestione del rischio fiscale che definiscano il

valore del rischio, i costi, e le risorse necessarie. Il transfer pricing assume un rilievo particolare, obbligando le multinazionali a una documentata analisi dei prezzi di trasferimento nelle transazioni interne, coinvolgendo il top management, CFO e tax director.

È in questo contesto che assumono un ruolo fondamentali i prezzi di trasferimento: le multinazionali, operando in vari Paesi, devono adottare politiche di *transfer pricing* adeguate, che richiedono una comprensione approfondita dell'organizzazione aziendale globale e una strategia fiscale globale. Il transfer pricing è una tecnica di ottimizzazione dell'iniziativa imprenditoriale e non solo una tecnica di tax planning. Una corretta politica di *transfer pricing* deve consentire decisioni economiche vantaggiose e una valutazione corretta delle *performance* delle unità aziendali e dei loro *manager*. Il *transfer pricing* rappresenta uno strumento tecnico-amministrativo per la ripartizione dei risultati tra diverse unità della stessa azienda o gruppo. La sua determinazione dipende da variabili non misurabili oggettivamente, come l'andamento del mercato, e può essere soggetta a scelte discrezionali. La variabile del *transfer pricing* interagisce con altre variabili fiscali e non, richiedendo strategie di gestione che rispondano alle esigenze economico-aziendali, garantendo l'allineamento della compliance alle variabili strategiche dell'impresa.

L'accentramento degli interessi in un unico soggetto comporta che, accanto a una unitaria direzione di business, assuma rilievo una politica fiscale globale, disegnata a livello internazionale e indipendente dagli interessi delle singole società-Paese. Ciò induce a considerare il transfer pricing come una tecnica di ottimizzazione dell'iniziativa imprenditoriale, e non solo come un procedimento di tax planning. La definizione di politiche di transfer pricing corrette e difendibili risulta di primario interesse per il management, comportando un'interazione tra elementi di business ed elementi fiscali, in modo da garantire un allineamento della compliance amministrativa e tributaria alle variabili strategiche dell'impresa.

Con il presente lavoro di tesi si intende analizzare il ruolo, la funzione e le metodologie che riguardano i prezzi di trasferimento applicati alle operazioni straordinarie. Le operazioni straordinarie rappresentano un insieme di strumenti giuridico-economici attraverso i quali le imprese possono riorganizzare la loro struttura, espandere la loro attività o consolidare la

loro posizione nel mercato. Il primo capitolo si prefigge di esplorare le varie forme di operazioni straordinarie, quali la trasformazione, la scissione, la fusione e le acquisizioni, analizzandone i profili civilistici e le implicazioni fiscali. La trattazione si apre con una panoramica introduttiva che delinea l'importanza delle operazioni straordinarie nell'ambito aziendale, seguita da un'esposizione dettagliata delle normative civilistiche pertinenti. In particolare, si esaminano i cambiamenti normativi apportati dalle riforme Visco del 1997 e Tremonti del 2003, con un focus sulle loro implicazioni pratiche e teoriche. Viene analizzata la recente Legge Delega del 9 agosto 2023, n. 111, che ha introdotto modifiche significative alla disciplina fiscale delle operazioni straordinarie, evidenziando le innovazioni e i miglioramenti rispetto alle normative precedenti. Il capitolo conclude con un'analisi specifica del trattamento fiscale delle operazioni di acquisizione, discutendo le principali considerazioni e sfide che le imprese devono affrontare durante tali processi. Questa sezione fornisce un quadro chiaro e completo delle operazioni straordinarie, offrendo una base solida per comprendere le interazioni tra normativa civilistica e fiscale in questo contesto.

Il secondo capitolo si concentra sui profili tributari del *transfer pricing*. Si parte dalla definizione e dalla spiegazione dei prezzi di trasferimento, per poi esaminare la normativa sovranazionale e le problematiche legate alla potestà impositiva tra diversi sistemi fiscali. Un'attenzione particolare è dedicata alle norme di diritto interno italiano, con un'analisi dell'art. 110, comma 7, del TUIR, che regola l'applicazione dei prezzi di trasferimento. Vengono approfondite le nozioni di controllo e di presunzione assoluta del valore normale, fornendo un quadro interpretativo supportato da prassi amministrativa e giurisprudenza italiana. La sezione conclude con una descrizione dettagliata delle metodologie per la determinazione dei prezzi di trasferimento, tra cui il *Comparable Uncontrolled Price Method* (CUP), il *Resale Price Method* e il *Cost Plus Method*. Infine, viene discussa la proposta dell'Unione Europea del 12 settembre 2023, volta a conferire maggiore certezza al contesto fiscale europeo, sottolineando le potenziali implicazioni per le imprese.

Il terzo capitolo applica i concetti teorici del *transfer pricing* a casi pratici, attraverso l'analisi di specifici *case study*. Viene descritta la struttura di un gruppo multinazionale e le

operazioni infragruppo, identificando le categorie omogenee di scambi e discutendo le strategie di *transfer pricing* adottate per le singole operazioni.

L'analisi di questi case study offre una visione pratica delle problematiche trattate nei capitoli precedenti, mettendo in evidenza l'applicazione dei principi teorici nel contesto reale delle operazioni aziendali. Questo approccio permette di comprendere meglio le dinamiche del *transfer pricing* e la loro importanza per il successo e la sostenibilità delle strategie fiscali aziendali.

CAPITOLO I: LE OPERAZIONI STRAORDINARIE

NELL'ORDINAMENTO TRIBUTARIO

1. Introduzione ad uno studio tributario delle operazioni straordinarie

Si ritiene innanzitutto interessante esplorare i possibili benefici derivanti dall'analisi delle connessioni tra le discipline civili e tributarie relative alle operazioni straordinarie. In particolare, si cerca di comprendere come il diritto civile possa influenzare la valutazione patrimoniale e, di conseguenza, l'imposizione fiscale degli eventi straordinari delle società¹.

Nel contesto generale, l'adattamento sistematico di concetti del diritto civile nel diritto tributario non implica necessariamente una rottura o uno stravolgimento, ma piuttosto crea delle interdipendenze tra il significato originale dei concetti civili e il loro adattamento nel contesto tributario. È compito dell'interprete della normativa fiscale evitare di contrastare il legislatore civile e piuttosto adeguare interpretativamente i concetti civili nel quadro normativo del diritto tributario, mantenendo una coerenza con il legislatore di riferimento².

Nel processo di adattamento sistematico, l'interprete deve considerare attentamente l'utilità e la rilevanza degli elementi provenienti dal diritto civile, tenendo conto delle specifiche questioni tributarie in discussione. È importante notare che i concetti di "trasformazione", "fusione" e "scissione" societarie, sebbene abbiano un ruolo significativo nell'ambito tributario in relazione ai redditi d'impresa, non svolgono alcuna funzione di individuazione o delimitazione dei presupposti impositivi, che sono invece al centro dell'attenzione fiscale.

Nel diritto civile, questi concetti sono invece considerati strumenti per rappresentare le dinamiche delle relazioni giuridiche tra le società coinvolte, i soggetti terzi e le società

¹ O. LOBEFARO, *La neutralità fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria*, San Giuliano Milanese, 2014, p. 58.

² In tal senso, cfr. R. LUPI, *La specificazione legislativa del concetto di reddito, i riferimenti civilistici e le operazioni straordinarie*, in AA.VV. (a cura di R. Lupi, D. Stevanato), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, pp. 76-77, secondo cui "la collocazione dei termini civilistici in un contesto tributaristico influenza quindi solo il profilo logico sistematico dell'interpretazione, ferma restando tutta la portata testuale del singolo concetto civilistico cui il legislatore tributario fa riferimento. Tale significato è quindi pur sempre un elemento dell'interpretazione, da non assolutizzare, verificandolo invece in base al contesto tributaristico di riferimento".

risultanti dalle operazioni. Tuttavia, non hanno alcuna conseguenza diretta sul piano fiscale e sulla determinazione del reddito imponibile.

Ciò posto si ingenera l'interrogativo del perché dovremmo interessarci agli aspetti civilistici delle operazioni di riorganizzazione societaria se esse sono completamente escluse dalla disciplina fiscale.

La risposta può ricercarsi in più direzioni: da un lato, ad esempio, nella trasversalità che connota alcuni principi tipici della regolamentazione civilistica di settore (si pensi alla continuità caratterizzante, in senso tradizionale, l'operazione di trasformazione societaria, ripresa, quale ipotesi priva di effetti traslativi, in termini di irrilevanza reddituale in sede tributaria), dall'altro nella diffusione, oltre il confine civilistico, delle implicazioni scaturenti dall'apparizione sulla scena delle nuove "forme eterogenee" assumibili dalle tre vicende societarie di tipo riorganizzativo prese in esame, idonee a spezzare la monolitica valenza oggettiva del principio di neutralità fiscale su cui, da sempre, modellano la propria connotazione in chiave impositiva³.

Rilevante ai fini del presente lavoro è dimostrare l'interdipendenza tra la configurazione civilistica della fusione e il suo trattamento tributario, considerando l'evoluzione della normativa fiscale concomitante con il dibattito dottrinale sorto in sede civilistica sulla natura giuridica della medesima operazione; è noto, d'altronde, il fenomeno di interrelazione tra diritto commerciale e diritto tributario verificatosi in tema di fusione (così come per la trasformazione).

In seguito, si procederà ad una sommaria analisi di profili civilistici delle tre operazioni straordinarie per poi soffermarsi sul fulcro centrale del tema, quale l'operazione di fusione.

2. Profili civilistici delle operazioni straordinarie: premessa

Con il termine «operazione straordinaria» (fusione, scissione, conferimento, cessione d'azienda o di ramo d'azienda, liquidazione) si fa riferimento ad un'ampia classe di

³ O. LOBEFARO, *La neutralità fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria*, cit., p. 60.

operazioni volte a riconfigurare la struttura aziendale, le risorse patrimoniali, i profili gestionali e organizzativi, gli assetti di governo e le risorse umane. Il termine «straordinarie» sta ad indicare l'eccezionalità dell'operazione rispetto all'attività caratteristica e il fatto che essa incide profondamente sulla vita aziendale.

Diversi sono i motivi che rendono necessario attuare un riassetto organizzativo nel corso della vita di un'azienda: riformulare gli obiettivi in funzione dei mutamenti ambientali e del mercato, migliorare le condizioni di efficienza e di efficacia della combinazione produttiva, recuperare le medesime condizioni qualora risultino perdute.

Il riassetto organizzativo può, in questo senso, rappresentare la via per favorire lo sviluppo dell'impresa o per far fronte ad eventuali crisi. Nel primo caso si tratta di azioni di miglioramento mediante le quali è possibile razionalizzare la struttura operativa e migliorare le *performance*. Ciò può realizzarsi attraverso la disaggregazione e il decentramento di determinate attività o, al contrario, tramite un'integrazione strutturale. Nel caso in cui, invece, una azienda voglia rafforzare la propria presenza in una area d'affari in cui è poco presente, potrà inserire nella propria combinazione produttiva rami aziendali realizzando una integrazione. In caso di crisi, le cosiddette azioni di ripristino consentono di evitare che lo squilibrio diventi insanabile ovvero si tramuti in un vero dissesto⁴.

All'indubbia versatilità e alle molteplici possibili motivazioni che le operazioni straordinarie offrono, corrisponde però un'ampia multidisciplinarietà connessa alla loro realizzazione. Fusioni, scissioni, conferimenti e cessioni d'azienda presentano numerosi

⁴ Cfr. S. SALVADEO, G. TEDESCHI, *Le operazioni straordinarie e la gestione dei processi di acquisizione*, Milano, 2012, p. 4.

problemi di carattere gestionale, organizzativo, giuridico, fiscale, ma anche finanziario e contabile.

In questa sede è opportuno procedere ad un'analisi introduttiva dei profili civilistici delle operazioni innanzi menzionate per poi, calare le stesse nel contesto della materia tributaria.

Il capo X, libro V del codice civile, come novellato dalla riforma delle società di capitali del 2003⁵, dedica ben 34 articoli (da 2498 a 2506 quater), divisi in tre Sezioni, alle operazioni di trasformazione, fusione e scissione.

Per quanto le norme non forniscano una definizione dei tre istituti, i caratteri che sul piano giuridico li contraddistinguono sono agevolmente ricavabili dalla disciplina e, specie per la fusione e scissione, dalla stessa descrizione delle modalità attuative contenute negli artt. 2501 e 2506 c.c.

La trasformazione segna un cambiamento del codice organizzativo di esercizio dell'attività, consentendo di mutare le regole, senza soluzione di continuità sia nell'identità soggettiva sia nell'attività stessa. La fusione, invece, realizza una confusione di patrimoni e una compenetrazione delle organizzazioni preesistenti: vuoi attraverso l'acquisizione di un'entità la cui individualità è destinata a scomparire (fusione per incorporazione) vuoi attraverso la creazione di una nuova entità che rappresenta la sommatoria di quelle preesistenti, che si estinguono formalmente (fusione propria). Con la scissione ciò che è uno si disintegra e si ripartisce in una pluralità di organizzazioni: la scissione potrà essere totale, e vedrà l'assegnazione ad almeno due o più beneficiarie⁶ dell'intero patrimonio della società che si estingue; oppure parziale, quando la società che si scinde mantiene parte del proprio patrimonio e assegna la rimanente parte anche ad una sola società, esistente o di nuova costituzione.

Se sul piano giuridico le tre operazioni sembrano accomunate dall'essere espressione «del potere di autonomia riconosciuto alla società, in ordine alle modificazioni dell'ordinamento

⁵ Decreto Legislativo n. 6 del 17 gennaio 2003.

⁶ L'assegnazione dell'intero patrimonio ad una sola beneficiaria impone di ascrivere l'operazione all'ipotesi di fusione per incorporazione o eventualmente al conferimento *tout court*, a seconda che la partecipazione dell'assegnataria sia acquisita dai soci o dalla stessa società conferente.

sociale»⁷, e come tali astrattamente riconducibili a mere modificazioni dell'atto costitutivo, le vicende e le implicazioni strutturali e organizzative che sono ad esse sottese presentano alcune diversità che possono e devono giocare un ruolo non marginale nella ricostruzione ed interpretazione delle relative discipline.

Le acquisizioni societarie, o M&A (*Mergers and Acquisitions*), rappresentano un processo attraverso il quale un'azienda acquisisce un'altra società, sia completamente o parzialmente, per integrarla nel proprio business o per ottenere un maggiore controllo o influenza su di essa⁸. Questo processo può avvenire in diverse forme, come acquisizioni, fusioni, joint venture e altro ancora. Le acquisizioni societarie possono avere diverse finalità, tra cui l'espansione del mercato, l'accesso a nuove tecnologie, la riduzione della concorrenza e il consolidamento del settore. L'intero processo richiede un'attenta pianificazione, analisi e valutazione sia delle società acquirenti che di quelle *target*.

2.1 Della Trasformazione

L'istituto della trasformazione che emerge dalla riforma del 2003, innanzi citata, si compone di un corpo normativo di carattere generale applicabile in linea di massima a tutte le ipotesi di trasformazione. Nel primo gruppo di norme ad essa dedicate (artt. 2498-2500 bis, c.c.), sono espressi i principi: a) della continuità dei rapporti sostanziali e processuali; b) dei limiti di compatibilità con eventuali situazioni prodromiche alla dissoluzione dell'ente interessato; c) del rispetto degli elementi formali e delle regole pubblicitarie proprie della costituzione e dell'esistenza dell'ente o dell'organismo che risulta dalla trasformazione;

⁷ G. FERRI SR., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1991, p. 479; sull'unitarietà delle operazioni si v. anche E. SIMONETTO, *Trasformazione fusione e scissione come strumenti produttivi e di produzione futura in vista del mercato unico europeo*, in *Vita notar.*, 1992, p. 79, dove si sottolinea il loro carattere di strumenti «destinati a incrementare, e ancora prima e almeno, a non danneggiare e ostacolare la produzione»; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 759. Di contro, SPADA, *Diritto commerciale. II. Elementi*, Padova, 2009, p. 170, sottolinea come sul piano giuridico non si debba dimenticare che nella fusione e scissione si realizza (o si può realizzare) un «fenomeno di circolazione della ricchezza imprenditoriale ed eventualmente dell'impresa, provocando una sostituzione dell'ente che usa e dispone dei mezzi organizzati», fenomeno circolatorio che manca invece nella trasformazione.

⁸

infine, con una rilevante innovazione rispetto al passato, d) della stabilità degli effetti dell'atto di trasformazione in seguito alla pubblicità dello stesso.

La trasformazione consiste, dunque, in una modificazione del regime del patrimonio o dell'attività destinata a incidere, a seguito degli adempimenti pubblicitari prescritti, sulla qualificazione giuridica dell'ente e sulla disciplina legale della fattispecie, senza però provocare alcuna soluzione di continuità dei rapporti giuridici in corso⁹.

L'art. 2499 c.c. novellato esclude che possa costituire un limite alla trasformazione l'assoggettamento ad una procedura concorsuale, almeno sino a che «le finalità o lo stato della stessa» non risultino incompatibili con la scelta di cambiamento¹⁰. L'ammissibilità della trasformazione nel corso delle procedure concorsuali conferma altresì, implicitamente, l'opinione che si era affermata anteriormente alla riforma¹¹ sulla compatibilità dell'operazione con la fase di liquidazione volontaria.

La trasformazione può essere omogenea o eterogenea: nel primo caso una società che abbia adottato un certo tipo societario, trasformandosi, ne assumerà uno diverso (così ad esempio una società di persone si può trasformare in una società di capitali). Nel secondo caso un ente (che non abbia quindi la qualificazione giuridica di società) si trasforma in un tipo societario di capitali ovvero può accadere l'inverso. È sovente in dottrina la distinzione, tra

⁹ Così infatti stabilisce l'art. 2498 cod. civ. «Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione». L'istituto della trasformazione non riguarda soltanto il mutamento del «tipo» societario, ma si estende dalle società di capitali e di persone agli altri enti collettivi personificati (associazioni riconosciute, fondazioni) e non personificati (società irregolari, associazioni non riconosciute, consorzi con attività esterna), ai contratti con comunione di scopo (consorzi con attività interna) e persino alla contitolarità di beni e diritti (comunioni di azienda).

¹⁰ In altri termini, si tratta di appurare l'utilità della trasformazione, in relazione alla procedura concorsuale a cui la società si trova assoggettata e la sua coerenza funzionale o, per lo meno, la sua non contrarietà e non in congruenza rispetto agli scopi della procedura. Sul punto F. GUERRERA, *commento all'art. 2499 cod. civ.*, in P. ABBADESSA e G. PORTALE, *Le società per azioni*, Tomo I Codice civile (artt. 2325-2435 ter), D. lg. 17 gennaio 2010, n. 39 (artt. 1-20), Milano, 2016, p. 3164.

¹¹ Si v. per tutti O. CAGNASSO - A. BONFANTE, *La trasformazione*, in *Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1990, p. 55; in giurisprudenza Trib. Milano, 6 ottobre 2000, in *G. it.*, 2001, p. 1679; Trib. Roma, 29 luglio 1994, in *Riv. not.*, 1996, p. 277.

l'altro, della trasformazione evolutiva e regressiva: è evolutiva quando una società di persona si trasforma in società di capitali; regressiva nel caso opposto¹².

Il secondo gruppo di norme, regola analiticamente le varie fattispecie (trasformazione di società di persone: artt. da 2500-*ter* a 2500-*quinquies*; trasformazione di società di capitali: art. 2500-*sexies*; trasformazione eterogenea da e in società di capitali: artt. da 2500-*septies* a 2500-*novies*).

La trasformazione di una qualsiasi società o ente in una società di capitali, così come quella di una società di capitali in un'altra organizzazione collettiva deve risultare da atto pubblico. Tale requisito è prescritto sia per la trasformazione in s.p.a., in s.a.p.a. o in s.r.l. (artt. 2500 e 2500-*octies*), dovendosi osservare le stesse formalità previste per la costituzione dei relativi tipi di società; sia per la trasformazione di società di capitali in società di persone (art. 2500-*sexies*) e per la trasformazione «eterogenea» da società di capitali (art. 2500-*septies*), che derivano da una deliberazione di competenza dell'assemblea straordinaria, il cui verbale deve essere redatto da un notaio e rivestire la forma pubblica (art. 2375, comma 2).

L'atto di trasformazione è soggetto alla disciplina formale e contenutistica prevista per il tipo adottato ed alle relative prescrizioni pubblicitarie, nonché alle formalità richieste per la cessazione dell'ente che si trasforma (art. 2500, comma 2). In realtà, il doppio regime pubblicitario (quello richiesto per il tipo adottato e quello previsto per la cessazione dell'ente di partenza) è sicuramente necessario in tutte quelle ipotesi, proprie delle trasformazioni eterogenee, nelle quale esistano diversi sistemi legali di pubblicità¹³; in particolare il riferimento è al registro delle imprese, ai registri delle persone giuridiche di diritto privato e, sia pure a fini particolari ai registri prefettizi per le società cooperative. La formula di legge potrebbe, in effetti, essere interpretata più propriamente nel senso di «cessazione del

¹² M. SARALE, *Le Trasformazioni*, in M. AIELLO, T. CAVALIERE, M. CAVANNA, S. A. CERRATO, M. SARALE, *Le operazioni societarie straordinarie*, 2011, Padova, pp. 329 ss.; alla disciplina delle trasformazioni eterogenee devono ritenersi assoggettate, peraltro, anche le ipotesi di « mero mutamento della causa » — operato lasciando immutato il tipo della società (ad es., trasformazione da s.r.l. lucrativa a s.r.l. consortile o viceversa) — che non possono considerarsi come una semplice modifica dell'atto costitutivo, né d'altronde soggiacere ragionevolmente alla regola unanimitica.

¹³ Così BUFFA DI PERRERO, *Sub art. 2500 c.c.*, in *Commentario Marchetti*, Milano, 2008, p. 82; CETRA, *Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»*, in *Liber amicorum Gian franco Campobasso*, 4, Torino, 2007, p. 147 s., il quale osserva che la norma sembra passata soprattutto per le trasformazioni eterogenee.

regime pubblicitario» piuttosto che «cessazione dell'ente», il quale in ogni caso continua ad operare sia pure con codici organizzativi diversi¹⁴.

Gli effetti della trasformazione, recita letteralmente l'art. 2500, 3° comma, c.c. decorrono dall'«ultimo degli adempimenti pubblicitari», relativi sia al sistema pubblicitario dell'ente adottato sia alla pubblicità della cessazione dell'ente che si trasforma: quanto al primo, si tratterà sempre ed esclusivamente del Registro delle imprese, mentre il secondo, come si è detto, potrà essere sia il Registro delle imprese sia il Registro delle persone giuridiche di diritto privato (quando interessate dalla trasformazione siano associazioni o fondazioni).

L'art. 2500-*bis*, infine, dispone che, una volta eseguiti gli adempimenti pubblicitari prescritti, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può più essere pronunciata; resta salvo, in ogni caso, il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti all'ente trasformato ed ai terzi danneggiati dalla trasformazione. La regola dettata dall'art. 2500 *bis*, c.c., che stabilizza gli effetti della trasformazione anche quando essa sia stata attuata in mancanza delle condizioni di legittimità della stessa, rende particolarmente delicata la posizione dei creditori anteriori i quali, in mancanza di qualsiasi informazione prodromica, possono in alcune ipotesi di trasformazione vedere modificate anche profondamente le condizioni di garanzia patrimoniale attuali e prospettive offerte dal debitore. Con la riforma sono state così introdotte ben tre norme che offrono strumenti di tutela operanti su piani diversi e che potrebbero, in determinate circostanze, sovrapporsi qualora si ritenga che le regole specificamente dettate per le trasformazioni societarie possano essere applicate anche alle trasformazioni eterogenee, seguendo l'indicazione che viene dallo stesso legislatore, nei limiti della compatibilità. In primo luogo, il novellato art. 2500 *quinquies* c.c. ripropone il principio della necessità del consenso del creditore sociale per la liberazione dei soci illimitatamente responsabili, facilitandone però l'acquisizione attraverso un meccanismo di silenzio-assenso. In secondo luogo, nell'ambito di una disposizione che per la prima volta espressamente detta una disposizione per la trasformazione regressiva societaria, si è apertamente sancito il principio dell'estensione

¹⁴ In questo senso CAVANNA, *La trasformazione delle società*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, *Impresa e lavoro*, II, 16, Torino, 2008, p. 207.

della responsabilità personale dei soci anche alle obbligazioni sorte anteriormente alla trasformazione (art. 2500 *sexies*, ult. comma, c.c.).

Infine, con riguardo alle sole trasformazioni eterogenee, la scelta è caduta su un meccanismo di tutela che – nella consapevolezza non solo dell’alterazione del regime giuridico di responsabilità proprio del debitore, quanto soprattutto del cambiamento radicale di un modello di gestione patrimoniale –, offre ai creditori il diritto di impedire che la vicenda modificativa produca i suoi effetti. L’art. 2500 *novies*, infatti, differisce gli effetti della decisione di trasformazione allo scadere del termine di sessanta giorni dall’ultima delle iscrizioni nei relativi registri consentendo ai creditori l’esercizio del diritto di opposizione¹⁵.

2.1.1 Della Scissione

Il Libro V del Codice civile disciplina la scissione, dopo la trasformazione e la fusione, nella Sezione III che chiude il Capo X del Titolo V, dedicandovi solo quattro articoli, rubricati rispettivamente: «Forme di scissione» (art. 2506 c.c.); «Progetto di scissione» (art. 2506-*bis* c.c.); «Norme applicabili» (art. 2506-*ter* c.c.); «Effetti della scissione» (art. 2506-*quater* c.c.). Il legislatore ha utilizzato la tecnica del rinvio, in quanto, per tutti gli aspetti non normati rinvia, appunto, alle disposizioni dettate in tema di fusione.

La scissione consiste nella « assegnazione » di attività e passività della società « scissa » ad una o più società preesistenti o di nuova costituzione, a fronte della quale si prevede l’attribuzione ai soci della prima— in proporzione al valore del patrimonio netto assegnato o secondo altri criteri — delle azioni o quote delle società « beneficiarie ». Le finalità dell’operazione possono essere diverse e anche « combinate » fra loro (riorganizzazione

¹⁵ MALTONI -TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2005, p. 210, il quale osserva come tale istituto, divenuto «strumento di equilibrio e contemperamento tra le istanze dell’autonomia privata e le ragioni del ceto creditorio» rappresenta una forma di autotutela messa a disposizione a chi intende sfruttarla senza peraltro impedire la crescita e le aspirazioni imprenditoriali, e lasciando in ultima analisi al mercato «il compito di selezionare tra le diverse iniziative imprenditoriali».

aziendale, risanamento della crisi d'impresa, riassetto proprietario, risoluzione di dissidi fra i soci etc.).

L'operazione di scissione, in base all'art. 2506, comma 1, può assumere due forme diverse. Si ha scissione « totale » (o « propria »), quando la società scissa assegna l'intero suo patrimonio a favore di due o più società preesistenti o di nuova costituzione e contemporaneamente si estingue, dando luogo così a un fenomeno di scioglimento (-estinzione) « senza liquidazione » (art. 2506, comma 3). Si ha invece scissione « parziale » quando la società scissa trasferisce soltanto una parte del suo patrimonio a favore di una o più società preesistenti o di nuova costituzione, e quindi sopravvive all'operazione. La scissione totale richiede inderogabilmente la pluralità delle società beneficiarie. Il che è invero una manifestazione particolare di un tratto comune a tutte le forme di scissione: quello della necessaria pluralità delle società risultanti dall'operazione¹⁶. Con la scissione parziale è la stessa struttura dell'assegnazione patrimoniale a determinare che in esito all'operazione risulti una pluralità di società. Ed infatti, riguardando quell'assegnazione solo parte del patrimonio della scissa, in esito all'operazione, quest'ultima proseguirà in ogni caso l'attività. Per questo motivo nel caso di scissione parziale è consentito che a beneficiare dell'assegnazione patrimoniale possa essere anche una sola società, senza che ne rimanga pregiudicata l'identità dell'operazione.

Avendo invece riguardo al modo attraverso il quale la scissione realizza la riorganizzazione dell'investimento, viene in rilievo l'assegnazione ai soci della scissa delle partecipazioni sociali delle società beneficiarie o, quando consentito (scissione parziale), dell'unica beneficiaria. Si distinguono al riguardo, innanzi tutto, due forme di scissione: la scissione proporzionale e la scissione non proporzionale. A queste va poi aggiunta la c.d. scissione asimmetrica. Nella scissione proporzionale le partecipazioni in ciascuna delle

¹⁶G. SCOGNAMIGLIO, *Scissione: forme, funzioni ed effetti. Scissione: il procedimento e le tutele*, in AA.VV., *Società di capitali, Operazioni straordinarie. Patrimoni destinati. Liquidazione ed estinzione*, 2019, Milano, p. 228; per rendersene conto basta considerare che, come è stato puntualmente osservato, se dello spostamento dell'intero patrimonio di una certa società si avvantaggiasse una sola beneficiaria non di scissione si tratterebbe, ma di fusione "per incorporazione", qualora quest'ultima fosse preesistente, ovvero di trasformazione, qualora fosse invece di nuova costituzione e il tipo prescelto fosse diverso da quello della società che ha effettuato lo spostamento patrimoniale; se invece l'unica beneficiaria neocostituita appartenesse al medesimo tipo di quest'ultima l'operazione sarebbe al più qualificabile come una liquidazione con restituzione ai soci di beni in natura. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p.1070.

società beneficiarie sono assegnate ai soci della scissa in base ad un criterio di diretta proporzionalità rispetto alla partecipazione originaria da essi detenuta nella scissa. Questa tecnica di realizzazione della scissione, assicurando di per sé il rispetto del principio di neutralità economica dell'operazione, rappresenta la regola generale, ossia la forma destinata a trovare applicazione in difetto di diversa previsione del progetto di scissione¹⁷. Nella scissione non proporzionale le partecipazioni in ciascuna delle società beneficiarie sono assegnate ai soci della scissa in base a un criterio di non proporzionalità rispetto alla partecipazione dagli stessi detenuta nella medesima scissa. Nella scissione non proporzionale, pertanto, oltre alla modificazione (qualitativa) del patrimonio di ciascun socio nella parte rappresentata da partecipazioni sociali, si realizza anche una diversificazione degli equilibri di potere nelle varie società partecipanti all'operazione. In questo caso, infatti, i soci della scissa non mantengono in ciascuna delle beneficiarie un peso pari a quello che avevano nella scissa ante scissione¹⁸. La scissione asimmetrica, invece, è diffusamente ricostruita come variante della scissione parziale “non proporzionale”, della quale è ritenuta una particolare modalità attuativa¹⁹.

Per quanto riguarda la natura dell'operazione di scissione, possono riproporsi — se pure solo in parte — le considerazioni che si svolgono a proposito della fusione, date le evidenti affinità strutturali. Si tratta, infatti, di una modificazione dell'atto costitutivo, che è volta a realizzare una profonda riorganizzazione delle società partecipanti; essa è accompagnata,

¹⁷ NOTARI, *La scissione non proporzionale con concambio di tutte le azioni di alcuni soci della società scissa (Parere pro veritate)*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 794.

¹⁸ SPADA, *Diritto commerciale. II. Elementi*, cit., p. 171 ss.

La riforma del diritto delle società del 2003, ha previsto che, in caso di dissenso rispetto alla distribuzione non proporzionale delle partecipazioni nelle beneficiarie, sia riconosciuto al socio il diritto di alienare la partecipazione di cui è titolare, e dunque di disinvestire anticipatamente, per un corrispettivo determinato sulla base dei criteri previsti per la liquidazione della quota del socio recedente. Il progetto di scissione che prevede l'assegnazione non proporzionale non solo dovrà menzionare espressamente l'esistenza di tale diritto, ma dovrà anche individuare i soggetti obbligati all'acquisto (art. 2506-bis, comma 4, c.c.) n argomento, cfr. Serra, *Le scissioni*, cit., 210; ID., *Scissione e modificazioni del contratto sociale*, cit., 682 s.; MAGLIULO, *La scissione delle società*, Milano, 2012, p. 270; NOTARI, *La scissione non proporzionale*, cit., 795 s.; MALTONI, *La disciplina della scissione “asimmetrica”: ambito applicativo e funzione del consenso individuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 781.

¹⁹ G. SCOGNAMIGLIO, *Scissione: forme, funzioni ed effetti*, cit., p. 35. Non è pacifico in dottrina quand'è che la scissione possa definirsi asimmetrica, al riguardo di rinvia ad A. BERTELOTTI, *Scissione di società*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, a cura di De Nova, Roma-Bologna, 2015, p. 26 ss.; MALTONI, *Forme di scissione e disciplina applicabile*, in *Trasformazione, fusione e scissione*, diretto da Serra, Torino, 2014, p. 760.

nella scissione « parziale », da effetti traslativi alquanto particolari; nella scissione « totale », da un effetto successorio universale, soggetto a sua volta a regole del tutto singolari.

Il procedimento di scissione, come anticipato, ricalca nella struttura e nell'articolazione quello di fusione ed è regolamentato dagli artt. 2506-*bis* e 2506-*ter* mediante una serie di rinvii (parziali o totali) alle disposizioni in tema di fusione.

Il primo e più importante profilo distintivo riguarda il contenuto del progetto di scissione, che dovrà comprendere — oltre ai dati indicati nell'art. 2501-*ter*— l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da trasferire o « assegnare » a ciascuna delle società beneficiarie (in che consiste il *proprium* della scissione) e dell'eventuale conguaglio in danaro. A tal proposito, occorre segnalare che l'attribuzione della scissa in favore delle beneficiarie può avere ad oggetto sia beni determinati, sia un complesso di beni in senso funzionale, sia una parte del patrimonio altrimenti individuata. In ogni caso, l'esatta descrizione degli elementi assegnati alle beneficiarie è essenziale all'informazione dei soci, dei creditori e dei terzi, che si realizza mediante il deposito del progetto di scissione presso la sede sociale nei trenta giorni precedenti (art. 2501-*septies*, richiamato dall'art. 2506-*ter*, comma 3), e la sua pubblicazione nel registro delle imprese (art. 2506-*bis*, comma 5).

Nell'ottica della completezza della documentazione preparatoria della decisione di scissione, l'art. 2506-*ter*, comma 2, precisa che la relazione dell'organo amministrativo — oltre ai contenuti prescritti dall'art. 2501-*quinquies*— deve illustrare i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie ed indicare il valore effettivo del patrimonio netto assegnato ad esse e di quello eventualmente rimasto alla società scissa. Nelle operazioni di scissione occorre normalmente provvedere alla determinazione di tanti rapporti di cambio per quante sono le società beneficiarie; l'eccezione è costituita, piuttosto, dalla scissione parziale con trasferimento a favore di una sola beneficiaria (qui il rapporto di cambio è unico). Incombe, perciò, agli amministratori di illustrare sotto il profilo giuridico ed economico il progetto di scissione, indicandone gli obiettivi e le motivazioni, di spiegare — ciò che rileva soprattutto nel caso della scissione « non proporzionale » — il criterio (o i criteri) di attribuzione delle partecipazioni e di effettuare un'apposita valutazione del patrimonio della società scissa, nella prospettiva del suo frazionamento sia a fini di

informazione dei soci e dei creditori, per l'esercizio dei rispettivi diritti ,sia a fini di delimitazione della responsabilità patrimoniale delle società coinvolte nell'operazione.

L'art. 2506-*ter*, richiamando l'art. 2501-*sexies*, prevede la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, con l'indicazione dei metodi seguiti per la sua determinazione e dei valori risultanti dalla loro applicazione, in modo da garantire ai soci un controllo critico sull'operato degli amministratori e di assicurare la massima trasparenza informativa.

Al deposito degli atti presso la sede sociale, segue la « decisione » di approvazione del progetto di scissione da parte di tutte le società partecipanti, contestualmente alla quale dovranno essere deliberate anche le eventuali operazioni di aumento e riduzione del capitale « a servizio » della scissione, finalizzate cioè ad adeguare la struttura finanziaria delle società all'assetto post-scissione e, se del caso, a creare le partecipazioni da attribuire ai soci della scissa.

Dopo l'approvazione della (o delle) decisione(i) di scissione, gli organi amministrativi delle stesse devono stipulare in forma pubblica l'atto di scissione. Questo presenta struttura plurilaterale, in caso di trasferimento del patrimonio a favore di società preesistenti; struttura unilaterale, in caso di assegnazione del patrimonio esclusivamente a favore di società di nuova costituzione, le quali traggono origine, appunto, dall'atto di scissione totale o parziale²⁰.

La scissione, ai sensi dell'art. 2506-*quater*, produce effetti solo dall'ultima delle iscrizioni dell'atto di scissione nel registro delle imprese in cui sono iscritte le società beneficiarie. Anche per la scissione può essere stabilita una data di efficacia successiva rispetto a quel momento, stabilendone un termine « iniziale »; tranne che per l'ipotesi di costituzione di società nuove, in cui la formazione iniziale del capitale sociale e l'esigenza di assicurare

²⁰ Va precisato che la normativa sulla scissione non richiama l'art. 2504-*bis* che pone la regola, prima illustrata, della successione universale fra enti. Le società beneficiarie subentrano difatti nei diritti, negli obblighi e nei rapporti facenti capo alla società scissa, non già indiscriminatamente, bensì singolarmente e nei termini stabiliti dal progetto di scissione. Nondimeno, per quanto riguarda le passività, ponendo una regola « di chiusura » a maggior garanzia dei creditori, l'art. 2506-*quater*, comma 3, stabilisce che, a prescindere dalle previsioni negoziali, ciascuna società diviene, per effetto della scissione, solidalmente responsabile dei debiti della società scissa, che non siano stati soddisfatti dalla società alla quale fanno carico, « nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto ».

l'imputazione della responsabilità patrimoniale ostano al differimento dell'efficacia dell'operazione.

2.2 Della Fusione

La fusione è una forma di riorganizzazione complessiva dell'impresa che coinvolge più società e, necessariamente, l'intero loro patrimonio. Essa può eseguirsi mediante la costituzione di una nuova società ovvero mediante l'incorporazione in una società di una o più altre (art. 2501 cod. civ.).

In conseguenza della creazione di una nuova società (c.d. fusione propria) o dell'incorporazione di una società in un'altra (c.d. fusione per incorporazione, che è l'ipotesi ricorrente normalmente), le società preesistenti e la società incorporata si estinguono; i rapporti facenti capo a esse si trasferiscono al nuovo ente o all'ente superstite. La società derivante dalla (o sopravvivenza alla) fusione subentra pertanto nei rapporti di locazione²¹ e di lavoro²², nel diritto al marchio²³, nei rapporti processuali²⁴, nei debiti verso il Fisco²⁵. La fusione peraltro non comporta liquidazione della società incorporata.

Nella prima ipotesi (fusione « propria » o « in senso stretto ») tutte le società partecipanti all'operazione si estinguono e dalla loro integrazione nasce una nuova società, le cui azioni

²¹ App. Torino, 16 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 390.

²² Cass., 29 novembre 1968, n. 3852, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 711; Cass., 3 novembre 2000, n. 14383, in *Diritto e giust.*, 2000, f. 43-44; Cass., 26 luglio 1996, n. 6757, in *Mass. giur. it.*, 1996.

²³ Cass. 10 aprile 1968, n. 1078, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 197; App. Lecce, 16 luglio 1962, in Corti Bari, Lecce e Potenza, 1962, p. 390; SANDRI, *Fusioni e proprietà industriale*, in *Contratto e impr.*, 1991, p. 657 ss.; anche Dimundo, *Effetti processuali della fusione: le sezioni unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*, in *Società*, 2006, p. 459.

²⁴ Cass., 25 novembre 2004, n. 22236, in *Giur. it.*, 2005, p. 1183; Cass., 27 gennaio 1994, n. 833, in *Società*, 1994, p. 611, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 470, con nota di VALERIO, *Natura giuridica della fusione: fenomeno successorio o modificazione dell'atto costitutivo?*; Cass., 20 aprile 2002, n. 5754, in *Società*, 2002, p. 1084; Cass., 26 luglio 2000, n. 9796, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1286, con nota di TARZIA.

²⁵ Cass., 25 ottobre 1977, n. 4565, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 352; Trib. Udine, 25 ottobre 1973, in *Dir. fall.*, 1974, II, p. 168; Trib. Mantova (ord.), 18 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 75; Cass., 20 agosto 2004, n. 16368, in *Mass. giur. it.*, 2004; Trib. Novara, 21 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, p. 1184; Cass., 25 novembre 2004, n. 22236, in *Giur. it.*, 2005, p. 1183; Cass., 6 maggio 2005, n. 9432, in *Mass. giur. it.*, 2005; App. Roma, 27 gennaio 2005, in *Società*, 2006, p. 195, con nota di CIVERRA.

o quote vengono attribuite ai soci delle società cessate, sulla base di un dato « rapporto di cambio », determinato sulla base della loro situazione patrimoniale effettiva. Nella seconda ipotesi (fusione « per incorporazione »), una delle società partecipanti (c.d. incorporante) sopravvive ed ingloba tutte le altre che si estinguono (c.d. incorporate). I soci di queste ultime ricevono, in sostituzione della partecipazione detenuta, secondo il rapporto di cambio, le azioni o quote della società incorporante. Ciò non avviene quando la società incorporante possiede la totalità delle partecipazioni della incorporata (c.d. fusione impropria), onde si applica una procedura semplificata (art. 2505 cod. civ.). Questa ultima ipotesi si inquadra nell'ambito delle fusioni fra società legate da un rapporto di controllo, che mirano a ristrutturare l'assetto del « gruppo » e pongono quindi ulteriori e particolari problemi di regolamentazione; è anche possibile che sia la società partecipata (totalitariamente o non) ad incorporare la controllante: nel qual caso si parla di fusione « inversa »²⁶.

La fusione si perfeziona soltanto a conclusione di un procedimento complesso, articolato in diverse fasi (redazione del progetto di fusione, decisione di fusione, atto di fusione), ciascuna delle quali impegna la competenza di vari organi sociali, risulta scandita da tempi precisi e soprattutto assoggettata a rigorose prescrizioni di forma e di pubblicità, a salvaguardia dei molteplici interessi coinvolti dall'operazione²⁷.

Il procedimento di fusione prende impulso della decisione dell'organo amministrativo di ciascuna delle società partecipanti, al quale spetta di redigere il c.d. progetto di fusione. Questo documento ricomprende in un unico contesto tutti i dati fondamentali dell'operazione ed assolve, una fondamentale funzione informativa nei confronti dei soci e dei creditori,

²⁶ F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA.VV. *Diritto delle Società*, 2012, Milano, p. 442.

²⁷ Non tutte le società infatti possono accedere alla fusione: ne sono escluse quelle «in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo» (art. 2501, c.c.). Il divieto ha quindi un ambito applicativo molto limitato, operando soltanto dal momento in cui è stato approvato il bilancio finale di liquidazione (art. 2493). Dopo di esso, infatti, incombe senz'altro ai liquidatori l'obbligo di richiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese e diventa intangibile il diritto dei soci alla quota di liquidazione, anche se essi non abbiano ancora ricevuto alcuna utilità.

La disposizione non è chiara, sia per la dottrina che la giurisprudenza, in argomento si rimanda a V. App. Milano, 4 maggio 1993, in *Società*, 1993, p. 1229; Trib. Milano, 27 marzo 1996, in *Notariato*, 1997, p. 191, con nota di F. LAURINI, *In tema di omologazione degli atti societari*; Trib. Milano, 6 giugno 1994, in *Riv. not.*, 1996, p. 298; in generale sulla fusione di società in liquidazione, Trib. Milano, 22 settembre 1995, in *Società*, 1996, p. 803 con nota di C. SANTAGATA, *Partecipazione alla fusione di società in liquidazione*.

prefigurando il contenuto delle (future) decisioni di fusione e la nuova struttura societaria che risulterà all'esito del procedimento.

Il progetto di fusione, viene, naturalmente, concertato dagli organi amministrativi delle singole società partecipanti, sebbene non costituisca un unico atto di senso giuridico e non debba essere necessariamente identico, ma soltanto compatibile nel suo contenuto. Questo contenuto è determinato in modo particolareggiato dall'art. 2501-*ter*, ove si trovano indicati quegli elementi che ne integrano il contenuto legale e che non possono mancare, a pena d'invalidità del procedimento. Il progetto è, visibilmente, all'insegna della trasparenza. Esso normalmente costituisce il punto d'arrivo di una complessa attività di studio, analisi e confronto, nel quale si fissano le condizioni dell'operazione, convenute dagli amministratori delle diverse società coinvolte, che dovranno poi essere sottoposte all'approvazione dei soci. Il progetto è la risultante di questa elaborazione comune²⁸, che indica anzitutto i protagonisti della vicenda, poi lo schema organizzativo della società che sopravvive ovvero ha origine all'esito del procedimento (schema formalizzato nel testo statutario annesso al progetto), quindi le fondamentali regole di assegnazione delle partecipazioni, infine il momento di decorrenza degli effetti della fusione, oltre a clausole particolari inerenti eventuali trattamenti differenziali riservati ad alcuni soci o consiglieri.

Il progetto di fusione deve essere non soltanto depositato presso le sedi di ciascuna delle società partecipanti (art. 2501-septies), ai fini della successiva adozione della decisione di fusione. Esso è soggetto anche a pubblicità legale, mediante iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione perché tutti i creditori ed i terzi possano averne conoscenza. Tra la pubblicazione del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione devono intercorrere almeno trenta giorni, salvo che i soci rinuncino unanimemente a siffatto termine dilatorio (art. 2501-*ter*, commi 3 e 4), essendo

²⁸ C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato Portale*, Torino, 2005, p. 138; SPOLIDORO -SERRA, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, p. 26; VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004, p. 402; L.A. BIANCHI, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Milano, 2002, p. 48.

questo fissato nel loro esclusivo interesse; i creditori e i terzi sono protetti, piuttosto, dai limiti alla modifica del progetto di fusione e dalla facoltà di opposizione.

L'art. 2501-*quater* stabilisce, poi, che gli amministratori delle società partecipanti alla fusione devono redigere una apposita situazione patrimoniale, con l'osservanza delle norme sul bilancio di esercizio, riferita ad una data non oltre quattro mesi anteriore al giorno in cui il progetto di fusione è depositato presso la sede sociale. Trattandosi di bilancio straordinario, essa non dovrà essere munita delle relazioni degli organi amministrativo e di controllo ai sensi degli artt. 2428 e 2429, né essere sottoposto all'espressa approvazione dei soci.

La situazione patrimoniale può essere sostituita, peraltro, con il bilancio d'esercizio (già approvato preventivamente o anche contestualmente presentato per l'approvazione), se non è decorso un termine superiore a sei mesi fra la chiusura dell'esercizio ed il deposito. Essa serve innanzitutto all'organo amministrativo, ai fini della redazione del progetto e della fissazione del rapporto di cambio; ma è altrettanto importante per l'informazione dei soci e dei creditori delle società partecipanti, ai fini della tutela delle rispettive ragioni e dell'attivazione dei relativi rimedi²⁹.

Oltre al documento contabile, gli amministratori devono redigere una relazione « che illustri e giustifichi » le ragioni giuridico-economiche dell'operazione (il che richiede generalmente l'elaborazione di un piano economico-finanziario, con l'indicazione delle risorse previste e degli obiettivi perseguiti) e che, al contempo, indichi i criteri di determinazione del rapporto di cambio (art. 2501-*quinquies*), con riferimento al valore — come si è detto « effettivo » — del patrimonio netto della società risultante dalla fusione, segnalando anche le eventuali difficoltà di valutazione. L'importanza di tale documento, ai fini dell'informazione societaria « interna » ed « esterna » è evidente, costituendo essa la

²⁹ Quanto ai contenuti, la situazione patrimoniale dovrà in primo luogo condividere la struttura del bilancio, per effetto dell'espresso rinvio contenuto nel primo comma dell'art. 2501 *quater* c.c. Pertanto essa dovrà comporsi di uno stato patrimoniale, di un conto economico e anche di una nota integrativa. La redazione del conto economico, pur contestata da PORTALE, *I bilanci straordinari delle società per azioni*, cit., p. 831, per la considerazione che ogni valutazione inerente la redditività d'impresa potrebbe essere meglio illustrata nella relazione degli amministratori. Sulla necessità della nota integrativa si v. SPOLIDORO - SERRA, *Fusioni e scissioni di società*, cit., p. 51; C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 317; in giur. Trib. Udine, 6 ottobre 2000, in *Società*, 2000, p. 200; Trib. Napoli, 12 febbraio 1994, *ivi*, 1994, p. 1378; Trib. Napoli, 14 ottobre 1993, *ibidem*, p. 251; Trib. Alba, 9 maggio 1994, in *Riv. not.*, 1995, p. 1561.

base necessaria sia per l'assunzione di una decisione consapevole, sia per ogni contestazione sulla validità sostanziale della deliberazione.

Il legislatore non si accontenta della valutazione «di parte», espressa dagli amministratori. Uno o più esperti terzi nominati da ciascuna delle società coinvolte, o dal Tribunale nel caso di società azionaria, debbono redigere apposita relazione, che accompagna il progetto, nella quale sono tenuti ad illustrare a) il metodo o i metodi seguiti dagli amministratori per la determinazione del rapporto di cambio e i valori risultanti dalla loro applicazione; b) le eventuali difficoltà di valutazione. Essi devono poi esprimere un giudizio sulla congruità dei suddetti criteri (art. 2501 *sexies*, 1° e 2° comma, c.c.). La sua funzione è quella di fornire un parere tecnico imparziale ai soci sul progetto degli amministratori: parere obbligatorio (salva sempre la possibilità di una rinuncia unanime dei soci, ai sensi dell'art. 2501-*sexies*, comma 8, introdotto dall'art. 1 d.lgs. 147/2009), ma non vincolante, trattandosi di un aspetto squisitamente « negoziale » dell'operazione³⁰.

Una volta espletate le suddette formalità, il progetto di fusione deve essere sottoposto alla approvazione delle società partecipanti, secondo le regole procedurali prescritte per ognuna di esse, in ciò consistendo propriamente il contenuto legale tipico della « decisione in ordine alla fusione » di cui all'art. 2502 c.c.

Per le società di persone, la legge prevede la possibilità di adottare la decisione di fusione da parte della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, in deroga al disposto dell'art. 2252 c.c. e senza necessità di una preventiva modifica dell'atto costitutivo. A controbilanciare questo sacrificio è previsto però il diritto di recesso del socio dissenziente, applicandosi la disciplina delle società di persone e le speciali regole eventualmente dettate dall'atto costitutivo, per quanto riguarda le modalità e gli effetti del recesso. Per le società di capitali, la fusione deve essere deliberata secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto e, dunque, per le società azionarie, con una delibera dell'assemblea straordinaria: i soci di minoranza sono così destinati a subire la profonda modifica organizzativa della società. Soltanto nella disciplina delle s.r.l. la fusione e la scissione sono configurate espressamente come cause (inderogabili) di recesso del socio

³⁰ F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, cit., p. 449.

(art. 2473, comma 1); nelle s.p.a., invece, tale diritto può sorgere — ma indirettamente — dalle modificazioni statutarie connesse alla fusione (ad es., mutamento dell'oggetto sociale, trasformazione, revoca dello stato di liquidazione etc.)³¹.

La deliberazione di fusione di società di capitali e di società cooperative, costituendo una modificazione statutaria, deve essere sottoposta al controllo notarile di legalità, ai sensi dell'art. 2436; non così, invece, la decisione di fusione delle società personali, a meno che la società risultante dalla fusione(-trasformazione) non sia una società di capitali ovvero una società cooperativa (art. 2502-*bis*).

Successivamente, la deliberazione di fusione deve essere depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove ha sede ciascuna delle società partecipanti alla fusione, insieme con i documenti di cui all'art. 2501-*septies*. Entro i sessanta giorni successivi all'espletamento di tale formalità, i creditori delle società partecipanti, il cui credito è sorto anteriormente all'iscrizione del progetto di fusione nel registro delle imprese ex art. 2501-*ter*, comma 3, possono esercitare il diritto di « opposizione », promuovendo un giudizio nei confronti della società. La fusione non può essere attuata, quindi, prima del decorso di detto termine, salvo che constino il consenso dei creditori « anteriori » o il pagamento di quelli dissenzienti o il deposito delle relative somme presso una banca.

Per quanto riguarda la natura giuridica della fusione bisogna ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza avutasi negli ultimi anni. In assenza di una definizione normativa³², il riferimento contenuto nella precedente formulazione dell'art. 2504 c.c. (comma 4) alla locuzione “società estinte”, unitamente alla novità e all'iniziale rarità applicativa del fenomeno, ha assunto il ruolo di traghettare l'istituto della fusione verso la qualificazione giuridica di vicenda avente natura tipicamente estintivo-successoria, comportando, di fatto,

³¹ Se l'operazione, deliberata da una società con azioni quotate sui mercati regolamentati, comporta l'assegnazione di azioni non quotate, gli azionisti dissenzienti hanno diritto di recesso, ai sensi dell'art. 2437-*quinquies*.

³² Già C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, p. 16, sottolineava che l'assenza di una definizione normativa della fusione, nel codice di commercio del 1882 (art. 193) e nel codice civile del 1942 (art. 2501), era da ricollegarsi all'esigenza di evitare che una sua identificazione astratta potesse “non verificarsi in concreto per talune ipotesi di fusione” (nota 3). Più recentemente, tale profilo è stato evidenziato, tra gli altri, da A. SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., 17, III, Torino, 1995, p. 336 e da F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, Milano, 2000, p. 315.

la successione di una nuova società o della società incorporante alle società che si fondono o a quella (o quelle) incorporate che, conseguentemente, si estinguono³³. Questa tesi è stata confermata di recente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁴. La Corte di Cassazione, infatti, seguendo l'orientamento recentemente adottato anche in materia di scissione, ha confermato la natura estintivo-traslativa della fusione (come già sostenuto prima della riforma), ritornando a considerare la fusione come un'operazione estintiva con effetti assimilabili a quelli di una successione universale

Prima della pronuncia *de quo* le stesse Sezioni Unite, prendendo posizione sul punto, statuivano che - alla luce del nuovo art. 2505-bis, c. 1, c.c., in base al quale la società incorporante assume i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione - la fusione tra società non determina l'estinzione della società incorporata (nell'ipotesi di fusione per incorporazione), né crea un nuovo soggetto di diritto (nell'ipotesi di fusione paritaria). Secondo tale ricostruzione, quindi, la fusione rappresenta una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo³⁵.

³³ Pongono l'accetto sul profilo estintivo della società incorporata, in caso di fusione per incorporazione, ovvero di tutte le società fuse, in caso di fusione propria, cui conseguirebbe necessariamente la successione, rispettivamente, della società incorporante o della nuova società risultante dalla fusione in tutti i rapporti giuridici già facenti capo alle società estinte, B. VISENTINI, *La fusione tra società*, Roma, 1942, p. 37; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, p. 521; G.G. PETTARIN, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, 1992, p. 73 ss.; in giur. Cass. 22 marzo 2010, n. 6845, in *Red. giust. civ. mass.*, 2010, 3; Cass. civ., sez. I, 16 febbraio 2007, n. 3695, in *giust. civ.*, 2008, 10, 2261; Cass. civ., sez. I, 19 ottobre 2006, n. 22489, in *giust. civ. mass.*, 2006, 11.

³⁴ Cass. S.U. 30 luglio 2021, n. 21970 con nota di MAGLIULO, *Clamoroso revirement della Cassazione sulla natura giuridica della fusione*, in *Le società*, 2021, 5, 513 ss.: «la fusione per incorporazione estingue la società incorporata, la quale non può dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore, avendo facoltà della società incorporante di spiegare intervento in corso di causa, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., nel rispetto delle regole che lo disciplinano». Nel commento alla sentenza l'autore, tuttavia, afferma che «...non sembra che la sentenza in commento possa indurre a modificare la prassi notarile consolidata in materia di redazione degli atti di fusione. In altri termini sussistono...solidi argomenti per continuare a redigere siffatti atti, senza l'osservanza delle menzionate formalità, anche ponendosi nell'alveo interpretativo da ultimo adottato dalla Suprema Corte». Cfr. altresì CAGNASSO, *Le Sezioni unite sugli effetti della fusione: un ritorno al passato?*, in *Le Società*, 2021, 11, 1204.

³⁵ Cass. S.U. ordinanza 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Rivista del Notariato*, 2006, 1136, con nota di SCALABRINI-TRIMARCHI e con nota di MACRÌ-PELLIZZERI, in *Vita Notarile*, 2006, 1, 125: «Ai sensi del nuovo art. 2505 bis cod. civ., conseguente alla riforma del diritto societario (d.lg. n. 6 del 2003), la fusione tra società non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa

3. La categoria delle operazioni straordinarie nell'ordinamento tributario

La fiscalità delle operazioni straordinarie rappresenta un ambito complesso per diverse ragioni. Innanzitutto, vi è un'incertezza riguardo al suo ambito, poiché manca una definizione normativa specifica. Inoltre, questa area comprende una vasta gamma di istituti, ognuno dei quali può influenzare il patrimonio dell'impresa, la sua struttura o la composizione societaria in modi diversi. Il legislatore fiscale, talvolta seguendo le normative comunitarie, non sempre applica lo stesso trattamento fiscale, anche all'interno dello stesso tributo, a queste diverse situazioni.

La complessità della fiscalità delle operazioni straordinarie è ulteriormente accentuata dalla diversità dei soggetti coinvolti, che possono essere enti, società, persone fisiche, residenti fiscali in Italia o all'estero. Questi soggetti possono essere soggetti a differenti standard contabili, come i principi contabili nazionali o gli IAS/IFRS. Questa diversità nei criteri contabili può influenzare il trattamento fiscale delle operazioni straordinarie, con possibili variazioni teoriche, ad esempio, nella fiscalità legata al bilancio d'esercizio o al bilancio separato secondo gli IAS/IFRS.

Nel considerare la fiscalità delle operazioni straordinarie, è importante anche prendere in considerazione il fatto che alcune normative fiscali rilevanti sono derivanti dalle direttive comunitarie. Queste normative disciplinano fenomeni impositivi con natura e strutture diverse, come ad esempio la disciplina dell'IVA per le operazioni straordinarie, che deriva dalla direttiva 2006/112/CE, o l'imposta di registro per le operazioni societarie, attuata attraverso la direttiva n. 335/1969/CEE. Questi microsistemi normativi presentano logiche e

dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo. deve pertanto escludersi che la fusione per incorporazione determini l'interruzione del processo ai sensi dell'art. 300 cod. proc. civ.».

ragionamenti distinti, il che rende difficile, se non impossibile, trovare un'unica linea guida che leghi tutte le diverse operazioni straordinarie e le riconduca ad un sistema coerente.

La categoria delle operazioni straordinarie è generalmente considerata di delimitazione incerta³⁶, ma l'ordinamento tributario conferma la sua esistenza e fornisce indicazioni per definirne il perimetro.

Il Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) dedica specificamente i capitoli III e IV del Titolo III, denominati rispettivamente "Operazioni straordinarie" e "Operazioni straordinarie fra soggetti residenti in Stati membri diversi dell'Unione europea", a questo tipo di operazioni. In sintesi, queste operazioni comprendono, da un lato, trasformazioni societarie, fusioni, scissioni, conferimenti di compendi aziendali e di partecipazioni di controllo o collegamento, nonché lo scambio di partecipazioni di controllo tramite permuta o conferimento (articoli 170-177 TUIR). Dall'altro lato, coinvolgono fusioni tra società di capitali residenti in diversi Stati membri dell'UE, scissioni tra società di capitali residenti in Stati membri diversi che coinvolgono la circolazione di compendi aziendali, conferimenti di compendi aziendali, e le fusioni, scissioni e conferimenti transfrontalieri tra società di capitali non residenti in Italia ma con stabile organizzazione nel Paese, oltre allo scambio di partecipazioni di controllo tramite permuta o conferimento che coinvolge società di capitali residenti in diversi Stati membri (articolo 178 TUIR).

Esattamente, il legislatore stesso classifica queste operazioni come straordinarie, come si può evincere dalla denominazione dei capitoli III e IV del Titolo III del TUIR che trattano delle "Operazioni straordinarie". Al contrario, la liquidazione volontaria e le procedure concorsuali sono escluse da questa categoria e trattate separatamente nel capo V dello stesso Titolo, probabilmente a causa della loro natura specializzata e del fatto che rappresentano stati straordinari o fasi particolari nella vita dell'impresa, piuttosto che vere e proprie

³⁶ Cfr. G. ZIZZO, *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, XI ed., Padova, 2015, p. 642, secondo cui "L'area delle operazioni societarie straordinarie non ha confini nitidi"; conf., tra gli altri, A. FANTOZZI, R. LUPI, *Le società per azioni nella disciplina tributaria*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1993, vol. 9**, p. 153.

operazioni straordinarie³⁷. Tuttavia, è importante notare che il concetto stesso di "operazione" nell'ambito dell'ordinamento tributario non è definito in modo esplicito, a parte nel settore dell'IVA.

In sintesi, l'ordinamento tributario conferma che la categoria delle operazioni straordinarie include una serie di eventi che causano una modifica significativa nella struttura dell'impresa, come il tipo di società utilizzato per condurre l'attività, la composizione del patrimonio o la residenza fiscale del soggetto passivo.

3.1 L'imposizione sui redditi nelle operazioni di riorganizzazione aziendale: dalla riforma Visco del 1997 (d.lgs. n. 358 del 1997) alla riforma Tremonti del 2003 (d.lgs. n. 344 del 2003)

Prima dell'entrata in vigore del nuovo TUIR, il trattamento tributario delle operazioni straordinarie societarie c.d. domestiche era contenuto negli articoli 9, 54, 66 e da 122 a 126 del vecchio TUIR e nel decreto legislativo n. 358 del 1997, mentre quello delle operazioni straordinarie intracomunitarie era contenuto nel decreto legislativo n. 544 del 1992, attuativo della direttiva comunitaria n. 90/434/CEE.

L'articolo 9 del vecchio TUIR fissava due principi generali: il primo previsto dal comma 2, Il periodo, ai sensi del quale “in caso di conferimenti in società o in altri enti si considera corrispettivo conseguito il valore normale delle azioni e dei titoli ricevuti se negoziati in mercati italiani o esteri” e il secondo nel comma 5, ai sensi del quale “ai fini delle imposte

³⁷ Cfr. G. ZIZZO, op. e loc. cit., p. 643; diversamente, secondo R. LUPI, *La “straordinarietà” come denominatore comune di istituti giuridici e comportamenti economici tipologicamente differenziati*, in R. LUPI, D. STEVANATO (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, pp. 1-2, “La liquidazione può essere ascritta alla categoria delle operazioni straordinarie sia per quanto riguarda l'unicità che caratterizza la fase di cessazione dell'impresa, sia per quanto riguarda la procedura giuridica prevista in tale occasione”.

sui redditi le disposizioni relative alle cessioni a titolo oneroso valgono anche..per i conferimenti in società”.

Per quanto riguarda le operazioni di riorganizzazione aziendale transfrontaliere, il principio ispiratore unico era quello della neutralità fiscale. Il trattamento impositivo previsto dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, che attua la direttiva del Consiglio 90/434/CEE sul regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo e ad altri scambi di azioni riguardanti società di Stati membri diversi, era guidato dal chiaro obiettivo di non interferire nelle decisioni imprenditoriali legate ai processi di riorganizzazione aziendale transfrontaliera. Questo approccio mirava a non ostacolare l'integrazione europea e a garantire l'effettivo esercizio della libertà di stabilimento.

È in questo scenario che intervenne la legge delega n. 662 del 1996, anzi citata, con l'obiettivo doppio di regolare in modo più chiaro i regimi fiscali relativi ai disavanzi da annullamento e ai conferimenti, e di razionalizzare l'intera materia fiscale per incentivare i processi di riorganizzazione delle attività produttive. E così Il legislatore delegato, mediante il d. lgs. dell' 8 ottobre 1997, n. 358, ha messo in atto i principi e i criteri direttivi stabiliti dalla legge delega. Tal decreto ha riordinato in modo organico e sistematico la disciplina delle operazioni definite come "domestiche", che includono la cessione e il conferimento di aziende, nonché la cessione di partecipazioni societarie di controllo e di collegamento, oltre alle operazioni di fusione, scissione e scambio di partecipazioni.

Al fine di risolvere l'annoso problema riguardante il riconoscimento fiscale dei disavanzi da annullamento e da concambio – vietato dall'articolo 27 della legge n. 724 del 1994 – l'articolo 6, commi 1 e 2 del D.Lgs. n. 358 del 1997 aveva previsto due forme di affrancamento dei suddetti disavanzi: c.d. affrancamento a pagamento, consistente nella facoltà accordata al contribuente di attribuire riconoscimento fiscale – mediante il pagamento dell'imposta sostitutiva del 19% – ai maggiori valori iscritti in bilancio per effetto della imputazione dei disavanzi da annullamento o da concambio derivanti da operazioni di fusione o scissione di società; c.d. affrancamento gratuito, consistente nell'automatico riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti in bilancio per effetto dell'imputazione del

disavanzo da annullamento delle azioni o quote fino a concorrenza dell'importo complessivo netto: a) delle plusvalenze, diminuite delle eventuali minusvalenze, rilevanti ai fini dell'applicazione dell'imposta sostitutiva, ai sensi dell'art. 2 del D.L. 28 gennaio 1991, n. 27, convertito, con modificazioni, dalla L. 25 marzo 1991, n. 102, nonché ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. n. 461 del 1997 o che sono state assoggettate ad imposta sostitutiva prevista per le cessioni di aziende e di partecipazioni di controllo e di collegamento; b) dei maggiori e dei minori valori, rispetto ai relativi valori di acquisizione, derivanti dalla cessione delle azioni o quote, che hanno concorso a formare il reddito di un'impresa residente; c) delle svalutazioni nonché delle rivalutazioni delle azioni o quote che hanno concorso a formare il reddito di un'impresa residente o che per disposizione di legge non concorrono a formarlo, nemmeno in caso di successivo realizzo³⁸.

Nel contesto delle operazioni di fusione (e di scissione), si è continuato ad utilizzare lo schema classico di pianificazione fiscale. Questo schema prevede inizialmente la cessione o il conferimento all'interno del gruppo di partecipazioni da parte del socio, che può beneficiare del regime della partecipazione esente o di un regime agevolato sulle plusvalenze. Successivamente, si procede con l'incorporazione della società partecipata e l'utilizzo del disavanzo da annullamento o da con cambio per rivalutare i beni dell'incorporata, con riconoscimento fiscale. Tuttavia, era possibile evitare l'imposta sul reddito delle persone giuridiche (IRPEG) e l'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) sui futuri redditi d'impresa della società incorporante mediante l'assolvimento dell'imposta sostitutiva del 19%. L'obiettivo principale di questo approccio è stato quello di ottenere un risparmio d'imposta sul reddito d'impresa e beneficiare delle agevolazioni fiscali offerte dalle normative allora vigenti.

L'approccio descritto è stato applicato anche quando la società residente-socio aveva delle perdite fiscali. In tal caso, la successiva incorporazione della società partecipata consentiva l'utilizzo del disavanzo da annullamento per rivalutare gratuitamente, con riconoscimento fiscale, i beni dell'incorporata. Ciò comportava un risparmio d'imposta sull'imposta sul

³⁸ M. ANDRIOLA, *Le riorganizzazioni aziendali dalla riforma Visco alla riforma Tremonti. Il loro impatto sulla pianificazione fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2005, p. 117 ss.

reddito delle persone giuridiche (IRPEG) e sull'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) sui futuri redditi d'impresa della società incorporante. Questo schema permetteva di sfruttare le perdite fiscali accumulate dalla società residente-socio per ottenere vantaggi fiscali sulla base delle normative vigenti.

Nelle situazioni in cui risultava vantaggioso, è stato conveniente per le società assolvere immediatamente l'imposta sostitutiva sulle plusvalenze o sui maggiori valori emersi dalle operazioni di riorganizzazione aziendale. In questo contesto, il funzionamento dell'Imposta sul Reddito delle Persone Giuridiche (IRPEG) permetteva al socio di "recuperare" anche l'imposta sostitutiva anticipata temporaneamente dalla società partecipata.

L'IRPEG rappresentava un'imposta "precaria"³⁹, poiché, pur colpendo il reddito d'impresa al momento della sua generazione, era attribuibile come credito d'imposta completo e/o limitato ai soci che ricevevano il medesimo reddito d'impresa al momento della sua distribuzione sotto forma di dividendi. Ciò significa che l'imposta pagata temporaneamente dalla società partecipata poteva essere considerata un credito d'imposta per i soci al momento della distribuzione dei dividendi, contribuendo a mitigare l'impatto fiscale complessivo per gli azionisti.

In seguito all'abrogazione della maggiorazione di conguaglio prevista dal decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 467, l'operare congiunto dei cosiddetti "baskets A e B", regolati dagli articoli 105 e seguenti del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), ha consentito di mitigare la doppia imposizione economica sugli stessi redditi d'impresa, prima a carico della società che li ha generati e poi a carico del socio che li ha percepiti. In merito all'imposta sostitutiva applicabile alle operazioni di riorganizzazione aziendale, il secondo comma dell'articolo 105 del TUIR stabiliva che concorressero a formare l'ammontare del cosiddetto "basket A" le imposte versate a titolo di imposta sostitutiva. Inoltre, secondo il successivo quarto comma, l'ammontare del cosiddetto "basket B" comprendeva l'imposta calcolata in proporzione all'IRPEG vigente, relativa ai proventi che, in base a leggi speciali, non concorrevano alla formazione del reddito della società o dell'ente e per i quali era

³⁹ R. LUPI, *Partecipazioni sociali e dividendi nel reddito d'impresa*, in Crovato-Lupi, *Il reddito d'impresa. Concetti strutturali, collegamenti sistematici e approfondimenti operativi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2002, pp. 346 ss.

consentito includere tale imposta tra quelle del suddetto comma. In pratica, ciò significava lo scarto tra il 19% e il 37% (o 36%) dell'IRPEG ordinaria. Tuttavia, a causa dell'ampio ricorso all'indebitamento da parte dei gruppi societari, dell'operare delle norme sovvenzionali in materia di rettifiche di valore e di accantonamenti effettuati solo in applicazione delle disposizioni fiscali, e dell'utilizzo delle classiche tecniche di pianificazione fiscale basate sul "dirottamento" dei redditi d'impresa con operazioni di transfer pricing, di transfer pricing interno e con soggetti residenti nei cosiddetti paradisi fiscali, si verificava spesso che l'imposta sostitutiva temporaneamente assolta dalla società fosse richiesta a rimborso (o ceduta ad altre società del gruppo o utilizzata in compensazione con altri tributi) dal socio al momento della distribuzione dei dividendi, fenomeno noto come "monetizzazione del basket A"⁴⁰.

3.1.1 (Segue) alla riforma Tremonti del 2003 (d.lgs. n. 344 del 2003)

Nella prospettiva più ampia del passaggio dall'Imposta sul Reddito delle Persone Giuridiche (IRPEG) all'Imposta sul Reddito delle Società (IRES), l'articolo 4, primo comma, lettera m) della legge-delega 7 aprile 2003, n. 80, relativa alla riforma del sistema fiscale

⁴⁰ Così infatti, il Capo del Dipartimento per le politiche fiscali del Ministero dell'economia e delle finanze, A. Manzitti, Imposta sulle società: una rotta da mantenere, in *Il Sole 24 Ore*, 24 ottobre 2003, 23, sostiene che: «il riconoscimento di un credito d'imposta rimborsabile sui dividendi distribuiti costituisce un importante incentivo alla realizzazione di strutture societarie demoltiplicate, le cosiddette "scatole cinesi". Quando si possono trasformare interessi passivi e svalutazioni in crediti d'imposta rimborsabili, la convenienza all'utilizzo della leva finanziaria diventa irresistibile. Oltre a essere inopportuno dal punto di vista della stabilità finanziaria e della trasparenza delle strutture societarie, questo effetto comporta che la capacità di credito sia utilizzata spesso più a sostegno della struttura proprietaria che per finanziare lo sviluppo dell'impresa».

statale, ha stabilito i seguenti principi e criteri direttivi per le operazioni straordinarie societarie:

A) Abolizione dell'imposta sostitutiva prevista dal decreto legislativo 8 ottobre 1997, n. 358 e le successive modifiche.

B) Abolizione della possibilità, contemplata dal medesimo decreto legislativo n. 358 del 1997, di ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti a seguito dell'imputazione dei disavanzi da annullamento e da concambio derivanti da operazioni di fusione e scissione.

C) Mantenimento e razionalizzazione dei regimi di neutralità fiscale e di determinazione del reddito imponibile già previsti dal decreto legislativo n. 358 del 1997 e dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, al fine di renderli coerenti con le logiche della disciplina introdotta dalla riforma.

In sostanza, questi principi e criteri hanno delineato un quadro normativo in cui si è puntato a semplificare e rendere più coerente la normativa fiscale relativa alle operazioni straordinarie societarie, nel contesto del passaggio dall'IRPEG all'IRES. Ciò ha comportato l'abolizione di alcune disposizioni precedentemente in vigore e l'adeguamento dei regimi fiscali esistenti per renderli conformi alla nuova disciplina introdotta dalla riforma fiscale.

La relazione governativa al disegno di legge "Delega per la riforma del sistema fiscale statale", presentata il 28 dicembre 2001, fornisce tre diverse spiegazioni sulla ragione alla base del cambiamento di rotta in materia di imposizione sui redditi delle operazioni straordinarie societarie.

In primo luogo, si è considerato questo cambiamento come una logica conseguenza dell'introduzione della *participation exemption* e della riduzione dell'entità del prelievo fiscale sul reddito ordinario. La nuova politica fiscale mirava a promuovere la partecipazione societaria e a ridurre il carico fiscale sulle imprese⁴¹.

In secondo luogo, si è voluto porre fine agli arbitraggi fiscali precedentemente consentiti dall'assolvimento dell'imposta sostitutiva, anche in relazione al riconoscimento fiscale dei

⁴¹ M. ANDRIOLA, *Il trattamento tributario delle operazioni straordinarie societarie e il loro nuovo "ruolo servente" al tax planning*, in *L'impatto dell'IRES sulla pianificazione fiscale delle imprese*, Ipsoa, 2006, p. 346.

disavanzi da annullamento o da concambio derivanti dalle operazioni di fusione e di scissione. Questo cambiamento è stato motivato dalla necessità di evitare strategie di pianificazione fiscale che sfruttavano le disposizioni precedenti per ottenere vantaggi fiscali.

Infine, si è ritenuto opportuno mantenere il regime impositivo e la neutralità fiscale per i trasferimenti di aziende. Questo significa che, nonostante i cambiamenti nelle disposizioni fiscali, si è cercato di preservare un quadro normativo che agevolasse i trasferimenti aziendali senza penalizzare eccessivamente le imprese coinvolte⁴².

L'articolo 1 del d.lgs. n. 344 del 2003 ha dato attuazione ai suddetti principi e criteri direttivi, apportando rilevanti modifiche al trattamento tributario delle operazioni straordinarie societarie.

Per quanto riguarda, in particolare, le fusioni e le scissioni, venuta meno la possibilità di effettuare gli affrancamenti gratuiti e a pagamento, la fondamentale modifica apportata ai previgenti articoli 123 e 123-bis del TUIR consiste nella loro riconduzione nell'alveo di operazioni in ogni caso fiscalmente neutrali.

Le altre innovazioni apportate alle fusioni e alle scissioni rispondono alla logica di risolvere alcuni problemi applicativi emersi in vigenza degli articoli 123 e 123-bis del TUIR:

– l'esplicitazione per le fusioni del principio già codificato per le scissioni secondo cui "il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società incorporata

⁴² Così infatti, la relazione governativa alla legge *de quo*: «L'abrogazione dell'imposta sostitutiva di cui al predetto decreto legislativo [n. 358 del 1997] è, per cominciare, soltanto una logica conseguenza dell'introduzione dell'esenzione per le plusvalenze su partecipazioni societarie realizzate da società di capitali o della parziale inclusione delle stesse nel reddito imponibile di imprenditori individuali e società di persone. Per quanto riguarda le imprese, infatti, l'abrogazione dell'imposta del 19 per cento consegue alla riduzione dell'entità del prelievo sul reddito ordinario; riduzione che rende meno giustificabile l'esistenza di un prelievo sostitutivo. Non solo. L'abrogazione dell'imposta sostitutiva risponde anche all'esigenza di non perpetuare il meccanismo vigente, per cui il valore attuale dell'imposta sostitutiva, prelevata con l'aliquota del 19 per cento, risulta in linea di massima significativamente inferiore al valore attuale del risparmio d'imposta, derivante dai corrispondenti ammortamenti deducibili dal reddito ordinario, colpito dall'aliquota del 40,25 per cento. L'introduzione della "*participation-exemption*" e l'abolizione dell'imposta sostitutiva escludono la possibilità di convertire in valori fiscalmente riconosciuti il disavanzo da annullamento e da concambio nelle operazioni di fusione e di scissione.

Salve le modifiche necessarie per il loro coordinamento con il sistema di prelievo introdotto dalla presente riforma, verranno invece mantenuti i regimi di neutralità fiscale e di determinazione dell'imponibile, previsti sia dal d.lgs. 358 del 1997, che dal d.lgs. n. 544 del 1992».

o fusa⁴³, fatta salva l'applicazione, in caso di conguaglio, dell'articolo 47, comma 7 e, ricorrendone le condizioni, degli articoli 58 e 87”;

– l'espressa formulazione della regola da seguire per la ricostituzione delle riserve in sospensione d'imposta tassabili in caso di mancata ricostituzione in bilancio, consistente nel prioritario utilizzo dell'eventuale avanzo da fusione o da scissione;

– l'espressa formulazione della regola da seguire per la ricostituzione delle riserve di utili o di capitale delle società fuse o scisse, consistente nell'utilizzo proporzionale della parte di avanzo da annullamento o da concambio eccedente l'ammontare delle riserve in sospensione d'imposta già ricostituite⁴⁴;

– la sostituzione dei ricavi di cui all'articolo 2425-bis, parte prima, n. 1, del codice civile con i ricavi e proventi dell'attività caratteristica, che risolve positivamente i dubbi applicativi sorti nel riporto delle perdite per le società holding, i cui proventi caratteristici sono ricompresi tra i proventi finanziari;

– la chiarificazione normativa del “subentro” negli obblighi nelle operazioni di fusione.

Per quanto riguarda le operazioni straordinarie transfrontaliere, la relazione di accompagnamento alla bozza di TUIR sottolinea che “il capo IV, negli artt. da 180 a 183, recepisce, senza particolari modifiche, la disciplina delle operazioni di fusione, scissione, conferimenti d'attivo e scambi di azioni poste in essere fra soggetti residenti in Stati membri diversi dell'Unione europea, attualmente contenuta nel D.lgs. n. 544 del dicembre 1992,

⁴³ L'articolo 12, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 247 del 2005 ha sostituito le precedenti parole “per i soci della società risultante dalla fusione o incorporante” con “per i soci della società incorporata o fusa”, a causa di un mero errore dell'originaria formulazione.

⁴⁴ L'articolo 12, comma 1, lettera b) del d.lgs. n. 247 del 2005 ha sostituito – con decorrenza dal 1° gennaio 2005 – il precedente comma 6 dell'articolo 172 con il seguente: “All'aumento di capitale, all'avanzo da annullamento o da concambio che eccedono la ricostituzione e l'attribuzione delle riserve di cui al comma 5 si applica il regime fiscale del capitale e delle riserve della società incorporata o fusa, diverse da quelle già attribuite o ricostituite ai sensi del comma 5 che hanno proporzionalmente concorso alla sua formazione. Si considerano non concorrenti alla formazione dell'avanzo da annullamento il capitale e le riserve di capitale fino a concorrenza del valore della partecipazione annullata”. Le parole sottolineate sono state aggiunte rispetto alla originaria formulazione della norma.

emanato in attuazione degli articoli 1 e 34, comma 1, della legge 19 febbraio 1992, n. 142, recanti delega al Governo per l'attuazione della direttiva 90/434/CEE"⁴⁵.

3.2 La legge delega del 9 agosto 2023 n. 111: le modifiche alla disciplina fiscale delle operazioni di natura straordinaria

La proposta di legge delega del 9 agosto 2023 n. 111⁴⁶ si concentra su diversi obiettivi, tra cui la razionalizzazione e l'armonizzazione dei regimi fiscali e contabili, la modifica delle regole per il riporto delle perdite nelle operazioni straordinarie e la standardizzazione delle norme per i conferimenti d'azienda e gli scambi di partecipazioni mediante conferimento.

I principi e i criteri direttivi delineati nel disegno di legge delega servono da guida per il Governo nell'operazione di revisione della fiscalità delle operazioni straordinarie. Questi criteri non mirano a stravolgere l'attuale sistema, che è consolidato e basato sui principi di neutralità e continuità dei valori fiscali riconosciuti nelle operazioni di riorganizzazione aziendale. Piuttosto, l'obiettivo è quello di apportare correzioni necessarie per rendere il sistema più razionale e correggere eventuali distorsioni evidenziate dalla dottrina e dagli operatori nel corso degli ultimi anni.

Il primo intervento prevede la razionalizzazione e semplificazione dei regimi di riallineamento dei valori fiscali a quelli contabili al fine di uniformarne il trattamento fiscale, anche in caso di mutamento dell'assetto contabile. La norma prevede inoltre la limitazione

⁴⁵ Va, tuttavia, segnalato che l'articolo 12, comma 5 del d.lgs. n. 247 del 2005 ha sostituito il previgente secondo periodo del comma 4 dell'articolo 179, con il seguente: "Gli eventuali conguagli concorrono a formare il reddito dei soci della società incorporata o fusa o dei soci della società scissa, fatta salva l'applicazione dell'articolo 47, comma 7, e, ricorrendone le condizioni, degli articoli 58 e 87, e dei percipienti nelle operazioni di scambio di partecipazioni mediante permuta o conferimento ferma rimanendo, ricorrendone le condizioni, l'esenzione totale di cui all'articolo 87 e quella parziale di cui agli articoli 58 e 68, comma 3". La parte sottolineata nel testo rappresenta la modifica rispetto alla previgente formulazione della disposizione normativa. In merito a tale modifica normativa, la relazione di accompagnamento al citato decreto legislativo precisa che: "La modifica introdotta al comma 4 dell'art. 179 del Tuir intende assegnare la medesima disciplina prevista per i conguagli in caso di fusioni, scissioni e scambi domestici anche in seno alle medesime operazioni effettuate tra società di Stati membri diversi".

⁴⁶ Approvato dal Consiglio dei Ministri n. 25 del 16 marzo 2023.

dei possibili arbitraggi tra realizzi non imponibili e assunzioni di (maggiori) valori fiscalmente riconosciuti⁴⁷.

La necessità di riallineare i valori fiscali con quelli contabili è una conseguenza diretta del principio generale di neutralità e continuità dei valori fiscali che caratterizza la fiscalità delle operazioni straordinarie, come fusioni, scissioni e conferimenti d'azienda. In base a questo principio, il soggetto che trasferisce gli asset non registra plusvalenze imponibili o minusvalenze deducibili, e il soggetto che li riceve eredita la stessa posizione fiscale del trasferente, mantenendo gli stessi valori fiscali degli asset acquisiti.

Tuttavia, il principio di continuità fiscale non impedisce l'emergere di plusvalenze o minusvalenze contabili, il che significa che gli asset aziendali (compreso l'avviamento) possono essere iscritti nel bilancio del nuovo proprietario a valori di mercato.

La neutralità fiscale implica che, se vengono iscritti valori più alti per gli asset o per l'avviamento nel bilancio, questi maggiori (o minori) valori non vengano riconosciuti fiscalmente rispetto ai valori fiscali precedentemente stabiliti prima dell'operazione. Di conseguenza, il regime di neutralità può creare una discrepanza tra i valori contabili e quelli fiscali, con una divergenza tra i due sistemi di valutazione.

Proprio con la finalità di riassorbire i disallineamenti che vengono a generarsi a seguito di operazioni straordinarie, il legislatore ha previsto dei regimi opzionali che consentono alla società conferitaria, incorporante o beneficiaria di una scissione di riconoscere fiscalmente - ovvero riallineare - i maggiori valori iscritti in bilancio in esito all'operazione, eliminando o riducendo il disallineamento con i valori civilistici⁴⁸.

⁴⁷ G. ALBANO, *Razionalizzazione della fiscalità delle operazioni straordinarie*, in *Il fisco*, n. 15, 17 aprile 2023, p. 1413.

⁴⁸ G. ALBANO, *Razionalizzazione della fiscalità delle operazioni straordinarie*, cit., p. 1415.

4. In particolare sul trattamento fiscale delle operazioni di acquisizione

La nozione di "azienda" nel diritto tributario non è disciplinata autonomamente, ma è derivata dalle norme civilistiche. Pertanto, è opportuno, prima di trattare la cessione d'azienda nel diritto tributario, fornire una definizione civilistica dell'argomento. Ai sensi dell'art. 2555 del cod. civ. «l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa». Per comprendere la norma è necessario affiancarla alla definizione di imprenditore contenuta nell'art. 2082 c.c.: «è imprenditore colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi». La particolarissima unitarietà funzionale all'esercizio dell'attività economica impressa al coacervo di beni dall'imprenditore⁴⁹, mediante un'attività di coordinamento, attribuisce all'azienda una forte rilevanza giuridica e la rende meritevole in diverse sedi, come individualità oggettiva⁵⁰, di una tutela espressa da parte del legislatore. Pertanto, i due concetti di impresa e azienda, si pongono in un rapporto di mezzo a fine⁵¹, costituendo l'azienda l'apparato strumentale materiale⁵² (locali, attrezzature, materie prime, ecc.) che l'imprenditore utilizza al fine dello svolgimento dell'attività di impresa⁵³. L'attività dell'imprenditore di coordinamento ed organizzazione dei fattori della produzione (capitale, fisso e circolante, e lavoro) nelle dimensioni e nelle proporzioni più idonee ed efficaci per il miglior risultato economico produttivo⁵⁴, è ciò che imprime il soffio vitale al mero complesso di beni isolati rendendolo funzionalmente unitario e perciò azienda.

La "cosa" azienda non ha una consistenza fisica propria che ne permetta l'identificazione attraverso i sensi, ma può essere identificata soltanto quale oggetto di fatti e rapporti da essa

⁴⁹ Carattere precipuo dell'azienda è l'organizzazione dei beni finalizzata all'esercizio dell'impresa, intesa come opera unificatrice dell'imprenditore funzionale ad un rapporto di complementarietà strumentale tra beni destinati alla produzione (in tal senso Cass., 25.1.2002, n. 897). Sull'argomento v. Cass., 8.9.2005, n. 17927; Cass., 22.12.2004, n. 23804; Cass., 13.12.1996, n. 11149; Cass., 9.8.1991, n. 8678.

⁵⁰ Cass., S.U., 1.10.1993, n. 9802, in Massime, 1993. In dottrina cfr. P. FERRO LUZZI, *L'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, p. 31; C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Bari, 2002, p. 20.

⁵¹ Cfr. G.B. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1951, p. 21; GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore, Le società*, Bologna, 2008, p. 41.

⁵² BONFANTE, COTTINO, *L'imprenditore*, in *Tratt. Cottino*, I, Padova, 2001, p. 608.

⁵³ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2003, p. 135.

⁵⁴ F. DI SABATO, *Cessione di azienda e cessione di pacchetti di riferimento: appunti per una riflessione sulla prassi contrattuale*, in *Sillogie in onore di Giorgio Oppo, Il contratto*, II, Padova, 1992, p. 634.

scaturenti. Insomma l'etichetta azienda può coinvolgere «diversi fenomeni giuridici: i beni organizzati, le energie, i rapporti costituiti a questo scopo, l'avviamento, la clientela, i servizi, i prodotti, le materie prime, le persone, ecc.».

Il problema è perciò stabilire quali caratteristiche deve avere l'insieme di questi elementi eterogenei per essere individuabile come azienda nell'ambito della concreta vicenda circolatoria. Sicuramente non occorre che il trasferimento riguardi l'azienda originaria nella sua totalità, ossia quale si configurava presso l'alienante⁵⁵, visto che il legislatore non esige che l'acquirente sia posto in grado di esercitare la medesima impresa dell'alienante, ma che oggetto dell'atto dispositivo sia un complesso di beni organizzato, funzionalmente idoneo all'esercizio dell'attività economica. Il trasferimento potrà riguardare infatti anche un ramo d'azienda⁸¹, ossia una frazione del complesso aziendale dell'alienante destinata originariamente all'esercizio di un settore della sua attività, che, integrando autonomamente un idoneo, autonomo e compiuto strumento d'impresa dotato di attitudine alla destinazione imprenditoriale, va trattato, nella dinamica giuridica della circolazione, sostanzialmente come un'azienda⁵⁶. Il complesso oggetto della circolazione potrà essere sicuramente costituito da beni materiali, quali ad esempio il denaro, i beni mobili, gli immobili, i macchinari, le merci, le energie; da beni immateriali quali la ditta, l'insegna, i marchi, i brevetti, le invenzioni, i segreti produttivi; e dal lavoro dei collaboratori, dipendenti ed autonomi. Per quanto riguarda gli altri rapporti giuridici, esistono due orientamenti diversi, uno restrittivo secondo cui non fanno parte dell'azienda crediti, debiti e contratti, ed una estensiva preferita dalla giurisprudenza⁵⁷.

Per quanto riguarda la cessione d'azienda nel diritto tributario: la soggezione all'imposta dell'atto di cessione di azienda trova fondamento nell'articolo 2, comma terzo, lett. b) del D.P.R. n. 633/1972, che esclude dall'IVA "le cessioni e i conferimenti in società o altri enti, compresi i consorzi e le associazioni o altre organizzazioni, che hanno per oggetto aziende o rami di azienda". In conformità al principio di alternatività stabilito dall'articolo 40, D.P.R.

⁵⁵ G.F. CAMPOBASSO., *Diritto Commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, cit., p. 151.

⁵⁶ T. Brescia, 14.6.1996, in *Foro padano*, 1997, I, p. 111; cfr. T.A.R. Lombardia Milano, 24.3.2011, n. 786; Cass., 26.1.2012, n. 1085; T. Cassino, 1.2.2012, in *Dir. e prat. lav.*, 2013, p. 11.

⁵⁷ Cass., 21.11.1968, n. 3780, in *Foro it.*, 1969, I, 1243; Cass., 23.7.1983, n. 5112, in *Rep. Foro it.*, 1983, *Azienda*, 282, n. 3.

n. 131/1986, l'atto, non soggetto all'imposta sul valore aggiunto, è quindi soggetto all'imposta di registro.

La cessione di azienda, come già evidenziato, è esclusa dal campo di applicazione dell'IVA e soggetta all'imposta di registro in misura proporzionale, includendo nell'imponibile anche l'avviamento.

Al contrario, le singole cessioni di beni aziendali possono essere soggette all'IVA e, in questo caso, il cessionario può detrarre l'IVA sugli acquisti effettuati, beneficiando della peculiare neutralità del tributo.

Per quanto riguarda l'imposta di registro, può capitare che nello stesso atto siano inclusi beni e diritti per i quali operano aliquote differenti. In questo caso, trova applicazione la regola contenuta nell'articolo 23 del D.P.R. n. 131/1986.

Sono differenti i presupposti per l'applicazione della regola posta nell'articolo 21 e quella posta nell'articolo 23 del D.P.R. n. 131/1986: i) l'articolo 21 riguarda gli atti che contengono più "disposizioni" (*rectius* negozi giuridici); ii) l'articolo 23 riguarda il negozio giuridico che ha ad oggetto beni soggetti ad aliquote diverse.

Con riferimento al negozio di cessione di azienda, dal momento che si tratta di un compendio formato di diversi beni, trova applicazione la regola indicata nell'articolo 23 del D.P.R. n. 131/1986. Secondo tale regola, se un determinato negozio giuridico ha ad oggetto beni soggetti ad aliquote diverse, a norma dell'articolo 23, D.P.R. n. 131/1986:

- In assenza dell'indicazione dei singoli corrispettivi pattuiti per i diversi beni, l'atto è soggetto all'aliquota più elevata prevista per i diversi beni oggetto di contratto;
- Nel caso in cui l'atto individui i singoli corrispettivi pattuiti in relazione ai diversi beni, si applicano le diverse aliquote operanti per i diversi beni.

Nel caso di cessione di azienda, soggetta all'imposta di registro proporzionale, le parti devono indicare distintamente nell'atto i corrispettivi pattuiti per ciascuna tipologia di bene⁵⁸. La cessione d'azienda si verifica quando le parti non intendono trasferire una semplice somma di beni, ma un complesso unitariamente considerato, dotato di una potenzialità produttiva tale da far emergere l'attitudine all'esercizio di impresa. Questo è il caso in cui i

⁵⁸ Cass. 30 maggio 2000, n. 7196.

beni strumentali ceduti siano atti, nel loro complesso e nella loro interdipendenza, all'esercizio di un'impresa (anche se non si richiede che tale esercizio sia attuale, essendo sufficiente l'attitudine potenziale all'utilizzo per un'attività d'impresa, né che la cessione comprenda anche le relazioni finanziarie, commerciali e personali)⁵⁹.

Le aliquote applicabili ai corrispettivi per l'azienda ceduta (o al valore dei beni, se inferiore) dipendono dalla natura dei beni e dei rapporti oggetto di trasferimento. Nel caso in cui il contratto di cessione d'azienda indichi i singoli beni trasferiti precisandone il corrispettivo (e quindi i corrispettivi siano distintamente evidenziati in atto), l'imposta di registro si applica su ogni bene con le aliquote ad esso corrispondenti e, pertanto, occorre considerare: Per i beni mobili e il denaro: 3% (a norma degli articoli 2 e 9 della Tariffa, Parte I, allegata al D.P.R. n. 131/1986). Tale aliquota riguarda i corrispettivi dovuti per le seguenti attività: Denaro; Crediti (salvo la precisazione che segue); Magazzino; Impianti, macchinari e altre immobilizzazioni materiali; Marchi, brevetti ed altre immobilizzazioni immateriali.

L'aliquota del 3% deve, altresì, essere applicata alla quota parte del corrispettivo non correlata a beni dell'attivo (valore di avviamento).

Con riferimento alla tassazione dei crediti compresi nell'azienda ceduta e trasferiti al soggetto cessionario, la Tariffa, Parte I, allegata al Testo unico, contiene due disposizioni che potrebbero essere in contrasto: L'articolo 6, che prevede l'aliquota dello 0,50% per le cessioni di crediti; L'articolo 9, che contempla l'aliquota del 3% per gli "atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale".

Secondo una diversa lettura della disposizione, invece, l'art. 6 sarebbe applicabile ai soli crediti ceduti con atto separato⁶⁰. La Corte di Cassazione sembra suffragare la tesi secondo cui al valore dei crediti ceduti sia applicabile l'aliquota del 3% prevista dall'articolo 9 della Tariffa, Parte I, allegata al D.P.R. n. 131/1986, non ravvisando in ciò una violazione dei

⁵⁹ Cass. 10 ottobre 2008, n. 24913.

⁶⁰ Per l'inquadramento generale dalla fattispecie della cessione dei crediti ai fini dell'imposta di registro si veda la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 278 del 4 luglio 2008.

principi costituzionali per il fatto che l'imposta dovuta in relazione a tali attività sia sei volte superiore a quella prevista nel caso di cessione separata⁶¹.

Per i beni immobili: 9% o 15% (ai sensi dell'articolo 1 della Tariffa, Parte I, allegata al D.P.R. n. 131/1986). L'aliquota del 9% è quella generale e si applica agli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni immobili in genere e atti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento, compresi la rinuncia pura e semplice agli stessi, i provvedimenti di espropriazione per pubblica utilità e i trasferimenti coattivi.

L'aliquota del 15% si applica ai trasferimenti aventi per oggetto terreni agricoli e relative pertinenze a favore di soggetti diversi dai coltivatori diretti e dagli imprenditori agricoli professionali, iscritti nella relativa gestione previdenziale ed assistenziale. (A queste aliquote si affiancano quella del 2% per il caso in cui il contribuente richieda le agevolazioni prima casa e quella dell'1,5% in ipotesi di leasing abitativo, le quali tuttavia presuppongono che l'acquirente o l'utilizzatore siano persone fisiche). L'imposta non può essere inferiore a mille euro: articolo 10, comma secondo, d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23.

Cui si aggiungono i beni mobili iscritti nei pubblici registri: l'indicazione distinta dei corrispettivi appare di rilievo anche qualora nell'azienda siano presenti tali beni. Si tratta di beni esclusi da imposta (articolo 11-bis, Tabella allegata al D.P.R. n. 131/1986) ma con riferimento ai quali, ove i valori non siano indicati distintamente, essi sconterebbero le aliquote proporzionali. Occorre osservare che l'indicazione distinta riguarda anche le passività riferite ai beni mobili registrati, che non possono essere scomutate. L'esclusione da imposta riguarda i soli veicoli iscritti al PRA, ovvero i veicoli utilizzati quali beni strumentali, e non quelli "merce". Ai fini dell'applicazione delle predette aliquote, precisa

⁶¹ Secondo la sentenza del 30 maggio 2000, n. 7196, infatti, "l'evenienza di un più consistente prelievo fiscale sulla cessione di crediti, quando siano inglobati nell'alienazione d'azienda, non è in effetti riscontrabile, in presenza di una contrattazione unitaria del complesso aziendale, il cui valore (...) non esprime pro quota il valore di quei crediti, ma si collega al peso economico dell'insieme". Cfr. E. SMANIOTTO, *Operazione di cessione d'azienda. Profilo fiscale della cessione d'azienda*, in *One Fiscale*.

l'articolo 23, comma quarto, D.P.R. n. 131/1986, occorre imputare le passività aziendali ai diversi beni in proporzione al loro rispettivo valore.

La medesima regola non opera in relazione all'applicazione delle imposte ipo-catastali alla componente immobiliare dell'azienda ceduta.

Durante il processo di controllo, gli uffici hanno il potere di supervisionare e verificare, incluso quanto riguarda le imposte di registro, ipotecaria e catastale (articolo 32 e 33 D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600). Possono effettuare accessi, verifiche e ispezioni nei luoghi in cui viene svolta un'attività commerciale, agricola, artistica o professionale (articolo 32, comma primo, n. 1, D.P.R. n. 600/1973). Prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 223/2006, l'articolo 51, comma quarto, D.P.R. n. 131/1986 permetteva tali verifiche solo per le cessioni di aziende e di diritti reali su di esse. Con l'introduzione dell'articolo 35, comma ventiquattro, D.L. n. 223/2006, l'articolo 53-bis, D.P.R. n. 131/1986 ha permesso che "le attribuzioni e i poteri di cui agli artt. 31 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 29.9.1973, n. 600 e successive modificazioni, possono essere esercitati anche ai fini dell'imposta di registro, nonché delle imposte ipotecaria e catastale previste dal testo unico di cui al decreto legislativo 31.10.1990, n. 347". A partire dal 4 luglio 2006, i funzionari dell'Amministrazione finanziaria, muniti, ove necessario, di apposita autorizzazione, possono eseguire accessi, ispezioni e verifiche: per accertare il valore delle cessioni di aziende ed immobili; per verificare i requisiti necessari per usufruire di agevolazioni fiscali; per controllare il rispetto degli obblighi formali e sostanziali previsti in materia di imposta di registro.

Va detto, per completezza sul tema, che uno dei mezzi giuridici attraverso i quali si può pervenire, sia pur indirettamente, al trasferimento aziendale è quello della cessione delle partecipazioni societarie di controllo. Attraverso una tale cessione si ottiene il mutamento della titolarità della proprietà dell'impresa e conseguentemente (almeno in termini

economici) del patrimonio aziendale. È questa una prassi contrattuale affidata a «schemi di diritto comune, che non sono stati concepiti in funzione della specialità della materia»⁶².

Secondo tali schemi di diritto comune, la cessione di partecipazioni totalitarie o di riferimento, è stata affidata ad un contratto, redatto secondo la tecnica del ricorso alle così dette clausole di garanzia o garanzie contrattuali/pattizie.

Nella prassi aziendalistica, la cessione di partecipazioni societarie, è comunemente considerata uno degli strumenti giuridici – con altri, quali il diretto trasferimento, l'affitto, il conferimento, la fusione e la scissione – per attuare una «combinazione d'impresa» e cioè l'assunzione del controllo di una impresa, o di tutte o parte delle sue attività e conseguentemente dell'oggetto e strumento di quelle attività, l'azienda. Tra queste, è considerata quella che presenta il minor grado di flessibilità. Le operazioni di combinazione, usualmente sono distinte tra quelle che implicano la partecipazione al capitale di rischio di imprese già operanti, o costituite per l'occasione, – c.d. *equity* – e quelle che non implicano la partecipazione al capitale di rischio – *non equity* –, come ad esempio la stipulazione di accordi per la limitazione dell'azione dei competitori – cartelli –. Il controllo è realizzato, mediante l'acquisizione almeno di una quota della partecipazione atta a garantire al possessore, portatore del diritto di voto, la maggioranza sufficiente ad assumere le deliberazioni dell'assemblea in sede ordinaria.

In sintesi, la scelta della cessione di partecipazioni societarie è influenzata da:

- il minor costo di acquisizione del controllo;
- la facile via d'uscita economica;
- l'alto grado di autonomia manageriale attraverso il mantenimento della struttura societaria;
- la convenienza fiscale dell'operazione.

Ai fini delle imposte sui redditi, il trattamento fiscale delle plusvalenze (e minusvalenze) derivanti dalla cessione di partecipazioni può risultare differente in funzione della tipologia

⁶² F. DI SABATO, *Cessione di azienda e cessione di pacchetti di riferimento: appunti per una riflessione sulla prassi contrattuale*, cit., p. 641.

di possesso (partecipazione detenuta in regime d'impresa o meno) e della natura (qualificata o meno) riferibile alla partecipazione stessa.

In linea generale, ai fini delle imposte sui redditi, le partecipazioni in: a) società di capitali ed enti commerciali residenti nel territorio dello Stato; b) società in nome collettivo e in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato; c) società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, concorrono a formare il reddito d'impresa se possedute da: soggetti IRES che ricadono nella disciplina prevista dall'art. 73 TUIR; soggetti IRPEF che detengono le partecipazioni in regime di impresa ai sensi dell'art. 56, comma 1, TUIR.

In particolare, le partecipazioni possedute da società di capitali possono essere raggruppate nelle seguenti tre categorie: a) partecipazioni iscritte nell'attivo circolante; b) partecipazioni iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie che non hanno i requisiti per poter beneficiare della *participation exemption* ai sensi dell'art. 87 TUIR; c) partecipazioni iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie e in possesso dei requisiti per poter beneficiare della *participation exemption* ai sensi dell'art. 87 TUIR.

Il trattamento civilistico di iscrizione della partecipazione in bilancio rappresenta un elemento essenziale anche ai fini dell'individuazione del trattamento fiscale applicabile in occasione della cessione della stessa. In tal senso, infatti,⁶³ le plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni che sono state iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie negli ultimi tre bilanci (diverse da quelle previste dall'art. 87 del TUIR) concorrono a formare il reddito interamente nell'esercizio ovvero in quote costanti nell'esercizio stesso e nei successivi ma non oltre il quarto; se le partecipazioni (iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie) sono state acquisite in modo frazionato in più anni, per presunzione assoluta devono considerarsi cedute per prime quelle acquisite in data più recente (metodo LIFO); (viceversa) se le partecipazioni acquisite per ultime non sono ancora state iscritte per tre

⁶³ Si ricorda che, ai sensi dell'art. 86, comma 4, del TUIR: "le plusvalenze realizzate, diverse da quelle di cui al successivo art. 87, determinate a norma del comma 2, concorrono a formare il reddito, per l'intero ammontare nell'esercizio in cui sono state realizzate ovvero, se beni sono stati posseduti per un periodo non inferiore a tre anni ... in quote costanti nell'esercizio stesso e nei successivi, ma non oltre il quarto (...). Per i beni che costituiscono immobilizzazioni finanziarie, diverse da quelle di cui al successivo art. 87, le disposizioni dei periodi precedenti si applicano per quelli iscritti come tali negli ultimi tre bilanci; si considerano ceduti per primi i beni acquisiti in data più recente".

esercizi in bilancio tra le “immobilizzazioni finanziarie”, viene meno la possibilità di rateizzare la plusvalenza. Si ricorda che per le azioni che vengono acquisite a seguito all’esercizio del diritto di opzione, ai fini del calcolo del triennio è necessario fare riferimento alla data di acquisto delle azioni cui il diritto di opzione si riferisce⁶⁴.

⁶⁴Così: Circolare Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E.

CAPITOLO II: I PROFILI TRIBUTARI DEL TRANSFER PRICING NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE

1. Che cosa si intende per “prezzi di trasferimento”

Con l'espressione “prezzi di trasferimento” si intende fare riferimento, nella prassi, ai prezzi ai quali vengono compravenduti beni o servizi tra due parti correlate, ovvero appartenenti al medesimo soggetto economico. In altri termini, con l'espressione *transfer pricing* si identifica quel processo volto alla determinazione del prezzo “congruo” con riferimento ad operazioni intercorse all'interno di un gruppo transnazionale (c.d. operazioni *cross-border*) composto da un'impresa italiana, da un lato, e da una società non residente nel territorio dello Stato che direttamente o indirettamente controlla l'impresa italiana, ne sia controllata o sia controllata dalla stessa società che controlla l'impresa italiana, dall'altro lato. In senso più ampio rientrano nell'ambito applicativo della disciplina dei prezzi di trasferimento anche situazioni in cui non è immediata l'identificazione di un'operazione posta in essere tra due soggetti correlati, ovvero la compravendita di un bene o di un servizio. Ci si riferisce, ad esempio, alla rinuncia a compiere una determinata operazione con terzi indipendenti per permettere ad altra società del gruppo di compierla, alla sottoscrizione o alla risoluzione di un contratto con terzi indipendenti nell'ambito di una strategia di gruppo. Rientrano, pertanto, nella disciplina dei prezzi di trasferimento tutti i comportamenti che una parte pone in essere con altre parti del medesimo soggetto economico o con terzi indipendenti ma in conseguenza della sua appartenenza al soggetto economico.

La disciplina sui prezzi di trasferimento, cd. *transfer pricing*, costituisce, notoriamente, un fondamentale tassello per la garanzia della sovranità tributaria degli Stati e della libera concorrenza, poiché destinata a contrastare eventuali alterazioni, rispetto al cd. *arm's length*⁶⁵, dei corrispettivi pattuiti fra soggetti formalmente autonomi, ma sostanzialmente

⁶⁵ Cioè rispetto al prezzo che sarebbe stato concordato da imprese indipendenti in circostanze simili. Semplificando, il meccanismo applicativo del *transfer pricing* è quello di una *fictio iuris*, poiché, ai soli fini fiscali, si rettifica quanto pattuito tra le parti con un corrispettivo (fittizio) coincidente col cd. prezzo di libera concorrenza. Cfr. G. DE PETRIS, *La “metamorfosi” del transfer pricing nel prisma della libertà di stabilimento:*

riconducibili a un unico vertice decisionale⁶⁶. Tali scostamenti avvengono tipicamente a livello transazionale, per ovvie ragioni di *tax planning*, ed è per questo che la relativa disciplina ha da sempre costituito un punto di focale attenzione in ambito sia internazionale.

Per comprendere il fenomeno del transfer pricing occorre tener conto del fatto che ciascuna impresa di un gruppo multinazionale è sottoposta alle aliquote di imposta della propria giurisdizione fiscale di residenza. Per tale ragione, appare chiaro che produrre 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 operazioni infragruppo, infatti, si prestano allo spostamento (a volte illecito) di reddito tra un Paese ed un altro attraverso l'applicazione di corrispettivi più elevati o più bassi di quelli che sarebbero fissati tra imprese indipendenti e, generalmente, lo spostamento del reddito avviene verso Paesi a bassa fiscalità, al fine, ovviamente, di usufruire di un minor carico fiscale. Può, tuttavia, anche accadere il contrario, allorquando l'impresa residente in un Paese ad alta fiscalità possieda crediti di imposta derivanti da perdite pregresse. In tal caso il trasferimento di redditi consente a questa impresa di compensare le proprie perdite derivanti dal maggior reddito ottenuto. È di tutta evidenza, quindi, il rischio di erosione della base imponibile.

La regolamentazione degli scambi internazionali sottende, quale condizione necessaria a dirimerne la complessa fenomenologia, l'analisi delle dinamiche partecipate della trasformazione dello scenario in cui detti scambi hanno corso. Tra queste, in particolare, il crescente livello di integrazione economica e finanziaria tra soggetti residenti in Paesi diversi contribuisce ad uniformare le diverse economie nazionali, generando un contesto economico in cui i fenomeni risultano globalmente interconnessi e i rapporti si sviluppano secondo logiche di reciprocità e interdipendenza.

La concomitanza dei suddetti fenomeni ha generato un clima di sfida a livello politico, dal momento che lungo queste direttrici si muovono le opportunità di sviluppo economico. La globalizzazione ha portato inoltre ad una competizione tra i diversi Stati che utilizzano la

fra depotenziamento dell'arm's lenght e attuali criticità dell'ordinamento italiano, Giurisprudenza e attualità in materia tributaria, in *Riv. dei Dottori Commercialisti*, 4/2020, p. 643.

⁶⁶ Su tale istituto, v. G. ESCALAR, *Rettifiche dei prezzi di trasferimento, contrasto dell'abuso ed esimente delle valide ragioni commerciali*, in *Corr. Trib.*, 2020, 10, p. 861; U. CANNAVALE, F. LOFFREDO, F. NALDI, *Arm'slength range: luce in fondo al tunnel?*, in *Fisc. e Comm. Int.*, 2020, 5, p. 13.

leva fiscale, al fine di attrarre nel proprio territorio investimenti esteri e/o mantenere gli investimenti locali. Secondo l'OCSE, le differenze ed i gaps tra i diversi regimi fiscali nazionali sono sempre più frequentemente sfruttate dalle imprese multinazionali con lo scopo di ridurre l'imposizione sul reddito. Il fenomeno è strettamente legato al fatto che gli ordinamenti giuridici sono in concorrenza tra loro e risulta agevole, per i contribuenti, "scegliere" il diritto più conveniente.

La concorrenza, come pluralità di ordinamenti a disposizione di ciascun contribuente nella sua accezione letterale, sarebbe preclusa se agli operatori economici, che agiscono sul mercato globale, venissero imposte le medesime regole normative, le *best practices* e gli stessi principi giuridici. La concorrenza fiscale è strettamente connessa all'integrazione economica di differenti giurisdizioni tributarie, per effetto della mobilità dei fattori produttivi e dei flussi reddituali assoggettati ad imposizione. Le politiche fiscali sono generalmente sviluppate, a livello di ciascuno Stato, principalmente con l'obiettivo di rispondere ad esigenze interne di tipo economico e sociale. Modalità e livello di imposizione tributaria tengono conto, inoltre, delle finalità allocative, di stabilizzazione e di redistribuzione proprie di ciascun Paese.

La regolamentazione degli scambi internazionali sottende, quale preconditione necessaria a dirimerne la complessa fenomenologia, l'analisi delle dinamiche partecipate della trasformazione dello scenario in cui tali scambi avvengono.

Tra queste, in particolare, il crescente livello di integrazione economica, finanziaria e commerciale tra soggetti residenti in Paesi differenti ha contribuito ad uniformare le diverse economie nazionali, generando una sorta di contesto economico mondiale, in cui i fenomeni risultano interconnessi e i rapporti si sviluppano secondo logiche di reciprocità e interdipendenza.

Come indicato nel Rapporto OCSE del 1995, le operazioni transnazionali e la loro imponibilità, assumono rilievo tra le problematiche con le quali i gruppi di imprese si confrontano quotidianamente, anche nell'ottica di una corretta pianificazione tributaria internazionale. Un fenomeno significativo è rappresentato dall'insieme di politiche aziendali dirette, dal punto di vista meramente tributario, alla razionalizzazione della distribuzione del

reddito imponibile prodotto dalle imprese appartenenti ad un gruppo multinazionale, allo scopo di minimizzare il carico fiscale complessivo. Uno degli strumenti di tali politiche aziendali è rappresentato proprio dal *transfer pricing*.

Una corretta definizione delle politiche di transfer pricing presuppone un'attenta e approfondita comprensione preventiva dell'assetto organizzativo delle imprese con attività internazionale, caratterizzate da una molteplicità di società-Paese indipendenti giuridicamente, ma gestite o coordinate da un unico soggetto economico. L'accentramento di interessi in un unico soggetto spesso comporta che, accanto ad una unitaria direzione di business, assuma rilievo una politica fiscale ad hoc, disegnata a livello globale e a prescindere dagli interessi delle singole società-Paese. Ciò induce a considerare il transfer pricing alla stregua di una tecnica di ottimizzazione dell'iniziativa imprenditoriale, e non un semplice procedimento di tax planning.

La definizione di corrette (e difendibili) politiche di *transfer pricing* risulta, pertanto, di primario interesse per il *management*, e deve comportare un'interazione tra elementi di *business* ed elementi fiscali, in modo da garantire un allineamento della compliance (amministrativa e tributaria) alle variabili strategiche dell'impresa⁶⁷. Occorre, in primo

⁶⁷ «È assai frequente affrontare il tema dei prezzi di trasferimento solo ed esclusivamente da un punto di vista fiscale mentre, per averne una visione completa, l'aspetto economico e aziendale dovrebbe essere la base da cui partire. Ciò non dovrebbe far pensare che la variabile fiscale dei prezzi di trasferimento sia di secondaria importanza, anzi, è certamente la più importante: è conseguenza delle altre». P. VALENTE, *Manuale del transfer pricing*, Ipsoa, 2021, p. 13.

luogo, evidenziare le due principali funzioni che le politiche di transfer pricing devono svolgere.

Esse devono permettere agli amministratori e/o managers:

1. di prendere le decisioni economicamente più convenienti in relazione alla quantità di prodotti/servizi da vendere o acquistare;
2. di valutare in modo corretto le *performances* delle varie unità aziendali e dei rispettivi managers (con relative retribuzioni).

È chiaro, infatti, che i prezzi di trasferimento rappresentano uno strumento tecnico-amministrativo che consente la ripartizione dei risultati tra diverse unità appartenenti alla stessa azienda (transazioni intra-divisionali) o gruppo (transazioni intra-societarie).

Il problema nasce dal fatto che la determinazione economico-aziendalistica dei prezzi di trasferimento è frutto di valutazioni che dipendono da vari fattori non misurabili oggettivamente (ad es., andamento del mercato, metodi di valutazione adottati, ecc.) e che, come tali, sono soggette, talvolta a scelte discrezionali, ancorché legittime.

Nell'ambito delle imprese multinazionali, la variabile dei prezzi di trasferimento interagisce con altre variabili, fiscali e non, quali la redditività del gruppo a livello consolidato, la valutazione delle performances dei managers e la comunicazione aziendale interna. È necessario, dunque, attuare strategie di gestione dei prezzi di trasferimento idonee a rispondere a tutte le esigenze economico-aziendali appena citate.

Ne consegue che il *transfer pricing* assume ruolo di centrale interesse nell'assunzione ed attuazione delle decisioni strategiche d'impresa, non per la surrettizia riduzione del carico impositivo del gruppo a livello consolidato. Qualora invece la politica e le scelte in tema di transfer pricing non tenessero conto della visione unitaria di gruppo nonché delle sottese logiche di business, limitandosi alla mera ricerca del risparmio di imposta, potrebbero manifestarsi situazioni quali: *i*) la diminuzione del grado di concorrenza del mercato (dovuta ad es. all'artificioso ribasso dei costi dell'impresa consociata); *ii*) la distribuzione della liquidità all'interno del gruppo (poiché, con l'applicazione di prezzi di trasferimento più o

meno elevati ad una consociata, possono essere allocate o drenate liquidità tra le diverse società-Paese).

Invero, “Transfer pricing is not an exact science”⁶⁸. «... Dispute between taxpayers and their tax administrations and between different tax administrations...may arise even though the guidance in these Guidelines is followed in a conscientious effort to apply the arm’s length principle. It is possible that taxpayers and tax administrations may reach different determinations of the arm’s length conditions for the controlled transactions under examination given the complexity of some transfer pricing issues and the difficulties in interpreting and evaluating the circumstances of individual cases»⁶⁹. Queste due citazioni, tratte dalle “*Transfer Pricing Guidelines for Multinationals Enterprises and Tax Administrations*”, sintetizzano molto efficacemente la complessità e l’incertezza che caratterizzano la determinazione del prezzo di libera concorrenza di un’operazione *intercompany*. Questa complessità si manifesta sia nella fase di impostazione della *policy* dei prezzi di trasferimento da parte dei gruppi di imprese sia nella fase di verifica della stessa da parte delle Amministrazioni finanziarie interessate dall’operazione.

Sarebbe auspicabile che di questa complessità ed incertezza si tenesse conto nella fase della valutazione del merito della *policy* sui prezzi di trasferimento⁷⁰.

1.1 Excursus sull’evoluzione della materia dei prezzi di trasferimento: la normativa sovranazionale

⁶⁸ OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, OCSE, 2022, paragrafo 1.13 e 3.55. Come vedremo meglio nei paragrafi che seguono, le Guidelines recepiscono le modifiche apportate dalle actions del progetto BEPS, principalmente la numero 8-10 e la numero 13 e i documenti di approfondimento successivamente pubblicati. Le Guidelines 2022 sono state pubblicate in data 20 gennaio 2022.

⁶⁹ OCSE, *Guidelines*, op. cit., paragrafo 4.1.

⁷⁰ Cfr. P. BESIO, *Transfer pricing*, in AA.VV., *Manuale di fiscalità internazionale*, Ipsoa, 2022, p. 1292.

"Il concetto di prezzi di trasferimento ha una lunga storia, parallela all'esistenza delle multinazionali stesse. Tuttavia, solo negli ultimi decenni si è registrata un'attenzione sempre più marcata da parte dei legislatori e delle autorità fiscali a livello internazionale.

Questo maggiore interesse è stato alimentato da diversi fattori. Da un lato, il progresso tecnologico ha agevolato la circolazione di persone, beni e servizi, mentre, dall'altro, la modernizzazione dei sistemi fiscali ha portato a una maggiore interconnessione tra di essi e una competizione fiscale tra gli Stati. L'OCSE ha giocato un ruolo chiave nel cercare di armonizzare le legislazioni nazionali per contrastare pratiche fiscali aggressive e l'evasione fiscale attraverso la cosiddetta doppia non imposizione⁷¹.

Questa situazione ha spesso spinto le multinazionali, con il consenso di alcuni Stati e autorità fiscali, a strutturare le proprie attività non tanto sulla base delle esigenze aziendali reali, ma piuttosto per ridurre al minimo gli oneri fiscali. Ciò ha portato alla creazione di strutture aziendali fittizie, prive di una reale attività operativa, che adottavano politiche di prezzi di trasferimento non supportate da una reale comparabilità.

La risposta a questi fenomeni è stata una maggiore produzione normativa e lo sviluppo di metodologie più sofisticate da parte della teoria e della pratica. Ciò ha portato anche a un aumento dei controlli e dei conflitti legali.

Inizialmente, l'attenzione maggiore è stata rivolta agli organismi sovranazionali e agli Stati più avanzati, ma successivamente anche gli altri Stati e le economie emergenti hanno

⁷¹ «Because many BEPS strategies take advantage of the interface between the tax rules of different countries, it may be difficult for any single country, acting alone, to fully address the issue. Furthermore, unilateral and uncoordinated actions by governments responding in isolation could result in the risk of double – and possibly multiple – taxation for business. This would have a negative impact on investment, and thus on growth and employment globally. In this context, the major challenge is not only to identify appropriate responses, but also the mechanisms to implement them in a streamlined manner...». OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD, 2013.

«When designing their domestic tax rules, sovereign states may not sufficiently take into account the effect of other countries' rules. The interaction of independent sets of rules enforced by sovereign countries creates frictions, including potential double taxation for corporations operating in several countries. It also creates gaps, in cases where corporate income is not taxed at all, either by the country of source or the country of residence, or is only taxed at nominal rates». OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Parigi, 2013.

iniziato a seguire questa direzione, spinti anche dalla pressione degli organismi internazionali.

È importante notare che, sebbene vi siano linee guida a livello OCSE, Unione Europea e nazionale, nella pratica quotidiana è necessario analizzare le normative e le pratiche vigenti in tutti gli Stati in cui operano le multinazionali.

Un altro aspetto sempre più rilevante riguarda il rapporto tra prezzi di trasferimento e valutazioni doganali. In questo contesto, negli ultimi anni OCSE e OMC hanno lavorato per armonizzare le normative e le pratiche, un obiettivo certamente lodevole.

A livello internazionale, l'OCSE emerge come il principale protagonista impegnato in un costante sforzo per rendere la complessa materia dei prezzi di trasferimento più accessibile e per sviluppare metodologie di analisi e valutazione condivise. Nel 1995, l'OCSE ha pubblicato un rapporto che rappresenta un significativo passo avanti rispetto ai precedenti del 1979 e del 1983⁷², mirando a fornire indicazioni utili sia alle autorità fiscali sia alle multinazionali per la corretta gestione e documentazione dei prezzi di trasferimento. Per garantire che queste linee guida non diventassero obsolete nel tempo, l'OCSE si è impegnata a mantenerle aggiornate attraverso un processo continuo di monitoraggio, revisione e integrazione. Inoltre, l'organizzazione si impegna attivamente a verificare che gli approcci normativi e pratici degli Stati siano in linea con queste linee guida e a esplorare argomenti complessi. Questo impegno ha portato l'OCSE a introdurre modifiche e integrazioni significative al testo originale, con particolare attenzione negli ultimi anni.

In termini di procedura, di solito l'OCSE propone un argomento e chiede contributi al mondo accademico e imprenditoriale tramite inviti a commentare. I commenti raccolti vengono poi resi pubblici sul sito web dell'OCSE per la consultazione generale. Successivamente, dopo aver elaborato le risposte e aver incontrato alcuni dei principali rappresentanti di queste categorie, l'OCSE pubblica i "*discussion draft*", che vengono nuovamente soggetti a commenti. Anche in questa fase, i commenti sono resi pubblici sul sito web. Una volta completata questa seconda fase di consultazione, di solito l'OCSE

⁷² Rispettivamente "*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*" (1979) e "*Transfer Pricing and Multinational Enterprises. Three taxation issues*" (1983).

finalizza il lavoro attraverso la pubblicazione di documenti indipendenti o attraverso modifiche o integrazioni delle *Guide-lines*⁷³.

Per quanto riguarda le modifiche più significative delle linee guida negli ultimi anni, è importante ricordare quelle apportate ai Capitoli I ("*The arm's length principle*"), II ("*Transfer pricing methods*") e III ("*Comparability Analysis*") nel 2010, che hanno comportato una significativa modifica all'approccio e alla gerarchia dei metodi, così come quelle al Capitolo IV ("*Administrative approaches to avoiding and resolving transfer pricing disputes*") introdotte nel 2008.

Più recentemente, come già anticipato, le Guidelines sono state sostanzialmente modificate per recepire quanto deciso nell'ambito del progetto BEPS, con particolare riferimento ai Capitoli I, II, V, VI, VII e VIII. Per quanto riguarda le integrazioni più significative si ricordi l'allegato 4, "*Guidelines for conducting advance pricing arrangements under the mutual agreement procedure*" nel 1999 ed il Capitolo IX, "*Transfer pricing aspects of business restructuring*" nel 2010⁷⁴.

Nel 2010, l'OCSE ha avviato un nuovo progetto denominato "*Transfer Pricing Aspects of Intangibles*", in risposta alle problematiche emerse nello studio della ristrutturazione aziendale e dell'identificazione degli intangibili come uno dei problemi più delicati e significativi. Questo progetto è stato concepito per apportare modifiche sostanziali al

⁷³ Questo modello di acquisizione del consenso richiede, generalmente, diversi anni per il completamento delle attività. Per quanto riguarda il progetto BEPS, il completamento del progetto ha richiesto poco più di 2 anni. Il progetto BEPS, acronimo di *Base Erosion and Profit Shifting*, è stato lanciato, su impulso del G20, nel mese di febbraio 2013, OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, Parigi, 2013 ed integrato con il relativo action plan OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parigi, 2013, approvato nel mese di settembre dello stesso anno. A distanza di poco più di 2 anni dall'avvio del progetto, il G20 di ottobre (ministri delle finanze) e di novembre (capi di Stato) 2015 hanno approvato il BEPS Package pubblicato dall'OCSE nel corso del mese di ottobre. Si tratta rispettivamente del G20 di Lima (Perù) dell'8 ottobre e del G20 di Antalya (Turchia) del 15-16 novembre. Due anni sono tempi estremamente rapidi, considerati il modello di acquisizione del consenso normalmente utilizzato dall'OCSE e la complessità del progetto che incide sulla fiscalità internazionale come mai successo nell'ultimo secolo. I tempi rapidi e l'ampiezza del progetto BEPS sono giustificati dal fatto che il fenomeno dell'elusione fiscale internazionale negli ultimi anni aveva superato i confini della materia tecnica ed era diventato una vera e propria questione etica e sociale. In tempi di profonda crisi una perdita annuale di gettito stimata tra i 100 e i 240 miliardi di dollari non era più tollerabile. Il G20 di Londra, nel corso del 2009, in piena crisi economica ha, quindi, dichiarato apertamente e fermamente la lotta al segreto bancario e all'evasione fiscale, gettando le basi per le attività degli anni successivi.

⁷⁴ Il lavoro dell'OCSE in materia di *business restructuring* inizia con un *roundtable* del gennaio 2005 a cui viene dato seguito con la creazione di un gruppo di lavoro che, nel 2008, elabora il documento "*Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring: discussion draft for public comments*". I commenti vengono presentati e la discussione pubblica tenuta nel corso del 2009; nel 2010 il lavoro viene trasfuso nel nuovo Capitolo IX delle *Guidelines*. Cfr. P. BESIO, *Transfer pricing*, cit., Ipsoa, 2022, p. 1303.

Capitolo VI ("*Special considerations for intangible property*") e parzialmente al Capitolo VIII ("*Cost contribution arrangements*") delle linee guida sui prezzi di trasferimento dell'OCSE. In relazione a questo progetto, l'OCSE ha pubblicato nel 2012 un documento di discussione intitolato "*Revision of the special considerations for intangibles in chapter VI of the OECD transfer pricing guidelines and related provisions*"⁷⁵, seguito da un documento riveduto nel 2013 denominato "*Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*"⁷⁶. Entrambi i documenti sono stati soggetti a commenti e incontri pubblici di confronto al fine di ottenere contributi significativi da parte degli interessati.

Nel corso degli anni, l'OCSE ha svolto un ruolo attivo nel cercare di semplificare gli adempimenti in materia di documentazione dei prezzi di trasferimento e di ridurre le sanzioni. A tal fine, ha elaborato un documento intitolato "*Multi-country analysis of existing transfer pricing simplification measures*", mirato a identificare proposte di modifica dei capitoli IV e V delle linee guida, al fine di semplificare gli obblighi documentali e valutare l'opportunità di introdurre *safe harbours* o di ridurre le sanzioni⁷⁷. Questo documento ha dato origine nel 2012 al *discussion draft "Multi-country analysis of existing transfer pricing simplification measures – update 2012"*, così come alla proposta di revisione della sezione sui *safe harbours* nel capitolo IV delle linee guida dell'OCSE e a bozze di *memorandum d'intesa* per le autorità competenti al fine di stabilire *safe harbours* bilaterali.

Nel corso del 2012, l'OCSE ha inoltre pubblicato il documento "*Draft on timing issue relating to transfer pricing*"⁷⁸. Successivamente, nel 2013, ha reso disponibili il "*White paper on transfer pricing documentation*" e il "*Draft Handbook on Transfer Pricing Risk Assessment*", continuando così il suo impegno nel fornire linee guida e strumenti pratici per affrontare le sfide nell'ambito dei prezzi di trasferimento.

Un aspetto di estrema importanza riguarda l'eliminazione della doppia imposizione derivante dalle rettifiche in materia di prezzi di trasferimento. A tal riguardo, l'OCSE ha pubblicato nel 2007 due documenti significativi: "*Improving resolution of tax treaty*

⁷⁵ OCSE, *Revision of the special considerations for intangibles in chapter VI of the OECD transfer pricing guide- lines and related provisions*, OCSE, 2012.

⁷⁶ OCSE, *Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, OCSE, 2013.

⁷⁷ OCSE, *Multi-Country analysis of existing transfer pricing simplification measures*, OCSE, 10 giugno 2011.

⁷⁸ OCSE, *Draft on timing issue relating to transfer pricing*, OCSE, 2012.

disputes" e "Manual on Effective mutual agreement procedures (MEMAP)". Nel 2008, l'OCSE ha apportato modifiche all'articolo 25 ("Mutual Agreement Procedure") introducendo, al comma 5, la cosiddetta clausola arbitrale, oltre a modificare il commentario relativo a tale articolo, al fine di promuovere una maggiore adozione della procedura.

Il progetto BEPS ha ulteriormente influenzato e integrato le linee guida dell'OCSE nel loro complesso, intervenendo su quasi tutti i capitoli. Tuttavia, è importante notare che le azioni BEPS non costituiscono legge negli Stati membri e di conseguenza non sono immediatamente efficaci. Spesso, le azioni BEPS propongono modifiche alle normative nazionali, ad esempio riguardo alla deducibilità degli interessi, agli strumenti finanziari ibridi, alle *Controlled Foreign Corporation*, al *Country by Country* e ai regimi di fiscalità privilegiata, indicandone termini e condizioni. Possono anche coinvolgere modifiche al Modello OCSE e al relativo commentario, come quelle relative al concetto di beneficiario effettivo, alla definizione di stabile organizzazione e alla risoluzione delle controversie internazionali, nonché modifiche alle convenzioni contro le doppie imposizioni già in vigore.

Per quanto riguarda le modifiche delle legislazioni nazionali, è evidente che sia i contenuti che i tempi dipendono dai singoli Stati, poiché "*Countries are sovereign*". Il limite principale è che la normativa nazionale non entri in contrasto con gli impegni assunti a livello internazionale nell'ambito del progetto BEPS. Questa situazione non favorisce un'omogeneità delle normative e dei tempi di introduzione dei contenuti del BEPS Package, il che può creare difficoltà di applicazione delle norme da parte delle multinazionali.

Per monitorare il processo di adeguamento delle normative e delle prassi nazionali, l'OCSE ha previsto un sistema di monitoraggio. Questo sistema è finalizzato soprattutto a evitare che alcuni Stati possano trarre vantaggio dall'assenza di misure di adeguamento, al fine di rendere il proprio sistema fiscale più competitivo rispetto agli altri. Allo stesso tempo, l'attività di monitoraggio è importante per garantire che le normative nazionali introdotte non adottino interpretazioni eccessivamente restrittive o contrarie ai principi internazionalmente

condivisi. In particolare, queste attività si concentrano sui "*minimum standard*" previsti in quattro *action* del progetto BEPS⁷⁹.

Il 4 giugno 2018 sono state introdotte le nuove linee guida sull'applicazione del metodo del *profit split*, attribuendogli una notevole importanza soprattutto nella determinazione del prezzo di libera concorrenza per le operazioni relative agli *intangibles*⁸⁰, come indicato dalle Guidelines del 2017. Anche l'Agenzia delle Entrate ha confermato questo orientamento con riferimento all'istituto del *patent box*, stabilendo che il metodo del *profit split* è da utilizzare nella maggior parte dei casi per la determinazione del reddito agevolabile, ad eccezione dei casi in cui sia applicabile il *comparable uncontrolled price* (CUP). Le nuove linee guida del 4 giugno 2018 riguardanti gli "*hard to value intangibles*", ovvero i beni difficilmente valutabili al momento dell'operazione, sono state anch'esse trasfuse nella versione più recente delle *Guidelines* del 2022.

Per quanto riguarda la determinazione del prezzo di libera concorrenza nei contratti di finanziamento e nelle operazioni finanziarie in generale, l'OCSE ha pubblicato nel 2020 la "*Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions*"⁸¹, basata su un *discussion draft*⁸² su cui erano stati richiesti commenti. Questo documento è stato anch'esso incluso nella versione più recente delle *Guidelines* del 2022, nel Capitolo X.

Infine, il 18 dicembre 2020, l'OCSE ha pubblicato il documento "*Guidance on Transfer Pricing Implications of the Covid-19 Pandemic*", con l'obiettivo di fornire indicazioni utili

⁷⁹ Per quanto riguarda le modifiche delle legislazioni nazionali, è evidente che sia i contenuti che i tempi dipendono dai singoli Stati, poiché "*Countries are sovereign*". Il limite principale è che la normativa nazionale non entri in contrasto con gli impegni assunti a livello internazionale nell'ambito del progetto BEPS. Questa situazione non favorisce un'omogeneità delle normative e dei tempi di introduzione dei contenuti del BEPS Package, il che può creare difficoltà di applicazione delle norme da parte delle multinazionali. Per monitorare il processo di adeguamento delle normative e delle prassi nazionali, l'OCSE ha previsto un sistema di monitoraggio. Questo sistema è finalizzato soprattutto a evitare che alcuni Stati possano trarre vantaggio dall'assenza di misure di adeguamento, al fine di rendere il proprio sistema fiscale più competitivo rispetto agli altri. Allo stesso tempo, l'attività di monitoraggio è importante per garantire che le normative nazionali introdotte non adottino interpretazioni eccessivamente restrittive o contrarie ai principi internazionalmente condivisi. In particolare, queste attività si concentrano sui "*minimum standard*" previsti in quattro azioni del progetto BEPS.

⁸⁰ OCSE, *Revised guidance on the application of the transactional profit split – BEPS action 10*, OCSE, 2018.

⁸¹ OCSE, *Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions*, Inclusive framework on BEPS: Actions 4, 8-10, OECD, 2020.

⁸² OCSE, *Discussion draft on the transfer pricing aspects of financial transactions*, OCSE, 2018.

sia alle autorità fiscali sia ai contribuenti sulla gestione dei prezzi di trasferimento durante la pandemia da Covid-19.

1.1.1 L'inquadramento dei prezzi di trasferimento nel contesto dei sistemi fiscali statali: il problema della potestà impositiva

La necessità di regolare i prezzi di trasferimento dal punto di vista fiscale è intuitiva. Si è detto, in primo luogo, che la fiscalità dei prezzi di trasferimento non è la causa ma, probabilmente, la conseguenza più importante. In secondo luogo, i legislatori fiscali hanno, in generale, disciplinato la materia quando le parti che pongono in essere l'operazione oggetto di regolamentazione appartengono allo stesso soggetto economico e sono residenti in due Stati differenti.

In ogni operazione internazionale, infatti, la differenza tra il ricavo di vendita a terzi ed il costo di acquisto da terzi, ovvero il margine lordo dell'operazione *intercompany*, viene ripartita tra le due parti appartenenti allo stesso soggetto economico che pongono in essere l'operazione, residenti in due Stati diversi: il maggior o minor prezzo riconosciuto al bene o al servizio compravenduto ha, come immediata conseguenza, rispettivamente, un minor od un maggior reddito imponibile in capo al soggetto acquirente, e specularmente avviene in capo al soggetto venditore.

L'interesse delle Amministrazioni finanziarie è evidente: evitare che la discrezionalità del soggetto economico nella determinazione del prezzo, influenzato anche dalla diversa fiscalità degli Stati interessati nell'operazione, possa alterare il valore economico del contributo delle due parti all'operazione e, conseguentemente, possa causare, ad uno dei due Stati, perdite di gettito.

Si è già accennato che le decisioni delle imprese in merito alla localizzazione dei fattori della produzione sono influenzate dalla variabile fiscale ma non solo. Concentrandosi sulla variabile fiscale si osserva che anche nell'ambito di un processo di armonizzazione, previsto per gli Stati membri dell'Unione Europea, il principio della sussidiarietà, ovvero la sovranità

di ogni singolo Stato nell'esercizio della propria potestà impositiva (sovranità che non può essere né esercitata né limitata arbitrariamente) rimane ancora un aspetto basilare del sistema. Così, infatti, testualmente la Commissione delle Comunità Europee: «È evidente che non occorre un'armonizzazione totale dei regimi tributari degli Stati membri, i quali possono scegliere i regimi fiscali che preferiscono e che ritengono più opportuni, purché rispettino le norme comunitarie... La Commissione sta valutando se non si possa fare di più per eliminare gli ostacoli fiscali diretti al mercato interno, segnatamente per quanto riguarda l'imposizione delle società, nel rispetto della sovranità degli Stati membri. Indubbiamente, un maggior coordinamento dei regimi fiscali in questo settore contribuirebbe a prevenire la doppia imposizione o la non imposizione involontaria, eliminando al tempo stesso i sopraccitati ostacoli fiscali. Pertanto, è necessaria un'analisi più approfondita, che tenga conto da una parte delle distorsioni capaci di pregiudicare il corretto funzionamento del mercato interno e dall'altra parte degli effetti della concorrenza fiscale. Spetta agli Stati membri decidere il livello di imposizione fiscale in tale settore, conformemente al principio di sussidiarietà»⁸³.

Nonostante il documento originario sia datato, sembra che le considerazioni espresse siano ancora rilevanti. Negli ultimi anni, si è assistito all'abuso di normative e pratiche che consentono a alcuni Stati e multinazionali di beneficiare di regimi fiscali privilegiati, a causa del mancato coordinamento delle leggi nazionali. Questo fenomeno ha suscitato una reazione da parte di vari Stati e organizzazioni sovranazionali, con l'adozione di diverse misure, tra cui quelle del progetto BEPS.

Come noto, le azioni del progetto BEPS si concentrano sulla digital economy, sulla coerenza della tassazione internazionale, sul riallineamento tra forma e sostanza, e sulla trasparenza e certezza.

Nel contesto del riallineamento tra forma e sostanza, si distinguono due categorie principali di situazioni che possono minare la base imponibile. La prima riguarda la tassazione delle operazioni secondo la sostanza economica anziché la forma giuridica,

⁸³ Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento e al Comitato Economico e Sociale, La politica fiscale dell'Unione Europea – Priorità per gli anni a venire, COM (2001).

evidenziando la necessità di considerare la residenza fiscale o la presenza di una stabile organizzazione⁸⁴. La seconda categoria, affrontata in seguito, è quella dei prezzi di trasferimento, che richiede una corretta valutazione delle transazioni tra parti affiliate dello stesso gruppo economico. Il rispetto dei principi internazionali sui prezzi di trasferimento è un elemento chiave nel determinare se uno Stato è considerato privilegiato dal punto di vista fiscale.

Nel contesto di operazioni domestiche, ossia tra soggetti residenti nello stesso Stato, la potestà impositiva rimane pienamente in vigore, senza alcuna limitazione. Tuttavia, se una delle parti beneficia di un regime fiscale agevolato, l'interesse dell'Amministrazione finanziaria è comunque garantire una corretta determinazione dei prezzi di trasferimento per evitare perdite di gettito interno.

Al contrario, nelle operazioni internazionali, la potestà impositiva è sempre influenzata. Per questo, ciascuno degli Stati coinvolti ha un forte interesse a valutare accuratamente l'operazione *intercompany*.

I gruppi multinazionali hanno un interesse simile nel garantire la correttezza dei prezzi di trasferimento, al fine di evitare la doppia imposizione e i costi amministrativi e legali derivanti dalla gestione di controversie fiscali. La rettifica del prezzo in uno Stato può causare doppia imposizione se non viene accompagnata da una rettifica equivalente nell'altro Stato coinvolto.

Un caso che ha attirato l'attenzione dei media alcuni anni fa è stato quello di Glaxo. Dopo diversi anni di tentativi falliti di concludere un accordo attraverso un'APA e una procedura amichevole, la società e l'autorità fiscale americana hanno alla fine siglato un accordo. Questo accordo è stato dichiarato come l'operazione più costosa mai conclusa fino a quel momento, con un costo totale di circa \$ 5,1 miliardi. Tuttavia, è importante notare che non è stato incluso alcun "*corresponding adjustment*" poiché l'amministrazione fiscale inglese

⁸⁴ In ambito comunitario, la Commissione ha indicato che "...le regole sui prezzi di trasferimento sono essenziali per il mantenimento dei regimi fiscali nazionali. Gli Stati membri possono gestire efficacemente i loro regimi fiscali solo se sono in grado di assicurare che le loro basi imponibili non siano erose da costruzioni non commerciali fra imprese associate". Commissione delle Comunità Europee, COM(2007) 785 del 10 dicembre 2007.

sosteneva la correttezza della posizione del gruppo Glaxo, mettendo in discussione la validità dell'accordo raggiunto con l'autorità fiscale americana⁸⁵.

2. Le norme fiscali di diritto interno in materia di prezzi di trasferimento

La disciplina nazionale dei prezzi di trasferimento è contenuta nel comma 7 dell'art. 110 del D.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986 (TUIR). La norma in commento ha subito diverse modifiche nel corso degli anni. Il testo dell'art. 762 del previgente TUIR è stato trasfuso nell'art. 110, comma 7, del TUIR per effetto delle modifiche apportate dal D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344. La citata norma disponeva che: “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, determinato a norma del comma 2, se ne deriva un aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le Autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali procedure amichevoli previste dalle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti”.

Successivamente, l'art. 59, comma 1, del D.L. del 24 aprile 2017 n. 50, ha modificato l'art. 110, comma 7, del TUIR eliminando il riferimento al principio del valore normale e ampliando le modalità per poter far valere le diminuzioni del reddito derivanti da corrispondenti rettifiche dei prezzi di trasferimento operate in altri Paesi.

L'attuale formulazione dell'art. 110, comma 7, del TUIR, maggiormente allineata alle *best practices* OCSE in materia rispetto alla disposizione previgente, prevede che: “I

⁸⁵ Cfr. Cfr. P. BESIO, *Transfer pricing*, cit., p. 1319.

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 ed 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. La medesima disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, secondo le modalità e alle condizioni di cui all'art. 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”.

Particolare rilevanza rivestono altresì le seguenti fonti interpretative: la circolare 22 settembre 1980, n. 32 (prot. n. 9/2267) e la circolare 12 dicembre 1981, n. 42 (prot. n. 12/1587), nelle quali viene fornita un'interpretazione del concetto di controllo e vengono dettati i criteri base per la determinazione dei prezzi di trasferimento, in linea con il concetto di valore normale (§ 7); alcuni contenuti di tale circolare sono stati oramai superati dalle successive fonti interpretative; il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, n. 137654, seguito dalla circolare esplicativa del 15 dicembre 2010, n. 58/E, documenti che forniscono istruzioni in merito alla predisposizione della documentazione sui prezzi di trasferimento fino al periodo di imposta 2019; il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 14 maggio 2018, che illustra le Linee Guida applicative della disciplina sui prezzi di trasferimento; il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020, n. 360494, il quale individua i criteri applicabili per la predisposizione di documentazione idonea, in sostituzione di quelli introdotti dal Provvedimento del 29 settembre 2010, n. 137654, a partire dal periodo d'imposta in corso alla data della sua pubblicazione (vale a dire, dal periodo 2020 “solare”); la circolare n. 15/E de 26 novembre 2021 offre chiarimenti in tema di documentazione idonea a consentire il riscontro della conformità al principio di libera concorrenza dei prezzi

di trasferimento praticati (art. 1, comma 6, e art. 2, comma 4-ter, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471).

Con la Circolare n.16 del 24 maggio 2022, l'Agenzia delle Entrate ha affrontato nuovamente la questione dei prezzi di trasferimento, concentrandosi in particolare sull'interpretazione corretta del concetto di "intervallo di libera concorrenza". Dopo una breve panoramica del quadro normativo, incentrata sulle regole italiane sui prezzi di trasferimento e sulle disposizioni pertinenti dell'OCSE, la Circolare esamina il concetto di "intervallo di libera concorrenza", come specificato dall'articolo 6 del Decreto del 14 maggio 2018, nell'applicazione delle disposizioni delineate dall'articolo 110, comma 7, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi o nei Trattati contro le Doppie Imposte conclusi dall'Italia in conformità con il Modello di Convenzione OCSE. La Circolare sottolinea che, secondo l'articolo 6 del suddetto Decreto, l'intervallo di valori formato dagli indicatori finanziari selezionati sotto il metodo più appropriato per ciascuna transazione tra parti indipendenti, comparabilmente simile alla transazione controllata, è considerato conforme al principio di libera concorrenza. Pertanto, una transazione controllata è conforme al principio di libera concorrenza se il suo indicatore finanziario rientra nell'intervallo specificato. In particolare: Se l'analisi condotta è affidabile e tutte le transazioni identificate hanno lo stesso grado di comparabilità con la transazione controllata, dovrebbe essere considerato l'intero intervallo di valori risultante dall'applicazione dell'indicatore finanziario selezionato ("intervallo completo"). Al contrario, se le transazioni non hanno lo stesso grado di comparabilità, si dovrebbe fare riferimento agli strumenti statistici, così detti, identificati dalle Linee Guida dell'OCSE per restringere l'intervallo e migliorarne l'affidabilità.

Le suindicate fonti hanno seguito l'evoluzione della normativa italiana in materia di *transfer pricing*, considerato che: la stessa ha introdotto nel 2010 gli oneri documentali in materia di prezzi di trasferimento⁸⁶, strettamente connesso ad un regime premiale che consente al contribuente – se ritenuto *compliant* con la disciplina *de qua* – di ottenere un trattamento favorevole in caso di rettifica del reddito, consistente nella disapplicazione delle

⁸⁶ Cfr. art. 26 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 ("Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività").

sanzioni amministrative tributarie⁸⁷; nel 2017, la disciplina è stata allineata alle *best practices* internazionali e alle Guidelines OCSE, implementando nell'ordinamento italiano gli *outcomes* dei progetti di rivisitazione dei principi di fiscalità internazionale (in primis, il progetto BEPS dell'OCSE anzi descritto)⁸⁸.

⁸⁷ Cfr. art. 1, comma 2-ter, del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471.

⁸⁸ Cfr. P. VALENTE, *Manuale del transfer pricing*, cit., p. 385.

2.1 L'applicazione dell'artt. 110, comma 7 del TUIR.: presupposti

L'articolo 110, comma 7, del TUIR stabilisce che la disciplina sui prezzi di trasferimento si applica alle transazioni commerciali tra un'impresa residente e società non residenti che, direttamente o indirettamente:

- controllano l'impresa italiana;
- sono controllate dall'impresa italiana;
- sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa italiana.

Per comprendere correttamente questo presupposto soggettivo, è necessario definire i concetti di impresa residente, società non residente e controllo diretto e indiretto.

Il termine "impresa", utilizzato nell'articolo 110, comma 7, del TUIR, si riferisce al soggetto residente nel territorio italiano soggetto alla disciplina dei prezzi di trasferimento. Secondo l'articolo 2 del D.M. 14 maggio 2018, l'impresa è definita come chiunque eserciti professionalmente un'attività economica organizzata per la produzione o lo scambio di beni o servizi. Questa definizione include società commerciali, imprese individuali e stabili organizzazioni di soggetti non residenti, nonché soggetti passivi che generano reddito d'impresa secondo l'articolo 55 del TUIR. Tuttavia, possono esserci casi in cui persone fisiche, trust o enti non commerciali che controllano società estere potrebbero essere interessati dalle disposizioni sui prezzi di trasferimento, qualificandosi come "imprese associate" secondo il D.M. 14 maggio 2018.

Le società non residenti sono quelle che non hanno la loro sede legale o la loro sede effettiva in Italia. L'art. 110, comma 7, del TUIR fa riferimento alle "società non residenti"; tale nomenclatura – riprendendo l'espressione contenuta nell'art. 53 del D.P.R. n. 597/1973 – ne rende più vasto il campo di applicazione, alla luce dell'interpretazione fornita dall'Amministrazione finanziaria con la circolare n. 32/1980, con riferimento alla previgente disciplina. L'utilizzo del termine "società" in luogo del termine più ampio di "soggetti" ha originato due differenti orientamenti interpretativi: il primo esclude l'applicazione della normativa sul transfer pricing alle fattispecie aventi ad oggetto transazioni tra imprese residenti ed entità giuridiche estere prive di struttura societaria; il secondo orientamento

ritiene l'istituto in commento applicabile anche nel caso di organismi societari non residenti privi del requisito della plurisoggettività⁸⁹. In tali circostanze, tuttavia, si ritiene che, ai fini della rettifica dei valori, l'Amministrazione finanziaria si possa avvalere esclusivamente di mezzi di accertamento ordinari, senza poter ricorrere alla presunzione assoluta.

La circolare n. 32/1980 chiarisce che, nonostante l'articolo 110, comma 7, del TUIR faccia riferimento esplicito alle società, sembrerebbe escludere le stabili organizzazioni. Tuttavia, la circolare sottolinea che le operazioni di una stabile organizzazione situata all'estero di una società estera sono direttamente riconducibili alla società madre, poiché la stabile organizzazione non ha autonomia giuridica separata dalla società madre.

Secondo le interpretazioni ministeriali, l'espressione "società" comprende tutte le operazioni con soggetti esteri, indipendentemente dalla forma legale assunta dall'entità coinvolta, che sia una stabile organizzazione o la società madre.

La circolare sottolinea che questa interpretazione non contrasta con il concetto di autonomia fiscale generalmente riconosciuto alle stabili organizzazioni nei vari paesi. Per gli scopi dell'articolo 110, comma 7, del TUIR, è fondamentale risalire al soggetto controllante effettivo, non a quello apparente, e l'autonomia fiscale delle stabili organizzazioni dipende esclusivamente dalla loro localizzazione e dalle attività svolte.

La risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 15 febbraio 2005, n. 53, ha chiarito che la disciplina contenuta nel comma 7 dell'articolo 110 del TUIR si applica pienamente anche alle stabili organizzazioni di un GEIE costituite in Italia per svolgere attività d'impresa. Queste attività, precedentemente condotte all'interno del gruppo da un'entità giuridica autonoma, devono essere remunerate secondo parametri di mercato per garantire che lo Stato della fonte mantenga la potestà impositiva sui risultati ottenuti.

Nonostante il testo letterale dell'articolo 2 del D.M. 14 maggio 2018 sembri escludere i soggetti non residenti che non sono sotto forma di società dall'ambito di applicazione della disciplina, sembra ragionevole concludere che le stabili organizzazioni italiane di società

⁸⁹ La circolare n. 32/1980 chiarisce che “(i)l termine «società» comprende, quindi, ogni sorta di organismi societari giuridicamente riconosciuti nello Stato estero anche se difettano del requisito della plurisoggettività, quali i «*Groupement d'Intérêt Économique*» francesi, l'«*Arge*» tedesco occidentale, i «*trusts*» di derivazione anglosassone, gli «*Stiftung*», le «*Anstalten*»” (si fa richiamo, per queste ultime, alla sentenza Cass., 28 luglio 1977, n. 2252).

estere e le operazioni tra un soggetto residente in Italia e le stabili organizzazioni estere di società estere siano comunque soggette alla disciplina sui prezzi di trasferimento dell'articolo 110, comma 7, del TUIR. Questo perché le stabili organizzazioni, ai fini della disciplina sui prezzi di trasferimento, vengono assimilate ai soggetti che sono sotto forma di società⁹⁰.

La conferma dell'applicabilità della disciplina sui prezzi di trasferimento alle stabili organizzazioni italiane di società estere è anche evidente nel paragrafo 3 del Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020. Questo paragrafo riguarda la documentazione relativa ai prezzi di trasferimento per le stabili organizzazioni e stabilisce quanto segue: "3.1. Per le stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di imprese non residenti di cui all'articolo 162 del TUIR si applicano, in quanto compatibili, i punti 2.2 e 2.3.". Ciò significa che le stabili organizzazioni italiane di imprese non residenti nel territorio dello Stato sono soggette alla necessità di predisporre il Masterfile e la Documentazione Nazionale, nel caso intendano aderire al regime degli oneri documentali. Questo provvedimento conferma chiaramente che le stabili organizzazioni sono considerate soggetti soggetti alla disciplina sui prezzi di trasferimento anche se sono strutture di società estere.

2.1.1 In particolare sulla nozione di controllo

Il controllo diretto si verifica quando una società ha un controllo diretto su un'altra società. Il controllo indiretto si verifica quando una società controlla un'altra società attraverso una terza parte, ad esempio una catena di società controllate.

La circolare n. 32/1980, con riguardo alla previgente disciplina prevista dall'art. 53 del D.P.R. n. 597/1973, ora contenuta nell'art. 110, comma 7, del TUIR, chiarisce che la nozione di controllo comprende ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale, desumibile

⁹⁰ Si tratta, ad esempio, dell'ipotesi in cui una casa madre italiana detenga il controllo di una società francese che, a sua volta, abbia una stabile organizzazione britannica; le operazioni tra la casa madre italiana e la stabile organizzazione estera della controllata sarebbero, in tal caso, oggetto di applicazione della norma in esame.

dalle singole circostanze. Si ricorda che, in base alle disposizioni di cui all'art. 2359 c.c.⁹¹, si individua un rapporto di controllo nei casi di: una società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (comma 1, punto 1); una società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (comma 1, punto 2); una società sulla quale un'altra società esercita un'influenza notevole (comma 1, punto 3).

Secondo quanto affermato dalla circolare n. 32/1980, il concetto di controllo va oltre i meri aspetti giuridici e formali, comprendendo anche le situazioni di fatto. Si fa riferimento alle connessioni che consentono a un'impresa di influenzare le decisioni imprenditoriali dell'altra, determinando una possibile manipolazione dei prezzi di trasferimento.

Questo concetto di controllo è stato ribadito anche a livello europeo, come evidenziato dalla settima Direttiva del Consiglio dell'UE⁹², che riconosce che l'esercizio effettivo del controllo può avvenire anche con partecipazioni minoritarie.

La circolare sottolinea il carattere antielusivo della normativa, chiarificando che il concetto di controllo deve essere considerato in modo flessibile e contestualizzato in un ambiente dinamico. Le variazioni dei prezzi nelle transazioni commerciali spesso derivano dalla capacità di una parte di influenzare la volontà dell'altra, non necessariamente secondo le dinamiche di mercato, ma in base agli interessi di una delle parti contraenti o di un gruppo.

L'Amministrazione finanziaria ha notato che spesso il criterio determinante per l'alterazione dei prezzi di trasferimento è l'influenza di un'impresa sulle decisioni imprenditoriali dell'altra, superando i vincoli contrattuali o azionari e riflettendo considerazioni di natura prettamente economica. La circolare n. 32/1980⁹³ elenca una serie di situazioni in cui l'influenza economica, potenziale o effettiva, può configurare posizioni

⁹¹ Ai sensi dell'art. 2359 c.c., "(s)ono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto terzi".

⁹² Direttiva n. 83/349/CEE del Consiglio dell'UE del 13 giugno 1983.

⁹³ La circolare n. 32/1980 precisa che la presenza di una delle circostanze [lett. da a) a l)] è indice di presunzione, mentre nel caso in cui siano verificate più circostanze la sussistenza del controllo sarebbe indubbio.

di controllo: a. vendita esclusiva di prodotti fabbricati dall'altra impresa; b. dipendenza dall'altra impresa per il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica (inclusi i casi di joint venture); c. diritto di nominare membri del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi della società; d. membri comuni del consiglio di amministrazione; e. relazioni familiari tra le parti; f. concessione di ingenti crediti o dipendenza finanziaria predominante; g. partecipazione delle imprese a centrali di approvvigionamento o vendita; h. partecipazione delle imprese a cartelli o consorzi, specialmente se orientati alla fissazione dei prezzi; i. controllo degli approvvigionamenti o delle vendite; l. serie di contratti che creano una situazione monopolistica; m. in generale, qualsiasi situazione in cui vi sia un'esercitazione (potenziale o effettiva) di influenza sulle decisioni imprenditoriali. Ciò significa che la disciplina sui prezzi di trasferimento si applica non solo nei casi di controllo legale definito dall'articolo 2359 del codice civile, ma anche ogni volta che vi sono interconnessioni di interessi che indicano un unico controllo delle imprese coinvolte⁹⁴.

La giurisprudenza ha interpretato il concetto di controllo in conformità al diritto civile, come evidenziato da una sentenza della Commissione tributaria provinciale di Alessandria dell'11 dicembre 1995. Secondo questa interpretazione, il concetto di controllo ai fini della normativa fiscale deve essere correlato alle diverse situazioni di controllo societario previste dall'articolo 2359 del codice civile. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 8130 del 22 aprile 2016, ha concordato con tale interpretazione, stabilendo che la nozione di controllo societario non è limitata alla definizione civilistica e che la disciplina sui prezzi di trasferimento si applica pienamente anche in questa prospettiva. In un caso specifico esaminato dalla Corte, una società senza una propria struttura commerciale aveva affidato esclusivamente alla società estera (detentrica del 24% del suo capitale) il compito di commercializzare i suoi prodotti. Questa situazione rientrava tra le ipotesi contemplate dalla circolare n. 32/1980, come la vendita di prodotti fabbricati dall'altra impresa e la dipendenza dall'altra per il capitale, i prodotti e la cooperazione.

La Corte di Cassazione ha evidenziato che l'assenza di una definizione precisa del concetto di controllo nella normativa fiscale indica una precisa volontà del legislatore di non

⁹⁴ P. VALENTE, *Manuale del transfer pricing*, cit., p. 389.

vincolare tale concetto a quello delineato nel Codice Civile italiano (controllo giuridico) ex art. 2359 c.c.

Secondo i giudici, questa scelta riflette gli obiettivi diversi perseguiti dal legislatore fiscale, i quali mirano a rendere la disciplina sui prezzi di trasferimento più flessibile e adattabile ai casi in cui un'impresa influenza economicamente le decisioni di un'altra, senza necessariamente rispettare i rigidi requisiti civilistici.

Pertanto, il concetto di "controllo" deve essere interpretato in modo più ampio, includendo ogni situazione in cui si manifesta un'influenza economica potenziale o effettiva, come ad esempio la vendita esclusiva di prodotti fabbricati dall'altra impresa, la dipendenza finanziaria o l'influenza sulle decisioni imprenditoriali.

Anche la Commissione tributaria regionale per la Puglia, con la sentenza n. 2691/7/17, ha confermato che un'operazione di finanziamento di considerevole entità può determinare una dipendenza finanziaria significativa e, di conseguenza, essere rilevante ai fini del requisito di controllo necessario per l'applicazione della disciplina sui prezzi di trasferimento.

Nella sentenza del 15 novembre 2017, n. 27018, la Corte di Cassazione ha chiarito che, ai fini fiscali, la definizione di controllo non dipende esclusivamente dai criteri civilistici, ma piuttosto dal concetto economico. Questo significa che ciò che conta non sono tanto le formalità giuridiche, quanto piuttosto l'influenza sostanziale che un'impresa può esercitare sulle decisioni imprenditoriali di un'altra. La Corte ha sottolineato la necessità di interpretare la normativa fiscale in modo flessibile, in modo da tener conto delle diverse situazioni in cui si manifesta il controllo economico, anche se non sono presenti tutti i requisiti formali previsti dalla legge civile. Questo principio era già stato espresso nella sentenza precedente della stessa Corte del 22 aprile 2016, n. 8130, che aveva evidenziato l'importanza di considerare il fenomeno economico per comprendere appieno la nozione di controllo ai fini fiscali.

Il Decreto emanato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze il 14 maggio 2018, già innanzi citato, in seguito alla modifica introdotta dal D.L. n. 50/2017, ha delineato una definizione ampia di controllo, in linea con quanto già espresso nella circolare n. 32/1980.

Secondo questo Decreto, il concetto di "imprese associate" comprende sia l'impresa residente nel territorio dello Stato che le società non residenti, nei casi in cui una di esse partecipi, direttamente o indirettamente, nella gestione, nel controllo o nel capitale dell'altra impresa, oppure quando lo stesso soggetto partecipi, direttamente o indirettamente, nella gestione, nel controllo o nel capitale di entrambe le imprese. Per "partecipazione nella gestione, nel controllo o nel capitale" si intende una partecipazione che superi il 50% nel capitale, nei diritti di voto o negli utili di un'altra impresa, oppure un'influenza dominante sulla gestione di un'altra impresa, basata su vincoli azionari o contrattuali. Questo Decreto non fa riferimento all'art. 2359 del codice civile italiano, ma lega l'influenza dominante ai vincoli di natura azionaria o contrattuale. Anche il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020 conferma questa interpretazione.

In sintesi, sia dalla normativa che dalla prassi applicativa e dalla giurisprudenza emerge che la disciplina sui prezzi di trasferimento si applica anche nei casi in cui non vi sia un controllo giuridico formale, ma sia presente un'influenza dominante di un'impresa nella gestione di un'altra impresa.

3. L'interpretazione delle norme fiscali in materia di prezzi di trasferimento: La prassi amministrativa e la giurisprudenza italiana

In questo paragrafo si analizzano alcuni documenti di prassi e alcune sentenze della giurisprudenza⁹⁵, sia di legittimità che di merito, riguardanti i prezzi di trasferimento. Finora, sono state poche le decisioni giurisprudenziali e i documenti di prassi relativi al testo attualmente in vigore dell'art. 110, comma 7 e del D.M. 2018, che sono stati già commentati nel paragrafo precedente. I documenti esaminati si riferiscono principalmente al testo

⁹⁵ Comm. trib. reg. Lombardia, sentenza n. 5005 del 21 novembre 2018 e Comm. trib. prov. di Milano, sentenza n. 5445/18 del 26 novembre 2018. Nel primo caso la Commissione ha deciso in merito ad una contestazione relativamente al periodo di imposta 2010, nel secondo caso in merito al periodo di imposta 2013. In entrambi i casi le Commissioni hanno utilizzato il D.M. 2018 per sostenere il proprio convincimento in merito alla correttezza dell'utilizzo del metodo TNM e al corretto posizionamento all'interno dell'intervallo di libera concorrenza.

precedente⁹⁶, tuttavia, le norme attuali sono sostanzialmente simili a quelle precedenti, il che implica che la prassi amministrativa e la giurisprudenza relative a tali norme possono essere considerate, in linea di massima, ancora valide.

3.1 Sulla presunzione assoluta del valore normale

Come già evidenziato, questa norma, in contrasto con il principio della rilevanza, ai fini fiscali, dei corrispettivi stabiliti tra le parti, introduce una presunzione assoluta (*iuris et de iure*) di applicazione di valore normale ad un'operazione tra un'impresa residente e una società non residente, se entrambe appartengono al medesimo soggetto economico.

Come noto, nella bozza del TUIR, era stata proposta l'estensione della presunzione assoluta anche alle operazioni tra imprese residenti. Nella relazione ministeriale si legge che "L'estensione risponde ad evidenti ragioni di cautela fiscale (cfr. RM 9/198 del 10 marzo 1982)". Nella citata risoluzione, partendo dalla constatazione che "l'ambito applicativo della citata disposizione... riguarda le operazioni effettuate tra un soggetto residente controllato ed un soggetto non residente controllante" e che, nelle operazioni tra residenti, "occorre fare riferimento ai principi generali per i quali le risultanze della contabilità regolarmente tenuta fanno fede di quanto in essa rappresentato..." individua nella norma che fa riferimento all'assegnazione ai soci al valore normale la possibilità di applicare anche in una operazione interna, con caratteristiche ben precise, il valore normale.

La bozza era stata poi modificata, in linea con il testo attuale, sulla scorta del parere della commissione dei trenta che aveva proposto "di mantenere la norma nel testo vigente per

⁹⁶ Che qui si riporta integralmente: "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, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali «procedure amichevoli» previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti".

evitare l'introduzione nel sistema di incontrollabili poteri discrezionali...". Il Ministero, con C.M. 26 febbraio 1999, n. 53/E, era tornato sulla questione osservando che "lo strumento [i prezzi di trasferimento interni, N.d.R.] può essere utilizzato da società controllanti o collegate con sede nei territori del centro-nord, che cedono merci o beni immateriali alle controllate o consociate aventi sede nel mezzogiorno ad un prezzo inferiore al valore normale, così come definito dall'art. 9 del D.P.R. 917/86". Osservato che "questi comportamenti non possono, allo stato della legislazione, essere perseguiti ai sensi dell'art. 76, comma 5 del TUIR che, come noto, attiene alle operazioni poste in essere con società non residenti", esaminate le diverse norme che il sistema impositivo vigente offre per contrastare fenomeni elusivi, il Ministero concludeva osservando che "nell'ipotesi che il ricorso alle suddette norme risultasse di difficile praticabilità occorrerà valutare la possibilità di suggerire proposte normative finalizzate a prevedere l'estensione dell'applicazione del citato art. 76 comma 5 TUIR anche alle società residenti".

In giurisprudenza, al contrario, si è stabilito che, "in presenza di un comportamento assolutamente contrario ai canoni dell'economia" l'accertamento e la valutazione dei componenti attivi e passivi a valore normale sono legittimi. Con riferimento specifico a una struttura di operazioni simile a quella descritta nella C.M. n. 53/E precedentemente citata, la Corte di Cassazione ha dichiarato che "Per la valutazione a fini fiscali delle manovre sui prezzi di trasferimento interni, costituenti il c.d. «transfer pricing domestico», va applicato il principio, avente valore generale, stabilito dall'art. 9 del D.P.R. n. 917 del 1986, che non ha soltanto valore contabile e che impone, quale criterio valutativo, il riferimento al normale valore di mercato per corrispettivi e altri proventi, presi in considerazione dal contribuente"⁹⁷. Nella stessa sentenza si legge che "La disciplina che regola il «transfer pricing esterno o internazionale»...costituisce una clausola antielusiva che non solo trova radici nei principi comunitari in tema di abuso del diritto, ma anche immanenza in settori del diritto tributario nazionale (C 22023/06)".

Al contrario, è stato affermato che "la valutazione al valore normale delle cessioni di beni fra soggetti entrambi residenti presuppone di regola l'assenza di corrispettivi. L'insorgenza

⁹⁷ Corte di Cassazione, sentenza n. 17955 del 24 luglio 2013.

dell'obbligazione tributaria ai fini delle imposte sui redditi è infatti determinata dal prezzo pattuito dalle parti e non dai valori di mercato. Il ricorso al valore di mercato si giustifica soltanto se l'Amministrazione finanziaria è in grado di dimostrare, sulla base di presunzioni gravi, precisi e concordanti, che i corrispettivi dichiarati dalle parti sono inferiori a quelli effettivamente conseguiti". Questo principio, ovvero l'inapplicabilità del valore normale ai corrispettivi delle operazioni poste in essere tra due società entrambi residenti nel territorio italiano, è stato più volte affermato negli anni⁹⁸.

Nonostante il tema, soprattutto alla luce degli sviluppi della normativa comunitaria e della reazione di alcuni Stati membri, potesse essere di attualità, il Legislatore italiano ha recentemente preso una posizione netta, con interpretazione autentica della norma, confermando l'inapplicabilità della norma nelle operazioni domestiche, ovvero poste in essere tra società tutte residenti nel territorio dello Stato e questo è stato altresì confermato da giurisprudenza di legittimità recente. In particolare, dopo aver dato atto dell'evoluzione del proprio passato orientamento afferma che "Per questa Corte, dunque, [al]le transazioni tra società infragruppo residenti nel territorio nazionale ... non può applicarsi, in via analogica, la disciplina del transfer pricing internazionale recata dal Art. 110, comma 7, ostandovi il disposto – di interpretazione autentica – di cui al D.Lgs. n. 147 del 2015, art. 5, comma 2, donde l'estraneità all'ordinamento tributario della nozione di transfer pricing domestico".

Per quanto riguarda, poi, il concetto di presunzione assoluta, esso sta a significare che, come detto prima, il corrispettivo tra le parti possa essere modificato nel caso in cui esso non corrisponda al valore normale. Questo non significa che il contribuente non abbia la possibilità di dimostrare che l'accertamento di valore fatto dall'Ufficio sia sbagliato. In giurisprudenza è stato ritenuto che "l'asserzione dell'ufficio secondo cui la fattispecie disciplinata dall'art. 76 5° comma DPR 917/86 sarebbe assistita da presunzione assoluta, non trova riscontro in alcuna cultura giuridica e sarebbe certamente di dubbia

⁹⁸ Sentenza n. 577 del 18 marzo 1998 della Comm. trib. prov. di Milano. Tra le altre, Comm. trib. reg. Sicilia, Sez. VII, sentenza n. 250 del 19 gennaio 2006; Comm. trib. reg. Sicilia, sentenza n. 11 del 17 marzo 2008, Comm. trib. reg. Abruzzo, Sez. X, sentenza n. 37 del 28 gennaio 2010; Comm. trib. reg. Lazio, sentenza n. 643 del 9 dicembre 2010, Cass., Sez. trib., sentenza n. 10802 del 24 luglio 2002, Cass., Sez. V, sentenza n. 23551 del 20 dicembre 2012.

costituzionalità. L'art. 76 citato, concepito dal legislatore tributario per regolare le operazioni economiche poste in essere tra imprese residenti nel territorio dello Stato ed imprese di diritto estero, appartenenti ad uno stesso gruppo, sostanzialmente prevede che ai fini fiscali il corrispettivo... sia determinato in base al valore normale⁹⁹.

Inoltre, è stato indicato che il valore normale dei componenti di reddito possa essere ricercato nei dati medi di settore, elaborati dall'associazione di categoria cui appartiene la società residente e che tale modalità di valutazione a valore normale "non può che assumere rilevanza di presunzione assoluta, pena un'inaccettabile contraddizione in termini, determinata dalla stessa ratio sottesa e legata all'impraticabilità o comunque difficoltà accertativa delle operazioni infragruppo"¹⁰⁰. Si ritiene che questo approccio, già non condivisibile alla luce dei richiami alla Guidelines dell'OCSE come strumento interpretativo, non sia più applicabile sulla base del testo dell'art. 110, comma 7, in vigore.

3.1.1 Sul concetto di controllo

Come innanzi anticipato, affrontando il concetto di controllo, il Ministero delle Finanze, con la C.M. n. 32/1980, a commento di un testo normativo successivamente modificato ma sempre valido nella fattispecie, ha osservato che "il concetto di impresa... deve essere interpretato estensivamente, nel significato più generale di chiunque eserciti professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi (art. 2082 c.c.)". La ragione di una interpretazione estensiva del

⁹⁹ "Per valore normale si intende il prezzo mediamente praticato per i beni della stessa specie o similari in condizioni di libera concorrenza, al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati prestati e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Circa la nozione di «valore normale» anche il Ministero delle Finanze, con la C.M. n. 32/1980 ha individuato una serie di criteri a cui ricorrere per determinare in concreto detto valore, riprendendo quanto all'uopo convenuto in sede OCSE". Comm. trib. reg. Piemonte, Sez. XXXV, sentenza n. 164 del 18 gennaio 1999.

¹⁰⁰ Comm. trib. reg. Toscana, Sez. XVII, sentenza dell'8 gennaio 2002, n. 130.

concetto di impresa risiede nella (apparente) difficoltà di conciliare taluni profili soggettivi con il concetto di controllo.

Per quanto riguarda il concetto di impresa italiana e, in particolare, il problema dell'applicabilità del concetto alla stabile organizzazione, il Ministero ha affermato che la stabile organizzazione in Italia di soggetto non residente deve essere considerata quale soggetto italiano a cui si applica la normativa in esame. Per quanto riguarda il caso della stabile organizzazione non residente di società localizzata in un terzo Stato, il Ministero ha osservato che “la stabile organizzazione non localizzata in Italia di una società estera è sprovvista di autonomia giuridica distinta dalla casa-madre, sicché le operazioni da essa poste in essere sono riconducibili direttamente alla società dalla quale promana... Né tale assunto può ritenersi contrastante con le caratteristiche di autonomia fiscale che, nei vari paesi, viene generalmente riconosciuta alla stabile organizzazione, in quanto, ai fini di cui all'art. 53, occorre risalire all'effettivo soggetto controllante, non a quello apparente, mentre l'elemento determinante su cui è fondata l'autonomia fiscale è costituito esclusivamente dalla localizzazione territoriale della attività esercitata”¹⁰¹.

Come precedentemente osservato, manca una definizione del concetto di controllo, così come rinvii ad altre norme, civilistiche o fiscali, che lo definiscano, salvo quanto disposto dal D.M. 2018, che però non risulta decisivo al riguardo. Il Ministero ha costantemente sostenuto la correttezza di un'interpretazione estensiva, partendo dalla considerazione espressa nella circolare già citata, secondo cui “In relazione ai fini perseguiti dal legislatore fiscale – che ben divergono da quelli del legislatore civilistico – il controllo di cui trattasi deve essere contrassegnato da esigenze di elasticità e trovare collocazione in un contesto economico dinamico”. Anche in giurisprudenza si ritiene corretta questa interpretazione. In particolare, la Corte ha affermato che “Il requisito soggettivo per l'applicazione di tale regime si identifica nella circostanza che tra i due soggetti – la società estera e l'impresa residente – deve esistere un rapporto di controllo, diretto o indiretto, di cui, tuttavia, non viene fornita una definizione. La disciplina civilistica delle società, invero, fornisce una nozione di controllo all'art. 2359 c.c., disposizione a cui l'art. 110 non fa alcun rinvio,

¹⁰¹ C.M. n. 32/1980.

omissione tanto più significativa attesa, da un lato, l'esistenza, invece, di esplicite specifiche indicazioni in tal senso in altre norme del TUIR e, dall'altro, la presenza di autonome e mirate definizioni per singoli istituti.... Ai fini tributari, del resto, assume rilievo non tanto la nozione civilistica ma il fenomeno economicoassegnando (n.d.a.) alla stessa un tasso di elasticità che la renda capace di attagliarsi alle varie ipotesi in cui, indipendentemente dalla ricorrenza dei rigidi requisiti civilistici, possa apprezzarsi l'influenza di un'impresa sulle decisioni imprenditoriali di un'altra"¹⁰². Il Ministero ha, quindi, indicato una lista di fattispecie che integrano un concetto più economico che giuridico di controllo. La lista deve certamente intendersi come elenco di situazioni di fatto che possono far presumere l'esistenza di un controllo effettivo; in altre parole, l'esistenza di uno o più di questi elementi non deve far scattare alcun automatismo.

“Il concetto di controllo deve essere esteso ad ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale desumibile dalle singole circostanze, quali, in particolare: a) vendita esclusiva di prodotti fabbricati dall'altra impresa; b) impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa (fattispecie comprensiva delle Joint ventures); c) diritto di nomina dei membri del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi della società; d) membri del consiglio di amministrazione; e) relazioni di famiglia tra le parti; f) concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria; g) partecipazione da parte delle imprese a centrali di approvvigionamento o vendita; h) partecipazione delle imprese a cartelli o consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione di prezzi; i) controllo di approvvigionamento o di sbocchi; j) serie di contratti che modellino una situazione monopolistica; k) in genere tutte le ipotesi in cui venga esercitata potenzialmente o attualmente un'influenza sulle decisioni imprenditoriali”.

In giurisprudenza il tema del controllo è stato esaminato in un numero limitato di casi. Nel primo caso esaminato una società italiana aveva costituito, e finanziato, una *joint venture* di diritto inglese a cui partecipava al 50%; l'altro 50% era posseduto da un soggetto inglese.

¹⁰² Cass., sentenza n. 27018 del 15 novembre 2017. Detta sentenza riprende le affermazioni già formulate in altra sentenza della Cassazione stessa, la n. 8130 del 22 aprile 2016.

La joint venture era stata costituita per commercializzare in esclusiva i prodotti realizzati dalla società italiana in alcuni mercati esteri.

Anche se la decisione non è particolarmente chiara si può constatare la presenza di almeno tre circostanze che, secondo il Ministero, integrano il concetto di controllo: i) la vendita in esclusiva dei prodotti; ii) l'impossibilità di funzionamento senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa, fattispecie comprensiva delle joint ventures (come nel caso di specie); iii) la concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria.

La Commissione sembra abbia ritenuto sussistente il controllo anche se non è dato sapere sulla base di quali elementi e circostanze di fatto. Si ricorda che secondo il Ministero "la esistenza di uno solo degli elementi di fatto sopraindicati non consente sempre di pervenire alla conclusione affermativa sull'esistenza del controllo... più elementi riuniti tra loro possono, invece, sempre costituire prova sufficiente dell'esistenza del nesso di dipendenza".

Il secondo caso è rappresentato dall'appello della citata decisione. Dalla lettura della sentenza emerge che "la commissione adita ha ritenuto che la società Z (la società italiana) abbia il controllo della collegata inglese e, pertanto, sussistono tutti i presupposti per l'applicazione dell'art. 76 5° comma del D.P.R. 917/86.... ma [N.d.R.]... ha giudicato non motivati i recuperi per mancanza di idonee valutazioni relativamente al collegamento tra le due società".

La Commissione non svolge alcuna ulteriore considerazione in merito alla fattispecie del controllo ma, come in primo grado, comunque considera il problema di applicazione del valore normale alle operazioni in verifica, respingendo le tesi dell'Ufficio per errata applicazione del metodo del confronto¹⁰³.

Il tema dell'applicazione della normativa sul transfer pricing per effetto di influenza dominante è stato affrontato, tra le altre, in due sentenze della Commissione tributaria provinciale di Milano. Nel primo caso, la controllata italiana, a supporto della corretta applicazione del metodo del confronto interno, effettuava una comparazione tra i prezzi a lei applicati e quelli applicati, dalla stessa controllante estera, ai partner indipendenti, anch'essi operanti nel territorio italiano. La Commissione, accogliendo la tesi dell'Ufficio, ha ritenuto

¹⁰³ P. BESIO, *Transfer pricing*, cit., p. 1392.

che "gli enti che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società, in forza di vincoli contrattuali, devono essere considerati società controllate". Nel caso specifico, detti partner, che commercializzano nei propri negozi esclusivamente i prodotti acquistati dalla società estera, "soffrono della sudditanza commerciale nei confronti della società (estera, n.d.a.)".

Nel secondo caso, la sentenza, molto più ermetica, si limita a dire che è corretto disapplicare il metodo del confronto, basato sul raffronto tra le vendite *intercompany* e quelle effettuate dal distributore estero a terzi indipendenti (non si capisce se operanti nel territorio italiano o in altri mercati) perché "il raffronto con i prezzi praticati dalla casa madre alle altre società o a terzi non rilevano in quanto quello che è necessario è il confronto con società che si trovino in posizione di terzietà".

Il tema è stato affrontato anche dalla Commissione tributaria regionale della Lombardia. La sentenza è estremamente sintetica e non consente di comprendere appieno i fatti. Si deduce che la società italiana ha effettuato vendite a società estere partecipate in joint venture con soggetti terzi. "La ricorrente ritiene applicabile tale disciplina ai soli casi di «controllo» individuati dalla normativa, vale a dire ai casi di partecipazione sociale superiore al 50% o in presenza di «un'influenza dominante». L'ufficio la ritiene applicabile estensivamente in ogni caso di influenza economica potenziale e attuale da desumere da circostanze sintomatiche (quali la vendita di prodotti esclusivi all'interno del gruppo, il diritto di nomina del consiglio di amministrazione, relazioni familiari, rilevanti operazioni di apertura di credito, approvvigionamenti comuni ecc.) come nel caso di specie". La Commissione, dopo aver richiamato i principi applicabili in materia di onere della prova, afferma che "l'ufficio avrebbe dovuto provare - come evidenziato dalla sentenza impugnata - la sussistenza di un'influenza dominante della ricorrente sulle società estere... In realtà, l'ufficio si è limitato ad affermare genericamente la sussistenza di un'influenza dominante, senza offrire in concreto alcun elemento di prova"¹⁰⁴.

Infine, recentemente la Suprema Corte ha esaminato un caso in cui una persona fisica, presidente e amministratore delegato di una società tedesca che possedeva il 45% di una

¹⁰⁴ Comm. trib. reg. Lombardia, Sez. XIX, sentenza n. 2298 del 13 ottobre 2020 con nota di A. FODERÀ E V. PALMESE, in *Il fisco*, n. 45/2020, p. 4386 ss.

società italiana, ricopriva anche la carica di responsabile sales e marketing della società italiana stessa. La Cassazione, confermando la decisione della Commissione tributaria regionale, ha affermato che riteneva ricorrente "una situazione di controllo alla luce del fatto che il presidente e amministratore delegato del gruppo K cui appartiene la K AG acquirente delle attrezzature mediche, possiede una quota maggioritaria ma lievemente minoritaria, pari al 45% delle quote della società I Spa tuttavia egli dispone di un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria in quanto la quota azionaria di cui è titolare supera la somma delle quote di cui dispongono i tre soci italiani (15%, 20%, 5%) e che inoltre egli è in grado di esercitare comunque un'influenza dominante sulla società I Spa grazie al ruolo strategico di responsabile sales e marketing che ricopre all'interno della società stessa"¹⁰⁵.

4. Come si determinano i prezzi di trasferimento

A questo punto della trattazione, avendo ricostruito la disciplina sovranazionale e nazionale, comprensiva della prassi e della giurisprudenza italiana, si analizzerà nel concreto come si determinano i prezzi di trasferimento.

Nel 2010, l'OCSE ha introdotto un cambiamento significativo nelle sue linee guida, abbandonando la gerarchia dei metodi e considerando sostanzialmente equivalenti i metodi tradizionali e i metodi transazionali. Precedentemente, l'OCSE aveva accennato ai metodi transazionali già nel rapporto del 1979, sebbene in modo molto breve. È stato solo nel rapporto del 1995 che si è approfondito il tema, soprattutto a causa del loro crescente utilizzo negli Stati Uniti a seguito dell'introduzione delle *Final Regulations* nel 1994¹⁰⁶.

Nelle linee guida del 1995, l'OCSE ha confermato l'approccio tradizionale, mantenendo la preminenza dei metodi tradizionali e considerando l'utilizzo dei metodi alternativi solo in

¹⁰⁵ Cass., sentenza n. 27018 del 15 novembre 2017.

¹⁰⁶ Final regulations, section 482 dell'Internal Revenue Code, emanate dal Tesoro l'8 luglio 1994. Per un approfondimento della normativa americana sui prezzi di trasferimento A. MUSSELLI - A.C. MUSSELLI, *Transfer pricing*, Milano, 2012, p. 319 ss.

casi eccezionali. In particolare, aveva indicato che "as a general matter the use of transactional profit method is discouraged" per due ragioni principali: in primo luogo, le imprese raramente, determinano i prezzi in base all'utile dell'operazione stessa e alla ripartizione dell'utile tra le imprese coinvolte. In secondo luogo, questi metodi possono essere più influenzati, rispetto a quelli tradizionali, da fattori non direttamente collegati all'operazione stessa, come le efficienze e le inefficienze gestionali.

Tuttavia, l'OCSE riconosceva la possibilità di utilizzare, in casi eccezionali, i metodi basati sull'utile delle operazioni, sia perché la complessità delle operazioni rendeva inadeguata l'applicazione dei metodi tradizionali, sia perché, se correttamente applicati, facevano comunque riferimento al principio di libera concorrenza stabilito nell'art. 9, primo paragrafo, del Modello OCSE di convenzione.

Con le linee guida del 2010, l'OCSE ha abbracciato il nuovo principio del "most appropriate method for each particular case". Tuttavia, è importante notare che "Where, taking account of the criteria described at paragraph 2.2, a traditional transaction method and a transactional profit method can be applied in an equally reliable manner, the traditional transaction method is preferable to the transactional profit method. Moreover, where, taking account of the criteria described at paragraph 2.2, the comparable uncontrolled price method (CUP) and another transfer pricing method can be applied in an equally reliable manner, the CUP method is to be preferred"¹⁰⁷.

Nelle attuali linee guida, l'OCSE si spinge oltre, specialmente per quanto riguarda i beni immateriali. Nel caso in cui il metodo del confronto di prezzo non sia applicabile, il metodo più adeguato, data la complessità delle situazioni e la generale mancanza di comparables, è il *profit split*¹⁰⁸.

Come già anticipato, l'OCSE ritiene che sia il principio dell'*arm's length* sia i metodi di determinazione del prezzo di libera concorrenza siano idonei a regolare le situazioni

¹⁰⁷ OCSE, Guidelines, op. cit., paragrafo 2.3.

¹⁰⁸ L'Agenzia delle entrate è perfettamente allineata: "Le recenti modifiche al cap. VI delle Linee Guida OCSE precisano che i metodi di transfer pricing che possono rivelarsi particolarmente utili nelle valutazioni che coinvolgono il trasferimento o l'utilizzo di uno o più beni intangibili sono il metodo del confronto di prezzo ... e il metodo basato sulla ripartizione degli utili Sulla base dei principi generali sopra enunciati, ai fini della determinazione del reddito attribuibile al bene immateriale nell'ambito del regime *patent box*, i metodi

ordinarie e straordinarie che i contribuenti devono affrontare. Questo principio è stato ribadito, da ultimo, con la pubblicazione delle linee guida del 2020.

4.1 *Il Comparable uncontrolled price method*

Il metodo del confronto di prezzo è definito come "A transfer pricing method that compares the price for property or services transferred in a controlled transaction to the price charged for property or services transferred in a comparable uncontrolled transaction in comparable circumstances"¹⁰⁹.

Se l'operazione comparabile è condotta tra imprese indipendenti in condizioni analoghe, viene definito come confronto esterno; se invece viene effettuata tra una delle imprese coinvolte nell'operazione in esame e un'impresa indipendente, si parla di confronto interno.

Il metodo del confronto di prezzo risulta applicabile e preferibile se viene identificata sul mercato un'operazione che non presenta differenze rispetto all'operazione oggetto di esame, oppure se queste differenze non influenzano il prezzo, o se lo fanno, se sono economicamente valutabili.

Il rapporto dell'OCSE del 1979 afferma senza riserve che il criterio del confronto di prezzo costituisce l'espressione più tipica del principio dell'*arm's length* in quanto consente una diretta comparazione con i prezzi praticati tra imprese indipendenti e, dunque, riflette perfettamente le condizioni del mercato (situazione di libera concorrenza).

"Oltre quindici anni di applicazione dei criteri elaborati dal Rapporto OCSE del 1979 hanno evidenziato che la comparazione – e cioè la ricerca di una operazione identica a quella in verifica conclusa tra imprese indipendenti – presenta difficoltà sovente insormontabili che hanno indotto taluni a proporre il sostanziale abbandono del criterio del confronto di prezzo ai fini della determinazione dell'*arm's length price*. L'accusa principale sarebbe

da preferire sono il metodo del confronto di prezzo e il metodo della ripartizione dei profitti". Circolare ministeriale 7 aprile 2016, n. 11/E in materia di *patent box*. Cfr. P. BESIO, *Transfer pricing*, cit., p. 1452, nt. 423.

¹⁰⁹ OCSE, *Guidelines*, op. cit., glossary.

l'inadeguatezza di questo metodo a riflettere l'evoluzione del mercato e delle multinazionali in esso operanti¹¹⁰.

Per valutare se l'operazione individuata sul libero mercato sia confrontabile occorre tenere in considerazione quanto precedentemente indicato in materia di analisi della comparabilità, ovvero confrontare sia le caratteristiche del prodotto o del servizio sia le funzioni, con particolare riferimento a quelle commerciali. Secondo l'OCSE il metodo privilegiato è il confronto interno, ovvero quello che presuppone il raffronto tra un'operazione posta in essere tra imprese associate e un'operazione posta in essere tra una delle due imprese associate e un'impresa indipendente; anche la valutazione delle eventuali differenze dovrebbe, idealmente, essere effettuata utilizzando informazioni reperibili nel mercato, apprezzando economicamente tali differenze esaminando operazioni non influenzate da rapporti di gruppo. A titolo esemplificativo, qualora la differenza tra i due prezzi fosse rappresentata dai costi di trasporto, inclusi nella prima operazione ed esclusi nella seconda, occorrerebbe identificare nel mercato il prezzo di libera concorrenza di un trasporto di quei prodotti nella tratta considerata. Qualora, a seguito dell'adozione del metodo del confronto, dovesse essere riscontrata una differenza non marginale tra i due prezzi, ciò indicherebbe l'esistenza di elementi distorsivi nei rapporti intercorrenti tra le società, con riferimento alla determinazione dei prezzi di trasferimento dei beni e dei servizi. Tra i limiti applicativi del criterio in esame c'è la difficile individuazione di un'operazione comparabile a quella in verifica conclusa tra imprese indipendenti. Le difficoltà di comparazione con operazioni di mercato sono molteplici e causate da diversi fattori. Tra i principali: difetto di similarità del bene o del servizio oggetto di cessione; difetto di comparabilità del mercato di destinazione; difformità nei volumi di vendita; difformità di termini e condizioni della vendita; difformità dei beni immateriali ceduti unitamente ai prodotti. Nel caso in cui si verificano le difformità sopra menzionate, il prezzo di libera concorrenza deve essere aggiustato per tener conto delle stesse. Qualora dette differenze siano significative o non siano valorizzabili, è necessario abbandonare il metodo del confronto per considerare, alternativamente, il metodo del prezzo di rivendita, il metodo

¹¹⁰ G. MAISTO, *Il progetto di rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, p. 383.

basato sul margine lordo della operazione o il metodo del costo maggiorato oppure il metodo del margine netto dell'operazione (con indicatore finanziario rispettivamente sulle vendite o sui costi), a seconda della situazione. Il metodo in esame è stato ampiamente criticato dalla dottrina e dalla prassi amministrativa per la rigidità nei presupposti di applicazione, rigidità che lo rende, nella maggior parte dei casi, inapplicabile.

Le Guidelines considerano anche una particolare tipologia di operazioni, le cosiddette *commodity transactions*¹¹¹. Con riferimento ad esse l'OCSE indica il metodo del confronto di prezzo come il metodo normalmente idoneo per la determinazione del prezzo delle operazioni stesse. Ovviamente, anche con riferimento ad esse, deve essere accertata la comparabilità dell'operazione controllata con quelle reperibili sul mercato con riferimento a tutti i cinque fattori della comparabilità e, eventualmente, devono essere effettuati gli aggiustamenti necessari. Un'attenzione particolare va posta al momento in cui viene determinato il prezzo dell'operazione. Deve essere, quindi, verificato sul punto l'accordo tra le parti e il comportamento effettivamente tenuto dalle stesse, per accertarne la coerenza."

4.1.1 Il Resale price method

Il metodo del prezzo di rivendita è definito come "A transfer pricing method based on the price at which a product that has been purchased from an associated enterprise is resold to an independent enterprise. The resale price is reduced by the resale price margin. What is left after subtracting the resale price margin can be regarded, after adjustment for other costs associated with the purchase of the product (e.g. custom duties), as an arm's length price of the original transfer of property between the associated enterprises"¹¹².

Al fine di determinare il prezzo di vendita tra imprese associate, pertanto, il prezzo di rivendita al consumatore finale è ridotto di un appropriato margine, il c.d. *resale price*

¹¹¹ "The reference to «commodities» shall be understood to encompass physical products for which a quoted price is used as a reference by independent parties in the industry to set prices in uncontrolled transaction. The term «quoted price» refers to the price of the commodity in the relevant period obtained in an international or domestic commodity exchange market". Guidelines 2.18 ss.

¹¹² OCSE, Guidelines, op. cit., *glossary*.

margin, che rappresenta l'ammontare con il quale il rivenditore intende coprire i suoi costi di vendita ed altre spese correnti e, alla luce delle funzioni esercitate (tenendo conto dei beni strumentali impiegati e dei rischi assunti), realizzare un appropriato utile.

Questo metodo considera non l'operazione per la quale si vuole determinare il prezzo di libera concorrenza ma quella successiva, posta in essere con una controparte indipendente. Dal prezzo di detta operazione si sottrae un margine di utile, determinato raffrontando le funzioni più che le caratteristiche del bene oggetto di compravendita, e così si arriva a determinare il prezzo del bene nell'operazione in verifica. Il *resale price margin* può essere determinato facendo riferimento:

- all'utile lordo ricavato dallo stesso rivenditore collegato mediante la vendita di beni simili nello stesso mercato (confronto interno);
- all'utile lordo ricavato da operatori indipendenti che effettuano rivendite degli stessi beni o di beni simili (confronto esterno).

La determinazione del predetto margine potrebbe, in teoria, anche prescindere dalla similarità dell'oggetto compravenduto poiché ciò che assume rilevanza, in questo metodo, è l'insieme delle funzioni esercitate e dei rischi assunti dal rivenditore piuttosto che le caratteristiche dei beni compravenduti. È intuitivo che è preferibile confrontare operazioni che abbiano per oggetto prodotti simili poiché è molto ragionevole pensare che differenze significative di prodotti possano influire anche sulle funzioni esercitate, ma la mancata comparabilità non osta all'applicazione di questo metodo.

Ne consegue che quando si cercheranno nel mercato operazioni comparabili ai fini della determinazione del predetto margine, la ricerca deve essere condotta non tanto o non necessariamente nel mercato del prodotto specifico, quanto nel mercato dei rivenditori aventi caratteristiche comparabili. Per caratteristiche comparabili, nella fattispecie, devono

intendersi le caratteristiche che possono influenzare la determinazione del margine, ovvero le funzioni esercitate ed i rischi assunti, come definite e identificate all'inizio del rapporto.

Si avrà riguardo, pertanto, alle attività svolte dal rivenditore che potrebbe limitarsi all'attività di logistica oppure gestire altre attività connesse alla vendita, quali il marketing e la pubblicità nonché attività post vendita quali l'assistenza in garanzia e la manutenzione.

Per quanto riguarda i rischi, occorre capire se la società in verifica assuma la titolarità dei beni, assumendosi il rischio inerente l'acquisto degli stessi, il rischio dell'invenduto nonché, in ogni caso, il costo finanziario connesso allo stesso. Se funzioni e rischi sono di questa natura e tipologia, il metodo del prezzo di rivendita è concettualmente corretto e, nell'analisi comparativa della operazione in verifica con quella di mercato, ci si limiterà ad apportare le variazioni dovute alle differenze, non significative, con riferimento a dette funzioni e rischi.

4.1.2 Il cost plus method

Il metodo del costo maggiorato è definito come "A transfer pricing method using the costs incurred by the supplier of property (or services) in a controlled transaction. An appropriate cost plus mark up is added to this cost, to make an appropriate profit in light of the functions performed (taking into account assets used and risks assumed) and the market conditions. What is arrived at after adding the cost plus mark up to the above costs may be regarded as an arm's length price of the original controlled transaction"¹¹³.

Anche in questo caso si può osservare che il metodo è finalizzato alla determinazione del prezzo dell'operazione ma esso si basa sulla identificazione di un margine, che remunererà le

¹¹³ OCSE, Guidelines, op. cit., paragrafo 2.32. Il rapporto non fornisce, tuttavia, alcuna indicazione in merito a come debba essere espresso il margine. In merito MAISTO, *Il progetto*, op. cit., p. 387 e riferimenti indicati in nota 69.

funzioni esercitate ed i rischi assunti, che dovrà essere aggiunto ai costi sostenuti per la produzione del bene o del servizio.

Questo metodo è utilizzabile, per quanto riguarda i prodotti, in caso di vendita di materie prime o di semilavorati: in situazioni in cui, quindi, l'attività svolta non ha o si presume non abbia attribuito significativo valore al bene stesso.

Il metodo può essere utilizzato anche nel caso di prodotti finiti, se ricorrono particolari condizioni: è il caso del c.d. *contract manufacturer*, struttura conosciuta e diffusa all'interno dei gruppi multinazionali. Il *contract manufacturer* è un produttore che, generalmente, non è responsabile dell'acquisto della materia prima, produce le quantità che vengono ordinate dal committente (*principal*) che, alla fine del ciclo produttivo, si rende acquirente di tutti i prodotti. Il *contract manufacturer* non si assume alcun rischio relativamente all'attività svolta: questi ultimi sono tutti assunti dal committente (*principal*) (materie prime, magazzino, mercato).

In questa situazione, il metodo del costo maggiorato può essere utilizzato poiché il produttore non è proprietario di alcun *intangible*, tranne eventualmente quelli di produzione, e non si assume alcun rischio. Per quanto riguarda il margine di profitto, esso non può che essere quello che assicura il rendimento atteso per investimenti della stessa dimensione aventi un profilo di rischio praticamente nullo.

Il metodo in commento è generalmente utilizzato quando l'operazione ha per oggetto la prestazione di un servizio. In generale il margine di utile può essere ricavato facendo un confronto tra: i) il margine di utile dell'operazione in verifica con quello ricavato dalla stessa impresa in vendite a terzi di prodotti similari sullo stesso mercato e con funzioni identiche a quelle della cessione oggetto di valutazione; ii) in assenza di vendite a terzi il margine di utile è quello ottenuto da terzi indipendenti impegnati in vendite similari con uguali funzioni;

iii) nel caso di assenza di vendite simili tra terzi indipendenti si potrà fare ricorso ad una comparazione delle funzioni esercitate dal produttore con quelle esercitate da terzi.

Gli aggiustamenti da apportare per sanare eventuali differenze tra operazioni tra soggetti correlati e quelle tra soggetti non correlati, al fine di consentire un loro confronto, possono includere:

- complessità di produzione e assemblaggio;
- politiche di gestione degli acquisti e del magazzino;
- attività di collaudo;
- costi di rivendita, amministrativi e generali;
- rischi di cambio;
- termini contrattuali.

Come nel caso del metodo del prezzo di rivendita, l'uso del metodo del costo maggiorato è possibile anche se l'operazione abbia ad oggetto un bene che non sia completamente assimilabile a quello considerato ai fini dell'analisi della comparabilità.

Come già osservato trattando del metodo del prezzo di rivendita, anche in questo caso se l'operazione in verifica e quella sul libero mercato sono comparabili con riferimento a tutti i fattori di comparabilità tranne le caratteristiche del prodotto, il metodo del costo maggiorato è più affidabile rispetto al metodo del confronto.

Il rapporto OCSE del 1979 ha posto in evidenza le lacune e le difficoltà applicative del criterio in esame imputabili principalmente alla complessità delle valutazioni da effettuare,

alla necessaria conoscenza delle funzioni svolte e dei sistemi di costo adottati (costi standard, costi marginali...).

Per quanto riguarda la complessità delle valutazioni, legate soprattutto alla ricerca di attività comparabili, le difficoltà non sono dissimili da quelle che si incontrano nell'applicazione degli altri metodi¹¹⁴.

4.1.3 In particolare sul “*The comparable profit method*”

Il metodo del *comparable profit method* è un metodo non esplicitamente considerato nel rapporto, ma è importante menzionarlo, considerando che risulta essere ampiamente utilizzato negli USA e, in misura minore, in alcuni Stati europei ed extraeuropei.

Questo approccio prende in considerazione il margine di utile netto e, in questo senso, si avvicina molto *al transactional net margin method*¹¹⁵; teoricamente la differenza tra i due è che mentre il secondo valuta la singola operazione, il primo considera operazioni aggregate. Tuttavia, dal punto di vista pratico, si può affermare che i due metodi sostanzialmente coincidono.

L'OCSE propone il consueto processo in cui dovrebbe articolarsi l'analisi della comparabilità in relazione alle operazioni realizzate da parti indipendenti. Tuttavia, specifica subito che il processo e la sua struttura non sono vincolanti e non garantiscono la determinazione corretta del prezzo di libera concorrenza. Dall'altra parte, un processo di

¹¹⁴ Cfr. P. BESIO, *Transfer pricing*, cit., pp. 1456-1458.

¹¹⁵ È “A transactional profit method that examines the net profit margin relative to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets) that a taxpayer realizes from a controlled transaction (or transactions that is appropriate to aggregate under the principles of Chapter III)”. OCSE, *Guidelines*, op. cit., *glossary*.

Con il transactional net margin method si identifica il margine di profitto netto realizzato dall'impresa nell'operazione in verifica; il margine è generalmente espresso in termini percentuali rispetto a parametri predeterminati che possono essere il fatturato, il valore degli assets o i costi. Il metodo è differente rispetto al profit split poiché considera soltanto l'operazione ed il profitto ritraibile dalla stessa da parte dell'impresa; per questo motivo, risulta sostanzialmente simile ai due metodi tradizionali del resale price o del cost plus, a seconda della fase commerciale in cui l'operazione si inserisce. Cfr. P. BESIO, *Transfer pricing*, cit., pp. 1463.

analisi strutturato diversamente può comunque portare alla determinazione del prezzo di libera concorrenza. In base a ciò, gli step in cui si suddivide il processo sono i seguenti:

- 1) Determinazione degli anni da prendere in considerazione;
- 2) Analisi delle caratteristiche generali del contribuente;
- 3) Identificazione dell'operazione controllata;
- 4) Analisi dei comparables interni, se presenti;
- 5) Individuazione delle fonti per i comparables esterni;
- 6) Selezione del metodo più appropriato;
- 7) Individuazione dei potenziali comparables;
- 8) Identificazione degli eventuali aggiustamenti;
- 9) Interpretazione dei dati e determinazione del prezzo di libera concorrenza.

- L'impiego di informazioni relative a più anni consente di ottenere una conoscenza più approfondita del prodotto, del mercato di riferimento e, più specificamente, dell'impresa multinazionale. Questi dati possono permettere di valutare meglio le decisioni prese e le variabili su cui si basa la scelta della strategia¹¹⁶. Gli anni considerabili sono quelli in cui l'operazione è stata effettuata e quelli precedenti, tenendo conto anche di eventuali cambiamenti nella situazione economica e di mercato¹¹⁷. Poiché è improbabile che i risultati dei comparables dell'anno in corso siano disponibili entro la data di presentazione della dichiarazione dei redditi (per definizione, non è possibile ottenerli entro la data di chiusura del bilancio e quindi i risultati civilistici e fiscali sarebbero comunque differenti), la prassi comune è quella di utilizzare la media dei 3 anni precedenti; in alcuni casi viene richiesta una media dei 5 anni precedenti. Inoltre, in alcuni casi, i risultati della *tested party* da confrontare con quelli dei comparables devono essere quelli degli ultimi 3 o 5 anni, inclusi l'anno in corso. L'utilizzo di dati relativi a più anni consente inoltre di considerare un periodo di attività più ampio (idealmente dovrebbe coincidere con la durata del ciclo economico di quel determinato settore) e, quindi, di bilanciare eventuali risultati ottenuti dai *comparables*

¹¹⁶ OCSE, Guidelines, op. cit., paragrafo 3.68 e seguenti.

¹¹⁷ «L'impiego di dati e di informazioni non riferibili al periodo di imposta soggetto a verifica non deve sconfinare in una determinazione retrospettiva del valore normale ottenuta tenendo conto di dati e informazioni non disponibili al contribuente al momento della effettuazione dell'operazione soggetta a controllo di congruità». G. MAISTO, *Il progetto di rapporto*, op. cit., p. 372.

in un anno che non riflette un periodo normale di attività (il che non emerge chiaramente dai dati di bilancio)¹¹⁸.

- L'analisi delle caratteristiche generali del settore in cui operano le società che pongono in essere l'operazione controllata, del livello di competizione in esso esistente nonché le altre caratteristiche del settore e degli altri operatori consentono di comprendere meglio le caratteristiche dei soggetti in esso operanti.

- L'individuazione dell'operazione controllata, in conformità ai criteri formali e sostanziali precedentemente delineati, risulta fondamentale per identificare correttamente il metodo più appropriato e le modalità con cui deve essere implementato, nonché per individuare i comparables più idonei e gli eventuali aggiustamenti da effettuare. Il principio di libera concorrenza presuppone che il prezzo sia determinato facendo riferimento ad ogni singola operazione. Tuttavia, esistono situazioni in cui le singole operazioni vengono ripetute molte volte (come ad esempio i contratti di fornitura a medio e lungo termine) e sono collegate ad altre che presentano caratteristiche molto simili, rendendole non valutabili separatamente. In questi casi, la determinazione del prezzo di trasferimento può avvenire solo prendendo in considerazione l'insieme delle operazioni identiche o comunque collegate (le c.d. transazioni aggregate)¹¹⁹.

- L'analisi delle funzioni, dei beni e dei rischi di entrambe le società coinvolte nell'operazione è fondamentale per scegliere il metodo più adeguato per stabilire i prezzi di trasferimento. Nei *one-sided methods*, come già accennato, i parametri selezionati devono essere applicati solo alla *tested party*; di conseguenza, l'Amministrazione finanziaria del paese in cui risiede la *tested party* dovrebbe limitarsi a raccogliere e richiedere informazioni alla società locale¹²⁰. Nella pratica, però, non è raro che l'Amministrazione finanziaria dello

¹¹⁸ OCSE, Guidelines, op. cit., paragrafo 3.77.

¹¹⁹ “Another example where a taxpayer’s transactions may be combined is related to portfolio approaches. A portfolio approach is a business strategy consisting of a taxpayer bundling certain transactions for the purpose of earning an appropriate return across the portfolio rather than necessarily on any single product within the portfolio.... Portfolio approaches are an example of a business strategy that may need to be taken into account in the comparability analysis and when examining the reliability of comparables...” Guidelines, op. cit., paragrafo 3.10. Il D.M. 2018 riprende i medesimi concetti.

¹²⁰ “Once a particular one-sided method is chosen as the most appropriate method and the tested party is the domestic taxpayer, the tax administration generally has no reason to further ask for financial data of the foreign associated enterprise”. Guidelines, op. cit., paragrafo 3.22.

Stato in cui risiede la *tested party* richieda dettagli anche sulla controparte, al fine di verificare la correttezza delle informazioni fornite e garantire la selezione del metodo più appropriato. L'Amministrazione finanziaria dello Stato in cui risiede la controparte della *tested party* ha il diritto di ricevere informazioni adeguate per confermare la scelta del metodo e la sua corretta applicazione. Se sussistono i presupposti, il *Country by country report* può fornire almeno parte delle informazioni necessarie.

- Esistono due modalità per condurre la ricerca dei comparables esterni: l'approccio additivo e l'approccio deduttivo. Con l'approccio additivo, il ricercatore identifica soggetti potenzialmente comparabili e affidabili nel mercato basandosi sui cinque fattori della comparabilità. Dato che il processo di selezione dei comparables esterni dovrebbe essere il più oggettivo, trasparente, ricostruibile a posteriori e documentabile possibile, l'approccio additivo è affidabile solo nei casi limitati in cui il mercato in cui opera la parte testata sia ben definito e limitato e il ricercatore abbia una buona comprensione degli stessi. Al contrario, l'approccio deduttivo parte da un numero estremamente ampio di soggetti potenzialmente comparabili, reperibili nelle banche dati e rappresentati da tutti coloro che operano nel settore in cui opera la parte testata. In questo caso, è necessario identificare un insieme di parametri (i cosiddetti criteri di selezione) che consentano di ridurre in modo significativo il campione iniziale e renderlo affidabile. Il primo screening, basato su criteri di selezione sufficientemente ampi (di solito i codici di attività in cui rientra quella della parte testata), di solito identifica un numero molto elevato di soggetti potenzialmente comparabili, anche se comunque sostanzialmente ridotto rispetto al campione di partenza. Il lavoro deve quindi procedere introducendo parametri di tipo quantitativo che dovrebbero consentire di ridurre il campione delle società comparabili a un numero ragionevole. Tali parametri vengono normalmente identificati, in base all'attività svolta dalla parte testata, in relazione al fatturato, agli asset impiegati, ai costi sostenuti con riferimento a determinate tipologie di attività (tipicamente quelle di ricerca e sviluppo) e ad altri che, di volta in volta, risultano appropriati in funzione dell'attività svolta e delle caratteristiche dell'operazione controllata. Il lavoro di analisi dei *comparables* prosegue, quindi, con una ricerca di tipo qualitativo, facendo riferimento alle società facenti parte del limitato campione, di ulteriori informazioni,

compreso il sito web di ciascuna società, che consentano di affinare ulteriormente il campione stesso fino ad ottenere un campione quantitativamente ridotto ma qualitativamente significativo¹²¹.

- “*Transfer pricing is not an exact science*”¹²²: questa affermazione, molto importante da ricordare ogni qualvolta, multinazionale o Amministrazione finanziaria, si studiano o si esaminano i prezzi di trasferimento, giustifica il fatto che, a fronte della medesima operazione, ci possano essere più prezzi che ragionevolmente rispondano al principio di libera concorrenza. Il fatto che ci siano più prezzi non deriva soltanto dalla considerazione che alcuni parametri, condizioni contrattuali ed economiche, possano essere difficili da quantificare ma anche e soprattutto dalla constatazione che imprese indipendenti potrebbero accettare prezzi differenti per la medesima operazione, sia per un diverso metodo di valutazione complessivamente applicato sia per una diversa valutazione dei singoli aspetti giuridici ed economici dell’operazione¹²³. La pluralità di valori potrebbe derivare anche dall’utilizzo di più metodi. Per questa ragione l’OCSE ammette l’esistenza di prezzi di libera concorrenza multipli purché compresi in un “intorno di valori” (*the arm’s length range o the inter-quartile range*); in questa evenienza, nessuna rettifica dovrebbe essere operata. È, tuttavia, prassi sia delle Amministrazioni finanziarie sia delle multinazionali di posizionarsi su valori centrali all’interno del range, ovvero la mediana¹²⁴. Qualora il prezzo effettivamente praticato non dovesse rientrare in questo “intorno di valori” al contribuente

¹²¹ Cfr. P. BESIO, *Transfer pricing*, cit., pp. 1471- 1472.

¹²² OCSE, *Guidelines*, op. cit., paragrafi 1.13 e 3.55.

¹²³ Può, quindi, manifestarsi «l’esistenza di più prezzi di trasferimento «normali», in quanto non si può disconoscere alla materia un certo grado di relatività connaturato alla stessa finalità della disciplina intesa a colpire trasferimenti di reddito laddove vi sia una valutazione che si discosta da quella «normale» Ne consegue che, se il prezzo della operazione in verifica si discosta in misura non sensibile da quello della operazione campione, non si legittimerà una rettifica del reddito dichiarato qualora il contribuente abbia esposto un «valore normale» che abbia supporto in uno dei metodi di determinazione della congruità. L’Amministrazione finanziaria, al fine di contestare l’«anormalità», dovrebbe, quindi, non solo accertare un differenziale di valore tra il prezzo dichiarato e quello accertato, ma dimostrare che tale differenziale non può essere giustificato da ordinari regimi commerciali ed avere riscontro in operazioni tra imprese indipendenti». G. MAISTO, *Il Transfer price nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova, 1985, p. 115.

¹²⁴ “Where comparability defects remain,... it may be appropriate to use measures of central tendency to determine this point (for instance, the median, the mean of weighted averages etc...depending on the characteristics of the data set) in order to minimize the risk of error due to unknown or unquantifiable remaining comparability defects”. *Guidelines*, par. 3.62.

deve comunque essere data la possibilità di provare che esso esprima il prezzo di libera concorrenza della operazione.

Ci possono essere, infine, risultati straordinari, ovvero di perdita o di profitti molto elevati. Con riferimento alla perdita, va osservato che un operatore indipendente difficilmente accetterebbe di perdere, per più anni, laddove non ci sia una ragionevole aspettativa di realizzare profitti. Le società in perdita richiedono un'analisi più approfondita: se da un lato i comparables in perdita non devono essere scartati automaticamente, dall'altro essi sono normalmente sintomo di assenza di comparabilità legata ad una situazione di non normalità o alla presenza di un profilo di rischio non coerente con quello dell'operazione controllata¹²⁵. Per quanto riguarda la tempistica, idealmente i dati relativi ai *comparables* esterni dovrebbero riferirsi allo stesso anno cui si riferiscono i dati dell'operazione controllata. Questa coincidenza assicurerebbe, infatti, la massima comparabilità tra le due operazioni. Come già anticipato, tuttavia, questo non è possibile per la mancanza dei dati relativi ai *comparables*.

5. La proposta UE del 12 settembre 2023 sul transfer pricing: la finalità di conferire maggiore certezza al contesto fiscale europeo

In ultimo, non può non menzionarsi del fatto che Il 12 settembre 2023, la Commissione Europea ha presentato una proposta di direttiva sul transfer pricing nell'ambito dell'iniziativa conosciuta come “*Business in Europe: Framework for Income Taxation*” (BEFIT). Tale proposta mira a un obiettivo ambizioso: armonizzare la regolamentazione sui prezzi di trasferimento tra gli Stati Membri, attraverso l'attuazione di principi chiave con atti giuridici dell'Unione Europea. Lo scopo principale di questa iniziativa è quello di ridurre i casi di

¹²⁵ Questo tema particolarmente delicato e rilevante, è stato trattato nel Chapter II delle Guidance 2020, relativamente alle conseguenze derivanti dalla pandemia da Covid-19.

elusione, di doppia imposizione e di aderenza fiscale che possono derivare dalle diverse politiche attuate dai Paesi UE in materia di prezzi di trasferimento. L'obiettivo è quello di migliorare il funzionamento del mercato unico europeo e agevolare gli scambi tra gli Stati Membri, fornendo maggiore certezza fiscale e semplificando alcune procedure.

La proposta di direttiva si suddivide in quattro capitoli: Il capitolo I riguarda le disposizioni generali (Articoli da 1 a 3). Il capitolo II definisce le regole relative al transfer pricing (Articoli da 4 a 13). Il capitolo III, composto da un solo articolo (Articolo 14), richiede agli Stati membri di includere, nelle legislazioni nazionali, le norme del capitolo II in modo coerente con le disposizioni delle Linee Guida dell'OCSE. Il capitolo IV è dedicato alle disposizioni finali (Articoli da 15 a 22).

I primi due articoli del capitolo I stabiliscono lo scopo e i soggetti sottesi alla disciplina in questione, mentre l'Articolo 3 stabilisce alcune definizioni utilizzate nel testo della proposta di direttiva.

Il capitolo II, contenente le regole sul *transfer pricing*, si apre con l'Articolo 4, che stabilisce la regola generale sull'applicazione del principio di libera concorrenza per la determinazione dei profitti tassabili nelle transazioni commerciali o finanziarie tra imprese associate residenti nei diversi Stati membri dell'UE.

L'Articolo 5 definisce il campo soggettivo di applicazione delle regole sul transfer pricing, definendo espressamente le imprese associate (*associated enterprises*). La proposta di direttiva si riferisce alle imprese associate di cui al comma 1, specificando successivamente (al comma 4) che il termine "*person*" si riferisce sia alle persone giuridiche che alle persone fisiche. Al comma 7 è altresì chiarito che le stabili organizzazioni sono considerate imprese associate alle imprese di cui fanno parte. Una persona fisica, il suo coniuge o partner secondo la legislazione domestica, nonché i suoi ascendenti o discendenti diretti e i suoi fratelli sono trattati come una sola persona.

L'Articolo 6 è dedicato ai "*corresponding adjustment*"¹²⁶ e stabilisce i requisiti per cui uno Stato membro può riconoscere l'aggiustamento nel proprio ordinamento tributario per

¹²⁶ I *corresponding adjustment* sono aggiustamenti degli elementi di reddito effettuati a seguito di un *primary adjustment*, ossia di una rettifica di una Amministrazione fiscale estera che, aumentando il reddito imponibile di una entità appartenente al gruppo multinazionale, genera una doppia imposizione fiscale.

prevenire il fenomeno della doppia imposizione. Tali requisiti sono: a) coerenza con il principio di libera concorrenza, b) inclusione del profitto oggetto del "*primary adjustment*"¹²⁷ tra quelli assoggettati ad imposta nella giurisdizione del "*corresponding adjustment*", c) validità di una Convenzione per prevenire la doppia imposizione quando è coinvolta la giurisdizione di un Paese terzo (ovvero, non appartenente all'Unione Europea).

Oltre a prevedere l'esecuzione degli aggiustamenti ad esito di procedure MAP¹²⁸ convenzionali o procedure arbitrali previste dalla Direttiva (UE) 2017/1852¹²⁹, l'articolo in questione introduce un meccanismo per l'esecuzione degli aggiustamenti a seguito di specifica richiesta del contribuente, nel caso in cui quest'ultimo abbia subito un "*primary adjustment*" in un'altra giurisdizione.

L'Articolo 7 pone le condizioni affinché gli Stati membri possano accettare i *compensating adjustment*¹³⁰ nella forma dell'aggiustamento di fine anno. In particolare, per poter effettuare l'aggiustamento la proposta di Direttiva richiede che: a) il contribuente abbia compiuto "un ragionevole sforzo" per assicurare la coerenza degli stessi al principio di libera concorrenza; b) l'aggiustamento abbia effetto in tutte le giurisdizioni coinvolte nella transazione; c) l'approccio che conduce all'aggiustamento sia coerente nel tempo; d) la rettifica sia effettuata prima della relativa dichiarazione dei redditi; e) il contribuente sia in grado di spiegare/giustificare eventuali scostamenti tra i forecasts e i risultati (effettivamente) raggiunti.

L'Articolo 8 richiede per la corretta applicazione del principio di libera concorrenza l'accurata delineazione delle transazioni, considerando: a) il settore industriale di operatività

¹²⁷ Identifica la rettifica in aumento degli utili imponibili di una società a seguito di operazioni transfrontaliere con imprese associate poiché ritenute non conformi al principio di libera concorrenza.

¹²⁸ Acronimo di *Mutual Agreement Procedure*.

¹²⁹ Direttiva sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale dell'Unione Europea.

¹³⁰ Ovvero un aggiustamento, ai fini fiscali, del prezzo di trasferimento di una transazione controllata al fine di assicurare il rispetto del principio di libera concorrenza.

delle parti; b) l'analisi funzionale; c) l'analisi delle caratteristiche economicamente rilevanti della transazione avendo riguardo sia alla forma che alla sostanza.

Gli Articoli 9 e 10 sono dedicati ai metodi applicabili alle transazioni infragruppo. In particolare: l'Articolo 9 elenca i metodi previsti dalle Linee Guida OCSE¹³¹, mentre l'Articolo 10 pone la regola per la scelta del metodo, che deve essere quello più appropriato alle circostanze del caso (*most appropriate method rule*).

L'Articolo 11 introduce la necessità della *comparability analysis* (l'analisi di comparabilità) al fine di confrontare le condizioni di una transazione controllata, con quelle che sarebbero state stabilite nel caso in cui la transazione si fosse svolta tra parti indipendenti.

L'Articolo 12 determina quello che deve essere considerato quale intervallo di libera concorrenza ai fini della proposta di Direttiva, ossia l'intervallo entro il quale il parametro (i.e., indicatore di profitto - *profit level indicator*) della transazione può considerarsi conforme al principio di libera concorrenza e non può essere soggetto a rettifiche. La proposta di Direttiva lo individua espressamente in quello compreso nell'intervallo interquartile¹³².

L'ultimo articolo del capitolo II, l'Articolo 13, è dedicato alla documentazione sui prezzi di trasferimento e rimette alla Commissione UE l'onere di stabilire con atti successivi dei modelli cui uniformare i futuri documenti, di stabilire i requisiti linguistici degli stessi e di individuare quali contribuenti devono attenersi a tali modelli.

Il capitolo III consta del solo Articolo 14, che stabilisce l'applicazione del principio di libera concorrenza secondo quanto declinato nelle Linee Guida OCSE.

Il capitolo IV, come anticipato, è dedicato alle disposizioni finali, tra cui quella dell'Articolo 20 sulla trasposizione della Direttiva (una volta approvata) negli ordinamenti

¹³¹ Il Comparable Uncontrolled Price Method (CUP), il Resale Price Method (RPM), il Cost-Plus Method (CPM), il Transactional Net Margin Method (TNMM) e il Profit Split Method (PSM). Tutti trattati precedentemente. La proposta di Direttiva prevede, altresì, che è consentito il ricorso a qualsiasi altro metodo e tecnica di valutazione per la stima del prezzo di libera concorrenza a condizione che: a) nessuno dei metodi sopra citati sia appropriato o applicabile tenuto conto delle circostanze del caso; b) il metodo o la tecnica di valutazione prescelti siano coerenti con il principio di libera concorrenza e forniscano una stima più attendibile rispetto a quella che potrebbe essere fornita con l'applicazione dei metodi tradizionali e transazionali previsti dalle Linee Guida OCSE.

¹³² L'intervallo compreso tra il 25° ed il 75° percentile. Cfr. D. FUXA e G. FERRISI, *La proposta UE sul transfer pricing accoglie gli standards OCSE e il principio di libera concorrenza*, in *il fisco*, n. 40, 2023, p. 3803 ss.

degli Stati membri entro il 31 dicembre 2025, al fine di dare applicazione delle disposizioni comunitarie a partire dal 1° gennaio 2026.

5.1 La pianificazione fiscale internazionale

La globalizzazione economica, il libero movimento di persone e capitali, il trasferimento delle imprese, in particolare delle basi produttive, verso località a basso costo, e gli sviluppi della tecnologia e delle comunicazioni hanno significativamente alterato il modo di operare delle imprese multinazionali. Questi cambiamenti hanno reso necessario per le aziende adattarsi a un ambiente competitivo sempre più complesso e dinamico.

Secondo il Rapporto OCSE "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*" (BEPS), per un'impresa multinazionale la competitività si traduce nella capacità di vendere "i migliori prodotti al miglior prezzo", con l'obiettivo primario di aumentare i profitti e il valore per gli azionisti. Per raggiungere questo obiettivo, le imprese tendono naturalmente a localizzare i loro investimenti dove la redditività è più elevata. Variabili come il livello di tassazione, i principi che governano il sistema fiscale di un determinato Paese e le modalità operative delle amministrazioni fiscali sono determinanti che possono influenzare notevolmente la redditività di un'impresa e le sue decisioni di investimento.

La pianificazione fiscale internazionale emerge quindi come uno strumento cruciale per ottimizzare il carico fiscale complessivo, con lo scopo di creare valore per gli azionisti. Questa pianificazione funge da ponte tra due momenti distinti dell'analisi strategica:

L'analisi della fiscalità e dell'ordinamento legislativo dello Stato di residenza della casa madre (sede principale) del gruppo: Questo include la valutazione delle leggi fiscali nazionali, delle normative e delle politiche governative che possono influenzare la gestione fiscale e la pianificazione strategica del gruppo a livello globale. Lo studio delle caratteristiche fiscali dei singoli Stati in cui il gruppo intende investire o già opera: Questa analisi comporta una comprensione approfondita delle specificità fiscali, economiche e

legali di ciascun Paese, inclusi i trattati fiscali internazionali, le aliquote d'imposta, gli incentivi fiscali e le pratiche amministrative.

La realizzazione pratica di una strategia fiscale globale richiede diversi passaggi fondamentali: Allineamento strategico della variabile fiscale con gli obiettivi del top management: La fiscalità deve essere considerata una componente strategica integrata nei piani aziendali complessivi, supportando gli obiettivi di crescita, redditività e competitività dell'impresa. Minimizzazione dell'imposizione fiscale consolidata: Questo obiettivo viene raggiunto attraverso scelte gestionali mirate a garantire un'allocazione efficiente delle risorse finanziarie. Le imprese devono adottare strategie che permettano di ridurre l'onere fiscale complessivo mediante l'ottimizzazione delle strutture societarie, l'uso efficiente dei trattati fiscali, la pianificazione delle transazioni internazionali e l'implementazione di politiche di transfer pricing coerenti con le linee guida internazionali.

In sintesi, la pianificazione fiscale internazionale non è solo una questione di riduzione delle imposte, ma un elemento strategico che richiede un'analisi approfondita e un coordinamento continuo tra le diverse giurisdizioni in cui un'impresa opera. Questo approccio consente alle imprese multinazionali di rimanere competitive, rispettare le normative fiscali locali e internazionali e creare valore sostenibile per gli azionisti.

I Paesi hanno sempre considerato la pianificazione fiscale una pratica legittima. Tuttavia, nel corso del tempo, queste strutture di pianificazione fiscale sono diventate sempre più sofisticate, evolvendosi in ciò che oggi viene definito "pianificazione fiscale aggressiva". Questo tipo di pianificazione riduce l'importo delle tasse dovute attraverso operazioni legali, ma che contravvengono all'intento delle leggi fiscali.

Le strutture di pianificazione fiscale aggressiva possono causare distorsioni nella determinazione del reddito imponibile delle società che fanno parte di gruppi multinazionali. La ricerca esclusiva di vantaggi fiscali da parte delle imprese multinazionali preoccupa le

amministrazioni fiscali, che vedono erodersi la base imponibile a causa dell'uso di tali strutture di tax planning.

Negli ultimi anni, l'OCSE ha intensificato i suoi sforzi per combattere la pianificazione fiscale aggressiva, istituendo l'“*Aggressive Tax Planning Steering Group*”, un sottogruppo del “*Working Party no. 10 on Exchange of Information and Tax Compliance*”¹³³. Questo gruppo si dedica specificamente allo sviluppo di politiche e strategie per contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva.

Allo stesso modo, la Commissione europea ha adottato iniziative simili. Nell'ultimo anno, ha pubblicato linee guida operative e raccomandazioni per combattere la frode fiscale, l'evasione fiscale, la pianificazione fiscale aggressiva e l'uso di paradisi fiscali. Questi sforzi mirano a creare un sistema fiscale più equo e trasparente, in cui le imprese siano tenute a pagare una giusta quota di tasse nei Paesi in cui operano e generano valore.

I lavori dell'OCSE in tema di erosione della base imponibile e di spostamento dei profitti hanno condotto all'aggiornamento delle Transfer Pricing Guidelines dell'OCSE (pubblicate, nella versione aggiornata, nel luglio 2017) avente ad oggetto la disciplina dei prezzi di trasferimento.

In particolare, le Azioni 8-10 del BEPS Action Plan si sono poste l'obiettivo di allineare le suddette Guidelines OCSE al mutato contesto economico e alle attuali strutture poste in essere dalle imprese multinazionali, la cui articolazione spesso favorisce la possibilità di erosione della base imponibile nonché il conseguente spostamento dei profitti derivanti dalle

¹³³ “The OECD’s work in this area focuses on helping governments to respond more quickly to tax risks, to identify trends and patterns already identified and experienced by some tax administrations, and to share experiences in dealing with them. The timely sharing of such information assists governments in understanding new schemes, facilitates their detection, and enables countries to adapt their risk management strategies and identify successful legislative and administrative responses. Recent projects include reports on corporate losses in the banking sector and beyond, on disclosure initiatives and on hybrid mismatch arrangements. The work is supported by the OECD Aggressive Tax Planning Directory and through seminars and workshops”. Cfr. “OECD’s work on Aggressive Tax Planning” <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/atp.htm>.

transazioni intercorse nell'ambito dei gruppi multinazionali (in particolare nell'ambito del settore dell'economia digitale).

In particolare, l'OCSE ha ravvisato un disallineamento tra il Paese di tassazione dei redditi imponibili ed il Paese in cui viene "creato" il valore connesso al rapporto infragruppo in esame.

Secondo le indicazioni dell'OCSE, le varie entità del gruppo multinazionale devono essere remunerate sulla base del valore che le stesse creano nello svolgimento delle proprie funzioni (valore generato dalla c.d. *Significant People Function*), tenendo in considerazione i rischi assunti e gli assets utilizzati dalle stesse nell'espletamento di tali funzioni¹³⁴.

Tutto questo ha portato alla direttiva sulla *global minimum tax* che fa parte di un'iniziativa internazionale coordinata dall'OCSE e dal G20 nota come il "*Pillar Two*" del progetto di riforma fiscale globale BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) culminato nell'anno 2021. Questa direttiva mira a stabilire un'aliquota fiscale minima globale del 15% per le multinazionali con ricavi superiori a 750 milioni di euro. L'obiettivo principale è combattere la concorrenza fiscale dannosa tra Paesi e garantire che le grandi imprese multinazionali paghino una quota equa di tasse indipendentemente da dove generano i loro profitti.

Attraverso il decreto legislativo n. 209 del 27 dicembre 2023, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 28 dicembre 2023, l'Italia ha recepito la Direttiva UE del 14 dicembre 2022 in materia di imposizione minima globale (*global minimum tax*), con l'obiettivo di garantire che i grandi gruppi multinazionali e nazionali siano soggetti a un livello di imposizione minima pari almeno al 15% sui redditi prodotti in ogni paese in cui operano. L'imposizione integrativa in Italia verrà prelevata attraverso tre modalità: un'imposta minima nazionale

¹³⁴ "BEPS publications have detected that this approach does sometimes give an unbalanced outcome in how profit is allocated. Situations which might be labelled as unbalanced in a BEPS context include:

(...)

intangibles structures without «people functions»: For example, by having Bermuda or Malta as legal owner of a brand claiming a royalty from all other group companies, while no active value creation happens in Bermuda or Malta will be challenged by tax authorities.

Commissionaires' structures with «significant people functions»: (...) challenge has been that some of the principal functions are being performed by the «people functions» on the commissionaires' payroll (...).

geographically fragmented "people functions" involved in intangibles management and risk management: management. For example, a pharmaceutical is running the 24 FTEs R&D department in a virtual manner, i.e. all board meetings are registered in Ireland, while all R&D «people functions» are working from different locations (...)" S. HUIBREGTSE, M. GRIGORYEVA, *Slicing the Pie – A quantitative Value Chain Analysis*, in BNA European Tax Service, 30 novembre 2016.

(“Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax – QDMTT”) da applicarsi alle entità italiane appartenenti a grandi gruppi, che scontano nel nostro Paese un’imposizione effettiva inferiore al 15%; l’imposta minima integrativa (“Income Inclusion Rule – IIR”), dovuta dalle controllanti riguardo alle imprese non localizzate in Italia (comprese le entità apolidi) a bassa imposizione; e l’imposta minima suppletiva (“Undertaxed Profits Rule – UTPR”) dovuta da una o più imprese di un gruppo multinazionale localizzate in Italia in relazione alle imprese facenti parte del gruppo presenti in altre giurisdizioni soggette a una bassa imposizione quando non sia stata applicata, in tutto o in parte, dalle controllanti in altri paesi. L’imposta minima nazionale è dovuta anche da gruppi nazionali, composti da imprese tutte localizzate in Italia, ed è determinata indipendentemente dalla quota di partecipazione da parte della controllante. Per il pagamento della QDMTT è prevista la responsabilità solidale e congiunta di tutte le imprese localizzate in Italia, con la facoltà per il gruppo di individuare l’impresa responsabile per il versamento dell’imposta. Inoltre, sono previsti regimi semplificati su opzione dell’impresa dichiarante, come l’esclusione de minimis per le imprese di gruppi multinazionali o nazionali situate in una giurisdizione con ricavi e redditi aggregati inferiori rispettivamente a 10 milioni di euro e a 1 milione di euro in media nel triennio. Sono inoltre previsti regimi di semplificazione transitori, denominati Transitional Country By Country Reporting Safe Harbor, per i primi tre anni di vigenza delle norme (periodi di imposta 2024, 2025 e 2026 per le società con esercizio solare), che presuppongono un’imposta integrativa pari a zero in una determinata giurisdizione se la presenza del gruppo è minima, il profitto non eccede una misura routinaria, o la tassazione effettiva calcolata in modo semplificato è almeno pari a determinate soglie crescenti nel tempo. Le nuove disposizioni in Italia decorrono dall’esercizio fiscale 2024, eccetto per l’imposta minima suppletiva, che sarà applicabile a partire dall’esercizio fiscale 2025.

6. Linee guida aziendali per la scelta del *transfer pricing*

Le linee guida seguite dalle multinazionali per il *transfer pricing* rappresentano una componente fondamentale della *governance* aziendale. Queste linee guida non solo garantiscono la conformità alle normative fiscali internazionali e nazionali, ma contribuiscono anche a una gestione più trasparente e efficiente delle operazioni infragruppo, riducendo il rischio di controversie fiscali e promuovendo la fiducia degli *stakeholders* nei confronti dell'impresa.

Come anzi spiegato, il principio del prezzo di libera concorrenza, accolto nei Rapporti OCSE, stabilisce che i prezzi applicati nelle transazioni commerciali e finanziarie tra imprese associate debbano essere equivalenti ai prezzi che sarebbero stati concordati tra imprese indipendenti in condizioni comparabili sul libero mercato. Autorevoli studiosi evidenziano che ciò definisce una nozione teorica di "valore normale" basata sul principio di libera concorrenza (*dealing at arm's length*), permettendo di riferirsi, nella determinazione del

reddito imponibile, al prezzo che, a parità di condizioni, sarebbe stato pattuito tra un compratore e un venditore indipendenti.

Le principali caratteristiche dell'*arm's length principle* possono essere individuate come segue:

- Analisi per singola operazione (transactional analysis): Il prezzo di trasferimento deve essere determinato con riferimento a una singola operazione.

- Comparazione: Si tratta della possibilità di confrontare la transazione tra imprese associate con un'altra operazione avente caratteristiche simili.

- Qualificazione civilistica del rapporto contrattuale: Valutare la natura giuridica del rapporto tra imprese associate.

- Condizioni di mercato: Il valore normale deve riflettere ciò che è convenuto nella prassi commerciale.

- Aspetto soggettivo delle imprese associate: La posizione competitiva dell'impresa sul mercato deve influire sulla determinazione del valore normale.

- Analisi funzionale: Nella determinazione del prezzo di libera concorrenza, non possono essere trascurati i differenti livelli delle funzioni svolte dalle imprese associate.

L'implementazione del principio del prezzo di libera concorrenza si basa sulla comparazione delle condizioni applicate in una transazione controllata con quelle pattuite tra operatori indipendenti. Affinché le transazioni possano essere considerate comparabili, è necessario che le condizioni economiche tra le prime e le seconde siano sufficientemente simili. Le linee guida OCSE sul transfer pricing identificano cinque fattori di comparabilità fondamentali per una selezione razionale della metodologia di pricing.

Di seguito sono delineate le caratteristiche principali di questi fattori di comparabilità che l'azienda prende in considerazione:

- Caratteristiche dei beni e dei servizi scambiati: Per beni materiali, è importante considerare la consistenza fisica, le qualità, la disponibilità e il volume delle forniture. Per i servizi, si valuta la natura e lo scopo del servizio. Per beni immateriali, si considerano la

forma della transazione (es. cessione o contratto di licenza), il tipo di bene (marchio, brevetto, *know-how*), la durata, il grado di protezione e i profitti attesi.

- Analisi funzionale: Il corrispettivo della transazione riflette il valore economico delle attività svolte da ciascuna impresa coinvolta, considerando i rischi assunti e gli asset impiegati. Le funzioni economiche possono includere design, produzione, ricerca e sviluppo, marketing, trasporto, finanza e direzione.

- Termini contrattuali: Questo fattore valuta l'osservanza delle condizioni pattuite tra le parti, in particolare la ripartizione degli oneri e dei benefici. È essenziale verificare la corrispondenza tra quanto concordato e quanto effettivamente avvenuto.

- Condizioni economiche: Le transazioni devono essere comparabili in mercati simili. Si considera la locazione geografica, l'ampiezza del mercato, la concorrenza, le regolamentazioni amministrative, i costi di produzione e trasporto, il livello del mercato (ingrosso o dettaglio) e il tempo delle transazioni.

- Strategie commerciali perseguite: I prezzi e i profitti possono variare a causa di diverse strategie aziendali per conquistare o difendere quote di mercato. La valutazione delle

strategie è importante per analizzare la ragionevolezza e la congruità dei costi sostenuti in relazione al ritorno economico atteso.

Questi fattori aiutano a determinare il grado di comparabilità e garantiscono che le transazioni intercompany siano valutate in modo equo e conforme ai principi di libera concorrenza, ottimizzando i risultati economici e riducendo il rischio di controversie fiscali.

CAPITOLO III: IL TRASNFER PRICING APPLICATO ALL'ACQUISIZIONE INGRAGRUPPO

1. CASE STUDY

Le pagine che seguono costituiscono parte di un approfondimento professionale nell'azienda dove attualmente sto svolgendo il mio tirocinio formativo e riguardano in particolare l'analisi della documentazione attestante le politiche sui prezzi di trasferimento.

L'obiettivo è quello di contribuire al presente lavoro di tesi con un'analisi di un caso concreto che in particolare riguarda i prezzi di trasferimento adottati in relazione ad un'acquisizione.

In particolare, lo scopo del documento che mi è stato consegnato è fornire linee guida sulla politica TP definita dal Gruppo X-1 per le principali transazioni infragruppo. Tali linee guida prevedono:

- i) Una descrizione delle transazioni infragruppo più rilevanti effettuate all'interno del Gruppo X-1 dopo l'integrazione del Gruppo Y e del Gruppo Z, come in seguito spigato.
- ii) Una descrizione della politica TP definita dal Gruppo X-1, inclusa la selezione e l'applicazione dei corrispondenti metodi TP sulla base delle Linee Guida OCSE.

L'analisi del documento sarà arricchita da una spiegazione pratica su come poi tali prezzi di trasferimento verranno calcolati per le singole operazioni, riportando anche altri esempi di

cui ho avuto modo di acquisire la documentazione grazie alla ricerca bibliografica che ho effettuato per il mio lavoro di tesi.

2.1 Descrizione generale del Gruppo multinazionale

Preliminarmente occorre fare una panoramica generale del gruppo di società in oggetto, per poi descrivere quali servizi offre sul mercato, come cambia la distribuzione di questi servizi a seguito dell'acquisizione e quali sono le politiche dei prezzi di trasferimento adottati per effetto di tale operazione.

Nel luglio 2021, il Gruppo X ha annunciato l'integrazione delle proprie attività commerciali nelle regioni A e B. Dal punto di vista giuridico, l'operazione è stata condotta attraverso l'acquisizione di Y, holding del Gruppo X con residenza nel Paese P, da parte di Z, che ha cambiato la propria denominazione legale in K (denominazione "X-1" adottata formalmente il 14 settembre 2021).

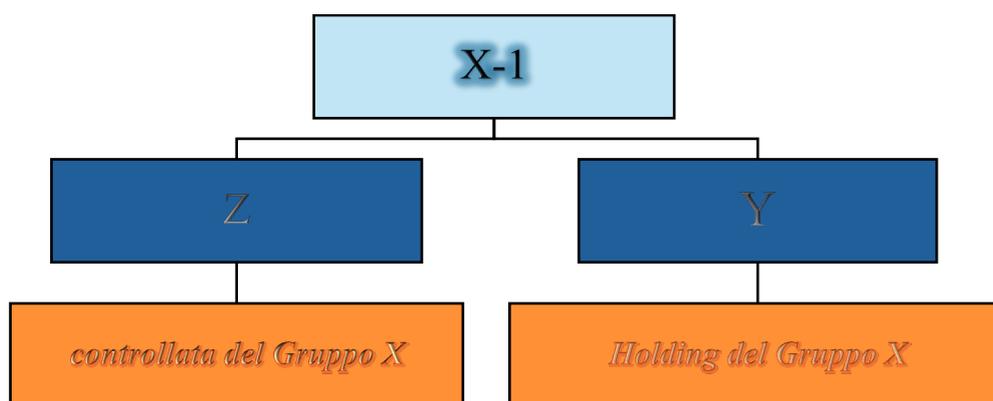


Figura 1. Struttura giuridica semplificata del gruppo X-1 a settembre 2021

A seguito della ristrutturazione giuridica, X ospita la direzione gestionale del Gruppo Z (con operazioni in A e B) e della storica Y (con operazioni in Paesi Q, R, S e T).

Da allora, il Gruppo X ha lavorato ampiamente nell'integrazione dei modelli TP dei gruppi precedenti, con l'obiettivo di iniziare le operazioni nell'ambito di una politica TP unificata a partire dall'anno fiscale 2022 (ovvero anno fiscale che inizia il 1 aprile 2022 e termina il 31 marzo 2023).

2.2 Operazioni infragrupo: Identificazione delle categorie omogenee scambiate

In relazione alle operazioni infragrupo sono stati identificati in via generale i seguenti segmenti di business, che rappresentano le corrispondenti categorie omogenee di beni e servizi scambiati tra le Società del Gruppo:

1) Transazioni commerciali, che includono le transazioni interaziendali da eseguire quando un'entità del Gruppo X-1 si impegna con un cliente non correlato ("il Cliente", non appartenente al Gruppo X-1) per l'esecuzione di un determinato progetto e richiede la

partecipazione/assistenza da una diversa entità del Gruppo X-1. Le transazioni commerciali sono suddivise nelle seguenti sottocategorie:

- Servizi standard: *Business Processes Outsourcing* (“BPO”)
- Infrastrutture gestione e funzionamento - Aumento del personale
- Servizi Premium I: Manutenzione e test delle applicazioni (“AM & Testing”)
- Servizi Premium II: Consulenza digitale e tecnologica -Integrazione di sistemi (“IT consulenza”)

2) Transazioni interne, che si riferiscono a quei servizi per uso interno all'interno del Gruppo X, senza relazione a progetti per clienti non correlati. In base alla natura dei servizi forniti, questi possono essere suddivisi in quattro diverse categorie:

- Servizi amministrativi di supporto aziendale continuativo (“servizi BSA”)
- Servizi strategici continuativi e servizi di supporto commerciale ad alto valore aggiunto (“Servizi strategici”)
- Servizi specifici
- Costi operativi da X Corporation

3) Operazioni di distacco, quando il personale distaccato è attinente a funzioni aziendali

4) Rimborso spese (*pass-through*)

3. I prezzi di trasferimento scelti per le singole operazioni

A questo punto le linee guida contenute nel documento rilevano quale politica dei prezzi di trasferimento è stata adottata per ciascun tipo di operazione e a tal fine, preliminarmente, si allega di seguito la scheda riepilogativa dei metodi adottati.

Transazione tipi	Sottocategoria	Categorie di servizi	Modelli contrattuali	Modelli della politica TP	Calcolo del TP
Transazione d'affari	Servizi di consulenza	1) BPO: Servizi Standard-Gestione e funzionamento dell'infrastruttura BPO e incremento del personale	Condivisione temporanea delle risorse (outsourcing)	RC\CP	<p>Costo diretto sostenuto dal Fornitore più un ricarico diverso a seconda del tipo di servizi forniti: i) BPO – 20%; ii) AM e test – 40%; e iii) Consulenza IT – 45%.</p> <p>Il ricarico del Fornitore correlato viene calcolato in base ai Margini contrattuali target da guadagnare nella vendita di un servizio specifico a un cliente terzo (RP).</p> <p>La remunerazione del Fornitore Correlato viene quindi calcolata sulla base dei costi stimati da sostenere più il ricarico (CP), convertito in tariffa oraria.</p>
		2) Servizi Premium I: Gestione delle Applicazioni (AM) e Testing	Servizi di consegna globale	RP	L'entità principale viene remunerata con il 5% dei ricavi ottenuti dal

					cliente per l'ambito del progetto subappaltato
		3) Servizi Premium II: Consulenza IT	Flusso completo verso il basso	RP	L'entità Prime è remunerata con l'1,5% dei ricavi ottenuti dal cliente
Transazioni interne	Servizi di costo	I servizi della BSA		TNMM	CD e CI sostenuti più un ricarico del 6%
		Servizi strategici		TNMM	CD e CI sostenuti più un ricarico del 10%
	Servizi specifici		A seconda del tipo di servizio		CD e CI sostenuti più un ricarico a seconda del tipo di servizio
	Costo operativo			TNMM	Costo sostenuto più una maggiorazione del 5%
Opzioni di distacco				A seconda della natura del Distaccato Dipendenti e/o la natura del trasferimento	Costi sostenuti più una maggiorazione (a seconda della natura dei dipendenti distaccati e/o dalla natura del trasferimento)
Spese di rimborso				COPPA\CP	Costi sostenuti (pass through) senza ricarico

Figura 2. Gruppo X-1 Riepilogo della politica TP e dei Metodi TP

Dalla scheda che precede si evince che l'azienda in questione ha adottato tre metodi per la scelta dei prezzi di trasferimento:

- i) Metodo del margine netto della transazione (TNMM),
- ii) Metodo del prezzo di rivendita (RP),
- iii) il metodo del costo maggiorato (CP).

Il metodo di valutazione dei prezzi di trasferimento noto come *Transaction Net Margin Method* (TNMM) è comunemente applicato nelle transazioni commerciali che coinvolgono venditori e distributori in un contesto di distribuzione piena (*Full-Fledged Distributors*, FFD). Questo metodo è particolarmente adatto quando i prezzi di trasferimento sono

direttamente correlati al volume delle vendite e riflettono le varie funzioni svolte e i rischi assunti dai partecipanti alla transazione.

Quando una società soggetta a valutazione svolge un'ampia gamma di funzioni, assume diversi rischi e mobilita risorse significative per sostenere i processi commerciali e distributivi, diventa essenziale considerare un approccio meno sensibile all'articolazione specifica delle funzioni. In altre parole, il grado di comparabilità richiesto tra le entità coinvolte può essere più flessibile.

Il TNMM si articola in diverse fasi per determinare i prezzi di trasferimento appropriati. Innanzitutto, si identifica un gruppo di società comparabili, indipendenti dalla società soggetta a valutazione, che operano in condizioni simili. Successivamente, si seleziona un indicatore di redditività operativa, quale l'EBIT (*Earnings Before Interest and Taxes*) o l'EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization*), e lo si rapporta al valore delle vendite.

Questo indicatore viene quindi calcolato per ciascuna delle società comparabili, determinando così un intervallo di valori. All'interno di questo intervallo, viene selezionato un valore obiettivo che può essere rappresentato dalla media, dalla mediana o da un altro valore che si ritiene ragionevole.

Secondo il Decreto del 14 maggio 2018 del Ministero dell'Economia e Finanze, già citato, l'intervallo di valori ottenuto è considerato conforme al principio di libera concorrenza se si basa su un numero sufficiente di operazioni non controllate, ciascuna delle quali è paragonabile all'operazione controllata oggetto di valutazione.

Infine, i prezzi di acquisto vengono fissati in modo che il distributore appartenente al Gruppo raggiunga l'obiettivo di redditività selezionato all'interno dell'intervallo identificato. Questo processo viene iterato annualmente, aggiornando l'indicatore finanziario calcolato

sul gruppo di società comparabili per tener conto delle variazioni nel mercato e nelle condizioni economiche, come si può vedere dalle tavole che seguono:

ALFA Distribution - conto economico				
TESTED PARTY		FY 2023		FY 2023 TP Adjustment TNMM
		ricavi	1200	
	Costo del venduto	-900		-860
	Gross Margin	300	25%	340
	Costi commerciali e generali	-120		-120
	EBTDA	180	15%	220
	Amm.ti, svalutazioni ed altri acc.ti	-80		-80
	EBIT	100	8%	140

Figura 3. “Tavola n. 2 Conto Economico della Tested Party e rettifiche prezzi TNMM”¹³⁵

COMPARABLES	FY 2022	Ricavi	Gross Margin	Gross Margin %	OPEX	OPEX %	EBTDA	EBTDA %	EBIT	EBIT %
	X Co.		5000	1550	31%	650	13%	900	18%	900
Y Co.		1900	460	24%	160	8%	300	16%	200	11%
Z Co.		2200	700	32%	250	11%	450	20%	300	14%
W Co.		500	140	28%	60	12%	80	16%	50	10%
media								18%		13%
mediana								17%		12%

TESTED PARTY	FY 2022	Ricavi	Gross Margin	Gross Margin %	OPEX	OPEX %	EBTDA	EBTDA %	EBIT	EBIT %
	ALFA Distr.		1200	300	25%	120	10%	180	15%	100
TESTED PARTY ADJUSTED										
ALFA Distr.		1200	340	28%	120	10%	220	18%	140	12%

Figura 4. “Tavola n. 3 - Selezione comparables e intervallo redditività ammissibili”¹³⁶

Le società comparabili possono essere individuate tramite banche dati commerciali oppure scegliendo competitors ben noti che si avvicinano alla *Tested Party* per struttura organizzativa. I criteri utilizzati per valutare la comparabilità delle società *benchmark*

¹³⁵ In S. PALESTINI, *I prezzi di trasferimento nella organizzazione commerciale dei Gruppi multinazionali: metodologia e casi*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 4, 1 aprile 2024, p. 65.

¹³⁶ *Ibidem*.

includono: i) Caratteristiche dei beni o dei servizi offerti. ii) Analisi delle funzioni svolte. iii) Condizioni contrattuali. iiiii) Condizioni economiche. iiiiii) Strategie aziendali.

Dopo un'attenta analisi, sono state identificate quattro società comparabili e si è deciso di utilizzare l'EBIT rispetto al fatturato come indicatore economico *benchmark*. Questo indicatore è meno sensibile alle differenze nelle funzioni svolte e nelle modalità di acquisizione delle immobilizzazioni (ad esempio, acquisti con ammortamenti o leasing con canoni).

Per definire la redditività operativa di confronto, si è scelto di utilizzare la mediana, poiché rappresenta un indicatore di posizione più centrale rispetto alla media. La mediana degli EBIT delle società comparabili è risultata essere del 12%, mentre l'EBIT della *Tested Party* è dell'8%. Di conseguenza, i prezzi di acquisto della merce pagati alla società consociata devono essere ridotti di circa il 4% (Tavola 2) per raggiungere la redditività mediana dei comparables.

Tuttavia, è necessario approfondire ulteriormente l'analisi poiché il peso degli OPEX e degli ammortamenti sul fatturato potrebbe non riflettere completamente la complessità delle funzioni svolte dalle società benchmark e dalla *Tested Party*. In particolare, alcune funzioni di supporto alle vendite potrebbero non essere direttamente proporzionali al fatturato, e i costi fissi potrebbero comportarsi in modo diverso in base al volume di produzione¹³⁷. Pertanto, l'ampiezza delle funzioni svolte, espressa in termini di OPEX e ammortamenti

¹³⁷ I costi aumentano “a gradoni” rispetto all’aumento del fatturato, cioè per ampi intervalli di fatturato i costi rimangono costanti per poi posizionarsi improvvisamente ad un livello più alto dove rimangono costanti nonostante prosegua l’aumento delle vendite. Cfr. *Ibidem*, p. 66.

rispetto al fatturato, potrebbe essere sottovalutata per le società che registrano fatturati inferiori (Tavola 3).

ALFA Distribution - conto economico					
		FY 2023		FY 2023 TP Adjustment TNMM	
TESTED PARTY	ricavi	1200		1200	
	Costo del venduto	-900		-860	-4%
	Gross Margin	300	25%	340	28%
	Costi commerciali e generali	-120		-120	
	EBTDA	180	15%	220	18%
	Amm.ti, svalutazioni ed altri acc.ti	-80		-80	
	EBIT	100	8%	140	12%

Figura 5. Selezione *comparables* e intervallo redditività ammissibili

Nel caso in cui il distributore coinvolto nell'operazione di trasferimento dei prezzi fosse impegnato in un'attività più semplice, potenzialmente qualificabile come distributore a rischio limitato o distributore, si potrebbe considerare l'utilizzo del *Resale Price Method* (RPM), noto anche come Metodo del Prezzo di rivendita esaminato nel capitolo precedente. L'azienda ha scelto tale metodo per i servizi di consulenza.

Il *Resale Price Method* si concentra sul prezzo al quale un prodotto viene acquistato da un'impresa associata per essere successivamente rivenduto a un soggetto terzo, indipendente dall'azienda stessa. Il principio fondamentale di questo metodo è ridurre il prezzo di rivendita in modo tale da ottenere un margine lordo adeguato. Questo margine dovrebbe coprire non solo i costi commerciali associati alla vendita, ma anche altre spese operative e consentire all'azienda di realizzare un profitto ragionevole, tenendo conto dei rischi connessi e delle funzioni svolte nel contesto dell'operazione.

Il prezzo di rivendita, una volta ridotto del margine lordo, può essere considerato come il prezzo di trasferimento che sarebbe stato applicato in una transazione tra imprese non

associate, purch  siano state effettuate eventuali correzioni o aggiustamenti necessari, come ad esempio per i diritti doganali o le differenze nei costi di trasporto.

L'individuazione del margine lordo appropriato dipende dalle specifiche circostanze dell'azienda soggetta a valutazione (la cosiddetta *Tested Party*). Questo margine pu  essere identificato anche se la *Tested Party* effettua transazioni con terzi, utilizzando lo stesso margine anche per le transazioni con le imprese associate, a condizione che siano state fatte le dovute considerazioni e gli eventuali aggiustamenti necessari.

Tuttavia, l'applicazione pratica del *Resale Price Method* pu  incontrare alcune difficolt . In primo luogo,   spesso complesso applicare questo metodo a singoli prodotti o famiglie di prodotti, poich  richiede una valutazione dettagliata dei costi e dei margini per ciascun articolo. Inoltre, le societ  distributive considerate pi  adatte a questo metodo di solito non operano con transazioni sia verso terzi che con imprese associate in modo parallelo, il che pu  rendere difficile l'identificazione e l'applicazione di un margine lordo coerente e rappresentativo.

Nella pratica operativa, quando ci si trova di fronte alla sfida di individuare il margine lordo per ogni singolo articolo, spesso si ricorre all'analisi degli aggregati di bilancio. Questo approccio consente di ottenere un margine lordo di rivendita basato su dati complessivi e aggregati, anzich  su una valutazione dettagliata di ogni singolo prodotto. In sostanza, si guarda al quadro generale delle performance finanziarie e operative dell'azienda, anzich  concentrarsi sulle singole linee di prodotti.

Questo metodo ha una somiglianza con il *Transaction Net Margin Method* (TNMM), che utilizza un margine lordo calcolato a livello del conto economico complessivo dell'azienda. Tuttavia, anzich  focalizzarsi sui singoli indicatori di redditivit  operativa, come avviene nel TNMM, qui si opera su un margine lordo derivante dall'analisi degli aggregati di bilancio.

L'analisi degli aggregati di bilancio richiede un'attenta valutazione dei dati finanziari e operativi complessivi dell'azienda, piuttosto che concentrarsi esclusivamente sui dettagli dei singoli prodotti. Questo metodo presuppone un elevato grado di comparabilit  delle funzioni svolte dalle imprese coinvolte nell'operazione di trasferimento dei prezzi. Si basa sull'ipotesi

che la struttura dei costi operativi, espressa come percentuale delle vendite, e quindi le funzioni svolte, siano simili tra le imprese comparabili e la *Tested Party*.

Nelle Tavole nn. 4 e 5, vengono presentati esempi di come questo approccio viene implementato per determinare i prezzi di trasferimento. Queste tabelle mostrano dati aggregati relativi ai margini lordi di rivendita delle imprese comparabili. Questi dati aggregati vengono quindi utilizzati per stabilire un margine lordo di riferimento, che viene applicato alle transazioni tra imprese associate.

Questo metodo offre un vantaggio nell'analisi dei prezzi di trasferimento, semplificando il processo e riducendo la necessità di valutare dettagliatamente ogni singolo prodotto. Tuttavia, è essenziale garantire un'adeguata comparabilità delle funzioni e delle condizioni operative delle imprese coinvolte, al fine di ottenere risultati affidabili e accurati.

ALFA Distribution - conto economico					
		FY 2023		FY 2023 TP Adjustment RPM	
TESTED PARTY	ricavi	1200		1200	
	Costo del venduto	-900		-845	-6%
	Gross Margin	300	25%	355	30%
	Costi commerciali e generali	-120		-120	
	EBTDA	180	15%	235	20%
	Amm.ti, svalutazioni ed altri acc.ti	-80		-80	
	EBIT	100	8%	155	13%

Figura 6. “Tavola n. 4 - Conto Economico della Tested Party e rettifiche prezzi RPM”¹³⁸

¹³⁸ S. PALESTINI, *I prezzi di trasferimento nella organizzazione commerciale dei Gruppi multinazionali: metodologia e casi*, cit., p. 67.

COMPARABLES	FY 2022	Ricavi	Gross Margin	Gross Margin %	OPEX	OPEX %	EBTDA	EBTDA %	EBIT	EBIT %
	X Co.	5000	1550	31%	650	13%	900	18%	900	18%
	Y Co.	1900	460	24%	160	8%	300	16%	200	11%
	Z Co.	2200	700	32%	250	11%	450	20%	300	14%
	W Co.	500	140	28%	60	12%	80	16%	50	10%
	media			29%				18%		13%
mediana			30%				17%		12%	

TESTED PARTY	FY 2022	Ricavi	Gross Margin	Gross Margin %	OPEX	OPEX %	EBTDA	EBTDA %	EBIT	EBIT %
	ALFA Distr.	1200	300	25%	120	10%	180	15%	100	8%
TESTED PARTY ADJUSTED	ALFA Distr.	1200	355	30%	120	10%	235	20%	155	13%

Figura 7. “Tavola n. 5 - Selezione comparables e intervallo margini rivendita ammissibili”¹³⁹

In effetti, anche quando si utilizza l'analisi degli aggregati di bilancio per determinare i prezzi di trasferimento, può essere necessario rettificare gli acquisti della società distributrice al fine di allineare il margine lordo (*Gross Margin*) alla mediana di questo stesso indicatore calcolato sulle aziende concorrenti. Questo assicura che i prezzi di trasferimento riflettano adeguatamente le dinamiche di mercato e garantiscano un trattamento equo tra le imprese associate.

- Il metodo del costo maggiorato (CP) è stato scelto per la condivisione temporanea delle risorse (alternativamente al prezzo di rivendita). In base alle Transfer Pricing Guidelines dell'OCSE, il metodo Cost Plus considera i costi (diretti e indiretti) sopportati dal fornitore dei beni materiali nel corso di una transazione controllata tra imprese associate. Al costo di produzione è successivamente aggiunto un margine di ricarico appropriato (Cost Plus Mark Up) calcolato in relazione alle funzioni svolte (considerati i beni utilizzati e i rischi assunti)

¹³⁹ *Ibidem.*

e alle condizioni di mercato, in modo tale da determinare il prezzo di libera concorrenza.

Secondo l'OCSE, tale metodo risulta più attendibile nei seguenti casi:

- quando l'oggetto di scambio è rappresentato da semilavorati;
- quando le parti correlate abbiano concluso accordi di fornitura a lungo termine;
- quando la transazione controllata riguarda una prestazione di servizi.

Nel caso di specie si tratta proprio della prestazione di servizi, e precisamente dei servizi di consulenza.

La politica TP definita dal Gruppo x-1 per remunerare il Fornitore correlato ai sensi del II modello contrattuale di *Temporary Resource Sharing (Outsourcing)* si basa sui seguenti principi:

- Nel calcolare il prezzo per il Progetto, l'entità Prime applica diversi Margini Contrattuali (ovvero margini target da guadagnare nella vendita di un servizio specifico a un cliente terzo) a seconda del tipo di risorsa coinvolta (ovvero, risorse proprie di l'entità Prime, le risorse in subappalto, ecc.). Ai fini delle operazioni infragruppo oggetto di analisi nella presente policy, l'attenzione sarà posta sulle "Risorse subappaltate" (ma, per completezza, verranno forniti i margini target di seguito per ciascuna categoria di risorse);
- L'entità Prime applicherà lo stesso margine contrattuale target ("CM") per tutte le risorse subappaltate, indipendentemente dal fatto che si tratti di risorse correlate (precedentemente definite "Fornitori correlati"; ovvero entità x-1) o risorse non correlate (ovvero fornitori di servizi di terze parti).

Questo approccio facilita l'entità Prime nell'applicare CM target simili a soggetti correlati e non correlati risorse subappaltate, generando quindi comparabili interni ai fini dei prezzi di trasferimento. Il gruppo x-1 verificherà periodicamente che i CM target siano ragionevolmente allineati con i CM reali.

4. Analisi pratica del CUP

Nel caso di prodotti fungibili e società commerciali estremamente semplici, come commissionari o agenti, in cui il livello di comparabilità è particolarmente elevato, può

essere presa in considerazione l'adozione della metodologia del CUP (*Comparability of Uncontrolled Prices*). Questo metodo prevede il confronto tra il prezzo delle transazioni controllate e i prezzi per transazioni comparabili osservabili sul mercato.

Tuttavia, ci sono due aspetti fondamentali da considerare quando si applica il metodo CUP: è importante valutare attentamente se ci sono aspetti non comparabili tra la transazione di mercato e quella infragruppo. In caso affermativo, è necessario apportare degli aggiustamenti appropriati per rendere le transazioni confrontabili. È essenziale che le società associate dispongano di transazioni di acquisto o di vendita verso terzi che possano essere utilizzate come riferimento per determinare i prezzi di trasferimento infragruppo. Questi prezzi, una volta adeguati con gli opportuni aggiustamenti, diventano i prezzi di trasferimento infragruppo. Se tali transazioni non sono disponibili, è possibile utilizzare la versione "esterna" del CUP, che si basa su listini prezzi pubblicamente disponibili, come commodities, mercati finanziari o listini prezzi delle Camere di Commercio. In conclusione, l'adozione del metodo CUP richiede una valutazione attenta delle transazioni e delle condizioni di mercato, nonché la disponibilità di dati affidabili e confrontabili per garantire risultati accurati e conformi alle normative fiscali e di trasferimento dei prezzi.

La metodologia del CUP utilizzando come riferimento direttamente i listini prezzi pubblicamente disponibili, è particolarmente adatta a beni e servizi standardizzati, in cui gli operatori sono *price takers* e adattano le loro strategie organizzative e funzionali in base ai prezzi di mercato e all'efficienza produttiva. In questo contesto, il focus principale è sulla comparabilità del prodotto rispetto a quelli per i quali sono disponibili listini prezzi pubblici, considerando anche eventuali differenze nelle clausole contrattuali rispetto a quelle utilizzate per formare i listini (CUP esterno).

Le difficoltà nell'individuare listini di riferimento possono essere superate tramite l'applicazione del CUP interno. In questo caso, il prezzo che rappresenta una transazione tra soggetti indipendenti viene ottenuto quando si verificano sia transazioni intra-gruppo che con soggetti terzi. Sebbene i listini prezzi di riferimento siano disponibili all'interno del

Gruppo, è necessario condurre un'analisi più approfondita della comparabilità, poiché potrebbero sussistere differenze nelle clausole contrattuali o nei mercati di riferimento.

Una delle ipotesi più classiche, ad esempio, è un produttore italiano operi la distribuzione direttamente sul mercato tedesco mentre per mezzo della società *Alfa Distribution* su quello francese. La sfida principale riguarda la gestione del prezzo di trasferimento rispetto a due diversi mercati finali, il che richiede l'applicazione di aggiustamenti attraverso l'analisi delle differenze nei prezzi di mercato finale.

Il processo pratico del CUP interno può essere suddiviso nei seguenti passaggi:

- Individuazione del mercato più simile. Si identifica il mercato più simile a quello francese in cui sono presenti clienti o distributori terzi, ad esempio il mercato tedesco.
- Calcolo della differenza percentuale. Si calcola la differenza percentuale tra i prezzi di vendita praticati al cliente finale dal distributore indipendente tedesco e il distributore consociato francese.
- Applicazione delle differenze di prezzo. Tale differenziale di prezzo viene quindi applicato al prezzo praticato dal distributore indipendente tedesco per ottenere il prezzo di vendita dal produttore al distributore francese appartenente al Gruppo.

In altre parole, per tener conto delle differenze tra i mercati, si confrontano i prezzi finali di vendita praticati sul mercato tedesco dal distributore indipendente con quelli sul mercato

francese gestito dal distributore interno del gruppo e si applica la differenza al prezzo di vendita praticato sul mercato tedesco come illustrato nella tavola che segue:

Prezzo	Tipologia Listino
0,55	prezzo cliente finale GER
0,49	prezzo cliente finale FRA
10,9%	Delta
0,45	prezzo di vendita a distributore terzo GER
0,40	prezzo di vendita a distributore terzo FRA
	prezzo di trasferimento

Figura 8. “ Tavola n. 6 - CUP interno *adjustment* per comparabilità del mercato”¹⁴⁰

Una volta risolte le differenze tra i due mercati di sbocco, è essenziale analizzare se esistono discrepanze, soprattutto a livello di termini contrattuali, tra la cessione effettuata alla società francese consociata e quella al distributore indipendente tedesco. Questa analisi contrattuale rivela delle differenze significative nelle clausole di compravendita tra la transazione infragruppo e quella con terzi, nonostante entrambi operino allo stesso livello di distribuzione. Riassumendo i punti chiave presenti nella Tavola n. 7:

La società del gruppo beneficia di una maggior dilazione nei termini di pagamento rispetto al distributore terzo. Di conseguenza, il suo prezzo di acquisto infragruppo (cioè il prezzo di trasferimento) deve essere aumentato per riflettere questa dilazione nei pagamenti.

La società del gruppo sopporta parte dei costi di trasporto, mentre per il distributore indipendente questi costi sono inclusi nel prezzo. Pertanto, il prezzo di acquisto infragruppo

¹⁴⁰ S. PALESTINI, *I prezzi di trasferimento nella organizzazione commerciale dei Gruppi multinazionali: metodologia e casi*, cit., p. 69.

(prezzo di trasferimento) deve essere ridotto per tenere conto di questa differenza nei costi di trasporto.

La società del gruppo ha il diritto di rendere, entro certi limiti, la merce invenduta senza sostenere il rischio di magazzino. Questo diritto comporta un aumento del prezzo di trasferimento rispetto a quello praticato al distributore indipendente.

In sintesi, queste differenze contrattuali richiedono una revisione del prezzo di trasferimento tra la società del gruppo e la sua consociata in Francia al fine di garantire un trattamento equo e conforme alle condizioni di mercato e alle clausole contrattuali in vigore.

ELABORAZIONE PREZZI TRASFERIMENTO					
ANALISI COMPARABLE					
Caratteristiche Comparable					
Comparable:	Listino Y Distribution				
Tipo di Attività:	Chimica				
Mercato:	GERMANIA				
Prezzo "Y Sales"	0,55				
Prezzo "Y Sales" adjusted per comparabilità mercati	0,4				
Comparazione Termini Contrattuali delle forniture					
	Comparable: Y Sales (GER)	Tested Party: ALFA Distribution (FRA)	Rettifiche Prezzi	Commenti	
Termini pagamento	30gg	75gg	(2)	0,6%	Si calcolano gli interessi 5% sulla differenza tra i giorni di dilazione applicati al "comprable" e alla "tested party". Aumento prezzo trasferimento.
Costi Trasporto	0	3,33%		-3,3%	I costi di trasporto della tested party riducono il prezzo verso la società indipendente in quanto quest'ultimo li comprende. Riduzione prezzo trasferimento.
Diritto di Reso	15,00%	0		15,0%	I termini di acquisto del "comprable" prevedono il diritto al "reso" mentre la "tested party" non dispone di tale trattamento più favorevole. Il dato è una stima basata sullo storico dei clienti terzi "comprables". Aumento prezzo trasferimento
Comparazione Mercato					
N/A	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Totale				12,3%	
Listino Tested Party				0,44	

Figura 9.” Tavola n. 7 - CUP interno *adjustment* per comparabilità termini contrattuali”¹⁴¹

¹⁴¹ S. PALESTINI, *I prezzi di trasferimento nella organizzazione commerciale dei Gruppi multinazionali: metodologia e casi*, cit., p. 70.

5. Considerazioni conclusive

Dopo un'analisi approfondita della politica dei prezzi di trasferimento adottata dal Gruppo X-1, emergono diverse considerazioni significative che riflettono un approccio strategico e dettagliato alla gestione delle transazioni intragruppo.

In primo luogo, va sottolineata l'importanza della ristrutturazione giuridica del Gruppo X per integrare le attività commerciali delle società Y e Z. Questa mossa strategica ha richiesto un'ampia pianificazione e coordinamento, evidenziando il desiderio del Gruppo X-1 di consolidare le sue operazioni sotto una politica unificata di prezzi di trasferimento. Tale unificazione non solo semplifica la gestione delle transazioni all'interno del gruppo ma può anche contribuire a garantire la coerenza e la trasparenza nei rapporti con le autorità fiscali.

Una volta identificate le diverse categorie di transazioni intragruppo, il Gruppo X-1 ha adottato un approccio mirato per determinare i prezzi di trasferimento appropriati. Questo approccio differenziato, che prevede l'uso di metodi come TNMM, RPM e CP in base alle caratteristiche specifiche di ciascuna transazione, dimostra una comprensione approfondita delle dinamiche di mercato e delle funzioni svolte dalle società coinvolte. Ad esempio, l'adozione del TNMM per le transazioni commerciali riflette la necessità di considerare un'ampia gamma di funzioni e rischi, mentre l'uso del RPM per le transazioni interne mette in evidenza l'importanza di garantire una redditività adeguata attraverso il margine lordo di rivendita.

L'attenzione al dettaglio evidenziata nella politica dei prezzi di trasferimento del Gruppo X-1 si estende anche all'analisi comparativa delle società benchmark e all'aggiornamento periodico delle politiche. Questo approccio riflette l'impegno del Gruppo X-1 a garantire la conformità con i principi di libera concorrenza e a evitare controversie fiscali. La valutazione delle società benchmark, insieme all'aggiornamento regolare delle politiche di prezzi di trasferimento, dimostra una volontà costante di assicurare che le transazioni intragruppo

siano valutate in modo equo e trasparente, riducendo al minimo il rischio di controversie fiscali.

In sintesi, la politica dei prezzi di trasferimento del Gruppo X-1 rappresenta un esempio di buone pratiche nell'ambito della compliance fiscale e della gestione delle transazioni intragruppo. La sua adozione di un approccio dettagliato e differenziato evidenzia una comprensione approfondita delle dinamiche di mercato e delle migliori pratiche di settore, fornendo un quadro chiaro e accurato per la determinazione dei prezzi di trasferimento in conformità con le normative nazionali e internazionali.

CONCLUSIONI

Il transfer pricing costituisce indubbiamente una delle complessità fiscali più rilevanti per le imprese multinazionali, poiché interseca variabili di natura economica, legale e fiscale. Nel corso del tempo, questa tematica è emersa come uno dei principali punti di attenzione sia per le aziende che per le autorità fiscali, in quanto le transazioni tra le società affiliate all'interno di gruppi multinazionali spesso si prestano a manipolazioni volte a ridurre l'imposizione fiscale.

Uno dei principali problemi risiede nella determinazione dei prezzi di trasferimento, cioè il costo addebitato da una società a un'altra all'interno del gruppo per beni, servizi o proprietà intellettuale. Sebbene il principio guida sia quello di stabilire questi prezzi come se le transazioni avvenissero tra entità indipendenti ("*arm's length principle*"), nella pratica ci sono numerose sfide nell'applicare questo concetto in modo coerente e accurato.

Una delle principali preoccupazioni è la possibilità che le società utilizzino deliberatamente politiche di *transfer pricing* aggressive per spostare profitti verso giurisdizioni fiscali più favorevoli, riducendo così la loro esposizione fiscale complessiva. Questo è particolarmente evidente nei casi in cui una società registra profitti in paesi con bassi tassi fiscali, mentre attribuisce costi o perdite a giurisdizioni con tassi fiscali più elevati.

A complicare ulteriormente la questione, vi è la mancanza di uniformità tra le giurisdizioni nazionali nell'interpretare e applicare il principio dell'*arm's length*. Le differenze nelle leggi fiscali nazionali, insieme alla mancanza di linee guida internazionali vincolanti, possono creare un ambiente di incertezza per le imprese multinazionali, che devono navigare tra le diverse normative fiscali mentre cercano di garantire la conformità e gestire i rischi.

Le autorità fiscali, consapevoli di queste sfide, hanno adottato politiche sempre più rigorose nei confronti delle pratiche di transfer pricing aggressive. Ciò si traduce in una

maggior attenzione da parte delle autorità fiscali nell'esaminare le transazioni tra società affiliate e nell'attuare misure volte a prevenire il *profit shifting*.

Tuttavia, mentre le autorità fiscali cercano di contrastare le pratiche abusive, è importante anche riconoscere che il *transfer pricing* è un elemento fondamentale della gestione aziendale per le imprese multinazionali. La determinazione dei prezzi di trasferimento non è solo una questione fiscale, ma anche una decisione economica e strategica che influisce sulle prestazioni finanziarie complessive del gruppo.

Di conseguenza, le imprese multinazionali devono sviluppare approcci sofisticati per gestire il transfer pricing in modo efficace e conforme alle normative fiscali. Questo richiede non solo competenze tecniche avanzate nel campo della fiscalità internazionale, ma anche una comprensione approfondita delle dinamiche commerciali e delle strategie aziendali.

In conclusione, il transfer pricing rimane una delle sfide fiscali più complesse per le imprese multinazionali. Sebbene siano state adottate diverse misure per contrastare le pratiche abusive, è probabile che questa tematica continuerà a richiedere l'attenzione sia delle imprese che delle autorità fiscali nel futuro anche prossimo.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANO G., *Razionalizzazione della fiscalità delle operazioni straordinarie*, in *Il fisco*, n. 15, 17 aprile 2023, p. 1413 ss.
- ANDRIOLA M., *Il trattamento tributario delle operazioni straordinarie societarie e il loro nuovo “ruolo servente” al tax planning*, in *L’impatto dell’IRES sulla pianificazione fiscale delle imprese*, Ipsoa, 2006, p. 346 ss.
- ANDRIOLA M., *Le riorganizzazioni aziendali dalla riforma Visco alla riforma Tremonti. Il loro impatto sulla pianificazione fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2005, p. 117 ss.
- ANGELICI C., *Diritto commerciale*, I, Bari, 2002.
- BERTOLOTTI A., *Scissione di società*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, a cura di De Nova, Roma-Bologna, 2015, p. 26 ss.
- BIANCHI L.A., *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Milano, 2002.
- BONFANTE, COTTINO, *L’imprenditore*, in *Tratt. Cottino*, I, Padova, 2001.
- BUFFA DI PERRERO, *Sub art. 2500 c.c.*, in *Commentario Marchetti*, Milano, 2008.
- CAGNASSO O. - BONFANTE A., *La trasformazione*, in *Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1990.
- CAGNASSO, *Le Sezioni unite sugli effetti della fusione: un ritorno al passato?*, in *Le Società*, 2021, 11, 1204.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell’impresa*, Torino, 2003.
- CANNAVALE U., LOFFREDO F., NALDI F., *Arm’s lenght range: luce in fondo al tunnel?*, in *Fisc. e Comm. Int.*, 2020, 5, p. 13 ss.
- CAVANNA, *La trasformazione delle società*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, *Impresa e lavoro*, II, 16, Torino, 2008.
- CETRA, *Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»*, in *Liber amicorum Gian franco Campobasso*, 4, Torino, 2007.
- DE PETRIS G., *La “metamorfosi” del transfer pricing nel prisma della libertà di stabilimento: fra depotenziamento dell’arm’s lenght e attuali criticità dell’ordinamento italiano*, *Giurisprudenza e attualità in materia tributaria*, in *Riv. dei Dottori Commercialisti*, 4/2020, p. 643 ss.

DI SABATO F., *Cessione di azienda e cessione di pacchetti di riferimento: appunti per una riflessione sulla prassi contrattuale*, in *Sillogie in onore di Giorgio Oppo, Il contratto*, II, Padova, 1992.

DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 759

DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le sezioni unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*, in *Società*, 2006, p. 459 ss.

ESCALAR G., *Rettifiche dei prezzi di trasferimento, contrasto dell'abuso ed esimente delle valide ragioni commerciali*, in *Corr. Trib.*, 2020, 10, p. 861 ss.

FANTOZZI A., LUPI R., *Le società per azioni nella disciplina tributaria*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1993, vol. 9**.

FERRI G. SR., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1991.

FERRI G.B., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1951.

FERRO LUZZI P., *L'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985.

FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I.

FUXA D. e FERRISI G., *La proposta UE sul transfer pricing accoglie gli standards OCSE e il principio di libera concorrenza*, in *il fisco*, n. 40, 2023, p. 3803 ss.

GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore, Le società*, Bologna, 2008.

GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1963.

GUERRERA F., *commento all'art. 2499 cod. civ.*, in P. ABBADESSA e G. PORTALE, *Le società per azioni*, Tomo I Codice civile (artt. 2325-2435 ter), D. lg. 17 gennaio 2010, n. 39 (artt. 1-20), Milano, 2016.

GUERRERA F., *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA.VV. *Diritto delle Società*, 2012, Milano.

HUIBREGTSE S., GRIGORYEVA M., *Slicing the Pie – A quantitative Value Chain Analysis*, in BNA European Tax Service, 30 novembre 2016.

LOBEFARO O., *La neutralità fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria*, San Giuliano Milanese, 2014.

LUPI R., *La "straordinarietà" come denominatore comune di istituti giuridici e comportamenti economici tipologicamente differenziati*, in R. LUPI, D. STEVANATO (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002.

LUPI R., *La specificazione legislativa del concetto di reddito, i riferimenti civilistici e le operazioni straordinarie*, in AA.VV. (a cura di R. Lupi, D. Stevanato), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002.

LUPI R., *Partecipazioni sociali e dividendi nel reddito d'impresa*, in Crovato-Lupi, *Il reddito d'impresa. Concetti strutturali, collegamenti sistematici e approfondimenti operativi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2002, pp. 346 ss.

MAGLIULO, *La scissione delle società*, Milano, 2012.

MAISTO G., *Il progetto di rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, p. 383.

MAISTO G., *Il Transfer price nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova, 1985, p. 115.

MALTONI -TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2005.

MALTONI, *Forme di scissione e disciplina applicabile*, in *Trasformazione, fusione e scissione*, diretto da Serra, Torino, 2014, p. 760 ss.

MALTONI, *La disciplina della scissione "asimmetrica": ambito applicativo e funzione del consenso individuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 781 ss.

NOTARI, *La scissione non proporzionale con concambio di tutte le azioni di alcuni soci della società scissa (Parere pro veritate)*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 794 ss.

PALESTINI S., *I prezzi di trasferimento nella organizzazione commerciale dei Gruppi multinazionali: metodologia e casi*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 4, 1 aprile 2024, p. 65 ss.

PETTARIN G.G., *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, 1992, p. 73 ss.

SALVADEO S., TEDESCHI G., *Le operazioni straordinarie e la gestione dei processi di acquisizione*, Milano, 2012.

SANDRI, *Fusioni e proprietà industriale*, in *Contratto e impr.*, 1991, p. 657 ss.

SANTAGATA C., *La fusione tra società*, Napoli, 1964.

SANTAGATA C., *Le fusioni*, in *Trattato Portale*, Torino, 2005.

SARALE M., *Le Trasformazioni*, in M. AIELLO, T. CAVALIERE, M. CAVANNA, S. A. CERRATO, M. SARALE, *Le operazioni societarie straordinarie*, 2011, Padova, pp. 329 ss.

SCARDULLA F., *La trasformazione e la fusione delle società*, Milano, 2000, p. 315.

SCOGNAMIGLIO G., *Scissione: forme, funzioni ed effetti. Scissione: il procedimento e le tutele*, in AA.VV., *Società di capitali, Operazioni straordinarie. Patrimoni destinati. Liquidazione ed estinzione*, 2019, Milano.

SERRA A., *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., 17, III, Torino. 1995.

SMANIOTTO E., *Operazione di cessione d'azienda. Profilo fiscale della cessione d'azienda*, in *One Fiscale*.

SPADA, *Diritto commerciale. II. Elementi*, Padova, 2009.

SPOLIDORO -SERRA, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994.

VALENTE P., *Manuale del transfer pricing*, Ipsoa, 2021.

VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004.

VISENTINI B., *La fusione tra società*, Roma, 1942.

ZIZZO G., *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, XI ed., Padova, 2015.

Giurisprudenza

Trib. Milano, 6 ottobre 2000, in *G. it.*, 2001, p. 1679; Trib. Roma, 29 luglio 1994, in *Riv. not.*, 1996, p. 277 ss.; Trib. reg. Toscana, Sez. XVII, 8 gennaio 2002, n. 130; Cass., 24 luglio 2013, n. 17955; Trib. Brescia, 14.6.1996, in *Foro padano*, 1997, I, p. 111 ss.; T.A.R. Lombardia Milano, 24.3.2011, n. 786; Cass., 26.1.2012, n. 1085; Trib. Cassino, 1.2.2012, in *Dir. e prat. lav.*, 2013, p. 11 ss.; Cass., 21.11.1968, n. 3780, in *Foro it.*, 1969, I, 1243; ; Cass., 23.7.1983, n. 5112, in *Rep. Foro it.*, 1983, *Azienda*, 282, n. 3; Cass. 30 maggio 2000,

n. 7196; Cass. 10 ottobre 2008, n. 24913; Cass., 8.9.2005, n. 17927; Cass., 22.12.2004, n. 23804; Cass., 13.12.1996, n. 11149; Cass., 9.8.1991, n. 8678; Cass., S.U., 1.10.1993, n. 9802, in *Massime*, 1993; Cass., S.U. ordinanza 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Rivista del Notariato*, 2006, 1136, con nota di SCALABRINI-TRIMARCHI e con nota di MACRÌ-PELLIZZERI, in *Vita Notarile*, 2006, 1, p. 125 ss.; Cass. S.U. 30 luglio 2021, n. 21970 con nota di MAGLIULO, *Clamoroso revirement della Cassazione sulla natura giuridica della fusione*, in *Le società*, 2021, 5, p. 513 ss.; Cass. 22 marzo 2010, n. 6845, in *Red. giust. civ. mass.*, 2010, 3; Cass. civ., sez. I, 16 febbraio 2007, n. 3695, in *giust. civ.*, 2008, 10, p. 2261 ss.; Cass. civ., sez. I, 19 ottobre 2006, n. 22489, in *giust. civ. mass.*, 2006, 11.; Trib. Udine, 6 ottobre 2000, in *Società*, 2000, p. 200; Trib. Napoli, 12 febbraio 1994, *ivi*, 1994, p. 1378; Trib. Napoli, 14 ottobre 1993, *ibidem*, p. 251; Trib. Alba, 9 maggio 1994, in *Riv. not.*, 1995, p. 1561; App. Torino, 16 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 390; Cass., 29 novembre 1968, n. 3852, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 711; Cass., 3 novembre 2000, n. 14383, in *Diritto e giust.*, 2000, f. 43-44; Cass., 26 luglio 1996, n. 6757, in *Mass. giur. it.*, 1996; Cass. 10 aprile 1968, n. 1078, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 197 ss.; App. Lecce, 16 luglio 1962, in Corti Bari, Lecce e Potenza, 192, p. 390; App. Milano, 4 maggio 1993, in *Società*, 1993, p. 1229; Trib. Milano, 27 marzo 1996, in *Notariato*, 1997, p. 191, con nota di F. LAURINI, *In tema di omologazione degli atti societari*; Trib. Milano, 6 giugno 1994, in *Riv. not.*, 1996, p. 298 ss.; Trib. Milano, 22 settembre 1995, in *Società*, 1996, p. 803 con nota di C. SANTAGATA, *Partecipazione alla fusione di società in liquidazione*; Cass., 25 novembre 2004, n. 22236, in *Giur. it.*, 2005, p. 1183; Cass., 27 gennaio 1994, n. 833, in *Società*, 1994, p. 611, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 470, con nota di VALERIO, *Natura giuridica della fusione: fenomeno successorio o modificazione dell'atto costitutivo?*; Cass., 20 aprile 2002, n. 5754, in *Società*, 2002, p. 1084; Cass., 26 luglio 2000, n. 9796, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1286, con nota di TARZIA; Cass., 25 ottobre 1977, n. 4565, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 352; Trib. Udine, 25 ottobre 1973, in *Dir. fall.*, 1974, II, p. 168; Trib. Mantova (ord.), 18 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 75; Cass., 20 agosto 2004, n. 16368, in *Mass. giur. it.*, 2004; Trib. Novara, 21 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, p. 1184; Cass., 25 novembre 2004, n. 22236, in *Giur. it.*,

2005, p. 1183; Cass., 6 maggio 2005, n. 9432, in *Mass. giur. it.*, 2005; App. Roma, 27 gennaio 2005, in *Società*, 2006, p. 195, con nota di CIVERRA.