

UNIVERSITA' LUIGI BOCCONI

Dottorato di Diritto Internazionale dell'Economia

**CRITERI PER LA DETERMINAZIONE DEI PREZZI DI
TRASFERIMENTO INFRA-GRUPPO**

Tesi di:

Mario d'Avossa
Matricola: 46532

Relatore: Chiar.mo Prof. Carlo Garbarino

Anno Accademico: 2005-2006

INDICE

INDICE	2
--------------	---

Parte I: I prezzi di trasferimento ed analisi delle transazioni comparabili

I. GRUPPI MULTINAZIONALI, STRATEGIE E FISCALITA' DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO	7
------------------------------------------------------------------------------------	---

A. Alcune nozioni base relative ai gruppi di imprese	7
1. La nozione di gruppo multinazionale.....	7
2. Il concetto di "gruppo" nel diritto societario italiano.....	9
3. La struttura operativa dei gruppi multinazionali	15

B. Lo scenario fiscale in cui si collocano i gruppi	22
1. Cenni sulla concorrenza fiscale fra Stati	22
2. Le misure sovra-nazionali di armonizzazione dei sistemi fiscali	24

C. Strategie dei gruppi, delocalizzazione e catena del valore.....	32
1. Relazioni commerciali fra società che fanno parte di gruppi multinazionali	32
2. Delocalizzazione delle attività produttive	34
3. Dalla delocalizzazione delle attività produttive alle ristrutturazioni della catena del valore ...	37

D. Introduzione alle problematiche dei prezzi di trasferimento all'interno dei gruppi di imprese	45
1. La nozione di prezzo di trasferimento e l' <i>arm's length principle</i>	45
2. Obiettivi connessi alla gestione dei prezzi di trasferimento	48
3. Cenni sulla disciplina sostanziale.....	49

E. Sintesi ed obiettivi dello studio, analisi di comparabilità, determinazione del metodo più idoneo e individuazione dei margini di profitto di riferimento	56
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

II. ANALISI DI COMPARABILITA'	60
-------------------------------------	----

A. I diversi gradi di comparabilità	60
-------------------------------------------	----

B. Schemi di conto economico di riferimento.....	63
--------------------------------------------------	----

C. Gerarchia dei metodi e comparabilità delle transazioni.....	66
----------------------------------------------------------------	----

D. I fattori di comparabilità.....	70
------------------------------------	----

E. Metodologie per l'analisi di comparabilità	73
1. L'analisi delle funzioni aziendali, dei flussi, e dei rischi economico-finanziari delle società in verifica	73
2. Aggiustamenti nei casi di differenze fra i fattori di comparabilità.....	78
3. La società campione (<i>tested party</i>)	81

4. La caratterizzazione delle entità.....	82
-------------------------------------------	----

Parte II: Individuazione del metodo più idoneo e definizione del prezzo di trasferimento

III. INDIVIDUAZIONE DEL METODO PIÙ IDONEO NELLE TRANSAZIONI DI BENI MATERIALI 88

A. Gerarchia dei metodi.....	88
1. L'approccio OCSE e "best method rule" USA.....	88
B. Il metodo tradizionale basato sul confronto del prezzo.....	93
C. I metodi tradizionali basati sul confronto dei margini.....	97
1. Metodo del costo maggiorato (<i>Cost plus</i>).....	97
2. Il metodo del prezzo di rivendita.....	99
3. Applicazione dell'analisi delle funzioni aziendali per l'individuazione del metodo più idoneo	103
D. Analisi di comparabilità e scelta fra Cost Plus e prezzo di rivendita.....	106
1. Aspetti introduttivi.....	106
2. Individuazione del metodo più idoneo e relativi profili di rischio.....	107
3. Individuazione del metodo più idoneo e caratterizzazione delle entità.....	113
4. Strutture tipiche di gestione dei rischi legati all'attività aziendale.....	115
E. I metodi basati sull'utile netto della transazione.....	118
1. Il Transactional Net Margin Method (TNMM).....	119
2. Metodo di ripartizione degli utili (Profit Split).....	130
F. Gli approcci non at arm's length.....	137
1. La predeterminazione di margini non variabili.....	137
2. Il "Formulary Apportionment".....	140

IV. INDIVIDUAZIONE DEL METODO PIÙ IDONEO NELLE TRANSAZIONI DI BENI IMMATERIALI 145

A. Aspetti introduttivi.....	145
1. Le diverse tipologie di beni immateriali.....	147
2. Rilevanza dell'analisi delle funzioni aziendali.....	153
B. Individuazione del metodo più idoneo nelle cessioni di beni immateriali a titolo definitivo	155
C. Individuazione del metodo più idoneo nei contratti di licenza.....	158
1. Metodo del confronto del prezzo (CUP).....	158
2. Metodo del prezzo di rivendita.....	165
3. Metodo del <i>cost plus</i>	167
4. Transactional Net Margin Method (TNMM).....	168
5. Profit Split.....	172
D. Le transazioni di beni immateriali su base pluriennale.....	175
1. I "periodic adjustments".....	175

E. I "Cost Sharing Agreements"	178
1. Problematiche generali.....	178
2. Metodologie d'allocazione.....	181
3. "Buy in" e "Buy out" payments.....	183
F. Problematiche legate all'attribuzione della proprietà dei beni immateriali.....	188
1. Ricerca e sviluppo su contratto.....	189
2. Spese di marketing dei distributori.....	190

V. INDIVIDUAZIONE DEL METODO PIÙ IDONEO NELLE TRANSAZIONI DI SERVIZI..... 194

A. Le "Management fees"	194
1. Criteri per la deducibilità delle management fees.....	195
2. La determinazione dei riaddebiti in conformità all' <i>arm's length</i> principle.....	197
3. Modalità per determinare correttamente la base dei costi di ogni servizio reso.....	207
B. Altre tipologie di servizi infra-gruppo	209
1. I Finanziamenti infra-gruppo.....	210
2. Le garanzie sui crediti.....	214
3. Cenni sui servizi finanziari.....	217

VI. ANALISI ECONOMICA..... 221

A. Definizione del prezzo di trasferimento delle operazioni in verifica come fase successiva all'individuazione del metodo più idoneo.....	221
1. Identificazione di un campione di società potenzialmente comparabili.....	223
B. Selezione degli indicatori di profittabilità.....	225
1. Problematiche di comparabilità e coerenza dei dati finanziari.....	229
C. Gli aggiustamenti nei metodi basati sul confronto dei profitti netti.....	233
1. I riferimenti presenti nella Circolare n. 32 del 1980 e nelle Linee Guida OCSE.....	233
2. Gli aggiustamenti sul capitale circolante.....	235
D. Scelta del valore da applicare alla transazione in verifica.....	237
1. Il concetto di intera gamma dei valori nelle Linee Guida OCSE.....	237
2. L'"Inter-quartile range" nel sistema delle US Treasury Regulations.....	239
E. Le procedure di riconciliazione.....	246
1. Scostamenti temporali fra il momento di definizione dei prezzi di trasferimento e il momento di effettivo conseguimento delle marginalità attese.....	246
2. Uso di metodologie ibride.....	249

Parte III: La definizione delle politiche di prezzo nei rapporti con le autorità fiscali

VII. LA DOCUMENTAZIONE IN MATERIA DI PREZZI DI TRASFERIMENTO E LA GESTIONE INTERNAZIONALE DELLE CONTROVERSIE..... 255

A. Aspetti introduttivi.....	255
-------------------------------------	------------

B.	La documentazione preventiva per le transazioni infragruppo e l'onere della prova.....	259
C.	Approcci sovra-nazionali al problema della documentazione in materia di prezzi di trasferimento	265
1.	L'approccio delle Linee Guida OCSE	265
2.	L'approccio della "Pacific Association of Tax Administrators" (PATA) e gli obblighi documentali in relazione al cosiddetto "Transfer Pricing Documentation Package".	268
3.	Il "Joint European Transfer Pricing Forum": Il cosiddetto masterfile e la proposta di codice di condotta	270
D.	Approcci nazionali al problema della documentazione dei prezzi di trasferimento	280
1.	La documentazione obbligatoria "6662" negli Stati Uniti d'America.	280
2.	Obblighi documentali in Germania	282
3.	Obblighi documentali in altri Paesi.....	287
VIII. L'ELIMINAZIONE DELLA DOPPIA IMPOSIZIONE IN CASO DI RETTIFICA DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO		290
A.	Rettifiche corrispondenti e secondarie.....	291
B.	La procedura amichevole.....	292
C.	Cenni sulla Convenzione Arbitrale n. 436 in ambito Europeo	301
D.	Gli Advance Pricing Agreements ("APA").....	304
1.	Gli APA multilaterali come strumento internazionale preventivo di risoluzione delle controversie	307
E.	Introduzione di una forma di APA in Italia	310
F.	Brevi cenni sulla disponibilità degli APA in altri Paesi.....	318

Bibliografia

PARTE I

Prezzi di Trasferimento ed Analisi delle Transazioni Comparabili

I. GRUPPI MULTINAZIONALI, STRATEGIE E FISCALITA' DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO

A. ALCUNE NOZIONI BASE RELATIVE AI GRUPPI DI IMPRESE

1. La nozione di gruppo multinazionale

Come si vedrà nel prosieguo, per prezzi di trasferimento infra-gruppo si intendono i prezzi a cui beni e servizi vengono ceduti nell'ambito di transazioni commerciali fra società facenti parte del medesimo gruppo di imprese. In questa prospettiva, un'analisi delle transazioni e dei vari rapporti infra-gruppo non può prescindere dal fornire una definizione esaustiva di gruppo d'imprese da utilizzare come punto di riferimento nel corso dello studio.

Secondo un'ottica aziendalistica, il gruppo è un agglomerato di imprese giuridicamente distinte, ma economicamente vincolate in maniera durevole mediante l'azione di un unico soggetto economico che ha il potere di determinare l'indirizzo di gestione e nel cui prevalente interesse viene svolta l'attività d'impresa¹. Ciò significa che le imprese partecipate operanti nel contesto di gruppi, benché soggetti giuridici autonomi, hanno l'obbligo sostanziale di operare in conformità alle direttive della società capogruppo e di seguirne le indicazioni in un'ottica di collaborazione

¹ Cfr. Mario Cattaneo, *Economia delle aziende di produzione*, Milano, 1973 e Andrea Niutta, *Il finanziamento intragruppo*, Milano, 2000, pag. 21-25.

funzionale del tutto estranea ad imprese indipendenti². Questa collaborazione funzionale si palesa nella maggior parte dei casi in una gestione comune e coordinata dell'attività d'impresa in cui alcuni soggetti svolgono un ruolo preciso e delimitato nelle varie fasi economiche ed altri (le società capogruppo o le società responsabili di determinate aree geografiche) si occupano di coordinare e gestire l'attività del gruppo massimizzando la funzionalità dello stesso, sia da punti di vista economici, organizzativi, ambientali e finanziari, sia da un punto di vista di riduzione del carico fiscale complessivo.

In questo contesto, un gruppo si qualifica come "multinazionale" in relazione agli aspetti materiali della propria attività e dunque all'unità di direzione di un organismo economico operante in più Paesi a prescindere dalle forme giuridiche utilizzate per realizzare tale attività. In altre parole, all'unità materiale della struttura economica non corrisponde affatto un'unità formale dell'organizzazione giuridica. Al contrario, è proprio la pluralità delle società nazionali di diversi Paesi nei quali si esercita l'attività economica che caratterizza la vita e le vicende dell'impresa unica.³

In questa ottica, pur agendo nel rispetto delle politiche e delle strategie unitarie fissate dalla società capogruppo, le varie unità operative dei gruppi multinazionali sono influenzate nella loro gestione da diversi vincoli e dalle peculiari condizioni poste dai diversi sistemi giuridici, economici e socio-politico istituzionali in cui l'attività viene esercitata. In conseguenza, le caratteristiche fondamentali dei gruppi multinazionali sono da ricondurre a tre elementi principali: a) l'attività esercitata in diversi Paesi tramite unità operative giuridicamente autonome; b) la continuità delle operazioni e delle transazioni internazionali; c) le strategie e le politiche gestite in via unitaria dall'unico soggetto economico d'impresa con l'obiettivo di massimizzare la

²Cfr. in merito Lorenzo Corsini, *Servizi prestati all'interno di un gruppo di imprese: prezzo di trasferimento e ribaltamento costi*, in "il fisco" n. 36 del 7 ottobre 2002, pag. 1-5732 e Giovanbattista Palombo, *Imposizione di gruppo, sconti commerciali tra capogruppo e controllate e disciplina del transfer pricing*, Il Fisco n. 40 del 3 novembre 2003, pag. 1-6248.

³ Teoria esposta fra gli altri da Alberto Santa Maria in *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, pag. 245 e 246.

convenienza delle opportunità offerte dalle diversità nei sistemi giuridici, economici e fiscali dei vari Paesi⁴.

In questa ultima caratteristica si identifica la differenza sostanziale tra le imprese nazionali e le imprese multinazionali. Mentre, infatti, le prime sono alla ricerca delle condizioni ottimali per la realizzazione di determinate attività economiche in un'ottica nazionale, l'impresa multinazionale ha la possibilità di operare la propria scelta fra le diverse ipotesi di maggior favore che le si offrono, eludendo ogni obbligo indiretto che possa importare effetti negativi in relazione a ogni singola operazione⁵. Questa attitudine delle imprese multinazionali a muoversi nelle pieghe degli ordinamenti si traduce nell'acquisizione da parte delle imprese stesse di un cosiddetto vantaggio economico di base nei confronti di tutte quelle imprese che operano esclusivamente in un mercato nazionale. In sostanza, le soluzioni adottate dalle imprese multinazionali possono avere l'effetto di porre nel nulla disposizioni di norme imperative contenute nei singoli ordinamenti (all'interno dei quali le imprese operano) e tale fenomeno ha assunto negli anni una dimensione tale per cui non si può disconoscere l'esistenza di imprese che godono di una vera e propria facoltà di abuso⁶.

2. Il concetto di “gruppo” nel diritto societario italiano

L'appartenenza di una società ad un gruppo, pur essendo normalmente fonte dei vantaggi appena menzionati (se si parla di gruppo multinazionale) e di altri vantaggi legati alla possibilità di realizzare economie di scale ed altre sinergie, genera solitamente complessi problemi giuridici. In particolare, le problematiche legate ai gruppi di società fanno solitamente riferimento alla tutela dei soci di minoranza e dei creditori delle società controllate e, pertanto, possono avere notevoli riflessi anche in

⁴ Cfr. in merito Marco Fabio Pulsioni, *I gruppi di imprese nazionali e multinazionali*, Milano, 2000, pag. 4 e 5.

⁵ Cfr. in merito Carlo Garbarino, *La tassazione dei redditi di impresa multinazionale*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da Victor Uckmar, Padova, 1999, pag. 188 e 189.

⁶ Cfr. Alberto Santa Maria, op cit., pag. 261 e 262.

materia di prezzi di trasferimento. In altre parole, nei gruppi di società è più che mai necessaria una tutela preventiva volta ad assicurare un'ampia informazione a coloro che sono già coinvolti nella vita del gruppo o che, comunque, possono avvicinarsi (soci, creditori sociali, dipendenti e risparmiatori) e, allo stesso tempo, una tutela tesa ad eliminare e ad impedire i danni illegittimamente causati a queste categorie di soggetti dalla società capogruppo nell'esercizio della sua attività di direzione e coordinamento⁷.

Nel campo dei prezzi di trasferimento infra-gruppo, il confine fra danni illegittimi e attività di direzione della capogruppo è in qualche circostanza difficilmente delineabile. E' di immediata evidenza, infatti, che gli interessi della casa-madre in questo campo siano spesso in netta contrapposizione con quelli di azionisti di minoranza e creditori, soprattutto quando la società filiale sia localizzata in un Paese a tassazione piena. In questa prospettiva, diviene necessaria una disciplina specifica per i gruppi di imprese che imponga obblighi di comunicazione da parte di chi è responsabile della direzione e del coordinamento del gruppo e che si aggiunga ad una disciplina fiscale che obblighi le imprese a determinare i prezzi di trasferimento in maniera coerente con parametri accettati internazionalmente.

La recente riforma del diritto societario introduce per la prima volta nell'ordinamento italiano una disciplina specifica dei gruppi di imprese. Pur nella diversità dei modelli e delle soluzioni prescelte, l'Italia si aggiunge a quei Paesi - come Germania e Portogallo - ove è prevista una normativa specifica del gruppo di società. In particolare, tale ambito della riforma pone ora alcuni limiti all'attuale squilibrio di forza che gioca a favore degli azionisti delle società controllanti rispetto a quelli delle società da queste controllate. Il primo elemento da sottolineare è che viene disciplinato solo il cosiddetto "gruppo di fatto", ossia l'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla capogruppo su una o più società in virtù di un rapporto di controllo. Si tratta dunque di una normativa che prescinde dal tipo societario, ossia dalla forma organizzativa assunta dall'impresa. Il legislatore, infatti, si è tenuto a

⁷ Cfr. Gustavo Olivieri, Gaetano Presti e Francesco Vella, *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2003 pag. pag. 335.

distanza dal dare una definizione di gruppo preferendo puntare la propria attenzione esclusivamente sui soggetti che esercitano la funzione di direzione e coordinamento⁸.

In particolare, per effetto del decreto legislativo n. 6 del 2003, è stato introdotto nel Titolo V (Delle società) del Libro V del Codice civile un nuovo Capo ("Direzione e coordinamento di società"), all'interno del quale sono dettate alcune disposizioni relative alla responsabilità del soggetto capogruppo verso il singolo socio e/o creditore della società controllata (articolo 2497), agli obblighi di pubblicità conseguenti all'appartenenza a un gruppo (articolo 2497-bis), alle ipotesi nelle quali viene riconosciuto il diritto di recesso al socio della società dipendente (articolo 2497-quater), alla disciplina dei finanziamenti infra-gruppo (articolo 2497-quinquies).

In sostanza, è opportuno sottolineare che dall'articolo 2497, comma 1, emerge il principio secondo cui la società o l'ente che esercitano l'attività di direzione e coordinamento devono agire nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. La violazione di detti principi espone la società o ente capogruppo ad una responsabilità per danni direttamente nei confronti dei soci della società dipendente per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori di questa per la lesione cagionata all'interno del patrimonio sociale.

La previsione di tale ipotesi di responsabilità è accompagnata, peraltro, dalla codificazione del principio già affermato in dottrina dei cosiddetti vantaggi compensativi in base al quale non vi è responsabilità allorché il danno risulta

⁸ Cfr. "Della Direzione e Coordinamento di Società", Antex News, Osservatorio Normativo del Lavoro, Rivista on-line, Ottobre 2004. E' comunque interessante considerare che per una definizione di gruppo di imprese si può fare riferimento al diritto comunitario e, più precisamente, dal Regolamento del Consiglio N. 696/1993 dove il gruppo di imprese è definito come "un insieme di imprese con legami giuridico - finanziari sotto il controllo di una capogruppo". Il gruppo di imprese può avere diversi centri decisionali, in particolare per quel che concerne la politica della produzione, della vendita, degli utili; esso può unificare certi aspetti della gestione finanziaria e della fiscalità. Esso costituisce un'entità economica che può effettuare scelte con particolare riguardo alle unità alleate che lo compongono".

mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento e ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette⁹.

In aggiunta, il legislatore della riforma ha disciplinato il gruppo non solo attraverso l'introduzione del nuovo Capo relativo alla direzione e coordinamento, ma anche attraverso l'introduzione all'interno delle norme riferite alla società per azioni, ossia nell'ambito di un modello societario di frequente impiego nei gruppi, di specifiche e significative disposizioni per l'ipotesi in cui la società faccia parte di un gruppo in posizione di dominante o dipendente. A questo proposito si possono ricordare l'obbligo degli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società o dalle sue controllate (articolo 2381), il potere riconosciuto al collegio sindacale della società controllante di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo e all'andamento generale dell'attività sociale (articolo 2403-bis) e la previsione, ai sensi della quale, se gli amministratori della controllante compiono gravi irregolarità nella gestione tali da poter arrecare danno alle società controllate, non solo una certa percentuale di soci, ma anche il collegio sindacale (o il comitato per il controllo sulla gestione) possono denunciare al tribunale le gravi irregolarità (articolo 2409).

Dunque, nel contesto normativo sinteticamente descritto lo "statuto organizzativo di una società di gruppo" è il risultato dell'applicazione congiunta di una pluralità di disposizioni. Più in particolare, trovano applicazione: a) le disposizioni generali applicabili a ogni società di gruppo, a prescindere dal tipo societario prescelto (articoli 2497 e seguenti); b) le disposizioni specifiche, ove previste, come nel caso, precedentemente esaminato, della "società per azioni di gruppo"; c) le disposizioni relative al singolo tipo adottato, eventualmente interpretate in funzione di una "società di gruppo" e comunque alla luce dei principi della disciplina di cui agli articoli 2497 e seguenti. Il quadro che emerge sembra effettivamente molto complesso. Se, infatti, la riforma sembra avere il merito indiscusso di arricchire lo

⁹ Cfr. Gustavo Olivieri, Gaetano Presti e Francesco Vella, "Il Nuovo Diritto delle Società", Bologna, 2003 pag. pag. 337 e pag. 338.

“statuto organizzativo di una società di gruppo”, grande è il ruolo che attende l'interprete nella ricostruzione della disciplina applicabile¹⁰. Dietro a questa scelta vi è la consapevolezza da parte del legislatore che, in presenza di una realtà economica e finanziaria sempre più articolata ed in continua evoluzione, il Codice del nuovo millennio non potrà sempre identificarsi in un sistema dettagliato e minuzioso di regole, ma dovrà più proficuamente limitarsi, almeno in alcuni casi, a fissare la cornice ed i principi generali di riferimento¹¹.

In aggiunta, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento è anche soggetta a obblighi di pubblicità e trasparenza. In particolare tali obblighi, a carico della società soggetta alla attività di direzione e coordinamento, sono:

- obbligo di indicazione negli atti e nella corrispondenza della società del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento;
- iscrizione, a carico degli amministratori della società soggetta a direzione e coordinamento, della società o ente che la esercita presso un apposita sezione del registro delle imprese (ma non è previsto un termine entro cui tale adempimento debba avere luogo né le eventuali sanzioni relative all'inadempimento);
- i dati essenziali del bilancio della società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento (ma anche qui manca una precisa indicazione in merito all'essenzialità) devono essere riportati nella nota integrativa della società che ne è soggetta;
- nella relazione sulla gestione, inoltre, gli amministratori devono indicare i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società soggette;

La relazione sulla gestione, inoltre, deve riportare le ragioni, gli interessi e le motivazioni, analiticamente dettagliate, che hanno portato a decisioni della società

¹⁰ Cfr. Francesco Abete, Antonio Dimundo, Lamberto Lambertini, Luciano Panzani, Adriano Patti, *“Gruppi, trasformazione, fusione, scissione, scioglimento e liquidazione, società estere”*, La Riforma del Diritto Societario, Milano, 2003, pag. 239-258.

¹¹ Cfr. Gustavo Olivieri, Gaetano Presti e Francesco Vella, op cit., pag. 338 e 339.

soggetta ad attività di direzione e coordinamento quando influenzate dal soggetto che la esercita.

La pubblicità prescritta costituisce un primo baluardo a tutela degli interessi dei soci di minoranza e, in generale, di tutti quei soggetti non direttamente coinvolti nell'amministrazione della società. Il mancato esercizio delle forme di pubblicità non impedisce comunque agli interessati il diritto all'azione di responsabilità così come disciplinata dall'articolo 2497 del codice civile. La norma, infatti, prevede la responsabilità della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento sia nei confronti dei soci per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sia nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale¹².

Infine, è di notevole interesse l'articolo 2497 *sexies* del codice civile laddove si prevede una presunzione relativa al fine di individuare la società o ente capogruppo che svolge l'attività di direzione e coordinamento. Sulla base di tale presunzione, si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalle società o enti tenuti al consolidamento del loro bilancio o che comunque le controllano ai sensi dell'articolo 2359.

In aggiunta, al secondo comma del medesimo articolo si prevede che le disposizioni previste nel Capo in discussione si applichino anche a chi esercita l'attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con la società medesima o sulla base di clausole dei loro statuti. In sostanza, vengono legittimati i contratti di collegamento fra società con i quali più società si assoggettano all'attività di direzione e coordinamento di una di esse, e la società capogruppo si obbliga ad esercitare tale attività nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale¹³.

¹² Cfr. *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Gastone Cottino, Guido Bonfante, Oreste Cagnasso e Paolo Montalenti, Zanichelli Editore, Torino 2004, commento a cura di Alberto Muratore pag. 2185 e seguenti.

¹³ Cfr. *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Gastone Cottino, Guido Bonfante, Oreste Cagnasso e Paolo Montalenti, op. cit., commento a cura di Alfonso Badini, pag. 2217 e seguenti e

3. La struttura operativa dei gruppi multinazionali

Una volta esaminate le nuove disposizioni specifiche previste dal codice civile in merito ai gruppi di imprese, è necessario comprendere come si configuri generalmente la struttura operativa di questi gruppi e quali siano le ragioni economico-finanziarie che abbiano nel tempo spinto le imprese ad associarsi e ad operare sotto forma di aggregati (in particolare di gruppi multinazionali). Innanzitutto è necessario partire dalle definizioni di gruppo che, sebbene mancanti nella nuova disciplina di diritto societario nazionale, sono comunque molteplici da un punto di vista economico-aziendalistico. In linea di principio, è possibile affermare che un gruppo di aziende sia la risultante di una pluralità di soggetti economici, giuridicamente autonomi l'uno dall'altro, operanti in rapporti di cooperazione reciproca sotto il controllo di un unico soggetto¹⁴.

Tuttavia, la nozione di gruppo di società, nella sua più estesa accezione, comprende due diversi fenomeni che vanno sotto il nome rispettivamente di gruppo orizzontale e gruppo verticale. Il gruppo orizzontale si basa su accordi paritetici fra più società, mentre il gruppo in senso verticale si basa su un rapporto di controllo fra due o più società¹⁵. Più in particolare, nelle imprese multinazionali integrate verticalmente i diversi stadi della produzione sono localizzati in luoghi diversi a seconda dei vantaggi di varia natura che si possono trarre nelle varie aree. Il rapporto tra le filiali, quindi, dipende dalla stadio di commercializzazione dei prodotti intermedi al momento del trasferimento.

Francesco Abete, Antonio Dimundo, Lamberto Lambertini, Luciano Panzani, Adriano Patti, *Gruppi, trasformazione, fusione, scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, La Riforma del Diritto Societario, Milano, 2003, pag. 287 e 288.

¹⁴ Cfr. Onida P., *Le dimensioni del capitale d'impresa.: concentrazioni, trasformazioni, variazioni del capitale*, Milano, 1951, pag. 103.

¹⁵ Cfr. Francesco Galgano, *I gruppi di società*, Le società, Trattato diretto da Francesco Galgano, Torino, 2001, pag. 11 e seguenti.

Nelle imprese multinazionali integrate orizzontalmente, invece, le attività produttive vengono effettuate in tutti i Paesi in cui la multinazionale è presente. La conseguenza è che il gruppo multinazionale si estende creando filiali che riproducono l'intera gamma di attività effettuate dalla casa-madre e i medesimi beni sono prodotti nei vari Paesi e commercializzati direttamente. Dal momento che la vendita avviene per il prodotto finito, la creazione di una filiale all'estero non comporta, generalmente, rilevanti vantaggi fiscali, ma può permettere di eludere barriere amministrative, ridurre i costi di trasporto e comprimere, in determinati casi, i costi del lavoro¹⁶. I vantaggi reali delle strutture orizzontali sono di carattere prettamente economico-operativo in quanto la creazione di una struttura clone della casa-madre permette al gruppo di essere più inserito nel mercato locale e più vicino alle richieste dei consumatori. In questa ottica, è frequente che i gruppi multinazionali optino per l'integrazione orizzontale allorché cerchino di evitare l'entrata nel mercato di altre imprese per ragioni di concorrenza.

Nell'ambito delle predette modalità alternative di integrazione, le imprese multinazionali tendono ad organizzare le proprie strutture manageriali secondo schemi e modelli differenti. Ad una integrazione del gruppo verticale corrisponde, generalmente, un modello gerarchico impostato su obiettivi di espansione dimensionale e di controllo di ogni fase del processo produttivo. Nell'ambito di questi modelli, più comuni nei casi di imprese in fase di prima espansione internazionale, la casa-madre assume un carattere prevalente sulle altre imprese occupandosi delle decisioni di carattere strategico, mentre le filiali che sono soggette a controlli e rappresentano la parte del sistema più strettamente operativo.

La crescita delle condizioni concorrenziali, l'innovazione tecnologica, la diminuzione degli intervalli di tempo tra progettazione e commercializzazione dei prodotti, le caratteristiche della globalizzazione finanziaria e della competizione globale hanno fatto sì che molto spesso le filiali nazionali si siano trovate ad avere condizioni di crescita e di efficienza anche superiori a quelle della casa-madre. Questa situazione ha

¹⁶ cfr. Luciano Vasapoli e Rita Martufi, *Le tendenze macroeconomiche nel processo di ristrutturazione capitalista*, 2000-2, Proteo Rivista on-line.

facilitato il passaggio da modelli di integrazione verticale a modelli d'integrazione orizzontale ed ha fatto sì che sempre più gruppi organizzassero strutture manageriali secondo modelli cosiddetto "reticolari".

Nel sistema reticolare la filiale diviene più importante creandosi una forte interdipendenza tra le diverse unità obbligate a cooperare senza usufruire dell'attività di coordinamento del centro. Si parla, infatti, di centro e di periferia per far risaltare la mancanza di un'impresa leader che organizzi e controlli le altre. Si crea, quindi, una sorta di "rete di impresa" costituita, in alcuni casi, anche da rapporti con partner che sono all'interno del Paese di insediamento¹⁷.

Queste situazioni hanno portato però alla proliferazione di gruppi multinazionali organizzati orizzontalmente ed operanti in maniera a tal punto non coordinata da far pensare a singole imprese nazionali legate solo da partecipazione azionarie e dall'utilizzo dei medesimi beni immateriali produttivi e, talvolta, commerciali. Queste strutture si sono rivelate in molti casi non efficaci anche a causa della duplicazione di molte funzioni svolte in tutte le imprese senza un'attività di coordinamento e direzione unitaria. In sostanza, duplicazioni di funzioni e relativi costi, non coordinamento delle attività manageriali e mancanza di una forma di direzione unitaria hanno condotto queste strutture quasi fino al collasso vincolando molti gruppi ad intere riorganizzazioni delle attività produttive e commerciali

A seguito di queste riorganizzazioni, la figura dominante la scena dell'economia contemporanea è quella del gruppo verticale di società operante sotto il controllo di una casa-madre o società capogruppo¹⁸. In questi contesti, a ciascuna delle società che compongono il gruppo corrisponde un distinto settore di attività o una distinta fase del processo produttivo o distributivo anche se l'insieme di queste attività viene ricondotto all'interno dell'unicità di intenti e dell'unità imprenditoriale del gruppo stesso.

¹⁷ Per quanto concerne la definizione di impresa reticolare, cfr. Luciano Vasapolli e Rita Martufi, op cit.

¹⁸ Cfr. Andrea Niutta, *Il finanziamento intragruppo*, Milano, 2000, Capitolo relativo al "Gruppo Piramidale come Modello Organizzativo dell'Integrazione Verticale tra Società", pag. 380-390.

L'elemento principale di queste strutture rimane la presenza di una società capogruppo che si può presentare con varie configurazioni giuridiche e con funzioni differenti. Vi possono essere, infatti, società capogruppo finanziarie (*holding* di gruppo) interessate alla gestione finanziaria globale delle attività del gruppo ed al controllo delle partecipazioni, società capogruppo operative (*corporate* di gruppo) che si occupano del coordinamento delle società operative e della definizione e raggiungimento degli obiettivi aziendali, oppure vi possono essere società capogruppo che si occupano di entrambe le funzioni¹⁹. Nulla esclude che un gruppo sia strutturato in modo da avere una società capogruppo controllante impegnata nella gestione dei servizi finanziari centrali ed una società capogruppo operativa impegnata nella gestione vera e propria dell'attività economico commerciale.

In aggiunta, in considerazione delle grosse dimensioni di diversi gruppi di società, è possibile che alcuni gruppi si strutturino in modo di avere una società capogruppo operativa a livello centrale e varie società capogruppo operative a livello regionale (cosiddette *sub-holding*) che fungano da intermediarie fra le società operanti su scala locale e la società capogruppo²⁰. In questa prospettiva, le strutture intermedie fra la società *holding* e le società operative, sono, generalmente, impegnate nella formulazione e nell'attuazione dei piani e delle strategie. Le funzioni della capogruppo sono di puro collegamento e regia tra le aspettative degli azionisti e le esigenze derivanti dalle necessità di investimento e dalle richieste degli organismi manageriali.

In sostanza, viste le specializzazioni molto diverse richieste per la gestione delle varie attività economiche, è generalmente responsabilità della società capogruppo elaborare sistemi di controllo che permettano un coordinamento complessivo dell'attività e che permettano di monitorare le macro aree di attività nelle quali il gruppo è impegnato. In questa ottica non è necessario che le società capogruppo assumano tecnostrutture estremamente complesse, ma è necessario che la direzione centrale sia

¹⁹ Cfr. Giuseppe Airoldi, Giorgio Brunetti, Vittorio Coda, *Economia Aziendale*, Bologna, 1994, pag. 386, 387 e 388.

²⁰ Cfr. Giuliano Lemme, *Il governo del gruppo*, Padova, 1997, pag. 23 e 24.

sufficientemente strutturata per rispondere alle attese degli azionisti e delle varie società operative²¹.

Con riguardo a gruppi multinazionali con società capogruppo che svolge funzioni *corporate*, le funzioni dei vertici del gruppo si fanno decisamente più articolate e complesse in relazione alla natura del gruppo. In generale, la società capogruppo svolgente funzioni *corporate* presenta una tecnostruttura più articolata che ha il compito di svolgere funzioni di gestione delle linee di *business* ed assistenza e servizio alle singole società del gruppo. Per attività di gestione delle linee di *business* si intende la gestione appunto delle dimensioni del gruppo, di tutte le aree di *business*, delle funzioni, delle risorse e dei problemi in cui il gruppo come tale ha maggior peso delle singole parti. Per assistenza e servizio si intendono, invece, attività di supporto e sostegno volte a supplire funzioni e competenze essenziali carenti nelle singole consociate²².

I gruppi multinazionali, viste caratteristiche tipiche che li distinguono da tutti gli altri tipi di gruppo, presentano problematiche gestionali abbastanza specifiche quanto alle varie modalità di organizzazione delle strutture dei meccanismi operativi aziendali. In sostanza, il problema dell'impresa multinazionale è quello di trovare la formula giusta dell'organizzazione che, oltre a fare da propulsore verso gli obiettivi dell'impresa, consenta di trarre tutti i vantaggi dalle economie di scala, dallo sfruttamento dei vari mercati e dalla utilizzazione delle differenze nelle normative economiche, giuridiche e fiscali dei vari ordinamenti in cui l'impresa opera.

Per esaminare le principali opzioni è opportuno premettere che la struttura organizzativa di un'impresa multinazionale è legata allo stadio in cui si trova l'impresa stessa nella propria espansione internazionale. In questa prospettiva si può affermare che l'internazionalizzazione dei gruppi d'impresa segue due sentieri principali e spesso alternativi di sviluppo²³. Il primo di questi si concretizza in una

²¹ Cfr. Giovanni Costa e Raoul C.D. Nacamulli, *Manuale di organizzazione aziendale*, Volume 4, Le Tipologie Aziendali, Torino, 2002, pag. 215, 216 e 217.

²² Cfr. Giovanni Costa e Raoul C.D. Nacamulli, op cit. pag. 218 e 219.

²³ Cfr. Marco Pezzetta, *I prezzi di trasferimento transfrontalieri: principi generali e profili applicativi*, il Fisco n. 44 del 2 dicembre 2002, pag. 1-7031.

politica di investimenti diretti all'estero seguita da una disarticolazione in unità produttive e distributive, il secondo si realizza molto più rapidamente tramite acquisizioni, alleanze, *joint ventures* finalizzate ad acquisire la disponibilità di brevetti legati a processi produttivi o a presidi commerciali su determinati mercati²⁴. Nell'ambito della prima modalità di internazionalizzazione, le esportazioni sono in genere il primo modo di affacciarsi su un mercato estero. Gli interlocutori delle imprese sono generalmente importatori e distributori che intendono commercializzare i prodotti del gruppo nel Paese. In una fase successiva, l'impresa cerca generalmente una maggiore integrazione con il mercato estero e si sviluppa tramite reti di distribuzione o cessione di licenze per produrre o commercializzare fino ad arrivare ad affrontare una pluralità di mercati come se fosse un'impresa unica²⁵.

E' evidente che, in dipendenza dello stadio di espansione internazionale, l'impresa multinazionale tende a strutturare le operazioni estere in maniera più o meno articolata. In prima istanza, infatti, l'impresa multinazionale tende ad affacciarsi su nuovi mercati geografici tramite strutture interne quali gli uffici di rappresentanza o le stabili organizzazioni. Nella fase successiva, le imprese tendono generalmente a costituire divisioni internazionali interne che raggruppino tutte le attività internazionali e che si occupino di sviluppare una rete distributiva o produttiva estera costituita da società operative giuridicamente indipendenti, ma economicamente legate alla casa-madre.

²⁴ Cfr. Perlmutter H.V., "The Tortuous Evolution of the Multinational Corporation", *Columbia Journal of World Business*, Gennaio-Febbraio, 1969. In particolare, secondo Perlmutter, le imprese multinazionali possono seguire politiche economiche legate allo stato della capogruppo (home-country oriented), allo stato dove l'impresa multinazionale si affaccia (host-country oriented), oppure politiche economiche di carattere mondiale (world oriented) ovvero etnocentriche, policentriche o geocentriche. Cfr. anche Alberto Majocchi, *Economia e strategia dei processi d'internazionalizzazione delle imprese*, Milano, 1997 e Marco Fabio Pulsoni, *I gruppi di imprese nazionali e multinazionali*, Milano, 2000, pag. 8 e 9..

²⁵ Cfr. Giovanni Costa e Raoul C.D. Nacamulli, op. cit., pag. 155 e Johanson J. e Vahlne J.E., *The internationalization process of the firm*, *Journal of International Business Studies*, vol. 8, 1977 in *Il nodo strategia-struttura nel governo d'Impresa*, Alberto Onetti, Università dell'Insubria, pubblicazioni on-line, Varese, 2002. L'approccio è quello "a stadi" che individua un coinvolgimento progressivo dell'impresa nelle attività estere attraverso il passaggio dallo stadio della semplice esportazione, a quelli dello sviluppo di una rete di agenzie, della apertura di filiali commerciali sino alla creazione di una filiale produttiva all'estero.

In questa ottica, come visto precedentemente, l'impresa può svilupparsi internazionalmente in maniera funzionale cioè strutturando le varie iniziative su mercati esteri a seconda del tipo di funzioni richieste. In questi casi, è frequente che l'impresa opti per sviluppare attività produttive, attività di ricerca e sviluppo e attività distributive nei vari Paesi sfruttando le varie normative vigenti e le varie caratteristiche socio-economiche del mercato. Al contrario, l'impresa può decidere di svilupparsi in maniera più articolata facendo sì che ogni entità estera diventi responsabile per le attività di progettazione, fabbricazione e vendita di ogni singolo prodotto (organizzazione orizzontale o per prodotto)²⁶.

In questo senso, è dimostrato che le dimensioni dell'impresa agiscono sulla scelta e che le imprese multinazionali adottano una organizzazione estera del secondo tipo solo quando superano un certo grado di complessità. E' del resto evidente che per competere su scala globale, l'impresa multinazionale deve avere dimensioni tali da essere presente nei maggiori mercati, ma tale anche da essere in grado di trarre vantaggio dall'accesso alle differenze di costo ed alle varie fonti di tecnologia²⁷.

²⁶ Cfr. Giovanni Costa e Raoul C.D. Nacamulli, op. cit. pag. 157-160. Cfr. anche Chandler Jr. A.D., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1962. In particolare, Secondo l'analisi di Chandler, nel modello dell'impresa multinazionale integrata la crescita dimensionale costituisce il vettore di sviluppo dell'impresa e l'obiettivo dell'evoluzione delle strategie e delle strutture connesse. La definizione integrata richiama questo aspetto, evidenziando, da un lato, il momento di unità dell'impresa, dall'altro, il processo di crescita basato su integrazioni successive. Secondo il modello citato esiste un percorso evolutivo ottimale, che si articola in definite fasi sequenziali: sviluppo orizzontale ovvero aumento della capacità produttiva ed espansione dei volumi di vendita; sviluppo verticale, sia ascendente che discendente, mediante l'integrazione di attività a monte o a valle della catena del valore dell'impresa; sviluppo per diversificazione attraverso l'ingresso in nuovi settori e mercati variamente correlati con quelli d'origine; sviluppo internazionale, a sua volta articolato in un sentiero evolutivo che passa dall'impresa multi-domestica, a quella transnazionale sino a giungere allo stadio finale dell'impresa globale.

²⁷ Cfr. Marco Fabio Pulsoni, op. cit., pag. 16-19 e Francesco Galgano, op. cit., pag. 6 e 7.

B. LO SCENARIO FISCALE IN CUI SI COLLOCANO I GRUPPI

1. Cenni sulla concorrenza fiscale fra Stati

Negli ultimi anni, con il passo veloce della globalizzazione, l'investimento diretto in mercati esteri è divenuto un elemento centrale nella determinazione delle strategie industriali e commerciali delle imprese. A tale riguardo, è interessante considerare che, per esempio, già durante l'anno 1998, la percentuale di produzione industriale generata dalle imprese sotto controllo straniero era intorno al 30%²⁸ nei Paesi europei e questa percentuale era ancora più alta nel caso delle imprese prestatrici di servizi. Già intorno al 1998, più del 60% delle transazioni internazionali avvenivano generalmente fra imprese facenti parte di un medesimo gruppo multinazionale.

Questa crescente integrazione internazionale insieme alla nuova dimensione globale delle strategie competitive, sta imponendo alle autorità fiscali dei vari Paesi un approccio più approfondito sulle problematiche di fiscalità internazionale. In particolare, il crescente ruolo dei gruppi multinazionali sta forzando le varie autorità fiscali a ricercare modalità specifiche per attribuire una quota appropriata di reddito imponibile a ciascuna delle entità che operano all'interno della catena del valore di un'impresa multinazionale. In questa prospettiva, Stati ed imprese multinazionali sembrano essere in perenne conflitto circa la definizione dei metodi e dei criteri da utilizzarsi al fine di suddividere i profitti globali delle imprese. In particolare, ogni Stato finisce per essere impegnato su due fronti: da una parte, cercare di evitare che le imprese multinazionali che producono reddito nel Paese riescano a spostare materia imponibile in altre giurisdizioni a fiscalità più bassa, dall'altra, entrare in

²⁸ Cfr. OECD, *Measuring globalization, the role of multinationals in OECD economies*, 2001.

competizione con gli altri Stati per rendere il proprio sistema più appetibile ed attrarre al proprio interno imprese o rami delle stesse.

Questo stato di fatto, che ha generato negli ultimi anni una notevole diminuzione per gli Stati delle entrate derivanti da “*corporate taxes*”²⁹, ha portato da un lato, alla realizzazione da parte della maggioranza degli Stati ad economia avanzata di una serie di misure anti-elusive volte a contrastare quanto più possibile le “migrazioni” di materia imponibile, dall’altro, alla realizzazione di una serie di misure (spesso a carattere non vincolante) prese da entità soprannazionali al fine di limitare la concorrenza e competizione fiscale fra gli Stati³⁰.

In conseguenza di ciò, il collegamento fra la crescente globalizzazione dei mercati e la tassazione delle imprese operanti su scala multinazionale è particolarmente complesso in quanto sta generando una serie di problematiche connesse alla concorrenza fiscale fra Stati. La globalizzazione dei mercati, infatti, sta allargando l’area della concorrenza fiscale in quanto fornisce a ogni Stato maggiori opportunità di appropriarsi di parte del carico fiscale di altri Stati e, allo stesso tempo, facilita le imprese multinazionali nel tentare di localizzare a proprio piacimento i redditi imponibili.

Se prima, infatti, agli Stati sembrava sufficiente tenere sotto controllo il territorio per tassare con efficacia i redditi realizzati nello Stato stesso, sta crescendo nell’ultimo periodo la consapevolezza che, nella dinamica delle transazioni transfrontaliere, sono generalmente le imprese multinazionali a decidere dove localizzare la ricchezza e,

²⁹ Secondo Luigi Bernardi e Paola Profeta ad una riduzione delle aliquote non è corrisposta una contestuale riduzione del prelievo in quanto gli Stati sono riusciti ad aumentare la base imponibile d’imposta. Cfr. *Tax systems and tax reforms in Europe*, Routledge, 2004, London, pg. 36: “*The tax burden decrease was empirically confirmed for the ex ante, but not the ex-post effective rates. This trend of implicit rates is also due to the broadening of the basis that usually matched rates cuts*”.

³⁰ Cfr. Charles McLure jr, *Globalization, tax rules and national sovereignty*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 55, n. 8, April 2001: Nell’articolo l’autore sembra farne un discorso ancora più globale auspicando l’istituzione di un “Gatt for taxes” o di una “World Tax Organization” per contrastare gli effetti dannosi della globalizzazione sulla fiscalità degli Stati. In aggiunta, nell’ambito dei potenziali contrasti fra norme anti-elusive nazionali e comunitarie. Cfr. anche Philip Martin, *The day after tomorrow: The U.K. system after Marks & Spencer*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 13, n. 3, 2004 e *Few solutions seen to ending transfer pricing uncertainty caused by ECJ* by BNA Tax Management Inc., Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 16, 2004.

conseguentemente, a scegliere dove e come farla tassare. In questa situazione, la totalità degli Stati inizia ad essere influenzata nella propria azione di governo dalle politiche fiscali di altri Stati e gli effetti di ogni politica fiscale interna spesso generano un impatto rilevante anche oltre frontiera. Tutto ciò sta permettendo ad alcuni Paesi di trarre notevoli vantaggi attraendo all'interno del proprio sistema una quota sempre crescente della base imponibile mondiale³¹.

2. La misure sovra-nazionali di armonizzazione dei sistemi fiscali

Nell'aprile 1996 il Consiglio dei ministri delle finanze (ECOFIN) ha istituito un Gruppo di lavoro in materia di imposizione fiscale (il "gruppo Monti"), presieduto da Mario Monti, ai tempi Commissario per gli affari fiscali. Le conclusioni iniziali della Commissione a seguito delle riunioni di tale Gruppo sono apparse all'interno del documento "*La politica tributaria nell'Unione europea: relazione sullo sviluppo dei sistemi tributari*"³² del 1996. All'interno di detta relazione, la Commissione non considerava che l'armonizzazione fiscale a livello europeo costituisse di per sé un obiettivo, ma giudicava necessario un approccio teso a fornire agli Stati membri mezzi più efficaci per difendersi contro l'erosione, a favore dei mercati, della sovranità nazionale in materia fiscale³³.

La nuova strategia fiscale europea, il cosiddetto "pacchetto Monti", è stata pubblicata dalla Commissione nell'ottobre 1997 con il nome di "Verso il coordinamento fiscale

³¹ Cfr. Vito Tanzi, *Globalizzazione e sistemi fiscali*, Ottobre 2002 e Jonathan S. Schwartz, *European Commission strategy for company taxation in the European Community*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 56, n. 5, May 2002.

³² Commissione delle Comunità Europee (1996). *La politica tributaria nell'Unione europea: relazione sullo sviluppo dei sistemi tributari*, Doc. COM(96) 546, Bruxelles 1996.

³³ Cfr. Silvia Fedeli e Francesco Forte, *Concorrenza fiscale in un'economia internazionale integrata, concorrenza versus armonizzazione fiscale: La scelta delle regole del gioco nell'Unione europea*, Società Italiana di economia pubblica, Milano, 1999 e Simon James, *Can we harmonise our views on European tax harmonisation*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 54, n. 6, June 2000.

nell'Unione europea: un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa³⁴.

Le principali misure contenute all'interno del pacchetto Monti erano le seguenti:

a) Il Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese: questo documento rappresentava solo un impegno politico assunto da parte degli Stati membri in quanto le disposizioni ivi contenute non avevano carattere vincolante dal punto di vista giuridico³⁵. Obiettivo del Codice era l'individuazione e l'eliminazione delle misure fiscali potenzialmente dannose, in grado di arrecare pregiudizio agli scambi tra stati membri. Rientravano nell'ambito di applicazione del Codice tutte le misure di fiscalità d'impresa (legislative o amministrative) che influenzano significativamente la localizzazione delle attività imprenditoriali. All'interno di questo ambito, si consideravano potenzialmente "dannose" le misure fiscali nazionali che prevedono una tassazione significativamente più bassa (o nulla) rispetto a quella generalmente applicata nel Paese³⁶;

b) la tassazione del risparmio: sempre nell'ambito del "pacchetto Monti" venivano indicati i principi generali per una disciplina europea che garantisse un livello minimo di imposizione effettiva dei redditi derivanti dal risparmio e che riducesse i fenomeni di evasione fiscale³⁷;

³⁴ Commissione delle Comunità Europee (1997). *Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea. Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*, Doc. COM (97) 495 def., 1 ottobre 1997, Bruxelles.

³⁵ Nell'ambito della lotta alla concorrenza fiscale dannosa, la Commissione ha quasi sempre preferito privilegiare lo strumento della "soft law" (libri bianchi, raccomandazioni, codici di condotta) con la speranza di innescare un processo di ravvicinamento delle legislazioni nazionali attraverso atti non vincolanti, i quali presentano generalmente (anche rispetto ai trattati internazionali) il vantaggio di poter essere adottati in tempi relativamente brevi. In aggiunta, il carattere giuridicamente non vincolante di un documento comunitario permette di sottrarre quest'ultimo e gli atti ed i procedimenti connessi al controllo di legittimità della Corte di Giustizia.

³⁶ Cfr. Piergiorgio Valente, Franco Roccatagliata, Giovanni Rolle, *Concorrenza fiscale internazionale*, Milano, 2002.

³⁷ Misura sfociata poi nella Direttiva 2003/48/CE del 3 Giugno 2003 sulla tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi.

c) la tassazione di interessi e *royalties* corrisposti tra società di stati diversi: nel “pacchetto Monti” si segnalava altresì la necessità di proporre una direttiva per un regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e *royalties* infra-gruppo tra società di Paesi membri diversi. Obiettivo della direttiva era di fatto l'eliminazione della doppia imposizione e degli oneri procedurali e finanziari per le imprese multinazionali, determinati dall'applicazione di ritenute alla fonte sui redditi in esame³⁸.

In una fase successiva alla realizzazione del pacchetto Monti, l'Unione Europea è tornata ad esaminare le strategie potenzialmente praticabili nel campo dell'armonizzazione fiscale della tassazione delle imprese individuando vari approcci da intraprendere al fine di eliminare, nell'ambito delle transazioni intra-europee, molte delle problematiche derivanti dall'applicazione in tutti gli Stati dell'Unione di diversi sistemi tributari³⁹. In particolare, la Commissione ha pubblicato la comunicazione n. 582⁴⁰ all'interno della quale si individuavano ed analizzavano nel dettaglio alcuni degli ostacoli e problematiche fiscali che la Commissione stessa riteneva assolutamente connesse all'esistenza di quindici differenti normative all'interno dell'Unione⁴¹:

- Il trattamento fiscale dei prezzi di trasferimento;
- La direttiva madre-figlia (90/435) che aveva allora un campo d'applicazione limitato e diversificato nell'attuazione da parte di ciascun

³⁸ Misura sfociata poi nella Direttiva 2003/49/CE del 3 Giugno 2003 concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di diritti fra società consociate di Stati membri.

³⁹ Cfr. Sara Pallosi, *Imposizione transfrontaliera dei redditi e linee recenti di politica fiscale della Commissione Europea Bruxelles*, in "Rassegna tributaria" n. 1 di gennaio-febbraio 2004, pag. 167.

⁴⁰ Commission staff working paper: *Towards an Internal Market without tax obstacles - A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities* (COM (2001) 582 del 23 Ottobre 2001).

⁴¹ Oltre ai cinque punti menzionati, un ulteriore questione che la Commissione analizzava nel rapporto del 2001 aveva ad oggetto la giurisprudenza della Corte di Giustizia e l'impatto della stessa sull'armonizzazione delle singole normative nazionali. In questo senso, Cfr. Jonathan S. Schwarz, *Cross-border corporate structures and financing - The impact of European Court decisions on tax discrimination*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 54, n. 3, March 2000.

Stato con il rischio che i flussi di reddito transfrontalieri tra società collegate spesso fossero sottoposti a doppia imposizione;

- Le perdite delle società collegate o delle stabili organizzazioni che difficilmente venivano compensate con gli utili della società madre;
- La direttiva sulle fusioni⁴² che aveva avuto un campo di applicazione ancora limitato;
- La presenza di regimi fiscali agevolati in alcuni Stati;

In realtà, osservava il documento della Commissione, tutti i tipi di ostacoli descritti avrebbero potuto essere superati con la creazione di una base imponibile consolidata che permettesse di determinare il reddito di ogni Gruppo multinazionale nella sua interezza mediante la tenuta di una contabilità consolidata a fini impositivi⁴³. In questo modo, creando una base imponibile consolidata (su scala europea), i problemi di prezzi di trasferimento, il trattamento fiscale dei flussi transfrontalieri, le operazioni di ristrutturazione transfrontaliere, il trattamento fiscale delle perdite, i regimi agevolati per i regimi nazionali, le differenze delle legislazioni avrebbero potuto trovare una soluzione quasi automatica.

Sulla base di queste argomentazioni, la Commissione, consapevole di prefissarsi un obiettivo ambizioso, stabiliva che la creazione di una base imponibile comunitaria consolidata fosse un obiettivo di lungo periodo e, con queste finalità, in data 13 marzo 2003 lanciava consultazioni fra gli Stati Membri su se e come introdurre in Europa il

⁴² Direttiva n. 434 del 1990.

⁴³ In questo senso, già all'interno del rapporto della Commissione sulla tassazione delle imprese si paventava l'adozione futura di uno fra questi quattro regimi di armonizzazione: i) Home state taxation, ii) Common consolidated tax base che prevede la definizione di una base imponibile su scala Europea ad opzione del contribuente, iii) Compulsory harmonized corporate tax base obbligatoria per tutte le società ed, infine, iv) European Union company tax con il gettito fiscale derivante gestito a livello Europeo. Sul tema, Cfr. Peter Birch Sorensen, *Company tax reform in the European Union*, International Tax and public finance, Kluwer Academic Publishers, Volume 11, n. 2, 2004, pg. 91 e ss. Sempre con riferimento a sistemi impositivi consolidati, Cfr. Jack Mintz, *Corporate Tax Harmonisation in Europe: it's all about compliance*, International Tax and public finance, Kluwer Academic Publishers, Volume 11, n. 2, 2004, pg. 221 e ss.

primo reale progetto pilota di un sistema impositivo basato sul principio della "home state taxation"⁴⁴ per le piccole e medie imprese⁴⁵.

Nello stesso periodo delle iniziative della Commissione Europea, anche l'OCSE⁴⁶ si è adoperata per porre un freno alla concorrenza fiscale dannosa a livello internazionale, ed anche per combattere l'utilizzo dei cosiddetti "paradisi fiscali". In questa ottica, giova osservare che, sebbene l'attività della Commissione e l'attività dell'OCSE abbiano avuto diverse finalità e, soprattutto, diverso valore, esistono innegabilmente aree nelle quali esse si sono sovrapposte⁴⁷. Certamente, da un punto di vista politico, la posizione europea contro la concorrenza fiscale dannosa ha senza dubbio beneficiato di un orientamento simile anche a livello OCSE⁴⁸.

Dopo la pubblicazione del primo Rapporto dell'OCSE del 1998⁴⁹ che conteneva varie raccomandazioni da seguire per contrastare le pratiche fiscali dannose sia all'interno dei Paesi membri dell'OCSE, sia in giurisdizioni a fiscalità privilegiata al di fuori

⁴⁴ I sistemi di *home state taxation* introducono un unico regime impositivo in considerazione del quale un Gruppo multinazionale può determinare la base imponibile complessiva di tutte le attività economiche esercitate in ambito Europeo secondo la normativa fiscale dello Stato di residenza della società capogruppo. La base imponibile così calcolata viene poi ripartita fra le società facenti parte del Gruppo sulla base di formule prestabilite e tassata conseguentemente secondo le aliquote locali.

⁴⁵ Cfr. Davide Bergami, *Novità dall'Europa*, Amministrazione e Finanza, Settembre 2003. In aggiunta, la Commissione è tornata sul tema nel Dicembre del 2003 all'interno della *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo ed al Comitato Economico e Sociale Europeo*. Nel documento la Commissione ha sintetizzato i progressi compiuti dal rapporto del 2001 su ognuna delle tematiche su cui si era ripromessa di intervenire: i) miglioramento della direttiva sulle fusioni 90/434, ii) miglioramento della direttiva madre-figlia 90/435, iii) forum sul transfer pricing, iv) realizzazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni a livello comunitario, v) iniziative pilota di home state taxation ed, infine, vi) regime fiscale di natura europea per la "Società Europea". Vedi anche Marco de Ruvo e Ignazio La Candia, *La tassazione delle imprese nella UE: il futuro prossimo il Fisco*, n. 27, 14 luglio 2003 e Dario Stevanato, *La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al consolidato "mondiale"* Rassegna Tributaria, n. 4, luglio-agosto 2003.

⁴⁶ L'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, è stata istituita a Parigi nel 1961 ed ha la funzione di supportare i Governi degli Stati membri nell'affrontare questioni politiche, economiche e sociali.

⁴⁷ In verità l'OCSE si è dato da fare su vari argomenti relativi alla fiscalità internazionale ed all'armonizzazione dei sistemi fiscali a livello mondiale. In questa prospettiva, interessante è stato l'apporto fornito di recente anche in tema di scambio di informazioni. Cfr. Xavier Oborson, *The OECD model agreement on exchange of information. A shift to the applicant State*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 57, n. 1, January 2003.

⁴⁸ *La lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il Rapporto del 2001: Lo stato dell'arte ed i possibili sviluppi*, Fondazione Luca Pacioli, Documento n. 4 del 28 gennaio 2002, versione online.

⁴⁹ Cfr. OECD, *Harmful Tax Competition. An emerging global issue*, Parigi, 1998.

dell'OCSE, nel giugno del 2000 l'OCSE ha pubblicato un secondo Rapporto⁵⁰ che, basandosi sul lavoro svolto dal "Forum on Harmful tax practices" (istituito a seguito del Rapporto del 1998), identificava 47 regimi fiscali "potenzialmente" dannosi all'interno dei Paesi OCSE e 35 "paradisi fiscali". L'OCSE si riservava di accertare entro il 2003 se tale "potenzialità" corrispondesse o meno ad effettività. Nella sostanza, il Rapporto del 2000 aveva stabilito che entro il luglio 2001, i cosiddetti paradisi fiscali, o i Paesi a fiscalità privilegiata, avrebbero dovuto allinearsi alle raccomandazioni OCSE al fine di non essere inseriti nella lista dei paradisi fiscali non cooperanti, con conseguente applicazione di misure difensive di tipo sanzionatorio⁵¹.

Il Rapporto 2001⁵², infine, ha rappresentato l'occasione per riflettere sui risultati raggiunti e per discutere e approntare nuove politiche per l'individuazione degli Stati a fiscalità privilegiata, alla luce, in particolare, dell'atteggiamento meno accondiscendente assunto dall'Amministrazione USA dopo gli attacchi terroristici del Settembre 2001. In generale, il Rapporto era comunque caratterizzato da un atteggiamento meno intransigente e più incline al dialogo⁵³.

Come detto nei paragrafi precedenti, con l'avvento definitivo dell'economia globale, le autorità fiscali degli Stati economicamente più avanzati hanno sentito la necessità impellente di ridefinire e migliorare la normativa fiscale interna. La maggior parte del lavoro è stata fatta per creare strumenti idonei ad evitare che imprese aventi rapporti con l'estero sottraessero materia imponibile allo Stato di residenza. In questo contesto, è necessario specificare che normative fiscali notoriamente avanzate come

⁵⁰ Cfr. OECD, *Towards Global Tax Co-operation. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*, Parigi, 2000.

⁵¹ I Rapporti OCSE sull'harmful tax practices hanno subito anche diverse critiche. Fra le più interessanti George Zodrow, *Tax competition and tax coordination in the European Union*, International Tax and public finance, Kluwer Academic Publishers, Volume 10, n. 6, 2003. In particolare, l'autore sollecita l'OCSE a distinguere fra "unfair" tax practice, ovvero paradisi fiscali e regimi fiscali privilegiati ed harmful tax practice che sono generalmente dannose per gli Stati, ma che non necessariamente nascondono intenti evasivi/elusivi da parte delle amministrazioni che le adottano.

⁵² Cfr. OECD, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: the 2001 Progress Report*, Parigi, 2001.

⁵³ Infine, nel Febbraio 2004 l'OCSE ha pubblicato una "release" ("*The OECD's project on harmful tax practices: the 2004 progress report*") sempre in tema di Harmful Tax Practices relativa ai progressi fatti nei processi di cooperazione con le giurisdizioni estranee all'OCSE che hanno accettato le richieste di trasparenza e disponibilità agli scambi di informazioni.

quelle degli Stati Uniti d'America o del Regno Unito hanno necessitato solo di lievi correttivi alle norme già in vigore, mentre le normative di altri Stati sempre con economie avanzate o in forte sviluppo hanno necessitato di interventi radicali volti nella maggior parte dei casi a creare dal nulla istituti prima non esistenti.

Per fare un esempio, in ambito italiano, le principali misure prese dal nostro ordinamento interno contro eventuali abusi in materia di tassazione dei redditi internazionali hanno avuto come oggetto tre grandi aree:

1. Le problematiche relative allo sfruttamento dei paradisi fiscali sia in termini di non deducibilità delle componenti passive di reddito, sia in termini di attrazione del reddito delle società controllate ivi localizzate (*cd. Controlled Foreign Companies – CFC-*).
2. La definizione del concetto di stabile organizzazione nazionale di un'impresa estera e la definizione delle regole per l'attribuzione del profitto⁵⁴.
3. La definizione di una normativa volta a contrastare la sotto capitalizzazione delle imprese (*Thin Capitalization*) non consentendo la deduzione degli interessi passivi versati a coloro che hanno prestato capitale o garantito prestiti alla società stessa oltre i limiti dettati dalla norma⁵⁵.

⁵⁴ La definizione del concetto di stabile organizzazione è stata introdotta dalla riforma fiscale del 2003 anche a seguito della nota sentenza "Philip Morris" della Corte di Cassazione in cui la Corte si era rifatta al Modello OCSE per introdurre il concetto di "stabile organizzazione di Gruppo". In aggiunta, si vedano tutti i *discussion draft* dell'OCSE sull' *Attribution of profit to the permanent establishment*. In relazione a questi draft, si veda Davide Bergami, *Valutare il profitto delle stabili organizzazioni*, Amministrazione e Finanza, n. 24, 2001 e *Quanto guadagnano le stabili organizzazioni*, Amministrazione e Finanza, n. 12, 2001

⁵⁵ Questa misura, anche se non direttamente legata al la sottrazione di redditi internazionali, ha l'effetto di contrastare finanziamenti fatti da società parte del medesimo gruppo localizzate in Stati a fiscalità privilegiata.

In aggiunta, le autorità fiscali dei vari Stati hanno iniziato a rendersi conto di come il grosso dell'elusione fiscale sia comunque connesso agli spostamenti di materia imponibile all'estero effettuati da imprese di grandi dimensioni e, conseguentemente, stanno sempre più orientando i propri controlli su questo tipo di problematiche⁵⁶. Nel contesto Italiano, una conferma è data dall'articolo 42 della Legge Finanziaria del 2000⁵⁷ secondo cui, a cominciare dall'anno fiscale 2002, tutti i contribuenti con un fatturato superiore a 26 milioni di € devono sostenere una verifica fiscale almeno una volta ogni due anni, mentre tutti i contribuenti con un fatturato superiore a 5,2 milioni di € almeno una volta ogni quattro anni. In ambito internazionale, l'amministrazione Statunitense ha annunciato la presentazione al Congresso di una serie di misure "anti-tax dodging" nel budget per l'anno fiscale 2005 che comporteranno un onere aggiuntivo per l'amministrazione di circa 300 milioni di dollari americani⁵⁸.

Sempre nell'ambito dell'infiltrarsi dei controlli alle imprese, la quasi totalità degli Stati ad economia avanzata si è resa conto negli ultimi anni che ogni azione di contrasto ad evasione ed elusione fiscale non possa prescindere da forme di collaborazione tra le autorità dei diversi Paesi. In questa ottica, le diverse forme collaborative tra Stati si sono intensificate notevolmente in questi ultimi anni prevedendo l'instaurarsi di sistemi di scambi di informazione e verifiche simultanee tra le autorità competenti di ciascun Paese relative a specifici soggetti e materie⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. Davide Bergami, *Italy sharpens its focus on transfer pricing*, International Tax Review, November, 2001.

⁵⁷ Legge n. 388 del 23/12/2000.

⁵⁸ Cfr. Editorial by Jim Hines Jr. *A Taxing battle*, The Economist, January 29, 2004.

⁵⁹ Cfr. Davide Bergami e Vito Giordano, *Evoluzioni degli strumenti di cooperazione fra Stati*, Fiscalità Internazionale, Luglio-Agosto, 2003 e Sven Olof Löödin, *International tax issues in a rapidly changing world*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 55, n. 1, January 2001.

C. STRATEGIE DEI GRUPPI, DELOCALIZZAZIONE E CATENA DEL VALORE

1. Relazioni commerciali fra società che fanno parte di gruppi multinazionali

In considerazione delle varie alternative organizzative descritte nel paragrafo A, i gruppi multinazionali sono generalmente composti da una o più società capogruppo e da varie società operative operanti in vari mercati secondo i dettami della casa-madre ed in una condizione di reciproca collaborazione. Queste tipologie di organizzazione operativa comportano, in genere, un'intensa collaborazione fra le varie strutture dei gruppi di imprese che si estrinseca in una serie di transazioni di differente natura fra società collegate.

Varie tipologie di transazioni si possono avere, per esempio, con riferimento alle merci oggetto delle attività produttive e distributive del gruppo. Tutte le volte, infatti, che la società impegnata nelle attività produttive e manifatturiere non sia anche responsabile della commercializzazione dei prodotti sul mercato, le merci devono essere cedute alle società impegnate nell'attività distributiva. Questo tipo di transazioni è ovviamente più sviluppato nei gruppi ad organizzazione funzionale in cui solo alcune società si occupano delle attività produttive. Al contrario, nei casi di gruppi ad organizzazione per prodotto, questo tipo di transazione può avvenire fra due unità di *business* diverse, ma coesistenti nella stessa struttura societaria, oppure fra società diverse allorché sia necessario integrare ed espandere il ventaglio di prodotti commercializzati.

Frequenti sono le transazioni infra-gruppo anche nel campo della proprietà intellettuale. In particolare, per quanto concerne i cosiddetti beni immateriali di

produzione, ovvero brevetti, know-how, *trade secrets*, è frequente che questi debbano essere ceduti alle società produttrici consociate che li utilizzano in sede di manifattura e confezionamento delle merci. Contestualmente, le società impegnate nella fase distributiva necessitano dei beni immateriali di natura commerciale (marchi, nomi commerciali, loghi, etc.) e li ottengono generalmente tramite contratti di licenza con la capogruppo o con la società consociata giuridicamente ed economicamente proprietaria degli stessi.

Infine, assai diffusa nei gruppi multinazionali moderni è la fornitura di servizi infra-gruppo condivisi. La condivisione di varie attività manageriali permette, infatti, alle società *corporate* di mantenere il controllo operativo delle funzioni principali concentrando in una società sola funzioni che altrimenti rischierebbero di essere duplicate nelle varie divisioni delle società operative ed effettuando i servizi stessi in modo più efficiente e meno costoso. Le attività manageriali condivise consistono essenzialmente in servizi manageriali realizzati dalla società *corporate* per fornire alle società operative una linea comune di direzione. Nella vasta gamma di servizi effettuati rientrano innanzitutto tutte le attività di coordinamento centrale delle funzioni di amministrazione, finanza e controllo. In aggiunta, frequente a livello di società *corporate* è l'elaborazione di strategie di marketing strategico che si palesano generalmente nella realizzazione di materiale commerciale quali opuscoli e depliant e, soprattutto, nella definizione di campagne pubblicitarie *worldwide*. In aggiunta, le società *corporate* effettuano abitualmente attività di definizione centrale delle strategie di gestione delle risorse umane che vengono applicate dalle società operative locali in sede di assunzione di nuovo personale, definizione degli incentivi e valutazione delle performance⁶⁰.

Infine, frequenti transazioni fra società parte del medesimo gruppo multinazionale si hanno con riferimento ai finanziamenti delle società operative ad opera della capogruppo. I rapporti di finanziamento possono essere diretti tramite prestiti a medio o lungo periodo, occasionali, ovvero tramite utilizzo di un conto corrente bancario

⁶⁰ Cfr. per approfondimento Barbara Quinn, Robert Cooke e Andrei Kris *Shared Services, mining for corporate gold*, Pearson Education Limited, Londra, 2000, pag. 23-25, 126-129.

comune (*cash pooling*), oppure indiretti tramite garanzie bancarie, fidejussioni, lettere di patronage, ecc.

2. Delocalizzazione delle attività produttive

L'economia mondiale degli ultimi decenni è stata certamente caratterizzata da una crescente internazionalizzazione e globalizzazione delle attività economiche. Allo stato attuale, poche imprese sembrano orientate esclusivamente verso mercati locali, regionali o nazionali poiché la maggior parte delle attività economiche ha un significato solamente in un contesto globale. Fino a pochi decenni fa, solo alcune materie prime insieme a prodotti rari ed esotici erano realmente oggetto di veri traffici internazionali. In questi tempi, è invece difficile pensare ad una tipologia di prodotto che non sia astrattamente idonea ad essere commercializzata su scala allargata e che, pertanto, non sia soggetta a continue movimentazioni. L'economia attuale sembra essere, infatti, senza confini. "Flussi informativi, capitali, innovazioni tecnologiche, sembrano spostarsi fra i vari mercati a grandi velocità spinti dalle crescenti esigenze dei consumatori sempre più desiderosi di prodotti migliori a prezzi più economici"⁶¹.

In questa ottica, è opportuno parlare di due fenomeni forse distinti che si sono verificati con una certa intensità fino a pochi anni fa. Da un lato, la crescente internazionalizzazione dei mercati che ha comportato la semplice estensione delle attività economiche attraverso i confini degli Stati e che può essere intesa come un semplice processo quantitativo che ha condotto man mano ad una sempre maggiore estensione geografica delle attività economiche. Dall'altro lato, il crescente processo di globalizzazione dei mercati non ha comportato una mera estensione quantitativa

⁶¹ Cfr. Peter Dicken, *Global Shift, Transforming the World Economy*, Paul Chapman Publishing Ltd., London, 1998, citazione da Omaha, 1995.

dei mercati stessi, ma che ha permesso una sempre maggiore integrazione funzionale delle attività economiche internazionali⁶².

La globalizzazione, in sostanza, è un processo ormai consolidato che ha attivato forme di concorrenza accentuate e diverse dal passato. Il confronto competitivo non si è svolto esclusivamente tra imprese ma anche tra aggregati, gruppi di imprese e in modo sempre più evidente tra aree-sistemi territoriali e amministrazioni pubbliche. Si può pertanto affermare che la capacità di competere a livello globale si è avuta in corrispondenza anche dalla qualità dello sviluppo locale. Sistemi locali economicamente e socialmente sviluppati hanno consentito alle imprese produttrici di beni, alle istituzioni finanziarie, alle amministrazioni pubbliche e ai soggetti misti pubblico-privato di aumentare la propria capacità competitiva. Globalizzazione e sviluppo locale sono divenuti così due aspetti inscindibili dello stesso fenomeno.

In questo contesto, le imprese operanti su scala multinazionale hanno cercato di creare strutture atte a massimizzare gli effetti positivi dei fenomeni sopradescritti. Tali strutture hanno permesso all'impresa agili comunicazioni dei flussi informativi e veloci movimentazioni dei prodotti fra i vari mercati. Contestualmente, queste strutture hanno permesso di ridurre i costi di produzione ed i costi operativi e, qualora possibile, hanno permesso all'impresa nel loro insieme congrui risparmi fiscali⁶³.

In sintesi, a seguito della crescente globalizzazione dei mercati, le imprese multinazionali si sono riorganizzate cercando di sfruttare al meglio il già menzionato vantaggio economico di base sulle imprese che esercitavano attività economiche prevalentemente locali. In questa ottica, le imprese multinazionali hanno identificato il mercato globale come proprio mercato domestico e, pertanto, hanno preferito agire a livello globale sostituendo alla dimensione territoriale quella sovra-nazionale, dove l'organizzazione giuridica è centralizzata a beneficio delle unità periferiche. La globalizzazione, che prima si esauriva nella semplice esportazione di beni e servizi,

⁶² Cfr. Peter Dicken, Danny Oosterhoff, *Multinational Organizations face transfer pricing Audits across the globe; transfer pricing trends, practices and exceptions*, International Transfer Pricing Journal", IBFD, Marzo/Aprile 2004.

⁶³ Cfr. Porter M.E., *Competition in global industries. A conceptual framework*, Harvard University Press, Boston MA, 1986, pag. 5-14.

ha fatto sì che le decisioni manageriali di carattere strategico tenessero in considerazione il mondo intero come il mercato rilevante.

La localizzazione delle attività produttive sono state uno degli elementi di strategia aziendale di maggiore importanza. Le decisioni relative al luogo di stabilimento, in assenza di restrizioni alla libera circolazione dei capitali, sono state governate per gran parte in funzione del rendimento che offriva un investimento ed in funzione della domanda dei consumatori, della disponibilità di manodopera e delle infrastrutture esistenti.

In aggiunta, la definizione delle strutture operative è stata fatta anche al fine di ottimizzare il prelievo fiscale di gruppo⁶⁴. Ciò ha condotto a significativi processi di riorganizzazione delle funzioni primarie e di supporto che, in genere, sono avvenute tramite strategie di disarticolazione delle attività produttive⁶⁵. Per fare un esempio, negli ultimi decenni diverse imprese operanti su scala europea hanno delocalizzato le unità produttive nei Paesi dell'Europa dell'Est⁶⁶. Queste ristrutturazioni hanno permesso da un lato, di ridurre i costi di produzione sfruttando le economie meno sviluppate di questi Paesi, da un altro lato, di godere di agevolazioni fiscali specifiche

⁶⁴ Cfr. Davide Bergami, *Problematiche fiscali e competitività: possibile farle coesistere?*, Amministrazione e Finanza, numero 22, 2002 e James B. Ayers e Keith Kennedy, *Transformation in Manufacturing/Distribution* The Executive Journal, 2000, Versione On-line. "Competitive pressure is forcing companies in every industry to squeeze time and cost from their processes. Manufacturers have long emphasized cost reduction in their improvement efforts -- particularly on shop floor and direct labor activity. But today's manufacturing enterprise is very much knowledge based. It is an information factory as much as it is a producer of physical goods. This is increasingly true in the era of the agile enterprise and virtual organizations. These enterprises are multiple companies banding together to tackle a market opportunity. Mastering communications within teams of companies surpasses the challenges of department to department coordination within the same four walls. Many who have trouble with the latter find they now must master the former".

⁶⁵ Cfr. AA. VV., *I prezzi di trasferimento, determinanti e metodologie di calcolo*, SDA Bocconi, Scuola di Direzione aziendale, Egea, Prefazione di Marco Agliati.

⁶⁶ Cfr. in merito Carmine Gianni, *Il ruolo delle imprese multinazionali nel mercato globale*, 2001-3, Proteo on-line: "I primi processi di delocalizzazione produttiva risalgono alla seconda metà degli anni settanta, quando forti conflittualità sociali e la crisi petrolifera resero necessario il trasferimento di molte produzioni all'estero, soprattutto nei settori ad alto contenuto di lavoro. Negli anni successivi il continuo incalzare della soglia di competitività, a seguito dell'incessante innovazione tecnologica e della globalizzazione dei mercati, ha comportato una crescente mobilità dei fattori produttivi, in particolare del fattore capitale; tale processo è stato favorito da una serie di eventi politici ed economici che hanno caratterizzato l'ultimo decennio. In particolare possiamo considerare la crescente apertura verso i mercati internazionali e la possibilità di sfruttare i vantaggi, in termini di costo dei fattori produttivi e di imposizione fiscale, provenienti dalle economie dei Paesi dell'Europa Centro Orientale."

che generalmente venivano concesse da questi Stati per attrarre attività produttive di imprese multinazionali all'interno dei propri confini.

Tuttavia, una delle principali problematiche legate a queste tendenze sembra essere l'interdipendenza strategica fra le giurisdizioni fiscali. La globalizzazione delle attività economiche delle imprese ha, infatti, permesso ai gruppi di ridurre il carico fiscale complessivo delocalizzando varie unità dell'impresa in giurisdizioni a bassa fiscalità⁶⁷. Le conseguenze più immediate di questi processi sono state le sfide competitive fra autorità fiscali che si sono viste costrette a tentare di contrastare fenomeni di perdita di sovranità fiscale⁶⁸. In questa prospettiva, appare evidente che i conflitti fra Stati nella competizione a catturare tutti i fattori mobili generatori di reddito imponibile siano stati all'origine del parziale fallimento delle varie proposte soprannazionali di "armonizzazione fiscale"⁶⁹.

3. Dalla delocalizzazione delle attività produttive alle ristrutturazioni della catena del valore

Come visto nel paragrafo precedente, fino a pochi anni fa, le imprese multinazionali riorganizzavano le funzioni aziendali tramite strategie di disarticolazione delle attività produttive. Partendo da queste strategie, le imprese multinazionali sono giunte ad elaborare delle modalità di disarticolazione dei processi aziendali sempre più complesse e fondate su principi sostanzialmente diversi da quelli che avevano guidato le attività di delocalizzazione esaminate nel corso del paragrafo precedente. I punti di appoggio di queste nuove strategie sono, in primo luogo, il concetto di "catena del

⁶⁷ Cfr. Guerrino Sozza e Giulio Matteo Zucconi, *Delocalizzazione produttiva e transfer pricing*, il Fisco, n. 21, 24 maggio 2004.

⁶⁸ Cfr. Albert Breton, *Concorrenza fiscale in un economia internazionale integrata*, Public sector efficiency under incipient globalization, Società Italiana di economia pubblica, Franco Angeli, Milano, 1999.

⁶⁹ Cfr. Federico Solfaroli Camillocci, *Armonizzazione fiscale e costituzione europea*, il Fisco, n. 43, 24 novembre 2003.

valore di gruppo” e, in secondo luogo, i principi di carattere fiscale che regolano la definizione dei valori delle transazioni fra società facenti parte del medesimo gruppo di imprese.

Per “catena del valore aziendale” si intende l’insieme delle attività svolte dall’azienda e dagli altri componenti della filiera produttiva per progettare, produrre, vendere, distribuire e promuovere i propri prodotti⁷⁰. In sostanza, il concetto di catena del valore è utile per effettuare un’analisi disaggregata delle varie fasi di attività di un’azienda, che consenta di riconoscere i punti di forza e di debolezza della stessa e di individuare la sua posizione competitiva⁷¹.

Per poter valutare la capacità competitiva di un’azienda, si può suddividere le attività aziendali in diverse categorie generali. Alcune sono definite come attività dirette o primarie, altre attività di supporto. Le attività primarie possono essere sintetizzate nella logistica in entrata, nelle attività operative solitamente di produzione, nella

⁷⁰ Cfr. James B. Ayers, *A primer on Supply Chain Management*, Information Strategy: the Executive’s Journal, Winter 2000. Secondo l’autore, la definizione di catena del valore è decisamente più complessa e può essere scomposta almeno in processi legati al ciclo di vita del prodotto e flussi fisici del prodotto “*Life cycle processes supporting physical, information, financial, and knowledge flows for moving products and services from suppliers to end-users. The following terms break down the definition further: 1. Life cycle refers to both the market life cycle and the usage life cycle. These aren’t the same for both durable goods and services. That computer, a product, and that 30-year mortgage, a service, must be supported long after newer products replace older ones. Many products may be sold in a time window that is relative short compared with their useful lives. For this reason, the longevity of the seller and its reputation for product support are important factors in the purchasing decision. After-sales support can be the most lucrative service provided – outpacing the money made on the original sale. 2. Physical, information, and financial flows are frequently cited dimensions of the supply chain. The traditional viewpoint of supply chains as only physical distribution is too limiting. Less frequently mentioned is the role of knowledge inputs into supply-chain processes. Knowledge is as important as, if not more than, physical and other types of inputs. A good example is new product development. This supply chain process requires close coordination of intellectual input (the design) with physical inputs (components, prototypes, and the like). Today added value in the form of intellectual capital is vital to marketing profitable goods and services.*”

⁷¹ Cfr. Scott Stephens, Craig Gustin, and Jim Ayers, *Reengineering the Supply Chain- The Next Hurdle*, the Executive’s Journal, Fall 1997, Versione On-line. Gli autori definiscono il concetto di gestione della catena del valore “*Supply-chain management is a term that can mean different things to different people. In the broadest sense, it encompasses all logistics activities, customer-supplier partnerships, new product development and introduction, inventory management, and facilities. The concept, as shown in some of the examples, applies equally to service businesses. Many professionals define supply chain management more narrowly. They often confine the definition to activities internal to any one company, minimizing the scope of improvement efforts outside the walls of their own enterprise. This perspective is often justified by the daunting task of implementing internal change. After all, smaller reengineering efforts at the local level often fall far short of either promises or expectations.*”

logistica in uscita, nel marketing e nelle vendite ed, infine, nei servizi post-vendita. Le attività di supporto vengono anche dette ausiliarie in quanto sostengono le attività primarie e permettendo alle varie unità dell'impresa di accedere a *inputs* acquistati, tecnologie, risorse umane e varie funzioni estensibili a tutta l'azienda. Queste ultime possono essere suddivise in attività di approvvigionamento, ricerca e sviluppo della tecnologia, gestione delle risorse umane ed infine varie attività infrastrutturali di carattere fondamentale (ad es. pianificazione, contabilità, finanza, organizzazione, informatica, affari legali, direzione generale, etc.). Il vantaggio competitivo dipende da un migliore svolgimento di attività ad alto potenziale in termini di valore rispetto ai concorrenti. Queste attività, significative sul piano del contributo, si chiamano attività "chiave".

Un'attività chiave è tale se è in grado di sviluppare un ampio potenziale per la riduzione dei costi e/o per la differenziazione⁷². Con l'evolversi dell'economia e dei mercati ed in considerazione del nuovo approccio globale tenuto dalle imprese multinazionali, le attività ausiliarie sono quelle che distinguono l'impresa e più ne caratterizzano l'attività. Oggi è più complesso per un'impresa multinazionale disporre di un centro di ricerca e sviluppo della tecnologia innovativo ed aggiornato rispetto ad avere una unità produttiva funzionale. Allo stesso modo, è più vantaggioso disporre di una struttura manageriale centrale capace di imprimere una direzione unitaria all'impresa piuttosto che avere tante unità operative con una struttura autonoma ed indipendente.

Per questi motivi, molti dei grandi gruppi multinazionali si sono resi conto che il vecchio approccio di organizzazione aziendale per prodotto o orizzontale non era più adeguato al nuovo contesto economico e si sono adoperati per sostituirlo con un nuovo tipo di approccio basato sulla centralizzazione delle funzioni ausiliarie. In aggiunta, molte delle imprese multinazionali sono giunte alla conclusione che la performance della catena del valore possa essere influenzata negativamente dalla

⁷² Cfr. Michael E. Porter, *Competing Across Locations: Enhancing Competitive Advantage Through a Global Strategy*, Harvard Business on-line, Giugno, 1999 e Cfr. *Competition in global industries. A conceptual framework*, Harvard University Press, Boston MA, 1986. pag. 5-14. Vedi anche Edward H. Frazelle, *Supply Chain Strategy*, McGraw-Hill, New York, 2002.

tassazione e, conseguentemente, la configurazione della struttura operativa di un gruppo finisca per avere un impatto sul carico fiscale globale che grava sul gruppo stesso. Una gestione fiscalmente efficiente della catena del valore può aiutare le imprese multinazionali ad aggiungere un beneficio fiscale all'ottimizzazione della struttura operativa internazionale.

In questa ottica, molte imprese multinazionali hanno deciso di ristrutturare la propria catena del valore proprio tenendo in considerazione le norme in vigore in materia di definizione dei prezzi delle transazioni infra-gruppo. Questo perché in un modello di impresa multinazionale integrato verticalmente a struttura gerarchica, la profittabilità di ogni entità indipendente appartenente al gruppo di imprese è imprescindibilmente legata alla definizione del valore da attribuire ai beni o servizi scambiati nell'ambito delle relazioni infra-gruppo. Per fare un esempio, si ipotizzi che un'impresa sola si occupi di svolgere le attività produttive per conto di tutte le imprese del gruppo. In questi casi, la profittabilità dell'impresa è imprescindibilmente legata al valore a cui i beni vengono ceduti alle altre imprese del gruppo.

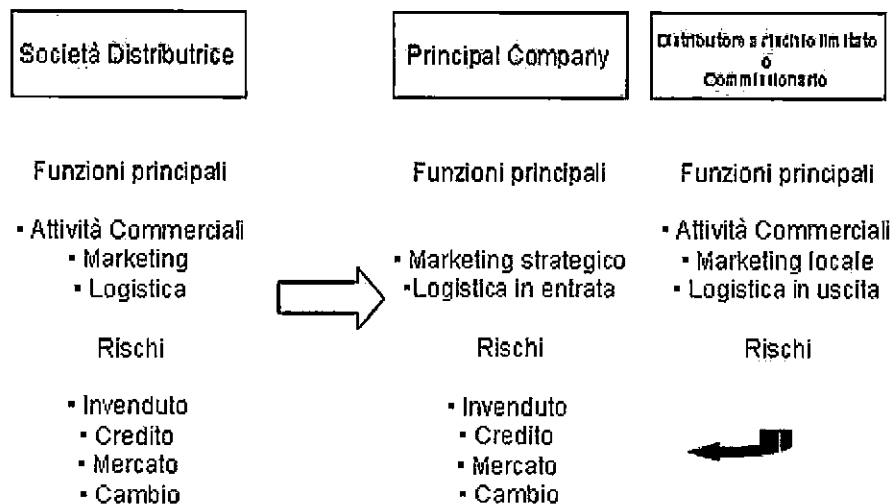
Secondo le norme di natura fiscale (di fatto, uniformemente applicate da tutti i Paesi), il prezzo a cui beni e servizi vengono scambiati in queste transazioni deve essere analogo a quello che sarebbe stato pattuito se le imprese non avessero fatto parte del medesimo gruppo di imprese (*arm's length principle*). Il primo corollario di questo principio è che ogni entità deve conseguire un profitto proporzionale alle funzioni che svolge, ai rischi economico-finanziari che si assume ed agli *assets* di cui è in possesso.

Con riferimento a questi principi, la nuova tendenza è rappresentata dalle frequenti ristrutturazioni industriali aventi ad oggetto le attività di "*corporate headquartering*" che avvengono spostando in giurisdizioni a bassa fiscalità le persone responsabili delle principali funzioni ausiliarie dell'impresa ed attraendo, pertanto, in dette giurisdizioni buona parte del reddito imponibile di gruppo. L'obiettivo principale di queste ristrutturazioni non è più delocalizzare attività primarie in Paesi a "bassa" fiscalità, ma è ottimizzare l'allocazione alle varie società del gruppo delle funzioni

ausiliarie che più creano valore aggiunto, degli *assets* produttori di reddito e dei rischi economico-finanziari. Tutto ciò avviene generalmente tramite l'introduzione da un lato, di una struttura centralizzata, "*Principal Company Model*", che gestisce direttamente la catena del valore accentrando le funzioni di *management* strategico ed i rischi economico-finanziari legati a quasi tutte le attività del gruppo, dall'altro lato, di varie strutture locali che si occupano generalmente delle attività di produzione e commercializzazione senza sostenere tutti i rischi legati alle proprie attività.

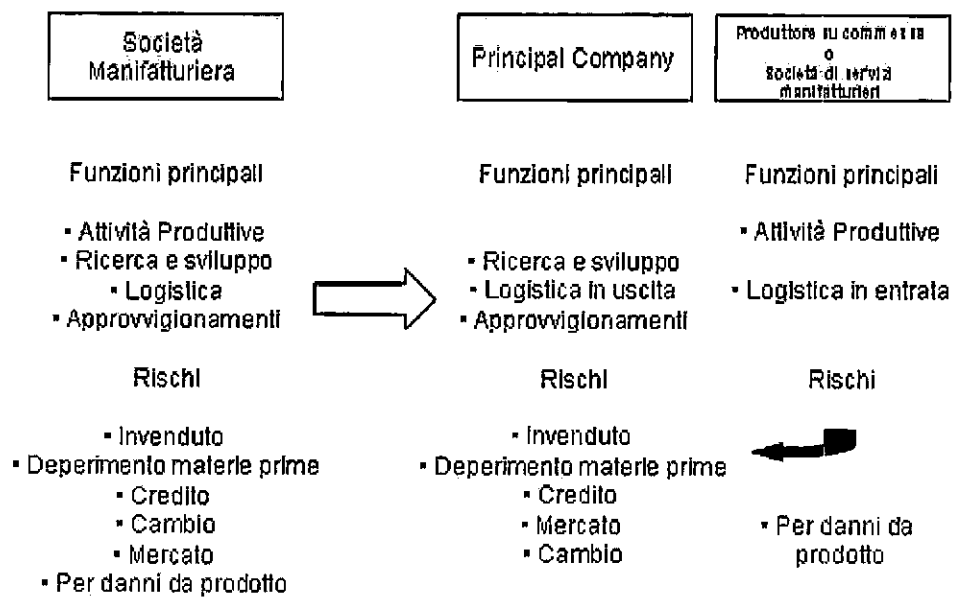
In questa ottica si può notare come non abbia più importanza delocalizzare le attività primarie, ma, al contrario, conti spostare funzioni e rischi dalle società che si occupano di queste attività. Esempi tipici di queste strutture sono i distributori a rischio limitato o i commissionari di vendita nel campo delle attività commerciali ed i produttori su commessa nel campo delle attività produttive. Nel caso dei distributori, l'obiettivo di queste ristrutturazioni è estrarre funzioni e rischi dalle unità locali trasformando i distributori classici in distributori a rischio limitato, in commissionari alla vendita, o, meglio, in semplici agenti. In sostanza, il fine della ristrutturazione è far convergere le funzioni di direzione dell'attività nella società *Principal* e lasciare nelle società locali solo le funzioni primarie di distribuzione, marketing locale e logistica in uscita. Per quanto concerne i rischi economico-finanziari, la società *Principal* si accolla il rischio di credito, di cambio (qualora la società *Principal* sia residente in un Paese fuori dall'area Euro) e di invenduto (garantendo il riacquisto dei prodotti rimasti invenduti) garantendo di fatto una profittabilità minima al distributore a prescindere dall'andamento delle attività aziendali.

Grafico 1



Nel caso delle società locali impegnate nelle attività produttive, le società manifatturiere classiche vengono generalmente trasformate in produttori su commessa o società di servizi manifatturieri. Il fine è anche qui far convergere le funzioni di direzione dell'attività nella società *Principal* gestendo centralmente gli approvvigionamenti e la ricerca e sviluppo e lasciare alle società locali la responsabilità per le sole funzioni produttive. Per quanto concerne i rischi economico-finanziari, la società *Principal* si accolla il rischio di credito, di cambio, di invenduto e garantisce una profittabilità minima alla società produttrice come remunerazione per i servizi offerti.

Grafico 2



Anche per le attività di ricerca e sviluppo le ristrutturazioni funzionano secondo le stesse logiche. La ricerca vera e propria viene effettuata a livello locale da dei centri ricerche che hanno un rapporto con la società *Principal* di ricerca su commessa. In sostanza, il centro ricerche viene “stipendiato” dalla società *Principal* per il semplice svolgimento delle proprie funzioni a prescindere dagli esiti positivi della propria attività e consegue un profitto fisso e limitato. Il *Principal* sostiene direttamente tutti i rischi e, in virtù del rapporto contrattuale in corso, diviene automaticamente proprietario di tutta la proprietà intellettuale sviluppata.

La conseguenza evidente di queste ristrutturazioni è che le società operanti a livello locale (operanti generalmente in Paesi ad “alta” tassazione”) vengono private di funzioni e rischi e continuano a svolgere la loro attività avendo assicurata una profittabilità circoscritta e commisurata al limitato numero di funzioni svolte e rischi sostenuti. Al contrario, l'*headquarter/Principal* delle imprese multinazionali finisce

per svolgere le funzioni più rilevanti e per sostenere la maggioranza dei rischi e, conseguentemente, per accentrare la maggior quota del reddito prima delle imposte dell'intero gruppo. La localizzazione di questa tipologia di struttura societaria in Paesi a bassa fiscalità permette poi al gruppo multinazionale di ottimizzare la struttura fiscale internazionale e ridurre il carico imponibile⁷³.

⁷³ Cfr. Jeffrey L.Olin and Micheal J. Gibson, *International tax planning fuels the supply chain*" www.worldtrademagazine.com, Gennaio 1, 2002.

D. INTRODUZIONE ALLE PROBLEMATICHE DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO ALL'INTERNO DEI GRUPPI DI IMPRESE

1. La nozione di prezzo di trasferimento e l'*arm's length principle*

Nel campo della tassazione dei gruppi multinazionali, i Paesi che fanno parte dell'OCSE hanno deciso di seguire il cosiddetto "*separate entity approach*" secondo il quale ogni impresa che fa parte di un gruppo multinazionale è considerata come un'entità indipendente ed il reddito generato da essa è tassato nello Stato di residenza. Seguendo questo tipo d'approccio, le entità facenti parte di un Gruppo Multinazionale devono intraprendere transazioni commerciali ordinarie allorché necessitino di comprare o vendere beni o servizi da o ad una società collegata. Per prezzi di trasferimento (*transfer pricing*) si intendono i prezzi che le imprese multinazionali stabiliscono per queste transazioni infra-gruppo.

Sulla base dei fenomeni analizzati nei paragrafi precedenti, appare evidente che, se i gruppi multinazionali potessero determinare a piacimento i prezzi delle transazioni infra-gruppo, essi tenderebbero a fissare i prezzi in modo da limitare le marginalità di profitto delle società residenti in Stati ad alta fiscalità e, contemporaneamente, aumentare quanto più possibile le marginalità delle società residenti in Stati a bassa fiscalità o in Stati in cui vi siano delle perdite fiscali riportabili.

Per fare un esempio, si consideri il caso di un gruppo multinazionale in cui una società manifatturiera residente in Irlanda (imposta sul reddito delle società intorno al 12%) vende i propri beni ad una società distributrice residente in Italia (carico medio Ires-Irap 38-39%). Appare evidente che, in situazioni di questo tipo, i gruppi multinazionali hanno l'obiettivo di concentrare i profitti nelle giurisdizioni a bassa

fiscalità. Conseguentemente, in assenza di norme sulla determinazione dei prezzi delle transazioni infra-gruppo, il Gruppo multinazionale sarebbe portato a fissare prezzi il più alti possibile al fine di concentrare i margini di profitto integrato in Irlanda e lasciare la società distributrice Italiana in una posizione di pareggio.

Tuttavia, come si vedrà nei paragrafi successivi, tutti gli Stati ad economia avanzata e gran parte degli Stati con economie ancora in fase di sviluppo si sono dotati di una normativa interna da seguire in sede di determinazione dei prezzi di trasferimento infra-gruppo. In quasi la totalità degli Stati, la normativa avente ad oggetto i prezzi di trasferimento infra-gruppo è fondata sui principi dell'*arm's length standard* e del "valore normale".

Il principio fondamentale sul quale quasi ogni sistema di prezzi di trasferimento poggia le sue fondamenta è il cosiddetto "*arm's length standard*"⁷⁴, così come descritto nelle Linee Guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento⁷⁵ ed interpretato nelle normative nazionali dei Paesi parte dell'OCSE. In sostanza, seguendo il principio dell'*arm's length*, le transazioni che avvengono fra imprese facenti parte dello stesso gruppo multinazionale devono avvenire a condizioni simili a quelle che sarebbero stabilite da operatori indipendenti impegnati in transazioni comparabili⁷⁶.

Come previsto dall'articolo 9 del Modello OCSE di Convenzione contro le Doppie Imposizioni⁷⁷, il non aderire a questi principi può comportare aggiustamenti sul reddito delle società in sede di verifica fiscale: "[Qualora esistano] condizioni convenute o imposte tra due imprese [associate] nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle

⁷⁴ In Italiano tradotto come "Principio del Prezzo di Libera Concorrenza".

⁷⁵ "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", OCSE, Committee of fiscal affairs, Paris 1995-1999.

⁷⁶ Cfr Hubert Hamackers, *Transfer pricing history - State of the art - perspectives*, edited by the author, Rivista di Diritto Tributario Internazionale n. 3/1999.

⁷⁷ Cfr. "OECD Model Tax Convention on Income and on Capital", 2003.

imprese, ma che a causa di dette condizioni non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza.”⁷⁸

In pratica, *l'arm's length standard* richiede che il prezzo stabilito per le transazioni infra-gruppo sia simile a quello contrattato da operatori indipendenti in relazione a transazioni comparabili avvenute sul libero mercato. In questi casi, il prezzo contrattato fra gli operatori indipendenti è detto “valore normale” dei beni o dei servizi oggetto della transazione e ad esso si deve fare riferimento in sede di determinazione del prezzo.

Ciò premesso, è opportuno precisare che, benché *l'arm's length standard* possa apparire a prima vista come un principio semplice e lineare, l'applicazione dello stesso alle transazioni infra-gruppo è certamente alquanto complessa in considerazione dell'estrema difficoltà di reperire i necessari dati esterni riguardanti le condizioni del libero mercato e le transazioni fra operatori indipendenti. Come sarà evidenziato nel seguito dello studio, la reperibilità di queste informazioni è, in molte circostanze, vincolata alle richieste che le autorità fiscali fanno ai contribuenti in materia di pubblicità di determinati dati fra cui i bilanci d'esercizio, contratti rilevanti ed altro.

In conclusione, va fin d'ora precisato che, benché l'applicazione del principio dell'*arm's length* sia, allo stato attuale, ciò che permette la migliore approssimazione del valore normale sulla base del menzionato “*Separate Entity Approach*”, i prezzi di trasferimento non sono una scienza esatta, ma richiedono l'esercizio di complessi giudizi e valutazioni sia da parte dei contribuenti, che da parte delle autorità fiscali.

⁷⁸ Versione originale in inglese del “OECD Model Tax Convention on Income and on Capital”, 2003: “*where conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.*”

2. Obiettivi connessi alla gestione dei prezzi di trasferimento

Nel 2003, Ernst & Young ha condotto una *Global Survey*⁷⁹ con l'intento di raccogliere impressioni e prospettive dei responsabili dei dipartimenti fiscali di numerosi gruppi multinazionali. Il risultato di questa *survey* è stato che l'86%⁸⁰ degli intervistati ritiene che i prezzi di trasferimento siano la problematica da affrontare più rilevante e più complessa in materia di fiscalità internazionale. In realtà, benché l'insieme dei problemi che sorgono in materia di prezzi di trasferimento sia collegato a problematiche fiscali, le ragioni che spingono i gruppi a cercare di allocare il reddito imponibile in entità localizzate in determinati Paesi piuttosto che in altri possono essere anche di altra natura ed in alcuni casi contrastanti con le esigenze di ridurre il prelievo fiscale.

Tipicamente, nei casi in cui le entità facenti parte di un gruppo multinazionale siano residenti in Paesi con aliquote fiscali differenti, i gruppi multinazionale cercano di massimizzare il proprio profitto netto dopo le tasse localizzando la maggior quota possibile di reddito imponibile nei Paesi a più basso regime impositivo. Sempre nella stessa ottica, un gruppo multinazionale può essere interessato a spostare reddito imponibile in società che abbiano perdite riportabili da esercizi precedenti. Vi sono, poi, dei casi in cui il gruppo può avere anche altri interessi. Per esempio, i dazi doganali ed i dazi anti-dumping sono stabiliti in percentuale al valore del bene dichiarato in dogana. Il gruppo multinazionale può cercare di ridurre l'impatto economico di questi dazi facendo transitare le merci in dogana a valori più bassi possibile.

Alternativamente, un gruppo multinazionale può essere interessato a localizzare reddito imponibile in società quotate (per indurre il mercato ad investire nella società) o in società che siano oggetto d'interesse per future fusioni o acquisizioni da parte di

⁷⁹ "Transfer Pricing 2003 Global Survey, practices, perceptions and trends in 22 countries, plus tax authorities approaches in 44 countries", Ernst & Young, 2003.

⁸⁰ In realtà l'86% dei responsabili del dipartimento fiscale di *parent companies* ed il 93% dei responsabili del dipartimento fiscale di *subsidiaries*.

operatori terzi o potrebbe avere l'esigenza di localizzare più reddito imponibile in società che stiano contrattando aperture di linee di credito o altre operazioni finanziarie. Infine, in talune circostanze, un gruppo multinazionale potrebbe avere l'interesse di aggirare determinate disposizioni gius-lavoristiche d'alcuni Paesi diminuendo o aumentando la profittabilità generale di entità ivi residenti.

3. Cenni sulla disciplina sostanziale

Il Rapporto OCSE sui Prezzi di Trasferimento del 1979⁸¹ (d'ora innanzi Rapporto OCSE del 1979 o Rapporto), rivolto sia alle imprese, sia alle autorità fiscali dei singoli Paesi facenti parte dell'OCSE, è il primo documento elaborato dagli esperti del *Committee of Fiscal Affairs*⁸² nel quale si è tentato di dare, in una prospettiva internazionale, una regolamentazione unitaria per diverse problematiche sui prezzi di trasferimento. Il Rapporto, offrendo valide soluzioni interpretative in linea con il principio dell'*arm's length*, era finalizzato a funzionare come guida interpretativa per tutte le nazioni interessate all'elaborazione di una normativa esaustiva in materia.

Elemento principale del Rapporto era la cosiddetta gerarchia dei metodi. In sostanza, il Rapporto individuava diversi metodi adottabili per la determinazione delle politiche di prezzo, e ne disciplinava l'utilizzo secondo criteri gerarchici. In pratica, il primo metodo da prendersi in considerazione era il metodo del confronto del prezzo (d'ora in avanti definito anche "*Comparable Uncontrolled Price*"- CUP) che consiste nel confrontare i prezzi della transazione in verifica con quelli di una transazione comparabile avvenuta fra imprese fra loro indipendenti. In caso di inapplicabilità di questo metodo, il Rapporto suggeriva metodi basati sul confronto dei margini lordi della transazione (metodi del costo maggiorato e del prezzo di rivendita) e, infine,

⁸¹ Transfer Pricing and Multinationals, OCSE, Committee of Fiscal Affairs, Parigi, 1979.

⁸² Si tratta di un comitato interno all'OCSE che si occupa di trattare le problematiche di fiscalità internazionale.

solo in caso di reale inapplicabilità di questi ultimi, metodi basati sul confronto dei margini netti (metodi allora considerati comunque generalmente inattendibili).

Nel 1995⁸³, il *Committee of Fiscal Affairs* dell'OCSE ha elaborato nuove Linee Guida in materia di prezzi di trasferimento (d'ora innanzi Linee Guida del 1995 o Linee Guida). Esse costituiscono una parziale revisione del Rapporto precedente e sono principalmente volte ad adeguare i principi contenuti nel Rapporto del 1979 alla crescita delle economie nazionali, alla sempre crescente globalizzazione dei mercati ed al parimenti crescente sviluppo tecnologico.⁸⁴ In particolare, le Linee Guida sono intese ad approfondire le tematiche riguardanti l'applicazione del principio dell'*arm's length* anche alle transazioni di beni immateriali e servizi e, soprattutto, a puntualizzare ambiguità contenute nel Rapporto del 1979 in merito all'applicazione dei metodi basati sulla comparazione dei profitti netti (cosiddetti "*profit based methods*")⁸⁵ cercando di mediare le posizioni sostenute nel vecchio Rapporto con la recente normativa americana.

A metà degli anni novanta, infatti, si era avvertita, in ambito OCSE, la reale necessità di regolamentare l'applicazione dei "*profit based methods*" in modo più conforme possibile a quanto stabilito nel 1994 dalle autorità fiscali statunitensi all'interno delle "*Treasury Regulations 1.482*"⁸⁶. Come si analizzerà nel seguito di questo studio, le *Treasury Regulations* introducevano in via definitiva il criterio chiamato "*Best Method Rule*" sulla base del quale contribuenti ed autorità fiscali, in sede di selezione del metodo sui prezzi di trasferimento da utilizzare, non avrebbero dovuto seguire la gerarchia prevista dal Rapporto del 1979 bensì selezionare di volta in volta il metodo più facilmente applicabile per la transazione in verifica.

⁸³ Fra il 1979 ed il 1995, l'OCSE aveva pubblicato altri due documenti relativi al transfer pricing: "Transfer Pricing and Multinational Enterprises; Three Taxation Issues" Parigi, 1984 e "Tax aspects of Transfer Pricing within Multinational Enterprises – the Proposed US Regulations" Parigi, 1994.

⁸⁴ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", OCSE, 1995-1999. Preface 1.

⁸⁵ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", OCSE, 1995-1999. Preface 19.

⁸⁶ US Transfer Pricing Treasury Regulations 1.482, 1994.

Le Linee Guida del 1995, ampliate con capitoli specifici riguardanti transazioni di beni immateriali e servizi (1996), *Cost Contribution Agreements* (accordi di ripartizione dei costi - 1997) e altri allegati d'approfondimento, fra cui, in particolare, quello sugli *Advance Pricing Agreements* (1998), non sono state recepite nel nostro Ordinamento con alcun atto formale ad eccezione di una traduzione ufficiale commissionata dal Ministero per l'edizione del 1995.

Oltre alle Linee Guida OCSE, l'Italia è da tempo dotata di una legislazione interna finalizzata a valutare la congruità delle politiche relative ai prezzi di trasferimento. A tale proposito vanno menzionati il combinato disposto degli articoli 110⁸⁷, comma 7 e 9⁸⁸, comma 3, del DPR 917/86 (di seguito, "TUIR") e, sotto il profilo delle interpretazioni amministrative, la Circolare Ministeriale del 1980 numero 32/9/2267⁸⁹ e la successiva Circolare Ministeriale numero 42/12/1587⁹⁰ che, in sostanza, hanno recepito il Rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento del 1979⁹¹.

Come si può evincere dalla lettura dell'art. 110 comma 7 del TUIR, la regolamentazione prevista in Italia ai fini delle imposte dirette risulta circoscritta ai rapporti tra soggetti residenti e soggetti esteri appartenenti ad un medesimo gruppo multinazionale, o comunque connessi da particolari vincoli di natura economica. Dal testo normativo, infatti, emergono sia dei presupposti soggettivi (società non residente, impresa residente e criterio di collegamento), sia dei presupposti oggettivi (disallineamento dal valore normale) la verifica dei quali è necessaria per la possibile applicazione della norma stessa.

⁸⁷ Articolo 76, comma 5 del vecchio TUIR.

⁸⁸ Articolo 9 del TUIR.

⁸⁹ Circolare Ministeriale n. 32/9/2267 del 22 settembre 1980.

⁹⁰ Circolare Ministeriale n. 42/12/1587 del 12 dicembre 1981.

⁹¹ Per quanto concerne la giurisprudenza in materia, si consideri che in Italia è difficile individuare un orientamento giurisprudenziale consolidato in materia di prezzi di trasferimento. Poche sono state le sentenze in materia e quasi tutte a vantaggio dei contribuenti. In sostanza, le Commissioni si sono nella maggior parte dei casi pronunciate sull'uso del metodo del confronto del prezzo che, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, è stato per anni quasi l'unico strumento utilizzato dalle autorità fiscali per contrastare le scelte fatte dai contribuenti.

Per quanto concerne il riferimento al soggetto residente, l'articolo in esame fa riferimento al termine "impresa". In tale ottica, è evidente che questo termine debba essere interpretato estensivamente includendo fra i soggetti residenti accertabili società di persone, società di capitali e ditte individuali. A supporto di questa tesi, la Circolare n. 32/9/2267 prevede espressamente l'applicazione della norma citata anche a stabili organizzazioni di società estere operanti in Italia.⁹²

Il legislatore definisce, invece, il soggetto non residente come "società non residente nel territorio dello Stato". Anche in questo caso, un'interpretazione estensiva del concetto di società appare preferibile. A tale proposito, la Circolare n. 32/9/2267 prevede espressamente che detta espressione debba necessariamente comprendere ogni sorta d'organismo societario giuridicamente riconosciuto nello Stato estero d'appartenenza anche se mancante del requisito della plurisoggettività.⁹³

Infine, per quanto concerne le problematiche legate al rapporto giuridico economico intercorrente fra il soggetto residente ed il soggetto non residente, la citata Circolare Ministeriale è chiara nel prevedere una nozione molto ampia di controllo non vincolandosi al dettato dell'articolo 2359 del Codice Civile. In particolare, la Circolare esprime l'avviso che il criterio di collegamento che determina l'alterazione dei prezzi di trasferimento possa essere costituito dalla semplice influenza di un'impresa sulle decisioni imprenditoriali dell'altra andando oltre vincoli contrattuali od azionari: "Un'impostazione civilistica del concetto di controllo, oltre che sottrarre alla disciplina del prezzo di trasferimento transazioni spesso praticate nel commercio

⁹² Cfr. Circolare Ministeriale n. 32/9/2267 del 22 settembre 1980, Punto 3: "Anche il concetto di "impresa", nella quale si identifica il soggetto passivo del controllo di cui all'art. 53, 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 di servizi (art. 2082 C.C.). Rientrano, quindi, fra le imprese, oltre che i vari tipi di società e di persone, anche le imprese individuali e le stabili organizzazioni di società estere operanti in Italia riconosciute fiscalmente autonome dall'art. 19 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597."

⁹³ Cfr. Circolare Ministeriale n. 32/9/2267 del 22 settembre 1980, Punto 2: "Il concetto di "società" al quale fa riferimento il legislatore nell'indicare il soggetto estero controllante non deve essere inteso riduttivamente: rientrano nell'ambito di tale nozione, secondo la prevalente interpretazione della dottrina e della giurisprudenza sulla portata delle norme civilistiche concernenti le società, anche forme giuridiche non espressamente previste dal nostro ordinamento. Il termine "società" comprende, quindi, ogni sorta di organismi societari giuridicamente riconosciuti nello Stato estero anche se difettano del requisito della plurisoggettività, (...) Tra i soggetti esteri debbono configurarsi anche le stabili organizzazioni, non localizzate in Italia, di società estere."

internazionale, risentirebbe, inoltre, negativamente della stessa disciplina deficitaria dell'art. 2359 Codice Civile. (...) 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, tenendo presente, cioè, che le variazioni di prezzo nelle transazioni commerciali trovano spesso il loro presupposto fondamentale nel potere di una parte di incidere sull'altrui volontà non in base al meccanismo del mercato ma in dipendenza degli interessi di una sola delle parti contraenti o di un gruppo. E le risultanze emergenti dalla pratica comprovano sufficientemente come il criterio di collegamento che determina l'alterazione dei prezzi di trasferimento è costituito, spesso, dall'influenza di un'impresa sulle decisioni imprenditoriali dell'altra, che va ben oltre i vincoli contrattuali od azionari sconfinando in considerazioni di fatto di carattere meramente economico. Da quanto precede discende che il concetto di "controllo" deve essere esteso ad ogni ipotesi d'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'impresa (fattispecie comprensiva delle joint ventures).
- c. Diritto di nomina dei membri del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi delle società.
- d. Membri comuni del consiglio d'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 d'approvvigionamento o di sbocchi.
- j. Serie di contratti che modellino una situazione monopolistica.

In generale, tutte le ipotesi in cui venga esercitata potenzialmente o attualmente un'influenza sulle decisioni imprenditoriali”⁹⁴.

In sostanza, le regole da seguire ed applicare in Italia in materia di prezzi di trasferimento sono contenute sia all'interno della citata Circolare n. 32/9/2267, sia all'interno delle Linee Guida OCSE del 1995. Quale delle due debba essere considerata la fonte prevalente non è chiaro anche se diverse considerazioni in merito fanno decisamente propendere per le Linee Guida.

Innanzitutto, da un punto di vista di mera prevalenza astratta delle fonti, si deve considerare che le Linee Guide OCSE non sono né una norma, né un trattato, ma una semplice fonte di *soft law* di carattere internazionale con un limitato valore applicativo formale. Allo stesso modo, le circolari sono dei documenti che esprimono opinioni interpretative del Ministero delle Finanze in merito ad una o più norme tributarie. Tuttavia, è orientamento pressoché pacifico che esse non creino vincoli né per i contribuenti, né per le autorità fiscali, né, tanto meno, per i giudici⁹⁵.

Da un punto di vista tecnico, poi, si deve considerare che la Circolare è ispirata al Rapporto OCSE del 1979. A livello aggregato, infatti, entrambi i documenti sembrano arrivare alle medesime conclusioni e, in aggiunta, alcuni punti della Circolare sembrano essere una semplice traduzione del Rapporto. In questa prospettiva, appare evidente che la sostituzione del Rapporto OCSE del 1979 con un documento più aggiornato, peraltro tradotto ufficialmente in Italiano dal Ministero delle Finanze, metta in crisi il valore sostanziale delle previsioni della Circolare.

Un esempio in questo senso sono i riferimenti alle metodologie di determinazione dei prezzi basate sul confronto dei margini netti. La Circolare, così come il Rapporto del 1979, sembra limitarsi a sancire la generale inattendibilità di queste metodologie

⁹⁴ Cfr. Circolare Ministeriale n. 32/9/2267, punto 3.

⁹⁵ Cfr. Gaspare Falsitta, *Manuale di Diritto Tributario*, parte generale, Padova, 1999, pag. 72.

utilizzando poche righe per descriverne le caratteristiche e limitate funzionalità. Allo stato attuale, invece, la nuova metodologia elaborata nelle Linee Guida del 1995 (*Transactional Net Margin Method*) è comunemente usata dalle imprese multinazionali e conseguentemente le autorità fiscali nazionali sono costrette ad accettarla per non creare problemi eccessivi in materia di doppia imposizione economica dei redditi. In aggiunta, tanti altri punti della Circolare sembrano oramai superati. Un esempio per tutti sono i *safe harbours* in materia di proprietà intellettuale che determinano la deducibilità di varie percentuali di *royalties* corrisposte a soggetti esteri a seconda dei diversi gradi di documentazione disponibile ed al livello tecnico del bene immateriale oggetto di licenza.

In conclusione, le previsioni della Circolare appaiono in molti casi obsolete e spesso in contrasto con principi uniformemente applicati dalle imprese multinazionali in materia di prezzi di trasferimento. Essendo le tematiche relative ai prezzi di trasferimento internazionali per definizione, è necessario che ogni Paese elabori una normativa in materia che sia in linea con gli standard internazionali e che non contenga previsioni eccessivamente caratteristiche che possano creare problemi di doppia imposizione sui redditi.

E. SINTESI ED OBIETTIVI DELLO STUDIO, ANALISI DI COMPARABILITÀ, DETERMINAZIONE DEL METODO PIÙ IDONEO E INDIVIDUAZIONE DEI MARGINI DI PROFITTO DI RIFERIMENTO

Questo studio analizza ed esamina i metodi ed i criteri comunemente utilizzati dai gruppi multinazionali e dalle autorità fiscali dei vari Paesi per determinare i prezzi di trasferimento da applicarsi alle transazioni infra-gruppo di beni e servizi ed ha lo specifico obiettivo di identificare, nei diversi contesti, i vari elementi rilevanti ai fini dell'individuazione del metodo più idoneo.

Lo studio è diviso in tre Parti. Nella prima, "prezzi di trasferimento ed analisi delle transazioni comparabili", vengono brevemente esaminate le strutture organizzative delle imprese multinazionali facendo alcuni cenni alle nuove strategie di disarticolazione della catena del valore sulla base delle quali, negli ultimi anni, molte imprese multinazionali hanno riorganizzato le proprie operazioni commerciali. Sempre nell'ambito di queste premesse, sono concisamente esposte le nuove norme introdotte dalla riforma del diritto societario Italiano in materia di gruppi ed attività di direzione e coordinamento e le discipline principali di carattere sovra-nazionale proposte dall'Unione Europea e dall'OCSE in tema di armonizzazione fiscale.

All'interno dell'analisi delle transazioni comparabili, viene spiegato il principio generale del "*arm's length*" secondo cui i prezzi di trasferimento delle transazioni infra-gruppo devono essere determinati facendo riferimento ai prezzi stabiliti in transazioni comparabili avvenute sul libero mercato fra operatori fra loro indipendenti. In questa prospettiva, il primo punto che viene esaminato riguarda la cosiddetta "analisi di comparabilità", ovvero l'analisi che deve essere effettuata per identificare sul libero mercato transazioni di beni o servizi comparabili a quelle infra-gruppo sotto osservazione. In aggiunta, sempre nell'ambito dell'analisi di

comparabilità, si operano i primi riferimenti alle metodologie da utilizzarsi per determinare i prezzi di trasferimento. In quest'ottica, vengono esaminati i rapporti fra l'analisi di comparabilità e la individuazione del metodo più appropriato.

Come si vedrà nel prosieguo dello studio, infatti, esistono diverse metodologie a cui si deve fare ricorso per determinare i prezzi di trasferimento di transazioni infra-gruppo. Generalmente, a seconda della metodologia selezionata (la selezione dipende dalle circostanze di fatto e dalle informazioni disponibili), cambia l'oggetto dell'analisi di comparabilità. L'obiettivo della seconda Parte dello studio, "Individuazione del metodo più idoneo e definizione del prezzo di trasferimento" è, quindi, analizzare le metodologie sui prezzi di trasferimento disciplinate dall'OCSE e dalle varie normative interne degli Stati e individuare quella di volta in volta più adatta alle caratteristiche della transazione in analisi. Questa indagine avrà ad oggetto transazioni infra-gruppo di beni materiali, beni immateriali e servizi.

Il punto successivo ha come oggetto la cosiddetta analisi economico/finanziaria. Questa analisi è necessaria ogni qualvolta, a seguito della selezione della metodologia più idonea, l'elemento della comparazione siano i margini conseguiti dalle società impegnate nelle transazioni piuttosto che i meri prezzi dei beni o dei servizi. Conseguentemente, l'obiettivo dell'analisi economico/finanziaria è verificare che i margini di profitto conseguiti da una società impegnata in transazioni infra-gruppo siano in linea con i margini di profitto conseguiti da operatori indipendenti impegnati in transazioni comparabili avvenute sul libero mercato.

Infine, l'ultima Parte del presente studio "la definizione delle politiche di prezzo nei rapporti con le autorità fiscali" ha ad oggetto l'insieme delle norme a carattere nazionale e sopranazionale relative alla gestione nazionale ed internazionale delle controversie in materia di prezzi di trasferimento ed alla riduzione dei rischi derivanti dalle doppie imposizioni sui redditi. In particolare, parti cruciali di quest'ultimo punto sono le varie normative in tema di documentazione obbligatoria delle transazioni

infra-gruppo e l'osservazione dei lavori del *Joint Transfer Pricing Forum*⁹⁶ in materie quali la gestione delle problematiche di doppie imposizioni sui redditi, la predisposizione di un tipo di documentazione obbligatoria comune a livello europeo e gli accordi preventivi con le autorità fiscali (APA).

Partendo da tutte le argomentazioni tecniche esposte nelle varie Parti, il presente studio si ripropone di arrivare alle seguenti conclusioni:

- a. Innanzitutto, dimostrare che esiste una vera e propria gerarchia dei metodi da seguire al momento dell'individuazione del metodo più idoneo per definire il prezzo della transazione in verifica. Tale gerarchia, in antitesi al sistema statunitense della *best method rule*, è di fatto vincolante e ricavabile dalle previsioni delle Linee Guida OCSE e della citata Circolare Ministeriale in materia.
- b. In seconda istanza, dimostrare che tale gerarchia esiste fra tre categorie che sono il metodo tradizionale del confronto del prezzo, i metodi tradizionali del confronto dei margini lordi (*cost plus* e prezzo di rivendita) ed i metodi basati sul confronto dei margini netti (*Transactional net margin method* e *profit split*). In questa prospettiva, si dimostra che tale gerarchia è strettamente vincolata alla disponibilità di informazioni sulle transazioni comparabili. Più alto è il grado di comparabilità fra la transazione in verifica e la transazione comparabile di cui si hanno informazioni, più sussiste l'obbligo per autorità fiscali e contribuenti di applicare il metodo più alto nella gerarchia.
- c. Un volta stabilita questa sorta di "graduatoria" dei metodi, l'obiettivo è spiegare quali siano i criteri che, di fatto, devono essere utilizzati per scegliere fra il metodo del *cost plus* ed il metodo prezzo di rivendita⁹⁷ e verificare quali siano

⁹⁶ La Commissione europea all'interno del citato documento "Company taxation in the internal market etc.." ha proposto la creazione di un E.U. Joint Transfer Pricing Forum al fine di elaborare soluzioni pragmatiche e non legislative per tutte le problematiche relative ai prezzi di trasferimento all'interno dell'Unione Europea. L' E.U. Joint Transfer Pricing Forum si è riunito per la prima volta nell'Ottobre del 2002 ed ha concluso la prima fase dei suoi lavori nell'estate 2004.

⁹⁷ O, come si vedrà nel prosieguo, fra TNMM/cost plus modificato e TNMM/prezzo di rivendita modificato.

gli effetti economici principali che derivano dall'applicazione di un metodo piuttosto che dell'altro.

- d. Terminate le considerazioni in tema di individuazione del metodo più idoneo per ogni tipo di transazione (beni materiali, beni immateriali e servizi), obiettivo dello studio è dimostrare che, allo stato attuale, l'insieme delle regole utilizzate per effettuare l'analisi economica e, quindi, per definire i valori da applicarsi per la determinazione dei prezzi di trasferimento non è sempre uniforme a livello internazionale e, in molte circostanze, è impreciso ed incoerente. In questo senso, particolare enfasi hanno le previsioni OCSE in tema di definizione della gamma dei valori di libera concorrenza e scelta del valore finale.
- e. Infine, come ultimo punto, l'obiettivo dello studio è passare in rassegna tutti gli istituti applicati o in procinto di essere applicati in materia di gestione nazionale ed internazionale delle controversie sui prezzi di trasferimento.

II. ANALISI DI COMPARABILITÀ

A. I DIVERSI GRADI DI COMPARABILITÀ

Come esaminato nel corso del capitolo introduttivo, seguendo il principio dell'*arm's length standard*, i prezzi di trasferimento applicati in transazioni fra imprese collegate devono essere il più possibile conformi a quelli applicati da operatori indipendenti in transazioni comparabili (valore normale). Il disallineamento fra il valore normale dei beni ed il prezzo praticato in transazioni infra-gruppo può essere oggetto d'accertamento da parte delle autorità fiscali, dando luogo ad aggiustamenti sul reddito imponibile. In questa prospettiva, al fine di determinare correttamente i prezzi di trasferimento da applicare a determinate transazioni, diviene necessario sia per il contribuente, che per le autorità fiscali, reperire sul libero mercato transazioni che siano comparabili a quelle in analisi.

Come sarà analizzato in dettaglio nel seguito di questo capitolo, la comparabilità di due transazioni può essere piena o parziale. Si può avere comparabilità piena fra due transazioni solo quando i beni o i servizi oggetto delle transazioni stesse siano analoghi. Nel caso in cui i beni o i servizi non siano analoghi, differenze nel prezzo sarebbero ovviamente legittimate dalle relative differenze nella caratteristiche dei beni o dei servizi.

Oltre al requisito della sostanziale identità dei beni, perché due transazioni siano pienamente comparabili, è necessario che le condizioni ed i termini contrattuali concordati fra le parti siano sostanzialmente i medesimi e che le transazioni avvengano in condizioni di mercato simili. E' intuitivo, infatti, che il prezzo concordato da due operatori dipenda, oltre che dalla qualità dei beni oggetto della

transazione, anche dai volumi trattati, dai termini di pagamento, dal mercato geografico di riferimento, dal pagamento delle spese di consegna e da tutta una serie di condizioni contrattuali che possono incidere significativamente sul prezzo finale.

Infine, perché ci sia piena comparabilità fra due transazioni è necessario che queste avvengano al medesimo stadio di commercializzazione. Per fare un esempio, è evidente che il prezzo d'acquisto pagato da un grossista per determinati beni debba essere minore del prezzo pagato da una dettagliante per gli stessi beni, anche nel caso in cui le parti abbiano concordato le medesime condizioni contrattuali.

In sostanza, nel caso in cui contribuenti ed autorità fiscali individuino sul libero mercato una transazione (fra operatori non facenti parte dello stesso gruppo) che soddisfi tutti i requisiti di comparabilità sopra menzionati, il prezzo di trasferimento della transazione in verifica sarà da considerarsi come riferimento per il prezzo applicato nella transazione comparabile. In questo caso, il metodo applicato da contribuenti o autorità fiscali sarebbe il cosiddetto "metodo del confronto del prezzo" o CUP che consiste appunto nella comparazione del prezzo concordato nella transazione in verifica con il prezzo concordato nella transazione comparabile.

Tuttavia, benché l'applicazione di questo metodo fornisca risultati solitamente attendibili, la possibilità di reperire sul libero mercato una transazione in tutto e per tutto comparabile con quella in verifica è solitamente alquanto remota anche in considerazione del fatto che non esiste in Italia alcun obbligo di pubblicità per le transazioni fra operatori indipendenti e, pertanto, nessuno al di fuori dei diretti interessati è generalmente in possesso delle informazioni riguardanti prezzo, termini e condizioni concordati.⁹⁸

Concludendo, determinare i prezzi di trasferimento comparando il prezzo praticato nella transazione in verifica con quello praticato in un'eventuale transazione comparabile (CUP) è spesso impossibile, in parte poiché è difficile che una

⁹⁸ Gli unici casi in cui questi dati sono a disposizione di contribuenti ed autorità fiscali sono quelli in cui la transazione comparabile è quella che lo stesso contribuente effettua con un operatore terzo (cd. Confronto/Comparazione Interna). Nel capitolo riguardante la selezione del metodo, i vari aspetti della comparazione interna saranno approfonditi con riferimento a tutti i metodi.

transazione in tutto e per tutto comparabile sia effettivamente avvenuta sul libero mercato⁹⁹, in parte poiché è in ogni caso complicato, sia per il contribuente, che per le autorità fiscali, venire a conoscenza dei dettagli delle transazioni effettuate sul libero mercato al fine di verificare che tutti i requisiti di comparabilità siano effettivamente rispettati.

In questa prospettiva, qualora transazioni pienamente comparabili non siano effettivamente reperibili, oppure le differenze fra le transazioni non siano quantificabili con opportuni aggiustamenti in termini di differenziale sul prezzo, sarà necessario per i contribuenti e le autorità fiscali determinare i prezzi di trasferimento comparando le marginalità economiche conseguite da operatori indipendenti in transazioni funzionalmente comparabili con le marginalità economiche conseguite dalle società collegate impegnate nelle transazioni in verifica. In questi casi, la comparabilità di due transazioni dovrà essere più incentrata sulle funzioni svolte ed i rischi assunti dalle parti coinvolte, piuttosto che sulla qualità dei beni oggetto delle transazioni stesse.

In sostanza, si può concludere che l'analisi di comparabilità fra due transazioni può essere effettuata anche su transazioni che non abbiano come oggetto gli stessi beni e servizi ("comparabilità per prodotto"), ma in cui le parti impegnate svolgano funzioni simili ("comparabilità funzionale"). A tale proposito, calzante è l'esempio fatto nelle Linee Guida OCSE laddove viene evidenziato che rivenditori di tostapane o frullatori svolgenti le medesime funzioni dovrebbero generalmente ricevere una remunerazione sostanzialmente analoga indipendentemente dal tipo di prodotto commercializzato¹⁰⁰.

⁹⁹ Come sarà analizzato nel seguito, in alcune circostanze è possibile quantificare in termini di prezzo dei beni differenze marginali fra alcune transazioni (cd. Aggiustamenti) al fine di rendere applicabile il metodo del CUP anche in casi in cui due transazioni non siano pienamente comparabili. Cfr anche Walter Pardini and Andrea Vasapoli, *Il Transfer Pricing nelle Operazioni Infragruppo*, Casi Pratici Commentati", Ipsoa, Milano, 2002.

¹⁰⁰ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999. Paragrafo 2.17.

B. SCHEMI DI CONTO ECONOMICO DI RIFERIMENTO

Una volta assodato che la comparazione fra due transazioni può riguardare sia il prezzo dei beni o servizi, sia le marginalità economiche nette o lorde conseguite dagli operatori nell'ambito delle stesse transazioni, è doveroso premettere quale debba essere lo schema di conto economico da tenere in considerazione a tal fine.

Con il decreto legislativo n. 127 del 9 Aprile 1991, l'Italia ha recepito il contenuto della IV Direttiva CEE in materia di bilancio d'impresa. A seguito dell'entrata in vigore di questo decreto, società di capitali e cooperative, le uniche forme giuridiche d'impresa per le quali il codice civile prescrive l'obbligo di redazione del bilancio, hanno dovuto uniformarsi a schemi rigidi per la redazione del bilancio d'esercizio.

In sostanza, per quanto concerne il conto economico, la IV Direttiva prevede tre schemi alternativi fra cui lo schema cosiddetto a costo del venduto, lo schema cosiddetto a valore aggiunto e lo schema a "margine di contribuzione" adottato dall'Italia che prevede il confronto fra A "valore della produzione" e B "totale dei costi della produzione"¹⁰¹. Il "valore della produzione" è da intendersi come la somma algebrica di più voci fra cui, in particolare, ricavi delle vendite e variazione delle scorte di prodotti finiti, semilavorati e merci. Al contrario, i "costi della produzione" sono la somma algebrica dei costi d'acquisto di beni e servizi, dei costi per il godimento di beni di terzi, dei costi del personale e dei costi per servizi e per ammortamenti.

La differenza tra il valore della produzione ed i costi della stessa determina il "risultato operativo" d'esercizio. A questo si possono sottrarre/aggiungere i proventi e gli oneri finanziari (C) e straordinari (E) e le rettifiche di valore di attività finanziarie (D) per arrivare a calcolare il cd. "risultato prima delle imposte". In sostanza, lo

¹⁰¹ Con la riforma degli IAS, le società quotate in Italia dovranno utilizzare lo schema a costo del venduto.

schema di conto economico secondo la quarta direttiva può essere illustrato come segue:

Tabella 1

<p>Valore della Produzione <u>(Costi della Produzione)</u> Risultato Operativo (Proventi e gli oneri finanziari) (Rettifiche di valore di attività finanziarie) (Proventi e gli oneri straordinari) <u>Risultato Prima delle Imposte</u></p>

Tuttavia, considerando che lo schema di conto economico così fatto non consente di ottenere informazioni precise sulle varie aree della gestione aziendale, lo schema di conto economico utilizzato ai fini della analisi economica della profittabilità delle aziende, è quello "al costo del venduto". Lo schema al costo del venduto si differenzia fortemente da quello della adottato dall'Italia e da altri Paesi Europei (es. Germania) non tanto per le macroclassi individuate, quanto piuttosto per la diversa attribuzione di voci di costo alle varie categorie.

In sintesi, lo schema basato sul costo del venduto si fonda su tre diverse macrovoci: 1) i ricavi delle vendite, 2) il costo del venduto e 3) le spese operative. I ricavi delle vendite equivalgono ai ricavi generati nel corso di un esercizio dall'attività d'impresa. La voce "costo del venduto" sta a rappresentare tutte le spese sostenute da una società nel corso dell'esercizio al fine di produrre o acquistare i beni che vengono rivenduti. In sostanza, il costo del venduto di una società manifatturiera è costituito dai costi di acquisto delle materie prime, dai costi di mantenimento, gestione e funzionamento degli impianti produttivi, dagli ammortamenti legati a beni relativi alla produzione industriale e dal costo del lavoro. Per quanto concerne una società commerciale, il costo del venduto è, invece, costituito dai costi d'acquisto dei prodotti da rivendere

più costi accessori di trasporto, dazi doganali ed altri costi inerenti ai prodotti da commercializzare.

Le spese operative con gli ammortamenti stanno a rappresentare tutti i costi sostenuti nel corso di un esercizio per la gestione dell'impresa. Questa voce comprende i salari pagati al personale amministrativo, costi di ricerca e sviluppo e altri costi generali, amministrativi e di vendita. In questo tipo di schema, la differenza fra ricavi e costo del venduto genera il cd. "profitto lordo" (margine lordo se rapportato ai ricavi), mentre la differenza fra il profitto lordo e le spese operative permette di arrivare al cd. "profitto operativo" (margine netto/operativo se rapportato ai ricavi). Questo schema di conto economico può essere illustrato come segue:

Tabella 2

Ricavi delle Vendite
(Costo del Venduto)
Profitto Lordo
(Spese Operative)
Profitto Operativo

In sostanza, questo schema, oltre ad essere utilizzabile per schematizzare il conto economico per interi esercizi, è applicabile in un'ottica di prezzi di trasferimento per calcolare la profittabilità lorda e netta d'ogni singolo prodotto o di classi di prodotti (conto economico della transazione commerciale). In conformità a questo schema, sarà quindi possibile comparare il profitto/margine lordo o netto conseguito da imprese associate in transazioni relative a determinati prodotti con profitti/margini lordi o netti conseguiti da operatori indipendenti in transazioni funzionalmente comparabili.

C. GERARCHIA DEI METODI E COMPARABILITÀ DELLE TRANSAZIONI

Fino ad ora si è osservato che i prezzi di trasferimento fra imprese facenti parte dello stesso gruppo multinazionale devono essere determinati in conformità alle leggi dei Paesi ove risiedono le società impegnate nella transazione in verifica. Altrimenti, l'uso improprio delle politiche di prezzo infra-gruppo può permettere al gruppo stesso di conseguire vantaggi indebiti in diverse aree fra cui, in particolare, quella fiscale.

In conformità alle leggi di quasi tutti i Paesi occidentali e delle citate Linee Guida OCSE in materia, il prezzo di trasferimento di ogni transazione infra-gruppo deve essere determinato facendo riferimento al valore normale del bene oggetto della transazione. Per valore normale s'intende il prezzo che operatori indipendenti concorderebbero per il medesimo bene in circostanze comparabili (Principio del prezzo di libera concorrenza o "*arm's length principle*"). Conseguentemente, ai fini di determinare i prezzi per le transazioni infra-gruppo, è necessario che contribuenti ed autorità fiscali ricerchino sul libero mercato transazioni comparabili a quella in verifica.

Una transazione è pienamente comparabile ad un'altra allorché riguardi i medesimi beni, le condizioni contrattuali siano equivalenti, i mercati di riferimento abbiano le medesime caratteristiche, e le due transazioni avvengano al medesimo stadio di commercializzazione. Due transazioni possono essere parzialmente comparabili allorché alcuni dei fattori di comparabilità menzionati differiscano. L'analisi funzionale, come si vedrà nei prossimi paragrafi del presente capitolo, è il processo da seguire al fine di esaminare una transazione in verifica onde poter comprendere la piena effettività di tutti i fattori di comparabilità.

In conclusione, qualora sia possibile reperire sul libero mercato una transazione pienamente comparabile a quella in verifica, il prezzo di trasferimento stabilito per la

transazione in verifica dovrà essere analogo a quello concordato dalle parti nella transazione comparabile. Benché questa metodologia (“metodo del confronto del prezzo” o “CUP”) sia in genere quella che permette di raggiungere i risultati più attendibili, la sua applicazione è tuttavia estremamente rara in considerazione delle difficoltà che contribuenti ed autorità fiscali incontrano nel reperire i dati necessari relativamente alle transazioni che avvengono sul libero mercato e che sono potenzialmente pienamente comparabili.

In alternativa, qualora non sia possibile reperire una transazione pienamente comparabile, oppure opportuni aggiustamenti in termini di prezzo non siano effettuabili, la comparabilità di due transazioni dovrà aversi principalmente con riguardo alle funzioni svolte ed ai rischi sostenuti dalle società impegnate. In questa sede, avvenendo la comparazione su indicatori di profitto e non sui prezzi, potrà venir meno anche il primo requisito di comparabilità, cioè quello relativo alla sostanziale identità dei prodotti oggetto della transazione¹⁰². In sostanza, man mano che diminuisce il grado di comparabilità fra due transazioni, l'indicatore che deve essere comparato ai fini della ricerca del valore normale muta di conseguenza passando dal prezzo dei beni ai margini prima lordi e poi operativi (questi in caso di notevoli differenze nei fattori di comparabilità).

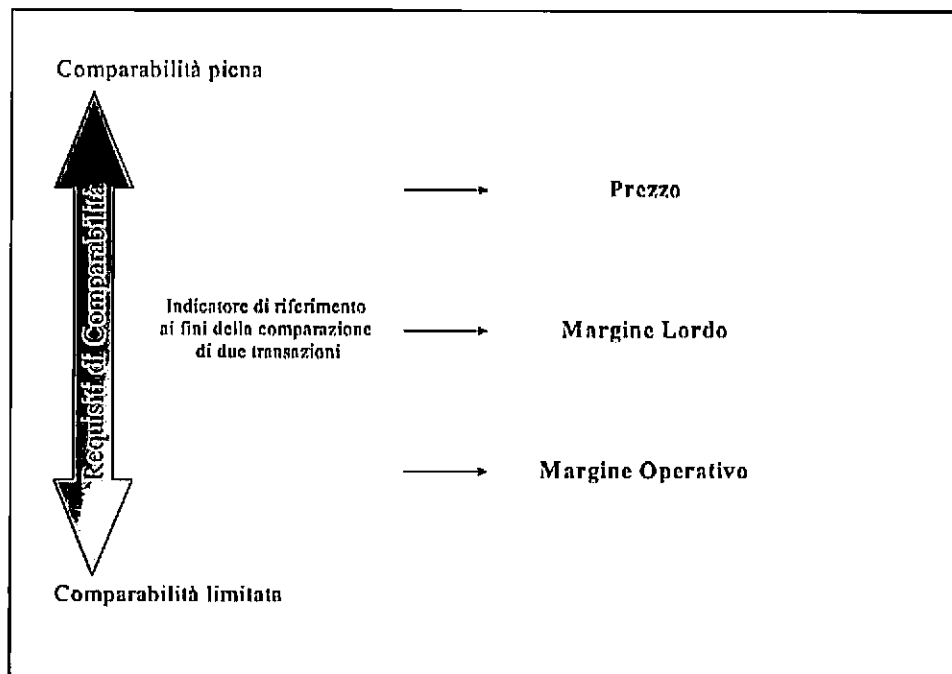
Questi principi stanno alla base del concetto di “gerarchia dei metodi” descritta all'interno delle Linee Guida OCSE al paragrafo 2.5: “Il modo più diretto per stabilire se le condizioni convenute o imposte tra imprese associate sono concorrenziali consiste nel paragonare i prezzi imposti nelle transazioni avviate tra dette imprese con i prezzi imposti nelle transazioni comparabili tra imprese indipendenti. Questo approccio è il più diretto poiché qualsiasi differenza nel prezzo di una transazione tra imprese associate e di una transazione comparabile sul libero mercato può, di norma, essere imputata direttamente alle relazioni commerciali e finanziarie convenute o imposte tra le imprese, e le condizioni concorrenziali possono essere stabilite sostituendo direttamente il prezzo della transazione controllata con il prezzo della transazione comparabile sul libero mercato. Comunque non saranno sempre

¹⁰² Quindi comparabilità funzionale, invece di comparabilità di prodotto.

disponibili delle transazioni comparabili, così da poter fare affidamento solo su detto approccio diretto: pertanto, può essere necessario paragonare altri elementi meno diretti, quali i margini lordi, di transazioni tra imprese associate e sul libero mercato al fine di determinare se le condizioni tra le imprese associate siano concorrenziali. Detti approcci, diretti ed indiretti, si riflettono nei metodi tradizionali basati sulla transazione, descritti in seguito.”

Da quanto detto, si desume chiaramente che maggiore è la comparabilità fra la transazione più comparabile avvenuta sul mercato (per cui sono disponibili informazioni) e la transazione analizzata, più l'oggetto della comparazione si sposta verso il prezzo. Viceversa, minore è la comparabilità delle funzioni svolte e dei rischi assunti, più l'oggetto della comparazione si sposta verso il margine netto.

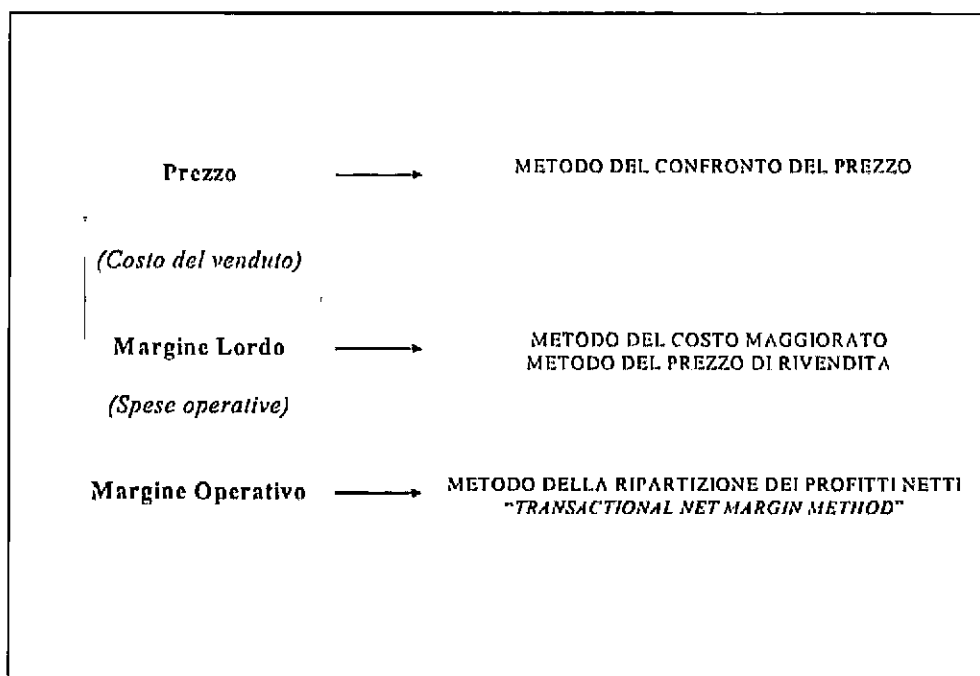
Grafico 3



Volendo andare oltre, come si vedrà più nel dettaglio nel prossimo capitolo in tema di analisi dei metodi, ogni metodo utilizzabile per determinare i prezzi di una

transazione infra-gruppo è imprescindibilmente legato alla comparazione di solo uno degli indicatori di riferimento.

Grafico 4



D. I FATTORI DI COMPARABILITÀ

Come visto nel corso dei paragrafi A e C del presente Capitolo, esistono diversi elementi da analizzare per determinare la comparabilità di due transazioni ed il più rilevante fra questi è la similarità dei beni e dei servizi oggetto delle transazioni stesse. In pratica, per applicare compiutamente il metodo del confronto del prezzo ("CUP"), è necessario che i prodotti considerati siano virtualmente i medesimi poiché anche piccole differenze potrebbero incidere sul prezzo del prodotto e quindi effettivamente compromettere l'applicabilità del metodo. Insieme alla similarità dei prodotti, i termini e le condizioni contrattuali possono anch'essi avere un impatto rilevante ai fini della determinazione del prezzo. In questa ottica, altri elementi da considerare maggiormente sono i volumi trattati, il trasporto ed i rischi connessi, la valuta ed i termini di pagamento.

Più in particolare, per quanto concerne i volumi trattati, nelle transazioni fra operatori indipendenti, il prezzo è solitamente determinato tenendo in considerazione i volumi d'acquisto. In linea generale, maggiori sono i volumi trattati, minore è il prezzo a cui il venditore è disposto a cedere i propri prodotti. Per quanto riguarda, invece, il trasporto ed i rischi connessi, bisogna considerare che in ogni transazione commerciale, le parti devono accordarsi su chi debba sostenere i costi di trasporto insieme con tutti i costi e rischi connessi. Nell'ambito delle relazioni contrattuali, la pattuizione di un *trade term* piuttosto che un altro ha un impatto solitamente rilevante sul prezzo dei prodotti. In aggiunta, nelle transazioni fra parti residenti in Stati aventi valuta diversa, il rischio di cambio è sostenuto da chi opera nella valuta estera. La parte che sostiene il rischio di cambio è solitamente propensa a sostenere dei costi per coprirsi tramite operazioni di *hedging* mediante contratti di swap. In genere, le parti attribuiscono a questi elementi un valore economico che incide sul prezzo finale dei prodotti. Infine, anche la pattuizione dei termini di pagamento può avere un impatto sul prezzo finale dei prodotti. In tal senso, è evidente che un termine di pagamento

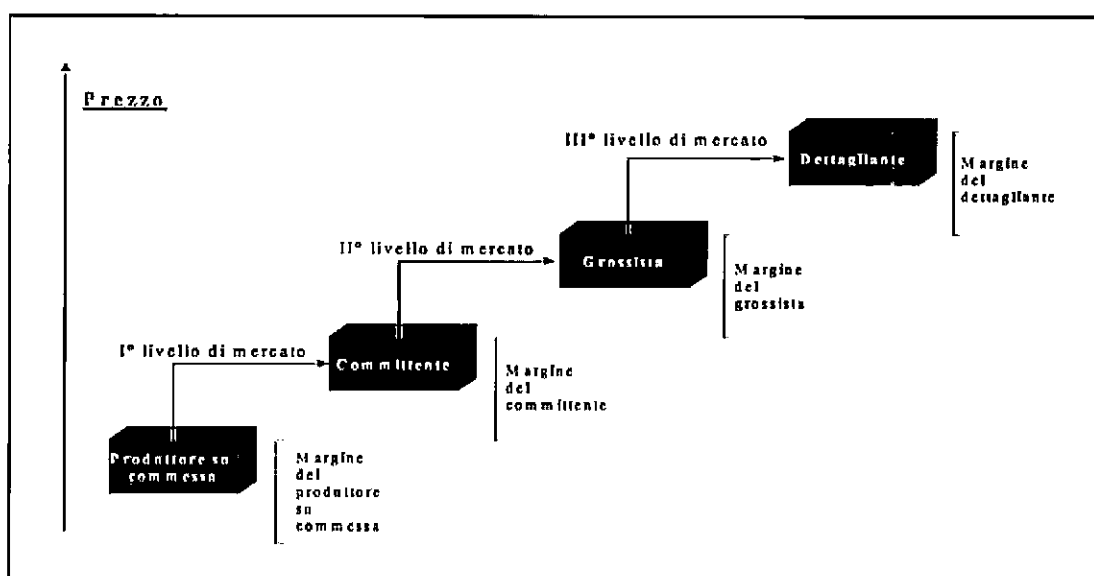
più lungo assicura all'acquirente dei vantaggi finanziari generalmente quantificabili in un valore economico.

Oltre ai citati fattori, bisogna considerare che, al fine di comparare due transazioni, occorre che i mercati di riferimento abbiano caratteristiche simili. Per mercato di riferimento s'intende generalmente il mercato della parte che acquista i beni o i servizi e non il mercato del venditore.¹⁰³ In tale ottica, acquistano valore rilevante nell'ambito di ciascun mercato elementi quali i prezzi medi praticati, le dimensioni della concorrenza, la maturità dei prodotti, i costi dei fattori produttivi e della forza lavoro. In aggiunta, nell'ambito di ciascun mercato possono assumere rilevanza anche circostanze economiche soggettive per le imprese impegnate nelle transazioni quali specifiche strategie di penetrazione o di competizione, situazioni di start up, politiche di consolidamento ecc.

Infine, perché due transazioni siano comparabili, è necessario che esse avvengano al medesimo stadio di commercializzazione. Per stadio di commercializzazione s'intende ognuno dei livelli di mercato all'interno della catena del valore a cui un determinato prodotto può essere oggetto di una transazione commerciale. La natura ed il numero dei livelli di mercato variano generalmente in funzione del settore merceologico e del mercato geografico di riferimento. Per fare un esempio, nel mercato dell'abbigliamento, il prodotto viene inizialmente concepito da uno stilista e prodotto internamente o fatto produrre su commessa. Nel caso della produzione su commessa, il prezzo pattuito fra il produttore e lo stilista è il cosiddetto primo livello di mercato (primo stadio di commercializzazione). In seconda istanza, è generalmente cura dello stilista provvedere alla distribuzione del prodotto finito vendendolo in alcuni casi a distributori all'ingrosso (secondo livello di mercato). Successivamente, a parte casi eccezionali, i distributori all'ingrosso provvedono a vendere i prodotti finiti ai venditori al dettaglio (terzo livello di mercato) e questi ultimi ai consumatori finali (quarto ed ultimo livello di mercato).

¹⁰³ Cfr. Circolare Ministeriale n. 32/9/2267 del 1980, paragrafo "Il mercato rilevante". L'eccezione a questa regola si ha nelle transazioni finanziarie. In esse, il mercato di riferimento dove reperire i tassi da applicare è il mercato del finanziatore. In tal senso, vedi sempre Circolare n. 32/9/2267, paragrafo "Il valore normale e gli interessi".

Grafico 5



Come evidenziato nel grafico, ogni entità che partecipa alla catena del valore è portata a conseguire un margine di utile lordo. Il confronto di prezzi (o dei margini) applicati in transazioni avvenute a livelli di mercato diversi porta necessariamente ad un risultato errato poiché il prezzo dei prodotti aumenta col crescere dei livelli di mercato¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Si veda Commissione Tributaria di Alessandria, n.1416 del 28 Novembre 1995 relativamente all'impossibilità di comparare transazioni verso grossisti con transazioni verso detaglianti.

E. METODOLOGIE PER L'ANALISI DI COMPARABILITÀ

1. L'analisi delle funzioni aziendali, dei flussi, e dei rischi economico-finanziari delle società in verifica

L'analisi delle funzioni aziendali delle società in verifica (in gergo, "analisi funzionale") è l'esercizio che permette la comparazione fra le funzioni svolte da imprese associate nella transazione in verifica, considerando anche *assets* impiegati e rischi sostenuti, con quelle svolte da imprese indipendenti nel corso di transazioni sul libero mercato. In particolare, essa è il metodo che permette di esaminare l'insieme degli elementi di comparabilità già menzionati (caratteristiche dei beni, condizioni e termini contrattuali, circostanze economiche e stadio di commercializzazione) in ogni transazione in verifica.

L'analisi funzionale può, quindi, essere definita come il processo d'identificazione ed assegnazione di valore economico a tutti quegli elementi di una transazione commerciale che contribuiscono a realizzare ricavi.¹⁰⁵ L'identificazione di tutti gli elementi di una transazione commerciale richiede un'analisi globale della transazione e della catena del valore cui la transazione stessa appartiene cominciando dall'esame delle attività iniziali di produzione e ricerca e sviluppo e terminando con l'analisi della vendita dei prodotti ad altre imprese o ai consumatori finali.

In sostanza, ai fini della comparazione di due transazioni, l'obiettivo principale è individuare chi fa cosa e chi si assume i rischi più rilevanti nella transazione in verifica. Le informazioni ottenute da questa indagine devono essere il punto di

¹⁰⁵ Cfr. Robert G. Rinninsland, *Applying Functional Analysis*, Transfer Pricing Handbook a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001; New York.

partenza dell'analisi economico-finanziaria volta ad individuare i prezzi applicati o le marginalità economiche conseguite da operatori indipendenti impegnati in transazioni comparabili.

Per quanto concerne le funzioni aziendali, si deve premettere che nelle transazioni commerciali fra imprese indipendenti, le marginalità economiche conseguite sono normalmente commisurate alle funzioni a valore aggiunto svolte da ciascuna delle parti impegnate nella transazione¹⁰⁶. A seguito della negoziazione fra la parti, queste funzioni sono identificate e valorizzate permettendo di individuare i rischi correlati e, quindi, la remunerazione appropriata di ciascuno.¹⁰⁷ In pratica, poiché la remunerazione percepita da ciascuna parte dovrebbe riflettere le funzioni svolte, i rischi sostenuti e gli *assets* utilizzati, nel verificare che due transazioni siano comparabili, è necessario comparare le funzioni svolte dalle imprese impegnate nelle transazioni in verifica con le funzioni svolte dalle imprese impegnate in transazioni potenzialmente comparabili.

In questa prospettiva, diviene necessario analizzare compiutamente tutte le funzioni svolte da ciascuna entità partecipante alla catena del valore, partendo dalla produzione dei beni o dei servizi fino ad arrivare alla vendita degli stessi ai consumatori finali o ad altre imprese¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. "Davide Bergami, *Analisi delle attività aziendali per definire i prezzi: dall'Olanda un esempio concreto*, Amministrazione e Finanza, numero 6, 2001.

¹⁰⁷ Cfr. Robert G. Rinninsland, *Applying Functional Analysis*, Transfer Pricing Handbook a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

¹⁰⁸ Un esempio dell'importanza dell'effettuazione delle funzioni di marketing ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento si ha nel caso Glaxo negoziato nella Competent Authority Procedure fra USA e UK. Cfr. by Molly Moses *US Marketing Intangibles stance in Glaxo: Wave of the Future*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 21, 2004.

Le funzioni di produzione consistono nella realizzazione di processi di trasformazione attraverso i quali i fattori produttivi disponibili sono utilizzati per ottenere beni e/o servizi (prodotti) richiesti da consumatori finali o da altre imprese. Nell'ambito delle attività di produzione sono svolte sia funzioni operative, sia strategiche a supporto dell'alta direzione come le scelte relative alla progettazione, alla realizzazione, ed all'implementazione dei processi produttivi stessi.

Sempre nell'ambito dell'attività di produzione, gli approvvigionamenti collegano l'impresa ai mercati d'acquisizione delle materie prime necessarie per sviluppare l'attività produttiva. Questa funzione, dunque, è destinata in prevalenza ad alimentare la produzione poiché deve garantire la tempestiva e conveniente disponibilità dei fattori produttivi, nella quantità, nella qualità, nei tempi e nei luoghi prestabiliti. Infine, la programmazione degli ordini di acquisto e la gestione dell'intera logistica in entrata compresa la scelta dei mezzi di trasporto e delle attrezzature necessarie alla movimentazione dei materiali, completano il quadro di attività che caratterizza questa funzione.

La possibilità dell'impresa d'essere competitiva sui mercati in cui opera e di poter beneficiare di una redditività a lungo termine si lega anche alla sua capacità di innovare e modernizzare regolarmente i beni o i servizi offerti rinnovando la gamma degli stessi ed adeguando tempestivamente i propri processi produttivi all'evoluzione del processo tecnico e scientifico. L'innovazione tecnologica riguarda l'introduzione di nuovi prodotti e processi produttivi e/o la modifica di quelli esistenti.

La ricerca industriale si concretizza generalmente in studi, analisi ed elaborazioni volte ad incrementare le conoscenze scientifico-tecnologiche dell'impresa da cui possono derivare invenzioni o innovazioni di prodotto o di processo. Lo sviluppo rappresenta, invece, la logica prosecuzione della ricerca ed attiene all'insieme di attività non ricorrenti, volte ad esaminare ed a rendere realizzabili sul piano operativo, i risultati raggiunti.

Come appare evidente, l'attività di ricerca e sviluppo ha congeniti notevoli rischi finanziari legati alla competitività delle innovazioni prodotte. In questa ottica,

brevetti di particolare valore sono da considerarsi fra gli *assets* più rilevanti nell'ambito di un gruppo multinazionale e pertanto, le entità del gruppo in possesso degli stessi sono generalmente quelle che monopolizzano la maggior parte del profitto integrato.

Le attività di marketing concernono l'insieme delle funzioni finalizzate alla gestione del rapporto con i mercati di sbocco. Tali attività riguardano lo studio e la ricerca di nuovi mercati e nuovi clienti, il supporto alla definizione delle strategie aziendali, l'elaborazione di strategie operative volte alla promozione ed allo sviluppo del prodotto realizzato, all'accrescimento della fedeltà del cliente e della sua consapevolezza della qualità del prodotto.

Le attività di coordinamento delle vendite e dei prezzi riguardano il bilanciamento degli aspetti strategici e tattici alla base della politica dei prezzi necessaria a raggiungere gli obiettivi della società. La strategia dei prezzi riguarda la valutazione del trade-off fra margini d'utile e volumi di vendite. La strategia dei prezzi concerne anche gli aggiustamenti necessari per fronteggiare temporanee condizioni di mercato, per migliorare l'attrattività del prodotto, o per favorire i propri distributori nel raggiungere i loro obiettivi strategici. In aggiunta, sempre nell'ambito delle funzioni di marketing e vendite vi sono anche la gestione delle reti di agenti, la logistica in uscita, il *customer care* e le attività post-vendita.

Per quanto concerne l'analisi dei flussi, è opportuno sottolineare come una transazione commerciale fra due imprese appartenenti allo stesso gruppo sia generalmente inserita nel contesto di una catena del valore dove determinati beni o servizi sono inizialmente concepiti e successivamente prodotti e commercializzati in vari mercati. In questo contesto, ai fini dell'analisi funzionale diviene rilevante esaminare tutte le transazioni, sia infra-gruppo, che con operatori terzi, che hanno luogo nell'ambito di detta catena del valore. In particolare, possono avere rilevanza, sia le transazioni riguardanti direttamente i prodotti oggetto della transazione in verifica, sia altre transazioni concernenti beni immateriali e servizi. Per esempio, può accadere che una società distributrice acquisti i beni dalla casa-madre residente in un

altro Paese al fine di rivenderli sul mercato locale. In questo caso, oggetto dell'analisi funzionale dovrebbero essere sia le altre transazioni concernenti i medesimi beni (per esempio le transazioni in cui la casa-madre acquista i prodotti), sia altre eventuali transazioni fra la casa-madre e la società distributrice, quali per esempio "servizi di *management*." o royalties per l'utilizzo di marchi commerciali.

Per quanto concerne, poi, l'analisi dei rischi economico-finanziari, è necessario premettere che nell'ambito della definizione delle condizioni contrattuali di una transazione, le parti si assumono rischi di varia natura. Questi rischi possono essere legati direttamente alla transazione o al consumatore finale (per esempio, rischio di credito o rischio di cambio), oppure possono essere associati all'andamento generale del business (per esempio, il rischio d'inventario, il rischio di mercato e il rischio associato al malfunzionamento dei prodotti). In ogni caso, al fine di ricercare la comparabilità e quindi reperire sul libero mercato transazioni comparabili a quella in verifica, è necessario esaminare nel dettaglio quali entità, nell'ambito della transazione in verifica, si assumano i rischi più rilevanti e quale sia l'impatto ordinario che questi rischi hanno sulle marginalità economiche legate alla transazione.

In tal senso, con riferimento specifico alla tipologia e intensità dei rischi, le citate Linee Guida OCSE affermano che: "Nel libero mercato, l'assunzione di maggiori rischi sarà anche compensata da un aumento del rendimento previsto. Le transazioni tra imprese associate e imprese indipendenti non sono quindi comparabili se esistono differenze significative tra i rischi assunti, per i quali non possono applicarsi delle correzioni adeguate. Un'analisi funzionale risulta incompleta a meno che non siano stati considerati i rischi materiali assunti da ciascuna parte, poiché l'assunzione o la ripartizione degli stessi influenzerebbe le condizioni delle transazioni tra le imprese associate. In teoria, nel libero mercato, l'assunzione di un rischio maggiore deve

anche essere compensata da un accrescimento del rendimento previsto, sebbene il risultato reale possa aumentare o meno, a seconda del livello effettivo di rischio¹⁰⁹”.

Fra i rischi di carattere economico-finanziario più rilevanti ci sono i rischi su garanzie che si concretizzano allorché i prodotti non funzionino come stabilito nei termini generali della garanzia. In sostanza, la società che si accolla il rischio è costretta a sostenere le spese di riparazione o sostituzione dei prodotti senza ricevere un tornaconto economico. In aggiunta, altri rischi rilevanti sono i rischi su crediti che sono sostenuti allorché i beni o servizi siano forniti alla clientela che ritardi o ometta il pagamento degli stessi, il rischio di cambio, che è sostenuto dalle società che acquistano beni o servizi in una valuta e commercializzano in un'altra¹¹⁰, il rischio d'invenduto, che si materializza quando una società non rivende tutti i prodotti realizzati o acquistati e il rischio sulla programmazione degli acquisti che è legato all'incertezza nella programmazione dell'attività produttiva a seguito dell'imprevedibilità della domanda. Questo rischio ha un impatto particolare per le società manifatturiere che operano in mercati con una domanda molto variabile o estremamente sensibile ai tempi di consegna delle merci. Infine, ulteriori rischi rilevanti sono i rischi da “Responsabilità del produttore” sono generalmente sostenuti dal produttore ogniqualvolta i prodotti danneggino persone o cose a causa di difetti o malfunzionamenti ed il rischio di mercato che si materializza allorché si presentino condizioni avverse alle vendite dovute generalmente al crescere della concorrenza o a cali della domanda.

2. Aggiustamenti nei casi di differenze fra i fattori di comparabilità

¹⁰⁹ Cfr. “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 1.23.

¹¹⁰ Cfr. Michele Pisani, *La componente valutaria nella disciplina del prezzo di trasferimento*, il Fisco n. 23 dell'11 giugno 2001, pag. 8062.

Gli aggiustamenti sono strumenti che permettono di quantificare in termini di prezzo o di profitti eventuali differenze negli elementi di comparabilità. In sostanza, allorché due transazioni non siano comparabili a causa di differenze nei vari fattori di comparabilità prima menzionati, potrebbe essere possibile effettuare degli aggiustamenti attribuendo un valore economico materiale a dette diversità.

Il primo punto da considerare per effettuare un aggiustamento di comparabilità è se la differenza nel fattore di comparabilità fra due transazioni possa avere un effettivo impatto sul prezzo o sul profitto. In caso positivo, sarà necessario considerare se detta differenza possa essere quantificabile in termini di prezzo o di profitto con sufficiente esattezza. Come si vedrà nei capitoli inerenti l'analisi economica, i tipi di aggiustamento effettuabili sono decisamente numerosi e possono consistere nella quantificazione di differenziali sul prezzo di beni e servizi o nella quantificazione di differenziali sulle marginalità economiche conseguite dalle imprese in verifica. Per fare un esempio, aggiustamenti sul differenziale di prezzo possono riguardare le spese di trasporto. Ipotizzando che nella transazione in verifica i costi di trasporto siano a carico dell'impresa acquirente, mentre siano a carico dell'impresa alienante nella transazione comparabile, l'aggiustamento sarebbe effettuabile qualora fosse nota la percentuale dei costi di trasporto in rapporto al prezzo del bene oggetto della transazione.

Tabella 3

	Transazione comparabile	Aggiustamento	Transazione in verifica
Prezzo	1.000		1000-150= 850
Spese di trasporto	15%	150	

Gli aggiustamenti possono anche essere effettuati con riferimento alle marginalità economiche conseguite dalle società parte della transazione in verifica. Un esempio

classico può riguardare il rischio di credito. Due distributori (uno parte di un gruppo multinazionale e l'altro indipendente) svolgono funzioni comparabili con l'eccezione che, a differenza del distributore indipendente, il distributore parte del gruppo non sostiene il rischio di credito. In questo caso, qualora la comparazione avvenga a livello di margine lordo, l'aggiustamento consiste nel detrarre dal margine lordo del distributore parte del gruppo l'onere economico relativo alle perdite su crediti in rapporto al fatturato.

Tabella 4 ¹¹¹

	Distributore indipendente	Aggiustamento	Distributore parte di un Gruppo Multinazionale
Prezzo di rivendita	1.000		1.100
Margine lordo	30%		30%-5%= 25%
Perdite su crediti	5%	5%	0%
Prezzo d'acquisto	700		825

Come si vedrà nei capitoli riguardanti l'analisi economica, gli aggiustamenti hanno solitamente natura assai più complessa di quelli evidenziati negli esempi sopra riportati. In particolare, gli aggiustamenti da effettuarsi per l'applicazione dei metodi che riguardano la comparazione dei profitti netti (per esempio "aggiustamenti sul *working capital*") necessitano di complesse analisi economiche mirate alla quantificazione d'elementi per lo più aleatori tramite applicazioni di principi economici, analisi di pratiche commerciali o indicatori statistici ¹¹². In questa ottica, è necessario considerare che, generalmente, maggiore è la complessità di un

¹¹¹ Nell'esempio riportato, effettive differenze nel prezzo finale (dovute a qualsivoglia differenza nei fattori di comparabilità non quantificabile in nessun aggiustamento) richiedono che la comparazione avvenga a livello di margini e non a livello di prezzo.

¹¹² A questo proposito, Cfr. Charles Larson, Marios Karayannis e John Burgess, "Comparability Adjustments in Transfer Pricing", *Transfer Pricing Handbook*, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

aggiustamento, maggiore è solitamente l'aleatorietà dello stesso e, quindi, minore è l'attendibilità del risultato prodotto.

3. La società campione (*tested party*)

Come visto, le metodologie diverse dal metodo del confronto del prezzo si applicano comparando i margini di profitto conseguiti dalle società impegnate nelle transazioni infra-gruppo con i margini di profitto conseguiti da società indipendenti impegnate in transazioni comparabili.

In questo contesto è necessario inserire il concetto di "società campione" o "*tested party*". Per *tested party* si intende la società impegnata nella transazione infra-gruppo la cui profittabilità è oggetto di comparazione. La selezione della *tested party* è immediata conseguenza della selezione del metodo. Nei casi di applicazione del metodo del *cost plus*, per esempio, il margine lordo conseguito dalla società alienante (solitamente la società manifatturiera) nella transazione infra-gruppo viene comparato con il margine lordo conseguito da società alienanti indipendenti in transazioni comparabili. In questi casi, la società "testata" è la società alienante. Al contrario, nei casi di applicazione del metodo del prezzo di rivendita, il margine lordo conseguito dalla società acquirente al momento della rivendita dei prodotti sul libero mercato (solitamente la società distributrice) viene comparato con il margine lordo conseguito da società acquirenti indipendenti in transazioni comparabili. In questi casi, la società "testata" è la società acquirente. Lo stesso discorso si può fare con riferimento al metodo del TNMM nella versione del *cost plus* modificato o del metodo del prezzo di rivendita modificato. In questi casi, le uniche differenze stanno nel fatto che oggetto della comparazione sono i margini operativi¹¹³ e non i margini lordi.

¹¹³ Intesi come EBIT diviso totale vendite (oppure, nei casi di *cost plus* modificato EBIT diviso totale dei costi).

Come si vedrà all'interno dei paragrafi dedicati alla selezione del metodo ed ai profili di rischio, la scelta fra il metodo del *cost plus* ed il metodo del prezzo di rivendita (o fra *cost plus* modificato e prezzo di rivendita modificato) comporta l'automatica attribuzione della maggior parte dei rischi legati all'andamento del mercato solo ad una delle imprese facenti parte della transazione in verifica. Nella sostanza, a seguito dell'applicazione di un metodo invece dell'altro, ad un'impresa si garantisce una fetta relativamente stabile del profitto integrato della transazione (fetta poco reattiva all'andamento del mercato), mentre all'altra va tutto il profitto residuale, sia positivo, che negativo.

Ciò comporta che la cosiddetta *tested party* consegua, nell'ambito della transazione infra-gruppo, un profitto stabile e poco reattivo all'andamento del mercato. Conseguentemente, è necessario che le funzioni svolte ed i rischi assunti da quest'ultima siano minori di quelli della controparte associata (ciò anche al fine di facilitare l'analisi di comparabilità e la ricerca di società comparabili). In sostanza, nei casi di applicazione dei metodi del *cost plus* o del prezzo di rivendita (o delle loro versioni modificate), la *tested party* è la società la cui profittabilità può essere accertata più facilmente e con maggiore precisione. Ciò è dovuto al fatto che la società scelta come *tested party* svolge solitamente funzioni limitate e di routine e, pertanto, è generalmente più facile trovare società comparabili svolgenti funzioni simili.

4. La caratterizzazione delle entità

L'analisi funzionale pone le basi iniziali per la caratterizzazione delle entità coinvolte nella transazione in verifica. Queste caratterizzazioni sono d'importanza rilevante poiché, sintetizzando il macro-risultato dell'analisi funzionale, permettono di stabilire quale metodo sia il più adatto per la transazione in verifica e quali siano le transazioni comparabili da prendersi in considerazione ai fini della comparazione.

In un'ottica di determinazione dei prezzi di trasferimento infra-gruppo, le società impegnate in attività di marketing e vendite possono essere caratterizzate secondo varie tipologie a seconda delle funzioni che svolgono, dei rischi che si assumono e dei beni immateriali che detengono.

Distributore Imprenditore: Una società parte di una transazione in verifica può essere caratterizzata come un distributore imprenditore quando si occupa di tutte le attività concernenti la distribuzione e la promozione di determinati beni con particolare riguardo a molte funzioni strategiche quali, ad esempio, ricerche di mercato, marketing strategico, sviluppo e concepimento di materiale pubblicitario, elaborazione di strategie di vendita. In considerazione della connotazione strettamente operativa ed imprenditoriale di queste attività, rilevanti sono i rischi imprenditoriali che, di norma, sono associati all'attività distributiva. In aggiunta, lo svolgere attività come quelle sopra menzionate generalmente richiede il possesso in capo al distributore stesso di beni immateriali di marketing come marchi, nomi commerciali, liste clienti e reti distributive.

Dal punto di vista dei flussi di merci e fatture, un distributore generalmente acquista i prodotti e li rivende sul mercato di competenza gestendo tutti gli aspetti logistici in uscita. In conseguenza, un distributore deve essere dotato di un magazzino merci dove custodire i beni acquistati e di un reparto spedizioni che organizza le rimesse ai clienti.

Distributori con rischi limitati: L'attività di distribuzione può essere svolta anche senza effettuare tutte le attività più strategiche sopra menzionate. In particolare, un distributore può svolgere semplicemente attività legate alla promozione locale e vendita dei prodotti senza occuparsi di svolgere altre funzioni legate al marketing o alla logistica. In questa prospettiva, potrebbe esserci il caso di distributori che si limitino a concludere gli accordi di vendita con i clienti facendo spedire i prodotti direttamente dalle società manifatturiere.

In tali occasioni, risulta evidente come l'attività distributiva possa essere spogliata di diversi rischi commerciali che andrebbero gestiti da altre società facenti parte della

catena del valore. Un esempio di distributore a rischio limitato può essere un distributore che acquista il possesso delle merci solo nel momento in cui si accordi per la vendita delle stesse spostando il rischio d'inventario sulla società produttrice.

In una prospettiva di prezzi di trasferimento, è bene ricordare che, in virtù dei principi che stanno alla base dell'analisi funzionale, nelle transazioni commerciali fra imprese indipendenti, le marginalità economiche conseguite sono normalmente commisurate alle funzioni a valore aggiunto svolte da ciascuna delle parti impegnate nella transazione ed ai rischi sostenuti. E' quindi evidente che, a causa del minor valore aggiunto apportato, le marginalità economiche ottenute da un distributore a rischio limitato debbano, in linea di principio, essere minori di quelle conseguite da distributori comuni operanti nello stesso mercato.

Commissionario: Come descritto nell'articolo 1731 del codice civile, il contratto di commissionario è una forma di mandato senza rappresentanza in cui il commissionario vende determinati beni in nome proprio, ma per conto di un committente. Questo schema contrattuale è riproposto nella pratica in numerose transazioni infra-gruppo con committenti esteri che utilizzano commissionari locali per organizzare e gestire l'attività distributiva in determinati Paesi.

Il commissionario, essendo remunerato con una percentuale sulle vendite effettuate, ha una struttura di conto economico diversa da quella di un distributore, in quanto alla voce fatturato vi è, appunto, una percentuale sulle vendite effettuate (e non l'intero ammontare delle vendite) e alla voce costi vi sono esclusivamente i costi operativi legati all'attività svolta (e non il costo del venduto). In questo senso appare evidente come la struttura del commissionario sposti, per sua natura, diversi rischi imprenditoriali tipici delle entità distributive sul committente.

Società di supporto vendite: Una società di supporto vendite si occupa generalmente di promuovere determinati prodotti in un mercato svolgendo varie attività fra cui marketing e promozione locale, ricerca di nuovi clienti, *customer care*, analisi della solvibilità di potenziali clienti ed altre. Questa tipologia di società è spesso utilizzata

per organizzare strutture distributive infra-gruppo allorché la casa madre abbia la necessità di concludere in prima persona le vendite in determinati Paesi.

In questi casi i rischi imprenditoriali sono sostanzialmente tutti traslati sulla società che si occupa di concludere le vendite, mentre le società di supporto vendite vengono generalmente remunerate con un semplice compenso per l'attività svolta.

Le attività manifatturiere possono essere caratterizzate in due macro-generi: produttori imprenditori e produttori su commessa.

Produttore imprenditore: Una società caratterizzabile come produttore imprenditore si occupa generalmente di tutte le attività strategiche legate al processo produttivo. Esempi in questo senso possono essere l'attività di programmazione della produzione, la realizzazione e lo sviluppo del processo manifatturiero, le attività di ricerca e di sviluppo, le procedure di controllo qualità, il coordinamento del network commerciale, le determinazioni delle strategie economiche societarie ed altre.

Come visto per le società distributrici, in considerazione del fatto che dette attività sono effettivamente operative ed imprenditoriali, vi sono ovviamente rischi associati economicamente rilevanti. In aggiunta, anche in questo caso, è necessario che la società produttiva sia in possesso di beni immateriali considerevoli nella catena del valore quali beni immateriali commerciali (marchi e nomi commerciali), e, in particolare, beni immateriali legati alle tecnologie produttive (brevetti e concessioni).

Produttore su Commessa: Una società può essere caratterizzata come produttore su commessa ("*contract manufacturer*") allorché le funzioni svolte siano, per natura, più operative che strategiche. Le attività di produzione su commessa generalmente consistono nell'assemblaggio e manifattura di prodotti per conto di un committente e richiedono, di norma, limitate competenze tecniche. In tale prospettiva, i rischi imprenditoriali associati a queste funzioni sono normalmente limitati.

In particolare, un *contract manufacturer*, di norma, riceve un ordine da una società committente, si approvvigiona delle materie prime necessarie per soddisfare l'ordine

stesso, procede con l'attività manifatturiera ed, al termine del processo produttivo, vende i beni al committente ad un prezzo generalmente stabilito in precedenza. E' di immediata rilevanza che un *contract manufacturer*, non occupandosi dell'attività di marketing e vendita dei prodotti, può fare a meno di strutturare al suo interno uffici commerciali. In aggiunta, rischi di programmazione e d'invenduto sono generalmente estranei a questo tipo di attività dal momento che la produzione viene avviata solitamente a seguito della ricezione di un ordine.

La remunerazione del *contract manufacturer* deriva dal differenziale positivo tra il prezzo di acquisto delle materie prime sommato ai costi operativi inerenti all'attività produttiva e il prezzo di vendita dei prodotti finiti o semilavorati¹¹⁴;

Società di conto-lavorazione: In questo caso, le funzioni svolte ed i rischi sostenuti sono sostanzialmente analoghi a quelli propri della caratterizzazione precedente. Tuttavia, una società di servizi di produzione su commessa ("*consignment*"¹¹⁵ *manufacturer*") non acquista mai la proprietà dei beni in qualunque forma essi trovino (materie prime, *work in process*, prodotti finiti).

Nello specifico, l'attività d'approvvigionamento delle materie prime è lasciata al committente (o effettuata per suo conto) che, a sua volta, lascia le materie acquistate presso la sede della società manifatturiera perché siano lavorate ed assemblate. In questo modo, in qualunque stadio produttivo, i beni e tutti i rischi imprenditoriali ad essi associati rimangono di proprietà del committente. Trattandosi sostanzialmente di un servizio di *processing*, la remunerazione del *consignment manufacturer* consisterà generalmente in un compenso per servizi resi e non nel prezzo di vendita dei prodotti finiti o semilavorati.

¹¹⁴ Cfr. ", Davide Bergami *Analisi delle attività aziendali per definire i prezzi: dall'Olanda un esempio*, Amministrazione e Finanza, numero 6, 2001.

¹¹⁵ Struttura molto utilizzata per aggirare le previsioni normative Statunitensi SubPart F in materia di Controlled Foreign Companies.

PARTE II

Individuazione del Metodo Più Idoneo e Definizione del Prezzo di Trasferimento

III. Individuazione del Metodo più idoneo nelle transazioni di beni materiali

A. GERARCHIA DEI METODI

Come visto nei due precedenti capitoli, i metodi utilizzabili per determinare correttamente i prezzi di transazioni fra imprese associate sono molteplici. Tutte queste metodologie si basano su un confronto fra prezzi o margini da applicarsi alle transazioni in verifica e prezzi o margini concordati o conseguiti in transazioni avvenute sul libero mercato fra operatori indipendenti. Ciò che differisce, secondo l'applicazione di un metodo piuttosto che un altro, è l'elemento oggetto della comparazione.

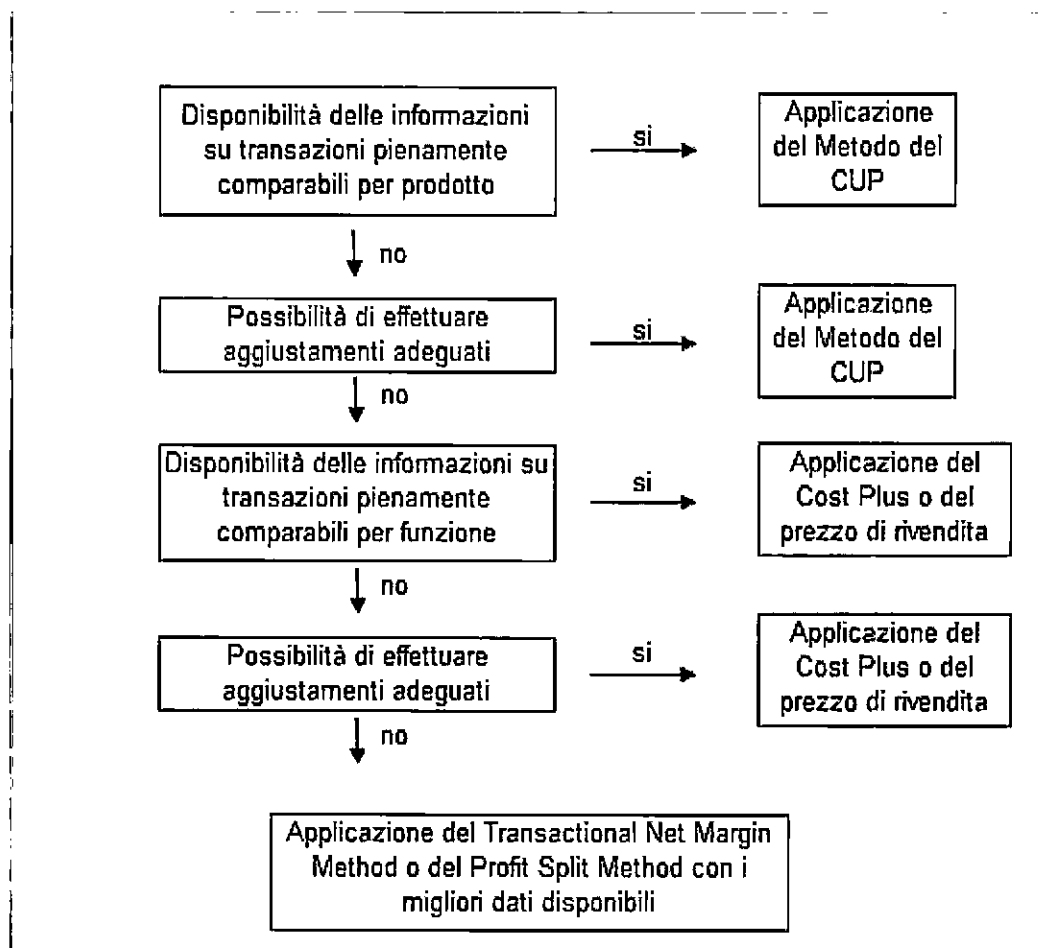
1. L'approccio OCSE e "best method rule" USA

Nel capitolo relativo all'analisi di comparabilità, si era arrivati alla conclusione che ad ogni livello di comparabilità fra due transazioni corrisponde un indicatore di riferimento da selezionarsi ai fini della comparazione stessa. In altre parole, nel caso la transazione in verifica sia pienamente comparabile con quella fra operatori indipendenti, oppure le differenze nei fattori di comparabilità siano quantificabili tramite opportuni aggiustamenti sul prezzo, si è stabilito che la comparazione debba avvenire con riferimento al prezzo dei beni oggetto delle transazioni. Nel caso in cui

le differenze nei fattori di comparabilità non siano quantificabili in aggiustamenti sul prezzo, la comparazione dovrebbe, allora, avere come oggetto i margini lordi conseguiti. Infine, allorché vi siano differenze rilevanti nei fattori di comparabilità che non siano quantificabili con opportuni aggiustamenti nemmeno in termini di margini lordi di profittabilità, allora la comparazione dovrebbe avvenire con riferimento ai margini operativi (Ebit) conseguiti.

Come anticipato, questa è la gerarchia dei metodi come prevista dalle Linee Guida OCSE in materia. In sostanza, seguendo questi principi, imprese multinazionali ed autorità fiscali devono individuare il metodo di volta in volta più idoneo esaminando il metodo del confronto del prezzo come prima opzione. Qualora questo metodo non sia utilizzabile a causa della mancanza o irreperibilità dei dati necessari, i metodi da prendere in considerazione divengono il metodo del *cost plus* ed il metodo del prezzo di rivendita. Qualora, sempre a causa della mancanza o irreperibilità dei dati necessari, anche questi metodi non siano utilizzabili, autorità fiscali e contribuenti avranno la possibilità di utilizzare i metodi basati sul confronto dei margini operativi (Ebit). In questa ottica è bene precisare che le Linee Guida OCSE considerano i metodi del confronto del prezzo, del *cost plus* e del prezzo di rivendita come delle metodologie tradizionali e ne auspicano l'utilizzo nella totalità delle transazioni. Al contrario, i metodi basati sul confronto dei margini operativi sono generalmente sconsigliati e le Linee Guida ne accettano l'utilizzo solo nei casi più complessi o come supporto all'applicazione di una metodologia tradizionale. La Gerarchia dei metodi come enunciata nelle Linee Guida OCSE al paragrafo 2.5 può essere sintetizzata come segue:

Grafico 6



Detta impostazione è in apparente contrasto con il principio cardine della normativa americana (*"Best method rule"*), secondo cui il metodo da selezionare è quello di volta in volta più facilmente applicabile per la transazione in verifica. Le *"Final Treasury Regulations"* sono state pubblicate all'interno della sezione 482 dell'*"Internal Revenue Code"* del Luglio del 1994. Esse, rispetto alla precedente normativa americana, contengono diversi cambiamenti ispirati e richiesti dai partner commerciali degli Stati Uniti fra cui, in particolare, i membri dell'OCSE. In sostanza, così come avverrà un anno più tardi in occasione della pubblicazione delle citate

Linee Guida OCSE in materia, la nuova normativa rappresenta un tentativo delle autorità fiscali di ricomporre il distacco, in termini di principi sostanziali, fra la normativa sui prezzi di trasferimento in vigore oltreoceano e le regolamentazioni in vigore in Europa e negli altri Paesi industrializzati fortemente ispirate dai principi guida del Rapporto OCSE del 1979.

Prima della pubblicazione delle “*Treasury Regulations*” nel 1994 e delle Linee Guida OCSE del 1995, le maggiori differenze fra “impostazione” statunitense e OCSE stavano nei principi guida da utilizzarsi ai fini della selezione del miglior metodo e nell’ammissibilità dei metodi basati sul profitto netto della transazione. Dopo la pubblicazione di entrambi i documenti, alcune di queste maggiori differenze sono state appianate anche se, allo stato attuale, rimangono ancora delle aree grigie e dei punti che necessiterebbero di ulteriori chiarificazioni.

Come visto nei capitoli precedenti, la selezione del metodo secondo rigidi criteri gerarchici è un principio espresso inizialmente in sede OCSE e ripreso dalle varie normative nazionali. La normativa americana del 1994 si basa, invece, sul principio della “*Best Method Rule*” secondo cui “*there is no strict priority of methods, and no method will invariably be considered to be more reliable than others. An arm's length result may be determined under any method without establishing the inapplicability of another method, but if another method subsequently is shown to produce a more reliable measure of an arm's length result, such other method must be used.*”¹¹⁶ In aggiunta, come specificato dalle *Treasury Regulations* al paragrafo successivo, “*Data based on the results of transactions between unrelated parties provide the most objective basis for determining whether the results of a controlled transaction are arm's length.*”¹¹⁷

In sostanza, secondo la regola del *Best Method*, il metodo deve essere individuato (in gergo “selezionato”) sia in base al grado di comparabilità fra la transazione in verifica e le transazioni comparabili, sia in considerazione dei dati oggettivi disponibili. In altre parole, qualora i dati relativi a più d’una transazione comparabile siano completi

¹¹⁶ US Treasury Regulations § 1.482-1 (c), 1994.

¹¹⁷ US Treasury Regulations § 1.482-1 (c) – (2), 1994.

ed interamente disponibili e, di conseguenza, sia possibile utilizzare più di un metodo, allora il metodo che si basa sul confronto con transazioni maggiormente comparabili sarà da preferirsi in quanto generalmente più affidabile.

In questa ottica, benché la formulazione del criterio del *Best Method* appaia meno lineare dei criteri gerarchici di selezione dei metodi descritti nelle Linee Guida OCSE, i principi sostanziali possono essere considerati non completamente dissimili¹¹⁸. La principale differenza è data dal maggior risalto che viene dato all'interno delle *Treasury Regulations* alle problematiche concernenti la disponibilità e completezza dei dati relativi alle transazioni comparabili. Ciò che in pratica ne deriva è una maggiore "dignità" dei cosiddetti "*profit based methods*", che non vanno considerati solo in casi eccezionali ovvero quando non siano applicabili i metodi tradizionali, ma devono essere presi in esame già all'inizio dell'analisi come valide alternative a questi ultimi.

¹¹⁸ Più precisamente, le *Treasury Regulations* non escludono valutazioni di natura gerarchica sui metodi, ma le subordinano alla disponibilità e validità dei dati oggettivi relativi alle transazioni comparabili. In tal senso, le stesse *Treasury Regulations* non esitano a specificare che "*The results derived from applying the comparable uncontrolled price method generally will be the most direct and reliable measure of an arm's length price for the controlled transaction if an uncontrolled transaction has no differences with the controlled transaction that would affect the price, or if there are only minor differences that have a definite and reasonably ascertainable effect on price and for which appropriate adjustments are made*". US Treasury Regulations § 1.482-3 (b) – (ii), 1994.

B. IL METODO TRADIZIONALE BASATO SUL CONFRONTO DEL PREZZO

Il metodo del confronto del prezzo permette di confrontare il prezzo di beni trasferiti nel corso di una transazione tra imprese associate con il prezzo concordato per beni trasferiti nel corso di una transazione comparabile sul libero mercato in circostanze comparabili. Come esaminato nel capitolo precedente, per transazioni avvenute in circostanze comparabili s'intendono transazioni aventi per oggetto i medesimi beni, aventi condizioni e termini contrattuali analoghi, effettuate al medesimo stadio di commercializzazione, nello stesso mercato (o in un mercato comparabile) e in condizioni economiche similari.

In sostanza, l'applicazione di questo metodo comporta per il contribuente il dover applicare alle transazioni in verifica gli stessi prezzi concordati fra le parti nelle transazioni giudicate comparabili. Secondo la stessa logica, dal punto di vista delle autorità fiscali, il metodo comporta la possibilità di rettificare i valori a bilancio delle transazioni in conformità ai prezzi praticati nelle transazioni comparabili.

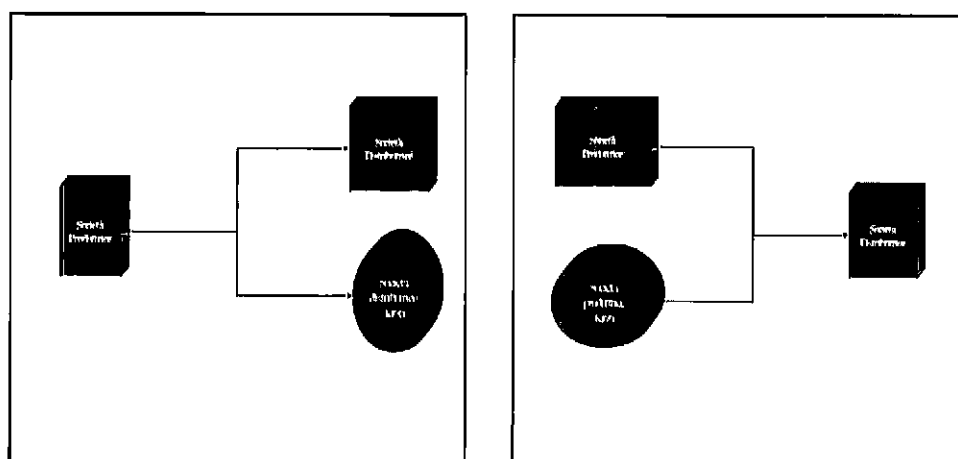
Il metodo del CUP può essere interno o esterno. Si ha un confronto interno ogniqualvolta il prezzo applicato alla transazione in verifica sia comparato al prezzo applicato in transazioni fra una società parte della transazione in verifica ed una società terza¹¹⁹. Si ha confronto esterno quando il prezzo applicato alla transazione in verifica sia confrontato con il prezzo applicato in transazioni fra parti terze, fra loro indipendenti. In tal senso, la citata Circolare Ministeriale n. 32/9/2267 del 1980 precisa che "La scelta del criterio della comparazione interna è preferibile in quanto lo stesso art. 9 del D.P.R. 597/1973 accorda la preferenza al confronto interno ("listini o tariffe dell'impresa che ha fornito i beni o servizi") mentre il confronto esterno ha

¹¹⁹ Errore comune in questa fattispecie è comparare i prezzi stabiliti da un'impresa per una transazione infra-gruppo con i prezzi stabiliti dalla stessa impresa per un'altra transazione infra-gruppo con un'altra impresa. Si veda in questo senso Commissione Tributaria di Genova Sezione 8, n. 547, del 10 Febbraio 1992.

carattere sussidiario ("e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle Camere di Commercio ..."). Inoltre, la comparazione interna rende più probabile il riscontro di transazioni simili. Il ricorso alla comparazione esterna obbliga, poi, l'Amministrazione alla ricerca di dati oggettivi che, nell'ipotesi in cui il mercato rilevante sia quello estero, dà luogo a notevoli difficoltà.¹²⁰

Il metodo della comparazione interna può essere applicato con riferimento a transazioni effettuate sia dall'impresa alienante, che dall'impresa associata cessionaria. Un esempio del primo tipo si può avere allorché una società produttrice parte di un gruppo multinazionale effettui due transazioni pienamente comparabili, una con un'impresa associata e l'altra con un'impresa terza. Seguendo le stesse logiche, il metodo del confronto interno può anche essere applicato con riferimento a transazioni effettuate dall'impresa acquirente. Un esempio di questo secondo tipo si può avere allorché un'impresa associata acquisti i medesimi prodotti sia da un'altra impresa associata, sia da imprese terze.

Grafici 7 e 8



La tesi sostenuta dalle autorità fiscali all'interno della citata Circolare Ministeriale appare, a tutti gli effetti, condivisibile. E' indubbio, infatti, che il confronto interno del prezzo, laddove applicabile, garantisca risultati più attendibili di qualunque altro

¹²⁰ Cfr. Circolare numero 32/9/2267 del 1980, Paragrafo 3.

metodo. Qualora, infatti, la stessa società in verifica sia disposta a “pagare” ad un terzo un certo prezzo per un determinato prodotto, questo prezzo è, per definizione, il valore normale del prodotto stesso. Non ha rilevanza, in questa sede, valutare se lo stesso prodotto sia acquisibile ad un prezzo minore acquistandolo da un altro fornitore poiché per valore normale si deve intendere semplicemente il prezzo di un bene contrattato da operatori indipendenti in relazione a transazioni comparabili avvenute sul libero mercato. Nei casi di confronto interno, l'impresa associata e l'impresa terza sono operatori fra loro indipendenti che operano sul libero mercato e, pertanto, i prezzi fra loro convenuti per le transazioni in oggetto, qualora le transazioni siano pienamente comparabili, devono rappresentare il valore normale dei beni stessi.

Meno attendibile del confronto interno del prezzo è il confronto esterno. Come anticipato, si ha un confronto esterno allorché il prezzo praticato nelle transazioni in verifica sia confrontato con quello praticato da operatori indipendenti in transazioni avvenute sul libero mercato. In questi casi, la principale problematica che, di norma, impedisce l'applicazione del metodo è l'impossibilità di reperire i dati relativi a transazioni avvenute fra operatori indipendenti. Mentre, infatti, nei casi del confronto interno, tutti dati inerenti alle transazioni da confrontare sono normalmente in possesso della società in verifica (in quanto parte di entrambe le transazioni), nei casi di confronto esterno, i dati relativi alla transazione avvenuta sul libero mercato non sono generalmente noti, né tanto meno esistono obblighi di pubblicità in tal senso.

Un ulteriore problema legato all'applicazione del CUP esterno è che questo è normalmente utilizzabile solo nei casi di transazioni relative a prodotti primari (*primary commodities*) per cui esistono listini, tariffari o mercuriali. Un prodotto di marca difficilmente potrà essere oggetto di confronto esterno perché sarebbe necessario trovare transazioni aventi come oggetto prodotti con lo stesso marchio avvenute fra operatori indipendenti¹²¹.

¹²¹ Per l'applicazione del confronto esterno, nel caso in cui la società sotto accertamento faccia parte del Gruppo Multinazionale che produce e commercializza determinati prodotti di marca, sarebbe necessario trovare transazioni degli stessi prodotti, allo stesso stato di commercializzazione, nello stesso mercato, senza entità del Gruppo coinvolte. Ciò è nella pratica quantomeno insolito e non comune.

Il marchio, infatti, rappresenta generalmente un elemento non quantificabile in termini di valore sul prezzo e, pertanto, prodotti simili, ma con un marchio differente, potrebbero essere legittimamente commercializzati a prezzi differenti.

In aggiunta, l'applicazione di confronti esterni potrebbe causare criticità allorché, ai fini della comparazione, si ricercassero delle transazioni non conosciute al momento della determinazione dei prezzi per le transazioni infra-gruppo. In questo senso, potrebbe capitare che le autorità fiscali individuino transazioni comparabili in cui i prezzi fissati siano effettivamente diversi da quelli applicati nelle transazioni in verifica. Per fare un esempio, nel caso di una società che acquisti determinati prodotti primari da un'impresa associata e determini i prezzi utilizzando il metodo del confronto esterno (con riferimento ad una transazione fra operatori indipendenti), ci si domanda cosa succeda se le autorità fiscali pretendano di "aggiustare" i prezzi applicati alle transazioni in verifica con riferimento a quelli praticati in un'altra transazione comparabile sconosciuta al contribuente. Addirittura, potrebbe accadere che le autorità fiscali a seguito di continue ricerche individuino col tempo diverse transazioni aventi prezzi sempre più bassi. In questi casi, non è chiaro quale sia il punto d'incontro fra richiedere al contribuente la conoscenza generale di tutte le opportunità di mercato per l'acquisto dei prodotti oggetto delle transazioni in verifica o fra il considerare sufficiente la sola transazione trovata dal contribuente.

Infine, un'ulteriore problematica evidenziata in relazione al metodo del confronto del prezzo (sia interno che esterno) è legata alle criticità che potrebbero emergere allorché l'applicazione del metodo porti un'impresa a conseguire risultati anti-economici. Un'impresa associata, infatti, seguendo i criteri applicativi del metodo del confronto, potrebbe essere costretta ad acquistare determinati prodotti a prezzi che non le consentano il raggiungimento di un adeguato margine d'utile lordo e che, quindi, la costringano ad operare in regime di perdite strutturali¹²².

¹²² In realtà, quest'ultima criticità applicativa è spesso associata ad un'errata applicazione del metodo e dell'analisi di comparabilità. Infatti, un operatore indipendente che acquisti o venda determinati prodotti ad un determinato prezzo, è disposto a svolgere queste attività in quanto esse sono portate a generare degli utili. Nel caso l'impresa associata, operando agli stessi prezzi, consegua perdite strutturali, è certo allora che vi siano diversità nei principali fattori di comparazione in virtù delle quali

C. I METODI TRADIZIONALI BASATI SUL CONFRONTO DEI MARGINI

1. Metodo del costo maggiorato (*Cost plus*)

“Il metodo del costo maggiorato considera innanzitutto i costi sostenuti dal fornitore di beni nel corso di una transazione controllata per beni trasferiti ad un acquirente collegato. Un'appropriata percentuale di ricarico relativa al costo di produzione (*cost plus mark up*) viene poi aggiunta a detto costo, così da ottenere un utile adeguato tenuto conto delle funzioni svolte e delle condizioni di mercato. Il risultato di tale operazione può essere considerato come prezzo di libera concorrenza della transazione controllata originaria”.¹²³

In sostanza, l'applicazione del metodo del costo maggiorato (d'ora in avanti *cost plus*) comporta che la comparazione abbia come oggetto il margine d'utile lordo (in forma di *mark up* sul costo del venduto) conseguito dall'impresa associata alienante (in altre parole, l'impresa che, nella transazione in verifica, vende determinati beni ad un'altra impresa associata). Per *mark up* sul costo del venduto s'intende la differenza fra il prezzo di vendita ed il costo del venduto di ciascun bene espressa in forma di percentuale di ricarico sul costo del venduto.

Anche il metodo del *cost plus* può essere interno o esterno. In particolare, l'applicazione del metodo del *cost plus* interno comporta che il margine d'utile lordo conseguito dall'impresa associata alienante nella transazione in verifica sia confrontato col margine d'utile lordo conseguito sempre dall'impresa associata in transazioni comparabili con terze parti. In questo caso, il contribuente dovrà

il metodo non avrebbe dovuto essere applicato. Dette diversità si hanno generalmente nella struttura dei costi (per esempio l'impresa associata ha una struttura di costi operativi molto più pesante del terzo indipendente) o nel prezzo finale dei prodotti nel mercato di sbocco (con relativa riduzione del margine lordo in capo all'impresa associata).

¹²³ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 2.32, Traduzione Italiana a cura del Ministero delle Finanze.

determinare i prezzi di trasferimento nella transazione in verifica applicando la medesima percentuale di ricarico (*mark up*) sui costi applicata nelle transazioni con terze parti¹²⁴.

Per fare un esempio, si ponga il caso di una società manifatturiera parte di un gruppo multinazionale che svolge attività di produzione e rivende i beni sia alle consociate, sia a terze parti. S'ipotizzi, poi, che il metodo del confronto del prezzo non sia applicabile a causa di differenze nei fattori di comparabilità non quantificabili con opportuni aggiustamenti sul prezzo (per esempio, i beni venduti ai terzi sono costruiti in base ad ordini specifici di quest'ultimi e sono lievemente diversi da quelli venduti alle imprese associate). In questo caso, applicando il metodo del *cost plus*, l'impresa associata dovrebbe conseguire lo stesso margine d'utile lordo su entrambe le transazioni. Ipotizzando che il costo del venduto della transazione fra l'impresa associata ed i terzi sia 75 ed il margine d'utile lordo (espresso in forma di mark up sul costo del venduto) il 33%, il conto economico della transazione sarebbe il seguente:

Tabella 5

Transazione con terze parti	
Costo del venduto	75
<i>Mark up</i>	33%
Profitto lordo	25
Prezzo di vendita (Transfer Pricing)	100

Ipotizzando, invece, che il costo del venduto riferito ai beni oggetto della transazione in verifica sia 70, applicando il metodo del *cost plus* interno, il conto economico della transazione dovrebbe essere come segue:

¹²⁴ Cfr. Massimiliano Strata, *Transfer price: aspetti fiscali e penali, applicazione pratica del metodo del cost-plus*, Il Fisco n. 10 del 12 marzo 2001, 3867.

Tabella 6

Transazione con terze parti	
Costo del venduto	70
Mark up	33%
Profitto lordo	23
Prezzo di vendita (Transfer Pricing)	93

Il metodo del *cost plus* si dice esterno allorché il margine lordo conseguito da un'impresa terza in transazioni con altre imprese terze sia comparato al margine lordo conseguito dall'impresa alienante nella transazione in verifica.

2. Il metodo del prezzo di rivendita

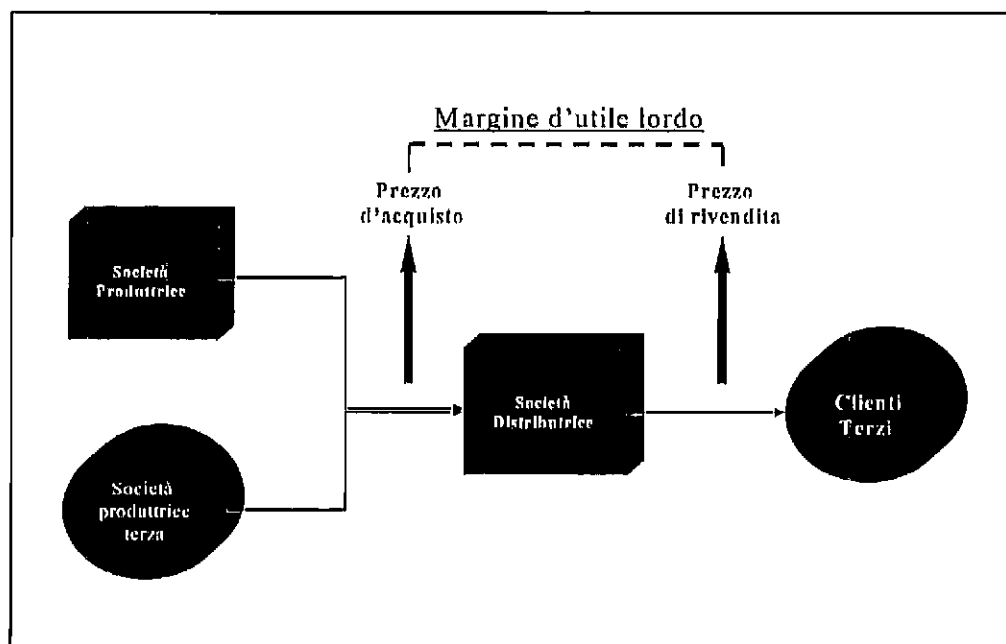
“Il metodo del prezzo di rivendita si riferisce al prezzo a cui un prodotto che è stato acquistato da un'impresa associata viene rivenduto ad un'impresa indipendente. Detto prezzo ("prezzo di rivendita") viene poi ridotto di un adeguato margine lordo ("margine del prezzo di rivendita") che rappresenta la cifra con la quale il rivenditore intende coprire le proprie spese di vendita ed altre spese di gestione e, alla luce delle funzioni svolte (considerando i beni utilizzati ed i rischi assunti), di ricavare un utile adeguato. Ciò che rimane dopo la sottrazione del margine lordo può essere considerato, a seguito della correzione di altri costi associati alla compravendita del prodotto (ad esempio, diritti doganali), come prezzo di libera concorrenza per il

trasferimento originario del bene tra le imprese associate. Detto metodo risulta probabilmente più utile quando si applica alle operazioni di *marketing*".¹²⁵

In sostanza, il metodo del prezzo di rivendita si applica comparando il margine d'utile lordo conseguito dall'impresa acquirente nella transazione in verifica con il margine d'utile lordo conseguito da operatori indipendenti in transazioni comparabili. In pratica, i prezzi di trasferimento vengono determinati scontando dal prezzo a cui l'impresa acquirente rivende i prodotti acquistati dall'impresa associata un margine di utile lordo analogo a quello conseguito da operatori fra loro indipendenti in transazioni comparabili. Come i metodi del CUP e del *cost plus*, anche il metodo del prezzo di rivendita può essere interno o esterno. L'applicazione del metodo del prezzo di rivendita interno comporta che il margine lordo conseguito dall'impresa acquirente nella transazione in verifica sia comparato al margine lordo conseguito dall'impresa stessa in transazioni in cui quest'ultima acquista e vende altri prodotti da società terze svolgendo, di fatto, le stesse funzioni ed assumendosi gli stessi rischi.

¹²⁵ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 2.14, Traduzione Italiana a cura del Ministero delle Finanze.

Grafico 9



Facendo l'ipotesi che il prezzo di rivendita praticato per i prodotti venduti ai clienti terzi sia 100 ed il margine lordo conseguito sia il 25%, il conto economico della transazione comparabile sarebbe il seguente:

Tabella 7

Transazione con terzo parti	
Prezzo di rivendita	100
Profitto lordo	25
Margine d'utile lordo	25%
Costo del venduto (Transfer Pricing)	75

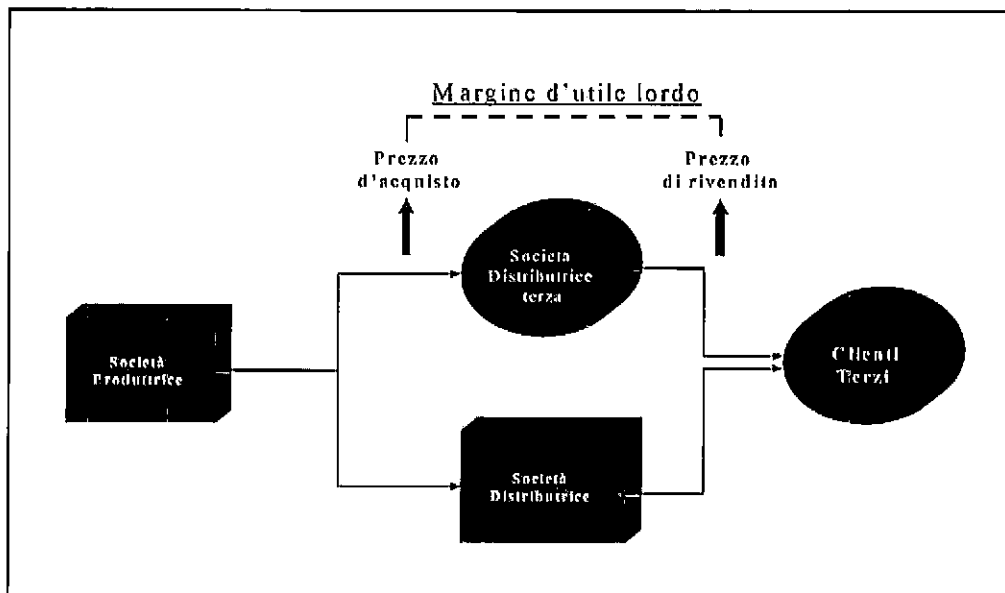
Ipotizzando poi che il prezzo di rivendita dei prodotti oggetto della transazione in verifica sia 90, il prezzo di trasferimento andrebbe determinato così:

Tabella 8

Transazione in verifica	
Prezzo di vendita	90
Profitto lordo	22,5
Margine d'utile lordo	25%
Costo del venduto (Transfer Pricing)	67,5

In realtà, anche se non menzionata né dall'OCSE, né dalla Circolare del 1980, si può pensare ad un'altra modalità applicativa del metodo del prezzo di rivendita interno. Si potrebbe verificare il caso in cui una società parte di un gruppo multinazionale venda i propri prodotti sia ad un'impresa associata, sia a terzi indipendenti a condizioni comparabili. In questo caso, il prezzo di trasferimento potrebbe essere determinato garantendo all'impresa associata lo stesso margine d'utile lordo che i terzi conseguono proprio nelle transazioni comparabili.

Grafico 10



Infine, il metodo del prezzo di rivendita esterno si applica comparando il margine d'utile lordo conseguito nella transazione in verifica dall'impresa associata acquirente al margine d'utile lordo conseguito da operatori terzi in transazioni comparabili avvenute sul libero mercato.

3. Applicazione dell'analisi delle funzioni aziendali per l'individuazione del metodo più idoneo

Sulla base di quanto discusso nei paragrafi precedenti con riferimento all'analisi delle funzioni aziendali, si può concludere dicendo che ciò che realmente rileva ai fini della comparazione (nel caso i prodotti oggetto delle transazioni non siano i medesimi), è che le società impegnate nelle transazioni comparabili (sia interne, che esterne) svolgano esattamente le stesse funzioni svolte dalle società impegnate nella transazione in verifica. In quest'ottica, è importante considerare che il margine d'utile lordo deve servire a "coprire" le cosiddette "*spese operative*" ed a garantire un utile appropriato. In questi casi, lo svolgere una funzione in più o in meno può comportare il contestuale aumento o diminuzione delle spese operative con relativo impatto sull'utile finale.

In altre parole, si provi a riconsiderare il caso menzionato prima della società che acquista beni da commercializzare sia da un'impresa associata, sia da un fornitore terzo. Si ipotizzi che, a causa di differenze nella natura dei prodotti, il metodo del confronto del prezzo non sia applicabile e, pertanto, si ricorra al metodo del prezzo di rivendita interno. In aggiunta, s'ipotizzi che la società acquirente si occupi dell'attività di marketing e promozione con riferimento alle vendite dei prodotti acquistati dall'impresa associata e non alle vendite dei prodotti acquistati dai produttori terzi. S'ipotizzi infine, che le spese operative (senza considerare i costi di marketing e promozione) abbiano un generale impatto del 20% sul fatturato.

Applicando il metodo del prezzo di rivendita interno, i conti economici delle due transazioni sarebbero i seguenti:

Tabella 9

Transazione con terze parti		Transazione in verifica	
Prezzo di rivendita	100	Prezzo di vendita	90
Profitto lordo	25	Profitto lordo	22,5
Margine d'utile lordo	25%	Margine d'utile lordo	25%
Costo del venduto (Transfer Pricing)	75	Costo del venduto (Transfer Pricing)	67,5
Spese Operative	20%	Spese Operative	20%
Spese di marketing e promozione	0	Spese di marketing e promozione	10%
Margine Operativo	5%	Margine Operativo	-5%

Con l'applicazione del metodo del prezzo di rivendita interno, la società acquirente conseguirebbe lo stesso margine d'utile lordo (i.e. 25%) nelle due transazioni con la sola differenza che otterrebbe un utile (Ebit o margine operativo) del 5% nelle transazioni con terze parti a fronte di un margine operativo negativo (-5%) nelle transazioni con l'impresa associata. Conseguentemente, un'applicazione siffatta del metodo obbligherebbe la società in oggetto ad operare in perdita sulle transazioni in verifica.

Nel caso in specie, essendo la differenza nelle funzioni quantificabile in termini di marginalità economiche, sarebbe possibile effettuare un aggiustamento (aggiungendo al margine d'utile lordo la spese di promozione e marketing) al fine di modificare il margine d'utile lordo nella transazione in verifica.¹²⁶

¹²⁶ Nella fattispecie, un aggiustamento siffatto potrebbe far pensare all'applicazione di un metodo basato sulla comparazione del margine operativo. Tuttavia, per chiarezza, la metodologia indicata funzionerebbe anche le spese operative nelle due transazioni fossero diverse (es. 18% e 20%).

Tabella 10

Transazione con terze parti		Transazione in verifica	
Prezzo di rivendita	100	Prezzo di vendita	90
Profitto lordo	25	Profitto lordo	31,5
Margine d'utile lordo	25%	Margine d'utile lordo	35%
Costo del venduto (Transfer Pricing)	75	Costo del venduto (Transfer Pricing)	58,5
Spese Operative	20%	Spese Operative	20%
Spese di marketing e promozione	0	Spese di marketing e promozione	10%
Margine Operativo	5%	Margine Operativo	5%

Tuttavia, vi potrebbero essere dei casi in cui le differenze nelle funzioni effettuate non siano quantificabili con un opportuno aggiustamento. In questi casi, il metodo del prezzo di rivendita non potrà essere utilizzato.

D. ANALISI DI COMPARABILITÀ E SCELTA FRA COST PLUS E PREZZO DI RIVENDITA

1. Aspetti introduttivi

I metodi basati sul confronto dei margini d'utile lordo dovrebbero essere utilizzati solo quando il metodo del confronto del prezzo non sia applicabile a causa di diversità nei fattori di comparazione fra la transazione in verifica e le potenziali transazioni comparabili. In pratica, allorché non si riesca a trovare sul libero mercato una transazione pienamente comparabile a quella in verifica e, nello stesso tempo, non sia possibile quantificare le differenze nei fattori di comparabilità in termini di differenziale sul prezzo (aggiustamenti), bisognerà provare ad utilizzare il metodo del *cost plus*, oppure il metodo del prezzo di rivendita.

Come visto, i fattori di comparabilità, fra la transazione in verifica e le transazioni potenzialmente comparabili, necessari per l'applicazione di questi due metodi sono, per certi versi, meno stringenti di quelli analizzati per il metodo del confronto del prezzo. In particolare, non è più necessaria una rigida eguaglianza dei prodotti oggetto delle transazioni (comparabilità per prodotto), in quanto ciò che importa realmente ai fini della comparazione dei margini è la sostanziale identità delle funzioni svolte, dei rischi sostenuti e degli *assets* detenuti (comparabilità funzionale).

In sostanza, come spiegato espressamente dalle Linee Guida OCSE, "in un'economia di mercato, il compenso per svolgere funzioni analoghe tende a livellarsi nelle diverse attività. Al contrario, per i prezzi di prodotti differenti tale tendenza esisterebbe nella misura in cui prodotti costituissero dei surrogati l'uno dell'altro. Poiché i margini d'utile lordo rappresentano il compenso lordo, al netto del venduto, per le specifiche

funzioni svolte (considerando i beni utilizzati ed i rischi assunti), le differenze di prodotto sono meno rilevanti. Tornando al già citato esempio fatto dall'OCSE all'interno delle Linee Guida, una società di distribuzione che vende tostapane può svolgere le stesse funzioni (considerando i beni utilizzati ed i rischi assunti) di una società che distribuisce frullatori, e, in un'economia di mercato, sarebbe lecito ipotizzare un medesimo stesso livello di remunerazione per le due attività. Nello stesso tempo, i consumatori non considererebbero i tostapane e i frullatori come prodotti sostitutivi particolarmente affini, e quindi non ci sarebbe motivo di aspettarsi che i loro prezzi fossero gli stessi".¹²⁷

2. Individuazione del metodo più idoneo e relativi profili di rischio

Una volta appurati i principi da osservare per selezionare un metodo basato sul confronto dei margini d'utile lordo piuttosto che il metodo del confronto del prezzo, diventa necessario capire quali siano le logiche ed i criteri da seguire per scegliere fra il metodo del prezzo di rivendita ed il metodo del *cost plus*. A tale proposito, l'OCSE, all'interno delle citate Linee Guida, precisa che il metodo del prezzo di rivendita è più utile allorché "si applichi alle operazioni di *marketing*".¹²⁸ Allo stesso modo, con riferimento al metodo del *cost plus*, le Linee Guida spiegano che il metodo è più "utile quando prodotti semilavorati siano venduti tra parti collegate o allorché queste abbiano concluso accordi per la messa in comune degli impianti o accordi d'acquisto-fornitura a lungo termine". In sostanza, stando alle Linee Guida OCSE, il

¹²⁷ Cfr. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 2.17, Traduzione Italiana a cura del Ministero delle Finanze.

¹²⁸ Cfr. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 2.14, Traduzione Italiana a cura del Ministero delle Finanze.

metodo del prezzo di rivendita sarebbe da preferirsi per le attività distributive, mentre il metodo del *cost plus* sarebbe da preferirsi per le attività manifatturiere¹²⁹.

In realtà, queste precisazioni sono di poca utilità se si considera che la stragrande maggioranza delle transazioni infra-gruppo avviene fra una società manifatturiera ed una distributiva. Piuttosto, per comprendere realmente quali siano i principi da seguire per scegliere fra il metodo del *cost plus* ed il metodo del prezzo di rivendita, è necessario esaminare nel dettaglio cosa comporta in termini economici l'applicazione di un metodo piuttosto che dell'altro.

Prendendo in esame una transazione infra-gruppo in cui viene applicato il metodo del *cost plus*, la prima cosa che si nota è che, in virtù dell'applicazione di questo metodo, l'impresa associata che cede i beni (impresa alienante) consegue un profitto generalmente stabile e quasi indipendente dall'andamento del mercato (variazioni della domanda, costo delle materie prime, concorrenza, etc.). Addirittura, l'effetto più rilevante dell'applicazione del *cost plus* sta nel fatto che al crescere dei costi di produzione corrisponde un correlativo aumento del *mark up* sui costi stessi e conseguentemente del prezzo di trasferimento¹³⁰.

In altre parole, nel caso aumentino improvvisamente i costi d'acquisto delle materie prime necessarie alla produzione, l'impatto di tale aumento dei costi sarà sostenuto integralmente dall'impresa associata acquirente che, in aggiunta, dovrà anche fare i

¹²⁹ Ancora meno condivisibile è l'approccio della Circolare n. 32/9/2267: "La complessità e la natura delle valutazioni da effettuare secondo il metodo del *cost-plus* non ne consigliano la metodica applicazione nei casi di vendite da parte di controllante estera a controllata italiana. Una corretta applicazione del metodo implica, infatti, la conoscenza dei sistemi di costo, delle funzioni svolte e dei corrispettivi margini di utile praticati nello Stato estero. Ciò comporta talvolta una obiettiva difficoltà nell'ottenere le specifiche informazioni dall'Amministrazione fiscale estera o perché con lo Stato interessato non è in piena attuazione lo scambio di informazioni nel particolare settore, ovvero perché la predetta Amministrazione estera si trova nell'effettiva impossibilità di ottenere dati specifici dall'impresa controllante estera; le legislazioni di alcuni Paesi non consentono, infatti, al Fisco di obbligare il contribuente a fornire informazioni da utilizzare per accertamenti fiscali operati da uno Stato estero." Appare evidente come le disposizioni della Circolare siano infondate e concretamente idonee a creare grossi rischi di doppia imposizione economica sui redditi. Se la stessa previsione, infatti, fosse applicata in ogni Paese, il metodo del *cost plus* non potrebbe mai essere utilizzato in quanto una delle due autorità fiscali competenti non avrebbe evidenza immediata dei sistemi di costo, delle funzioni svolte e dei corrispettivi margini di utile praticati nello Stato estero.

¹³⁰ Cfr. Jozef Blomme, *The choice of a transfer pricing method*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Volume 7, number 2, 2000.

conti con il correlativo aumento del profitto lordo dell'impresa associata alienante. E' intuitivo, quindi, che il grosso dei rischi imprenditoriali legati alla transazione in verifica sarà sostenuto dall'impresa associata acquirente.

Il medesimo ragionamento può essere fatto in caso d'applicazione del metodo del prezzo di rivendita. In questo caso, è l'impresa associata acquirente che consegue un profitto generalmente stabile, mentre l'impresa associata alienante deve sostenere la maggior parte dei rischi imprenditoriali. Riproponendo l'esempio di prima, nel caso aumentino i costi d'acquisto delle materie prime durante lo svolgersi della transazione, il margine d'utile lordo dell'impresa associata acquirente rimarrà intatto, mentre il margine d'utile lordo dell'impresa associata alienante si comprimerà.

In pratica, la scelta fra il metodo del *cost plus* ed il metodo del prezzo di rivendita comporta l'automatica attribuzione della maggior parte dei rischi legati all'andamento del mercato quasi esclusivamente ad una delle imprese facenti parte della transazione in verifica. Nella sostanza, a seguito dell'applicazione di un metodo invece dell'altro, ad un'impresa si garantisce una fetta relativamente stabile del profitto integrato della transazione (fetta poco reattiva all'andamento del mercato), mentre all'altra va tutto il profitto residuale, sia positivo, che negativo.

Al fine di chiarire meglio questi concetti, si prenda in esame, a titolo d'esempio, una transazione infra-gruppo fra una società manifatturiera ed una distributrice. S'ipotizzi che l'andamento del mercato vari in corrispondenza di quattro fasi. Nella prima fase ci sia un aumento dei costi d'acquisto delle materie prime, nella seconda fase si registri una contrazione della domanda, nella terza fase ci sia una riduzione del prezzo di vendita ai clienti finali ed, infine, nella quarta fase, ci sia un forte incremento delle vendite e dei prezzi ai consumatori finali. Provando a costruire il conto economico aggregato di tutta la catena del valore, s'ipotizzino i seguenti dati di riferimento:

- Prodotti commercializzati: 100
- Prezzo di vendita finale del prodotto: 50

- Costi di produzione per prodotto: 25
- Spese operative della società manifatturiera per prodotto: 5
- Spese operative della società distributrice per prodotto: 10

Nel caso d'applicazione del metodo del *cost plus* s'ipotizzi che la società manifatturiera debba conseguire un margine d'utile lordo in forma di *mark up* sul costo del venduto del 25%. Il conto economico aggregato delle transazioni sarebbe il seguente:

Tabella 11

	Transazione in verifica	Fase 0	Fase 1	Fase 2	Fase 3	Fase 4
Società Distributrice	Vendite	3000	3000	4250	3825	6050
	Costo del venduto (Transfer Pricing)	3125	3500	2975	2975	3850
	Profitto lordo	1875	1500	1275	850	2200
	Margine d'utile lordo	37,5%	30,0%	30,0%	22,2%	36,4%
	Spese operative	1000	1000	1000	1000	1000
	Profitto operativo (Ebit)	875	500	275	-150	1200
	Margine Operativo	17,5%	10,0%	6,5%	-3,9%	19,8%
Società Manifatturiera	Vendite	3125	3500	2975	2975	3850
	Costo del venduto	2500	2800	2380	2380	3080
	Profitto lordo	625	700	595	595	770
	Mark up sul costo del venduto	25%	25%	25%	25%	25%
	Spese operative	500	500	500	500	500
	Profitto operativo (Ebit)	125	200	95	95	270
	Margine Operativo	4,0%	5,7%	3,2%	3,2%	7,0%

▪ Fase 1

Il costo del venduto della società manifatturiera è salito da 25 a 28 a causa dell'aumento dei costi d'acquisto delle materie prime. Tuttavia, a seguito dell'applicazione del metodo del *cost plus*, la società manifatturiera ha di fatto "traslato" questi effetti negativi sul conto economico della società distributrice.

Addirittura, l'aumento dei costi di produzione le ha permesso di incrementare il prezzo di vendita e quindi, il profitto lordo (da 625 a 700) ed il profitto operativo (da 125 a 200).

▪ **Fase 2**

I volumi di vendita sono diminuiti da 100 a 85. Questo ha causato una lieve diminuzione del profitto lordo in capo alla società manifatturiera (da 700 a 595), a fronte di un più consistente calo degli utili lordi nella società distributiva (da 1500 a 1275).

▪ **Fase 3**

Il prezzo di vendita ai consumatori finali è diminuito da 50 a 45. Ciò ha causato una visibile diminuzione del margine d'utile lordo conseguito dalla società distributrice (da 30% a 22,2%), costringendo la stessa ad operare in perdita sulla transazione (-3,9%). Al contrario, il conto economico della società manifatturiera è rimasto invariato.

▪ **Fase 4**

Infine, il prezzo di vendita ai consumatori finali è aumentato fino a 55 ed i volumi sono cresciuti fino a 110. A seguito di queste variazioni, la società distributrice ha incrementato notevolmente sia il margine lordo (da 22,2% a 36,4%), che il margine operativo (da -3,9% a 19,8%). Nello stesso tempo, questi incrementi sono stati molto più lievi per la società manifatturiera.

In sintesi, si è visto che, a seguito dell'applicazione del metodo del *cost plus* ad una transazione infra-gruppo, gli effetti dell'andamento del mercato e dell'economia impattano quasi esclusivamente sull'impresa associata acquirente. Al contrario, all'impresa associata alienante si garantisce un profitto relativamente stabile poco reattivo alle variabili del mercato.

S'ipotizzi ora che il metodo selezionato per questa transazione sia il metodo del prezzo di rivendita e che, a seguito dell'analisi economica effettuata, la società distributrice debba conseguire un margine lordo del 30%. Il conto economico aggregato dell'intera catena del valore sarebbe il seguente.

Tabella 12

	Transazione in verifica	Fase 0	Fase 1	Fase 2	Fase 3	Fase 4
Società Distributrice	Vendite	5000	5000	4250	3825	6050
	Costo del venduto (Transfer Pricing)	3500	3500	2975	2677,5	4235
	Profitto lordo	1500	1500	1275	1147,5	1815
	Margine d'utile lordo	30,0%	30,0%	30,0%	30,0%	30,0%
	Spese operative	1000	1000	1000	1000	1000
	Profitto operativo (Ebit)	500	500	275	147,5	815
	Margine Operativo	10,0%	10,0%	6,5%	3,9%	13,5%
Società Manifatturiera	Vendite	3500	3500	2975	2677,5	4235
	Costo del venduto	2500	2800	2380	2380	3080
	Profitto lordo	1000	700	595	297,5	1155
	Mark up sul costo del venduto	40%	2,5%	2,5%	13%	38%
	Margine d'utile lordo	29%	20%	20%	11%	27%
	Spese operative	500	500	500	500	500
	Profitto operativo (Ebit)	500	200	95	-202,5	655
	Margine Operativo	14,3%	5,7%	3,2%	-7,6%	15,5%

Come si evince chiaramente dalla Tabella 12, a seguito dell'applicazione del metodo del prezzo di rivendita, gli effetti dell'andamento del mercato impattano ora prevalentemente sulla società manifatturiera. Basti pensare che il margine operativo della stessa oscilla, in questo caso, dal -7,6% sino al 15,5% a fronte delle lievi variazioni viste nel primo caso (dal 3,2% al 7%). Per quanto concerne poi la società distributrice, essa consegue nel secondo esempio un margine operativo lievemente oscillante (fra il 3,9% ed il 13,5%) senza incorrere nelle sensibili fluttuazioni viste nel primo caso (da -3,9% a 17,5%).

In sostanza, ciò che emerge con chiarezza è che l'applicazione del metodo del *cost plus* e del metodo del prezzo di rivendita conducono necessariamente a risultati diversi¹³¹. Ciò che in particolare differisce è il profilo di rischio delle società impegnate nella transazione in verifica. Applicando il metodo del *cost plus*, il grosso dei rischi imprenditoriali è sostenuto dall'impresa associata acquirente (nell'esempio la società distributrice). Al contrario, con l'applicazione del metodo del prezzo di rivendita, molti di questi rischi vengono "traslati" sull'impresa associata alienante.

Nel paragrafo successivo si vedrà come queste considerazioni debbano essere necessariamente messe in relazione con le nozioni, prima esaminate, relative alla caratterizzazione delle entità.

3. Individuazione del metodo più idoneo e caratterizzazione delle entità

Alla luce delle caratteristiche precipue dei due metodi, la scelta di uno piuttosto che dell'altro determina in capo alle imprese parte della transazione in verifica

¹³¹ Di avviso del tutto contrario sono Berry, Charles H. Bradford, David F. Hines, James R., Jr., *Arm's length pricing; some economic perspective*, Tax Analysts, Tax Notes, Febbraio 1992: "Method Two --- or Method Three? The resale price method looks, therefore, only at the options of the manufacturer or seller, while the cost plus method looks only at the options of the buyer. The obvious question is why not look at both? That is what the CUP method does. Why ignore either the options of the seller or the options of the buyer? Logically, the answer is that one should not. Under competitive conditions, both methods (indeed, all three methods), correctly applied, should produce the same answer. For example, suppose that there is a standardized product, widely produced and sold at 'standardized and known' prices to use our earlier [*735] wording. Suppose further that both a seller and a buyer of that product are commonly owned, and that we want to apply an arm's-length standard to the 'controlled transactions' between them. The CUP method is clearly called for. But, suppose for some reason we turn instead to the resale price method. We look, in this instance, to the on resale realized by independent resellers of that product. Since the product is standardized, the reselling prices of those buyers should be nearly identical. They buy, for resale, at those 'standardized and known' prices. They, therefore, all have very similar, if not identical, margins. If we deduct those margins from the reselling prices, we have accurately estimated what we knew beforehand --- those 'standardized and known' prices."

un'automatica assunzione di rischi imprenditoriali. In questa ottica, è necessario che la selezione del metodo non collimi con quanto constatato durante l'analisi funzionale e, in particolare, durante la fase inerente alla caratterizzazione delle entità.

Si era notato che società che svolgono funzioni sia distributive che produttive possono assumere una caratterizzazione più o meno imprenditoriale in considerazione delle funzioni svolte, dei rischi assunti e degli *assets* detenuti. In questo senso, si era constatato che, nell'ambito della catena del valore di un gruppo multinazionale, le funzioni produttive possono essere svolte da un produttore imprenditore o da un produttore su commessa (o da figure intermedie a queste due caratterizzazioni generali). Allo stesso modo, per quanto concerne le funzioni distributive, si era visto che dette funzioni possono essere svolte da un distributore imprenditore come da un distributore a rischio limitato, oppure da un commissionario.

In sostanza, ciò che rileva ai fini della selezione del metodo è che la caratterizzazione delle entità non contrasti con le caratteristiche salienti del metodo prescelto. Ad esempio, ipotizzando il caso di una transazione fra un produttore imprenditore ed un distributore a rischio limitato, il metodo da scegliere dovrebbe essere il metodo del prezzo di rivendita. L'applicazione del metodo del *cost plus* comporterebbe, infatti, che i maggiori rischi imprenditoriali siano "traslati" sulla società distributiva a discapito della minore propensione al rischio imprenditoriale della stessa. Allo stesso modo, nel caso di una transazione fra un produttore su commessa ed un distributore imprenditore, il metodo da selezionarsi dovrebbe essere il *cost plus* in quanto permetterebbe al distributore di mantenere all'interno della sua sfera di competenza i maggiori rischi imprenditoriali connessi alla transazione.

In pratica, alla luce di queste considerazioni, nell'ambito d'ogni transazione in verifica è necessario individuare quale sia effettivamente l'imprenditore principale ("*principal*") della transazione. Una volta individuato il cosiddetto *principal*, dovrà selezionarsi un metodo che garantisca un profitto il più possibile stabile all'altra impresa parte della transazione al fine di lasciare il profitto residuale (sia positivo, che negativo) in capo a quest'ultimo.

In alcuni casi, potrebbe essere impossibile determinare che effettivamente sia il *principal* di una transazione in verifica. Questo potrebbe succedere allorché le funzioni, i rischi e gli *assets* rilevanti siano equamente distribuiti fra le due imprese. Come si vedrà nei paragrafi successivi, le Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento nonché la stessa Circolare del 1980 prevedono l'uso del metodo della ripartizione dei profitti ("*Profit split method*") come possibile soluzione per queste situazioni.

4. Strutture tipiche di gestione dei rischi legati all'attività aziendale

Nella pratica, molte delle transazioni infra-gruppo avvengono fra una società produttiva ed una società distributiva. Tuttavia, può capitare che produttori e distributori non interagiscano direttamente, ma siano intermediati da una società che acquisti dal produttore per rivendere poi al distributore. Solitamente, come descritto nei paragrafi relativi alle nuove strategie di disarticolazione della catena del valore, ciò dipende dal fatto che diverse funzioni strategiche sono espletate direttamente dalla società intermediaria al fine di centralizzare il più possibile i rischi economico/finanziari legati alle attività del gruppo. In particolare, oggetto dell'attività svolte dalla società intermediaria possono essere generalmente la razionalizzazione degli ordini di produzione e d'acquisto, lo svolgere il ruolo d'interfaccia fra esigenze del mercato e attività produttive, la centralizzazione del rischio di cambio, varie attività strategiche in materia d'amministrazione, finanza, marketing, promozione, risorse umane e le attività di logistica integrata.

In questi casi, la società intermediaria opera sostanzialmente come *principal* di entrambe le transazioni al fine di catalizzare al suo interno i rischi imprenditoriali legati ad entrambe. Dal punto di vista della selezione del metodo, sarà quindi necessario utilizzare il metodo del *cost plus* per le transazioni dal produttore al *principal* ed il metodo del prezzo di rivendita per le transazioni dal *principal* al

distributore. In questo modo, si può riuscire a garantire un profitto stabile alle società che si assumono i rischi minori e lasciare tutto il profitto residuale a chi si assume la maggior parte dei rischi imprenditoriali.

Tornando all'esempio fatto in precedenza, si può vedere come, applicando questo schema, i rischi effettivi possano essere "traslati" per la maggior parte sulla società intermediaria. S'ipotizzi che molte delle funzioni prima svolte dalla società manifatturiera e dalla società distributrice siano convogliate ora presso la società intermediaria. Si ipotizzi poi, che a seguito di questo spostamento di funzioni, le spese operative della società manifatturiera e della società distributrice siano rispettivamente ridotte a 2 e 4 e che il resto delle spese sia sostenuto dalla società intermediaria. In aggiunta, a seguito di questa riduzione delle funzioni, si ipotizzi che i margini d'utile lordo da conseguire per le due società siano rispettivamente 18% (in forma di *mark up* sul costo del venduto) e 15%. Il conto economico delle due transazioni apparirà come segue:

Tabella 13

	Transazione in verifica	Fase 0	Fase 1	Fase 2	Fase 3	Fase 4
Società Distributrice	Vendite	5000	5000	4250	3825	6050
	Costo del venduto (Transfer Pricing 2)	4250	4250	3612,5	3251,25	5142,5
	Profitto lordo	750	750	637,5	573,75	907,5
	Margine d'utile lordo	15,0%	15,0%	15,0%	15,0%	15,0%
	Spese operative	400	400	400	400	400
	Profitto operativo (Ebit)	350	350	237,5	173,75	507,5
	Margine Operativo	7,0%	7,0%	5,6%	4,5%	8,4%
Principal	Vendite	4250	4250	3612,5	3251,25	5142,5
	Costo del venduto (Transfer Pricing 1)	2950	3304	2808,4	2808,4	3634,4
	Profitto lordo	1300	946	804,1	442,85	1508,1
	Margine d'utile lordo	30,6%	22,3%	22,3%	13,6%	29,3%
	Spese operative	900	900	900	900	900
	Profitto operativo (Ebit)	400	46	-95,9	-457,15	608,1
	Margine Operativo	9,4%	1,1%	-2,7%	-14,1%	11,8%
Società Manifatturiera	Vendite	2950	3304	2808,4	2808,4	3634,4
	Costo del venduto	2500	2800	2380	2380	3080
	Profitto lordo	450	504	428,4	428,4	554,4
	Mark up sul costo del venduto	18%	18%	18%	18%	18%
	Spese operative	200	200	200	200	200
	Profitto operativo (Ebit)	250	304	228,4	228,4	354,4
	Margine Operativo	8,5%	9,2%	8,1%	8,1%	9,8%

Come si evince dalla tabella, l'applicazione di entrambe le metodologie garantisce un profitto relativamente stabile alla società manifatturiera ed alla società distributrice, mentre la società intermediaria riceve una remunerazione molto variabile in considerazione dell'andamento del mercato.

E. I METODI BASATI SULL'UTILE NETTO DELLA TRANSAZIONE

I metodi basati sull'utile netto della transazione possono essere utilizzati per avvicinarsi alle condizioni di libera concorrenza, nel caso in cui l'applicazione dei soli metodi tradizionali basati sulla transazione (confronto del prezzo, *cost plus*, prezzo di rivendita) non possa dare dei risultati attendibili o, eccezionalmente, non possa essere effettuata del tutto.

La citata Circolare n. 32/9/2267 del 1980 disciplinava l'uso di alcuni metodi basati sull'utile netto della transazione da utilizzarsi solo ed esclusivamente in ultima istanza qualora i metodi tradizionali non fossero disponibili. Questi erano il metodo della ripartizione dei profitti globali, in base al quale l'utile derivante da una transazione fra imprese associate doveva essere ripartito in proporzione ai costi sostenuti, il metodo della comparazione dei profitti, il metodo del confronto della redditività del capitale investito ed il metodo del confronto dei margini lordi del settore economico¹³².

Nel 1995, le Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento, sulla falsa riga delle nuove *Regulations* Statunitensi, hanno fatto maggiore chiarezza sull'argomento precisando che gli unici metodi basati sull'utile che soddisfano il principio del prezzo di libera concorrenza sono il metodo di ripartizione dell'utile ("*profit split method*") o il metodo basato sul margine netto della transazione ("*Transactional Net Margin Method*"). Così come la Circolare del 1980, anche le Linee Guida OCSE subordinano l'applicazione di tali metodi al rispetto del principio del prezzo di libera concorrenza precisando che l'adozione di questi ultimi debba essere destinata a regolare solo situazioni residuali, dove solo il criterio del profitto generato dall'operazione può

¹³² Cfr. Massimiliano Strata, *Transfer price: i metodi alternativi per la determinazione del prezzo di trasferimento*, Il Fisco n. 27 del 9 luglio 2001, pag. 9235.

servire a determinare la quota di utile da attribuire a ciascun attore intervenuto nella transazione.

1. Il Transactional Net Margin Method (TNMM)

Il Transactional Net Margin Method ("TNMM") si applica comparando il profitto/margine netto conseguito da un'impresa associata in una transazione in verifica con il profitto/margine netto conseguito da operatori indipendenti in transazioni comparabili. Oggetto della comparazione è il profitto/margine netto relazionato ad una base appropriata quale vendite, costi totali o *assets*. L'applicazione del TNMM è fondata sul concetto che l'utile conseguito da imprese operanti nello stesso settore ed in condizioni similari dovrebbe tendere ad essere simile entro un ragionevole periodo. Questo concetto è fondato su consolidate teorie economiche in base alle quali qualora un'impresa riesca a conseguire profitti maggiori dei suoi concorrenti, essa dovrebbe, nel lungo periodo, essere in grado di espandere produzione e vendite ai danni dei concorrenti meno efficienti. A questi ultimi non resterebbe che abbandonare il mercato (ovviamente nel lungo periodo) o diventare più efficienti e, pertanto, più profittevoli¹³³.

Il TNMM segue le stesse logiche del metodo del *cost plus* e del prezzo di rivendita ed è, pertanto, detto anche metodo del *cost plus* modificato o metodo del prezzo di rivendita modificato. L'unica differenza si ha con riferimento all'oggetto della comparazione che, nel caso del TNMM, è il profitto netto inteso come profitto lordo meno spese operative. Di conseguenza, anche il TNMM può essere applicato sia tramite comparazione interna, sia con riferimento a transazioni esterne.

¹³³ Cfr Doloris Wright e Caterina Nelson, *Transactional net margin method*, Transfer Pricing Handbook (Third Edition), Volume 1, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York e Hendrik Swaneveld, Sam Krishna, Martin Przysusky, Vengat Nagarajan, *Using Profit Based Methods for Prior, Future Tax Years in Canada*, BNA Transfer Pricing Report, Volume 11, Maggio, 2002.

Come detto, il TNMM dovrebbe essere selezionato nei casi in cui i metodi tradizionali basati sulla transazione portino a risultati potenzialmente inattendibili in quanto non sia possibile trovare sul mercato transazioni sufficientemente comparabili.

Ai fini dell'applicazione del TNMM, infatti, è sufficiente che le transazioni confrontate siano solo parzialmente comparabili per cui eventuali piccole differenze anche funzionali fra la transazione in verifica e le transazioni comparabili possono essere tollerate. Ciò è principalmente dovuto al fatto che, avvenendo la comparazione a livello del margine di utile netto, cioè al netto delle spese operative, eventuali differenze nella composizione delle stesse (dovute a lievi differenze nelle funzioni svolte) non dovrebbero impattare in modo sostanziale sulla profittabilità dell'impresa.

134

Il TNMM va necessariamente applicato al posto dei metodi tradizionali basati sulla transazione anche nei casi in cui l'applicazione di questi ultimi sia irrealizzabile. Un caso frequente in cui l'applicazione del metodo del *cost plus* o del prezzo di rivendita è irrealizzabile si ha quando sia possibile trovare una transazione sufficientemente comparabile da consentire l'applicazione di uno di questi metodi, ma, nello stesso tempo, non sia possibile trovare i dati relativi al margine d'utile lordo conseguito dalle imprese nella transazione stessa.

In Italia, per esempio, lo schema di conto economico che deve essere riportato nel bilancio ufficiale di una società prevede il confronto fra "valore della produzione" e tutti i "costi della produzione" senza distinguere fra costo del venduto e spese operative. Conseguentemente, dati sul margine d'utile lordo conseguito da imprese italiane sono difficili da ricavare. In questi casi, è allora necessario fare uso del TNMM invece che dei metodi tradizionali.

Seguendo le stesse logiche, il TNMM è da preferirsi ai metodi tradizionali del *cost plus* e del prezzo di rivendita anche nei casi in cui sia possibile trovare i dati sul margine d'utile lordo delle imprese parte della transazione comparabile, ma non vi sia

¹³⁴ Come si vedrà nel capitolo relativo all'analisi economica, eventuali piccole differenze nelle funzioni svolte possono essere ricomposte tramite opportuni aggiustamenti.

coerenza fra la struttura di conto economico di queste ultime e delle imprese parte della transazione in verifica. Un esempio in tal senso può essere fatto con riferimento al caso in cui alcuni costi siano considerati da alcune imprese come parte del costo del venduto e da altre come spese operative.

S'ipotizzi una transazione fra una società manifatturiera ed un distributore e s'ipotizzi che il metodo del *cost plus* sia scelto come miglior metodo. A seguito di un'analisi economica, si viene a conoscenza del fatto che il *mark up* sul costo del venduto conseguito da operatori indipendenti in transazioni comparabili è del 10%. Tuttavia, ci si accorge che i costi amministrativi inerenti alla gestione degli impianti sono contabilizzati come costo del venduto dalle imprese impegnate nella transazione comparabile e come spese operative dall'impresa operante nella transazione in verifica. In questo caso, è evidente che l'applicazione del *cost plus* porterebbe a risultati del tutto inattendibili in quanto il *mark up* del 10% sarebbe ricaricato su una base costi differenti. Al contrario, applicando il TNMM, non importa dove le imprese contabilizzino questi costi, essendo rilevante ai fini della comparazione solo il profitto/margine netto (inteso come margine lordo meno spese operative).

Come visto, il TNMM prende come oggetto del confronto il profitto netto (conseguito da un'impresa in una transazione in verifica) messo in relazione ad una base appropriata (vendite, costi totali, *assets*). Secondo il tipo di transazione oggetto d'analisi, sarà necessario confrontare il profitto netto mettendolo in relazione ad una base diversa.

Il margine operativo è il rapporto tra il profitto netto¹³⁵ (inteso come profitto lordo meno spese operative) e le vendite totali. In sostanza, esso indica qual è la percentuale di profitto conseguito su ogni vendita effettuata. In linea di principio, per queste caratteristiche, il margine operativo è l'indicatore di profittabilità più attendibile da utilizzarsi per confrontare i profitti conseguiti da società impegnate in attività di distribuzione e vendita. Conseguentemente, il margine operativo sarà da preferirsi

¹³⁵ Detto anche E.B.I.T (Earning before interests and taxes)

come indicatore di profitto in tutti i casi in cui il TNMM sia utilizzato in sostituzione del metodo del prezzo di rivendita.

Il *mark up* sui costi totali è il rapporto tra il profitto netto ed il totale dei costi sostenuti (costo del venduto e spese operative). Esso è preferibile per confrontare i profitti conseguiti da società impegnate in attività di produzione più *labor intensive*. Il *mark up* sui costi totali può essere utilizzato come indicatore di profitto nei casi in cui il TNMM sia utilizzato in sostituzione del metodo del *cost plus*.

Il *return on assets*¹³⁶ è il rapporto tra il profitto netto e gli assets utilizzati. Esso serve a comprendere quanto una società sia profittevole in rapporto agli investimenti effettuati. Come indicatore di profittabilità, è preferibile per confrontare i profitti conseguiti da società impegnate in attività produttive ad alta intensità di *assets* e deve, in linea generale, essere utilizzato come indicatore di profitto nei casi in cui il TNMM sia utilizzato in sostituzione del metodo del *cost plus*.

Come visto in relazione all'applicazione dei metodi tradizionali basati sulla transazione, i metodi basati sul confronto interno sono solitamente preferibili a quelli basati sul confronto esterno. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, le transazioni interne con operatori terzi presentano differenze strutturali nei confronti di quelle infra-gruppo tali per cui l'applicazione dei metodi tradizionali può essere integralmente compromessa. Da questo punto di vista, molte delle differenze funzionali fra le transazioni possono essere tollerate applicando il TNMM interno.

La principale differenza che si registra nella pratica fra transazioni interne con imprese indipendenti e transazioni infra-gruppo si ha relativamente all'utilizzo delle unità di business che si occupano di marketing e vendite. In particolare, è evidente che un'impresa associata utilizzi tutti gli addetti al settore marketing e vendite (commissionari, rappresentanti, agenti, personale interno, consulenti) nelle transazioni con operatori terzi, mentre queste persone non hanno motivo di essere utilizzate nelle vendite ad imprese associate.

¹³⁶ Nella pratica, oltre al *return on assets* si può utilizzare anche considerare il *return on capital employed* (profitto netto diviso assets medi meno passività correnti).

Conseguentemente, è ovvio pensare che un'impresa si attenda un margine d'utile lordo più alto nelle transazioni con operatori terzi in considerazione dei maggiori costi operativi. Allo stesso modo, però, è naturale pensare che un'impresa si aspetti margini d'utile netto simili (intesi come margini d'utile lordo meno spese operative in percentuale al fatturato) in tutte le transazioni che decide di intraprendere. Non avrebbe senso, infatti, nel lungo periodo, operare in due linee di business la cui profittabilità differisca sensibilmente. In questa ottica, il TNMM interno può servire come metodo residuale tutte le volte in cui ci siano transazioni interne comparabili con operatori indipendenti. L'obiettivo dell'applicazione del metodo sarà costruire i prezzi delle transazioni infra-gruppo in modo tale che esse generino profitti/margini netti di fatto simili a quelli conseguiti dall'impresa nelle transazioni con operatori terzi.

S'ipotizzi il caso di una società manifatturiera che, in alcuni mercati, venda prodotti di marca ad imprese distributrici collegate mentre, in altri mercati, venda i medesimi prodotti a distributori indipendenti. Seguendo la gerarchia proposta dalle Linee Guida OCSE e dalla Circolare del 1980, il primo metodo da vagliare sarebbe il confronto interno. S'ipotizzi tuttavia, che le differenze nei mercati di sbocco siano tali da non permettere una comparazione nei prezzi. Seguendo le logiche esposte sinora, il secondo metodo da prendere in considerazione sarebbe il metodo del prezzo di rivendita interno. In questo caso, il metodo potrebbe presentare difficoltà applicative legate alle diverse funzioni svolte nelle transazioni (utilizzo degli uffici di marketing e vendite) ed al diverso profilo di rischio che le due transazioni possono presentare. Si pensi, in questo senso, ai rischi di credito e d'invenduto che sarebbero certamente più marcati nelle transazioni con i terzi che in quelle infra-gruppo. A questo punto, i metodi che resterebbero ai contribuenti ed alle autorità fiscali sono il metodo del prezzo di rivendita esterno o il TNMM interno o esterno. In questi casi, stando alla gerarchia dei metodi prevista dalle Linee Guida OCSE e dalla Circolare del 1980, si dovrebbe privilegiare l'applicazione del metodo del prezzo di rivendita esterno. Tuttavia, viene spontaneo notare come l'applicazione del TNMM potrebbe portare a risultati altrettanto attendibili nel caso in cui fosse possibile ricostruire nel dettaglio i conti economici relativi sia alle transazioni con gli operatori terzi, sia alle transazioni

con i distributori collegati. In questa prospettiva, va precisato che detta attività è solitamente alquanto complessa, comportando in alcuni casi allocazioni basate su criteri prettamente soggettivi, ed in altri casi quantificazioni dei rischi che per loro nature sono estremamente complesse ed aleatorie.

Nel caso in specie, s'ipotizzi, tuttavia, che il costo degli uffici vendite sia ogni anno intorno al 10% del fatturato. In conformità a questi dati, il TNMM andrebbe applicato come segue:

Tabella 14

	Transazione con distributori terzi	Transazione con distributori collegati
Prezzo di vendita	90,0	80,4
Costo del venduto	50,0	50,0
Profitto lordo	40,0	30,4
Mark up sul costo del venduto	80%	61%
Spese operative	25,0	25,0
<i>Uffici di marketing e vendite</i>	9,0	0
Profitto netto	6,0	5,4
Mark up sul totale dei costi	7,1%	7,1%

S'ipotizzi poi, che a seguito di un'analisi economica, le passività medie associate ai rischi di credito e d'invenduto siano quantificabili nel 5% del fatturato annuo. Allora si dovrebbe fare il seguente aggiustamento: $80,4 - (80,4 * 5\%) = 76,38$. Settantasei e trentotto (76,38) dovrebbe essere il prezzo di trasferimento applicando il TNMM interno.

a) **Applicazione del TNMM e relativi profili di rischio**

Si è già detto che il TNMM è un metodo molto simile al *cost plus* ed al prezzo di rivendita e che ciò in cui differisce da questi ultimi è l'indicatore di profitto da utilizzarsi per il confronto. In sostanza, il TNMM può essere utilizzato al posto del metodo del *cost plus* o del prezzo di rivendita quando non sia possibile reperire una transazione sufficientemente comparabile per applicare uno di questi metodi, oppure quando i dati finanziari disponibili non consentano l'utilizzo di un metodo tradizionale. Di conseguenza, il TNMM può, secondo i casi, assumere la forma di un *cost plus* modificato o di un prezzo di rivendita modificato.

In un'ottica di assegnazione dei profili di rischio, l'applicazione del TNMM comporta un'ulteriore riduzione dei rischi imprenditoriali in capo all'impresa scelta per la comparazione ed una contestuale crescita di questi rischi in capo alla società *principal* della transazione. Quest'effetto è dovuto al fatto che, applicando il TNMM, il margine operativo della società scelta per la comparazione (la società che si assume i minori rischi imprenditoriali) rimane fisso a prescindere dall'andamento del mercato.

Riprendendo l'esempio proposto in merito all'applicazione del *cost plus* e del prezzo di rivendita, l'utilizzo di un TNMM ¹³⁷ nelle forme di un *cost plus* modificato porterebbe ai seguenti risultati:

¹³⁷ Si ipotizzi, per l'esempio in questione, che a seguito di un'appropriata analisi economica, la società manifatturiera debba conseguire un 5% di mark up sul totale dei costi.

Tabella 15

	Cost Plus	TNMM	Cost Plus	TNMM	Cost Plus	TNMM	Cost Plus	TNMM	Cost Plus	TNMM	
	Fase 0	Fase 0	Fase 1	Fase 1	Fase 2	Fase 2	Fase 3	Fase 3	Fase 4	Fase 4	
Transazione in verifica											
Società Distributrice	Vendita	5000	5000	5000	5000	4250	4250	3825	3825	6050	6050
	Costo del venduto (Transfer Pricing)	3125	3150	3500	3465	2975	3024	2975	3024	3850	3759
	Profilo lordo	1875	1850	1500	1535	1275	1226	850	801	2200	2291
	Margine d'utile lordo	37,5%	37,0%	30,0%	30,7%	30,0%	28,8%	22,2%	20,9%	36,4%	37,9%
	Spese operative	1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000
	Profitto operativo (Ebit)	875	850	500	535	275	226	-150	-199	1200	1291
	Margine Operativo	17,5%	17,0%	10,0%	10,7%	6,5%	5,3%	-3,9%	-5,2%	19,8%	21,3%
	Società Manifatturiera	Vendita	3125	3150	3500	3465	2975	3024	2975	3024	3850
Costo del venduto		2500	2500	2800	2800	2380	2380	2380	2380	3080	3080
Profilo lordo		625	650	700	665	595	644	595	644	770	679
Mark up sul costo del venduto		25%	500	25%	500	25%	500	25%	500	25%	500
Spese operative		500	150	500	165	500	144	500	144	500	179
Profitto operativo (Ebit)		125	5%	200	5%	95	5%	95	5%	270	5%
Margine Operativo		4,0%	4,8%	5,7%	4,8%	3,2%	4,8%	3,2%	4,8%	7,0%	4,8%

Come si evince dalla tabella riportata, l'applicazione del TNMM comporta un'ulteriore riduzione dei profili di rischio in capo alla società scelta per la comparazione. In questa prospettiva, l'applicazione del TNMM in forma del metodo del prezzo di rivendita modificato avrebbe l'effetto di ridurre ulteriormente i profili di rischio dell'impresa associata acquirente accrescendo la volubilità dei profitti conseguiti dalla società *principal* della transazione.

b) Aspetti positivi e negativi per l'applicazione del TNMM

L'aspetto maggiormente positivo del TNMM è rappresentato dall'indicatore di profittabilità usato per il confronto. Il profitto/margine netto, infatti, è molto meno

sensibile del prezzo a differenze nelle caratteristiche dei prodotti. In aggiunta, può tollerare, più del margine d'utile lordo, potenziali differenze nelle funzioni perché dette differenze si riflettono spesso in differenze relative alla composizione delle spese operative.¹³⁸

Un altro aspetto positivo del TNMM riguarda la relativa facilità applicativa dovuta all'assoluta reperibilità dei dati relativi al profitto/margine netto delle imprese. In sostanza, benché sia un metodo tendenzialmente meno preciso di quelli tradizionali, il TNMM è quasi sempre applicabile e difficilmente conduce a risultati completamente inesatti o inattendibili.

Il maggior aspetto negativo relativo all'applicazione del TNMM sta nel fatto che il profitto/margine netto è un indicatore di profittabilità soggetto ad alcune variabili che nulla hanno a che vedere con il prezzo dei prodotti¹³⁹. Per esempio, applicando il TNMM, i prezzi delle transazioni infra-gruppo finiscono per essere influenzati dall'efficienza che le società del gruppo hanno nel contenere le spese operative. Addirittura, maggiori sono i costi operativi della società scelta per la comparazione, più vantaggioso sarà per essa il prezzo dei prodotti. In questa prospettiva, l'applicazione del TNMM da parte delle autorità fiscali, potrebbe anche comportare che un'impresa che svolga la propria attività in modo meno efficiente dei suoi concorrenti sia costretta a pagare delle tasse per profitti che, nella realtà, non avrebbe mai conseguito.¹⁴⁰

Un ulteriore aspetto negativo del TNMM è che la sua applicazione richiede che la transazione infra-gruppo sia sempre profittevole per la società scelta per la comparazione. In realtà, questo non succede sempre nelle transazioni fra terze parti, in quanto una società può essere costretta dall'andamento del mercato o dal verificarsi

¹³⁸ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 3.27, Traduzione Italiana a cura del Ministero delle Finanze.

¹³⁹ In merito alle debolezze del metodo è interessante la *survey* fatta dal BNA Tax Management Inc. fra consulenti fiscali Indiani Cfr. *Indian Authorities complain of TNMM use, issue first pricing adjustments*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 13, n. 2, 2004.

¹⁴⁰ Cfr. Prof. Hubert Hamackers, *The Comparable Profits Method and the Arm's length Principle* International Transfer Pricing Journal, IBFD, Maggio/Giugno 2003.

di determinate circostanze ad operare in perdita per determinati periodi. Applicando il TNMM, l'andamento negativo del mercato o il verificarsi di determinate circostanze negative per il business finiscono per impattare eccessivamente sull'impresa *principal* della transazione costringendola a perdite superiori a quelle conseguite da operatori indipendenti in transazioni comparabili.

c) Approccio OCSE ed approccio Statunitense relativamente alle metodologie basate sull'utile netto della transazione

A differenza del Rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento del 1979 che sostanzialmente negava la reale affidabilità dei *profit based methods*, le Linee Guida OCSE del 1995 hanno cercato di trovare una posizione il più possibile comune con le *Treasury Regulations* affrontando le varie problematiche in materia in modo più sistematico rispetto al passato. In questa ottica, l'OCSE, pur continuando a sostenere l'utilizzabilità dei *profit based methods* solo in casi eccezionali o solo al fine di corroborare i risultati ottenuti tramite l'uso dei metodi tradizionali, ha limitato l'applicabilità di questi ultimi a due modalità specifiche e tassative: il *Profit Split Method* ed un nuovo metodo chiamato *Transactional Net Margin Method* ("TNMM"). Quest'ultimo, come visto nel capitolo precedente, si applica comparando il profitto/margine netto conseguito da un'impresa associata in una transazione in verifica con il profitto/margine netto conseguito da operatori indipendenti in transazioni comparabili.

Nella definizione generale, il TNMM non sembra differire di molto dal cosiddetto *Comparable Profit Method* ("CPM") così come elaborato dalle citate *Treasury Regulations*. Tuttavia, dal punto di vista funzionale applicativo, esistono numerosi elementi di diversità che potrebbero creare problemi ai contribuenti allorché il TNMM (oppure il CPM) sia prescelto come metodo per determinare i prezzi di trasferimento in transazioni fra imprese Statunitensi ed imprese operanti in Paesi che

seguono le Linee Guida OCSE. In questa prospettiva, è certamente opportuno essere a conoscenza delle reali differenze applicative/funzionali fra i due metodi al fine di considerarle e valutarle durante l'applicazione degli stessi.

Secondo diversi autori,¹⁴¹ la sostanziale differenza fra il TNMM ed il CPM sta nell'oggetto della comparazione. Da una parte, infatti, il TNMM utilizza per la comparazione il profitto/margine netto conseguito da un'impresa in una transazione (oppure in un insieme di transazioni analoghe), dall'altra, il CPM utilizza per la comparazione il profitto/margine netto conseguito da un'impresa per tutte le attività effettuate.¹⁴² Questa distinzione nasce sostanzialmente dal maggior risalto dato dalle Linee Guida OCSE all'elemento "transazionale" del metodo. Tuttavia, basta analizzare nel dettaglio le *Treasury Regulations* per comprendere come anche il CPM si fondi su criteri di comparazione addirittura più stringenti di quelli richiesti nel TNMM e l'oggetto della comparazione siano semplicemente le transazioni comparabili a livello aggregato per l'intero periodo d'imposta.¹⁴³

Se la filosofia alla base dei due metodi è sostanzialmente la medesima, la prassi funzionale/applicativa varia in maniera considerevole. Le macro differenze possono essere sintetizzate in questi termini:

- L'indicatore di profitto utilizzato ai fini della comparazione nel TNMM è il profitto operativo rapportato di volta in volta alle vendite, al totale dei costi o agli *assets*. Nel CPM, gli indicatori di profitto sono gli stessi con l'aggiunta del cosiddetto Berry Ratio (inteso come il rapporto fra profitto lordo e spese operative).¹⁴⁴

¹⁴¹ Cfr. Hubert Hamaekers, *The Comparable Profits Method and the Arm's length Principle*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Maggio/Giugno 2003.

¹⁴² In realtà, questa ipotetica differenza aveva convinto il *Committee of Fiscal Affairs* dell'OCSE a cambiare nome al CPM ed a recepirlo col nome di TNMM.

¹⁴³ Cfr. Hubert Hamaekers *Transactional Net Margin Method, Comparable Profits Method and the Arm's Length Principle*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Settembre/Ottobre 2003.

¹⁴⁴ Quest'ultimo è un indicatore utilissimo per la comparazione che però non è menzionato dalle Linee Guida OCSE: Nella sezione apposita dell'analisi economico/finanziaria verranno esplicitate le varie utilità e modalità applicative.

- Nel TNMM, le Linee Guida OCSE spiegano chiaramente che la comparazione interna è da preferirsi a quell'esterna. Le *Treasury Regulations* non fanno alcuna distinzione in materia.
- Nei casi d'applicazione del metodo tramite comparazione esterna, succede con frequenza che siano individuate diverse transazioni comparabili. Conseguentemente, il contribuente e le autorità fiscali possano trovarsi ad avere a disposizione più di un risultato. In questo caso, le Linee Guida OCSE spiegano che ogni risultato sia da considerarsi valido per la comparazione, mentre le *Treasury Regulations* stabiliscono che la comparazione debba aversi con riguardo all'*inter-quartile range*¹⁴⁵ dei risultati ed eventuali aggiustamenti possano essere effettuati con riferimento alla mediana di questo *range*.¹⁴⁶

2. Metodo di ripartizione degli utili (Profit Split)

“Nel caso di transazioni strettamente collegate, è possibile che esse non possano essere valutate separatamente. In circostanze analoghe, le imprese indipendenti potrebbero decidere di costituire una sorta di società di persone e concordare su una forma di ripartizione degli utili. Allo stesso modo, il metodo di ripartizione degli utili tenta di eliminare gli effetti sugli utili derivanti dalle condizioni speciali convenute o imposte in una transazione controllata, determinando la ripartizione degli utili che le imprese indipendenti avrebbero previsto di realizzare, se fossero state coinvolte in quella o in quelle transazioni”.¹⁴⁷

¹⁴⁵ La definizione di “*inter-quartile range*” e mediana è data nella sezione apposita del capitolo sull'analisi economico/finanziaria.

¹⁴⁶ Cfr Doloris Wright e Caterina Nelson, *Transactional net margin method*, Transfer Pricing Handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

¹⁴⁷ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 3.5, Traduzione Italiana a cura del Ministero delle Finanze.

Il metodo del *Profit Split* si utilizza ripartendo il profitto derivante da una transazione in verifica come lo avrebbero ripartito imprese indipendenti impegnate in una transazione comparabile. L'indicatore di profittabilità da utilizzarsi per la ripartizione deve essere il margine operativo (margine d'utile lordo meno spese operative) anche se, in alcuni casi, può essere necessario utilizzare il margine d'utile lordo.¹⁴⁸ Il *profit split* fa parte dei metodi basati sul profitto ed anch'esso ha un'applicazione residuale limitata a tre ipotesi principali:

1. Il *profit split* può essere applicato allorché le transazioni siano più d'una, strettamente collegate e così complesse per cui non sia possibile individuare sul libero mercato nessuna forma di transazione o insieme di transazioni nemmeno parzialmente comparabile.
2. Il *profit split* può essere applicato anche quando le funzioni, i rischi e gli *assets* impiegati nella transazione in verifica siano equamente divisi fra le parti e, pertanto, non sia possibile individuare un cosiddetto *principal* della transazione.
3. Il *profit split* può essere applicato allorché entrambe le parti impegnate nella transazione detengano beni immateriali di produzione o commerciali particolarmente rilevanti al punto che sia difficile individuare sul libero mercato società comparabili¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Questo quando le transazioni siano così integrate che sia possibile capire chi sostenga determinate spese operative, ma non sia possibile capire a quale transazione si riferiscano.

¹⁴⁹ In questo senso confronta Horst, Thomas, Frisch, Clowery & Finan, *Profit Split Methods*, Tax Analysts, Tax Notes Today, 19 Giugno 1993: "The 1993 proposed profit split regulations unduly restrict the use of profit split methods to cases where both parties own valuable, nonroutine intangibles. There are many other cases where the transfer pricing methods described in the 1993 temporary regulations will not produce a reliable result and where a profit split method would avoid disparate outcomes by which one party derives above-normal profits while the other derives below-normal profits or incurs a loss. Use of a profit split method in such cases is consistent with the arm's length standard both in the abstract and as that standard is applied by other countries with whom the United States has income tax treaties. Accordingly, we recommend that cases involving high-profit intangibles should employ either the comparable profits method or the residual profit split method, depending on whether one or both parties own such intangibles."

Stando alle Linee Guida OCSE, il metodo del *profit split* può essere applicato secondo due diverse modalità: il “*contribution profit split*” o il “*residual profit split*”.

a) **Il *Contribution Profit Split***

Il *contribution profit split* si applica ripartendo fra le imprese associate parte della transazione tutto l'utile netto derivante dalla transazione stessa. Detta ripartizione avviene sulla base, per quanto possibile, di dati esterni relativi al mercato indicanti come le imprese indipendenti avrebbero ripartito gli utili in simili circostanze¹⁵⁰.

A tal fine, è necessario effettuare, in prima istanza, un'analisi del contributo fornito da ciascun'impresa in termini di funzioni svolte, rischi sostenuti ed *assets* impiegati. Una volta attribuito un peso ad ognuno di questi elementi, si deve verificare quale sia il contributo totale che ciascuna parte ha fornito alle transazioni e, in conformità a tali indicazioni, si determinano i prezzi delle transazioni in modo da garantire ad ogni parte una quota del profitto integrato coerente con il relativo contributo fornito.

Nella sostanza, l'applicazione di questo metodo è estremamente complessa vista l'oggettiva difficoltà che s'incontra nel reperire dati esterni che possano supportare un tipo di ripartizione piuttosto che un altro. Le stesse Linee Guida OCSE si limitano a parlare di “dati esterni relativi al mercato” senza fornire ulteriori ragguagli in merito al tipo d'informazioni necessarie.

Ciò che nella pratica si verifica spesso, è che l'applicazione di questo metodo, peraltro molto limitata, porti alla determinazione di prezzi di trasferimento sulla base di valutazione soggettive ed aleatorie e non in conformità a confronti con transazioni simili avvenute sul libero mercato. E' per questo motivo, che il metodo andrebbe

¹⁵⁰ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 3.16, Traduzione Italiana a cura del Ministero delle Finanze.

utilizzato solo nei casi in cui sia possibile effettuare un confronto sul libero mercato su ciascuno dei contributi forniti dalle imprese parte delle transazioni in verifica.¹⁵¹

b) Il *Residual Profit Split*

Il *residual profit split* si applica ripartendo l'utile netto derivante dalle transazioni in verifica sulla base di due processi distinti:

1. La prima allocazione deve avvenire in modo da garantire ad ogni impresa parte delle transazioni in verifica un profitto equo per le attività primarie svolte. In sostanza, è necessario applicare il TNMM su entrambe le imprese parti delle transazioni come se nessuna delle due fosse il reale imprenditore delle transazioni.
2. In seconda istanza, il profitto/perdita residuale deve essere ripartito sulla base di un'analisi delle contribuzioni di ciascuna delle imprese. In particolare, in questa fase, andranno considerate le funzioni non di routine, eventuali rischi imprenditoriali, e, soprattutto, l'uso di *assets* rilevanti.¹⁵²

Siffatta applicazione del metodo del *profit split* è certamente più attendibile di quella precedente poiché l'analisi dei contributi (che è evidentemente la parte più legata a

¹⁵¹ Cfr. Robert Feinschreiber and Richard M. Hammer, *Profit Split methodologies*, Transfer Pricing Handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

¹⁵² In tale prospettiva, le Linee Guida OCSE forniscono vari suggerimenti in merito a come impostare l'analisi dei contributi (confronto sull'attualizzazione dei cash flows per i periodi interessati, confronto sulle condizioni contrattuali convenute fra operatori indipendenti in circostanze simili, confronto del ritorno sul capitale investito). Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 3.21-3.24, Traduzione Italiana a cura del Ministero delle Finanze.

valutazione soggettive ed aleatorie) ha un minore impatto in quanto limitata all'attribuzione del profitto/perdita residuale.

Secondo la Circolare del 1980, "L'adozione di tale metodo non e' consigliabile, sia per l'elevato grado di relatività ed arbitrarietà che ne può conseguire, sia in quanto non tiene conto delle condizioni del mercato e della situazione economica dell'impresa, sia, ancora, perché implicherebbe l'abbandono del principio, recepito anche nel diritto interno, dell'autonomia giuridico/fiscale delle singole imprese per aderire, invece, al principio della "unità fiscale" secondo cui, ai fini della determinazione del reddito, dovrebbe prendersi in considerazione l'entità economica globalmente considerata delle imprese collegate. Potrebbe farsi ricorso a tale metodo solo qualora, in forza di convenzioni internazionali, un puntuale coordinamento con l'Amministrazione fiscale dello Stato estero interessato consentisse un'equa ripartizione dei profitti globali tra le due entità le cui transazioni sono oggetto di verifica".¹⁵³ La Circolare si riferisce ad una versione del *profit split* non ancora aggiornata e perfezionata¹⁵⁴. In tal senso, le critiche mosse sembrano avere come oggetto più gli "apportionment methods"¹⁵⁵ che il metodo del *profit split* così come dipinto nelle Linee Guida OCSE del 1995.

Nella realtà, vari sono gli aspetti positivi che possono derivare dall'applicazione del metodo. Il *profit split*, infatti, è il metodo "filosoficamente" più adatto per determinare i prezzi in transazioni nelle quali non ci sia una netta preminenza di un'impresa associata sull'altra, quanto a funzioni svolte, rischi sostenuti ed *assets* impiegati. Con l'applicazione del *profit split*, infatti, l'andamento del mercato e delle altre circostanze economiche rilevanti impattano sul conto economico di ogni impresa in percentuale all'apporto che l'impresa stessa fornisce nella transazione. Conseguentemente, l'applicazione del metodo evita, di fatto, il verificarsi di situazioni tipiche del TNMM, del *cost plus* e del prezzo di rivendita in cui una società riceve un profitto stabile o fisso derivante dalla transazione, mentre l'altra riceve tutto

¹⁵³ Cfr Circolare n. 32/9/2267 del 1980, Paragrafo 4 A.

¹⁵⁴ In effetti, la definizione attuale del *profit split* è ritrovabile, per la prima volta, nelle "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises" Discussion Draft of Part I, OECD, del 1994.

¹⁵⁵ Metodi basati sulla ripartizione dell'utile fra le imprese associate in base a parametri e criteri prestabiliti.

il profitto/perdita residuale in corrispondenza dell'andamento del business e del mercato. Questo effetto è dovuto al fatto che il *profit split* è l'unico metodo che valuta, nello stesso tempo, il ruolo di tutte le parti attive nella transazione.

Un secondo aspetto positivo del metodo è che esso può essere utilizzato per determinare i prezzi in alcune transazioni quando è impossibile l'applicazione di ogni altro metodo. Questi casi capitano molto raramente con riferimento alle transazioni di beni materiali, ma sono, invece, estremamente frequenti nelle transazioni di beni immateriali e di servizi finanziari.

Oltre a questi aspetti positivi, vi sono ovviamente anche controindicazioni all'applicazione del metodo. In prima istanza, è necessario ricordare che il *profit split*, soprattutto nella versione *contribution*, comporta, ai fini della sua applicazione, diverse valutazioni soggettive ed aleatorie che si possono prestare, a seconda dei casi, alle esigenze di accertamento delle autorità fiscali o di elusione dei contribuenti. In questo senso, è evidente che attribuire un peso specifico ad ogni funzione, rischio o *asset*, oltre ad essere un lavoro certamente complesso e laborioso, richiede valutazioni soggettive dell'analista che possono essere condivise o meno, ma che sono, per natura, difficili da contestare soprattutto allorché provengano dal management delle imprese associate.

Un ulteriore aspetto negativo del metodo, comune al TNMM, concerne l'indicatore di profittabilità. Qualora, infatti, due imprese si mettano d'accordo per ripartire il margine operativo derivante da una transazione, è evidente che eventuali inefficienze nel contenere le spese operative da parte di un'impresa siano riversate, almeno per metà, sull'altra impresa parte della transazione. Infine, un'altra debolezza del metodo è legata alle potenziali difficoltà implementative. Nella quasi totalità dei casi, infatti, il prezzo di trasferimento va determinato prima di sapere quale sia l'utile della transazione in corso. In questi casi, sapere quale sia la percentuale di ripartizione può non aiutare il contribuente in quanto il dato mancante è il *quantum* da ripartire. In questa ottica, le Linee Guida OCSE spiegano che "le condizioni stabilite dovrebbero basarsi sugli utili previsti piuttosto che sugli utili effettivi, poiché non è possibile che

i contribuenti conoscano quali siano gli utili che potrebbero derivare da un'attività commerciale, nel momento in cui ne stabiliscono le condizioni".¹⁵⁶

In realtà queste considerazioni appaiono parzialmente condivisibili e necessitano certamente di una discussione molto più approfondita. Da un lato, infatti la mancata riconciliazione fra profitto previsto e profitto effettivamente conseguito potrebbe comportare la determinazione di un prezzo di trasferimento indipendente da eventuali circostanze economiche subentrate (in questa prospettiva, potrebbe capitare che a seguito dell'aumento di determinati costi, una società sia costretta ad operare in perdita e l'altra ottenga la stessa percentuale di utile prevista). In aggiunta, potrebbe esserci il caso che le previsioni siano errate e che determinate attività comportino, effettivamente, maggiori costi di quelli previsti. Dall'altro lato, è anche vero che il criterio ispiratore di questo metodo consiste nell'avere due vere imprese imprenditrici. Pertanto, qualora le posizioni di una delle due si dovessero aggravare in conseguenza di evoluzioni delle circostanze economiche, potrebbe anche essere legittimo pensare che sia la stessa a doverne subire tutte le conseguenze.

¹⁵⁶ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 3.11, Traduzione Italiana a cura del Ministero delle Finanze.

F. GLI APPROCCI NON AT ARM'S LENGTH

1. La predeterminazione di margini non variabili

La normativa brasiliana in materia di prezzi di trasferimento varia sensibilmente sia da quella Statunitense, esplicitata nelle citate *Treasury Regulations*, sia da quella dei Paesi che hanno aderito alle Linee Guida OCSE. In particolare, le “*Transfer Pricing Regulations*”, in vigore in Brasile dal primo Gennaio del 1997, non seguono i citati principi internazionali dell’*arm's length*, ma si limitano a stabilire dei prezzi massimi per le importazioni e dei prezzi minimi per le esportazioni (cosiddetti “*safe harbors*”) da determinarsi utilizzando solo alcuni dei metodi finora discussi.

Per quanto concerne le importazioni, la deducibilità dei costi relativi ad acquisti di beni o servizi da imprese associate o da imprese residenti in “*low-tax jurisdictions*” è limitata al prezzo determinato applicando un metodo a scelta fra il CUP¹⁵⁷, il metodo del prezzo di rivendita ed il metodo del costo maggiorato. In sostanza, il contribuente, ai fini della selezione del metodo, non deve seguire la citata gerarchia prevista dalle Linee Guida OCSE, né tanto meno la cosiddetta “*best method rule*” descritta nelle “*Treasury Regulations*”, ma ha facoltà di scegliere il metodo di volta in volta più vantaggioso.

I metodi sono analoghi a quelli previsti dalle Linee Guida OCSE e dalle “*Treasury Regulations*”, con la sola differenza che le marginalità da lasciare alle imprese Brasiliane sono predeterminate (*safe harbors*) e non vanno definite tramite confronto con transazioni comparabili. In particolare, il contribuente Brasiliano ha facoltà di scegliere fra i risultati derivanti dall’applicazione di uno di questi:

¹⁵⁷ CUP detto CIP (Comparable Independent Price) nella normativa Brasiliana.

CUP (“CIP”): Applicando il CUP, il prezzo di trasferimento viene determinato con riferimento al prezzo medio ponderato di beni, servizi o interessi che sono identici o simili a quelli commercializzati in Brasile o in altri Paesi alle medesime condizioni contrattuali. A tal fine, possono essere prese in considerazione solo vendite fra imprese fra loro indipendenti.

Prezzo di Rivendita: Il metodo permette di calcolare il prezzo di trasferimento sottraendo al prezzo medio ponderato a cui i beni o servizi importati sono rivenduti sul mercato locale gli sconti, le imposte indirette, eventuali commissioni e un margine di profitto lordo fisso del 20%. Alternativamente, sottraendo al prezzo medio ponderato a cui i beni o servizi importati sono rivenduti sul mercato locale un margine di profitto lordo fisso del 60%. Anche in questo caso, il contribuente ha facoltà di scegliere l'opzione a lui più vantaggiosa.

Tabella 16

Importazioni in Brasile Metodo del Prezzo di Rivendita	Ipotesi 1	Ipotesi 2
Prezzo medio di rivendita in Brasile	100	100
(Sconti - 10%)	10	
(Imposte indirette - 20%)	20	
(Commissioni 5%)	5	
(Margine di profitto lordo)	20	60
TRANSFER PRICE	45	40

Costo Maggiorato: Il metodo permette di calcolare il prezzo di trasferimento aggiungendo al costo medio ponderato di produzione dei beni o servizi (costo del venduto) sostenuto nel Paese esportatore (imposte indirette incluse) un margine di profitto lordo (inteso come *mark up* sui costi) del 20%.

Per le esportazioni, i prezzi di trasferimento devono essere determinati con riferimento ad uno a scelta di questi quattro metodi:

CUP (“CIP”): Applicando il CUP, il prezzo di trasferimento viene determinato con riferimento al prezzo medio ponderato all’esportazione di beni, servizi o interessi che sono identici o simili a quelli esportati alle medesime condizioni contrattuali dalla stessa impresa associata (CUP interno), oppure da altre imprese residenti in Brasile. A tal fine, possono essere prese in considerazione solo vendite fra imprese fra loro indipendenti.

Prezzo di Rivendita all’ingrosso: Il metodo permette di calcolare il prezzo di trasferimento sottraendo al prezzo medio ponderato a cui i beni o servizi importati sono rivenduti sul mercato dell’importatore (nelle vendite a dettaglianti) le imposte indirette versate nel Paese importatore ed un margine di profitto lordo fisso del 15%.

Prezzo di Rivendita al dettaglio: Il metodo permette di calcolare il prezzo di trasferimento sottraendo al prezzo medio ponderato a cui i beni o servizi importati sono rivenduti sul mercato dell’importatore (nelle vendite a consumatori finali) le imposte indirette versate nel Paese importatore ed un margine di profitto lordo fisso del 30%.

Costo Maggiorato: Il metodo permette di calcolare il prezzo di trasferimento aggiungendo al costo medio ponderato di produzione dei beni o servizi (costo del venduto) sostenuti in Brasile (imposte indirette incluse) un margine di profitto lordo (inteso come *mark up* sui costi) del 15%¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Tutte le transazioni concernenti esportazioni non sono soggette alle metodologie di transfer pricing ogni volta che il prezzo medio all’esportazione dei beni o dei servizi sia superiore al 90% del prezzo medio praticato per gli stessi beni o servizi nel mercato locale (90% safe harbor rule). In tal senso, cfr. by Joseph Marc Wolf and Alexandre Almeida., *Brazil: Transfer Pricing Policy Moving in Line with*

Ciò che emerge chiaramente analizzando questi metodi è che la determinazione dei prezzi di trasferimento e dei margini prescinde completamente dal settore di mercato di riferimento, dalle effettive funzioni svolte e dai rischi sostenuti dalle imprese associate impegnate nella transazione. Questo approccio, in totale antitesi con il principio dell'*arm's length*, è comunque un vantaggio per i contribuenti e per le autorità fiscali per quanto concerne la certezza del diritto sia in sede di determinazione dei prezzi, che in sede di contestazione da parte delle autorità fiscali stesse.

Dal punto di vista operativo, le metodologie analizzate vanno applicate solo a consuntivo, vale a dire nel momento in cui l'impresa associata residente sia in possesso dei dati relativi ai prezzi medi ponderati di tutto l'anno fiscale, agli sconti effettivi ed alle commissioni effettivamente pagate. In questi casi, l'impresa dovrà effettuare degli aggiustamenti di fine anno che avranno impatto sul reddito tassabile.

Infine, è necessario aggiungere che è attualmente in discussione presso il Parlamento Brasiliano un progetto di legge relativo ai prezzi di trasferimento che comporterebbe cambiamenti significativi in materia. Qualora fosse approvata, la nuova normativa sarebbe pienamente in linea con le Linee Guida OCSE e garantirebbe maggiore flessibilità alle imprese Multinazionali aventi società residenti in Brasile. In questa prospettiva, oltre ad eliminare le percentuali di profitto fisse previste dall'attuale normativa, la normativa introdurrebbe anche in Brasile la possibilità di avvalersi dei cosiddetti *profit based methods*.

2. Il "Formulary Apportionment"

the OECD; Current Transfer Pricing Issues, International Transfer Pricing Journal, IBFD, January/February 2002.

Come visto già nel corso dell'introduzione, gli attuali sistemi di prezzi di trasferimento in vigore in quasi tutti i Paesi del mondo sono basati sull'applicazione combinata del *Separate Entity Approach*, secondo il quale ogni impresa che fa parte di un gruppo multinazionale è considerata come un'entità indipendente ed il reddito generato da essa è tassato nello Stato di residenza, e del cosiddetto principio dell'*arm's length*, in base al quale i prezzi di trasferimento determinati per transazioni fra imprese associate devono essere d'importo analogo a quelli stabiliti in transazioni comparabili fra imprese indipendenti. Le maggiori critiche a questo tipo d'approccio sono basate sul fatto che quest'ultimo non consideri l'interrelazione e l'integrazione che esiste fra le imprese parte di un medesimo gruppo ed i relativi vantaggi competitivi sui terzi che ne derivano e, in aggiunta, trasformi le problematiche di relative ai prezzi di trasferimento in procedure spesso difficili e costose da gestire e da amministrare¹⁵⁹.

Secondo il "*Formulary Apportionment approach*", l'utile tassabile complessivo realizzato da un gruppo multinazionale nell'esercizio delle proprie attività caratteristiche dovrebbe essere ripartito fra le imprese associate in conformità a parametri e formule prestabilite¹⁶⁰. Operando in questo modo, le imprese non sarebbero più trattate, da un punto di vista fiscale, alla stregua di società separate ed indipendenti, ma sarebbero da considerarsi come un tutt'uno con il gruppo e,

¹⁵⁹ Sul tema Cfr. Kerrie Sadiq, *Unitary taxation – the case for global formulary apportionment*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 55, n. 7, July 2001.

¹⁶⁰ Cfr. Horst, Thomas, Frisch, Clowery & Finan, *Profit Split Methods*, Tax Analysts, Tax Notes Today, 19 Giugno 1993. Come precisato chiaramente all'interno dell'articolo, il formulary apportionment non va confuso con il già esaminato metodo del profit split: "*As an initial matter, the profit split methods discussed need to be differentiated from the "formula apportionment" methods that often are applied by states in calculating taxable income for state income tax purposes. The key difference is that the profit split methods discussed below are methods for establishing transfer prices for specific transactions. The profits to be split are those that directly relate to the transactions whose transfer prices are at issue. Profit split methods are not intended to supplant transfer pricing methods based on actual prices charged in comparable transactions between unrelated parties, but rather to supplement those methods in cases where reliable evidence is unavailable, but transfer prices must nonetheless be determined*".

pertanto, non ci sarebbe alcuna necessità d'avere transazioni infra-gruppo d'alcun tipo¹⁶¹.

Nella pratica, sistemi fiscali basati sul "*formulary apportionment*" sono spesso in vigore negli Stati Federali per determinare la base imponibile delle imprese associate residenti in diverse regioni dello Stato stesso. In questa prospettiva, l'esperienza certamente più rilevante d'applicazione effettiva del "*formulary apportionment*" si ha negli Stati Uniti d'America relativamente alle imprese parti di gruppi operanti in più di uno Stato della Confederazione. Un altro caso d'applicazioni di sistemi fondati su questi presupposti si è avuto recentemente in alcune aree dell'Unione Europea per le piccole e medie imprese ("*Home State Taxation*").¹⁶²

In aggiunta, il *Formulary apportionment approach* è generalmente utilizzato negli Stati Uniti d'America per definire dove debba essere sottoposto a tassazione il reddito conseguito dalle imprese che operano in più Stati all'interno del Paese. Questo sistema è applicato suddividendo fra le varie giurisdizioni locali tutto il reddito derivante dallo svolgimento delle attività economiche caratteristiche dell'impresa. Questa suddivisione avviene applicando una formula prestabilita generalmente basata sull'esame di vari fattori relativi alle attività esercitate in ognuna delle giurisdizioni.

¹⁶¹ Secondo Charles E. McLure Jr *Replacing separate entity accounting and the arm's length principle with formulary apportionment*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 56, n. 12, December 2002, a parte i già menzionati vantaggi, il sistema del formulary apportionment avrebbe l'effetto di produrre risultati del tutto arbitrari. In aggiunta, a parere di chi scrive, l'attribuzione del reddito basata sull'allocazione di determinati parametri genererebbe nel tempo il profilarsi di significative e complesse strategie di tax planning volte a permettere di localizzare gli utili nei Paesi a fiscalità più privilegiata. Più smorzata appare invece la posizione di Reuven S. Avi—Yonah, *The rise and fall of arm's length: a study in the evolution of US international taxation*, Virginia Tax Review, Summer 1995 secondo cui "*Several objections are usually raised against any proposal for formulary apportionment. Some relate to the administrative burden formulary apportionment would impose on multinationals, which will have to compile worldwide income and sales data using United States GAAP and the United States dollar. These objections seem exaggerated. Presumably, multinationals today already have some idea of what their worldwide profit and loss accounts look like on a uniform basis. Their objections to producing such records for the Service are more likely to stem from a desire to avoid taxation than from bona fide concerns about costs. Furthermore, current laws already give the Service the means to require foreign multinationals to produce the necessary information.*"

¹⁶² Cfr. *EC reports strong support for pilot to test home state concept*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 12, 2004. Altri casi rilevanti di formulary apportionment approach si hanno nella Confederazione Svizzera ed in alcune province Canadesi.

Nella pratica, ogni Stato della Confederazione è libero di definire il reddito tassabile e le aliquote fiscali come preferisce. Tuttavia, ci sono due limitazioni di rango costituzionale che devono essere rispettate. La prima di queste prevede che ci debba essere un rapporto di connessione fra le attività esercitate dall'impresa, lo Stato dove viene effettuato il prelievo fiscale ed il reddito attribuito a detto Stato (*Unitary Business Principle*). La seconda prevede, invece, che la formula d'*apportionment* debba essere equa non discriminando in alcun modo il commercio fra Stati e non causando doppia tassazione se applicata in ogni Stato.

La base imponibile totale, determinata in conformità ai criteri sopra menzionati, può essere ripartita fra gli Stati sulla base di vari meccanismi. Il più usato di questi è la cosiddetta formula a tre fattori UDITPA¹⁶³ in conformità alla quale la porzione di reddito attribuibile ad ogni Stato è determinata considerando tre fattori: i possedimenti di beni, gli stipendi corrisposti ed, infine, le vendite effettuate. In alcuni Stati questa formula viene lievemente variata attribuendo ad uno dei tre fattori un peso maggiore¹⁶⁴

Per fare un esempio, s'ipotizzi che un'impresa operi in due Stati della Federazione Americana ed abbia i citati tre fattori così suddivisi:

- Possedimenti di beni : 50% nello Stato 1 e 50% nello Stato 2.
- Stipendi: 40% nello Stato 1 e 60% nello Stato 2.
- Vendite: 35% nello Stato 1 e 65% nello Stato 2.

In questo caso, il reddito tassabile andrebbe allocato come segue:

- Stato 1 $(50+40+35)/3$: 41,6%
- Stato 2 $(50+60+65)/3$: 58,3%

¹⁶³ Elaborata dalla National Conference of Commissioners of Delegates on Uniform State Laws ed approvata nell'ambito del Uniform Division of Income for Tax Purposes Act (UDITPA) dall'American Bar Association nel 1957.

¹⁶⁴ Solitamente il fattore relativo alle vendite effettuate.

Nel caso, invece, in cui al fattore vendite sia attribuito un peso maggiore (si ipotizzi il doppio), il reddito sarebbe così suddiviso:

- Stato 1 $(50+40+35+35)/4$: 40%
- Stato 2 $(50+60+65+65)/4$: 60%.

IV. Individuazione del metodo più idoneo nelle transazioni di beni immateriali

A. ASPETTI INTRODUTTIVI

Nel capitolo precedente si sono analizzati i metodi utilizzabili nelle transazioni aventi ad oggetto beni materiali. Si è visto che l'applicazione di ognuna delle metodologie comporta un'analisi comparativa su un determinato indicatore di riferimento. Per esempio, applicando il metodo del CUP, l'indicatore di riferimento ai fini della comparazione è il prezzo dei beni. Al contrario, applicando il metodo del *cost plus*, l'indicatore di riferimento è il margine lordo conseguito dal produttore, mentre, nei casi di applicazione del metodo del prezzo di rivendita, l'indicatore di riferimento è il margine lordo conseguito dal rivenditore. Infine, nei casi di applicazione dei *profit based methods*, l'indicatore di riferimento è il cd. profitto operativo messo in relazione al fatturato, al totale dei costi o agli *assets* a seconda del tipo di transazione preso in esame.

Nelle transazioni aventi ad oggetto i beni immateriali queste metodologie non sono sempre utilizzabili in quanto i beni immateriali oggetto delle transazioni non sempre sono oggetto di ulteriore commercializzazione e, comunque, la loro cessione o il loro acquisto non rappresenta solitamente l'attività tipica delle società impegnate nelle transazioni. Conseguentemente, le cessioni di beni immateriali nel contesto dell'attività economica di gruppi multinazionali sono generalmente transazioni sporadiche effettuate per permettere a società del gruppo di far uso di particolari tecnologie o intangibili commerciali.

In questa prospettiva, è doveroso ricordare che, nell'ambito dell'attività di un gruppo multinazionale, ogni società è considerata come un'entità giuridicamente separata e, sulla base del principio dell'*arm's length*, nelle transazioni infra-gruppo deve comportarsi come si comporterebbe qualora non avesse alcun legame con le società controparte. Partendo da questo assunto, nell'ambito dell'attività commerciale di un gruppo multinazionale, beni immateriali di varia natura possono essere sfruttati solo dalle società che li hanno sviluppati a loro spese o che li detengono legalmente dopo averli acquistati da chi li aveva in proprietà. Conseguentemente, una società manifatturiera (che non produca su commessa nelle vesti di un "*contract manufacturer*" o di un "*consignment manufacturer*"¹⁶⁵) deve essere nel possesso legale della tecnologia necessaria per produrre in quanto nessuna società indipendente potrebbe utilizzare tecnologia altrui senza pagarla al prezzo di mercato. Allo stesso modo e per gli stessi motivi, una società distributrice deve generalmente essere legalmente in possesso degli intangibili commerciali relativi ai prodotti che distribuisce.

In considerazione di quanto sopra, il trasferimento di beni immateriali può avvenire tramite una vendita completa del bene immateriale stesso o, più spesso, a seguito del pagamento di una *royalty* sulla base di un accordo di licenza. Per *royalty* si intende un pagamento ricorrente basato sull'ammontare della produzione o delle vendite o, in rari casi, degli utili dell'utilizzatore del bene immateriale preso in licenza. Quando la *royalty* è basata sull'ammontare della produzione o delle vendite, il tasso può variare a seconda del volume d'affari del concessionario¹⁶⁶.

In alternativa, la remunerazione per l'utilizzazione di un bene immateriale può essere compresa nel prezzo fatturato per la vendita dei beni. La possibilità di presumere che il trasferimento dei beni comprenda un compenso per licenza dipende, poi, dalle condizioni e dalle circostanze di fatto di ciascuna transazione. Certamente, il prezzo di trasferimento può consistere in un prezzo globale sia dei prodotti che dei beni immateriali, nel qual caso, a seconda delle circostanze, l'acquirente non deve

¹⁶⁵ In questo senso vedi il paragrafo relativo alla Caratterizzazione delle entità.

¹⁶⁶ Cfr "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations" op. cit., Paragrafo 6.16.

effettuare necessariamente dei pagamenti supplementari per i diritti di royalty derivanti dalla fornitura di conoscenze tecniche o beni intangibili commerciali. In alcuni casi, soprattutto allorché sia richiesta l'applicazione di una ritenuta alla fonte sui diritti di royalty, potrebbe rivelarsi necessario disaggregare questo tipo di prezzo globale per calcolare e verificare in una prospettiva fiscale il prezzo separato dei beni materiali e dei beni intangibili¹⁶⁷.

Detto questo, il presente capitolo ha come oggetto, in prima istanza, una classificazione dei beni immateriali che possono ceduti nell'ambito di transazioni infra-gruppo transfrontaliere ed, in seconda istanza, un tentativo di individuazione del metodo più idoneo in considerazione delle specifiche tipologie delle transazioni di beni immateriali.

1. Le diverse tipologie di beni immateriali

Per bene immateriale si intende ogni bene che deriva il proprio valore dal "contenuto intellettuale" o da altre proprietà intangibili senza che nessun valore sia attribuito alle sue qualità fisiche¹⁶⁸. Secondo le citate Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento, i beni immateriali possono essere suddivisi in due macro-categorie: i beni immateriali commerciali (o di produzione) e i beni immateriali di marketing. I beni immateriali di produzione includono i brevetti, i *trade secrets*, i processi, le formule, il know-how, i disegni, gli studi e i modelli utilizzati per la produzione di un bene o la prestazione di un servizio, nonché i beni immateriali che costituiscono essi

¹⁶⁷ Cfr "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations" op. cit., Paragrafi 6.17 e 6.18.

¹⁶⁸ US Treasury Regulations, § 1.482-4(b)(6).

stessi dei beni d'impresa trasferiti ai clienti o utilizzati nella gestione dell'impresa (ad esempio, il software)¹⁶⁹.

Al contrario, i beni immateriali di marketing costituiscono una tipologia differente di beni immateriali e includono i marchi di fabbrica e le denominazioni commerciali che favoriscono lo sfruttamento commerciale di un prodotto o di un servizio, la *customer list*, i canali di distribuzione, nonché le denominazioni¹⁷⁰, i simboli o i disegni unici con un rilevante valore promozionale.¹⁷¹

a) Beni immateriali commerciali

Caratteristiche comuni di tutti in beni immateriali commerciali sono i costi elevati sostenuti in ricerca e sviluppo ed i relativi rischi economico/finanziari connessi alla realizzazione definitiva del bene immateriale ed alla sua effettiva sfruttabilità commerciale. In questo senso, esempio calzante sono le attività di ricerca e sviluppo delle società farmaceutiche che comportano ingenti investimenti annui e solo in casi limitati sfociano in principi attivi o formulazioni più complesse effettivamente innovative e sfruttabili dal punto di vista commerciale. Allo stesso modo, si pensi a società impegnate nel campo di strumenti elettronici e ai relativi investimenti nel campo della ricerca e sviluppo.

In definitiva, quasi tutte le società impegnate in attività produttive necessitano di investimenti nel campo della ricerca per migliorare i propri prodotti e per renderli più appetibili e più innovativi di quelli dei concorrenti. Certamente, alcuni settori di attività produttive necessitano di investimenti più rilevanti di altri in cui i prodotti

¹⁶⁹ Cfr. Enrico Zanetti, *Utilizzazione economica dei beni immateriali e degli altri diritti. Trattamento fiscale* Il Fisco, numero 25, Giugno 2001.

¹⁷⁰ Per quanto concerne la definibilità astratta della denominazione sociale come bene immateriale di marketing Cfr. Davide Bergami, *Dalla Corte Suprema tedesca l'orientamento sulla deducibilità delle royalties*, Amministrazione e Finanza, numero 18, 2001.

¹⁷¹ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Paragrafi 6.3 e 6.4.

hanno raggiunto un certo stato di maturità o non migliorabilità o in cui la qualità e l'innovatività del prodotto hanno un valore relativo in confronto al prezzo.

Nell'ambito dell'attività di un gruppo multinazionale, transazioni infra-gruppo aventi ad oggetto beni materiali di produzione si hanno generalmente per garantire a chi produce la possibilità di utilizzare la tecnologia sviluppata nell'ambito di un'attività di ricerca antecedente. In questa ottica, può accadere che chi effettua l'attività di ricerca e sviluppo sia anche chi poi si occupa della produzione dei prodotti. Allo stesso modo, un gruppo multinazionale può utilizzare una società per effettuare le attività di ricerca e sviluppo ed una società per le attività produttive. In questi casi, come detto, la società manifatturiera, a meno che non sia un mero produttore su commessa, deve essere proprietaria della tecnologia necessaria per la produzione e pertanto deve acquistarla (a titolo definitivo in licenza temporanea) dalla società che la ha sviluppata.

In questa prospettiva, le principali transazioni infra-gruppo aventi ad oggetto beni immateriali di produzione possono essere classificate nelle seguenti macro-categorie non esaustive:

- **Cessioni o licenza di beni immateriali di produzione:** Queste cessioni possono avvenire in transazioni sporadiche con relativi pagamenti *una tantum*, o tramite contratti di licenza e relativi versamenti di *royalties*. In questi casi, il gruppo multinazionale ha l'esigenza di far sì che la società impegnata nelle attività produttive sia nel possesso legale dei beni immateriali necessari ai fini della produzione. Ovviamente, qualora la società impegnata nelle attività produttive operi su commessa di un'altra società, i beni immateriali di riferimento devono essere detenuti dal committente. Alternativamente, un gruppo multinazionale può avere come attività caratteristica la creazione ed il commercio di beni immateriali di produzione. In queste strutture, la casa madre si occupa generalmente delle attività di sviluppo cedendo o licenziando i beni intangibili oggetto della propria attività alle società collegate e demandando alle stesse la distribuzione nei vari mercati locali.

- **Cessione o licenza di software:** Nell'ambito dell'attività di un gruppo multinazionale possono verificarsi vari tipi di transazioni aventi ad oggetto software di ogni specie. Nella maggior parte dei casi, può avvenire che software presi in licenza dalla casa madre vengano sub-licenziati a tutte le società controllate affinché queste ultime possano farne uso autonomamente. Nei casi di gruppi multinazionali impegnati nello sviluppo e distribuzione di software e nella relativa rivendita, la casa madre si avvale generalmente di società collegate per distribuire il software nei vari mercati locali. In queste situazioni, le società distributrici acquistano la licenza del software dalla casa madre e sub-licenziano lo stesso ai propri clienti nei mercati locali.
- **Contratti di ricerca e sviluppo su commessa (contract research):** Come nel caso delle attività produttive, anche attività come la ricerca e lo sviluppo possono essere effettuate per conto di un committente. In questi casi, la società di "contract research" svolge attività di ricerca e sviluppo per conto di un committente che si accolla tutti i rischi imprenditoriali e diviene automaticamente proprietaria di tutti gli intangibili creati. Nel contesto dell'attività dei gruppi multinazionali, queste transazioni avvengono generalmente fra la casa madre del gruppo ed i cd. *R&D centers* collegati.
- **Cost Sharing Agreements (CSA):** In alcune situazioni, le attività di ricerca e sviluppo di un gruppo multinazionale possono essere realizzate contestualmente da più di una società. In particolare, può accadere che le società coinvolte si accordino per condividere i costi di ricerca e sviluppo ed i rischi economici connessi all'attività svolta. Come si vedrà nei paragrafi dedicati a questi schemi contrattuali, il risultato è che i beni immateriali sviluppati nell'ambito di un *cost sharing (contribution) agreement* sono di proprietà di tutte le società che hanno partecipato all'accordo in proporzione alle rispettive contribuzioni.

b) Beni immateriali di marketing

Il valore dei beni immateriali di *marketing* è collegato in parte alle qualità intrinseche dei prodotti a cui gli intangibili si riferiscono ed in parte agli investimenti pubblicitari e promozionali effettuati. Anche per i beni immateriali di marketing sono valide le precedenti considerazioni in materia di rischi economico/finanziari connessi alla consacrazione definitiva del bene immateriale stesso ed alla sua effettiva sfruttabilità commerciale. Tuttavia, è necessario considerare che il valore di un bene immateriale di marketing non è svincolato come può essere un bene immateriale di produzione (brevetti, *trade secrets*, disegni etc.), ma è inscindibilmente legato all'attività promozionale che la caratterizza. Mentre quindi il valore di un bene immateriale di produzione è legato alla natura innovativa del bene stesso, il valore di un bene immateriale di marketing (in particolare marchi e denominazioni commerciali) è legato alla notorietà attuale del bene, notorietà che, a sua volta, deve essere sostenuta e supportata da investimenti promozionali adeguati.

Tutti i gruppi multinazionali impegnati in attività di produzione e commercializzazione necessitano di investimenti per pubblicizzare e promuovere i propri prodotti. Certamente, le attività pubblicitarie e promozionali sono maggiori allorché il gruppo multinazionale si rivolga al pubblico in generale, mentre, nei casi in cui oggetto delle attività produttive e commerciali siano prodotti non finiti (o comunque prodotti non vendibili su larga scala, ma solo in un mercato ristretto e specializzato), le spese pubblicitarie tendono a diminuire ed ad avere un impatto più limitato. In aggiunta, contrariamente alla grande maggioranza dei beni immateriali di produzione, i beni immateriali di marketing necessitano di continui investimenti anche quando si trovano all'apice della notorietà.

Nell'ambito dell'attività di un gruppo multinazionale, transazioni aventi ad oggetto beni immateriali di marketing si hanno generalmente per garantire a chi si occupa della commercializzazione dei prodotti la possibilità di sfruttare il marchio ed ogni altro segno e denominazione distintiva relativo ai prodotti oggetto di

commercializzazione. In questi casi, alle società del gruppo proprietarie dei beni immateriali commerciali è generalmente dovuto un compenso in forma di royalty come corrispettivo per l'utilizzo dei beni stessi.

In questa ottica, le principali transazioni infra-gruppo aventi ad oggetto beni immateriali di marketing sono più limitate rispetto al caso precedente e possono essere classificate nelle seguenti macro-categorie non esaustive:

- **Cessioni o licenza di beni immateriali di marketing:** Queste cessioni possono avvenire in transazioni sporadiche con relativi pagamenti *una tantum*, o tramite contratti di licenza e relativi versamenti di *royalties*. In questi casi, il gruppo multinazionale ha l'esigenza di far sì che la società impegnata nelle attività commerciali sia nel possesso legale dei beni immateriali necessari. Anche in queste casi, qualora la società impegnata nelle attività commerciali operi con rischi e responsabilità limitate per conto di un committente (es. distributore a rischi limitati)¹⁷², i beni immateriali di riferimento devono essere detenuti dal committente stesso.
- **Cost Sharing Agreements (CSA):** Anche i beni immateriali di marketing possono essere oggetto di un *cost sharing agreement* fra più società parte di un gruppo multinazionale. In particolare, può accadere che le società partecipanti si accordino per condividere i costi di pubblicità e promozione (soprattutto a livello strategico di gruppo) relativi a marchi o denominazioni commerciali già presenti sul mercato o in fase di sviluppo. Come nel caso dei beni immateriali di produzione, i beni immateriali di marketing sviluppati a seguito di attività promozionali svolte nell'ambito di un *cost sharing agreement* devono considerarsi di proprietà di tutte le società partecipanti in proporzione alle contribuzioni effettuate da ciascuna.

¹⁷² In questo senso vedi paragrafo 2.6 Caratterizzazione delle entità.

2. Rilevanza dell'analisi delle funzioni aziendali

Come visto per i beni materiali, anche la determinazione dei prezzi di trasferimento per le transazioni infra-gruppo di beni immateriali passa per le consuete tre fasi: analisi di comparabilità, individuazione del metodo più idoneo ed analisi economico/finanziaria. In questo contesto, né le più volte citate Linee Guida OCSE, né la normativa nazionale prevedono metodologie alternative per questo tipo di transazioni, ma, al contrario, rimandano generalmente ai metodi per le transazioni su beni materiali.

Nonostante ciò, è necessario premettere che i beni immateriali possono essere di una natura tale da complicare la determinazione del proprio valore al momento della transazione e tali diversità possono rendere, nella maggior parte dei casi, inapplicabili alcune delle metodologie esaminate in precedenza. Inoltre, per ragioni economiche del tutto legittime, imprese appartenenti ad un medesimo gruppo possono strutturare transazioni su beni immateriali con modalità che le imprese indipendenti non prenderebbero in considerazione senza snaturare l'oggetto delle propria attività¹⁷³.

In questa prospettiva, il primo punto rilevante da affrontare nel processo di selezione del metodo consiste nel chiarire se la transazione in esame rientri nell'attività produttivo/commerciale del gruppo multinazionale, o, alternativamente, avvenga al solo fine di dotare una o più entità legali del gruppo dei beni immateriali necessari per lo svolgimento della propria attività economica. In altre parole, sia i metodi tradizionali che quelli basati sul profitto operativo (*profit based methods*) sono imprescindibilmente legati al concetto di conto economico della transazione. Nel conto economico di ogni transazione tre sono gli indicatori di riferimento: il prezzo di vendita del bene, il profitto lordo (ottenibile sottraendo al prezzo di vendita il costo d'acquisto o il costo di produzione) ed, infine, il profitto operativo (ottenibile sottraendo al profitto lordo le spese operative). Ognuno dei metodi finora analizzati è

¹⁷³ Cfr "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations" op. cit., Paragrafo 6.13. Si pensi a cessione di beni immateriali in operazioni di ristrutturazione della catena del valore.

legato ad uno solo di questi indicatori: il CUP al prezzo dei beni, il *cost plus* ed il metodo del prezzo di rivendita al profitto lordo, il TNMM ed il *profit split* al profitto netto.

Nei casi in cui l'acquisto o la vendita di un bene immateriale non rientrino fra le attività commerciali di un gruppo multinazionale o di una delle sue entità, diviene impossibile determinare il conto economico della transazione in quanto la transazione stessa non avviene per generare profitto, ma solo per dotare una o più delle entità legali del gruppo dei beni immateriali necessari all'espletamento delle proprie funzioni. In considerazione di ciò, tutte le metodologie basate sul confronto di indicatori di profittabilità (*cost plus*, prezzo di rivendita, TNMM e *profit split*) divengano tendenzialmente inapplicabili. Al contrario, come si vedrà in seguito, tutte queste metodologie rimangono applicabili allorché l'attività commerciale del gruppo (o di una delle società del gruppo) consista nello sviluppo e nella relativa vendita di beni immateriali.

In seconda istanza, nei casi in cui l'acquisto o la vendita di un bene immateriale rientrino fra le attività commerciali di un gruppo multinazionale o di una delle sue entità, le differenze fra i metodi tradizionali e quelli basati sul profitto operativo tendono a diminuire. In altre parole, come sarà ancora più evidente nel paragrafo riservato ai servizi infra-gruppo, soprattutto nel caso delle società impegnate nelle attività connesse alla ricerca ed allo sviluppo dei beni, diviene più complesso distinguere fra costo del venduto e spese operative e, pertanto, le differenze fra *cost plus*/ prezzo di rivendita e TNMM non hanno senso d'essere.

B. INDIVIDUAZIONE DEL METODO PIÙ IDONEO NELLE CESSIONI DI BENI IMMATERIALI A TITOLO DEFINITIVO

Nei casi di cessioni a titolo definitivo di beni immateriali, il metodo del confronto del prezzo è generalmente difficile da applicabile. Per quanto concerne il metodo del confronto interno, infatti, questo potrebbe essere applicato ogniqualvolta una società venda a titolo definitivo lo stesso bene immateriale sia ad un terzo che ad una società collegata. Tuttavia, appare difficile riscontrare nella pratica commerciale transazioni di questo tipo. Per quanto riguarda poi il confronto esterno, il metodo è generalmente inapplicabile data l'unicità dei beni immateriali e la generale impossibilità di trovare sul mercato cessioni a titolo definitivo di beni immateriali che abbiano una redditività attesa simile. L'unica versione di confronto che appare vagamente praticabile è quella paventata dalla circolare italiana sui prezzi di trasferimento, consistente nell'utilizzare, quando disponibile, il prezzo negoziato nei precedenti trasferimenti con imprese indipendenti (a patto che tutti i requisiti di comparabilità delle transazioni siano rispettati)¹⁷⁴.

Gli altri metodi basati sul confronto di indicatori di profittabilità sono applicabili nelle cessioni di beni immateriali a titolo definitivo tutte le volte in cui l'impresa alienante o l'impresa acquirente intendano realizzare del profitto dalla vendita dei beni stessi. In altre parole, i metodi del *cost plus* e TNMM sul produttore (*cost plus modificato*)¹⁷⁵ sono applicabili aggiungendo ai costi di ricerca e sviluppo di chi ha

¹⁷⁴ Circolare ministeriale n. 32/9/2267, pg. 15. Nella pratica questa metodologia di confronto si presta ovviamente a diverse critiche legate principalmente al fatto che le due transazioni analizzate avvengano generalmente in momenti differenti e non vi sia alcuna garanzia che tutti gli altri fattori di comparabilità siano rispettati. In aggiunta, al momento della prima transazione la società acquirente potrebbe aver realizzato delle sinergie economiche tramite l'acquisizione del bene immateriale che le hanno permesso di pagare il bene stesso cifre magari superiori a quelle di mercato. In questo senso, Cfr. *Valuing Technology: Buy in payments for acquisitions*, Journal of Global Transfer Pricing, Febbraio - Marzo 1999.

¹⁷⁵ Come detto al paragrafo 4.2, la differenza fra metodi tradizionali e *profit based methods* è pressoché inesistente nelle transazioni aventi ad oggetto beni immateriali. Le due tipologie di metodo, infatti, si

ideato e sviluppato il bene una percentuale di utile di mercato. Tuttavia, è necessario considerare che dati sui margini di profitto realizzati da società (generalmente centri ricerca) indipendenti in transazioni comparabili sono generalmente impossibili da trovare¹⁷⁶. I metodi del prezzo di rivendita e TNNM sull'acquirente (metodo del prezzo di rivendita modificato) sono applicabili garantendo un margine di utile di mercato a chi acquista il bene per rivenderlo a terze parti. Tuttavia, i metodi sono applicabili solo quando chi che acquista il bene titolo definitivo procede anche alla rivendita dello stesso sul libero mercato. Anche in questo caso, è necessario considerare che dati sui margini di utile realizzati da società impegnate in attività distributive di beni immateriali sono generalmente difficili da recuperare.

Nella realtà, i prezzi delle cessioni a titolo definitivo di beni immateriali possono essere determinati come nella comune pratica commerciale tramite apposite perizie estimative e valutazioni. In questa ottica, alla luce del fatto che né le Linee Guida OCSE, né la circolare italiana sui prezzi di trasferimento fanno riferimenti precisi ad alcuna metodologia, i comuni approcci di valutazione degli *assets* dovrebbero essere utilizzati come primo punto di partenza. Questi approcci, uno dei quali è sintetizza tutti le metodologie sopra esaminate, sono il punto di partenza di quasi tutte le metodologie di valutazione degli *assets* più in uso e possono essere sintetizzati in tre macro-categorie: costi sostenuti, dati di mercato, redditi attesi.

Costi sostenuti: Secondo cui il valore di un bene immateriale è determinato basandosi sui costi sostenuti per creare e sviluppare il bene. Questa teoria, che non prende in considerazione benefici e redditi attesi, condizioni di mercato e la vita utile del bene, è solitamente utilizzata nei casi in cui sia necessario valutare beni

differenziano allorché sia possibile distinguere i costi della società in analisi fra costo del venduto e spese operative. Per esempio, nel caso di un centro ricerca, questa distinzione appare nella maggior parte dei casi infattibile e, pertanto, non vi è nessuna differenza fra il metodo del cost plus ed il metodo del TNNM.

¹⁷⁶ Come si vedrà nei paragrafi relativi all'analisi economica, la maggior parte delle informazioni circa i margini di profitabilità di mercato sono ottenibili dall'esame dei bilanci delle società indipendenti. Nel caso di cessioni a titolo definitivo, ogni centro ricerca indipendente ha l'obiettivo di conseguire un margine di utile tale da coprire anche i costi di precedenti ricerche non andate a buon fine. Conseguentemente, il margine lordo o netto leggibile nel bilancio è il naturale effetto di questa tipicità del settore.

immateriale nuovi, oppure nei casi in cui il bene immateriale in questione sia facilmente sostituibile.

Dati di mercato: Secondo cui il valore di un bene immateriale è determinato facendo riferimento a transazioni comparabili avvenute sul libero mercato fra parti fra loro indipendenti. Questo approccio, a seconda delle applicazioni, può essere tradotto in uno dei metodi sopra esaminati. Nel caso in cui la comparazione avvenga sul prezzo del bene ceduto, il metodo applicato sarebbe il CUP. Nel caso in cui la comparazione abbia ad oggetto il margine di utile dello sviluppatore, il metodo applicato sarebbe il *cost plus*¹⁷⁷. In altri casi, il metodo applicato potrebbe essere il metodo del prezzo di rivendita, il TNMM, oppure il *profit split*.

Redditi attesi: Secondo cui il valore di un bene immateriale è legato al valore attuale di redditi attesi nel futuro. In particolare, ogni metodologia di valutazione sviluppata su questo approccio deve tener conto dei redditi attesi direttamente imputabili al bene immateriale, alla vita utile del bene ed, infine, a eventuali rischi economico/finanziari legati all'effettiva realizzazione dei redditi attesi¹⁷⁸.

¹⁷⁷ In questo caso la metodologie utilizzata sarebbe il risultato di un'applicazione congiunta dell'approccio dei costi sostenuti e dei dati di mercato.

¹⁷⁸ Cfr. Daniel M. McGavock, Francis X. Burns, David A. Haas, *Intangible assets valuation and royalty rates – valuation approaches*, Transfer Pricing Handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

C. INDIVIDUAZIONE DEL METODO PIÙ IDONEO NEI CONTRATTI DI LICENZA

1. Metodo del confronto del prezzo (CUP)

Il metodo del confronto del prezzo si applica confrontando il prezzo di beni trasferiti nel corso di una transazione tra imprese associate con il prezzo concordato per beni trasferiti nel corso di una transazione comparabile sul libero mercato in circostanze comparabili. Come visto, il metodo del CUP può essere interno o esterno. Si ha un confronto interno ogniqualvolta il prezzo applicato alla transazione in verifica sia comparato al prezzo applicato in transazioni fra una società parte della transazione in verifica ed una società terza. Si ha, invece, un confronto esterno quando il prezzo applicato alla transazione in verifica sia confrontato con il prezzo applicato in transazioni fra parti terze, fra loro indipendenti.

Secondo le Linee Guida OCSE, al fine di determinare il prezzo di libero concorrenza nel caso di una vendita o di una concessione di licenza per un bene immateriale, è possibile utilizzare il metodo CUP laddove lo stesso proprietario abbia trasferito o concesso in licenza un bene immateriale comparabile in circostanze comparabili ad imprese indipendenti. La stessa circolare italiana sui prezzi di trasferimento ricorda che nelle transazioni aventi ad oggetto i beni immateriali il metodo del confronto interno è ovviamente preferibile data l'unicità intrinseca che contraddistingue ogni bene immateriale¹⁷⁹.

In sostanza, in considerazione del fatto che la caratteristica comune di ogni bene immateriale è l'unicità, condizioni di comparabilità piena fra due transazioni si

¹⁷⁹ Circolare ministeriale n. 32/9/2267, pg. 15.

possono avere solo in casi di confronto interno, ovvero quando lo stesso bene immateriale venga concesso in licenza sia a parti correlate, sia a parti indipendenti. In questi casi, comunque, è sempre necessario che i termini e le condizioni contrattuali concordate fra le parti nelle due transazioni siano analoghe o, quantomeno, opportuni aggiustamenti siano quantificabili per eliminare eventuali differenze.

Appurato che il metodo del confronto del prezzo interno è generalmente il più appropriato per i contratti di licenza di beni immateriali, ci si deve chiedere se anche l'applicazione del confronto esterno possa produrre risultati attendibili o se, al contrario, non debba nemmeno essere presa in considerazione. In questa prospettiva, le Linee Guida OCSE riconoscono che l'ammontare del compenso richiesto nelle transazioni comparabili tra imprese indipendenti nello stesso settore può rivelarsi altresì un elemento di guida qualora siano disponibili le informazioni e sia possibile stabilire una gamma di prezzi.¹⁸⁰ La stessa circolare italiana sui prezzi di trasferimento precisa che, per quanto la natura (unicità) del bene trasferito difficilmente consenta il ritrovamento di transazioni comportabili, ciò nonostante, in alcuni casi potrà trovare applicazione uno dei tre criteri base adottati per le cessioni di beni materiali¹⁸¹. In definitiva, sia le Linee Guida OCSE che la circolare italiana sui prezzi di trasferimento sembrano "autorizzare" l'adozione del metodo del confronto esterno qualora sia possibile trovare informazioni circa transazioni comparabili avvenute sul libero mercato fra parti indipendenti. Nella pratica poi, sia le Linee Guida OCSE che la circolare non si addentrano a spiegare che cosa si intenda per transazione comparabile e quali siano i fattori principali da prendere in considerazione per stabilire la reale comparabilità fra due transazioni. In questa prospettiva, le indicazioni più interessanti in merito possono essere trovate all'interno delle *US Transfer Pricing Treasury Regulations* § 1-482 nella sezione riguardante la

¹⁸⁰ Cfr "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations" op. cit., Paragrafo 6.23. In realtà il riferimento OCSE alla necessità di avere una gamma di prezzi appare per certi versi decontestualizzato, ma sembra essere inserito per conformarsi al dettato in materia delle US Treasury Regulations ai punti § 1.482-1(d) e 1-482-4(a).

¹⁸¹ Circolare ministeriale n. 32/9/2267, pg. 15.

comparabilità delle transazioni ai fini dell'applicabilità del *Comparable Uncontrolled Transaction (CUT) method*¹⁸².

a) **Analisi di comparabilità secondo le *US Treasury Regulations***

Le *US Transfer Pricing Treasury Regulations* chiariscono subito che l'analisi di comparabilità fra due transazioni può avere ad oggetto lo stesso bene immateriale (CUT interno) o un bene immateriale comparabile (CUT esterno). In entrambi i casi, il CUT può essere applicato solo se le due transazioni analizzate sono comparabili o, alternativamente, se eventuali differenze possono essere quantificate tramite opportuni aggiustamenti. In altre parole, così come per i beni materiali, è necessario che tutti i tipici fattori di comparabilità (per es. termini e condizioni contrattuali, circostanze economiche, funzioni svolte etc.) siano rispettati.

Nel caso in cui il metodo del CUT si applichi facendo riferimento ad un bene immateriale comparabile (CUT esterno), le *US Treasury Regulations* richiedono una ulteriore analisi di comparabilità volta ad accertare che il bene immateriale comparabile sia utilizzato nell'ambito di prodotti o processi simili all'interno del medesimo settore industriale e che i due beni immateriali abbiano "*similar profit potential*"¹⁸³. Il *profit potential* è definito dalle *US Treasury Regulations* come il valore attuale di tutti i benefici economici che verranno conseguiti a seguito dell'uso o della cessione di un bene immateriale¹⁸⁴. In aggiunta, sempre ai fini della determinazione del *profit potential*, devono essere considerati anche altri elementi quali gli investimenti, le spese di start up, eventuali rischi economico/finanziari legati

¹⁸² Il *CUT method* differisce dal metodo del CUP solo per il nome. Infatti, secondo la definizione del metodo fornita dalle *Treasury Regulations* "*the CUT method determines an arm's length royalty for an intangible by reference to uncontrolled transfers of comparable intangible property under comparable circumstances*", US Treasury Regulation § 1-482-4(c)(1).

¹⁸³ Cfr. US Treasury Regulation § 1-482-4(c)(2)(iii)(B)(1)(i) e 1-482-4(c)(2)(iii)(B)(1)(ii).

¹⁸⁴ Cfr. US Treasury Regulation § 1-482-4(c)(2)(iii)(B)(1)(ii)

all'effettiva realizzazione dei benefici e ogni altra considerazione di carattere economico che possa essere giudicata rilevante a tal fine.

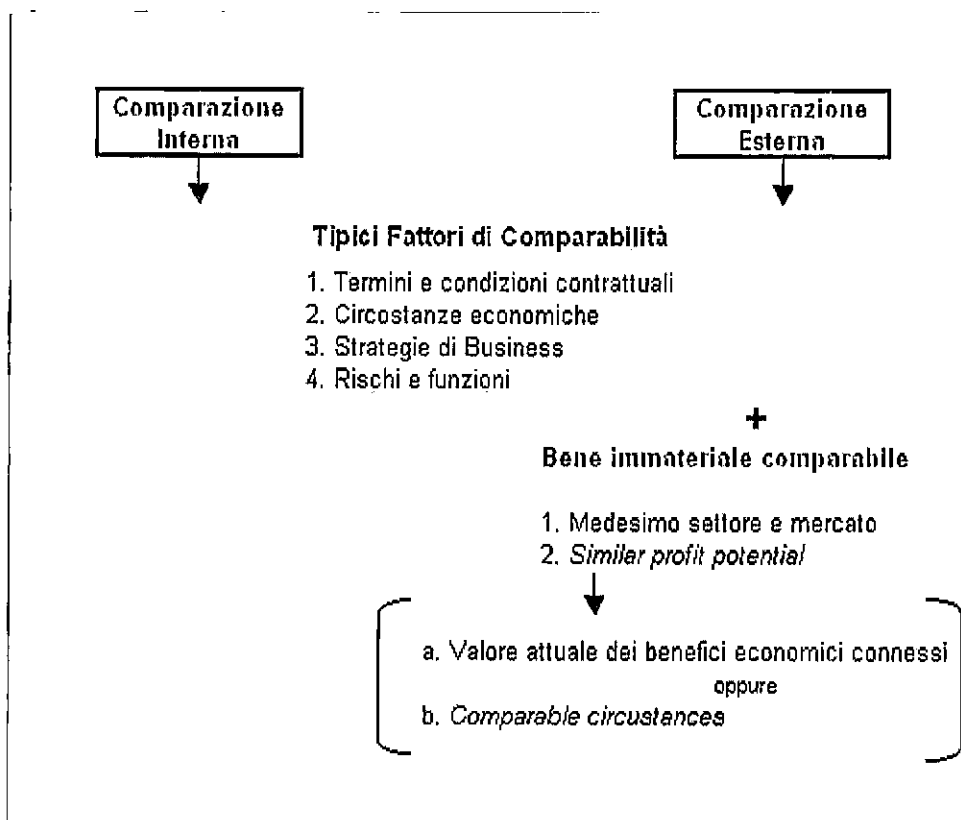
Il questo contesto, le *US Treasury Regulations* riconoscono che le informazioni necessarie per calcolare il *profit potential* di un bene immateriale non sono sempre disponibili e, nei casi in cui l'affidabilità di queste informazioni risulti essere limitata, è permesso valutare la similarità del *profit potential* di due beni immateriali verificando la comparabilità dei seguenti "*comparable circumstances factors*":¹⁸⁵

1. I termini e le condizioni del trasferimento;
2. Lo stadio di sviluppo e apprezzamento del bene immateriale all'interno del mercato di riferimento;
3. Il diritto di ricevere revisioni, aggiornamenti o modifiche;
4. L'assoluta unicità ed originalità del bene ed il periodo in cui si presume che il bene resterà tale;
5. La durata della licenza;
6. Potenziali passività economiche che derivino dall'uso del bene;
7. L'esistenza di transazioni collaterali fra le parti;
8. Le funzioni che dovranno essere svolte dalle parti.

In altre parole, come riassunto nella tabella sottostante, nel caso in cui questi fattori di comparabilità siano "simili" sia nella transazione sotto controllo, che nella transazione potenzialmente comparabile, è possibile affermare che i due beni immateriali abbiano un simile *profit potential* e pertanto siano suscettibili di comparazione esterna.

¹⁸⁵ Cfr. US Treasury Regulation § 1-482-4(c)(2)(iii)(B)(2)

Grafico 11

b) I safe harbours¹⁸⁶ della circolare 32/9/2267

¹⁸⁶ Esistono delle circostanze in cui i contribuenti possono avvalersi di un regime normativo semplificato, secondo il quale i prezzi di trasferimento siano automaticamente accettati dall'amministrazione fiscale nazionale. Tale regime viene definito *safe harbour* ("porto sicuro"). Secondo l'OCSE, per *safe harbour* si intende una norma di legge che esenta i contribuenti aventi diritto da alcuni obblighi imposti dalla normativa fiscale, introducendo obblighi eccezionali e, di regola, di più facile ottemperanza. Nel caso specifico del transfer pricing, le regole amministrative di un *safe harbour* possono variare dall'esonero totale, per i contribuenti interessati, dall'obbligo di conformarsi alle leggi e ai regolamenti in materia di transfer pricing di un dato Paese, all'obbligo di ottemperare alle varie norme procedurali come condizione necessaria per usufruire del *safe harbour*. Sulla base di dette norme, al contribuente potrebbe essere richiesto di stabilire i propri prezzi di trasferimento in modo specifico, oppure di ottemperare a specifiche disposizioni che regolano la comunicazione delle informazioni e la conservazione della documentazione relativa alle transazioni controllate. Vedi Linee Guida OCSE, paragrafo 4.95.

In relazione alla difficoltà di selezionare la migliore metodologia di determinazione del valore normale delle transazioni aventi ad oggetto beni immateriali ed al fine di fornire ai contribuenti criteri aggiuntivi di determinazione del valore normale, le autorità fiscali, nella citata circolare n. 32/9/2267187, hanno predisposto dei cosiddetti *safe harbours* per i canoni dovuti come corrispettivo della licenza di beni immateriali.

- A) Canoni fino al 2%¹⁸⁸ del fatturato potranno essere accettati dall'Amministrazione quando:
 - I) La transazione risulta da un contratto redatto per iscritto ed anteriore al pagamento del canone;
 - II) l'utilizzazione e, quindi, l'inerenza del costo sostenuto siano sufficientemente documentati;
- B) Canoni oscillanti tra il 2 e il 5% potranno essere ritenuti congrui, oltre che alle condizioni di cui al punto precedente, qualora:
 - I) I dati "tecnici" giustifichino il tasso dichiarato (effettuazioni di ricerche e sperimentazioni, obsolescenza inferiore all'anno o meno, vita tecnica, originalità, risultati ottenuti, ecc.);
 - II) Il tasso dichiarato sia giustificato dai dati "giuridici", emergenti dal contratto (diritto di esclusiva, diritto di concedere sub - licenze, diritto di sfruttamento delle scoperte o sviluppi del bene immateriale, ecc.);
 - III) Sia comprovata l'effettiva utilità conseguita dal licenziatario;
- C) Canoni superiori al 5% del fatturato potranno essere riconosciuti solo in casi eccezionali giustificati dall'alto livello tecnologico del settore economico in questione o da altre circostanze;

¹⁸⁷ Circolare Ministeriale n. 32/9/2267 del 22 settembre 1980, pg. 18.

¹⁸⁸ Su questo punto è di rilevanza la sentenza della Commissione Tributaria di Ravenna n. 387 del 11 giugno 1998, in cui una royalty del 7% pagata da una società Italiana alla casa-madre Statunitense è stata ridotta al 2% basandosi sul *safe harbour* della Circolare.

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

Nella pratica, queste disposizioni appaiono estremamente imprecise e lacunose. Non è chiaro in particolare che cosa intenda l'amministrazione finanziaria per alto livello tecnologico e quali siano gli standard minimi perché un bene immateriale possa essere considerato tale. Per esempio, seguendo le disposizioni della circolare, una royalty del 3% non sarebbe interamente deducibile nel caso in cui il licenziatario italiano non possa vantare diritti ulteriori quali esclusiva, diritto di concedere sub-licenze, diritto di sfruttamento delle scoperte o sviluppi del bene immateriale. In aggiunta, non vi è alcun riferimento a beni immateriali commerciali ed a qualità tipiche di questi beni quali la commerciabilità e la notorietà¹⁸⁹.

Probabilmente, l'insieme di queste debolezze è tipico di ogni regime di safe harbour. Secondo l'OCSE, i regimi di safe harbour, infatti, rischiano di essere arbitrari, poiché, anche nei casi di imprese appartenenti allo stesso settore o allo stesso ramo di attività, raramente sono adattabili alle diverse situazioni concrete. Questo rischio di arbitrarietà dei risultati può essere attenuato solo con molta difficoltà dedicando una gran parte della mano d'opera specializzata alla raccolta, al confronto e all'aggiornamento continuo di un insieme di informazioni sull'evoluzione dei prezzi e delle modalità di determinazione degli stessi¹⁹⁰. In questa prospettiva, i criteri stabiliti nella circolare sono comunque datati 1980 e, non essendo mai stati aggiornati tramite un'adeguata analisi dei vari settori e dei vari mercati, non rispondono più alle finalità per cui erano stati inizialmente previsti.

Si pensi, per esempio, alle royalties nel settore delle licenze di software che si aggirano mediamente fra il 40 ed il 60% del fatturato e che vanno ampiamente oltre le

¹⁸⁹ Cfr. Massimiliano Strata e Gregorio D'Inverno, *Transfer price: royalties corrisposte dal distributore residente alla casa-madre estera*, Il Fisco n. 14 dell'8 aprile 2002, pag. 1-2074.

¹⁹⁰ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations" Paragrafo 4.107.

quattro ipotesi contemplate. Questi casi non sono disciplinati dalla Circolare semplicemente perché l'invenzione del software è successiva al momento di redazione della circolare stessa. In aggiunta, in queste situazioni, la royalty sostituisce il costo del venduto poiché il distributore acquista il software per rivenderlo e non utilizza il bene immateriale per migliorare la fase produttiva o commerciale della sua attività. In questi casi, anche qualora il software non fosse di altissimo livello tecnologico, il distributore dovrebbe essere tenuto alla corresponsione di una royalty molto alta che permetta a chi produce il software e lo vende di conseguire un utile adeguato.

In aggiunta, l'attuazione di un safe harbour in un determinato Paese non ha solo conseguenze sul computo dell'imposta all'interno di quella giurisdizione, ma si ripercuote anche sulla determinazione della base imponibile dell'impresa che riceve le royalties. Se è vero, quindi, che l'applicazione corretta del safe harbour libera il contribuente da rischi di accertamento in Italia, allo stesso tempo la mancanza di una metodologia appropriata e della relativa analisi di mercato espongono il contribuente ad un rischio di accertamento nel Paese ricevente ed al relativo rischio di doppia imposizione sui redditi¹⁹¹.

2. Metodo del prezzo di rivendita

Il metodo del prezzo di rivendita si applica comparando il margine d'utile lordo conseguito dall'impresa acquirente nella transazione in verifica con il margine d'utile lordo conseguito da operatori indipendenti in transazioni comparabili. Secondo questo schema, il prezzo di trasferimento viene determinato scontando dal prezzo a cui l'impresa acquirente rivende i prodotti acquistati dall'impresa associata un margine di utile lordo analogo a quello conseguito da operatori fra loro indipendenti in

¹⁹¹ Curt Kinsky e Davide Bergami, *Docking in the safe harbour, intangibles and transfer pricing*, Tax Planning International Review, February 1999, Volume 26, number 2.

transazioni comparabili avvenute sul libero mercato. Conseguentemente, per applicare il metodo del prezzo di rivendita è necessario che l'impresa che acquista il bene immateriale nella transazione infra-gruppo provveda alla rivendita dello stesso a società terze.

Nel caso di contratti di licenza infra-gruppo, il metodo del prezzo di rivendita potrebbe essere applicato ogniqualvolta l'attività commerciale della società che prende un bene immateriale in licenza sia la sub-licenza dello stesso ad operatori terzi. In sostanza, per poter applicare il metodo del prezzo di rivendita, il prezzo di acquisto della licenza diviene il costo del venduto della società in verifica e il margine d'utile lordo è rappresentato dal fatturato derivante dalle vendite delle sub-licenze meno il costo d'acquisto.

Per fare un esempio, si prenda in considerazione il caso di una società che distribuisce sub-licenze software in Italia. Si ipotizzi che la società venda ogni anno 10 sub-licenze e che ogni sub-licenza venga a vendita a 100. In aggiunta, si ipotizzi che la società abbia spese operative di vendita ed amministrazione intorno al 30% del fatturato. Infine, si ipotizzi che secondo dati esterni ottenuti dall'analisi di transazioni comparabili, il margine lordo medio di imprese impegnate nella distribuzione di licenze software sia il 40%.

Sulla base di queste assunzioni, il metodo del prezzo di rivendita andrebbe applicato come segue¹⁹²:

¹⁹² Come visto nei paragrafi relativi all'analisi di questo metodo nelle transazioni di beni materiali, il metodo potrebbe essere applicato tramite comparazione interna, cioè prendendo in esame il margine lordo realizzato dalla società in verifica in transazioni comparabili con terze parti.

Tabella 17

		Transazione in verifica	
Società Distributrice	Margine d'utile lordo	dato di mercato	40%
	Vendite	100 * 10	1.000
	Profitto lordo	vendite * 40%	400
	Royalty (costo del venduto)	Vendite- profitto lordo	600
	Spese operative	Vendite * 30%	300
	Profitto operativo (Ebit)	Profitto lordo - spese op.	100
	Margine Operativo	Profitto operativo / vendite	10%



Tuttavia, benché da un punto di vista teorico l'applicazione del metodo del prezzo di rivendita sia inattaccabile, nella pratica, il metodo è generalmente inutilizzabile a causa della difficoltà di trovare sul libero mercato dati relativi all'utile lordo di società impegnate in transazioni comparabili. Ciò è dovuto al fatto che la voce del conto economico che include i costi d'acquisto della licenza non è isolabile e, pertanto, i dati sul "costo del venduto" non sono generalmente visibili.

3. Metodo del *cost plus*

Il metodo del *cost plus* si applica prendendo in esame il margine di utile lordo (in forma di *mark up* sul costo del venduto) conseguito dall'impresa alienante nelle transazioni infra-gruppo e comparandolo al margine lordo conseguito da società indipendenti in transazioni comparabili. Nei casi di cessioni di licenze infra-gruppo, il metodo del *cost plus* si applicherebbe facendo conseguire alla società che ha creato e sviluppato il bene immateriale un margine di utile lordo sui costi di ricerca e sviluppo in linea con le aspettative di mercato. In altre parole, il valore dei corrispettivi totali derivanti dalle cessioni delle licenze dovrebbe essere tradotto in un *mark up* sui costi

di ricerca e sviluppo sostenuti per la creazione del bene immateriale oggetto della licenza.

Nella pratica, questo tipo di metodologia si presta a varie obiezioni che la rendono di fatto inapplicabile. In prima istanza, è necessario considerare il diverso lasso temporale che intercorre dal momento in cui vengono sostenuti i costi di ricerca al momento in cui vengono percepite le royalties per le licenze. Per rendere i due dati assimilabili sarebbe necessario attualizzare tutte i corrispettivi con il rischio di ottenere un dato del tutto incerto e comunque troppo vincolato all'andamento di ogni mercato. In seconda istanza, sarebbe necessario trovare sul libero mercato dati relativi a transazioni comparabili di beni immateriali aventi, di fatto, un simile *profit potential*. Anche nel caso in cui fosse possibile trovare dati su transazioni di questo tipo, sarebbe poi, impossibile recuperare informazioni sul margine di utile lordo globale conseguito dalla società che ha ideato e sviluppato il bene immateriale. Infine, come esaminato nei paragrafi relativi alla selezione del metodo ed ai profili di rischio, la determinazione delle royalties sulla base del metodo del *cost plus* comporterebbe lo spostamento della maggior parte dei rischi imprenditoriali sulle società distributrici garantendo un profitto relativamente stabile alla società che ha ideato e sviluppato il bene immateriale.

4. Transactional Net Margin Method (TNMM)

Il TNMM si applica comparando il profitto/margine netto conseguito da un'impresa associata in una transazione in verifica con il profitto/margine netto conseguito da operatori indipendenti in transazioni comparabili. Come visto nei capitoli relativi all'esame dei metodi nelle transazioni di beni materiali, il TNMM segue le stesse logiche del metodo del *cost plus* e del prezzo di rivendita ed è, pertanto, detto anche metodo del *cost plus* modificato o metodo del prezzo di rivendita modificato. L'unica

differenza si ha con riferimento all'oggetto della comparazione che, nel caso del TNMM, è il profitto netto inteso come profitto lordo meno spese operative.

Il TNMM, nella versione modificata del metodo del prezzo di rivendita, è il metodo generalmente più utilizzato nelle transazioni di beni immateriali. In particolare, con riferimento a contratti di licenza infra-gruppo, il TNMM può essere utilizzato sia quando la licenza e la relativa sub-licenza rappresentino l'attività commerciale della società in verifica, sia quando una società prenda in licenza un bene immateriale al solo fine di utilizzarlo nell'ambito della sua attività commerciale¹⁹³.

Nella prima ipotesi, si prenda in considerazione il caso di una società che distribuisce sub-licenze software in Italia. Si ipotizzi che la società venda ogni anno 10 sub-licenze e che ogni sub-licenza venga a vendita a 100. In aggiunta, si ipotizzi che la società abbia spese operative di vendita ed amministrazione intorno al 30% del fatturato. Infine, si ipotizzi che secondo dati esterni ottenuti dall'analisi di transazioni comparabili, il margine operativo (inteso come Ebit/vendite) di imprese impegnate nella distribuzione di licenze software sia il 5%. In questa situazione, come si evince dalla tabella sottostante, l'applicazione del TNMM comporterebbe la determinazione della royalty al 65% del fatturato.

¹⁹³ Cfr. Anthony Barbera and John Hatch, *CPM and the Determination of income attributable to intangible assets*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 13, n.1, 2004.

Tabella 18

	Transazione in verifica		
Società Distributrice	Margine Operativo	Dato di mercato	5%
	Vendite	100 * 10	1.000
	Profitto operativo (Ebit)	Vendite * 5%	50
	Spese operative	Vendite * 30%	300
	Profitto lordo	spese operative + profitto operativo	350
	Margine d'utile lordo	Profitto lordo / vendite	35%
	Royalty (costo del venduto)	Vendite- profitto lordo	650

Allo stesso modo, il TNMM può essere utilizzato per determinare la percentuale di una royalty anche nei casi in cui l'acquisto e la rivendita della licenza non sia l'attività commerciale della società. In altre parole, il TNMM può essere utilizzato per determinare l'ammontare di ogni transazione a patto che le altre transazioni intra-gruppo effettuate dalla società in verifica siano *at arm's length*.

Per esempio, si prenda il caso di un distributore di articoli d'abbigliamento che vende prodotti acquistati da una società manifatturiera parte del medesimo gruppo d'impresa e che deve pagare una royalty alla casa madre per l'utilizzo del marchio commerciale di gruppo. Si ipotizzi che il distributore abbia un fatturato annuo di 1000, che il costo del venduto sia 600 e che le spese operative siano intorno al 30% delle vendite. Si presuma, poi, che i prezzi di trasferimento dei beni acquistati siano determinati sulla base del CUP interno (la società manifatturiera vende gli stessi prodotti a terze parti in transazioni comparabili in mercati comparabili) e, pertanto, siano considerati *at arm's length*. Infine, si presuma che a seguito di un'indagine di mercato, distributori comparabili a quello in verifica siano attesi conseguire un margine operativo annuo intorno al 5%. Sulla base di queste informazioni, il TNMM potrebbe essere applicato per determinare l'ammontare della royalty ed il risultato sarebbe il seguente:

Tabella 19

		Transazione in verifica	
Società Distributrice	Vendite	100 * 10	1.000
	Costo del venduto		600
	Profitto lordo	Vendite - costo del venduto	400
	Spese operative	Vendite * 30%	300
	Margine operativo		5%
	Profitto operativo	Vendite * 5%	50
	Royalty	Prof. lordo - Sp. Op. - Prof operativo.	50

Applicando il TNMM, la royalty per il marchio commerciale viene calcolata sottraendo al profitto lordo (vendite meno costo del venduto) le spese operative sostenute dalla società e il profitto operativo medio conseguito da distributori comparabili. In altre parole, fissando l'ammontare della royalty a 50 (5% delle vendite), il distributore dovrebbe conseguire un profitto operativo del 5% in linea con quello conseguito da distributori indipendenti impegnati in attività comparabili.

In un'ottica di comparazione fra l'approccio OCSE e quello delle *US Treasury Regulations*, è interessante notare come il TNMM sia un metodo "transazionale" e, pertanto, debba sempre essere applicato al massimo ad una tipologia di transazione, mentre l'equivalente americano (ovvero, il *Comparable Profit Method*) può essere applicato su base aggregata per tutte le attività effettuate dalla società in verifica. In altre parole, il *Comparable Profit Method* (CPM) permette di determinare i prezzi di trasferimento di più di una transazione infra-gruppo a patto che il profitto operativo (rapportato a fatturato, costi totali o *assets*) sia in linea con i valori di mercato.

Per esempio, si consideri il caso precedente del distributore di articoli d'abbigliamento. Si ipotizzi che, oltre alla due transazioni infra-gruppo prima esaminate, il distributore benefici anche di servizi di management forniti da un centro servizi parte del gruppo. Applicando il TNMM per determinare la royalty, le transazioni relative ai beni materiali sarebbero regolate tramite il CUP, mentre i

corrispettivi per i servizi infra-gruppo andrebbero determinati sulla base di un'altra metodologia (es. *cost plus*). Al contrario, in caso di applicazione del CPM, le tre transazioni infra-gruppo sarebbero da considerarsi tutte effettuate *at arm's length* nei casi in cui il profitto operativo finale conseguito dal distributore risulti essere in linea con i dati di mercato.

5. Profit Split

Il metodo del *Profit Split* si utilizza ripartendo il profitto derivante da una transazione in verifica come lo avrebbero ripartito imprese indipendenti impegnate in una transazione comparabile. L'indicatore di profittabilità da utilizzarsi per la ripartizione è generalmente il profitto operativo rapportato al fatturato. Come visto in relazione alle transazioni di beni materiali, il *profit split* è il metodo più adatto per determinare i prezzi in transazioni nelle quali non ci sia una netta preminenza di un'impresa associata sull'altra, quanto a funzioni svolte, rischi sostenuti ed *assets* impiegati. Con l'applicazione del *profit split*, infatti, il profitto operativo conseguito da ognuna delle imprese impegnate nella transazione è determinato in percentuale all'apporto che l'impresa stessa fornisce in termini di funzioni, rischi e, soprattutto, *assets*.

In questa ottica il *profit split* può essere applicato laddove sia estremamente difficile applicare ogni altro metodo a causa dell'impossibilità di trovare dati di mercato o a causa dell'impossibilità di strutturare la transazione infra-gruppo secondo gli *standards* imposti dalle altre metodologie. In tal senso, un esempio di applicazione del *contribution profit split*¹⁹⁴ si può avere nel caso in cui due società parte dello stesso gruppo sviluppino congiuntamente un bene immateriale di rilevante valore. Nell'ipotesi in cui detto bene immateriale venga successivamente alienato ad una parte terza, si pone generalmente il problema di come remunerare la parte che non ha materialmente ricevuto il corrispettivo. In questi casi, l'unico metodo generalmente

¹⁹⁴ Vedi paragrafo 3.10.1.

applicabile è il *contribution profit split* in quanto è l'unico metodo che non necessita dell'analisi di comparabilità e della successiva ricerca di informazioni sul libero mercato.

Un esempio di applicazione del *residual profit split* si può avere nel mercato chimico-farmaceutico allorché una società chimica sviluppi un principio base particolarmente innovativo e lo conceda in licenza ad una società farmaceutica collegata affinché questa ultima proceda alla produzione e successiva commercializzazione del medicinale.

Si ipotizzi che le seguenti informazioni siano disponibili al momento della determinazione del corrispettivo della licenza:

Società chimica: Costi di sviluppo 1.000;

Società farmaceutica: Fatturato 5.000; Totale costi della produzione 500; Totale costi di distribuzione 1500;

Dati di mercato: *Mark up* sui costi totali normale conseguito da società chimiche: 15%; Margine operativo normale conseguito da società farmaceutiche: 10%;

Risultati dell'analisi contributiva: Società chimica: 60% delle contribuzioni;
Società farmaceutica: 40% delle contribuzioni;

Partendo da queste informazioni, il corrispettivo della licenza sulla base di un *residual profit split* andrebbe calcolato come mostrato nella tabella sottostante:

Tabella 20

Fase 1: Società Chimica		Fase 2: Società Farmaceutica	
Fatturato (corrispettivo per la licenza)	1.150	Fatturato	5.000
Costi totali	1.000	Margine operativo di mercato	10%
Mark up sui costi totali di mercato	15%	Profitto Operativo	500
Profitto Operativo	150		
Fase 3: Profitto residuale della transazione		Fase 4: Divisione profitto residuale	
Fatturato	5.000	Profitto residuale	1.350
Totale costi di produzione	500	Contribuzioni società chimica	60%
Totale costi di distribuzione	1.500	Contribuzioni società farmaceutica	40%
Costi licenza	1.150	Beneficio della società chimica	810
Profitto operativo (società farmaceutica)	500	Beneficio della società farmaceutica	540
Profitto Residuale	1.350		

Di conseguenza, alla luce dell'applicazione del metodo, i conti economici delle due società impegnate nella transazione sarebbero determinati come descritto nella tabella successiva:

Tabella 21

Società Chimica		Società Farmaceutica	
Fatturato (corrispettivo per la licenza)	1.960	Fatturato	5.000
Costi totali	1.000	Totale costi di produzione	500
Profitto Operativo	960	Totale costi di distribuzione	1.500
Margine Operativo	49%	Costi licenza	1.960
		Profitto Operativo	1.040
		Margine Operativo	21%

D. LE TRANSAZIONI DI BENI IMMATERIALI SU BASE PLURIENNALE

1. I “periodic adjustments”

Secondo le *US Transfer Pricing Treasury Regulations* il prezzo di trasferimento di una transazione avente ad oggetto un bene immateriale deve sempre essere commisurato al reddito (“*commensurate with the income*”) attribuibile al bene immateriale stesso. In altre parole, il prezzo per una transazione a carattere pluriennale deve essere modificato in ogni momento in cui il reddito attribuibile al bene immateriale oggetto della transazione vari da quello presunto al momento della prima transazione. A tal fine le *US Transfer Pricing Treasury Regulations* obbligano i contribuenti ad effettuare degli aggiustamenti periodici (“*periodic adjustments*”¹⁹⁵) sui prezzi convenuti al momento della prima transazione¹⁹⁶. Tali aggiustamenti possono consistere nella modifica delle percentuali di *royalties*, oppure anche nella rideterminazione dell’ammontare pagato a titolo di corrispettivo per la cessione a titolo definitivo¹⁹⁷.

Più in particolare, le *US Transfer Pricing Treasury Regulations* richiedono l’effettuazione di aggiustamenti periodici nei casi in cui il profitto effettivo o i “*cost savings*” attribuibili al bene immateriale non rimangano fra l’80% ed il 120% di quello previsto¹⁹⁸. In aggiunta, con le modifiche alle *Regulations* del 1993, vi sono tre

¹⁹⁵ US Transfer Pricing Treasury Regulations § 1.482-4 (f)(2).

¹⁹⁶ Cfr. Robert Feinschreiber, *Comparable Uncontrolled Transaction Method for Intangibles*, Transfer Pricing Handbook, a cura di Robert Feinschreiber. John Wiley & Sons Inc., 2001, New York e Daniel M. McGavock and Francis X. Burns and David A. Haas, *Intangible Asset Valuation and Royalty Rates*, Transfer Pricing Handbook, a cura di Robert Feinschreiber. John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

¹⁹⁷ Cfr. di Andrea Musselli e Luciano Olivotto, *Transfer pricing: valore di beni immateriali in condizione di incertezza sulla redditività d'uso*, il Fisco, numero 7, Febbraio 2002.

¹⁹⁸ US Transfer Pricing Treasury Regulations § 1.482-4 (f)(2)(ii)(A).

casi in cui la regola degli aggiustamenti periodici non è applicabile a prescindere dalla percentuale di scostamento:

- Medesimo bene immateriale

Il medesimo bene immateriale è stato trasferito ad una parte terza alle medesime condizioni e per determinare il prezzo di trasferimento è stato utilizzato il metodo del CUT ("CUP");

- Bene immateriale comparabile

Un bene immateriale comparabile è stato trasferito ad una parte terza o fra parti terze alle medesime condizioni e per determinare il prezzo di trasferimento è stato utilizzato il metodo del CUT ("CUP");

- Eventi straordinari

Lo scostamento nei profitti o nei "*cost savings*" sia dovuto a eventi al di fuori del controllo dei contribuenti e non ragionevolmente prevedibili.

Le Linee Guida OCSE hanno preso le distanze da questo approccio trattando l'argomento nel paragrafo dedicato ai casi in cui il valore del bene sia incerto al momento della transazione¹⁹⁹. In sostanza l'approccio OCSE è come al solito conforme al principio del prezzo di libera concorrenza ed è fondato sul concetto secondo cui due parti fra loro indipendenti non potrebbero modificare il prezzo pattuito per una transazione in un momento successivo solo perché diventi quantificabile il reddito effettivo attribuibile al bene immateriale oggetto della transazione stessa.

¹⁹⁹ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 6.28 e seguenti.

Per farla breve, secondo l'OCSE, un aggiustamento periodico sarebbe ipotizzabile solo in due circostanze. In prima istanza, nei casi in cui le parti abbiano concluso un accordo pluriennale pur nella consapevolezza che parti fra loro indipendenti mai si sarebbero impegnate per un periodo lungo (o avrebbero previsto clausole per modificare il corrispettivo) senza essere realmente a conoscenza del reddito attribuibile al bene oggetto della transazione nell'arco di tutto il periodo. In seconda istanza, nei casi in cui la maggiore o minore redditività del bene fosse effettivamente costatabile al momento della transazione sulla base delle informazioni allora disponibili²⁰⁰.

²⁰⁰ Cfr. Andrea Musselli e Luciano Olivotto, *Transfer pricing: valore di beni immateriali in condizione di incertezza sulla redditività d'uso*, il Fisco n. 7 del 18 febbraio 2002, pag. 1-970.

E. I "COST SHARING AGREEMENTS"

1. Problematiche generali

Le tematiche tradizionali in materia di prezzi di trasferimento e beni immateriali sono generalmente legate alla nozione di società appartenente ad un gruppo multinazionale che investe determinati fondi nella creazione e nello sviluppo di un bene immateriale e che, in una fase successiva, dà in licenza detto bene immateriale a parti correlate ottenendo delle royalties come corrispettivo. Un'alternativa a questo schema tradizionale sono i "*cost sharing agreements*" ("CSA"), ovvero accordi per la ripartizione dei costi.

Un "*cost sharing agreement*" è un contratto in cui due o più imprese si impegnano a condividere i costi ed i rischi relativi alla produzione o sviluppo di beni o servizi e si impegnano, altresì, a predeterminare le modalità secondo cui i diritti di proprietà o gli altri diritti reali di godimento relativi a quanto prodotto e sviluppato debbano essere ripartiti. In altre parole, ogni partecipante s'impegna a fornire il proprio contributo per la realizzazione di beni o servizi e ad ottenere in cambio una diritto reale sul servizio o prodotto sviluppato.

In genere, la tipologia più comune di CSA ha come oggetto la condivisione di costi e rischi relativi ad attività di ricerca e sviluppo e ad altre attività aventi attinenza con beni immateriali. Tuttavia, l'uso dei CSA non deve essere necessariamente limitato a questo genere di attività, ma, al contrario, può essere fatto per ogni investimento che comporti un comune esborso economico o che comporti la condivisione di costi e rischi per acquisire o sviluppare beni o servizi. Come esemplificato dalle più volte citate Linee Guida OCSE, due imprese potrebbero decidere anche di unire le proprie

risorse al fine di acquistare servizi manageriali o per sviluppare campagne pubblicitarie nei mercati di appartenenza²⁰¹.

Per quanto concerne la normativa da seguire in Italia in materia di CSA, brevi accenni sono ritrovabili all'interno della circolare n. 32/9/2267 del 1980 anche se, nella pratica, le indicazioni fornite sono assai generiche ed indeterminate. Più completa è certamente la trattazione dedicata all'argomento dalle Linee Guida OCSE del 1995²⁰² che, pertanto, vanno considerate sia dalle Autorità fiscali, che dai contribuenti, come la principale fonte in materia. In aggiunta, la trattazione dell'argomento certamente più precisa e dettagliata è fornita dalle *US Transfer Pricing Treasury Regulations* § 1.482 che, sebbene talvolta in antitesi con il dettato delle Linee Guida OCSE, forniscono spunti di sicuro interesse ed originalità per la soluzione di alcune delle problematiche più rilevanti.

Nei casi in cui le società partecipanti appartengano al medesimo gruppo d'impresе, le problematiche che nascono in sede di definizione dei termini e delle condizioni di ogni CSA sono imprescindibilmente legate ai concetti di valore normale ed *arm's length principle*. Nella sostanza, infatti, un CSA altro non è che l'insieme di transazioni commerciali relative, in prima istanza, alla condivisione di costi e rischi ed, in seconda istanza, alla ripartizione di benefici economici.

In questa prospettiva, ciò che rileva fiscalmente in ogni CSA è che il rapporto fra le contribuzioni di ogni partecipante e le contribuzioni complessive sia analogo al rapporto fra i benefici economici attesi dal medesimo partecipante ed i benefici economici complessivi attesi. In questa ottica, le problematiche che contribuenti ed autorità fiscali devono risolvere per evitare che questo principio venga meno sono di varia natura.

²⁰¹ Cfr. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 8.6 e 8.7.

²⁰² Cfr. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Chapter 8 (Annesso alle Linee Guida nel 1998).

In particolare, il primo elemento da valutarsi in sede di definizione dei termini e delle condizioni di un CSA è l'elemento soggettivo. In altre parole, è necessario distinguere dall'inizio chi partecipi al CSA al fine di acquisire un diritto sul bene sviluppato da chi, invece, partecipi senza le medesime finalità, ma solo al fine di prestare servizi agli altri partecipanti. Il secondo elemento che rileva è, poi, la metodologia di allocazione dei costi e di determinazione delle contribuzioni. Più specificatamente, in ogni CSA è necessario determinare *ex-ante* le modalità da seguire al fine di ripartire i costi e i rischi fra i partecipanti in proporzione ai benefici attesi. Come si vedrà nel prosieguo del paragrafo, esistono varie metodologie di allocazione fra le quali i contribuenti devono scegliere quella di volta in volta più adatta alle singole circostanze. Infine, il terzo elemento rilevante di ogni CSA sono le clausole di uscite ed entrata (*buy in e buy out*), ovvero le clausole che riguardano la determinazione dei corrispettivi da versare e ricevere per chi subentra e chi abbandona un CSA in corso d'esecuzione.

Come precisato dalle Linee Guida OCSE, ogni CSA, per essere considerato tale, deve essere fondato sul concetto di "*mutual benefit*" per tutti i partecipanti²⁰³. In altre parole, una parte non può essere considerata come partecipante ad un CSA qualora non abbia una ragionevole aspettativa di conseguire un beneficio reale dall'attività del CSA stesso. Conseguenza immediata di questo è che ogni partecipante ad un CSA sostiene costi ed incorre in rischi di varia natura al fine di divenire titolare di un diritto reale perpetuo su quanto sviluppato²⁰⁴.

Seguendo il medesimo ragionamento, secondo il dettato delle *US Transfer Pricing Treasury Regulations*, i partecipanti ad un CSA possono essere divisi in "*controlled participants*" e "*uncontrolled participants*" e solo i primi possono essere considerati

²⁰³ Cfr. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 8.10.

²⁰⁴ Benché nella pratica si parli frequentemente di comproprietà dei beni immateriali sviluppati, sia le Linee Guida OCSE che le *US Transfer Pricing Treasury Regulations* si limitano a parlare di "economic interest" nei beni o servizi oggetto dell'attività del CSA. Certamente, perché si possa parlare di CSA con tutte le conseguenze fiscali relative, quest'interesse economico deve essere equiparato, di fatto, ad un diritto di proprietà o, comunque, a qualunque tipo di diritto reale perpetuo di godimento.

come membri validi di un CSA²⁰⁵. Per essere considerati *controlled participant* è necessario avere l'aspettativa di un beneficio derivante dall'uso del bene immateriale oggetto del CSA ("*covered intangible*"), utilizzare una metodologia di allocazione costi ed imputazione benefici attesi coerente ed, infine, essere in possesso di una documentazione contemporanea riferita al CSA²⁰⁶.

Tutto ciò comporta una serie di conseguenze di carattere fiscale. In particolare, i costi sostenuti (da un partecipante) come contribuzioni all'attività del CSA sono considerabili come dei normali costi di ricerca e sviluppo e devono essere trattati come se fossero stati sostenuti al di fuori del CSA stesso nel contesto di normali attività di ricerca e sviluppo. In questa prospettiva, visto che nessun pagamento effettuato in costanza di un CSA può essere considerato come una *royalty*²⁰⁷, non dovrebbe essere imponibile alcuna ritenuta alla fonte sui pagamenti transfrontalieri.

2. Metodologie d'allocazione

Per verificare che i termini e le condizioni concordate nell'ambito dell'attività di un CSA siano conformi al principio del prezzo di libera concorrenza è necessario verificare che il totale delle contribuzioni effettuate da ogni partecipante sia in linea con la quota proporzionale dei benefici attesi. Per fare ciò, è necessario utilizzare dei meccanismi di allocazione dei costi basati su elementi che possano raffigurare i futuri benefici. In questo senso, le Linee Guida OCSE suggeriscono di utilizzare stime del reddito addizionale dei minori costi operativi che sarà necessario sostenere usando i

²⁰⁵ Cfr. US Treasury Regulation § 1-482-1(i)(5).

²⁰⁶ In aggiunta, negli Stati Uniti d'America è necessario che ogni *controlled participant* precisi all'interno della propria dichiarazione dei redditi di essere parte di un CSA elencando tutti gli altri membri. Cfr. Robert T. Bossart, *Cost Sharing*, Transfer Pricing Handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

²⁰⁷ A meno che il CSA non sia, nella realtà, un mero accordo preso al fine di condividere costi per ottenere solo un diritto d'uso su determinati beni. Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 8.23.

nuovi beni immateriali sviluppati tramite il CSA. Nel caso in cui questi due elementi siano estremamente complicati da quantificare, le Linee Guida si limitano a menzionare altre possibili chiavi di allocazione fra cui, principalmente, vendite, unità prodotte, unità vendute e margini di profittabilità. Ciò che, comunque, rileva è che la chiave d'allocazione selezionata rifletta al meglio i benefici attesi derivanti dall'attività effettuata nell'ambito del CSA.

In questa prospettiva, si pensi, per esempio, ad un CSA per lo sviluppo di un brevetto rivoluzionario a cui partecipano diverse entità di un gruppo multinazionale impegnato nella produzione e vendita di prodotti altamente tecnologici. In questo caso, la chiave d'allocazione ideale per ripartire costi e rischi sarebbe il reddito addizionale atteso. Al contrario si consideri il caso di un CSA per lo sviluppo di un brevetto relativo a nuove tecnologie produttive. In questa circostanza, la chiave d'allocazione più appropriata potrebbe essere i minori costi attesi. Infine, si consideri il caso di un CSA fatto per supportare la campagna pubblicitaria del marchio di gruppo. In questo caso, le vendite delle singole entità partecipanti sarebbero certamente la chiave di allocazione più appropriata.

Tuttavia, l'elemento caratteristico di ogni CSA è che al momento della ripartizione dei costi e dei rischi non è generalmente nota la misura dei benefici attesi, ma semplicemente una stima degli stessi. Conseguentemente può accadere con frequenza che le contribuzioni di ogni partecipante siano state ripartite sulla base di stime rivelatesi errate in un momento successivo. In questi casi, le Linee Guida OCSE impongono ai contribuenti di effettuare dei cosiddetti "*balancing payments*" al fine di riflettere l'effettiva ripartizione dei benefici fra i partecipanti. Questa previsione resta, tuttavia, assai generica in quanto le Linee Guida OCSE non prevedono un indice di scostamento superato il quale i *balancing payments* divengano necessari. Al contrario, le Linee Guida si limitano a precisare che un *balancing payments* non sia dovuto allorquando la ripartizione dei benefici attesi fra i partecipanti ad un CSA sia stata fatta sulla base di criteri ragionevoli che sarebbero stati accettati anche da parti indipendenti.

In questa prospettiva, sicuramente più pragmatico appare l'approccio seguito dalle *US Transfer Pricing Treasury Regulations*. Innanzitutto, per quanto concerne l'uso delle chiavi di allocazione, è previsto che i benefici attesi possano risultare più o meno stabili nel corso degli anni. In questo senso, due scenari alternativi devono essere presi in considerazione²⁰⁸. Nel primo ("*Stable Benefit Shares Anticipated*"), i benefici attesi dovrebbero restare stabili nel corso degli anni e, pertanto, è possibile utilizzare delle chiavi di allocazione determinate su base annuale (per esempio le vendite o le unità prodotte). Nel secondo caso ("*Variable Benefit Shares Anticipated*"), invece, i benefici attesi non dovrebbero rimanere stabili nel corso degli anni e, pertanto, le chiavi di allocazione devono tenere conto dei dati aggregati²⁰⁹ con riferimento a più annualità (ad esempio, devono essere considerate le vendite attese di un determinato numero di anni, oppure, il profitto operativo attualizzato di un certo numero di anni).

In seconda istanza, le *US Transfer Pricing Treasury Regulations* prevedono, poi, un indice di scostamento non oltrepassabile allorché i benefici attesi si rivelino differenti da quelli effettivamente conseguiti²¹⁰. In particolare, è previsto che nel caso in cui la differenza fra benefici attesi e benefici conseguiti sia superiore al 20%, i contribuenti dovranno effettuare un pagamento per bilanciare le differenze²¹¹.

3. "Buy in" e "Buy out" payments

Come visto, i CSA per lo sviluppo di beni immateriali sono generalmente un ottimo strumento fiscale per razionalizzare attività di ricerca e sviluppo che hanno luogo nell'ambito di un gruppo multinazionale. In generale, l'implementazione di accordi di

²⁰⁸ Anche se, nella pratica, è possibile che si verifichino situazioni a metà fra le due ipotesi contemplate.

²⁰⁹ Cfr. US Treasury Regulation § 1-482-7(f)(3)(4)(A). Cfr. Robert T. Bossart, *Cost Sharing*, Transfer Pricing Handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

²¹⁰ Cfr. US Treasury Regulation § 1-482-7(f)(3)(iv)(B).

²¹¹ Questa regola è applicabile solo nel caso in cui il contribuente dimostri di aver utilizzato la metodologia al momento più affidabile per quantificare il beneficio atteso.

questo tipo non presenta particolari complessità se non quelle minime elencate nei paragrafi che precedono. Tuttavia, accade frequentemente che una o più società entrino a far parte di un CSA in fasi successive e che, quindi, i costi ed i rischi siano, in un primo momento, sostenuti solo da alcune società. In questi casi, visto che chi interviene in un CSA già in corso diventa automaticamente titolare di un diritto reale su un bene in fase di sviluppo, è necessario prevedere delle clausole in base alle quali sia quantificabile il contributo che quest'ultimo debba fornire agli altri partecipanti che hanno iniziato a sostenere i costi dell'attività di ricerca sin dall'inizio²¹².

In questa prospettiva, per *buy in payments* si intendono le clausole che regolano l'entrata in un CSA già in corso. Seguendo la stessa logica, per *buy out payments* si intendono le clausole che regolano l'uscita di una società da un CSA già in corso. Come appare evidente, qualora un *buy in* o *buy out* avvenga fra società parte dello stesso gruppo d'impresе, trattandosi di una transazione infra-gruppo, l'ammontare del pagamento deve essere determinato utilizzando metodologie conformi all'*arm's length principle*.

Per quanto concerne le metodologie da applicare per determinare l'ammontare congruo di *buy in* e *buy out payments*²¹³, né le Linee Guida OCSE, né la Circolare del 1980 forniscono alcuna indicazione rilevante. In realtà, le Linee Guida OCSE toccano appena l'argomento e si limitano a dire che la determinazione dell'ammontare deve essere fatta seguendo l'*arm's length principle* tenendo in particolare considerazione alcuni elementi quali i costi sostenuti dagli altri partecipanti, la quota del bene immateriale che otterrà la parte entrante e l'esito positivo dell'attività svolta fino al momento del pagamento²¹⁴. Anche le *US Transfer Pricing Treasury Regulations* non

²¹² Interessante è la normativa americana a riguardo con la cosiddetta "lookback rule" secondo cui il valore stabilito per un buy in payment va modificato con aggiustamenti successivi qualora il reddito generato dal bene intangibile oggetto del buy in non si discosti per più del 20% da quanto previsto al momento del buy in. Cfr. *The look-back rules and the arm's length standard* by John Hatch, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 22, 2004.

²¹³ Cfr. Richard A. Clark, *Determining Cost Sharing Buy-in Payments*, Transfer Pricing Handbook, a cura di Robert Feinschreiber. John Wiley & Sons Inc., 2001, New York e William Finan, *Reliably Determining a Buy-in Payment under Transfer Pricing Regulations*, Transfer Pricing Handbook, a cura di Robert Feinschreiber. John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

²¹⁴ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 8.39.

fanno nessuna previsione specifica per *buy in* e *buy out payments* rimandando genericamente ai metodi per le transazioni di beni immateriali²¹⁵.

Viso che nessuna normativa nazionale o transazionale sembra esaminare compiutamente le metodologie da utilizzarsi, potrebbe essere utile in questa sede tentare di comprendere quali delle metodologie viste per le transazioni di beni immateriali possa rivelarsi astrattamente utile nel caso di *buy in* e *buy out payments*.

Innanzitutto, a parere di chi scrive, appare opportuno distinguere fra CSA in cui l'oggetto sono uno o più beni immateriali di cui è incerto il definitivo sviluppo e la futura redditività e CSA il cui obiettivo è la ricerca e lo sviluppo concernente l'intera tecnologia utilizzata costantemente dal gruppo multinazionale. In altre parole, un CSA del primo tipo potrebbe essere quello riguardante l'invenzione di un farmaco anti-tumorale estremamente innovativo e, pertanto, potenzialmente molto profittevole. Al contrario, un CSA del secondo tipo potrebbe avere ad oggetto lo sviluppo di prodotti già maturi effettuato a favore delle società del gruppo (si pensi a società impegnate nella produzione e distribuzione di elettrodomestici non sensibilmente migliorabili quali lavatrici, frigoriferi, etc.).

Appare evidente che ogni considerazione relativa alla quantificazione di un eventuale *buy in* vari necessariamente in dipendenza del tipo di CSA. Nel primo caso, ciò che certamente rileva di più è lo stato di avanzamento dei lavori e le probabilità di successo nello sviluppo del bene. Al contrario, nel secondo caso l'elemento di maggior interesse da considerarsi dovrebbe essere il totale dei costi sostenuti dagli altri partecipanti per sviluppare i beni immateriali correntemente in uso presso il gruppo. Sulla base di questa bipartizione, appare ora possibile passare in rassegna tutti i metodi esaminati nei paragrafi precedenti con riferimento alle cessioni a titolo

²¹⁵ Le *US Transfer Pricing Treasury Regulations* prevedono come metodi per le transazioni su beni immateriali il CUT (comparable uncontrolled transaction), i metodi basati sul confronto dei profitti netti (Profit Split e CPM) ed i cosiddetti *unspecified methods* (che sono metodi non specificati che di volta in volta possono rivelarsi particolarmente appropriati al caso in specie). Per quanto concerne i *buy in*, negli *APA training materials*, l'IRS ammonisce ad inserire nelle clausole almeno due dei metodi menzionati. Interessante è un'applicazione di un Market Capitalization Method nel caso Xilinx come riportato dal BNA Tax Management Inc. *IRS concedes buy-in amount in Xilinx case; Stock options still at issue*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 23, 2004.

definitivo di beni immateriali. Per semplificare la trattazione, i CSA del primo tipo saranno chiamati CSA1 e i CSA del secondo tipo saranno chiamati CSA2.

Per quanto concerne il metodo del CUP (o CUT), la difficoltà legata all'applicazione del metodo è connessa alla difficoltà di trovare sul libero mercato transazioni aventi ad oggetto un bene immateriale con il medesimo "*profit potential*". In sostanza, mentre tali difficoltà diventano praticamente insormontabili nel caso di CSA1 a causa dello stato di non completezza dell'invenzione oggetto dell'accordo, per quanto concerne i CSA2 le difficoltà sembrano analoghe a quelle incontrate nelle comuni transazioni di beni immateriali "finiti".

Il metodo del prezzo di rivendita non sembra applicabile in quanto generalmente manca la successiva rivendita del bene e, comunque, anche qualora il bene immateriale fosse oggetto di rivendita, non avrebbe senso remunerare l'attività di commercializzazione della parte acquirente. Stesso discorso sembra fattibile per il TNMM (nella forma del metodo del prezzo di rivendita modificato) e per il *profit split*.

Per quanto concerne il metodo del *cost plus* quest'ultimo sembrerebbe astrattamente applicabile soprattutto nei casi di CSA2 sommando ai costi sostenuti per l'attività di ricerca effettuata un *mark up* congruo che rappresenti la remunerazione media per imprese impegnate in questo genere di attività.

In alternativa ai metodi del CUP/T e *cost plus*, un ulteriore metodologia potrebbe basarsi sulla quantificazione di *royalties* che la società entrante avrebbe dovuto versare per beneficiare dell'attività del CSA. Un esempio in questo senso potrebbe essere il seguente: si ipotizzi che due società si siano accordate per un CSA relativo allo sviluppo di una tecnologia su processi produttivi e l'attività svolta abbia prodotto risultati estremamente positivi. Si ipotizzi poi che, dopo un anno, una terza società voglia entrare nel CSA per utilizzare la tecnologia già sviluppata e collaborare alla futura attività di ricerca. In questi casi, il *buy in payment* potrebbe essere determinato quantificando una *royalty* di mercato per il primo anno.

In conclusione, ciò che emerge da questa breve rassegna è che esistono diversi metodi utilizzabili per CSA del secondo tipo, mentre nessuno dei metodi fino ad adesso esaminati sembra essere astrattamente idoneo per quantificare l'ammontare di *buy in* e *buy out payments* per CSA aventi ad oggetto beni immateriali particolarmente innovativi e di incerta realizzazione. In questi casi, visto lo stato "*on going*" dell'attività di ricerca, nessuno, se non le parti stesse, può sapere quale sia lo stato di sviluppo del progetto e quali siano le effettive potenzialità dell'invenzione. Conseguentemente, in questi casi la determinazione di *buy in* o *buy out* risulta essere particolarmente soggettiva facilitando operazioni di pianificazione fiscale ai contribuenti e attività di accertamento alle autorità fiscali.

F. PROBLEMATICHE LEGATE ALL'ATTRIBUZIONE DELLA PROPRIETÀ DEI BENI IMMATERIALI

Una volta esaminate tutte le metodologie di determinazione dei prezzi di trasferimento nelle transazioni aventi ad oggetto beni immateriali, restano da esaminare tutti le questioni relative alla proprietà fiscale degli stessi. Se da un lato, infatti, è necessario che le cessioni di beni immateriali fra società parte dello stesso gruppo d'impresa avvengano in regime di libera concorrenza, dall'altro è opportuno che la parte che ceda il bene immateriale sia l'effettiva proprietaria dello stesso e non solo la mera intestataria per fini legali. In tal senso, uno spunto interessante è reperibile nella previgente normativa americana (prima delle modifiche del 1994) laddove era previsto che i proprietari dei beni immateriali fossero le società che si erano sobbarcate la maggior parte dei costi di ricerca e sviluppo relativi senza che la proprietà legale del bene avesse alcun valore dal punto di vista fiscale. Tale previsione è stata poi parzialmente abrogata dalle *US Transfer Pricing Treasury Regulations* del 1994 che, in linea con le future Linee Guida OCSE del 1995, hanno stabilito che il proprietario di un bene immateriale registrabile debba necessariamente essere chi abbia effettuato la registrazione e, pertanto, abbia la proprietà legale dello stesso²¹⁶. Al contrario, per quanto concerne i beni immateriali non registrabili (si pensi al know-how, ai *trade secrets*, *customer lists* etc.), le *US Transfer Pricing Treasury Regulations* stabiliscono che il proprietario debba essere la parte che si sia sobbarcata i costi di ricerca e sviluppo relativi. Nel caso in cui più di una società si siano sobbarcate detti costi al di fuori di un *Cost Sharing Agreement*²¹⁷, le *Regulations* prevedono l'effettuazione di un test ("*Largest Portion Test*") dedicato a

²¹⁶ Cfr. US Treasury Regulations § 1-482-7(f)(3)(i).

²¹⁷ Nel qual caso tutte le società partecipanti godrebbero di un diritto di reale frazionato sui beni sviluppati.

stabilire quale delle parti in causa si sia sobbarcata la maggior parte degli oneri economici relativi allo sviluppo del bene in questione²¹⁸.

1. Ricerca e sviluppo su contratto

Come detto, le Linee Guida OCSE danno per scontato che il reale proprietario di un bene immateriale sia chi ne abbia la proprietà legale e, pertanto, il diritto pieno di sfruttamento. Questo approccio, benché meno complesso di quell'americano, non è comunque meno rigoroso. Applicano alla lettera il principio, infatti, gruppi multinazionali potrebbero lanciarsi in facili operazioni di *tax planning* attribuendo la proprietà legale dei beni a società residenti in Stati a bassa fiscalità e, successivamente, licenziando i beni alle varie società del gruppo e ricevendo delle royalties come corrispettivo. Ovviamente, l'approccio OCSE non deve essere letto in questo modo poiché tale interpretazione sarebbe in aperto contrasto con il principio ispiratore delle Linee Guida (*arm's length principle*). Nessuna entità indipendente, infatti, sarebbe disposta a sostenere dei costi di ricerca e sviluppo senza poter avanzare alcun diritto sui beni immateriali sviluppati.

Sulla base di quanto detto, perché una società parte di un gruppo multinazionale possa avere la proprietà legale di un bene immateriale ed il relativo pieno diritto di sfruttamento è necessario che essa abbia in qualche modo provveduto alla realizzazione o all'acquisto del bene in oggetto. In questa prospettiva, tre possono essere le modalità tramite le quali una società ottiene la proprietà legale ed il pieno diritto di sfruttamento di un bene immateriale. In prima istanza, infatti, una società potrebbe acquistare tale diritto dalla parte che ne abbia la legittima proprietà. In

²¹⁸ Cfr. Robert Feinschreiber, *Comparable Uncontrolled Transaction Method for Intangible* Transfer Pricing Handbook, a cura di Robert Feinschreiber. John Wiley & Sons Inc., 2001, New York. In ambito Europeo, interessante è l'analisi fatta con riferimento all'allocazione del prezzo di acquisto di un marchio fra *economic owner* e *legal owner* da Clive Jie-A-Joan and Patricia Biemold, in *Dutch Practitioners Review Court Ruling on Trademark Rights*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 13, n. 4, 2004.

questa evenienza, qualora la transazione avvenisse fra due società parte del medesimo gruppo, il prezzo concordato dovrebbe essere conforme al principio dell'*arm's length*. In seconda istanza, una società potrebbe effettuare attività di ricerca e sviluppo e registrare a suo nome i beni sviluppati a seguito di questa attività. Infine, in terza istanza, una società potrebbe commissionare ad un'altra determinate attività di ricerca e sviluppo, retribuire questa società per l'attività svolta e, in caso di sviluppo di una bene immateriale, procedere alla registrazione legale dello stesso²¹⁹.

La transazione connessa a questa terza modalità è detta "ricerca e sviluppo su contratto" ("*contract research*"). In sostanza, una parte richiede ad un'altra di effettuare determinate attività di ricerca e sviluppo, ma nello stesso tempo, si assume tutti i rischi legati al buona riuscita dei progetti. La parte che opera su contratto svolge solo attività tecniche e viene solitamente remunerata a *cost plus*. In altre parole, tutti i costi sostenuti per l'attività di ricerca vengono ribaltati al committente con l'aggiunta di un *mark up* di mercato (nel caso la transazione avvenga fra parti collegate). In questo modo, il committente si assume sostanzialmente tutti i rischi economico/finanziari legati all'attività e, nel caso la ricerca non porti ad alcun risultato, avrà sostenuto costi senza ottenere alcun profitto come corrispettivo.

2. Spese di marketing dei distributori

Le attività di marketing possono comprendere un'ampia gamma di attività, quali gli studi di mercato, la progettazione o la programmazione di prodotti adatti ai bisogni del mercato, le strategie di vendita, le pubbliche relazioni, le vendite, i servizi e il controllo di qualità, la pubblicità e la promozione. Nella maggior parte dei casi, dette attività hanno il pregio di valorizzare il bene immateriale commerciale a cui si riferiscono. In altre parole, è evidente che una campagna pubblicitaria effettuata su

²¹⁹ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 1.25.

marchio in un dato territorio ha l'effetto di valorizzare il marchio stesso rendendolo più appetibile e desiderabile per i consumatori²²⁰.

Partendo da queste premesse, le Linee Guida OCSE si chiedono se l'effettuazione di dette attività di marketing, migliorando il bene immateriale a cui si riferiscono, non possano consentire alla società che le svolge l'avanzamento di pretese in tema di diritto di proprietà del bene stesso (per esempio consistenti in abbassamenti della percentuale delle royalties pagate per l'uso del marchio) o se, al contrario, debbano solamente dar luogo ad una remunerazione aggiuntiva per i servizi prestati. Lo soluzione a questo quesito è, secondo l'OCSE, da trovarsi caso per caso anche se, generalmente, le attività di marketing effettuate dai distributori andrebbero considerate come mere prestazioni di servizi e remunerate di conseguenza²²¹.

In realtà, a parere di scrive, la situazione è lievemente più complessa e, in quanto tale, necessita di un'ulteriore distinzione²²². In sostanza, la attività di marketing dovrebbero essere distinte in due categorie: marketing strategico, consistente nell'elaborazione di strategie ed attività di marketing a livello globale e marketing locale (tattico), consistente nell'elaborazione di strategie ed attività di marketing a livello prettamente locale. Un esempio del primo tipo potrebbero essere attività quali la definizione del logo e dei disegni oppure attività pubblicitarie realizzate su scala internazionale (si pensi ad eventi sportivi particolarmente rilevanti, o ad eventi di interesse soprannazionale). Un esempio del secondo tipo potrebbero essere attività quali la definizione di una campagna pubblicitaria a livello locale, oppure un indagine di mercato relativa ai gusti di determinate categorie di consumatori (sempre effettuate a livello locale).

²²⁰ Cfr Srinil Lalapet, Martin Przysusk, Hendrik Swaneveld, *Recognizing the added value created by incremental innovation* Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 16, 2004.

²²¹ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par.6.36 e seguenti.

²²² Testimonianza della complessità di dette problematiche è il caso GlaxoSmithKline in cui la società americana del gruppo ha addebitato alla consociata britannica costi per servizi di marketing utilizzando il metodo del cost plus ed applicando un mark up non significativo. L'IRS ha, invece, sostenuto che il riaddebito doveva essere calcolato diversamente visto che la consociata americana era diventata parzialmente proprietaria del marchio a causa dei considerevoli sforzi commerciali effettuati. L'aggiustamento proposto dall'IRS sulla transazione supera i 5.000 miliardi di dollari.

Considerando che le attività di marketing strategico producono benefici a livello globale, esse dovrebbero essere effettuate a spese del proprietario legale del marchio che, poi, beneficia delle royalties versate dalle varie società distributrici. Conseguentemente, nel caso in cui un distributore locale effettui dette attività senza ottenere un rimborso per i costi sostenuti, appare evidente che quest'ultimo possa avanzare un diritto, ancorché minimo, sulla proprietà del bene immateriale in questione.

Un esempio abbastanza frequente di questa problematica si ha con riferimento ai cosiddetti "*flagship stores*". Per *flagship store* si intende un negozio monomarca localizzato in zone estremamente prestigiose che segua determinati canoni di magnificenza e rappresentatività imposti dallo stile del gruppo multinazionale (si pensi ai negozi più sontuosi delle maggiori case della moda localizzati nelle zone più prestigiose delle varie località). Solitamente questi negozi costano più di quanto incassano, anche se, nello stesso tempo, hanno una vera e propria funzione promozionale e pubblicitaria procurando vari benefici al gruppo in termini di prestigio e rinomanza. E' evidente che sarebbe ingiusto che tutti i costi relativi a questi esercizi fossero sostenuti dal distributore locale visto che i benefici derivanti dalla loro esistenza sono generalmente conseguiti dal proprietario del marchio.

Per quanto concerne le attività di marketing locale, esse devono, invece, essere a carico del distributore locale. Esse, infatti, hanno la funzione di incrementare le vendite nelle zone di competenza del distributore senza fornire alcun beneficio in termini di rinomanza globale del bene immateriale a cui si riferiscono. Alla luce di ciò, la remunerazione per dette attività dipende principalmente dai termini del contratto di distribuzione o da altre condizioni quali le modalità di determinazione del prezzo dei beni o il pagamento di royalty per l'utilizzo di beni immateriali di marketing.

Le problematiche legate a questo tema sono molto sentite anche negli Stati Uniti. In particolare, nel 1994 l'IRS aveva aggiunto i cosiddetti "*Cheese examples*" all'interno delle *US Transfer Pricing Regulations* 1.482 precisando che un distributore collegato

operante in territorio americano poteva essere considerato come *co-owner* degli intangibili di marketing e pertanto avente titolo ad una quota dei profitti totali derivanti dall'uso di questi intangibili. Le *Proposed Regulations*²²³ invalidano questi esempi non riconoscendo più la possibilità di avere più proprietari del medesimo bene immateriale, ma, al contrario, precisano che, anche ai fini fiscali, il proprietario di ogni bene immateriale non può essere altri che il proprietario legale dei beni stessi. Nel caso in cui le norme in materia di proprietà intellettuale non disciplinino le questioni relative alla proprietà di specifici beni, il proprietario ai fini delle *Regulations* sui prezzi di trasferimento è colui che effettivamente ha il controllo dei beni in questione.

Insieme a questi cambiamenti, le *Proposed Regulations* inseriscono nuove regole concernenti la remunerazione per attività di rafforzamento degli intangibili commerciali²²⁴, suggerendo in più di una circostanza l'utilizzo del *residual profit split method* per i casi in cui l'attività di distribuzione sia effettivamente accompagnata da forti e dispendiose campagne promozionali²²⁵.

²²³ Proposed Regulations on Treatment of Services Under Section 482 (Settembre 5, 2003), riviste in data Dicembre 16, 2003 e Gennaio 23, 2004.

²²⁴ Cfr. Stanley E. Langbein, *Transfer Pricing and the Outsourcing problem*, Tax Analysts, 2005. Secondo l'autore: "The proposed regulations promote the idea of compensation for "contributions" by one controlled taxpayer to intangibles owned by another, but say only that the consideration is "determined in accordance with the applicable rules under section 482". In aggiunta, con riferimento al residual profit split method, l'autore specifica che "Third, they amend the rules governing the residual profit split itself, so that the residual is not necessarily associated with intangible property but may be associated with any "nonroutine" contribution. That again weakens, indeed destroys, the necessary link of the RPSM with the idea of intangible property."

²²⁵ Cfr. William Bonano, *IRS Proposes Section 482 Regulations on Intangible Property and Services*, International Tax Bulletin, November 2004.

V. Individuazione del metodo più idoneo nelle transazioni di servizi

A. LE “MANAGEMENT FEES”

Le sfide poste dall'evoluzione di un ambiente economico dai contorni sempre più globali rendono estremamente attuali le necessità d'integrazione strategica ed operativa tra centro e periferia e tra i responsabili delle varie funzioni dei gruppi multinazionali ²²⁶. In questa prospettiva, quasi tutti i gruppi con una configurazione multinazionale sono organizzati con una struttura centrale svolgente il ruolo di *headquarter* o *hubco* ed in varie strutture locali svolgenti funzioni generalmente produttive e distributive.

In questo contesto, accade frequentemente che l'*headquarter*, al fine di uniformare le attività e le metodologie di lavoro del gruppo, effettui vari servizi di carattere più o meno strategico a vantaggio delle consociate. Detti servizi consistono generalmente in attività di supporto e sostegno per le diverse unità operative delle società locali. Esempi tipici di servizi infra-gruppo di questo tipo possono essere attività di supporto per *human resources*, uffici amministrativi, *tax planning*, *information technology* (ad esempio utilizzo di software manageriali a livello di gruppo) ed altri.

²²⁶ Cfr. Davide Bergami, *Deducibilità delle spese di direzione*, Amministrazione e Finanza, n. 12, 2002.

1. Criteri per la deducibilità delle management fees

La disciplina nazionale in materia di deducibilità delle service fees è contenuta all'interno della più volte citata circolare ministeriale n. 32/9/2267. Seguendo il dettato della circolare, che è a sua volta assolutamente conforme a quanto previsto dalle Linee Guida OCSE, perché dei costi per servizi infra-gruppo possano considerarsi inerenti e quindi deducibili è necessario dimostrare:

- l'effettiva realizzazione del servizio a vantaggio della società Italiana,
- l'effettivo utilizzo del servizio da parte della società Italiana insieme con il reale beneficio conseguito,
- La congruità del riaddebito²²⁷.

Innanzitutto, è necessario considerare che, contrariamente alle transazioni di beni materiali ed immateriali, nelle transazioni di servizi non rimane generalmente traccia dei servizi resi. In altre parole, per quanto riguarda le autorità fiscali interessate, una *service fee* potrebbe essere utilizzata come un mero espediente per spostare profitto imponibile in un'altra giurisdizione. In questa ottica, appare inevitabile (secondo sia le Linee Guida OCSE, che la circolare n. 32/9/2267) che i contribuenti si adoperino per mantenere un'adeguata documentazione che testimoni i servizi ricevuti²²⁸.

A tal fine, le autorità fiscali sono solite richiedere un contratto in forma scritta, firmato da tutte le parti interessate, che riporti le tipologie dei servizi resi, i meccanismi utilizzati per calcolare gli addebiti e la durata delle transazioni. In aggiunta, è necessario essere in grado di produrre qualunque genere di documento che

²²⁷ Cfr. Gianluigi D'Alfonso, *Service Agreement e transfer pricing*, il Fisco, n. 13, 29 marzo 2004 e Filippo Lorcet, *Rapporti di "service infragruppo": attività di accertamento tributario e corretta regolamentazione del rapporto*, il Fisco, n. 25, 30 giugno 2003.

²²⁸ Secondo la Commissione Tributaria Provinciale di Milano n. 158/8 del 29 Luglio 2005 è fondamentale avere una certificazione di un revisore indipendente che testimoni l'effettiva prestazione dei servizi.

attesti, anche parzialmente, l'avvenuta effettuazione del servizio (si pensi a fogli elettronici, memorandum interni, reports, etc.).

Perché un riaddebito per servizi resi infra-gruppo possa essere considerato deducibile è necessario che i servizi oggetto della transazione producano un reale beneficio per la società ricevente. Due sono sostanzialmente le problematiche che possono sorgere relativamente a questo aspetto. 210

Innanzitutto, può capitare che il servizio reso produca benefici all'azionista o alla capogruppo e non alla società ricevente. In questi casi si parla generalmente di *shareholder activities*²²⁹. Esempi di questi servizi possono essere le attività riguardanti la struttura giuridica del gruppo, attività di reporting alla capogruppo, servizi per la redazione del bilancio consolidato ed altri. In sostanza, ciò che distingue una *shareholder activity* è che essa, pur riguardando le attività della società ricevente, è effettuata al fine esclusivo di fornire un beneficio alla società azionista o capogruppo²³⁰.

In seconda istanza, potrebbe succedere che la società ricevente sia già in possesso del personale e dell'*expertise* necessari per effettuare un determinato servizio internamente. In queste situazioni, qualora il medesimo servizio sia reso anche da una società dello stesso gruppo, è possibile che si presenti un rischio di *double dip*, ovvero di doppia deduzione del medesimo servizio. In questi casi, perché il riaddebito possa essere considerato deducibile, è necessario che la società ricevente produca una documentazione adeguata per dimostrare l'utilità del servizio ricevuto, spiegando i motivi dell'apparente *double dip* e le diversità fra i servizi effettuati internamente ed i servizi ricevuti²³¹.

²²⁹ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par.7.6 e seguenti.

²³⁰ Si veda la sentenza della Corte di Cassazione n. 14016 del dicembre 1999 in cui la Corte ha verificato, ai fini della deducibilità di servizi infra-gruppo, i seguenti punti: a) effettiva prestazione dei servizi; b) congruità del costo; c) non rispondenza ad esigenze di governo e gestione dell'impresa multinazionale. In quest'ottica, si veda anche Cassazione Sezione Tributaria n. 10062 del 17.5.2000 e Cassazione Sezione Tributaria n. 1133 del 22.9.2000.

²³¹ Interessante in questa prospettiva la sentenza della Commissione Tributaria di Roma n. 342 del 4 febbraio 1998 in cui la Commissione ha richiesto alla guardia di Finanza l'onere di dimostrare il

Per quanto concerne gli aspetti legati alla la congruità del riaddebito, si veda il paragrafo successivo: "determinazione dell'*arm's length charge*".

2. La determinazione dei riaddebiti in conformità all'*arm's length* principle

Per quanto concerne le metodologie di determinazione dei prezzi di trasferimento nelle transazioni di servizi, occorre fare una premessa relativa allo schema di conto economico da utilizzarsi per evidenziare i profitti. Come si era visto nel paragrafo relativo agli schemi di conto economico, lo schema di conto economico di riferimento da adottarsi nelle transazioni di beni materiali è quello cosiddetto a "costo del venduto" che si basa sulla suddivisione dei costi totali in due categorie distinte consistenti nel costo del venduto (costi attinenti alla produzione o acquisto dei beni oggetto dell'attività caratteristica) e nelle spese operative (intese come i costi generali, amministrativi e di vendita più gli ammortamenti relativi).

Ricavi delle Vendite
(Costo del Venduto)
<hr/>
Profitto Lordo
<hr/>
(Spese Operative)
<hr/>
Profitto Operativo
<hr/>

Questa distinzione fra le due categorie di costo non dovrebbe essere attuabile con riferimento ai conti economici di società operanti come prestatrici di servizi. In sostanza, è estremamente complesso ed arbitrario provare a distinguere fra "costo del

double dip non ritenendo sufficiente gli "astratti concetti di similitudine dei servizi" espressi dalla Guardia di Finanza stessa.

servizio” e spese operative soprattutto nei casi in cui l’effettuazione dei servizi sia una delle tante funzioni svolte dall’impresa. Conseguentemente, ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento e della selezione delle metodologie più appropriate nelle transazioni di servizi, è generalmente preferito²³² considerare i ricavi delle vendite ed il profitto lordo come voci del conto economico equivalenti. In altre parole, non esistendo il costo del venduto, il profitto è dato da ricavi delle vendite meno il totale dei costi (ovvero le spese operative) sostenuti.

In realtà nelle società di servizi è possibile provare a distinguere fra costi diretti e costi indiretti. I primi includono generalmente retribuzioni e bonus di coloro che effettuano il servizio e costi di vario tipo come materiali, forniture e così via. Al contrario, i costi indiretti includono tutte le spese non legate direttamente ai servizi quali quelle amministrative e generali. Nonostante ciò, vi sono, a parere di chi scrive, due ordini di motivi per cui tale distinzione fra categorie di costo è estremamente problematica e, in quanto tale, non dovrebbe trovare applicazione per determinare i prezzi di trasferimento nelle transazioni fra imprese associate. Innanzitutto, è necessario considerare che la distinzione fra costi diretti ed indiretti non è in alcun modo considerata nella evidenziazione del conto economico civilistico realizzato in conformità alla IV direttiva. In aggiunta, la distinzione fra le due categorie è estremamente sfumata e, in quanto tale, non è generalmente impiegabile nemmeno considerando i conti economici manageriali. Conseguentemente, non è facile immaginare una circostanza in cui possa essere fattibile utilizzare per la comparazione il margine lordo piuttosto che il margine operativo.

Utilizzando l’approccio descritto in precedenza, due sono le conseguenze che derivano: innanzitutto lo schema di conto economico di riferimento (ricavi meno costi totali) torna ad essere analogo a quello presentato dalla citata IV Direttiva e pertanto la comparazione degli indicatori di profitto viene ad essere notevolmente facilitata. In secondo luogo, non ha più senso parlare di differenze fra i metodi basati sul confronto

²³² In realtà ciò è ricavabile dal dettato complessivo delle Linee Guida OCSE anche se, all’interno delle Linee Guida, non è presente alcun accenno specifico al problema. Anche la citata circolare n. 32/9/2267 non affronta il punto al momento della trattazione delle varie metodologie da utilizzarsi nelle transazioni di servizi.

dei margini lordi (*cost plus* e prezzo di rivendita) ed i metodi basati sul confronto dei margini netti (TNMM e *profit split*).

Sulla base di questa premessa, è ora possibile passare in rassegna tutte le metodologie utilizzabili per determinare i prezzi di trasferimento nelle transazioni infra-gruppo di servizi.

a) Applicazione del metodo del confronto

Come visto nei paragrafi precedenti, il metodo del confronto del prezzo si può applicare nelle transazioni di servizi confrontando il prezzo di servizi trasferiti nel corso di una transazione tra imprese associate con il prezzo concordato per servizi trasferiti nel corso di una transazione comparabile sul libero mercato in circostanze comparabili. Anche in questi casi, il metodo del CUP può essere interno o esterno. Si ha un confronto interno ogniqualvolta il prezzo applicato alla transazione in verifica sia comparato al prezzo applicato in transazioni fra una società parte della transazione in verifica ed una società terza. Si ha, invece, un confronto esterno quando il prezzo applicato alla transazione in verifica sia confrontato con il prezzo applicato in transazioni fra parti terze, fra loro indipendenti.

Viste le caratteristiche generali di unicità ed atipicità che contraddistinguono i servizi, l'applicazione del metodo del confronto del prezzo (CUP) è generalmente complessa. Come al solito occorre fare distinzioni fra CUP interno e CUP esterno. Il CUP interno è certamente il metodo preferibile nella gerarchia dei metodi a patto che la transazione scelta per la comparazione sia comparabile a quella in esame, oppure eventuali differenze siano quantificabili tramite opportuni aggiustamenti sul prezzo.

Al contrario, il metodo del CUP esterno è estremamente difficile da applicare per due ordini di motivi. In prima istanza, è quasi impossibile trovare sul libero mercato servizi identici a quello in esame. Si pensi, per esempio, ai citati servizi di

management. Generalmente servizi di questo tipo sono forniti nell'ambito dell'attività congiunta di un gruppo multinazionale dalla società capogruppo alle varie controllate. Sembra quasi impossibile che una società indipendente possa avvalersi dello stesso genere di servizi (soprattutto se ad alto valore aggiunto) forniti da una società terza. In aggiunta, è evidente come le qualità dei servizi prestati dipendano principalmente dalla perizia e dalla competenza del prestatore. In tale ottica non avrebbe senso imporre per servizi infra-gruppo ad alto valore aggiunto lo stesso prezzo concordato fra parti indipendenti per servizi magari prestati senza le medesime competenze. In seconda istanza, anche se fosse possibile trovare sul libero mercato servizi pienamente comparabili, sarebbe estremamente complesso trovare informazioni circa il prezzo per cui gli stessi vengono prestati.

In sintesi, l'applicazione del metodo del CUP esterno è solitamente alquanto problematica per le transazioni infra-gruppo di servizi. Tuttavia, non è possibile l'escludere l'applicazione del metodo in tutte le circostanze. Per esempio, nel caso di talune categorie di servizi finanziari, i prezzi per i servizi sono generalmente resi noti al pubblico e, pertanto, potrebbero essere utilizzabili ai fini delle analisi sui prezzi di trasferimento. Addirittura, nel caso di taluni servizi manageriali a basso valore aggiunto (per esempio payroll, *compliance* fiscale e societaria) il prezzo per i servizi infra-gruppo può essere confrontato con quelli dalle società che li offrono in *outsourcing*.

b) Applicazione del metodo del prezzo di rivendita

Come visto, il metodo del prezzo di rivendita si applica comparando il margine d'utile lordo conseguito dall'impresa acquirente nella transazione in verifica con il margine d'utile lordo conseguito da operatori indipendenti in transazioni comparabili. Secondo questo schema, il prezzo di trasferimento viene determinato scontando dal prezzo a cui l'impresa acquirente rivende i prodotti acquistati dall'impresa associata

un margine di utile lordo analogo a quello conseguito da operatori fra loro indipendenti in transazioni comparabili avvenute sul libero mercato. Conseguentemente, perché il metodo del prezzo di riveduta possa essere applicato, è necessario che l'impresa che acquista il servizio nella transazione infra-gruppo provveda alla rivendita dello stesso a società terze.

Alla luce del fatto che una catena del valore infra-gruppo basata sull'acquisto e la rivendita di servizi è estremamente rara, il metodo del prezzo di rivendita non trova un'applicazione frequente nei casi di transazioni di servizi.

c) **Applicazione del metodo del *cost plus***

Nelle transazioni infra-gruppo di servizi, il metodo del *cost plus* parte dai costi totali sostenuti dal prestatore dei servizi e si applica aggiungendo a tali costi un margine di utile che tenga conto delle effettive funzioni svolte, dei rischi sostenuti e delle reali condizioni di mercato all'interno delle quali opera il prestatore del servizio.

Relativamente alla quantificazione della base di costo, l'applicazione del metodo del *cost plus* nelle transazioni di servizi deve essere fatta con riferimento al totale dei costi sostenuti dal prestatore. Come visto, questo approccio permette di evitare tutte le problematiche relative alla corretta definizione della base di costo e, pertanto, consente di effettuare la comparazione sui margini di utili di altre imprese a prescindere dall'analisi dei criteri di classificazione dei costi utilizzati da queste ultime.

Tuttavia, nelle transazioni di servizi vi sono altre problematiche relative alla quantificazione dei costi sostenuti. Innanzitutto, nel caso in cui un'impresa fornisca servizi a più di una parte, è necessario adottare dei metodi di allocazione che permettano di ripartire i costi sostenuti in funzione dei servizi prestati. In questa prospettiva, le Linee Guida OCSE invitano i contribuenti ad adottare metodologie di

attribuzione diretta²³³. In sostanza, secondo l'OCSE un gruppo multinazionale dovrebbe essere in grado di adottare un sistema di imputazione diretta soprattutto nel caso in cui servizi simili a quelli resi alle imprese associate vengano resi a imprese indipendenti. In questi casi, si presume che il gruppo multinazionale abbia la capacità di dimostrare una distinta base di calcolo dell'addebito (ad esempio, contabilizzando il lavoro eseguito ed i costi relativi all'esecuzione di contratti con terzi) e, pertanto, sia esso stesso interessato ad utilizzare il metodo di imputazione diretta.

Relativamente alla quantificazione del margine da aggiungere, questo può essere determinato comparando il margine di utile della transazione in verifica con quello ricavato dalla stessa impresa in servizi effettuati a beneficio di terzi sullo stesso mercato e con funzioni analoghe a quelle delle transazioni in oggetto (confronto interno). In alternativa, cioè nel caso in cui dette transazioni non siano esistenti o utilizzabili, la comparazione deve necessariamente essere effettuata con riferimento ai margini di utile ricavati da imprese indipendenti in transazioni similari (confronto esterno).

Il fondamento logico del metodo in esame, sta nel fatto che il compenso, per eguale entità di funzioni espresse e rischi sostenuti, tende generalmente ad essere il medesimo anche in presenza di transazioni aventi ad oggetto servizi lievemente differenti. Ciò che importa è non confondere servizi a basso valore aggiunto con servizi direzionali ad alto contenuto qualitativo.

d) Metodo del costo

Nell'ambito dell'applicazione del metodo del *cost plus* nelle transazioni di servizi, la più volte citata circolare ministeriale n. 32/9/2267 specifica che il *mark up* sui costi sostenuti da una società consociata estera nello svolgimento dei servizi in oggetto

²³³ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 7.21 e seguenti.

possa essere aggiunto e riaddebitato alla società italiana solo nei casi in cui l'effettuazione dei servizi rappresenti l'oggetto principale dell'attività economico/commerciale della società estera²³⁴. In altre parole, la deducibilità del margine di profitto della società che effettua i servizi può essere considerato deducibile presso la società Italiana solo nei casi in cui la società estera svolga come attività principale servizi in oggetto.

Questa previsione, abbastanza comune nel panorama Europeo, riprende, per certi versi, il cosiddetto *cost safe harbour* disciplinato dalle *US Transfer Pricing Treasury Regulations*.

e) Il simplified cost based method per i servizi nelle Proposed US Treasury Regulations

Nel Settembre 2003, l'*Internal Revenue Service* ("IRS") degli Stati Uniti d'America ha pubblicato una proposta di nuova regolamentazione in materia di prezzi di trasferimento per i servizi infra-gruppo²³⁵. In sostanza, la novità rilevante consiste nell'introduzione del cosiddetto "*simplified cost based method*" che servirebbe, nei piani dell'IRS, a sostituire l'attuale *cost safe harbour* e l'*integral service test*.

Come visto nel paragrafo precedente, il *cost safe harbour* è un metodo che permette di trasferire i servizi infra-gruppo al costo di produzione del servizio senza ricaricare alcun mark-up. Secondo le *Regulations* ancora in vigore questo metodo è applicabile ogniqualvolta i servizi resi siano generalmente a basso valore aggiunto o semplicemente di back-up. Al fine di verificare questa circostanza, le attuali *Regulations* prevedono la realizzazione di un cosiddetto test ("*Integral test*"²³⁶). Se il

²³⁴ Circolare Ministeriale n. 32/9/2267, punto 5 del paragrafo riservato ai servizi infra-gruppo.

²³⁵ Proposed Regulations on Treatment of Services Under Section 482 (Settembre 5, 2003), riviste in data Dicembre 16, 2003 e Gennaio 23, 2004.

²³⁶ Il test consiste di alcuni criteri che fanno in gran parte riferimento alla percentuale del fatturato che l'entità che effettua il servizio realizza tramite l'effettuazione di servizi analoghi.

contribuente erogante il servizio soddisfa i criteri previsti dall'*integral service test*, allora il prezzo di trasferimento dei servizi si determina con riferimento al solo costo dei servizi stessi. Negli altri casi, il prezzo di trasferimento dovrà essere determinato applicando uno dei metodi previsti dalle *Regulations* seguendo la regola della *best method rule*.

Al contrario del *cost safe harbour*, il *simplified cost based method* richiede che l'entità erogante il servizio aggiunga un *mark-up* di mercato che sia in conformità a quello aggiunto da società indipendenti impegnate in transazioni comparabili. Perché si possa applicare il metodo, è poi necessario che il *mark up* di mercato faccia riferimento a servizi a basso valore aggiunto e, pertanto, non superi il 10%. Tuttavia, la caratteristica saliente del metodo è che l'IRS non è autorizzato ad effettuare un aggiustamento del *mark up* individuato dal contribuente a meno che il *mark up* scelto non sia inferiore al *mark up* di mercato di una certa quota percentuale. In questa prospettiva, le *Regulations* includono la seguente tabella²³⁷.

Tabella 22

Markup charged by taxpayer (X)	0%	1%	2%	3%	4%	5%	6%	7%	8%	9%
Applicable number of percentage points (Y)	6	5½	5	4½	4	3½	3	2½	2	n/a
Arm's length markup necessary for allocation by the Commissioner (Z)	6%	6½%	7%	7½%	8%	8½%	9%	9½%	10%	10%

²³⁷ Cfr. William Bonano, *IRS Proposes Section 482 Regulations on Intangible Property and Services*, International Tax Bulletin, November 2004.

In sostanza, seguendo la tabella, se il contribuente decide di ricaricare un *mark up* del 4%, perché l'IRS possa effettuare un aggiustamento sui prezzi di trasferimento è necessario che il *mark up* di mercato (i.e. "*Arm's length mark up*") sia dell'8%. Allo stesso modo, se il contribuente ricarica un *mark up* del 7%, perché l'IRS possa effettuare un aggiustamento sui prezzi di trasferimento è necessario che il *mark up* di mercato sia dell'9,5%.

Perché il metodo possa essere utilizzato è, però, necessario che la transazione in oggetto risponda ad alcuni requisiti. In particolare l'IRS esclude determinati tipi di transazione dalla gamma di transazioni per cui il metodo può essere applicato. Per esempio, il metodo non può essere utilizzato per servizi che siano simili a quelli che il contribuente stesso effettua a vantaggio di terze parti. In aggiunta, il metodo non si applica per transazioni di servizi in cui determinati beni immateriali abbiano un'importanza strategica per la prestazione del servizio o in cui i costi sostenuti per la produzione di questi beni siano inclusi fra i costi sostenuti per l'erogazione del servizio stesso. Infine, determinate transazioni possono essere escluse allorché l'erogazione del servizio costituisca una funzione strategica del contribuente oppure allorché i costi totali sostenuti per l'erogazione del servizio non siano un adeguato punto di riferimento per prezzare la transazione²³⁸.

f) Il metodo del *profit split*

Come visto con riferimento alle transazioni di beni materiali ed immateriali, i metodi utilizzabili per determinare i prezzi di trasferimento delle transazioni infra-gruppo

²³⁸ Cfr. Nabeel Anwar, Jennifer V. Droubay, Jessica Rosenbloom, Crystal Thibeault, Rahul Tomar and Deloris R. Wright, *Cost Sharing, Services and Intangibles: Recent Changes in Transfer Pricing Regulations*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, January/February 2004.

sono sostanzialmente cinque: il metodo del confronto del prezzo (CUP), il metodo del *cost plus*, il metodo del prezzo di rivendita, il *profit split method* ed il metodo del confronto dei margini netti (TNMM) nelle due accezioni di *cost plus* modificato o metodo del prezzo di rivendita modificato.

Nelle transazioni infra-gruppo di servizi si è visto che non vi dovrebbe essere alcuna distinzione fra metodi tradizionali ed i cosiddetti *profit based methods*. La prima conseguenza di ciò è che il metodo del *cost plus* ed il metodo del prezzo di rivendita non differiscono più dalla loro versione modificata (TNMM). La seconda è che i metodi da prendere in considerazione rimangono solamente quattro.

Contrariamente al TNMM, il metodo del *profit split* non differisce dai metodi tradizionali a causa dell'indicatore di profitto che utilizza, ma differisce sostanzialmente per le modalità di funzionamento. Il *profit split* è, infatti, l'unico metodo basato sulla comparazione dei margini di utile che si applica con riferimento ad entrambe le parti impegnate nella transazione sotto controllo. In sostanza, ciò che rileva applicando il *profit split* è che il prezzo di trasferimento sia determinato in modo tale da ripartire i profitti o le perdite fra le parti come avrebbero fatto imprese indipendenti.

Come si era visto nei paragrafi dedicati alla trattazione di questo metodo nelle transazioni di beni materiali ed immateriali, il *profit split* è preferibile rispetto agli altri metodi in tutti i casi in cui non vi sia una società qualificabile come *principal*, ma il business sia portato avanti da più di una società in maniera sostanzialmente proporzionata. La stessa logica deve essere seguita anche nelle transazioni di servizi. In questi casi, il *profit split* sarà preferibile tutte le volte in cui i servizi oggetto della transazione in verifica siano così centrali e rilevanti per l'attività d'impresa da avere pari valore rispetto al resto delle attività svolte.

Nella maggior parte dei casi, queste situazioni si verificano allorché l'effettuazione del servizio stesso rappresenti l'attività *core* dell'impresa. Si pensi a società multinazionali impegnate nello svolgimento di servizi finanziari. Nei casi in cui tali servizi siano svolti da più di una società (cosa che, come rivedrà nei paragrafi a

seguire, accade in maniera sempre più frequente) senza che nessuna assuma un ruolo prevalente, il metodo del *profit split* rappresenterà generalmente la miglior soluzione.

3. Modalità per determinare correttamente la base dei costi di ogni servizio reso

Alla luce dell'esame effettuato, le metodologie utilizzabili per determinare i prezzi di trasferimento nelle transazioni di servizi si riducono a tre: il metodo del CUP, il metodo del *cost plus* ed, infine, il metodo del *profit split*.

A parte il CUP, sia per il *cost plus* che per il *profit split* è necessario, ai fini della loro applicazione, determinare quale siano i costi complessivi e parziali dei servizi resi. In altre parole, è necessario che chi effettua il servizio sia in grado di appurare con certezza quali siano i costi totali che ha sostenuto per rendere il servizio stesso. Tutto ciò è generalmente semplice nei casi in cui il prestatore dei servizi effettui gli stessi a beneficio esclusivo di una sola impresa. In questi casi, ovviamente, il totale dei costi sostenuti coincide con il totale dei costi attribuibili ai servizi resi. Al contrario, nel caso in cui il prestatore di servizi effettui gli stessi a beneficio di più di una impresa, si pone il problema di determinare la quota di costi attribuibili ad ognuno dei riceventi.

In questa prospettiva, le Linee Guida OCSE e la circolare ministeriale n. 3279/2267 sembrano concordi nel prediligere metodologie basate su un sistema di imputazione diretta. In particolare, seguendo il dettato delle Linee Guida, "se servizi particolari vengono resi sia alle imprese associate che alle imprese indipendenti, in circostanze comparabili e su vasta scala, si presume che il gruppo multinazionale abbia la ca-

pacità di dimostrare una distinta base di calcolo dell'addebito (ad esempio, contabilizzando il lavoro eseguito ed i costi relativi all'esecuzione di contratti con terzi)".²³⁹

Tuttavia, specialmente nei casi in cui i servizi vengono resi a più imprese tutte appartenenti al medesimo gruppo, il metodo di imputazione diretta può essere di difficile applicazione pratica. In tali casi, al fine di determinare i costi totali sostenuti nell'effettuazione dei servizi ad ogni singola impresa, le imprese che prestano i servizi non hanno altra alternativa se non utilizzare i metodi di ripartizione dei costi, i quali spesso comportano stime o valutazioni approssimative.

“Detti metodi vengono generalmente classificati come metodi di imputazione indiretta da autorizzarsi a condizione che si presti sufficientemente attenzione al valore dei servizi resi ai beneficiari e che si determini in quale misura le prestazioni di servizi comparabili abbiano luogo tra imprese indipendenti.”²⁴⁰ Essi si basano sull'utilizzo di chiavi di allocazione di vario tipo che permettono di allocare quote dei costi sostenuti alle società riceventi in funzione del reale beneficio ottenuto.

Quanto alle varie chiavi utilizzabili, né le Linee Guida OCSE, né la circolare ministeriale n. 32/9/2267 richiedono ai contribuenti l'utilizzo di alcuna in particolare. Al contrario, le Linee Guida si limitano a richiedere l'utilizzo di qualunque metodologia d'allocazione che sia adattabile alle caratteristiche commerciali di ciascun caso, conforme ai principi contabili, razionale e che permetta di ottenere prezzi o ripartizioni dei costi in misura adeguata ai benefici ottenuti o suscettibili di essere ottenuti dal beneficiario del servizio. Per esempio, nel caso di servizi di *information technology*, la chiave d'allocazione solitamente più attendibile è fondata sul conteggio delle postazioni IT delle società riceventi. Nel caso di servizi di *human resources*, il numero di dipendenti di ciascuna società ricevente è solitamente la chiave più indicativa. Infine, nel caso di servizi di supporto amministrativo, il fatturato può essere un ottimo indicatore.

²³⁹ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 7.21 e 7.22 e Gianluigi D'Alfonso, *Service Agreement e transfer pricing*, Il Fisco n. 13 del 29 marzo 2004, pag. 1-1906.

²⁴⁰ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 7.23.

B. ALTRE TIPOLOGIE DI SERVIZI INFRA-GRUPPO

Mentre le Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento non trattano l'argomento delle transazioni finanziarie, la citata circolare ministeriale n. 32/9/2267 dedica un'intera sezione al trattamento degli interessi nei prestiti e mutui fra società parte del medesimo gruppo multinazionale d'impres. In particolare, la circolare precisa che gli interessi derivanti da operazioni di finanziamento concluse da imprese italiane con società controllanti²⁴¹ estere rientrano nella disciplina del prezzo di trasferimento sia che si tratti di ricavi (finanziamento concesso a società collegate estere), sia che si tratti di costi (finanziamento ricevuto da società collegate estere).

Tuttavia, la circolare ministeriale tratta esclusivamente di interessi derivanti da mutui e prestiti senza affrontare altri argomenti legati ad altre tipologie di transazioni (es. garanzie) o ad altri servizi finanziari (es. trading). In questo contesto, alcuni *discussion papers* pubblicati recentemente dell'OCSE²⁴² possono risultare utili per fornire a contribuenti ed autorità fiscali ulteriori spunti preziosi relativamente alle modalità di applicazione dell'*arm's length principle* in queste tipologie di transazioni. In questo senso, l'OCSE ha pubblicato un "*discussion paper*" intitolato "*The taxation of global trading of financial instruments*"²⁴³ che, senza fornire alcuna raccomandazione a contribuenti ed autorità fiscali, ha l'unico obiettivo di provare a trovare un approccio comune per tutti i Paesi OCSE relativamente ai meccanismi di tassazione delle attività di *global trading*. In aggiunta, altri spunti in materia si trovano in due ulteriori *discussion papers* dell'OCSE che trattano dell'attribuzione del profitto a stabili organizzazioni di banche estere. In

²⁴¹ Anche se la circolare utilizza il termine "controllanti", non si vedono motive per cui le stesse disposizioni non debbano essere applicate anche a società collegate e controllate.

²⁴² Per una lista esaustiva della documentazione che l'OCSE sta realizzando con riferimento a queste problematiche, Cfr. Mitchell J. Tropin *OECD Moving Forward on Transfer Pricing, PE Projects*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 13, n. 3, 2004.

²⁴³ OECD, Discussion paper on "The taxation of global trading of financial instruments", Paris, 1998.

particolare, nel documento intitolato "*Discussion draft of the attribution of profits to a permanent establishment (PES): Part II (Banks)*"²⁴⁴, vengono descritti i principi basilari da seguire per attribuire profitto alle stabili organizzazioni, mentre nel documento intitolato "*Discussion draft on the attribution of profits to permanent establishments (PES: Part. III (enterprise carrying on global trading of financial instruments))*"²⁴⁵ viene fatta una simulazione di analisi ai fini dell'applicazione del *profit split method* in questo genere di transazioni.

Sulla base dell'insieme di queste disposizioni e documenti, nei paragrafi successivi si proverà a classificare le transazioni finanziarie solitamente più rilevanti nell'ambito dell'attività di un gruppo multinazionale ed a verificare le possibili soluzioni ai fini dell'applicazione del principio dell'*arm's length*. Più in particolare, nei primi due paragrafi si cercheranno di analizzare le problematiche in materia di prezzi di trasferimento tipiche delle imprese commerciali che ricevono un finanziamento o una garanzia da una società collegata, o, nell'ipotesi opposta, concedono un finanziamento o una garanzia sempre ad una società collegata. Nel terzo paragrafo, invece, si analizzeranno le problematiche in materia di prezzi di trasferimento che le società impegnate nella realizzazione di servizi finanziari su scala globale devono affrontare giornalmente²⁴⁶.

1. I Finanziamenti infra-gruppo

Sintetizzando il dettato della circolare ministeriale n. 32/9/2267, nel caso di finanziamenti infra-gruppo è necessario presumere la corresponsione di interessi che siano in linea con quelli praticati nel mercato del mutuante. In altre parole, nel caso di

²⁴⁴ OECD, Discussion draft of the attribution of profits to a permanent establishment (PES): Part II (Banks), Paris, March 2003.

²⁴⁵ OECD, Discussion draft on the attribution of profits to permanent establishments (PES: Part. III (enterprise carrying on global trading of financial instruments), Paris, March 2003.

²⁴⁶ Cfr di Michele Pisani, *Il prezzo di trasferimento nei finanziamenti transnazionali infragruppo*, il Fisco, n. 17, 26 aprile 2004.

una transazione finanziaria fra due società parte del medesimo gruppo, la circolare prevede che il finanziamento debba essere fornito in cambio di interessi il cui tasso debba essere calcolato applicando le regole del valore normale e quindi *dell'arm's length principle* ed utilizzando, ai fini della comparazione, transazioni avvenute nel mercato di chi concede il finanziamento²⁴⁷. Quanto alla determinazione del “tasso normale”, la circolare precisa che l'analisi deve fondarsi sulla comparazione dei tassi (quindi metodo del confronto del prezzo – CUP-) considerando vari elementi quali l'ammontare e la durata del prestito, il titolo, la natura e l'oggetto del negozio, posizione finanziaria del mutuante, eventuali rischi di cambio e le garanzie prestate in relazione al finanziamento concesso.

Nell'analizzare le disposizioni ministeriali, due sono le problematiche maggiormente rilevanti che sembra opportuno affrontare: innanzitutto, non è chiara la previsione della circolare in base alla quale sia necessario rifarsi sempre al mercato del finanziatore e non del finanziato. In secondo luogo, non vi sono disposizioni nella circolare che permettano di distinguere i casi di finanziamento a lungo termine da finanziamenti a breve termine che, in quanto tali, non sempre andrebbero elargiti in cambio di un interesse corrispettivo²⁴⁸.

La citata circolare prevede espressamente che, nel caso di finanziamento da parte di una controllante estera ad una controllata italiana, debba considerarsi “normale” il saggio d'interesse corrente sul mercato del mutuante. Secondo la circolare, tale impostazione risponde in pieno alle esigenze di aderenza al principio del prezzo di libera concorrenza in quanto generalmente è il mutuario che si rivolge al mercato del mutuante (e non viceversa) e, in aggiunta, le condizioni di un prestito non variano in relazione al cambiamento del mutuatario.

In realtà, le argomentazioni presentate dalla circolare a supporto di questa teoria non sembrano affatto condivisibili. In particolare, la scelta del mercato di riferimento

²⁴⁷ Cfr. Giovambattista Palombo, *Indeducibilità degli interessi passivi per mancanza di ineranza: effettivo beneficiario e thin capitalization*, il Fisco, n. 35, 29 settembre 2003.

²⁴⁸ Cfr. Giuseppe Bernoni, *Thin capitalization: indeducibilità interessi derivanti da finanziamenti soci. Effetti (anche imprevisti) nella sua applicazione*, il Fisco n. 32, 6 settembre 2004.

dipende generalmente da fatti e circostanze che vanno di volta in volta accuratamente valutati senza alcuna preclusione metodologica. In questo senso, appare evidente che si possono verificare dei casi in cui l'applicazione del principio del mutuante si dimostri contraria alla teoria dell'*arm's length*.

In questa prospettiva, può essere utile provare a simulare l'applicazione del principio dell'*arm's length* ad una tipologia di transazione che si verifica frequentemente. Una società indipendente, che necessita di un finanziamento, si rivolge generalmente ad operatori finanziari attivi sul mercato nazionale. Sono rari, infatti, i casi di società indipendenti residenti in un determinato Paese che si rivolgono abitualmente a banche o finanziarie operanti esclusivamente all'estero. Una volta identificati vari operatori e varie transazioni possibili, la società indipendente sceglie generalmente la transazione più vantaggiosa e che più si adatta alle sue esigenze. In questi casi, appare evidente che i tassi di interesse siano determinati dai vari operatori in forza delle tendenze e delle caratteristiche del mercato nazionale e quindi con riferimento al mercato del mutuatario.

Al contrario, una società controllata di un gruppo multinazionale che necessita di un finanziamento può alternativamente rivolgersi ad operatori locali o alla controllante estera. Addirittura, nella maggior parte dei casi, tale facoltà di scelta non è nemmeno lasciata alla società controllata che, anche per esigenze di *tax planning* del gruppo, potrebbe essere costretta a ricevere il finanziamento esclusivamente dalla controllante. In questi casi, applicando il criterio del mutuante, il tasso di interesse sarebbe determinato utilizzando ai fini della comparazione i tassi concessi da operatori finanziari attivi nel mercato della società controllante anche se l'effettiva alternativa per la società controllata sarebbero i tassi praticati da operatori attivi sul suo mercato.

Conseguentemente, appare evidente come una rigida applicazione del criterio del mutuante sia decisamente in antitesi con il principio del prezzo di libera concorrenza

e, in quanto tale, possa causare ipotesi di doppia imposizione internazionale sui redditi²⁴⁹.

Secondo la circolare ministeriale, ben difficilmente un prestito concesso da un'affiliata italiana ad una società estera potrà trovare una giustificazione economica che ne legittimi la gratuità²⁵⁰. Tuttavia, vi possono essere dei casi in cui la differenza fra finanziamento e dilazione di pagamento sia minima. In questi casi, la circolare non precisa quali siano i tempi medi entro cui una dilazione di pagamento rimanga tale e non debba essere considerata un finanziamento. Nelle *US Transfer Pricing Treasury Regulations*, per esempio, una dilazione di pagamento concessa nell'ordinaria pratica commerciale (*inter-company trade receivable*) deve dare luogo a corresponsione di interessi dal quarto mese successivo al momento dell'effettuazione della transazione a meno che le parti non provino che la prassi commerciale per quel tipo di transazioni richieda periodi di dilazione più lunghi²⁵¹.

In aggiunta, la circolare ministeriale non precisa nemmeno quali siano i casi in cui un finanziamento possa, invece, essere considerato una mera contribuzione in conto capitale e, pertanto, le previsioni normative sul valore normale degli interessi non vadano applicate²⁵².

Nella maggior parte dei Paesi Europei e negli Stati Uniti, vi sono apposite classificazioni (solitamente di origine giurisprudenziale) in base alle quali un

²⁴⁹ Si veda in questa ottica la sentenza della Commissione Tributaria di Roma n. 342 del 4 febbraio 1998, in cui il criterio del mutuante applicato dalle autorità fiscali è stato disatteso ed è stato applicato il criterio del mutuatario.

²⁵⁰ Non condivisibile sul tema una decisione della Commissione Tributaria di Reggio Emilia (n. 55 del 17 marzo 1997) che ha convalidato un finanziamento infruttifero concesso da una società italiana ad una controllata lussemburghese adducendo che l'aggiustamento sui prezzi di trasferimento si possa fare solo allorché derivi un maggior reddito e non allorché i prezzi di trasferimento causino un minor reddito. In senso completamente opposto in un caso analogo la decisione della Commissione Tributaria di Ravenna n. 253 del 18 Ottobre 2002: "È legittimo il recupero a tassazione di interessi su prestiti infruttiferi a favore di società controllata non residente, determinati in misura corrispondente al valore normale applicabile su operazioni di finanziamento tra soggetti indipendenti, nell'ambito del mercato di riferimento del soggetto mutuante."

²⁵¹ Cfr. Ronald B. Harvey and Diane D. Fuller, *Financial Transactions and Transfer Pricing*. Transfer Pricing Handbook a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

²⁵² In questo contesto, l'unica disposizione di interesse è la nuova *thin capitalization rule* introdotta dal primo Gennaio 2004. La previsione normativa, che comunque non si applica ai soli finanziamenti infra-gruppo, ma a tutti i finanziamenti fra imprese, copre, però, i soli casi di sproporzione fra finanziamento e capitale detenuto lasciando scoperte tutte le altre ipotesi.

finanziamento può essere classificato come una contribuzione in conto capitale (oppure come una distribuzione di dividendi)²⁵³. Si pensi, per esempio, ai casi di debiti sproporzionati rispetto al capitale, alla insolubilità del mutuatario, oppure ad altri casi di finanziamenti fatti nell'interesse dell'azionista quali i ripianamenti di perdite.

2. Le garanzie sui crediti

Può accadere che una società facente parte di un gruppo multinazionale, invece di concedere un finanziamento in proprio, garantisca il debito di una società collegata. In queste situazioni, ci si chiede se la parte che si assume l'onere implicito o esplicito della garanzia debba essere equamente remunerata per tale aggravio. La risposta è immediata ed è basata proprio sul principio dell'*arm's length*: nessuna società indipendente, infatti, concederebbe una garanzia su un debito senza ottenere nulla in cambio.

Se la concessione di una garanzia su un finanziamento è un'attività definibile come una prestazione di servizi infra-gruppo, diviene necessario, allora, stabilire quali metodologie possano essere utilizzate per determinare la remunerazione congrua per la società che si assume l'obbligo della garanzia. In questo contesto, è necessario premettere che né le Linee Guida OCSE, né altri documenti sempre in ambito OCSE, né, infine, la circolare ministeriale n. 32/9/2267 forniscono informazioni in merito.

²⁵³ Cfr di Andrea Musselli e Alberto Carlo Musselli, *Transfer Pricing: I prezzi di trasferimento nelle operazioni internazionali*, seconda edizione, Milano 2000. Vedi pg. 197, 210, 216, 221 e 225.

In queste situazioni è quindi necessario rifarsi ai principi generali ed alle metodologie comunemente utilizzate per determinare i prezzi di trasferimento in altre tipologie di transazioni²⁵⁴.

Innanzitutto, la prima considerazione che viene in mente è che, anche in questi casi, l'intera transazione potrebbe mascherare un'ipotesi di contribuzione in conto capitale²⁵⁵. Seguendo questo approccio²⁵⁶, l'intera transazione potrebbe essere riclassificata ai fini fiscali eliminando il paravento della garanzia e simulando che il debito sia, effettivamente, della società garante e che quest'ultima, a sua volta, abbia fatto una contribuzione in conto capitale alla società che inizialmente aveva ottenuto il finanziamento. In questo caso, ogni compenso per l'attività di garanzia dovrebbe essere considerato indeducibile per la società che ha ricevuto il finanziamento.

Nel caso in cui l'intera transazione non venga riclassificata come una contribuzione in conto capitale mascherata, si possono pensare alcune modalità per attribuire un valore di mercato alla garanzia e, pertanto, remunerare correttamente la società che la fornisce.

La metodologia che viene in mente è quella del confronto del prezzo. In sostanza, per applicare questo metodo sarebbe necessario trovare sul libero mercato un finanziamento simile²⁵⁷ non garantito ed individuare i differenziali nei tassi di interesse concessi nelle due operazioni. In questi casi, detti differenziali dovrebbero essere poi interamente rigirati alla società che ha fornito la garanzia come remunerazione per l'onere sostenuto.

²⁵⁴ Cfr. Eric Ryan and Aaron C. Bone, "Intercompany loan guarantees revisited under proposed services rules", *Tax Management, Transfer Pricing Report*, BNA, vol. 12, n. 24, 2004.

²⁵⁵ Cfr. Ronald B. Harvey and Diane D. Fuller, *Financial Transactions and Transfer Pricing*, *Transfer Pricing Handbook* a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

²⁵⁶ Quest'approccio sembra essere notevolmente supportato dalle analogie con le nuove norme in materia di *thin capitalization* in cui i finanziamenti veri e propri sono sostanzialmente equiparati alle garanzie.

²⁵⁷ Per finanziamento simile si dovrebbe intendere un finanziamento fornito ad una società indipendente con un rating più o meno analogo alla società che riceve il finanziamento nella transazione in analisi.

In alternativa, il metodo del confronto potrebbe applicarsi più semplicemente trovando sul libero mercato una transazione simile in cui una società indipendente abbia concesso una garanzia in condizioni analoghe ad un'altra società indipendente. In questo secondo caso, c'è da dire che sembra oggettivamente complesso trovare sul libero mercato transazioni comparabili in cui tutte le informazioni richieste siano pubbliche e, pertanto, disponibili per operatori estranei alle società impegnate.

Benché altre metodologie appaiano a prima vista difficili da applicare e non del tutto attendibili, nella prassi commerciale molti gruppi multinazionali hanno risolto le problematiche relative alle garanzie per finanziamenti in un modo decisamente più semplice che, tuttavia, lascia alcune perplessità. In sostanza, in molti gruppi multinazionali si verifica che la società capogruppo richieda alle varie società affiliate il pagamento di una cosiddetta *affiliation fee* che generalmente viene calcolata come una percentuale del fatturato. Questa *fee* è solitamente dovuta come remunerazione per tutti i vantaggi che l'affiliata consegue o potrebbe conseguire solo in quanto parte del gruppo multinazionale. In questo senso, sono generalmente inclusi nella *fee* l'uso della denominazione sociale del gruppo, l'accesso al parco clienti, lo sfruttamento di altri vantaggi commerciali, l'accesso al credito e quindi le garanzie esplicite e implicite che ne derivano, lo sfruttamento della reputazione del gruppo, la gestione integrata della tesoreria e *cash pooling*, l'accesso a determinate categorie di fornitori ed altri vari vantaggi e facoltà che derivano direttamente dalla essere parte del gruppo.

Quanto alla deducibilità di queste *fees*, le argomentazioni contrarie o a sostegno sono diverse. Certamente, il fatto che esse siano solitamente determinate in una percentuale del fatturato (generalmente fra l'1 ed il 2%) fa sì che l'ammontare complessivo da pagare sia generalmente rilevante e non sempre proporzionato ai benefici conseguiti. In aggiunta, si deve anche considerare che spesso i vantaggi sopra elencati rimangono delle semplici facoltà dal momento che una società è libera di non avvalersene (ad esempio, capacità di credito autonoma, parco clienti indipendente etc.).

Nello stesso tempo, in molte circostanze la *fee* potrebbe rivelarsi più che giustificata dati gli effettivi vantaggi conseguiti dalla società beneficiarie. Si pensi, in questa ottica, a società che sono oggetto di acquisizioni e che, a seguito dell'acquisizione, si ritrovano ad operare con nuovi clienti senza dover fare specifici sforzi di promozione o pubblicità. Oppure, sempre nell'ambito di operazioni di acquisizione, si pensi a società che vedono il valore dei loro prodotti aumentare solo per la buona fama di cui generalmente godono i prodotti del gruppo a cui appartengono.

In conclusione, mettere una parola conclusiva sulla deducibilità astratta delle *affiliation fees* è sostanzialmente impossibile. Al contrario, come sempre in materia di prezzi di trasferimento, è necessario osservare nel dettaglio i fatti e le circostanze rilevanti di ogni situazione e basarsi su di essi nell'analisi relative alla definizione del valore normale. In questa prospettiva le nuove *Regulations* Statunitensi in materia di servizi ed *intangibile property* sembrano approcciare la problematica nei paragrafi relativi alla cosiddetta "*passive association*" laddove differenziano fra casi in cui l'associazione ad un gruppo comporti benefici reali ed effettivi e casi in cui l'associazione, invece, non comporti benefici tangibili²⁵⁸.

3. Cenni sui servizi finanziari

Le problematiche in materia di prezzi di trasferimento relative alle transazioni infra-gruppo fra società impegnate nella realizzazione di servizi finanziari sono assai complesse e pressoché esclusive di operatori quali banche, società di intermediazione mobiliare, società finanziarie, società di *asset management* ed altre istituzioni simili (istituzioni finanziarie). L'evoluzione dell'economia mondiale, infatti, non è solamente caratterizzata dalla facilità di scambio di prodotti e servizi, ma anche dalla crescente possibilità di mobilitare capitali senza costi aggiuntivi. I tassi di interesse, i

²⁵⁸ Proposed Regulations on Treatment of Services Under Section 482 (Settembre 5, 2003), riviste in data Dicembre 16, 2003 e Gennaio 23, 2004.

tassi d'inflazione, i tassi di cambio ed i prezzi del capitale stanno divenendo strettamente collegati nei vari Stati e, conseguentemente, il mercato finanziario mondiale sta avendo un enorme impatto sullo sviluppo economico globale. La principale conseguenza è che, il crescente sviluppo della finanza internazionale sembra esser dovuto ad una globalizzazione basata su fattori quali la diversificazione dei rischi su scala internazionale e lo spostamento del capitale nei luoghi in cui esso può generare maggiori profitti.

In questo contesto economico, le istituzioni finanziarie hanno dovuto modificare sempre più le loro strutture operative con il duplice fine di poter eseguire gli ordinativi dei clienti a qualunque ora ed in qualunque luogo ad un prezzo competitivo e, nello stesso tempo, di massimizzare i profitti e, se possibile, ridurre il carico fiscale. Il risultato di queste politiche sono strutture operanti su scala mondiale strettamente interrelate in cui le varie unità nazionali si scambiano servizi vicendevolmente. E' doveroso premettere che, visto l'ampio raggio di azione di queste istituzioni, è abbastanza complesso provare a catalogare tutte le attività che solitamente sono effettuate da queste ultime. Ciò premesso, le attività principali che generalmente vengono svolte da queste istituzioni possono essere più o meno classificate come segue:

- Servizi di consulenza societaria (*corporate advisory services*) che comprendono generalmente attività quali fusioni e acquisizioni, privatizzazioni, ricapitalizzazioni, securitizations, underwriting.
- Altri servizi alle imprese che includono attività di *hedging* e copertura su cambi, gestione della tesoreria a livello integrato (*cash pooling systems*), *factoring* etc.
- Finanziamenti e garanzie;
- Trading di prodotti finanziari;
- E-commerce nel senso di *trading online* e *banking on-line*.

Le problematiche legate alla determinazione dei prezzi di trasferimento all'interno di società multinazionali operanti nei mercati finanziari sono generalmente molto complesse visto il menzionato alto livello di integrazione nello svolgimento delle attività sopra elencate e la crescente globalizzazione dei mercati. In questa prospettiva, è necessario premettere che le transazioni infra-gruppo fra istituzioni finanziarie possono assumere diverse forme fra cui la cessione di beni materiali o immateriali e, soprattutto, la fornitura di servizi. Conseguentemente, in corrispondenza del tipo di transazione, la transazione infra-gruppo può manifestarsi nella forma di commissione, *service fee*, interesse, royalty ed altre tipologie di pagamenti.

Per quanto concerne la selezione del metodo in queste tipologie di transazioni, si è detto precedentemente che la fonte più autorevole che ha trattato di queste problematiche è stata l'OCSE nel documento del 1998 intitolato "The Taxation of Global Trading of Financial Instruments". Il documento, senza fornire raccomandazioni specifiche, cerca solamente di trovare un consenso multilaterale fra le pubbliche amministrazioni su come tassare le attività di *global trading*. In questa ottica, il documento identifica tre modelli di business alternativi generalmente adottabili dalle istituzioni finanziarie.

- *Integrated Trading*
- *Centralized Product Management*
- *Separate Enterprise Trading*

Le differenze fra i tre modelli sono dovute alla maggiore o minore integrazione delle strutture operative. In particolare, nell'*Integrated Trading model* le varie strutture operative agiscono congiuntamente senza rifarsi ad una struttura manageriale centrale. In questo contesto, i profitti ed i rischi sono divisi equamente fra le varie strutture che, comunque, date le citate caratteristiche dei mercati finanziari, operano in maniera estremamente interrelata. Nel *Centralized Product Management model* tutti i rischi finanziari sono centralizzati in un'entità manageriale che si occupa di

coordinare e gestire il lavoro di tutte le unità operative. Infine, nel *Separate Enterprise Trading model*, ogni *trading location*, operando in forma di società separata o *branch*, opera come se fosse un centro di profitti autonomo con i suoi venditori e *traders*.

In questi contesti, il documento OCSE conclude con il suggerire l'applicazione delle varie metodologie già utilizzate per le transazioni di beni materiali, immateriali e servizi. In aggiunta, l'OCSE invita autorità fiscali e contribuenti a considerare che, data la profonda integrazione dei mercati e delle unità operative delle strutture finanziarie, l'applicazione dei metodi tradizionali potrebbe risultare estremamente complessa. Una soluzione in questi casi potrebbe essere rappresentata dall'uso del *profit split method*.

Le conclusioni a cui il documento OCSE sembra condurre appaiono evidenti e del tutto condivisibili²⁵⁹. Più le varie unità operative delle istituzioni finanziarie operano in strutture simili all'*Integrated Trading model*, più diviene complesso analizzare ogni transazione indipendentemente. La conseguenza è che in questi modelli operativi i metodi tradizionali sono sostanzialmente inutilizzabili. Nel contempo, il metodo del *profit split* sembra rivelarsi particolarmente adatto per due ordini di motivi. In prima istanza, il metodo, applicato correttamente tramite di un'analisi contributiva, permette di ripartire i profitti globali nei modi probabilmente più congrui. In seconda istanza, l'applicazione del metodo può semplificare gli adempimenti fiscali consentendo alle varie unità operative di non documentare ogni singola transazione infra-gruppo²⁶⁰.

²⁵⁹ Cfr. Irina Diakonova, Steef Huibregtse and Gesa Korner, *Staying out of trouble: transfer pricing & financial instruments*, Ernst & Young, Rotterdam, 2001.

²⁶⁰ Cfr. Christofer J. Faiferlick, Robert Ackerman, Steef Huibregtsee, Aamer Rafiq and Peter Kocis, *Financial institutions: current developments and practices*, Tax Planning International, BNA, May 2002 and Christofer. J. Faiferlick, Aamer Rafiq and Stephen Labrum *International transfer pricing for financial institutions: global trading*.

VI. Analisi economica

A. DEFINIZIONE DEL PREZZO DI TRASFERIMENTO DELLE OPERAZIONI IN VERIFICA COME FASE SUCCESSIVA ALL'INDIVIDUAZIONE DEL METODO PIÙ IDONEO

La fase successiva alla scelta della metodologia per ogni tipo di transazione, è la fase relativa cosiddetta all'analisi economico/finanziaria. In sostanza, mentre le prime fasi sono dedicate alla selezione della metodologia più idonea e, pertanto, alla scelta della cosiddetta "*tested party*" e dell'indicatore di profittabilità da utilizzare per la comparazione, la fase relativa all'analisi economico/finanziaria ha la duplice finalità:

- 1) individuare le concrete transazioni comparabili che effettivamente avvengono sul libero mercato fra operatori indipendenti e
- 2) estrarre da queste transazioni i dati economici utili ai fini della comparazione.

Come si vedrà nel prosieguo del capitolo, l'analisi economico/finanziaria è invero necessaria nei casi in cui il metodo prescelto non sia il metodo del confronto del prezzo (CUP). Nei casi in cui si applica il CUP, infatti, vi è semplicemente bisogno di un'accurata analisi di comparabilità fra le transazioni in verifica e quelle considerate comparabili. Nei casi di applicazione del metodo del confronto del prezzo, infatti, ciò che rileva è individuare la o le transazioni comparabili tramite un'adeguata analisi di comparabilità e, in una seconda fase, verificare la disponibilità delle informazioni riguardanti i prezzi dei beni o servizi oggetto delle transazioni cercando le

informazioni necessarie su listini prezzo, tariffari doganali, prezziari, mercuriali, cataloghi, riviste specializzate, proposte contrattuali etc.

L'analisi è sostanzialmente dovuta alle caratteristiche tipiche del metodo del confronto del prezzo. Come si è visto, infatti, nei paragrafi relativi all'applicazione del metodo, il metodo del confronto è normalmente utilizzabile nella versione del confronto interno in quanto i dati relativi ai prezzi dei beni o dei servizi sono nella disponibilità della società impegnata nella transazione infra-gruppo. Nei casi di confronto esterno, il metodo diventa utile solo nei casi di transazioni relative a prodotti primari (*primary commodities*) per cui esistono listini, tariffari o mercuriali. Come visto, un prodotto di marca difficilmente può essere oggetto di confronto esterno perché sarebbe necessario trovare transazioni aventi come oggetto prodotti con lo stesso marchio avvenute fra operatori indipendenti.

Nei casi di applicazione di metodologie basate sulla comparazione dei profitti, l'analisi economico/finanziaria è più complessa in quanto, oltre alla citata analisi di comparabilità ed alla ricerca di transazioni comparabili, si aggiungono le fasi relative alla ricerca ed estrazione dei dati economici necessari ai fini della comparazione ed all'utilizzo degli stessi al fine di determinare i prezzi di trasferimento oggetto dell'analisi. Più precisamente, l'obiettivo dell'analisi economica è, inizialmente, reperire transazioni comparabili effettuate sul libero mercato da operatori fra loro indipendenti. In seconda istanza, è individuare i margini di profitto conseguiti dalle imprese nelle transazioni individuate per definire che i margini di profitto che le società impegnate nelle transazioni infra-gruppo devono conseguire.

Tuttavia, considerato che risulta estremamente complesso, se non impossibile, reperire dati su transazioni specifiche, la prima fase dell'analisi economica è generalmente rivolta alla ricerca di società che svolgono funzioni e che si accollano rischi simili a quelle delle società impegnate nella transazione infra-gruppo. I dati pubblici di bilancio di queste società forniscono le indicazioni necessarie circa la profittabilità delle stesse nelle transazioni in cui sono impegnate. Ciò significa che l'obiettivo di questa fase è individuare società che svolgono solo ed esclusivamente

funzioni comparabili a quelle delle società impegnate nella transazione infra-gruppo. I dati di bilancio di una società che svolge due tipi di funzioni/attività sono, infatti, spuri e, pertanto, inutilizzabili ai fini delle analisi sui prezzi di trasferimento²⁶¹.

1. Identificazione di un campione di società potenzialmente comparabili

Le ricerche di società comparabili vengono effettuate generalmente partendo da database²⁶² che permettono di individuare e selezionare gruppi di società tramite chiavi di ricerca basate sulle classificazione delle attività svolte in codici di vario tipo, sulla descrizione dell'attività d'impresa (oggetto sociale) e su vari dati finanziari (es. fatturato, profitto operativo). In sostanza, è possibile cominciare una ricerca di società comparabili analizzando tutte le società elencate in un determinato codice attività (es. codici Ateco, Sic Codes, etc.). Alternativamente, è possibile prendere in considerazione tutte le società che abbiano una determinata parola chiave all'interno della propria descrizione dell'attività, oppure scegliere tutte le società che abbiano determinate dimensioni (es. numero dipendenti, fatturato) o determinate redditività. Infine, è possibile incrociare tutte o alcune di queste chiavi di ricerca al fine di restringere il campo iniziale²⁶³.

²⁶¹ Cfr. Barbara N. McLennan, *Finding and Applying Arm's Length Comparables under the Comparative Profits Method*, in *Transfer Pricing Handbook* di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York e Richard A. Clark, *Finding and Analyzing Comparable Financial Data*, in *Transfer Pricing Handbook* di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

²⁶² Per approfondimenti Cfr. *Pan-European versus Country-Specific Searches*, Contribution by Prof. Dirk Van Stappen, databases not a clear cut issue, Meeting of Thursday 18 March 2004, versione online e "Draft Secretariat working document for the EU Joint Transfer Pricing Forum on database searches for comparables", EU Joint Transfer Pricing Forum, Meeting of Thursday 18 March 2004, Centre de Conférences Albert Borschette, Rue Froissart 36 - 1040 Brussels.

²⁶³ Una sintesi semplificata, ma significativa di questo processo è data da Michael C. Durst e Robert E. Culbertson, *Clearing Away the Sand: Retrospective Methods and Prospective Documentation in Transfer Pricing Today*, New York University School of Law, *Tax Law Review*, Fall, 2003: "For many companies, contemporaneous documentation for U.S. purposes has become a matter of determining a "tested party" –that is, the entity within the group that conforms most closely to the

Prendendo come esempio una società *tested party* produttrice di scarpe da ginnastica con un fatturato di 10 milioni di euro, come chiave di ricerca dovrebbero essere selezionati i codici Ateco 36.4 (fabbricazione di articoli sportivi) e 19.3 (fabbricazione di calzature). In aggiunta si potrebbe prevedere un fatturato minimo di 5 milioni e massimo di 15 milioni per non selezionare società con fatturato troppo disuguale rispetto a quello della *tested party*. Infine, il campo iniziale potrebbe essere ulteriormente ristretto selezionando solo società aventi la dicitura "scarpe da ginnastica" all'interno della descrizione della propria attività.

Una volta delimitato il campo iniziale, è necessario raccogliere tutte le informazioni disponibili relativamente alle società selezionate. Il maggior numero di informazioni sono reperibili sui siti web delle società o sui siti delle associazioni regionali o nazionali di categoria. In aggiunta, informazioni vitali sono generalmente disponibili sul bilancio pubblicato e, soprattutto, sulla nota integrativa. Ovviamente, perché una società possa essere selezionata è necessario che sia una società indipendente non facente parte di un gruppo multinazionale (altrimenti la sua profittabilità sarebbe inficiata da transazioni infra-gruppo) e svolga funzioni e si accoli rischi comparabili a quelli della *tested party*.

*routine, limited--risk paradigm underlying CPM -- and then performing a search for comparables from compilations of data reported to the SEC by publicly traded companies. Typically, the search begins by identifying several hundred companies in a relatively broad Standard Industrial Classification category into which the tested party appears to fit. Then, typically following a predetermined pattern, the person performing the search applies various "screens" -- that is, eliminating [*111] companies with specifically identified R&D expenditures above a certain level, companies with repeated losses, and companies differing greatly in size from the tested party -- in order to narrow the list of potential comparables."*

B. SELEZIONE DEGLI INDICATORI DI PROFITABILITÀ

Come si è visto nel corso del paragrafo intitolato “schemi di conto economico di riferimento”, i tre schemi di rappresentazione del conto economico sono strutturalmente diversi e, benché tutti siano finalizzati a mostrare il dato sul margine di profitto netto (operativo)²⁶⁴, non tutti forniscono dati sulla categoria di profitto intermedia detta margine di profitto lordo. In sostanza, il margine di utile lordo è disponibile solo nello schema a costo del venduto. Per questa ragione, nei casi in cui una società comparabile adotti uno schema di rappresentazione a valore aggiunto o a margine contributivo, i dati sul margine di profitto lordo conseguito non sarebbero disponibili²⁶⁵.

Tuttavia, si può provare a calcolare il margine di profitto lordo anche nei casi in cui una società adotti uno schema di rappresentazione del conto economico a margine di contribuzione. Questa operazione può essere effettuata sottraendo dai ricavi delle vendite la voce di costo B6 denominata costo degli acquisti di merci e delle materie prime e considerando il delta delle rimanenze. Ciò nonostante, il valore del margine di profitto lordo che deriva da questo calcolo è attendibile solo laddove la società svolga funzioni esclusivamente distributive.

Per le società che svolgono anche funzioni produttive, queste rappresentazioni non sono effettuabili in quanto il costo del venduto include voci di costo come costo del lavoro e costo delle attrezzature produttive che non fanno parte di B6 ma che sono spalmate nelle altre voci del conto economico. Al contrario, nelle società che svolgono meramente funzioni distributive, il costo del venduto include quasi esclusivamente le merci acquistate per la rivendita al netto del magazzino preesistente e al netto dell'inventario residuo. Questi dati sono disponibili nello schema di rappresentazione a margine di contribuzione e sono oltretutto facilmente segregabili.

²⁶⁴ EBIT (Earning Before Interest and Taxes).

²⁶⁵ Cfr. Deloris R. Wright and Caterina K. Nelson, *Transactional Net Margin Method*, Transfer Pricing Handbook, di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

Ciò nondimeno, i dati relativi ai costi delle materie prime e delle merci acquistate non sono sempre uniformi. Ciò è dovuto al fatto che alcune categorie di costo possono essere incluse o escluse dalla voce B6. In particolare, alcuni costi ancillari come i trasporti o i dazi doganali possono essere inclusi o esclusi e, soprattutto, nella voce B6 vi possono essere costi (ad esempio i materiali di consumo) che non hanno nulla a che vedere con gli acquisti di merci, ma che possono inficiare la determinazione del margine di profitto lordo.

Nel paragrafo intitolato “schemi di conto economico di riferimento”, si era considerato come lo schema a costo del venduto fosse il più adatto per analizzare le marginalità conseguite nelle transazioni commerciali. Lo schema a costo del venduto permette, infatti, di individuare i due grandezze necessarie per l'analisi economica delle transazioni: il profitto lordo ed il profitto operativo²⁶⁶. Il profitto lordo, infatti, rappresenta l'ammontare di denaro che una società genera in una transazione commerciale in relazione ai costi sostenuti per comprare o produrre le merci o i servizi rivenduti. Il profitto operativo mostra la profittabilità netta che una società genera in una transazione commerciale senza tenere conto di interessi, tasse e proventi o oneri straordinari.

In questa ottica, ai fini di selezionare gli indicatori di profittabilità oggetto del confronto, il profitto lordo può essere messo in relazione alle vendite per ottenere il margine lordo o al costo del venduto per ottenere il cosiddetto *mark up* sul costo del venduto. Il margine lordo è l'indicatore di profittabilità da utilizzarsi quando si applica il metodo del prezzo di rivendita. Il *mark up* sul costo del venduto è, invece, l'indicatore di profittabilità da utilizzarsi nei casi di applicazione del metodo del *cost plus*.

Per quanto concerne il TNMM nelle versioni del *cost plus* modificato o del prezzo di rivendita modificato, il ragionamento è sostanzialmente analogo²⁶⁷. In questa ottica, l'OCSE spiega come il profitto operativo possa essere messo in relazione alle vendite

²⁶⁶ Inteso come Ebit.

²⁶⁷ Cfr. Tim Reichert and Karl Rothfuss *A Comment on Resale Minus Transfer Pricing*, BNA Transfer Pricing Report, Volume 13, Marzo 2005.

per ottenere il cosiddetto margine operativo, ai costi totali per ottenere il cosiddetto "mark up sui costi totali" o agli *assets* per ottenere il cosiddetto ROA o indice di redditività del capitale investito.

Mentre nell'uso comune il margine operativo ed il *mark up* sui costi totali sono utilizzati come indicatori di profittabilità rispettivamente per il TNMM/metodo del prezzo di rivendita modificato e per il TNMM/*cost plus* modificato, l'uso del ROA è molto più limitato e si ha solo in rarissime circostanze per mercati particolari in cui vi è notevole necessità di investimenti di natura tecnologica²⁶⁸.

In aggiunta, le *US Transfer Pricing Regulations* 1.482 raccomandano l'uso di un altro indicatore di profittabilità che è chiamato Berry Ratio. Il Berry Ratio, che è il rapporto fra il profitto lordo e le spese operative, è stato proposto originariamente dal Professor Charles H. Berry come indicatore di profittabilità da utilizzarsi per comparare la profittabilità di distributori. In realtà, il suo utilizzo è rimasto estremamente limitato fuori dagli Stati Uniti in quanto richiede la disponibilità nel conto economico di dati che permettano di distinguere fra profitto lordo e spese operative (vedi paragrafo successivo).

Nella pratica, il Berry Ratio è estremamente utile per comparare conti economici di società di servizi con conti economici di società commerciali. Come si era notato, infatti, nei paragrafi iniziali del lavoro, le nuove strategie di disarticolazione della catena del valore hanno portato al crescente utilizzo nell'ambito dei gruppi

²⁶⁸ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Paragrafo 2.41: "The distinction between gross and net margin analyses may be understood in the following terms. In general, the cost plus method will use margins computed after direct and indirect costs of production, while a net margin method will use margins computed after operating expenses of the enterprise as well. It must be recognised that because of the variations in practice among countries, it is difficult to draw any precise lines between the three categories described above. Thus, for example, an application of the cost plus method may in a particular case include the consideration of some expenses that might be considered operating expenses, as discussed in paragraph 2.39. Nevertheless, the problems in delineating with mathematical precision the boundaries of the three categories described above do not alter the basic practical distinction between the gross and net margin approaches" e Cfr. anche Hendrik Swaneveld, Sam Krishna, Martin Przysusky, Vengat Nagarajan "Using Profit Based Methods for Prior, Future Tax Years in Canada", "BNA Transfer Pricing Report", Volume 11, Maggio, 2002 e Patricia A. Fouts, *Economics of the Comparable Profits Method*, "Transfer Pricing Handbook" di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

multinazionali di imprese di strutture operative a rischi limitati. Al fine di ridurre detti rischi, queste strutture svolgono le funzioni di commercializzazione senza entrare mai nel possesso legale dei beni. Per esempio, il commissionario alla vendita effettua la propria attività vendendo i beni ai terzi in nome proprio, ma per conto del *Principal*. Da un punto di vista contabile, i beni passano dal *Principal* al terzo ed il commissionario riceve esclusivamente una provvigione per remunerare i servizi effettuati²⁶⁹.

Data la tendenziale difficoltà di reperire transazioni comparabili nei rapporti fra società indipendenti, la comparazione avviene prendendo come riferimento normali società distributive ed applicando i dovuti aggiustamenti che quantifichino in termini monetari le differenze dovute al diverso livello di rischio sostenuto dalle imprese confrontate. In aggiunta, per confrontare i conti economici di società servizi con società produttive *buy/sell*, è necessario utilizzare il Berry Ratio. Il conto economico di un commissionario alla vendita, infatti, è simile a quello di una società di servizi. Il fatturato è dato dalla provvigione ricevuta dalla società *Principal*, mentre i costi sono le spese operative sostenute per la distribuzione dei beni. Il conto economico di un normale distributore, invece, ricalca lo schema tipico a costo del venduto più volte analizzato. Il fatturato è dato da quanto incassato per le vendite dei beni, mentre i costi sono divisi in costi di acquisto dei beni ed in spese operative.

Il Berry Ratio, che è dato dal rapporto tra il profitto lordo e le spese operative, è calcolabile in entrambi i conti economici partendo dall'assunto che la provvigione del commissionario equivale al profitto lordo del distributore. Un esempio numerico può essere utile a chiarire il tutto. Per calcolare il margine operativo di un commissionario si è svolta un'analisi economica a seguito della quale si è identificato un distributore che, previa aggiustamenti sui rischi, sia comparabile al commissionario. Il distributore ha un fatturato di 100, costo del venduto di 50 e spese operative di 40, per un margine di profitto operativo complessivo del 10% (dopo gli aggiustamenti). Il commissionario, a sua volta, deve sostenere delle spese operative di 35. Il Berry Ratio

²⁶⁹ Il funzionamento è diverso da un punto di vista IVA dove il Commissionario funziona come un semplice distributore con fatture in entrata ed in uscita.

del distributore è 1,25. Andando a ritroso e moltiplicando le spese operative del commissionario per il Berry Ratio, si ottiene il profitto lordo del commissionario che è equivalente alla provvigione.

Tabella 23

	Distributore	Commissionario
Vendite	100	n/a
Costo del Venduto	50	
Profitto lordo	50	
Margine lordo	50%	43,75
Spese Operative	40	35
Profitto Operativo	10	8,75
Margine operativo	10%	20%
Berry Ratio	1,25	1,25

Come si vede, il margine operativo del commissionario è il doppio, in termini percentuali, di quello del distributore perché fa riferimento ad una base diversa (fatturato invece che profitto lordo). Al contrario, il Berry Ratio è il medesimo in quanto è calcolato sulle stesse linee del conto economico.

1. Problematiche di comparabilità e coerenza dei dati finanziari

Appurato che i dati sul margine di profitto lordo sono disponibili solo in alcune rappresentazioni dello schema del conto economico civilistico, è necessario aggiungere che l'applicazione dei metodi del prezzo di rivendita o del *cost plus* possono generare altre problematiche applicative in merito alla comparabilità dei dati finanziari.

Come affermato dalle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento, per applicare correttamente i metodi del prezzo di rivendita e del *cost plus* è necessario utilizzare

un margine comparabile su una base di costo comparabile. “Ad esempio, se il fornitore, al quale ci si riferisce nell'applicazione del metodo del costo maggiorato, utilizza nel corso delle sue attività dei beni in locazione, la base di costo potrebbe non essere comparabile senza correzioni se il fornitore nella transazione controllata utilizza dei beni propri. Come per il metodo del prezzo di rivendita, il metodo del costo maggiorato si basa su un confronto della percentuale di ricarico sui costi ottenuta dal fornitore di beni o servizi controllato e quella ottenuta da una o più entità sul libero mercato sui loro costi in relazione a transazioni comparabili. Occorre perciò analizzare le differenze tra le transazioni controllate e sul libero mercato che hanno effetto sulla misura del ricarico, al fine di determinare quali correzioni debbano essere apportate alle rispettive percentuali di ricarico delle transazioni sul libero mercato. A tal fine, è particolarmente importante considerare le differenze di livello tipo di spesa - spese di esercizio e non, comprese le spese di finanziamento collegate alle funzioni svolte e ai rischi assunti dalle parti, o alle transazioni comparate”²⁷⁰.

Un altro aspetto importante della comparabilità riguarda la compatibilità delle prassi in materia di contabilità. Nel caso in cui tali prassi differiscano nella transazione controllata e nella transazione di libero mercato, dovrebbero essere apportate delle correzioni adeguate ai dati utilizzati per assicurare che lo stesso tipo di costi sia utilizzato in ogni caso per assicurare detta compatibilità. Il margine di utile lordo deve essere calcolato in modo uniforme tra le imprese associate e le imprese indipendenti. Inoltre, vi possono essere differenze tra le stesse imprese nel trattamento dei costi che incidono sul margine di utile lordo che è necessario considerare per ottenere un grado di comparabilità affidabile²⁷¹. In alcuni casi, può risultare necessario considerare alcune spese di esercizio al fine di ottenere compatibilità e comparabilità; in circostanze simili, il metodo del costo maggiorato si

²⁷⁰ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 2.37 and 2.38.

²⁷¹ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 2.39.

avvicina più al margine netto che a quello lordo e quindi al metodo del *cost plus* modificato/TNMM.²⁷²

In ogni caso, nella maggior parte delle situazioni risulta estremamente complicato raccogliere tutte le informazioni necessarie ad assicurare che i dati finanziari considerati siano effettivamente coerenti. Come detto nei paragrafi iniziali del presente capitolo, tutto ciò è dovuto al fatto che le uniche informazioni disponibili sono quelle contenute nei bilanci civilistici depositati e nelle relative note integrative che non sono generalmente sufficientemente dettagliate per spiegare quali tipologie di spesa siano incluse nel costo del venduto oppure in altre linee di costo menzionate nel bilancio stesso.

Come conseguenza di questi fattori, l'applicazione dei metodi basati sulla comparazione del margine lordo è estremamente complessa. Questo stato di fatto non è propriamente rappresentato all'interno delle Linee Guida OCSE secondo cui l'uso dei metodi basati sulla comparazione dei profitti netti è autorizzabile solo ed esclusivamente nei casi in cui uno dei suddetti metodi sia effettivamente l'ultimissima risorsa²⁷³. Questo punto delle Linee Guida OCSE è abbastanza in contrasto con la prassi comune in materia di prezzi di trasferimento e con le esigenze dei contribuenti che trovano serie difficoltà nell'applicazione dei metodi tradizionali e, nello stesso tempo, non possono applicare i metodi basati sulla comparazione dei margini netti in

²⁷² Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 2.39. Le medesime teorie sono esplicitate nelle Linee Guida OCSE con riferimento all'applicazione del metodo del prezzo di rivendita. In questo senso, cfr. Il paragrafo 2.28: "Where the accounting practices differ from the controlled transaction to the uncontrolled transaction, appropriate adjustments should be made to the data used in calculating the resale price margin in order to ensure that the same types of costs are used in each case to arrive at the gross margin. For example, costs of R&D may be reflected in operating expenses or in costs of sales. The respective gross margins would not be comparable without appropriate adjustments".

²⁷³ Cfr. Andrew Casey and Artemis Kritikides, *Transactional Net Margin Method, Comparable Profits Method and the Arm's length Principle*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Settembre/Ottobre 2003 e Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 3.50 e "Feature Report" *OECD Guidelines Fail to Keep Pace with Globalisation, Commenters Say*, BNA Transfer Pricing Report, Vol 12, February 18, 2004.

quanto l'uso di questi metodi è apertamente scoraggiato dalle Linee Guida OCSE e dalla maggior parte delle legislazioni nazionali in materia²⁷⁴.

²⁷⁴ Cfr. Hubert Hamackers, *Arm's Length, - How Long?*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Marzo/Aprile 2001 e Danny Oosterhoff and Jean Paul Donga *Practical Application of Transactional Profit Methods*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Gennaio/Febrero 2001.

C. GLI AGGIUSTAMENTI NEI METODI BASATI SUL CONFRONTO DEI PROFITTI NETTI

1. I riferimenti presenti nella Circolare n. 32 del 1980 e nelle Linee Guida OCSE

La citata Circolare ministeriale n. 32/9/2267, nell'esaminare le tre metodologie "base" di determinazione del prezzo di trasferimento, evidenzia la possibilità di ovviare al problema della incomparabilità mediante appositi aggiustamenti tra due transazioni (quella in verifica e quella campione) quantificando gli elementi differenziali in relazione alle funzioni esercitate e operando, successivamente, il confronto tra le due transazioni una volta ristabilita la comparabilità fra le stesse²⁷⁵.

Anche le Linee Guida OCSE trattano l'argomento facendo esclusivamente dei riferimenti generici alla necessità di effettuare aggiustamenti per rendere comparabili due transazioni. In particolare, stando alla Linee Guida, "nell'eseguire i confronti fra due transazioni, debbono essere tenute in considerazione le differenze materiali tra le transazioni o le imprese oggetto del confronto. Per stabilire il grado di comparabilità reale e disporre in seguito gli aggiustamenti opportuni per determinare le condizioni di libera concorrenza (o una gamma di condizioni), è necessario confrontare le caratteristiche delle transazioni o delle imprese che potrebbero incidere sulle condizioni delle operazioni basate sulla libera concorrenza. Le caratteristiche che possono risultare rilevanti includono quelle dei beni o dei servizi trasferiti, le funzioni

²⁷⁵ Circolare Ministeriale n. 32/9/2267: "Nell'esaminare i tre criteri "base" di determinazione del prezzo di trasferimento si è, tuttavia, evidenziata la possibilità di ovviare, parzialmente al problema della incomparabilità mediante appositi aggiustamenti tra due cessioni diverse (quella in verifica e quella campione) quantificando gli elementi differenziali in relazione alle funzioni esercitate e operando, successivamente, il confronto tra le due transazioni."

svolte dalle parti (considerando i beni utilizzati e i rischi assunti), i termini contrattuali, le circostanze economiche delle parti e le strategie commerciali perseguite dalle parti.²⁷⁶»

Nella pratica, detti aggiustamenti, che sono detti aggiustamenti per la comparabilità o, semplicemente, *comparability adjustments*, servono ad eliminare gli effetti sui prezzi dei beni o sui margini conseguiti che derivano da eventuali differenze funzionali o nel profilo di rischio. Conseguentemente, le problematiche che devono essere considerate nel valutare la fattibilità di questi aggiustamenti sono fondamentalmente due: 1) innanzitutto, è necessario verificare in che termini l'eventuale differenza nelle funzioni svolte o nei rischi sostenuti abbia un effetto sul prezzo dei beni o sui margini conseguiti; 2) in seconda istanza, è necessario comprendere fino a che punto tale differenze possano essere quantificate in termini di prezzo dei beni o margini.

In sostanza, entrambe le fonti in materia di prezzi di trasferimento fanno espliciti riferimenti in merito alla necessità di effettuare detti aggiustamenti, ma poco altro aggiungono in merito alle tecniche da utilizzare. Gli unici appigli sono alcune esemplificazioni proposte dalla Circolare con riferimento ad aggiustamenti sui costi sostenuti. Nella pratica, però, gli aggiustamenti possono assumere forme molto più complesse. A questo proposito, nel paragrafo del presente studio denominato "Aggiustamenti nei casi di differenze fra i fattori di comparabilità" si sono esaminate le modalità da seguire per effettuare aggiustamenti nel caso di applicazione dei metodi tradizionali. Come visto, le tecniche sono generalmente al quanto dirette e, di conseguenza, gli aggiustamenti portano a risultati mediamente attendibili. Nel caso di applicazione di metodi basati sul confronto dei profitti netti, gli aggiustamenti possono divenire estremamente più complessi e sofisticati anche a scapito dell'effettiva attendibilità degli stessi.

²⁷⁶ Cfr. OECD Transfer Pricing Guidelines, 1995-2000, paragrafo 1.16.

2. Gli aggiustamenti sul capitale circolante

Le tipologie di aggiustamenti da effettuare in questi casi sono molteplici e generalmente riferibili a differenze nel profilo di rischio fra le società comparabili e la società campione. Detti aggiustamenti possono essere effettuati principalmente con riferimento al rischio di cambio, al rischio paese e, soprattutto, al capital circolante. Questi ultimi sono di grande utilità in quanto permettono di parificare il grado di rischio relativi al magazzino ed ai crediti a breve della società campione con quello delle società comparabili. L'esempio già citato con riferimento all'applicazione del Berry Ratio può aiutare a comprendere meglio la problematica.

Come visto, per determinare la provvigione nella transazione fra un commissionario alla vendita italiano ed una società committente estera (detto *Principal*) è necessario effettuare una ricerca di società comparabili volta ad identificare distributori di beni simili operanti nel mercato italiano. Questi distributori, comprando e rivendendo la merce, sostengono rischi economico/finanziari di varia natura quali, in particolare, il rischio di invenduto ed il rischio di credito. Al contrario, il commissionario alla vendita trasferisce gli oneri derivanti dal sostenimento di questi rischi sul *Principal*.

Per ovviare a queste differenze, è necessario modificare i dati di conto economico delle società comparabili tramite un aggiustamento. L'obiettivo di questo aggiustamento è sostanzialmente quello di quantificare in termini di profitto (Ebit) le differenze nel capitale circolante fra il commissionario ed i distributori identificati. In altre parole, la *ratio* alla base di questi aggiustamenti può essere sintetizzata in questo concetto fondamentale: se le società comparabili non avessero dovuto impegnare risorse economiche per sostenere il rischio di credito ed il rischio d'invenduto, queste allora avrebbero potuto ottenere un guadagno aggiuntivo utilizzando in modo alternativo le risorse stanziare. Conseguentemente, visti i maggiori rischi sostenuti, le società distributrici hanno diritto a conseguire un profitto netto superiore a quello del commissionario e, pertanto, il profitto operativo (Ebit) delle società comparabili deve

essere aggiustato in diminuzione con un importo che rappresenti un guadagno di mercato per l'ammontare di *assets* investiti.

Tornando all'esempio, visto che la società campione opera come commissionario, si può presumere che essa abbia valori pari a zero nelle voci di Stato Patrimoniale debiti a breve, crediti a breve e rimanenze. Partendo da queste assunzioni, l'aggiustamento deve essere effettuato in modo da eliminare l'impatto del rischio di credito e di invenduto dal conto economico delle società comparabili.

Il calcolo dell'aggiustamento deve avvenire nel seguente ordine:

1. I valori delle voci debiti a breve, crediti a breve e rimanenze delle società comparabili sono ridotti del valore corrispondente del commissionario (nella fattispecie zero).
2. Il valore che emerge viene moltiplicato per un tasso di interesse di mercato.
3. Il valore derivante da questo calcolo viene sottratto dalle vendite delle società comparabili (per i crediti a breve), aggiunto ai costi (per le rimanenze) e sottratto ai costi (per i debiti a breve).

Sulla base delle vendite modificate e dei costi modificati si calcolano poi l'Ebit sintetico di ogni società comparabile. In sostanza, la logica che sta alla base di questo aggiustamento è attribuire una rendita²⁷⁷ ai distributori comparabili data dalla moltiplicazione dei costi sostenuti (per la disponibilità del magazzino e per i finanziamenti a breve concessi a clienti) per un tasso di interesse di mercato.

²⁷⁷ O un costo aggiuntivo nel caso dei debiti a breve.

D. SCELTA DEL VALORE DA APPLICARE ALLA TRANSAZIONE IN VERIFICA

1. Il concetto di intera gamma dei valori nelle Linee Guida OCSE

Nella maggioranza dei casi, le ricerche di società comparabili consentono a contribuenti ed autorità fiscali di identificare più di una società comparabile alla *tested party*. In queste circostanze, l'applicazione del metodo e la relativa analisi economico-finanziaria permettono di determinare una serie di valori tutti espressione dell'*arm's length principle*.

Si pensi, per esempio, ad un'analisi economica effettuata al fine di identificare società comparabili ad una società parte di un Gruppo multinazionale che distribuisce capi d'abbigliamento. Si ipotizzi che, a seguito di una ricerca di società comparabili, sia possibile identificare 5 società tutte pienamente comparabili. Infine, si ipotizzi che i margini lordi conseguiti dalle società comparabili siano rispettivamente il 40%, il 35%, il 38%, il 43% ed il 45%²⁷⁸. Benché tutto il lavoro necessario per identificare un valore di libera concorrenza sia stato svolto, il risultato dell'analisi conduce all'identificazione di cinque valori tutti pienamente difendibili. In questo contesto, l'OCSE afferma che tutti i valori ottenuti a seguito di una corretta analisi economica (gamma o range di libera concorrenza) siano espressione dell'*arm's length principle* e che, pertanto, i contribuenti possano, di fatto, scegliere uno fra i valori ottenuti per determinare i prezzi di trasferimento nella transazione a cui l'analisi economica si riferisce.

Più in particolare, secondo l'OCSE, le differenze nella gamma possono essere generalmente dovute al fatto che l'applicazione del principio di libera concorrenza

²⁷⁸ Nell'esempio si considera una sola annualità. Quando si hanno a disposizione dati relativi a più anni, il problema della gamma dei valori diviene ancora più complesso.

determina solo approssimativamente le condizioni che sarebbero state stabilite tra imprese indipendenti e, pertanto, i differenti punti di una gamma potrebbero significare che le imprese indipendenti, impegnate in transazioni comparabili in circostanze comparabili, non determinino esattamente lo stesso prezzo per la medesima transazione. In particolare, l'OCSE tiene a ribadire che "l'utilizzazione di una gamma può essere particolarmente appropriata quando si applica, come ultima risorsa, il metodo basato sul margine netto della transazione"²⁷⁹. In aggiunta, le Linee Guida OCSE sostengono che "quando l'applicazione di uno o più metodi determina una gamma di valori, una deviazione sostanziale tra i punti compresi in quella gamma può indicare che i dati utilizzati per la determinazione di alcuni punti possono non essere così affidabili come i dati utilizzati per la determinazione di altri punti all'interno della gamma o che la deviazione può essere dovuta ad elementi presenti nei dati comparabili che richiedono delle rettifiche"²⁸⁰.

In sostanza, le Linee Guida OCSE concludono che "se le condizioni della transazione tra imprese associate (ad esempio, il prezzo o il margine) ricadono all'interno della gamma di libera concorrenza, non è necessario effettuare alcuna rettifica. Se queste non ricadono all'interno della gamma di libera concorrenza sostenuta dall'amministrazione fiscale, il contribuente dovrebbe avere la possibilità di dimostrare che le condizioni della transazione soddisfano il principio di libera concorrenza e che la gamma di libera concorrenza include i loro risultati. Se il contribuente non è in grado di stabilire tale fatto, l'amministrazione fiscale deve determinare come effettuare la rettifica delle condizioni della transazione tra imprese associate, tenendo presente la gamma di libera concorrenza. Si potrebbe argomentare che qualsiasi punto nella gamma soddisfa comunque il principio di libera concorrenza. In generale, e nella misura in sia possibile distinguere tra i vari punti all'interno della gamma, tali correzioni dovrebbero essere apportate utilizzando il

²⁷⁹ Cfr. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par.1.45.

²⁸⁰ Cfr. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par.1.47 e Cfr. Heinz Klaus Kroppen and Stephan Rasch, *Letter from Ministry of Finance: Cooperation Issues regarding Transfer Pricing*, *International Transfer Pricing Journal*", IBFD, Settembre/Ottobre 2004.

punto all'interno della gamma che meglio riflette fatti e circostanze della particolare transazione tra imprese associate²⁸¹.

2. L'"Inter-quartile range" nel sistema delle US Treasury Regulations

L'approccio americano è abbastanza simile a quello OCSE anche se vi sono delle diversità che, per certi versi, completano la sistemazione OCSE e limitano le possibilità dei contribuenti di effettuare attività di Tax Planning muovendosi all'interno delle gamme di valori ottenuti. In particolare, le *US Transfer Pricing Regulations*, così come modificate nel 1994, prevedono la duplice possibilità di utilizzare l'intera gamma dei valori ottenuti, o, in alternativa, una *range* ristretto tramite formulazioni statistiche adatte al caso²⁸².

Nel primo caso il contribuente può scegliere un valore fra tutti quelli della gamma anche se deve essere in grado di dimostrare che tutte le transazioni individuate siano perfettamente comparabili e non vi sia alcun elemento di diversità fra la transazione in verifica e quelle campione. Nei casi in cui, invece, il contribuente non possa affermare con certezza che tutte le potenziali differenze fra le transazioni campione e la transazione in verifica siano state identificate e, quindi, gli aggiustamenti opportuni siano stati effettuati, è possibile restringere la gamma tramite appositi strumenti statistici²⁸³ (purché siano attendibili ed adatti al caso) e, successivamente, scegliere un valore fra quelli presenti nella gamma ristretta²⁸⁴.

²⁸¹ Cfr. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par.1.48 e Hubert Hamackers, *The Comparable Profits Method and the Arm's length Principle*, *International Transfer Pricing Journal*", IBFD, Maggio Giugno 2003.

²⁸² Cfr. US Treasury Regulations § 1-482-1(e) e, in particolare, § 1-482-1(e)(2)(i).

²⁸³ Nonostante la posizione delle US Treasury Regulations e dell'IRS, contrarie a questo approccio sono le autorità fiscali Canadesi la cui posizione è sintetizzata nel seguente articolo di Michael D.

Sempre secondo le *US Transfer Pricing Treasury Regulations*, qualora i valori scelti dal contribuente cadano fuori dalla gamma di valori selezionata, l'IRS potrà effettuare degli aggiustamenti sui prezzi di trasferimento per ricondurre il contribuente all'interno dei valori della gamma di riferimento. Generalmente, detti aggiustamenti saranno effettuati per ricondurre il contribuente sul punto della gamma corrispondente alla mediana dei valori.

Nella prassi operativa dei gruppi multinazionali, dei consulenti fiscali e delle autorità fiscali, la metodologia statistica preferita per ridurre la gamma di valori (al fine di rientrare nel secondo caso previsto dalle *US Transfer Pricing Regulations*) è l'inter-quartile range. Per inter-quartile range si intende la gamma di valori compresi fra il 25% ed il 75% delle osservazioni a disposizione. In altre parole si elimina il quarto più basso ed il quarto più alto delle osservazioni a disposizione per ridurre la gamma di riferimento. Ciò permette di eliminare i dati più estremi che, probabilmente, sono espressione di potenziali differenze fra le transazioni confrontate che non è stato possibile individuare con certezza e per cui non è stato possibile effettuare i dovuti aggiustamenti.

Per mediana, invece, si intende l'osservazione di mezzo fra tutte quelle a disposizione. La mediana è normalmente preferita alla media, in quanto permette di evitare che osservazioni anormali inficino i risultati dell'analisi²⁸⁵.

Al fine di utilizzare informazioni più complete relativamente alle transazioni comparabili è considerato generalmente utile esaminare sia i dati relativi all'anno in verifica, sia quelli relativi ad alcuni anni precedenti. L'analisi su più annualità potrebbe rilevare fatti e circostanze in grado di influenzare il prezzo di trasferimento

Hoffman and Charles Theriault, *Critiquing Canada's position on Transfer Pricing range issues*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 24, 2004.

²⁸⁴ Cfr. Dora K. Cheng, *Determination of Arm's Length Range*, Transfer Pricing Handbook a cura di Robert Feinschröber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

²⁸⁵ Per esempio, la mediana delle cinque osservazioni 1-2-3-4-5 è 3 e coincide con la media. Al contrario, la mediana delle cinque osservazioni 1-2-3-4-50 rimane 3, mentre la media è 12. Come si vede, la media è inficiata da un'osservazione anormale e, in quanto tale, è superiore a quattro osservazioni su cinque.

fornendo informazioni circa l'attività imprenditoriale e il ciclo vitale dei prodotti messi a confronto²⁸⁶.

In particolare, il confronto riferito ad una sola annualità potrebbe celare elementi rilevanti la cui conoscenza richiederebbe aggiustamenti particolari. Si pensi, per esempio, ad una società che al primo anno di attività, cioè in piena fase di start up, consegue delle perdite e poi, negli anni successivi, consegue ottimi profitti. Oppure si pensi, ad una società che per un anno riesce ad effettuare vendite molto vantaggiose, ma negli anni successivi subisce la concorrenza di altre società ed è costretta a ridurre i propri margini. Ancora, si pensi ad un'impresa commerciale che distribuisce prodotti tecnologici che, però, dopo alcuni anni vengono superati da alcuni prodotti della concorrenza.

In tutti questi casi, l'utilizzo, ai fini della comparazione, di una sola annualità condurrebbe a risultati distorti e non attendibili. Per questo, a seconda del settore di riferimento, è preferibile utilizzare cicli triennali o quinquennali di dati. In questo modo, provando a coprire l'intero ciclo di vita del prodotto, eventuali dati in antitesi con i risultati medi finirebbero con l'essere fuori dall'inter-quartile range, e, pertanto, non utilizzabili.

Una volta visto che l'oggetto della comparazione può essere una gamma di dati da considerarsi per tre o cinque annualità, diviene necessario comprendere come ricavare l'*inter-quartile range*. In questa prospettiva, esistono due metodologie alternative: il metodo del *pooling* ed il metodo dell'*average*.

Il metodo del *pooling* si applica considerando tutte le osservazioni a disposizione annualità per annualità. Conseguentemente, qualora fossero identificate 3 transazioni comparabili e si fosse deciso di utilizzare cicli quinquennali, le osservazioni a disposizione sarebbero 15. L'inter-quartile range andrebbe calcolato con riferimento alle quindici osservazioni.

²⁸⁶ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par.1.49 e 1.50.

Il metodo dell'*average* si applica, invece, considerando la media di tutti gli anni di ogni transazione e calcolando l'*inter-quartile range* sulle osservazioni medie. Conseguentemente, qualora fossero identificate tre transazioni e si fosse deciso di utilizzare cicli quinquennali, le osservazioni a disposizione sarebbero comunque tre, cioè le medie dei cinque anni di ogni transazione. L'*inter-quartile range* andrebbe calcolato con riferimento a queste tre osservazioni.

Generalmente, l'applicazione di un metodo piuttosto che un altro non crea enormi diversità. Tuttavia, come regola generale, il metodo del *pooling* è più attendibile nei casi in cui non siano disponibili tutte le osservazioni d'ogni società.

Il concetto di range dei dati disponibili è stato introdotto dalle *US Transfer Pricing Treasury Regulations* nel 1994 ed, immediatamente a ruota, è stato "ratificato" dalle Linee Guida OCSE del 1995. Se da un lato questo concetto è risultato essere più che apprezzato da tutti i contribuenti, dall'altro lato, è necessario considerare che la sua applicazione si presta ad essere agilmente manipolata al fine di consentire ad alcuni contribuenti l'effettuazione di una solida e remunerativa attività di tax planning.

Si pensi all'esempio fatto in precedenza delle cinque società distributrici di capi d'abbigliamento. Si ipotizzi che i dati riferiti a tre annualità siano i seguenti:

Tabella 24

Margine lordo				
	2002	2003	2004	AVG.
Società A	40,0%	35,0%	45,0%	40,0%
Società B	35,0%	30,0%	32,0%	32,3%
Società C	38,0%	33,0%	31,0%	34,0%
Società D	43,0%	n/a	46,0%	44,5%
Società E	45,0%	50,0%	40,0%	45,0%

Sulla base dei dati disponibili, si ipotizzi infine di calcolare l'*inter-quartile range* di riferimento:

Tabella 25

Inter-Quartile Range	AVG.	Pooling
Quartile alto	44,5%	44,5%
Mediana	40,0%	39,0%
Quartile basso	34,0%	33,5%

Come si vede chiaramente, l'inter-quartile range di riferimento (applicando il metodo del pooling) per il margine lordo di società distributrici di capi d'abbigliamento va dal 33.5% al 44.5%.

In questo contesto, un gruppo multinazionale con la casamadre operante in un Paese a bassa fiscalità sarebbe certamente incentivato a far guadagnare ai propri distributori locali un margine lordo del 33.5% in modo da ridurre la base imponibile nei vari Paesi ed accentrare tutto il reddito tassabile proprio nel Paese a bassa fiscalità. Lo stesso discorso può essere fatto in tutti gli altri casi a seconda delle varie circostanze. Appare evidente come esista il rischio che la selezione di un punto all'interno del *range* finisca per essere un esercizio assestante finalizzato esclusivamente a ridurre il carico fiscale di gruppo²⁸⁷.

²⁸⁷ Sul punto sono molto interessanti le osservazioni fatte da Michael C. Durst e Robert E. Culbertson, *Clearing Away the Sand: Retrospective Methods and Prospective Documentation in Transfer Pricing Today*, New York University School of Law, Tax Law Review, Fall, 2003: "Although we understand the government's interest in imposing some discipline on the establishment of a range using inexact comparables, and thus understand the invocation of statistical techniques in the context of relatively large sample sizes, we are not convinced that the statistical approach makes sense when sample sizes are very small. It is our experience that when a handful of comparables is involved in the analysis, meaningful distinctions can be drawn that permit the taxpayer to be more closely identified with some subset of the comparables, and that resorting to the purely mechanical computation of an inter-quartile range in such circumstances is relatively likely to produce implausible results. This follows from the fact that there is no theoretical reason to view the range identified under this method as conferring any degree of confidence that data within the range is or is not normal. Indeed, in our experience application of the inter-quartile range to small samples often results in the creation of a range that is too wide to be of practical use in resolving cases. Sample sizes in fact tend to be small; while relatively few studies in our experience narrow the comparables to a sample as small as four, sample sizes of less than ten are common. As would be expected given the wide ranges of results that even very similar businesses experience in practice, the resulting ranges tend to be extremely wide, often ranging from low negative numbers (for example, a net operating margin of -2%) to relatively

Si consideri, poi, che le Linee Guida OCSE parlano di range integrale riferito a tutte le osservazioni e non distinguono fra gamme di valori più o meno ampie. Nell'esempio riportato sopra, l'intero range dei valori andrebbe allora dal 30% al 50%. Appare evidente come le possibilità di gestire e ridurre il carico fiscale di gruppo siano ancora maggiori applicando alla lettera le Linee Guida OCSE.

Benché l'applicazione alla lettera del concetto di gamma di valori, così come riportato nelle Linee Guida OCSE, possa rivelarsi un formidabile strumento di pianificazione fiscale, è necessario riconoscere che la sua applicazione garantisce ai contribuenti quel minimo di flessibilità nella determinazione dei prezzi di trasferimento che la selezione di un specifico valore all'interno di quelli della gamma non consentirebbe²⁸⁸. Tuttavia, la scelta di un valore qualsiasi all'interno della gamma rende ogni analisi economica in materia di prezzi di trasferimento sostanzialmente priva di ogni valore tecnico e specialistico e lascia ai contribuenti troppo spazio per implementare politiche di prezzi infra-gruppo finalizzate in prima istanza alla riduzione del carico fiscale complessivo.

A parere di chi scrive, sarebbe necessario trovare una soluzione che, pur garantendo flessibilità ai contribuenti, fornisca alle autorità fiscali elementi più significativi per contestare le scelte fatte dai contribuenti e per osteggiare potenziali atteggiamenti elusivi dei gruppi multinazionali. Una soluzione che rappresenterebbe un equo contemperamento degli interessi in causa dovrebbe unire l'utilizzo di gamme ridotte e

*high positive numbers (for example, a net operating margin of 8.5%). As a practical matter, such a range is not likely to prove satisfying to an examiner in those cases in which the taxpayer's pricing system is selected for examination. If the taxpayer's actual results appear subjectively incorrect to the examiner, he or she can feel bound professionally to attack the range, generally by following the implicit invitation of the regulations to look closely at the functional analysis the taxpayer used in selecting comparables. In view of the subjectivity that must be employed in selecting among very imperfect comparables, it generally is not hard to make a credible case that one or more comparables should be removed or added; and given the small sample sizes, the addition or deletion of one or two comparables can [*113] cause very large swings in the range. The result, even in a relatively simple case, can be a battle between technical personnel of the taxpayer and the government extending over several years, with no clear standard to be used in resolving the dispute."*

²⁸⁸ Cfr. Micheal D. Hoffman e Charles Theriault *Critiquing Canada's Position on Transfer Pricing Range Issues*, in BNA Transfer Pricing Report, Volume 12, Aprile 2004.

la selezione dei valori medi con obblighi di analisi economica preventiva²⁸⁹. In questa ottica, la soluzione più appropriata potrebbe essere la seguente:

1. In prima istanza, il concetto di gamma di valori dovrebbe essere utilizzato in sede di determinazione dei prezzi di trasferimento e non in sede di documentazione. In altre parole, il contribuente dovrebbe scegliere un punto all'interno della gamma di valori ottenuta tramite l'analisi economica per determinare i valori corretti da applicare alle transazioni infra-gruppo. La documentazione in materia di prezzi di trasferimento dovrebbe essere effettuata in una fase successiva col solo intento di dimostrare che la politica di prezzi di trasferimento intrapresa abbia effettivamente permesso di raggiungere i risultati prestabiliti²⁹⁰. Documentazioni finalizzate a dimostrare che i prezzi di trasferimento stabiliti per le transazioni infra-gruppo rientrano genericamente nella gamma di valori ottenuti tramite un'analisi economica non dovrebbero da sole avere alcun valore probatorio.
2. In seconda istanza, data la più volte menzionata difficoltà di reperire transazioni del tutto comparabili a quella in analisi, sarebbe necessario seguire l'approccio delle *US Transfer Pricing Regulations* e ridurre la gamma di valori a disposizione determinando una gamma ristretta tramite strumenti statistici appropriati.
3. Il contribuente dovrebbe selezionare preventivamente un punto all'interno della gamma ridotta dei valori dove collocarsi. Eventuali spostamenti dalla mediana verso l'alto o verso il basso potrebbero essere giustificati nei casi in cui il contribuente sia in grado di giustificare il minor o maggior profitto della società in verifica tramite argomentazioni legittime e convincenti e comunque legate al mercato di riferimento e ad aspetti economici.

²⁸⁹ Cfr. Andrew Casey and Artemis Kritikides, *Transactional Net Margin Method, Comparable Profits Method and the Arm's length Principle*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Settembre/Ottobre 2003.

²⁹⁰ Cfr. Pim Fris "Dealing with Arm's Length and Comparability in the Years 2000", International Transfer Pricing Journal, IBFD, Novembre/Dicembre 2003.

4. In questa ottica, elementi rilevanti da dover valutare di volta in volta potrebbero essere le qualità dei prodotti commercializzati dal gruppo (per esempio, un prodotto potrebbe essere oggettivamente riconosciuto come più attrattivo di un altro e, pertanto, potrebbe essere legittimo pensare che un distributore di prodotti meno appetibili possa guadagnare meno di distributori di prodotti più appetibili), la percentuale di spese operative che la società in verifica sostiene (solo nel caso in cui si applichi un metodo tradizionale), eventuali funzioni supplementari che la società in verifica effettua, eventuali rischi supplementari che la società in verifica si accolla. In ogni caso, tutti i criteri utilizzabili per queste finalità andrebbero decisi di comune accordo fra contribuenti e autorità fiscali e riepilogati in liste esaustive.
5. I medesimi criteri utilizzati dai contribuenti potrebbero essere utilizzati dalle autorità fiscali per contestare le scelte fatte dai contribuenti stessi.
6. Infine, la documentazione delle transazioni infra-gruppo dovrebbe avere come fondamento l'analisi economica preventivamente effettuata e dovrebbe essere finalizzata a dimostrare che i prezzi di trasferimento siano stati determinati seguendo le indicazioni fornite da questa ultima.

E. LE PROCEDURE DI RICONCILIAZIONE

1. Scostamenti temporali fra il momento di definizione dei prezzi di trasferimento e il momento di effettivo conseguimento delle marginalità attese

Ad eccezione dei casi in cui il metodo del CUP è applicabile, quando il contribuente deve decidere se applicare un metodo tradizionale o uno basato sul profitto, le alternative generalmente disponibili sono il metodo del *cost plus*, il metodo del

prezzo di rivendita o, in alternativa, il TNMM. Il metodo del profit split ha un'applicazione prettamente residuale confinata alle poche ipotesi già descritte in precedenza.

In sostanza, nella maggior parte dei casi, il contribuente deve scegliere fra i due metodi tradizionali ed il TNMM nelle versioni di *cost plus* modificato o di metodo del prezzo di rivendita modificato. Nel caso il contribuente opti per il TNMM nella forma di *cost plus* modificato, la società fornitrice viene trattata come la cosiddetta *tested party* e l'indicatore di profittabilità da utilizzarsi è il *mark up* sui costi totali. Nel caso, invece, il contribuente opti per il TNMM nella forma di metodo del prezzo di rivendita modificato, la *tested party* è la società acquirente e l'indicatore di profittabilità da utilizzarsi è il margine operativo. In questi casi le differenze fra i metodi tradizionali ed i metodi basati sul profitto si hanno con esclusivo riferimento agli indicatori di profittabilità selezionati ed al livello di comparabilità fra la transazione analizzata e le transazioni comparabili.

Quando si applica un metodo tradizionale ed i dati finanziari relativi alle transazioni comparabili sono disponibili, il prezzo di trasferimento si determina facilmente aggiungendo un *mark up* di mercato al costo del venduto (*cost plus*) o sottraendo un margine di profitto lordo di mercato dal prezzo di rivendita (metodo del prezzo di rivendita). Per esempio, nel caso in cui un distributore venda i propri prodotti sul mercato ad un prezzo previsionale medio di € 100 ed il margine lordo di mercato da applicare sia il 20%²⁹¹, il prezzo da applicare alla transazione infra-gruppo sarà facilmente calcolabile in € 80²⁹².

Una volta effettuate le transazioni infra-gruppo, è necessario verificare che il distributore abbia poi effettivamente venduto i beni sul mercato al prezzo medio utilizzato per calcolare il prezzo di trasferimento. In altre parole, qualora il distributore sia riuscito a vendere i prodotti ad un prezzo diverso, si ipotizzi € 105 invece che € 100, il prezzo di trasferimento dovrà essere modificato tenendo in

²⁹¹ Ottenuto a seguito di un'analisi economica

²⁹² [€ 100 - (€ 100*20%)]

considerazione il prezzo di vendita effettivo e riconciliando gli eventuali disallineamenti²⁹³.

Nei casi di applicazione del TNMM, il procedimento per determinare il prezzo di trasferimento è assai più complicato in quanto è necessario essere a conoscenza dei dati sulle spese operative che saranno sostenute dalla *tested party* con riferimento alle transazioni prese in considerazione. Essere a conoscenza del margine operativo di mercato a cui fare riferimento non è sufficiente per determinare il prezzo della transazione infra-gruppo poiché per calcolare il prezzo di trasferimento è sempre necessario determinare il margine di profitto lordo da scontare al prezzo di rivendita (metodo del prezzo di rivendita) o da aggiungere al costo del venduto (metodo del *cost plus*)²⁹⁴.

Come visto nei paragrafi dedicati all'analisi degli schemi di conto economico, il margine lordo è dato dalla somma del margine operativo e delle spese operative. Di conseguenza, per applicare il TNMM, è necessario avere a disposizione un dato almeno indicativo relativo alle spese operative che il contribuente dovrà sostenere con riferimento alle transazioni considerate. Tornando ancora all'esempio precedente, se il dato di mercato relativo al margine operativo è il 5% e le spese operative previste equivalgono più o meno al 15% del prezzo di rivendita, il prezzo delle transazioni infra-gruppo dovrebbe essere determinato ancora in € 80.

In altre parole, per applicare il TNMM è sempre necessario elaborare una sorta di margine lordo sintetico dato dal margine operativo di mercato (rapportato ai costi, alle vendite o agli *assets*) e dall'ammontare previsionale delle spese operative riferibili alle transazioni analizzate. Ciò che importa, è che, una volta disponibili i dati effettivi, i prezzi di trasferimento siano modificati di conseguenza. In sostanza, l'applicazione di ogni metodo richiede che, con riferimento alle transazioni per cui il

²⁹³ Il prezzo finale sarebbe € 84 con margine lordo al 20% ed € 89,25 con margine lordo al 15%. Si noti che la procedura di riconciliazione sul prezzo di vendita effettivo deve essere effettuata a prescindere dal fatto che il metodo applicato sia il TNMM piuttosto che il *cost plus* o il metodo del prezzo di rivendita.

²⁹⁴ Applicando il TNMM il prezzo di trasferimento viene determinato in modo da lasciare alla *tested party* un margine di profitto operativo in linea con quello di mercato. Tuttavia, il prezzo di trasferimento deve essere inizialmente determinato calcolando un margine di profitto lordo.

metodo è applicato, la *tested party* realizzi effettivamente il margine di profitto in linea con i dati di mercato. Partendo da questo assunto, è necessario che i dati previsionali utilizzati siano riconciliati con quelli effettivi per evitare possibili disallineamenti fra le marginalità effettivamente conseguite e quelle preventivate.

In altre parole, tornando al solito esempio, qualora le spese operative effettivamente sostenute dalla *tested party* con riferimento alle transazioni analizzate siano ammontate al solo 10% del prezzo di vendita, applicando il TNMM, il prezzo di trasferimento andrebbe modificato *ex post* da € 80 a € 85.

2. Uso di metodologie ibride

Come discusso nei capitoli precedenti, l'applicazione del TNMM è sostanzialmente sconsigliata dalle Linee Guida OCSE e da quasi tutte le normative locali in materia di prezzi di trasferimento. In particolare, le Linee Guida OCSE sconsigliano l'applicazione del metodo sostenendo che semplici differenze nella profittabilità non possono giustificare una maggiore o minore tassazione di un'impresa²⁹⁵.

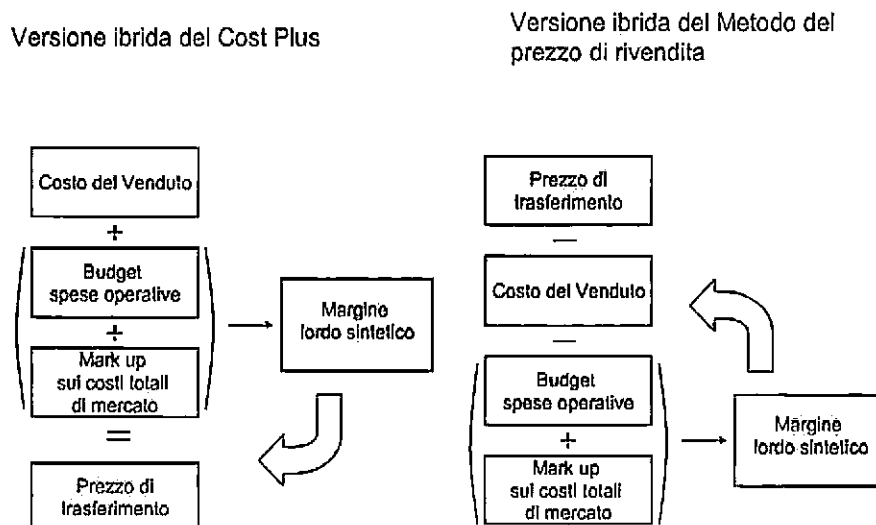
Basandosi sulle Linee Guida OCSE, risulta evidente che un'applicazione integrale del metodo è fortemente sconsigliata. Tuttavia, è anche necessario considerare che in molte circostanze, il contribuente che deve scegliere un metodo per determinare i propri prezzi di trasferimento non ha alternative reali ai metodi basati sul confronto

²⁹⁵ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 3.4: "*in no case should transactional profit methods be used so as to result in over-taxing enterprises mainly because they make profits lower than the average, or in under-taxing enterprises that make higher than average profits. There is no justification under the arm's length principle for imposing additional tax on enterprises that are less successful than average when the reason for their lack of success is attributable to commercial factors*" Questa discussione è ulteriormente approfondita con riferimento alle differenze fra TNMM e CPM da Hubert Hamackers nell'articolo *The Comparable Profits Method and the Arm's length Principle*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Maggio - Giugno 2003.

dei profitti a causa della scarsa disponibilità di informazioni su transazioni comparabili.

Per queste situazioni, che sono molto comuni, sono state studiate delle metodologie ibride che, da un lato sembrano ispirate alla logica dei metodi tradizionali e, dall'altro, utilizzano gli stessi indicatori di profittabilità del TNMM. Queste metodologie, impropriamente dette metodo del *cost plus* modificato o metodo del prezzo di rivendita modificato,²⁹⁶ funzionano in maniera simile al TNMM richiedendo l'elaborazione di un margine lordo sintetico dato dalla somma delle spese operative previsionali e dal margine operativo di mercato²⁹⁷.

Grafico 12



²⁹⁶ In realtà, le Linee Guida OCSE utilizzano questi termini per descrivere il TNMM nelle sue due accezioni e non per definire una terza metodologia a metà fra metodi tradizionali e metodi basati sul confronto dei profitti.

²⁹⁷ Cfr. Tim Reichert and Karl Rothfuss in *A Comment on Resale Minus Transfer Pricing*, BNA Transfer Pricing Report, Vol 13, Marzo 2005.

La differenza con il TNMM sta nel fatto che il prezzo di trasferimento è determinato con riferimento al margine lordo e non al margine operativo e quindi non vi è alcun obbligo di riconciliare i dati previsionali sulle spese operative con quelli effettivi²⁹⁸. In sostanza, una volta determinato il margine lordo sintetico, il metodo funziona esattamente come un metodo tradizionale e la profittabilità netta non ha più alcuna rilevanza. Nello stesso tempo, l'unica differenza con i metodi tradizionali sta nel fatto che il margine lordo non è determinato sulla base di dati di mercato, ma è determinato in modo sintetico.

Tabella 26

	Metodi Tradizionali	TNMM	Metodi ibridi
Indicatore di profittabilità	Margine Lordo	Margine Netto	Margine Lordo
Dato di mercato	Margine Lordo	Margine Netto	Margine Netto
Riconciliazioni	Solo sulle vendite	Su vendite e spese operative	Solo sulle vendite

Queste versioni modificate dei metodi del *cost plus* e del prezzo di rivendita sembrano avere a prima vista il medesimo valore intrinseco degli altri metodi tradizionali, benché siano più facilmente applicabili in quanto richiedono la disponibilità di dati più semplici da recuperare. Tuttavia, benché queste siano, di fatto, metodologie ibride a cavallo fra metodi tradizionali e metodi basati sul confronto dei profitti, è da discutere se la loro applicazione sia poi conforme a quanto stabilito, con riferimento ai metodi, all'interno delle Linee Guida OCSE e, più in generale, al principio dell'*arm's length*.

Il primo punto da considerare riguarda la possibilità di utilizzare un metodo che non sia precisamente definito all'interno delle Linee Guida OCSE e delle varie normative nazionali. In questa ottica, le Linee Guida OCSE stabiliscono espressamente che, "per

298

casi difficili, dove nessun approccio è decisivo, ne è ammesso uno più flessibile affinché vengano utilizzati più metodi contemporaneamente. In questi casi, è necessario fare un tentativo al fine di ottenere un risultato conforme al principio di libera concorrenza che sia soddisfacente, da un punto di vista pratico, per tutte le parti interessate, tenendo conto dei fatti e delle circostanze del caso, dell'insieme delle prove disponibili e della relativa affidabilità dei differenti metodi considerati. Non è possibile fornire norme specifiche che coprano ciascun caso. In generale, le parti dovrebbero cercare di trovare una soluzione ragionevole tenendo presente l'imprecisione dei numerosi metodi, la preferenza accordata a standard di comparabilità più elevati nonché un rapporto più diretto e accurato con la transazione. Non dovrebbe accadere che le informazioni utili, quali possono essere quelle derivate da transazioni sul libero mercato non identiche a transazioni tra imprese associate, siano da scartare solo perché alcuni standard rigidi di comparabilità non sono pienamente soddisfatti.»²⁹⁹

A questo proposito, le Linee Guida OCSE sembrano decisamente persuasive: un metodo che si base su aspetti diversi di metodi diversi può essere affidabile anche se non espressamente menzionato nelle Linee Guida. Ciò che conta è raggiungere il massimo livello di comparabilità fra la transazione sotto controllo e le transazioni disponibili sul libero mercato.

Il secondo elemento da considerare è, invece, la coerenza di questi metodi con il principio dell'*arms length*. Come spiegato nei precedenti paragrafi, il margine lordo sintetico che viene utilizzato applicando queste metodologie ibride è composto dalla somma fra le spese operative previsionali (in percentuale sulle vendite) e il margine di profitto netto (margine operativo o *mark up* sui costi totali) derivante dalle indagini di mercato. Mentre i dati sul margine di profitto netto vengono dal mercato ed hanno una piena giustificazione sotto il profilo della coerenza con il principio dell'*arm's length*, i dati previsionali sulle spese operative sono dati interni delle società generati

²⁹⁹ See Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 1.69 and 1.70.

solitamente a seguito di un procedimento di definizione del *budget* dell'anno successivo.

Questo elemento reduce di molto la coerenza fra questi metodi ibridi ed il principio dell'*arms' length*. I prezzi di trasferimento vengono, infatti, determinati con riferimento ad un dato interno della società interessata che può essere ottimistico o pessimistico. In aggiunta, nella maggior parte dei casi, il budget di una filiale viene discusso e approvato dagli *headquarters* e, in quanto tale, può essere imposto anche in funzione di logiche di prezzi di trasferimento. Mancando, infatti, una procedura di riconciliazione, il dato previsionale sulle spese operative finisce per avere un impatto rilevante sulla profittabilità effettiva della società.

Come precisato dalle Linee Guida OCSE, l'applicazione del principio dell'*arm's length* è basata sulla comparazione fra le transazioni infra-gruppo e transazioni che avvengono sul libero mercato fra società tra loro indipendenti. Applicando queste metodologie ibride, "l'elemento di mercato" è alquanto marginale e ciò che rileva in maggior misura è un dato interno della società che, al contrario, non dovrebbe avere alcun impatto sulla determinazione dei prezzi delle transazioni infra-gruppo³⁰⁰.

³⁰⁰ Cfr. Danny Oosterhoff e Jean Paul Donga *Practical Application of Transactional Profit Methods*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Gennaio - Febbraio 2001 e Lars P. Haugen, "In tax practice, the cost plus method is often a TNMM in disguise: what to do about it?", International Transfer Pricing Journal, Settembre - Ottobre 2005.

PARTE III

La definizione delle Politiche di Prezzo nei Rapporti con le Autorità Fiscali

VII. La documentazione in materia di prezzi di trasferimento e la gestione internazionale delle controversie

A. ASPETTI INTRODUTTIVI

Come si vedrà nell'ambito di quest'ultima parte dello studio, esistono tre strumenti che permettono al contribuente di ridurre i rischi di accertamento e, in un certo senso, di gestire le controversie con le autorità fiscali in materia di prezzi di trasferimento per ridurre i rischi di doppia imposizione economica sui redditi. In prima istanza, vi sono le norme in materia di documentazione contemporanea (obbligatoria o facoltativa) che hanno la funzione di semplificare le procedure di accertamento (che, già per se stesse, possono risultare estremamente gravose in termini di tempo ed incertezza) e di ridurre i rischi sanzionatori che derivano dagli accertamenti di maggior reddito. La documentazione delle politiche in materia di prezzi di trasferimento, benché solitamente onerosa, è estremamente vantaggiosa in quanto permette al contribuente di esporre in un documento le proprie scelte ed indirizzare le autorità fiscali, già dall'inizio della procedura di accertamento, verso i canali ed i criteri adottati. In aggiunta, anche se in dipendenza delle singole norme sugli obblighi documentali applicate nei vari Paesi, la predisposizione della documentazione in materia permette al contribuente di evitare il regime sanzionatorio connesso all'accertamento.

In seconda istanza, sulla base di quanto previsto dagli articoli 25 delle Convenzioni contro le doppie imposizioni sui redditi, esistono delle "procedure amichevoli" fra autorità fiscali competenti che permettono ai contribuenti di ottenere degli aggiustamenti corrispondenti di minor reddito. Questi aggiustamenti sono richiesti dai contribuenti ogniqualvolta, a seguito di una verifica fiscale sui prezzi di trasferimento, le autorità fiscali ri-determinino i prezzi di trasferimento accertando il maggior reddito della società verificata. Gli aggiustamenti corrispondenti servono ad ottenere una misura di carattere equivalente nell'altro Paese che sia volta a determinare il minor reddito della società collegata ed a diminuire corrispondentemente la relativa base imponibile. Queste procedure, come verrà esaminato in quest'ultima parte, sono al giorno d'oggi spesso inefficienti a causa dei differenti livelli di competenza delle autorità fiscali ed alla mancanza di un obbligo a raggiungere un accordo definitivo al termine della procedura. In ambito Europeo, questi problemi sono parzialmente risolti da una Convenzione Arbitrale (recentemente prorogata) che prevede l'intervento obbligatorio di un arbitro terzo a dirimere la controversia allorché le autorità competenti non riescano a raggiungere un accordo.

Infine, in ultima istanza, le autorità fiscali di molti Paesi hanno elaborato delle forme di interpello preventivo ("*advance pricing agreements*" o APA) a carattere unilaterale (contribuenti ed autorità competenti) o plurilaterale (contribuenti ed autorità competenti di più Paesi) per mezzo delle quali contribuenti ed autorità fiscali si accordano preventivamente sulle politiche di prezzi di trasferimento infra-gruppo. Dette procedure, sono estremamente utili quando effettuate su base plurilaterale, mentre non riducono di molto i rischi di doppia imposizione sui redditi allorché effettuate con riferimento ad un solo Paese (unilaterali). In Italia, una forma di APA unilaterale è stata introdotta di recente anche se, allo stato attuale, non sono stati ancora conclusi accordi.

Come si vedrà nel corso di quest'ultima parte, a livello nazionale, tutti e tre gli strumenti menzionati necessitano ancora di essere raffinati prima di portare a risultati

apprezzabili. Questo stato di cose è dovuto a molteplici ragioni anche se, a parere di chi scrive, le maggiori cause vanno ricercate nella incertezze che ancora oggi contraddistinguono la parte tecnico-sostanziale della materia. In sostanza, come visto nel corso dei precedenti capitoli, in Italia esiste ancora un problema di contrasto fra fonti: da una parte, vi è una Circolare datata 1980 che è ispirata ad un documento non più attuale (il Rapporto OCSE del 1979) e che è lacunosa ed imprecisa con riferimento a buona parte delle problematiche trattate; dall'altra, le Linee Guida OCSE del 1995-2000 sono certamente un documento innovativo anche se, come visto più volte, tendono in alcuni casi a sottostimare alcune problematiche (si veda per tutte le difficoltà di reperimento delle informazioni sugli indicatori necessari ad applicare i metodi tradizionali) e, in altri, a non regolamentare situazioni di importanza sostanziale (si vedano le problematiche relative alla gamma di valori ed all'utilizzo di tutti i punti della gamma come espressione del prezzo di libera concorrenza). In sostanza, l'effetto principale di quanto detto è che le autorità fiscali sono limitate nell'attività di verifica dal quadro normativo di riferimento. Ciò che manca, nella maggior parte dei casi, è il punto di partenza di ogni accertamento in materia di prezzi di trasferimento: un'analisi economica da effettuarsi secondo criteri e standard precisi e predeterminati (si vedano le *US Treasury Regulations*)³⁰¹. Anche in presenza di un'analisi economica, il contribuente, basandosi sulle Linee Guida OCSE, può poi difendersi presentando un'ampia gamma di transazioni comparabili e collocandosi sui valori preferiti senza che le autorità fiscali possano opporre alcuna eccezione.

Questo stato di cose ha fatto sì che, in Italia, grande parte degli accertamenti in materia siano stati effettuati su due filoni: 1) sfruttando informazioni su altre transazioni interne avvenute con terze parti, 2) rettificando semplicemente le transazioni in perdita. Nel primo caso, le autorità hanno effettuato rettifiche in molti casi prive di fondamento³⁰² senza entrare nel dettaglio di tutti i fattori di

³⁰¹ Si veda in questa la decisione della Commissione Tributaria di Roma n. 342 del 4.2.1998.

³⁰² Tipicamente, le autorità fiscali hanno accertato prezzi diversi stabiliti alle transazioni di esportazione fatte verso distributori esteri del gruppo rispetto a quelli praticati direttamente sul mercato nazionale verso grossisti o dettaglianti. In questi casi, le differenze nello stadio di commercializzazione comportano che la società che vende sul mercato nazionale effettui anche funzioni di vendita e marketing che comportano costi ulteriori e, pertanto, richiedono margini superiori.

comparabilità da considerare³⁰³. Un errore tipico è stato il non fare riferimento ai diversi stadi di commercializzazione dei beni e, quindi, alle differenti funzioni svolte dall'impresa verificata nell'ambito delle transazioni comparate. Nel secondo caso, le autorità fiscali si sono limitate a rettificare tutte le transazioni in perdita senza però trovare appigli ragionevoli per determinare una percentuale di profitto adeguato per queste transazioni. Queste modalità di accertamento hanno comportato, come preventivabile, problemi in sede di negoziazione della procedura amichevole. In tal senso, le autorità fiscali estere non si sono generalmente conformate ai principi applicati in Italia non riconoscendo la validità delle argomentazioni proposte.

In ogni caso, negli ultimi anni si è registrato un miglioramento qualitativo delle tecniche di accertamento delle autorità fiscali che ha portato ad un affinamento delle verifiche. Ciò che probabilmente ancora manca, sono delle modalità di accertamento basate su standard di profittabilità³⁰⁴ che siano fondati su analisi economiche fatte anche dalle autorità fiscali³⁰⁵ ed un anormativa precisa e rigorosa che permetta di selezionare fra più transazioni comparabili i valori da utilizzare come riferimento per le rettifiche.

³⁰³ Si vedano Commissione Tributaria di Alessandria, n. 170 del 11.2.1995 e Commissione Tributaria di Genova, n. 547 del 10.2.1992.

³⁰⁴ Si vedano gli Studi di settore. Cfr Carlo Garbarino, *Imposizione ed effettività nel diritto tributario*, op. cit., pag. 306 fino a pag. 324.

³⁰⁵ Si veda, per esempio, il caso tedesco trattato nel seguente capitolo e le problematiche relative ai cosiddetti *secret comparables*.

B. LA DOCUMENTAZIONE PREVENTIVA PER LE TRANSAZIONI INFRAGRUPPO E L'ONERE DELLA PROVA

Come analizzato nei precedenti capitoli, le varie discipline in materia di prezzi di trasferimento sono quasi tutte caratterizzate dalla valutazione comparativa della conformità dei corrispettivi pattuiti nelle transazioni infra-gruppo con i corrispettivi pattuiti in transazioni comparabili avvenute sul libero mercato. Ogni analisi finisce irrimediabilmente per essere caratterizzata da elementi di elevata complessità e notevole aleatorietà che comportano grossi rischi di contenzioso tributario e di ripresa a tassazione da parte delle autorità tributarie di tutti quei Paesi che vantano una potestà impositiva su tali redditi transnazionali.

A tutto questo è necessario aggiungere che l'analisi delle politiche dei prezzi di trasferimento di un gruppo multinazionale richiede generalmente ingenti sforzi alle autorità fiscali impegnate nelle verifiche fiscali. Nella maggior parte dei casi, infatti, le autorità fiscali sono costrette ad iniziare le proprie indagini analizzando nel dettaglio le singole operazioni commerciali e cercando di demarcare un denominatore comune a tutte le transazioni che possa far capire quale politica di prezzo sia effettivamente in vigore nel gruppo e quali metodi siano stati selezionati per definire i prezzi di trasferimento delle transazioni in verifica. Nella pratica, solo dopo diversi mesi di analisi, le autorità fiscali arrivano solitamente ad avere un quadro chiaro della struttura delle transazioni infra-gruppo e, pertanto, solo a questo punto sono in grado di opporre eventuali critiche ed effettuare le opportune riprese. In altre parole, l'analisi *transfer pricing* del soggetto economico sottoposto a verifica non può essere proficuamente ed oggettivamente effettuata senza il fattivo apporto del contribuente, tenuto conto che tutte le informazioni di rilievo inerenti alla specifica

attività dipendono da fatti e circostanze che possono essere fornite, in maniera esaustiva e corretta, unicamente dal soggetto ispezionato³⁰⁶.

In questa prospettiva, sia le associazioni dei contribuenti che alcune autorità fiscali di molti Paesi hanno sentito la necessità di regolamentare in maniera più efficace l'intera questione al fine, da un lato, di rendere le tematiche in materia di prezzi di trasferimento meno aleatorie, dall'altro, di ridurre la tempistica degli accertamenti e delle verifiche. In questa ottica, molti Paesi si sono dati da fare per predisporre normative interne che imponessero ai contribuenti obblighi di documentazione preventiva e specifica per le transazioni infra-gruppo. Per documentazione preventiva e specifica si è inteso, nella maggior parte dei casi, un rapporto esaustivo sulla transazioni infra-gruppo della società che venisse elaborato dal contribuente stesso già prima dell'accertamento e che fosse finalizzato a dimostrare che le transazioni infra-gruppo fossero avvenute a valori conformi al principio dell'*arm's length*. Nell'ambito di questi obblighi, i vari Paesi si sono contraddistinti per elaborare normative più o meno pressanti che differivano le une con le altre per tutta una serie di elementi quali, ad esempio, le analisi e le descrizioni richieste, la tempistica di realizzazione e le garanzie di esenzione da eventuali sanzioni o rischi penali.

Come specificato nelle Linee Guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento, le norme sull'onere della prova in materia tributaria, così come le procedure di verifica, differiscono tra i vari Paesi. Nella maggior parte delle giurisdizioni, l'onere della prova grava sull'amministrazione fiscale sia nell'ambito dei rapporti diretti con i contribuenti (ad esempio, accertamento e ricorso), sia in fase contenziosa. In alcuni di questi Paesi, per materie specifiche, l'onere della prova può essere invertito, consentendo all'amministrazione fiscale di ricalcolare il reddito imponibile, se risulti che il contribuente non abbia agito in buona fede (ad esempio non collaborando o non ottemperando alle esigenze di documentazione o presentando dichiarazioni false o errate). In altri Paesi, l'onere della prova è a carico del contribuente.

³⁰⁶ Cfr. Maurizio Querqui, *La documentabilità della politica di transfer pricing: vantaggi per il contribuente e l'Amministrazione finanziaria*, Il fisco n. 38 del 17 ottobre 2005.

In materia di prezzi di trasferimento, attribuire l'onere della prova integralmente alle autorità fiscali o al contribuente può creare rilevanti anomalie funzionali in sede di accertamento. Nei Paesi in cui, per questioni di diritto interno, l'onere della prova grava integralmente sull'amministrazione fiscale, il contribuente non è giuridicamente obbligato a provare la correttezza dei propri prezzi di trasferimento, a meno che l'amministrazione fiscale non costituisca una presunzione valida sino a prova contraria sulla base della quale si dimostri che la determinazione dei prezzi non sia conforme al principio di libera concorrenza. In questi Paesi, essendo tutto il carico di lavoro sulle spalle delle autorità fiscali, le tempistiche degli accertamenti diventano spesso eccessive e, nella maggior parte dei casi, le autorità fiscali sono costrette a prendere decisioni sulla base di informazioni parziali o imprecise.

Per ovviare a queste problematiche, in alcuni Paesi, i contribuenti hanno, per legge, il dovere di collaborare con l'amministrazione fiscale. Nel caso in cui un contribuente non collabori, all'amministrazione fiscale può essere conferita la facoltà di valutare il reddito del contribuente e di presumere i fatti relativi sulla base dell'esperienza. In tali casi le autorità fiscali non devono pretendere un grado di collaborazione così elevato da rendere difficoltosa l'osservanza da parte anche di quei contribuenti che intendono fare sforzi ragionevoli per conformarsi agli obblighi in materia.

Sempre secondo le Linee Guida OCSE, nelle giurisdizioni dove l'onere della prova grava sul contribuente, le autorità fiscali non dovrebbero avere il potere di effettuare accertamenti sul reddito imponibile che non siano fondati su basi giuridiche solide e comprovate. In questa prospettiva, un'amministrazione fiscale in tali Paesi non potrebbe avviare un accertamento in materia di prezzi di trasferimento ricalcolando il reddito imponibile in base ad una percentuale fissa del volume d'affari ed ignorando, pertanto, il principio di libera concorrenza³⁰⁷. Tuttavia, spostando l'onere della prova sul contribuente si fanno gravare su quest'ultimo oneri documentali rilevanti che, in una materia dai profili giuridici incerti ed aleatori come i prezzi di trasferimento, potrebbero finire per essere utilizzati contro il contribuente stesso.

³⁰⁷ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Paragrafo 4.13.

Nella pratica, sempre secondo l'OCSE, sarebbe opportuno che, qualunque sia la norma in materia di accertamento e verifica del reddito, né le autorità fiscali, né i contribuenti abusino delle regole sull'onere della prova. Inoltre, vista la complessità ed aleatorietà delle problematiche in oggetto, sarebbe appropriato sia per i contribuenti, che per le autorità fiscali, applicare con particolare prudenza e moderazione dette regole. Più in particolare, e qui le Linee Guida OCSE sembrano cogliere nel segno, per una prassi efficiente, l'onere della prova non dovrebbe essere utilizzato dalle autorità fiscali o dai contribuenti come giustificazione per affermare tesi infondate o non verificabili. Le autorità fiscali ed i contribuenti dovrebbero comportarsi secondo buona fede essendo sempre preparati a dimostrare che eventuali rideterminazioni dei prezzi di trasferimento siano comunque effettuate in conformità al principio di libera concorrenza, anche se l'onere della prova sia a carico dell'altra parte³⁰⁸.

Da un punto di vista italiano, secondo i principi legislativi generali applicati, l'onere della prova in caso di accertamento fiscale è a carico dell'amministrazione tributaria. In materia di prezzi di trasferimento, non vi sono norme o prassi che richiedano ai contribuenti parti di gruppi operanti su scala multinazionale di predisporre documenti particolari con riferimento alle transazioni infra-gruppo. L'unico adempimento richiesto ai gruppi di imprese è l'indicazione nella dichiarazione dei redditi di eventuali rapporti di controllo o collegamento con altre imprese³⁰⁹.

Vi sono, tuttavia, eccezioni al principio secondo cui l'onere della prova grava sempre sulle autorità fiscali. In una nota sentenza della Corte di Cassazione³¹⁰ si è affermato che "ai fini della determinazione del reddito di impresa, è onere del contribuente e non dell'Ufficio documentare l'esistenza dei costi deducibili., trattandosi di una componente negativa del reddito la cui effettività deve essere dimostrata dal contribuente tramite la contabilità di cui egli, e non l'Ufficio, dispone. Una volta

³⁰⁸ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Paragrafo 4.16.

³⁰⁹ Cfr. Istruzioni ufficiali del Ministero delle Finanze.

³¹⁰ Cassazione Sez. I, n. 7867, 1997.

dimostrata la voce adottata come costo spetterà all'Ufficio spiegare le ragioni per le quali la voce debba considerarsi indeducibile.”

In aggiunta, vi sono dei casi nella legislazione e prassi fiscale nazionale in cui le autorità fiscali sono, di fatto, autorizzate ad applicare sistemi di ricostruzione del reddito forfetari che si sostituiscono a ricostruzioni empiriche. “Nel settore tributario, tale eterointegrazione³¹¹ opera con riferimento ai saperi tecnici prodotti dall'amministrazione finanziaria nell'esercizio della potestà di indirizzo, ad esempio gli studi di settore. (...) Il caso tipico di criteri fiscali è quindi quello del riferimento indiretto a criteri tecnici, criteri che vengono attuati mediante etero-integrazione. Ciò avviene con i provvedimenti impositivi giustiziali che riniviano ai criteri degli studi di settore. Con essi si valutano le concrete attività produttive di ricavi a cui vengono attribuiti valori monetari specifici sulla base delle cd. funzione dei ricavi predefinita³¹²”.

In materia di prezzi di trasferimento, pur mancando una regolamentazione specifica, la situazione sembra essere abbastanza simile a quella descritta dalla Corte di Cassazione con riferimento ai costi deducibili e per certi versi potrebbe ricordare per qualche aspetto quella relativa agli studi di settore. Come detto nei paragrafi precedenti, l'analisi dei prezzi di trasferimento del soggetto economico sottoposto a verifica non può essere oggettivamente effettuata senza il fattivo apporto del contribuente, tenuto conto che tutte le informazioni di rilievo inerenti alla specifica attività dipendono da fatti e circostanze che possono essere fornite, in maniera esaustiva e corretta, unicamente dal soggetto ispezionato³¹³.

In questa prospettiva, sembra decisamente opportuno che i contribuenti, pur non gravando su di loro l'onere della prova, siano preparati a supportare le proprie scelte

³¹¹ Ovvero quando il soggetto dotato di competenza si avvale di criteri oggetto del rinvio da parte della norma di competenza, con il risultato che essa deve essere eterointegrata in base a siffatti criteri che regolano il fatto. Cfr. Carlo Garbarino, *Imposizione ed effettività nel diritto tributario*, Padova 2003, pag. 307.

³¹² Carlo Garbarino, *Imposizione ed effettività nel diritto tributario*, Padova 2003, pag. 308.

³¹³ Cfr. ancora Maurizio Querqui, *La documentabilità della politica di transfer pricing: vantaggi per il contribuente e l'Amministrazione finanziaria* in *Il fisco* n. 38 del 17 ottobre 2005 e Loris Tosi, *Transfer pricing: disciplina interna e regime convenzionale*, *Il Fisco*, n. 7 del 2001.

tramite un'opportuna documentazione che permetta alle autorità fiscali di avere a disposizione tutte le informazioni potenzialmente utili per effettuare un'analisi completa sulla congruità dei prezzi stabiliti dal contribuente stesso nella transazioni infra-gruppo. Queste argomentazioni sono per certi versi supportate dalle norme generali in tema di documentazione fiscale richiesta ai contribuenti. Secondo il D.P.R. n. 600/1973, i contribuenti hanno, infatti, il dovere di collaborare con l'amministrazione fiscale fornendo tutti i documenti di volta in volta richiesti e rispondendo a tutte le domande proposte.

C. APPROCCI SOVRA-NAZIONALI AL PROBLEMA DELLA DOCUMENTAZIONE IN MATERIA DI PREZZI DI TRASFERIMENTO

1. L'approccio delle Linee Guida OCSE

Sempre allo scopo di provare a ridurre ed evitare molte delle controversie derivanti dall'incertezza intrinsecamente connessa alla valutazione dei prezzi trasferimento, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico ha provveduto a suggerire un approccio comune in tema di documentazione delle politiche relative ai prezzi di trasferimento in uno specifico capitolo nell'ambito delle più volte citate Linee Guida del 1995³¹⁴.

In sostanza, l'OCSE suggerisce che nell'esame relativo alla correttezza dei prezzi di trasferimento in un'ottica fiscale, il contribuente dovrebbe seguire i medesimi principi di diligente gestione aziendale utilizzabili nella valutazione di una decisione di analogo importanza e complessità. In questa prospettiva, il contribuente dovrebbe predisporre o fare riferimento a materiale scritto che documenti gli sforzi fatti per conformarsi al principio dell'*arm's length*, includendo anche le informazioni rilevanti che stanno alla base della definizione finale dei prezzi di trasferimento, i fattori considerati e i metodi selezionati³¹⁵.

In aggiunta, i contribuenti dovrebbero essere consapevoli del fatto che un'amministrazione fiscale debba arrivare a definire i prezzi di trasferimento in conformità al principio dell'*arm's length* anche quando le informazioni a sua

³¹⁴ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Capitolo 5.

³¹⁵ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 5.4.

disposizione si rivelino essere incomplete. Di conseguenza, una corretta prassi di tenuta dei registri e la presentazione volontaria della documentazione rendono generalmente più credibile l'approccio seguito per la definizione dei prezzi di trasferimento e, soprattutto, riducono la possibilità che l'amministrazione finanziaria effettui degli aggiustamenti sui prezzi di trasferimento basandosi su dati errati o incompleti.

Da parte sua, l'amministrazione fiscale dovrebbe, invece, cercare di mantenere un ragionevole equilibrio tra le proprie esigenze di semplificazione ed i costi ed oneri amministrativi che il contribuente dovrebbe sostenere per la produzione e l'ottenimento di tali documenti. Per esempio, non si deve pretendere che il contribuente sostenga costi e oneri eccessivi per ottenere documenti dalle imprese associate estere o per effettuare ricerche approfondite di dati comparabili concernenti le transazioni sul libero mercato, nel caso in cui questi ritenga ragionevolmente, sulla base dei principi delle Linee Guida OCSE, che non esistano dati comparabili o che il costo della loro individuazione sia eccessivo in relazione agli importi in questione³¹⁶. Inoltre, le autorità fiscali non dovrebbero esigere dal contribuente la produzione di documenti che non siano in suo possesso o che esse non possano ragionevolmente ottenere in altro modo.

Una volta definiti i "compiti" dei contribuenti e delle autorità fiscali, l'OCSE tenta di definire una lista (comunque non esaustiva e per nulla dettagliata) delle informazioni da inserire in eventuali documentazioni che sembra in parte ricalcare le previsioni della sezione 6662 delle Regulations Statunitensi:

1. Una descrizione dell'attività della società in verifica e del gruppo multinazionale a cui appartiene.
2. La struttura legale e l'organizzazione funzionale del gruppo multinazionale.
3. I rapporti di proprietà e controllo all'interno del gruppo multinazionale.

³¹⁶ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 5.6.

4. I ricavi delle vendite e i risultati operativi conseguiti dalla società negli ultimi anni precedenti le transazioni analizzate;
5. Il livello delle transazioni effettuate dal contribuente con le imprese associate estere; per esempio, l'ammontare delle vendite di scorte di magazzino, la prestazione dei servizi, l'affitto di beni materiali, l'uso o il trasferimento di beni immateriali e gli interessi sui prestiti.
6. Informazioni sulle politiche di prezzo e su circostanze particolari capitate nel corso dell'anno³¹⁷.

In sintesi, si tratta di una serie di raccomandazioni ai contribuenti affinché essi facciano gli sforzi necessari al momento della determinazione dei prezzi di trasferimento per verificare che le politiche di prezzo adottate siano effettivamente appropriate in un'ottica fiscale e quindi le autorità fiscali possano procedere direttamente all'esame della documentazione in materia per verificare la congruità dei prezzi stabiliti dal gruppo multinazionale in verifica. In questa ottica, pur ricordando che l'esigenza di documentazione dovrebbe essere definita secondo i principi della gestione prudente dell'attività che regolerebbero il metodo di valutazione delle decisioni in campo industriale e commerciale aventi un livello di complessità e importanza simile, le Linee Guida fanno presente che la necessità di predisporre una documentazione appropriata delle politiche di prezzo infra-gruppo debba essere opportunamente bilanciata con gli elevati costi di gestione e realizzazione della documentazione stessa e con i vari oneri di carattere amministrativo che ne deriverebbero³¹⁸.

³¹⁷ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 5.18 e 5.19.

³¹⁸ Cfr. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", Organization for Economic Co-Operation and Development, 1995-1999, Par. 5.28. Si veda anche Marco Pezzetta in *I prezzi di trasferimento transfrontalieri: principi generali e profili applicativi*, in *Il Fisco*, n. 44 del 2 dicembre 2002, paragrafo 6.3.

2. L'approccio della "Pacific Association of Tax Administrators" (PATA) e gli obblighi documentali in relazione al cosiddetto "Transfer Pricing Documentation Package".

I membri della Pacific Association of Tax Administrations ("PATA" che include Australia, Giappone, Canada e USA) hanno elaborato dei principi in base ai quali i contribuenti possono realizzare una documentazione uniforme che rispetti i principi di ognuno dei Paesi parte dell'associazione e, pertanto, evitare che le autorità fiscali dei Paesi associati applichino delle sanzioni in caso di aggiustamenti sui prezzi di trasferimento. L'uso del cosiddetto "*PATA Documentation package*" è volontario e non dovrebbe imporre ai contribuenti alcun onere legale ulteriore a quelli imposti dalle normative nazionali dei quattro Paesi associati. Tuttavia, l'uso deve essere limitato alle transazioni fra società residenti nei quattro Paesi associati³¹⁹.

I contribuenti che scelgono di utilizzare il "*PATA Documentation package*" per evitare l'imposizione di sanzioni devono rispettare tre principi di carattere operativo. In prima istanza devono fare ogni ragionevole sforzo per dimostrare che i prezzi di trasferimento siano stati determinati in conformità al principio dell'*arm's length*. In seconda istanza, i contribuenti devono mantenere una documentazione contemporanea delle analisi effettuate per definire i prezzi di trasferimento in ottemperanza al principio dell'*arm's length*. Infine, i contribuenti devono fornire il "*PATA Documentation package*" istantaneamente alla richiesta delle autorità fiscali.

In questa prospettiva, il *PATA Documentation package* deve necessariamente contenere tutte le informazioni che seguono:

³¹⁹ Per informazioni ulteriori circa il funzionamento del "PATA documentation package" cfr. il sito <http://www.irs.gov/pub/irs-utl/transferpricingpackagefinal.pdf>.

1. Descrizione accurata delle società partecipanti e delle relazioni infra-gruppo esistenti.
2. Descrizione della struttura organizzativa mondiale del contribuente.
3. Illustrazione dell'attività d'impresa che include un'analisi della storia recente e delle problematiche generali di carattere legale ed economico che hanno un impatto sul business.
4. Analisi dei fattori legali ed economici che hanno un impatto sulla definizione dei prezzi di trasferimento.
5. Descrizione delle proprietà intellettuali rilevanti ai fini della definizione dei prezzi di trasferimento.
6. Analisi funzionale per le transazioni in verifica.
7. Descrizione delle transazioni rilevanti ai fini della documentazione con annesso informazioni circa i termini e le condizioni contrattuali più rilevanti.
8. Copia dei contratti infra-gruppo di maggior interesse.
9. Descrizione delle informazioni maggiormente rilevanti con riferimento alle strategie di business seguite dall'impresa, alla selezione dei canali distributivi, alle strategie di gestione che possono influenzare la determinazione dei prezzi di trasferimento.
10. Tutte le informazioni relative ad eventuali accordi di ripartizione dei costi a cui i contribuenti partecipano.
11. Descrizione delle ricerche di società comparabili effettuate e delle società comparabili identificate.
12. Analisi dei fattori di comparabilità considerati rilevanti nel processo di ricerca delle società comparabili.
13. Descrizione degli aggiustamenti effettuati sui dati economici.
14. Descrizione del metodo utilizzato e dei criteri scelti per l'individuazione dello stesso. In aggiunta, una spiegazione dei motivi che hanno portato a rigettare l'uso di altre metodologie.
15. Documentazione e menzione di ogni assunto o giudizio fatto nel corso dell'analisi.

16. Informazioni riguardo ad eventuali integrazioni o aggiornamenti della documentazione rispetto agli anni precedenti³²⁰.

3. Il “Joint European Transfer Pricing Forum”: Il cosiddetto masterfile e la proposta di codice di condotta

Come scritto nei capitoli introduttivi, la Commissione europea all'interno del documento “Company taxation in the internal market³²¹” ha proposto la creazione di un *E.U. Joint Transfer Pricing Forum* al fine di elaborare soluzioni pragmatiche e non legislative per alcune delle problematiche relative ai prezzi di trasferimento all'interno dell'Unione Europea. L' *E.U. Joint Transfer Pricing Forum* si è riunito per la prima volta nell'Ottobre del 2002 ed ha concluso la prima fase dei suoi lavori nell'estate 2004. Nell'Ottobre del 2001, la Commissione ha pubblicato una comunicazione chiamata “*Company taxation in the internal market*” all'interno della quale si individuavano ed analizzavano nel dettaglio alcuni degli ostacoli e delle problematiche fiscali che la Commissione stessa riteneva assolutamente connesse all'esistenza di quindici³²² differenti normative all'interno dell'Unione.

Secondo quanto riportato nello studio della Commissione, l'applicazione alle transazioni infra-gruppo del principio dell'*arm's length* si imbatteva in ostacoli considerevoli a causa della sempre crescente complessità delle varie normative in materia di prezzi di trasferimento. In questa prospettiva, le società facenti parte di gruppi multinazionali operanti su scala Europea già allora dovevano affrontare una serie di difficoltà legate, in prima istanza, all'identificazione di transazioni

³²⁰ Cfr. Marc M. Levey and David Balaban, *Global Documentation – many considerations?*, Tax Management Memorandum, Vol. 44 No. 20 October 6, 2003.

³²¹ Commission staff working paper: *Towards an Internal Market without tax obstacles - A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities* (COM (2001) 582 del 23 Ottobre 2001).

³²² La comunicazione era stata elaborata e pubblicata prima dell'ammissione dei nuovi Stati Membri.

comparabili avvenute sul libero mercato e, in seconda istanza, alla scarsa sensibilità delle autorità fiscali nei confronti delle problematiche che sorgevano in questa area.

In tal senso, la comunicazione della Commissione precisava che l'individuazione di transazioni comparabili avrebbe potuto rivelarsi molto onerosa, soprattutto se le operazioni concluse tra consociate avessero avuto ad oggetto alcune tipologie di beni immateriali. In aggiunta, ulteriori problemi potevano sorgere in sede di risoluzione delle controversie in materia di prezzi di trasferimento con l'effetto di generare casi di doppia imposizione quando alla rettifica operata da uno Stato non corrispondesse una rettifica di segno opposto e di pari importanza nello Stato della controparte³²³.

In conclusione, la Commissione proponeva l'istituzione del già menzionato Forum al fine di provare ad elaborare un approccio collettivo in materia di documentazione delle transazioni infra-gruppo intra-europee, una gestione internazionale delle controversie tramite la proroga della cosiddetta Convenzione arbitrale ed, infine, l'elaborazione di una linea comune da seguire nelle ricerche di società comparabili. Una volta terminato il lavoro, il Forum avrebbe dovuto comunicare le proprie conclusioni al Consiglio dell'Unione che, a sua volta, le avrebbe dovute trasmettere agli Stati membri.

L'*EU Joint Transfer Pricing Forum* è stato costituito dalla Commissione Europea invitando rappresentanti delle autorità fiscali di tutti i Paesi interessati più dieci esperti tributaristi come rappresentanti delle società residenti ed in qualità di esperti della materia. Data la sua composizione, il Forum è stato diviso in due parti ("*Tax Administrations*" e "*Business*") che, a seconda del tema trattato, fornivano pareri differenziati.

Per quanto concerne il lavoro svolto per la predisposizione di un modello di documentazione comune all'interno dell'Unione Europea, il Forum ha tentato di collimare le esigenze del *business* con quelle delle *Tax Administrations*. In particolare, i rappresentanti del *business* avevano in mente un modello di

³²³ Cfr. Giovanni Rolle, Anna Ruocco, Piergiorgio Valente in *Il coordinamento della tassazione dei redditi d'impresa nell'Unione Europea*, CSC working paper, pubblicazione on-line, Giugno 2003.

documentazione comune che richiedesse tempi limitati per la realizzazione e che comportasse spese non ingenti. Allo stesso tempo, la predisposizione di una documentazione basata su tale modello avrebbe dovuto ridurre il rischio di sanzioni. Le autorità fiscali, invece, richiedevano un modello di documentazione comune che garantisse alle stesse una quantità di informazioni sufficiente a determinare la congruità dei prezzi stabiliti con il principio dell'*arms length*. Il beneficio principale di tale modello sarebbe dovuto essere il rendere le verifiche fiscali meno lunghe e meno complicate³²⁴.

In questa prospettiva, autorità fiscali e *business* hanno esaminato tre modelli alternativi di documentazione:

1. *Best Practice*: Questo modello fa riferimento alle già esistenti normative e prassi in vigore nei Paesi dell'Unione. Il Forum avrebbe il solo compito di tentare un coordinamento fra i vari scenari fornendo ai Paesi delle raccomandazioni per tentare di evitare grossi disallineamenti fra i vari approcci.
2. *Standardised Documentation*: Secondo questo modello, ogni impresa dovrebbe predisporre una documentazione conforme ad un unico insieme di regole in vigore per tutti i Paesi dell'Unione.
3. *Masterfile Concept*: Secondo il modello *masterfile*, ogni gruppo multinazionale operante su scala europea dovrebbe predisporre una documentazione centrale che fornisca informazioni in merito all'attività del gruppo ed alle politiche in materia di prezzi di trasferimento adottate. In aggiunta, oltre al *masterfile*, le imprese dovrebbero comunque predisporre documentazioni locali ("*country specific documentation*") che forniscano alle autorità fiscali dei vari Paesi informazioni più specifiche sulle attività della società residente. In questa ottica, il *masterfile* avrebbe quindi il ruolo di fungere da minimo comune denominatore per una parte della

³²⁴ Cfr. EU Joint Transfer Pricing Forum, *Draft Revised Secretariat Discussion Paper on Documentation Requirement* del 10 Giugno 2004, Capitolo III, paragrafi 34 e 35.

documentazione locale riducendo alcuni dei costi di *compliance* sostenuti da i contribuenti.

Una volta elencati i tre modelli alternativi, i rappresentanti del business e delle *Tax Administrations* hanno valutato i pro ed i contro di ognuna delle ipotesi prospettate. Da queste discussioni è emerso quanto segue:

1. *Best practice*: Il modello *best practice* darebbe sia a contribuenti che ad autorità fiscali una maggiore flessibilità evitando tutti i problemi relativi alla definizione di un insieme comune di regole. In questa prospettiva, gli obblighi documentali già imposti in alcuni Paesi Europei rimarrebbero in vigore senza richiedere ai contribuenti sforzi aggiuntivi per uniformarsi a nuove norme imposte a livello centrale. Allo stesso tempo, i vari modelli potrebbero rivelarsi eccessivamente vaghi e comunque i contribuenti sarebbero obbligati ad uniformarsi ai vari *standards* imposti da ogni Paese con elevati costi di *compliance*.
2. *Standardised Documentation*: Questo modello permetterebbe una forte riduzione dei costi di *compliance* e permetterebbe un approccio trasparente fra i vari Paesi basato su certezza delle regole e modelli uniformi. In aggiunta, la predisposizione di documentazioni uniformi in tutti i Paesi dell'Unione renderebbe più difficoltose le attività di *tax planning* dei contribuenti e faciliterebbe la gestione internazionale delle controversie. Al contrario, il modello sarebbe poco flessibile e richiederebbe comunque un grosso sforzo ai Paesi membri dell'Unione per elaborare una struttura comune che possa essere ritenuta valida ed esaustiva da ogni singolo Paese.

3. *Masterfile Concept*: Questo modello più di ogni altro permetterebbe di ridurre i costi di *compliance*³²⁵ aumentando allo stesso tempo la qualità della documentazione proposta. Tuttavia, il modello presenterebbe alcuni problemi applicativi per i gruppi multinazionali che operino in Europa tramite una struttura decentralizzata e per i gruppi in cui sia difficile individuare con esattezza gli *headquarters* europei³²⁶.

Il modello di documentazione *masterfile* combinato con la citata “*country specific documentation*” è stato scelto di comune accordo dai rappresentanti del *business* e dalle *Tax Administrations* dei Paesi dell’Unione. A seguito di questa scelta, ogni gruppo multinazionale operante su scala europea avrà la facoltà di allestire una documentazione standard che fungerà da base comune per tutte le documentazioni richieste su base locale.

Si parla di facoltà in quanto la realizzazione di una documentazione centralizzata sarà una semplice opzione per i contribuenti. Il Forum in questo senso ha valutato come non tutti i contribuenti operanti su scala Europea abbiano l’interesse a svolgere attività di *compliance* così onerose³²⁷ e, pertanto, ha lasciato liberi i gruppi multinazionali di scegliere se predisporre la documentazione o meno. Tuttavia, i contribuenti che sceglieranno di attenersi a queste nuove regole conseguiranno benefici reali in termini di semplificazione delle procedure di accertamento, minori rischi di accertamento e, soprattutto, minori rischi di doppia imposizione. I contribuenti dovranno dichiarare se intendono o meno predisporre la documentazione centralizzata e, in caso opposto per la predisposizione della stessa e dovranno comportarsi coerentemente nel corso degli anni mantenendo un approccio costante.

³²⁵ Osservazione sia del business che delle amministrazioni fiscali che però non tiene conto che oltre al *masterfile*, i contribuenti sarebbero costretti in molti Paesi a predisporre documentazioni locali aggiuntive.

³²⁶ Cfr. EU Joint Transfer Pricing Forum, *Draft Revised Secretariat Discussion Paper on Documentation Requirement* del 10 Giugno 2004, Capitolo IV.

³²⁷ Viene fatto riferimento in particolare a Gruppi di piccole dimensioni o con transazioni infra-europee non rilevanti ed a gruppi che operano su scala Europea con un approccio decentralizzato, ovvero sotto la guida di società *headquarter* non residenti. Cfr. *Report of the activities of the EU Transfer Pricing Forum in the Field of Documentation Requirements*, Bruxelles, 27 Maggio 2005.

I contribuenti che sceglieranno di seguire la logica del *masterfile* avranno l'obbligo di renderlo disponibile (integrato con la documentazione locale) in tutti i Paesi dell'Unione in cui abbiano una società residente o una stabile organizzazione. Il documento dovrà essere reso disponibile alle autorità fiscali al momento dell'inizio della fase di accertamento e permetterà al contribuente di non essere soggetto a sanzioni relative agli obblighi di informazione e cooperazione fra contribuenti ed autorità fiscali³²⁸.

Il grande vantaggio connesso con l'uso di questo strumento sarà che ogni amministrazione fiscale Europea avrà accesso al medesimo documento riepilogativo ed alle medesime informazioni. In questa ottica, sarà possibile per i contribuenti elaborare un cosiddetto "*documentation package*" più dettagliato e più coerente che faciliterà sia le attività di *compliance* dei contribuenti stessi, sia l'attività di accertamento delle autorità fiscali. In questa prospettiva, il *masterfile* potrà essere introdotto nei vari Paesi tramite apposite previsioni normative o all'interno di circolari promulgate dalle autorità fiscali stesse³²⁹.

Quanto al contenuto, ogni *masterfile* dovrà mostrare la realtà economica del gruppo fornendo un "*blue print*" della società e delle politiche adottate con riferimento ai prezzi di trasferimento. In particolare, ogni masterfile dovrà contenere un'analisi accurata per ciascuno dei seguenti punti:

1. La descrizione dell'attività del gruppo multinazionale.
2. La struttura legale e l'organizzazione funzionale del gruppo multinazionale.
3. L'identificazione delle società impegnate nelle transazioni infra-gruppo.
4. La descrizione delle transazioni infra-gruppo in ambito europeo;

³²⁸ Il riferimento è alle cosiddette "*documentation related penalties*" ed alle "*cooperation related penalties*". Cfr. *Report of the activities of the EU Transfer Pricing Forum in the Field of Documentation Requirements*, Bruxelles, 27 Maggio 2005.

³²⁹ Cosa che renderebbe l'utilizzo dello strumento più incerto. Cfr. EU Joint Transfer Pricing Forum, *Draft Revised Secretariat Discussion Paper on the Masterfile Concept*, 10 Giugno 2004, paragrafo 2.4. E' comunque importante notare che l'obbligo di redigere un masterfile per documentare le transazioni infra-gruppo non potrà essere allargato anche ai gruppi con attività economiche europee limitate o decentralizzate.

5. L'analisi di comparabilità con specifico riferimento alle caratteristiche dei beni o servizi, ai termini ed alle condizioni contrattuali, alle condizioni economiche rilevanti ed alle strategie di business.
6. L'analisi delle funzioni aziendali e dei rischi sostenuti dalle varie entità del gruppo.
7. Una descrizione dei beni immateriali di proprietà delle varie società appartenenti al Gruppo.
8. La descrizione delle politiche di prezzo infra-gruppo adottate dal gruppo e dei metodi selezionati.
9. Una lista esaustiva degli accordi di ripartizione dei costi firmati all'interno del gruppo e degli Advance Pricing Agreements o ruling concordati con la autorità fiscali.
10. L'impegnativa da parte del gruppo di fornire eventuali informazioni aggiuntive che possano essere richieste dalle autorità fiscali³³⁰.

Il masterfile dovrà essere realizzato dalla società capogruppo³³¹ e messo a disposizione di tutte le società controllate o collegate³³² residenti all'interno dell'Unione Europea. L'uso del masterfile sarà poi opzionale per i gruppi di matrice non-europea aventi società collegate o controllate in Europa³³³. In aggiunta, il "documentation package" dovrà contenere altre informazioni rilevanti relativamente alle singole società residenti nei vari Paesi dell'Unione. Queste informazioni, dette

³³⁰ Cfr. EU Joint Transfer Pricing Forum, "Draft Revised Secretariat Discussion Paper on the Masterfile Concept", 10 Giugno 2004, paragrafo 3.1. Come si vede il masterfile non dovrà contenere i dettagli dell'analisi economica effettuata e le ricerche di transazioni comparabili. Queste analisi saranno generalmente iscritte all'interno delle documentazioni locali che il contribuente dovrà perfezionare a seconda degli obblighi imposti da ogni Paese.

³³¹ Identificate secondo la definizione di "Parent company" della Direttiva del Consiglio 90/435/EEC del 23 Luglio 1990. Cfr. EU Joint Transfer Pricing Forum, *Draft Revised Secretariat Discussion Paper on the Masterfile Concept*, 10 Giugno 2004.

³³² In questo senso si veda la definizione di "associated enterprise" fornita dall'Articolo 9 della OECD Model Tax Convention. Cfr. EU Joint Transfer Pricing Forum, *Draft Revised Secretariat Discussion Paper on the Masterfile Concept*, 10 Giugno 2004.

³³³ In questi casi, la società capogruppo non europea potrebbe selezionare una società europea e renderla responsabile per la redazione del masterfile. Cfr. EU Joint Transfer Pricing Forum, *Draft Revised Secretariat Discussion Paper on the Masterfile Concept*, 10 Giugno 2004.

“*country specific documentation*”, formeranno insieme al *masterfile* la documentazione necessaria in ogni Paese dell’Unione.

Ogni “*country specific documentation*” dovrebbe contenere le seguenti analisi e descrizioni:

1. La descrizione della strategia d’impresa seguita dal contribuente con eventuali differenze rispetto alle strategie intraprese negli anni precedenti.
2. La descrizione ed analisi delle transazioni infra-gruppo in ambito europeo a cui il contribuente partecipa;
3. L’analisi di comparabilità con specifico riferimento alle caratteristiche dei beni o servizi, ai termini ed alle condizioni contrattuali, alle condizioni economiche rilevanti con esclusivo riferimento al contribuente ed alle sue relazione con le altre società del gruppo.
4. La descrizione del metodo scelto ed utilizzato.
5. Se disponibili, informazioni relative a transazioni comparabili interne o esterne.
6. La descrizione delle modalità di implementazione delle politiche adottate dal gruppo in materia di prezzi di trasferimento³³⁴.

Con riferimento al lavoro svolto dal Forum, in data 10 Novembre 2005, la Commissione Europea ha adottato la proposta di un Codice di Condotta³³⁵ per la standardizzazione della documentazione che le imprese multinazionali dovranno

³³⁴ L’ultima e definitiva versione della lista di informazioni ed analisi da realizzare sia a livello centrale, che a livello locale è contenuta nel *Report of the activities of the EU Transfer Pricing Forum in the Field of Documentation Requirements*, Bruxelles, 27 Maggio 2005.

³³⁵ Cfr. “Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and the European economic and social Committee on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum on transfer pricing documentation for associated enterprises in the EU”, Brussels, 07.11.2005, COM(2005) 543.

fornire alle autorità fiscali per giustificare i prezzi di trasferimento delle transazioni infra-gruppo. Stando alle parole della Commissione stessa, l'adozione del Codice di Condotta da parte dei Paesi Membri dovrà essere un impegno politico che, comunque, non pregiudicherà le rispettive sfere di autonomia.

Il Codice di Condotta, così come strutturato nella Comunicazione della Commissione, formalizza il lavoro fatto dall'*EU Joint Transfer Pricing Forum* in materia ed è strutturato nei seguenti nove articoli:

1. Gli Stati Membri accetteranno una documentazione standardizzata e parzialmente centrale redatta nei termini della "*European Transfer Pricing Documentation*" e la considereranno come un insieme di informazioni sufficiente per effettuare verifiche sui prezzi di trasferimento praticati da imprese associate all'interno del mercato Europeo.
2. In ogni caso, l'uso della documentazione sarà opzionale per le Multinazionali.
3. Le stesse considerazioni in materia di requisiti minimi di documentazione si devono applicare anche per le stabili organizzazioni di imprese estere.
4. Gli Stati membri devono tenere in opportuna considerazione i requisiti minimi ed i principi contenuti nell'Annex³³⁶.
5. Gli Stati Membri non dovrebbero richiedere a piccole e medie imprese di produrre una documentazione della medesima complessità di quella che dovrebbero produrre imprese più grandi e più complesse.
6. Gli Stati Membri non dovrebbero imporre costi irragionevoli per gli adempimenti (*compliance*) in materia, non dovrebbero richiedere documentazione per le transazioni che non hanno collegamenti con le transazioni in verifica e, infine, devono assicurare che le informazioni contenute nella documentazione non siano rese pubbliche.

³³⁶ L'Annex del Codice di Condotta contiene il documento conclusivo pubblicato dall'"EU Joint Transfer Pricing Forum in materia di requisiti minimi di documentazione".

7. Gli Stati Membri non dovrebbero imporre sanzioni quando i contribuenti collaborino in buona fede e nei tempi previsti adempiendo gli obblighi documentali descritti nell'Annex.
8. Il Codice di Condotta è rivolto agli Stati Membri, ma rappresenta anche un invito alle imprese multinazionali affinché seguano l'approccio proposto dall'*EU Joint Transfer Pricing Forum*.
9. Gli Stati Membri sono invitati a riportare annualmente alla Commissione in merito alle misure adottate rispetto al presente Codice di Condotta. Sulla base di questi resoconti, la Commissione proporrà al Consiglio eventuali variazioni.

D. APPROCCI NAZIONALI AL PROBLEMA DELLA DOCUMENTAZIONE DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO

1. La documentazione obbligatoria "6662" negli Stati Uniti d'America.

Gli Stati Uniti d'America sono stati il primo Paese al mondo ad aver elaborato una normativa che impone ai contribuenti obblighi documentali in materia di prezzi di trasferimento³³⁷. Queste regole di documentazione obbligatoria sono divenute col tempo un modello per molte giurisdizioni e per organizzazioni internazionali come l'OCSE ed il PATA³³⁸.

Secondo la normativa 6662, l'Internal Revenue Service ("IRS")³³⁹ può applicare sanzioni sostanziali ai contribuenti che siano oggetto di accertamenti sui prezzi di trasferimento per valori superiori a determinati limiti o che non abbiano preparato una documentazione "contemporanea"³⁴⁰ atta a dimostrare che il contribuente stesso abbia compiuto uno sforzo ragionevole per determinare i prezzi di trasferimento infra-gruppo in conformità al principio dell'*arm's length*.

La sezione 6662 richiede ai contribuenti di effettuare un'analisi dei prezzi di trasferimento infra-gruppo basata sui dati più attuali e più affidabili reperiti nel corso

³³⁷ Cfr. Sezione 6662 dell'Internal Revenue Code del 1986 così come modificata ed integrata nel corso degli anni.

³³⁸ Come si vedrà nel dettaglio nel paragrafo di riferimento, per PATA si intende la Pacific Association of Tax Administration. Questa associazione ha recentemente elaborato una normativa comune per USA, Canada, Giappone ed Australia in merito alla documentazione delle transazioni cross-broder infra-gruppo fra imprese operanti in questi Paesi.

³³⁹ Treasury Regulations 1.6662.

³⁴⁰ Per contemporanea si intende "contemporaneous" ovvero preparata in un momento antecedente alla verifica fiscale e, comunque, non successivo alla chiusura dell'anno fiscale a cui la documentazione si riferisce.

dell'anno per cui la documentazione è determinata. Essa prevede due tipologie di documenti da preparare: documenti principali e documenti di *background* :

I documenti principali, che vengono normalmente richiesti al momento dell'apertura della procedura di accertamento e devono essere consegnati entro massimo 30 giorni³⁴¹, sono i seguenti:

1. Una descrizione generale delle attività economiche effettuate dall'impresa che descriva anche le problematiche legali ed economiche che condizionano i rapporti infra-gruppo dell'impresa stessa.
2. Una descrizione della struttura organizzativa della società in verifica che includa un elenco delle società controllanti, collegate e controllate.
3. Tutti i documenti richiesti dalla sezione 1.482 compresi i contratti infra-gruppo rilevanti.
4. Una descrizione del metodo prescelto e del processo di individuazione dello stesso eseguito in conformità alla già descritta "best method rule".
5. Una descrizione degli altri metodi considerati e delle ragioni per la loro esclusione.
6. Una descrizione dettagliata delle transazioni infra-gruppo che include termini e condizioni di vendita e dati interni utilizzati per analizzare le transazioni.
7. Una descrizione delle società comparabili selezionate con una descrizione della strategia di ricerca utilizzata e degli eventuali aggiustamenti economici effettuati.
8. Una spiegazione dettagliata dell'analisi economica effettuata e dei metodi utilizzati per definire la gamma dei valori di riferimento.

³⁴¹ In realtà, sembra essere intenzione dell'IRS ridurre questo lasso di tempo onde poter essere più certa della buona fede dei contribuenti. In tal senso cfr. "IRS Transfer Pricing Directive Requires Field to Analyze Pricing Studies", Feature report, Tax Notes Today, Maggio 2003.

9. Una descrizione di eventuali dati rilevanti conosciuti dal contribuente solo al termine dell'anno fiscale di riferimento, ma prima della trasmissione della dichiarazione.
10. Un indice di tutti i documenti e del sistema di archiviazione dei dati.

I documenti di background servono tipicamente a supportare e confermare le tesi esposte nei documenti principali. Essi sono quelli richiesti dalla sezione 1.6038°-3(c) delle *Regulations*:

1. Registro delle transazioni infra-gruppo.
2. Dati finanziari, quali bilancio civilistico, conto economico, conto profitti e perdite manageriale.
3. Fatture e documenti di spedizione.
4. Analisi funzionale del gruppo.
5. Eventuale corrispondenza con altre società del Gruppo.

2. Obblighi documentali in Germania

Nell'aprile del 2005, l'Amministrazione Finanziaria Tedesca ha emanato una specifica Circolare³⁴² avente ad oggetto principi e procedure amministrative in materia di prezzi di trasferimento. La circolare, diretta a dirimere e precisare alcuni

³⁴² "Principles for Auditing Income Allocations between Related Parties with Cross-border Business Relationships in Respect of Income Adjustments as well as Investigation and Cooperation Obligations and Competent Authority and Arbitration Procedures (Administrative Principles and Procedures)", Circolare del 12 Aprile del 2005 che sostituisce le Sezioni 8 e 9 dei "Principi Amministrativi" del 23 Febbraio 1983.

aspetti relativi agli obblighi di documentazione in materia di prezzi di trasferimento già introdotti dalla legislazione tedesca nel gennaio 2003, pone l'accento e fa il punto su alcune tematiche di grande importanza esaminate nel corso dei capitoli precedenti.

Da un punto di vista generale, l'obiettivo della Circolare era disciplinare l'attuazione dal punto di vista pratico-operativo dell'obbligo di documentazione posto a carico dei contribuenti tedeschi che effettuano transazioni commerciali con entità appartenenti allo stesso gruppo, siano essi società tedesche o stabili organizzazioni ivi residenti di società estere.

La documentazione richiesta dall'Amministrazione fiscale tedesca sembra essere in linea con le già esaminate Linee Guida OCSE in materia ed è certamente uniformata alle più aggiornate prassi seguite nei Paesi già dotati di obblighi documentali. In generale, stando al dettato della Circolare, la documentazione deve esser preparata separatamente per ogni transazione commerciale, ma qualora esistano tipologie simili di transazioni, oppure transazioni di routine, è consentito aggregarle stabilendo le linee guida interne da seguire per il calcolo del prezzo di libera concorrenza. Le condizioni perché ciò sia consentito dall'Amministrazione fiscale tedesca sono che le modalità di aggregazione in gruppi siano fissate da regole comprensibili e documentate. Ogni scostamento deve essere adeguatamente documentato.

La documentazione, da presentarsi in lingua tedesca entro il termine perentorio di 60 giorni dal momento della notifica della richiesta inviata al contribuente dall'Amministrazione fiscale tedesca, deve, in linea generale, contenere le seguenti analisi e descrizioni:

1. la descrizione della struttura organizzativa del gruppo, delle sue attività e delle relative transazioni intra-gruppo.
2. Un'analisi delle condizioni del mercato.
3. L'analisi delle funzioni svolte dalla società residente, l'analisi dei rischi sostenuti e degli *assets* utilizzati (anche fuori bilancio).

4. Il valore apportato dall'impresa alla catena del valore di gruppo, nonché la documentazione di come si sia giunti a determinare il prezzo delle transazioni.
5. La descrizione del procedimento di selezione del metodo più appropriato.
6. Le modalità utilizzate per il calcolo, quale test di rispondenza all'*arm's length* sia stato effettuato e, infine, quali siano i dati presi come riferimento per il confronto "interno" o "esterno".

Conseguenze del non adempimento degli obblighi di cooperazione sono la riduzione dell'onere probatorio in capo all'Amministrazione tedesca che passa dalla necessaria "forza persuasiva dell'evidenza" ad un più basso grado di mera "probabilità", oltre a delle sanzioni dal 5 al 10% per il maggior reddito accertato³⁴³.

Oltre alla previsione definitiva di obblighi documentali, la Circolare del 2005 tratta questioni relative ad altre problematiche rilevanti in materia di prezzi di trasferimento, fra cui, principalmente, i dati segreti sulle transazioni comparabili, l'uso dei metodi basati sulla comparazione dei profitti netti e le modalità di restringimento della gamma dei valori.

Con riferimento ai dati segreti sulle transazioni comparabili, come analizzato nel capitolo riservato all'analisi economica, le ricerche di transazioni comparabili vengono effettuate cercando società che svolgono un solo tipo di attività che sia comparabile con quella della cosiddetta *tested party*. Una volta identificate le società comparabili, l'analisi prosegue con la ricerca dei dati di bilancio delle società identificate e con l'estrazione dei dati relativi all'indicatore di profittabilità selezionato.

In Germania, questo tipo di ricerca non può essere effettuato a causa della mancanza di obblighi di pubblicità dei bilanci delle società. Conseguentemente, anche qualora si

³⁴³ Cfr. BNA news, *Officials Must Seek Taxpayer-Beneficial Data; Taxpayers Must Cooperate Under Guidelines* BNA, Transfer Pricing Report, 25 Maggio, 2005, Volume 14 n.2, Pag. 50.

riuscisse ad identificare società comparabili, sarebbe poi impossibile estrarre i dati finanziari rilevanti dal bilancio delle stesse. In questa prospettiva, le autorità fiscali tedesche ricorrono generalmente ad ogni risorsa accessibile utilizzando, in conformità a quanto stabilito dalla Corte Federale nel 2001, anche dati su transazioni o società comparabili raccolti nell'ambito di precedenti accertamenti. Ovviamente, questi dati vengono utilizzati mantenendo anonime le società utilizzate per la comparazione (cosiddetti "*secret comparables*").

La Circolare conferma come il ricorso ad informazioni esterne relative a società o transazioni comparabili sia generalmente vitale per l'attendibilità di uno studio in materia di prezzi di trasferimento. Tuttavia, nell'ambito dei procedimenti di fronte alle Corti Tributarie, i dati su società anonime possono essere liberamente valutati dal giudice che, a sua volta, ha la facoltà di interrogare le autorità fiscali circa la composizione ed origine degli stessi. Nel caso in cui le autorità fiscali non siano nella condizione di rispondere in maniera soddisfacente al giudice a causa di motivi di riservatezza, il giudice deve ridurre il valore probatorio dei dati forniti. Al contrario, la Circolare specifica che i dati su società comparabili derivanti da *secret comparables* non possono essere utilizzati in nessuna circostanza nell'ambito della Procedura Amichevole dell'Unione Europea³⁴⁴.

Con riferimento all'uso delle metodologie basate sul confronto dei profitti netti, è doveroso premettere che quando nelle Linee Guida OCSE del 1995 fu introdotto il metodo TNMM, le autorità fiscali tedesche furono fra quelle che si opposero con maggior vigore considerando quest'ultimo non necessario ed inadeguato anche nei casi in cui il contribuente non avesse a disposizione tutte le informazioni necessarie per applicare correttamente le altre metodologie. Nell'ambito di questo lavoro, è stato più volte rilevato come il TNMM abbia una sua dignità come metodo e come spesso sia l'unica soluzione a disposizione del contribuente per effettuare un'analisi sui prezzi di trasferimento che abbia almeno un appiglio a dati di mercato. Nella pratica, viste le difficoltà oggettive derivanti dall'applicazione degli altri metodi, il TNMM

³⁴⁴ Cfr. BNA news *Revised Rules Allow Limited TNMM Use, Continue Application of Secret Comparables*, BNA, Transfer Pricing Report, 8 Giugno, 2005, Volume 14 n.3, Pag. 94.

viene applicato costantemente dalle autorità fiscali dei Paesi OCSE anche se sotto l'etichetta di "*modified cost plus*" o "*modified resale price*".

In questa prospettiva, anche l'amministrazione fiscale tedesca sembra aver attenuato la propria posizione riconoscendo ufficialmente l'utilizzabilità astratta del metodo anche limitandone l'applicabilità alle seguenti ipotesi tassative e non alternative:

- Quando sia stata verificata l'inapplicabilità dei metodi tradizionali (confronto del prezzo, metodo del costo maggiorato e metodo del prezzo di rivendita) a causa della indisponibilità dei dati finanziari necessari.
- Quando la *tested party* svolga solo funzioni di routine³⁴⁵ per facilitare il confronto con transazioni di altre società che operano sul libero mercato;
- Quando si possa dimostrare la comparabilità delle società identificate con la *tested party* e siano opportunamente verificate eventuali differenze fra i profitti o le perdite straordinarie³⁴⁶.

Per quanto concerne le modalità di restringimento della gamma dei valori derivanti dall'analisi economica, si è nei paragrafi dell'analisi economica relativi alla scelta del valore da applicare alla transazione oggetto di analisi, una ricerca di società comparabili porta generalmente all'individuazione di un certo numero di società e quindi non all'individuazione di un singolo valore, ma ad un cosiddetto *range* (es. di margini) di libera concorrenza.

Secondo la Circolare in esame, tutti i valori all'interno del *range*, sono espressione del prezzo di libera concorrenza qualora sussista una completa comparabilità fra le

³⁴⁵ L'Amministrazione Finanziaria tedesca considera tali l'esercizio di funzioni a basso rischio e svolte con l'utilizzo di attività materiale o immateriale poco rilevanti, ad esempio, il compimento di servizi infra-gruppo che possono essere affidati anche a terzi o lo svolgimento di attività di mera distribuzione commerciale o produzione su commessa (par. 3.4.10.2, a)) come i *low risk distributors* e i *contract manufacturers*.

³⁴⁶ Cfr. BNA news *Revised Rules Allow Limited TNMM Use, Continue Application of Secret Comparables*, BNA, Transfer Pricing Report, 8 Giugno, 2005, Volume 14 n.3, Pag. 94. e anche Peter H. Dehnen e Silke Bacht, *New Development regarding Transfer Pricing in Germany*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Vol. 59, n. 5, 2005.

transazioni confrontate (ovvero tra la transazione in verifica e le transazioni compiute da tali società campione). Se invece tale comparabilità tra le transazioni non sussiste, oppure non è possibile verificarne (per insufficienza d'informazioni) l'incondizionata comparabilità, allora è necessario utilizzare alcuni strumenti per restringere il *range* dei valori disponibili.

L'approccio della Circolare tedesca sembra abbandonare il dettato delle Linee Guida OCSE in materia per seguire quanto previsto dalle *US Transfer Pricing Regulations* 1.482. In particolare l'amministrazione fiscale tedesca cita esplicitamente fra i metodi statistici da utilizzarsi per restringere la gamma dei valori l'*interquartile range* attraverso il quale si eliminano i valori che sono al di sopra dell'*upper quartile* e (25% dal risultato con valore massimo della gamma) e al di sotto del *lower quartile* o (25% dal risultato con valore minimo del gamma). Sempre al fine di restringere la gamma dei valori, la Circolare permette comunque l'utilizzo anche di altri metodi statistici o di altre varianti.

3. Obblighi documentali in altri Paesi

In aggiunta, come visto nell'analisi del lavoro svolto dall'*EU Joint Transfer Pricing Forum*, molti Paesi dell'Unione Europea si sono già dotati di normative interne che impongono obblighi documentali ai contribuenti in materia di prezzi di trasferimento. In questa prospettiva, le normative di Olanda e Gran Bretagna sono sicuramente le più evolute e dettagliate. In aggiunta, anche Paesi più piccoli come Portogallo e Danimarca si sono dotati di normative interne decisamente rigorose.

Olanda: Le norme che impongono obblighi documentali a carico dei contribuenti in materia di prezzi di trasferimento sono entrate in vigore nel Gennaio del 2002. La documentazione da allestire in base a queste norme deve fornire informazioni sufficienti a dimostrare che il contribuente abbia determinato i prezzi di trasferimento

in conformità al principio dell'*arm's length*. A tal fine, l'amministrazione fiscale olandese ha comunicato una lista di analisi da effettuarsi che non è né esaustiva, né vincolante per il contribuente:

1. Analisi delle funzioni e dei rischi aziendali che descriva le tipologie e le caratteristiche principali delle transazioni con società controllanti, controllate o collegate.
2. Descrizione del metodo prescelto con indicazioni circa le modalità ed i termini di utilizzo dello stesso.
3. Descrizione dei prezzi di trasferimento come determinati a seguito dell'analisi economica ed analisi dei margini di profitto³⁴⁷.

Gran Bretagna: La Gran Bretagna ha promulgato la nuova normativa in materia di prezzi di trasferimento nel *Finance Act* del 1998³⁴⁸ conformandosi definitivamente alle Linee Guida OCSE in materia. La nuova normativa combinata con la *Section 12B* del *Taxes Management Act* del 1970 impone ai contribuenti l'obbligo di predisporre una documentazione contemporanea che contenga le seguenti analisi e descrizioni:

1. Informazioni commerciali e finanziarie sulle società operanti in Gran Bretagna e sul gruppo multinazionale nel complesso.
2. Natura, termini e condizioni delle transazioni intra-gruppo.
3. Metodi utilizzati, analisi funzionale e ricerche di transazioni comparabili effettuate.

³⁴⁷ Cfr. Marc M. Levey and David Balaban, *Global Documentation – many considerations?*, Tax Management Memorandum, Vol. 44 No. 20 October 6, 2003 e anche Lisette Van Der Hel-Van Dijk e Robert Kamerling, *Tax auditing: an international perspective*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Luglio/Agosto 2002, Volume 9 numero 4.

³⁴⁸ Cfr. Paragraph 21, Schedule 18 del Finance Act del 1998.

4. Applicazione pratica del metodo e dei risultati dell'analisi economica effettuata.
5. Termini e condizioni esplicitati nei contratti infra-gruppo.

La documentazione deve essere completata al momento della trasmissione della dichiarazione³⁴⁹.

³⁴⁹ Cfr. Marc M. Levey and David Balaban, *Global Documentation – many considerations?*, Tax Management Memorandum, Vol. 44 No. 20 October 6 e anche Ernst & Young Global Reference Guide of 2004.

VIII. L'eliminazione della doppia imposizione in caso di rettifica dei prezzi di trasferimento

La documentazione delle transazioni infra-gruppo ha la funzione di semplificare e razionalizzare le procedure di accertamento delle autorità fiscali velocizzando la fase di acquisizione delle informazioni ed uniformando, quanto possibile, la portata dell'insieme di norme e regolamentazioni in materia di prezzi di trasferimento. Queste funzioni assumono ancora più rilevanza se si considera che eventuali rettifiche effettuate dagli organi accertatori ai valori applicati nelle transazioni infra-gruppo finiscono per avere un impatto sul reddito imponibile di tutte le imprese che hanno preso parte alle transazioni.

In questa prospettiva, quando l'amministrazione fiscale di uno Stato effettua una rettifica, secondo il principio del valore normale, sulle operazioni effettuate da una società residente, sorge la necessità di coordinare le rettifiche effettuate anche nei riguardi della controparte e cioè della società del medesimo gruppo residente in uno Stato diverso.

In altre parole, eventuali rettifiche dei valori delle transazioni infra-gruppo implicano, per l'impresa soggetta ad accertamento, un incremento del reddito imponibile che non si riflette automaticamente in un analogo decremento del reddito imponibile dell'altra impresa impegnata nella transazione. La conseguenza è che, senza le opportune contromisure, il reddito complessivo soggetto a tassazione diviene, a seguito dell'azione di accertamento, maggiore del reddito complessivo effettivamente conseguito dalle due imprese con riferimento alla transazione oggetto di verifica. In questi casi si vengono a creare effetti distorsivi in grado di causare un regime di doppia imposizione economica nei riguardi dei gruppi di imprese.

A. RETTIFICHE CORRISPONDENTI E SECONDARIE

Le principali contromisure³⁵⁰ per evitare questi effetti distorsivi sono le cosiddette rettifiche corrispondenti, o *corresponding adjustments*, che, raccomandate nel paragrafo 2 dell'Articolo 9 del modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni³⁵¹, consistono in aggiustamenti sul reddito imponibile della società controparte fatti al fine di riflettere sul conto economico della stessa i nuovi valori della transazione infra-gruppo così come ri-determinati dall'amministrazione fiscale che ha effettuato la prima rettifica. In altre parole, come illustrato dall'OCSE nelle Linee Guida in materia di prezzi di trasferimento, la rettifica corrispondente consiste in una rettifica in diminuzione dell'obbligazione tributaria di quell'impresa associata, effettuata dall'amministrazione fiscale della seconda giurisdizione, cosicché la ripartizione degli utili (ai fini della tassazione) tra le due giurisdizioni sia conforme alla rettifica primaria e non vi sia doppia imposizione³⁵².

Secondo il paragrafo 2 dell'articolo 9 del modello OCSE, una rettifica corrispondente può essere effettuata da uno Stato contraente ricalcolando, sulla base del relativo prezzo determinato nella rettifica primaria, gli utili soggetti a imposta dell'impresa associata presente in quel Paese, o, in alternativa, concedendo all'impresa associata uno sgravio che potrà far valere sull'imposta pagata in quello Stato per l'imposta

³⁵⁰ Fra le altre contromisure in materia vi sono sicuramente le cosiddette verifiche simultanee che costituiscono un efficace strumento di accertamento che può essere posto in essere nell'esistenza di forme di collaborazione amministrativa tra le autorità tributarie di diversi Paesi. Tecnicamente tali attività consistono nella simultanea esecuzione di controlli, strettamente limitati al settore fiscale ed il cui esito dovrà essere conosciuto solo dalle amministrazioni degli stati operanti, da parte di organi accertatori di due o più Paesi al fine di acquisire, con molta più celerità ed incisività che nel caso di procedure amichevoli, le informazioni ed i dati necessari per riscontrare la corretta applicazione delle leggi fiscali da parte di più imprese del medesimo gruppo, o comunque collegate.

³⁵¹ Le rettifiche corrispondenti sono uno strumento da utilizzarsi per evitare la doppia imposizione raccomandato sia nel modello di convenzione OCSE contro le doppie imposizioni. OECD "Model Tax Convention on Income and on Capital" Commentario all'Articolo 9, Paragrafo 2, sia nelle OECD "Transfer Pricing Guidelines for Multinationals and Tax Administrations" del 1995-2000.

³⁵² Cfr. OECD "Transfer Pricing Guidelines for Multinationals and Tax Administrations", par. 4.32.

addizionale addebitata da parte dello Stato che procede alla rettifica come conseguenza della revisione del prezzo di trasferimento.

In sostanza, la rettifica primaria e la rettifica corrispondente modificano, ai fini fiscali, la ripartizione degli utili imponibili di un gruppo multinazionale, ma non incidono sul fatto che l'effettiva ripartizione fra le imprese degli utili non sia conforme al risultato che si sarebbe ottenuto se le transazioni tra imprese associate avessero avuto luogo in conformità con il principio dell'*arm's length*. In questa ottica, per far sì che l'effettiva ripartizione degli utili sia conforme alla rettifica primaria, alcuni Paesi effettuano delle rettifiche secondarie (cd. "*secondary adjustments*") sulla base delle quali gli utili in eccesso derivanti da una rettifica primaria sono trattati come se fossero stati trasferiti sotto altre forme e tassati di conseguenza. In questa ottica, le transazioni secondarie possono assumere la forma di distribuzione occulta di dividendi, apporti occulti di capitale o prestiti occulti³⁵³.

B. LA PROCEDURA AMICHEVOLE

Una volta appurato che le problematiche relative all'accertamento della congruità dei prezzi di trasferimento infra-gruppo non si esauriscono in sede di effettuazione della rettifica primaria, si evidenzia come sia necessario l'intervento congiunto delle autorità fiscali interessate al fine di individuare un trattamento simmetrico delle transazioni oggetto di accertamento quale presupposto indispensabile per evitare la doppia imposizione.

E' evidente, infatti, che le rettifiche corrispondenti non vengano effettuate automaticamente solo perché il reddito imponibile dell'impresa associata sia stato aumentato a seguito di una rettifica primaria. Le rettifiche corrispondenti, come

³⁵³ Cfr. OECD "Transfer Pricing Guidelines for Multinationals and Tax Administrations", par. 4.67.

spiegato sempre all'interno del Commentario all'articolo 9, paragrafo 2, vengono solitamente effettuate solo laddove le autorità fiscali interessate considerino che la rettifica primaria rifletta l'applicazione del principio dell'*arm's length* nella transazione oggetto di accertamento.

In questa prospettiva, secondo l'Articolo 25 del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni, quando, per effetto di misure adottate da uno o da entrambi i Paesi contraenti, si sia verificata o esista il rischio che si verifichi una tassazione non conforme al Modello OCSE, il contribuente ha il diritto di presentare, entro tre anni dalla prima notifica della rettifica primaria, un ricorso all'autorità competente del proprio Paese di residenza indipendentemente dal previo esaurimento dei ricorsi interni.

Qualora l'autorità competente che ha ricevuto il reclamo non sia nelle condizioni di risolvere il caso autonomamente, benché ne riconosca la fondatezza, essa è tenuta a contattare l'autorità competente dell'altro Stato ai fini di risolvere il caso instaurando una procedura volta al raggiungimento di un accordo amichevole. Questa procedura, detta "procedura amichevole", è una procedura speciale, non prevista dalle leggi interne dei vari ordinamenti, che dovrebbe permettere al contribuente di evitare la presentazione di un ricorso ordinario in ciascuno dei Paesi interessati e che, soprattutto, dovrebbe limitare per il contribuente stesso il rischio di doppia imposizione economica sui redditi conseguiti dalle imprese che hanno preso parte alle transazioni commerciali oggetto di verifica.

In caso di accordo fra le autorità fiscali, la procedura può comportare alternativamente la riduzione completa o parziale delle pretese impositive delle autorità fiscali del Paese dove è stata effettuata la cosiddetta rettifica primaria o l'effettuazione di una rettifica corrispondente sul reddito della società residente nell'altro Paese. In caso di mancato accordo, la procedura amichevole può sfociare, invece, in un nulla di fatto continuando a gravare sul contribuente la doppia imposizione economica.

In questa ottica, la normativa nazionale in materia di prezzi di trasferimento è stata appositamente modificata tramite l'art. 1 del D.P.R. n. 42/1988. In virtù di tale modifica, l'articolo 110, comma 7³⁵⁴, del Tuir, prevede la ricezione delle norme in materia di prezzi di trasferimento anche nel caso in cui dall'applicazione delle stesse derivi una diminuzione del reddito per l'impresa nazionale, anche se "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".

L'utilizzo della procedura amichevole è stato inizialmente alquanto limitato, e comunque raramente efficace, a causa di una serie di problematiche strutturali legate alle modalità di funzionamento della procedura così come concepita nell'articolo 25 del Modello OCSE. La mancanza di un obbligo a raggiungere l'accordo finale è certamente il problema che più di ogni altro ha comportato una sorta di "malfunzionamento" della procedura³⁵⁵. In questo senso, hanno spesso prevalso gli interessi impositivi delle varie autorità fiscali, piuttosto che la logica ed il buon senso e, conseguentemente, gli interessi dei contribuenti sono stati sacrificati.

In aggiunta, hanno probabilmente avuto un impatto rilevante anche i diversi gradi di preparazione della autorità fiscali dei vari Paesi. In molte circostanze, infatti, le autorità fiscali di Paesi relativamente "nuovi" a problematiche legate ai prezzi di trasferimento infra-gruppo si sono scontrate con colossi come l'*Internal Revenue Service* statunitense o l'*Inland Revenue* inglese abituate da decenni a trattare queste problematiche ed avvezze ad effettuare analisi economiche molto evolute e di difficile comprensione. In questi casi, la paura di non essere in grado di sostenere adeguatamente le proprie tesi in una materia poco conosciuta insieme alla mancanza di un obbligo al raggiungimento un accordo (o di rivolgersi ad un arbitro) hanno

³⁵⁴ La modifica era avvenuta sull'allora Articolo 76 comma 5 del T.U.I.R..

³⁵⁵ Si veda in questo senso Remo Dominici, *Regole per la risoluzione dei conflitti in materia di doppia imposizione internazionale*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da Victor Uckmar, Padova, 1999, pag. 923 e 924: "Da quanto esposto nei paragrafi precedenti credo risulti di tutta evidenza come la procedura amichevole così descritta si segnali più per le sue manchevolezze che per la sua idoneità a risolvere le situazioni di conflitto che pure essa dovrebbe essere deputata a sanare."

spesso prevalso e le autorità fiscali hanno potuto liberarsi dagli obblighi procedurali senza dare risposte concrete ai contribuenti.

In aggiunta, sono venuti a galla altri elementi di incertezza soprattutto relativamente alla decorrenza dei termini utili per proporre l'instaurazione della procedura, alla durata eccessiva delle procedure ed alla partecipazione del contribuente alle discussioni fra le autorità fiscali³⁵⁶.

Negli ultimi anni, poi, a seguito della maggiore sensibilità acquisita da autorità e contribuenti in materia di prezzi di trasferimento e del conseguente aumento dei relativi accertamenti sul reddito, i casi di instaurazione di procedure amichevole fra due o più Paesi sono aumentati in modo rilevante e le problematiche legate al malfunzionamento della procedura si sono acuite a tal punto che l'OCSE ha deciso di intervenire sull'articolo 25 del Modello di convenzione provando a trovare delle soluzioni per tutti i "difetti" emersi dalla procedura.

In questo senso, il Business Industry Advisory Committee to the OECD ("BIAC"), si è fatto carico di pubblicare un documento³⁵⁷ che fungesse da bozza per la discussione con il "*Joint Working Group*"³⁵⁸ dell'OCSE e che informasse il medesimo *working group* circa le maggiori perplessità della comunità economica in merito alle modalità applicative delle procedure amichevoli.

Le conclusioni raggiunte dal BIAC possono essere sintetizzate in tre punti ognuno riferito ad una delle macro-aree di malfunzionamento della procedura descritte in precedenza:

³⁵⁶ Cfr. OECD Transfer Pricing Guidelines, 1995-2000, paragrafi 4.40 e seguenti. Già nelle Linee Guida del 1995 si erano individuate ed esaminate molte delle problematiche applicative arrivando alla conclusione che l'articolo 25 del Modello OCSE andava ristrutturato.

³⁵⁷ Si tratta del discussion draft su *Mutual Agreement Procedure in Transfer Pricing: Practical Experiences of Multinationals*, Business Industry Advisory Committee (BIAC), 31 Ottobre 2003. Il BIAC è stato creato nel 1962 come organizzazione indipendente riconosciuta dall'OCSE e, allo stesso tempo, rappresentante in sede OCSE degli interessi della comunità economica. Membri del BIAC sono le maggiori industrie e le maggiori organizzazioni imprenditoriali del mondo che si riuniscono nel comitato con lo scopo di verificare gli impatti delle guidelines OCSE sulle varie comunità di business.

³⁵⁸ Detto anche JWG e preposto alla realizzazione di un documento di proposte per il miglioramento della Procedura Amichevole.

Durata eccessiva della procedura: Secondo il BIAC, La procedura amichevole dovrebbe concludersi entro un termine fisso e prestabilito (per esempio diciotto mesi o due anni) e, in questa ottica, sarebbe importante che le Convenzioni disciplinassero con chiarezza il momento di inizio³⁵⁹ e di conclusione della procedura stessa. In aggiunta, sempre secondo il BIAC, i Paesi membri dell'OCSE dovrebbero adoperarsi per devolvere maggiori risorse e fondi (personale incluso) per permettere che i casi vengano risolti nel periodo più breve possibile (in questo senso, sarebbe estremamente utile imporre ai vari Paesi di scambiarsi, nell'ambito della procedura, le documentazioni rispettive e di iniziare la fase di negoziazione entro limiti temporali prestabiliti).

Apertura delle procedure ai contribuenti: Secondo il BIAC ci sono serie argomentazioni per cui i contribuenti interessati dovrebbero partecipare, almeno parzialmente, agli incontri fra le autorità fiscali. La loro partecipazione, infatti, aiuterebbe le autorità fiscali a comprendere appieno il caso in esame e la posizione tenuta dal contribuente in sede di definizione del prezzo della transazione infra-gruppo. In questo contesto, il contribuente stesso, avendo partecipato alla discussione, sarebbe più portato ad accettare le decisioni delle autorità competenti³⁶⁰.

Ai contribuenti dovrebbe almeno essere permesso, innanzitutto, di partecipare alla fase iniziale di acquisizione delle informazioni rilevanti e, successivamente, di spiegare compiutamente alle autorità il metodo utilizzato e l'approccio seguito per

³⁵⁹ Secondo il nuovo codice di condotta formalizzato dal Consiglio dell'Unione Europea e formalmente proposto dalla Commissione (cfr. "Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the field of business taxation from October 2002 to December 2003 and on a proposal for a Code of Conduct for the effective implementation of the Arbitration Convention 90/436/EEC of 23 July 1990"), il contribuente deve adire le autorità competenti per instaurare la Procedura Amichevole entro tre anni dalla prima notifica dell'accertamento.

³⁶⁰ In questa prospettiva, il BIAC sostiene che la partecipazione del contribuente alle discussioni ha già avuto effetti estremamente benefici nelle procedure di accordo preventivo sui prezzi (*advance pricing agreements*) che verranno analizzate nel prossimo capitolo.

definire il prezzo delle transazioni. In aggiunta, al contribuente dovrebbe essere spiegata, prima della chiusura della procedura, la metodologia selezionata dalle autorità per dirimere la questione ed effettuare l'eventuale rettifica corrispondente.

Obbligo di raggiungere un accordo: Come più volte menzionato, la maggiore debolezza della procedura amichevole come strutturata nell'attuale articolo 25 del Modello OCSE di convenzione è la mancanza di un obbligo per le autorità partecipanti a raggiungere un accordo. In realtà, secondo il BIAC, l'accordo, oltre che essere quasi obbligatorio, dovrebbe fornire indicazioni ai contribuenti in merito alle metodologie da utilizzarsi per definire i prezzi di trasferimento anche negli anni successivi. Tuttavia, qualora sia impossibile per le autorità raggiungere un accordo entro i limiti di tempo della procedura, dovrebbe essere studiato un meccanismo differente che sia finalizzato comunque a definire compiutamente la fattispecie e ad eliminare la doppia imposizione economica per il contribuente.

In questa prospettiva, la bozza di discussione elaborata dal BIAC conclude dicendo che è giunto il momento di introdurre nel Modello OCSE, e quindi nelle varie Convenzioni contro le doppie imposizioni, procedure amichevoli vincolanti³⁶¹ (binding Mutual Agreement Procedures) che si concludano in un periodo di tempo predefinito con l'accordo delle autorità competenti o a seguito di una procedura di arbitrato³⁶².

³⁶¹ Cfr. discussion draft su *Mutual Agreement Procedure in Transfer Pricing: Practical Experiences of Multinationals*, Business Industry Advisory Committee (BIAC), 31 Ottobre 2003 "but access to arbitration as a fall-back in defined circumstances could then become a vital support for the process".

³⁶² L'arbitrato in caso di non accordo nella procedura amichevole è già suggerito nel Commentario del Modello OCSE. Tuttavia, il BIAC è andato oltre chiedendone l'istituzione obbligatoria e non facoltativa. Quest'approccio è stato seguito in alcune convenzioni (principalmente quelle firmate dalla Germania). In questo senso cfr. Micol De Carlo, *Doppie imposizioni, scatta l'arbitrato se non c'è l'accordo*, Italia Oggi del 19 Giugno, 2003. L'autore spiega che fra i pochi casi di Convenzione che prevede l'arbitrato obbligatorio (in caso di fallimento della procedura amichevole) ci sono Svezia – Germania, USA – Germania e Germania – Austria. In aggiunta, si deve considerare anche il parere della International Chamber of Commerce che, nel proprio programma del 1999, aveva già inserito una previsione volta a far sì che i vari Paesi accettassero una "compulsory and binding arbitration in international tax conflicts". Si veda in questo senso Remo Dominici, *Regole per la risoluzione dei*

Stimolato dalla bozza di discussione del BIAC, il *Centre for Tax Policy and Administration*³⁶³ dell'OCSE ha incaricato un *Joint Working Group* (detto "JWG") per la stesura di una proposta di modifica del Modello OCSE che risolva tutte le già analizzate problematiche funzionali della procedura amichevole.

Il lavoro del JWG si è già concretizzato in una prima bozza³⁶⁴ che affronta in ordine cronologico³⁶⁵ le varie fasi della procedura trattando nel dettaglio sia le problematiche operative che quelle più sostanziali. La bozza descrive tre differenti aree di intervento e di proposte per rivedere l'attuale struttura della procedura amichevole che si distinguono in proposte correnti ("*current proposals*"), interventi futuri ("*future work*") e future aree di studio ("*future study*").

Le proposte correnti riguardano innovazioni alla struttura della procedura amichevole che non richiedono lavoro ulteriore, ma semplicemente una modifica del Modello OCSE o del Commentario. In questa prospettiva, la proposta certamente più rilevante è l'invito ai vari Paesi OCSE affinché questi rivedano le procedure interne in relazione alla tempistica della procedura, alla informativa ai contribuenti, alle risorse interne devolute ed alla strutturazione delle autorità competenti per le procedure di negoziazione con gli altri Paesi.

Per quanto concerne i futuri interventi, si tratta di situazioni in cui la soluzione per risolvere il problema è già stata identificata, ma manca ancora un ulteriore lavoro da parte del JWG. Le proposte più rilevanti in questa area sono la realizzazione di un manuale detto "*Manual on Effective Mutual Agreement Procedures*" che fornisca

conflitti in materia di doppia imposizione internazionale, in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da Victor Uekmar, Padova, 1999.

³⁶³ Dipartimento dell'OCSE a servizio del Committee on Fiscal Affairs che si occupa di analizzare problematiche di natura fiscale di vario genere (ad esclusione della cosiddetta "macro-fiscal policy") ed è responsabile per l'aggiornamento costante del OECD Tax Database.

³⁶⁴ Il documento elaborato si chiama *Improving the Process for Resolving International Tax Disputes*, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, JWG, 27 Luglio 2004.

³⁶⁵ Cioè legato alla cronologia degli eventi nella procedura.

delle linee guida a contribuenti ed autorità competenti relativamente al come strutturare le risorse interne che affrontano la fase di negoziazione, e a come disciplinare l'intervento del contribuente nella procedura e lo studio di tecniche alternative di risoluzione delle controversie che possano essere utilizzate in una fase successiva a quella della procedura.

Infine, per le future aree di studio è necessario effettuare del lavoro ulteriore per comprendere se alcune problematiche debbano essere prese in considerazione. La proposta più rilevante è quella di trovare delle modalità di analisi delle procedure attualmente in corso e di far sì che alcune fasi della negoziazione siano rese pubbliche per eventuale consultazione.

La proposta certamente più rilevante è quella che fa riferimento alla possibilità di introdurre tecniche di risoluzione delle controversie alternative nel caso in cui una procedura sfoci in un nulla di fatto. In questa ottica, la bozza del JWG si fa carico di spiegare come, nonostante i miglioramenti suggeriti, la procedura amichevole non garantisca in ogni caso un'adeguata risoluzione della controversia che non sfoci in una doppia imposizione sul contribuente. Conseguentemente, la procedura, stando a quanto scrive il JWG, potrebbe essere migliorata introducendo alcune tecniche di risoluzione della controversia alternative e supplementari che avrebbero anche la funzione di costringere le autorità competenti a non arroccarsi su posizioni predefinite e non aperte al dialogo e che, allo stesso tempo, renderebbero l'utilizzo della procedura più gradito ai contribuenti data la certezza che la procedura stessa porterà ad un risultato definitivo.

Le tecniche suggerite dal JWG sono varie e alcune di esse consistono nell'intervento di un terzo che assista tecnicamente le parti senza avere un potere di giudizio autonomo³⁶⁶. In alternativa, le autorità competenti potrebbero rimandare la decisione della controversia ad un collegio arbitrale indipendente nominato in base al dettato

³⁶⁶ In questo senso, le tecniche menzionate sono le seguenti: 1) la revisione del lavoro finale ad opera di "senior officials" dell'OCSE; 2) l'elaborazione di un parere motivato non vincolante da parte del Committee of fiscal affairs; 3) l'istituzione di una "Joint Commission" di esperti che si occupi di deliberare pareri circa alcune delle tematiche in discussione.

della Convenzione applicabile fra i Paesi interessati. In questi casi, il JWG ricorda come alcune Convenzioni già contengano questa clausola differenziandosi poi per il carattere opzionale o vincolante dell'istituzione del collegio. Contestualmente, il JWG ricorda come i rappresentanti della comunità imprenditoriale abbiano in più di una circostanza³⁶⁷ espresso il desiderio di introduzione di procedure arbitrali obbligatorie e vincolanti che garantiscano certezza ed effettività al percorso procedurale.

In questo contesto, il JWG formula la sua proposta per "*future work*" impegnandosi ad esaminare la fattibilità di un meccanismo vincolante³⁶⁸ di nomina di un collegio arbitrale per le procedure non risolte. La proposta dovrà essere portata avanti dal JWG esaminando accuratamente ognuna di queste fasi:

1. Valutazione delle varie forme di tecniche alternative di risoluzione delle controversie.
2. La decorrenza dei termini per le autorità competenti entro cui una procedura non risolta dovrà essere gestita tramite una tecnica alternativa di risoluzione delle controversie.
3. Il ruolo del contribuente nella procedura alternativa.
4. La relazione fra la decisione presa a seguito della procedura alternativa e la legge interna del contribuente.
5. La relazione fra la procedura alternativa e la procedura amichevole.
6. La forma e la pubblicazione della decisione della procedura alternativa.
7. I dettagli operativi e procedurali della procedura alternativa³⁶⁹.

³⁶⁷ Vedi discussion draft su *Mutual Agreement Procedure in Transfer Pricing: Practical Experiences of Multinationals*, Business Industry Advisory Committee (BIAC), 31 Ottobre 2003

³⁶⁸ Nei piani del JWG, vincolante sarebbe la nomina del collegio arbitrale e non la soluzione della controversia.

³⁶⁹ In questa prospettiva, il discussion draft *Improving the Process for Resolving International Tax Disputes* contiene due proposte di arbitrato elaborate dall'ITA e dall'ICC.

C. CENNI SULLA CONVENZIONE ARBITRALE N. 436 IN AMBITO EUROPEO

Approvata il 23 Luglio del 1990³⁷⁰ dal Consiglio dell'allora Comunità Economica Europea nell'ambito del "pacchetto fiscale" contenente anche le Direttive su fusioni, scissioni e conferimenti, la Convenzione Arbitrale CEE n. 436 tratta le procedure di eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili a seguito di aggiustamenti sui prezzi di trasferimento effettuati dalle autorità fiscali. La Convenzione, entrata in vigore per la prima volta nel 1995 per un periodo di 5 anni, è stata rinnovata con il Protocollo di modifica del 1999, per un altro periodo di 5 anni, "rinnovabile" in modo automatico. Il protocollo di modifica³⁷¹ è entrato in vigore il 1° novembre 2004, con effetto retroattivo dal 1° gennaio 2000³⁷².

La procedura della Convenzione Arbitrale è rimasta sostanzialmente analoga a quella in vigore prima della proroga. Tuttavia, l'*EU Joint Transfer Pricing Forum*, al termine della prima fase dei propri lavori, ha ritenuto opportuno proporre una risoluzione su un codice di condotta³⁷³ riguardante l'attuazione della Convenzione stessa. Questo Codice di Condotta è stato poi proposto formalmente dalla Commissione al Consiglio per garantire un'applicazione più efficace ed uniforme da

³⁷⁰ La Convenzione era stata già proposta in una proposta di Direttiva nel 1976.

³⁷¹ Cfr. "Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the field of business taxation from October 2002 to December 2003 and on a proposal for a Code of Conduct for the effective implementation of the Arbitration Convention 90/436/EEC of 23 July 1990", Brussels, 23,04,2004, COM 297, Final.

³⁷² In concreto, possono ancora essere utilmente sottoposti alle autorità competenti i casi sorti nel triennio 1997 - 1999 (la data di riferimento è, per l'Italia, quella di notifica dell'avviso di accertamento); tutti i casi sorti nel periodo 1° gennaio 2000 - 31 ottobre 2004 potranno essere sottoposti sino al 31 ottobre 2007. Cfr. Giovanni Rolle, *Recenti sviluppi internazionali e comunitari della disciplina dei prezzi di trasferimento e degli advance pricing agreements*, Torino, 15 marzo 2005, Pubblicazione on-line.

³⁷³ Cfr. sempre "Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the field of business taxation from October 2002 to December 2003 and on a proposal for a Code of Conduct for the effective implementation of the Arbitration Convention 90/436/EEC of 23 July 1990", Brussels, 23,04,2004, COM 297, Final.

parte degli Stati membri della Convenzione. Il Consiglio ha adottato formalmente la proposta nel Dicembre 2004³⁷⁴.

In questo documento, la Commissione ha, in prima istanza, definito le norme procedurali determinando termini e condizioni per il trattamento dei reclami, le modalità di funzionamento della commissione consultiva e per la sospensione del recupero dei debiti fiscali in attesa della risoluzione delle controversie. In seconda istanza, la Commissione ha raccomandato agli Stati membri di applicare tali norme alle disposizioni relative alla composizione delle controversie previste dalle convenzioni bilaterali di doppia imposizione.

In sostanza, stando a quanto previsto dalla Commissione, la Convenzione continua ad essere semplicemente una sorta di seconda fase della Procedura Amichevole (ovviamente nei casi in cui la questione verta fra due società residenti in due Paesi parte dell'Unione). In questa prospettiva, la Convenzione ha il grande pregio di garantire una soluzione della controversia trasferendo, nel caso in cui il disaccordo fra le autorità competenti si protragga oltre un determinato termine, la decisione finale ad un collegio arbitrale detto "*advisory committee*"³⁷⁵.

In particolare, l'art. 7 della Convenzione dispone che, qualora le autorità competenti non riescano a raggiungere un accordo per risolvere la controversia entro due anni dalla data in cui il caso è stato sottoposto all'attenzione da parte del contribuente³⁷⁶, si istituisca una sorta di collegio arbitrale di consultazione con l'incarico di fornire un parere sulla controversia. Il parere del collegio arbitrale non è inizialmente vincolante e le autorità competenti hanno la possibilità di riconfrontarsi per trovare un nuovo accordo.

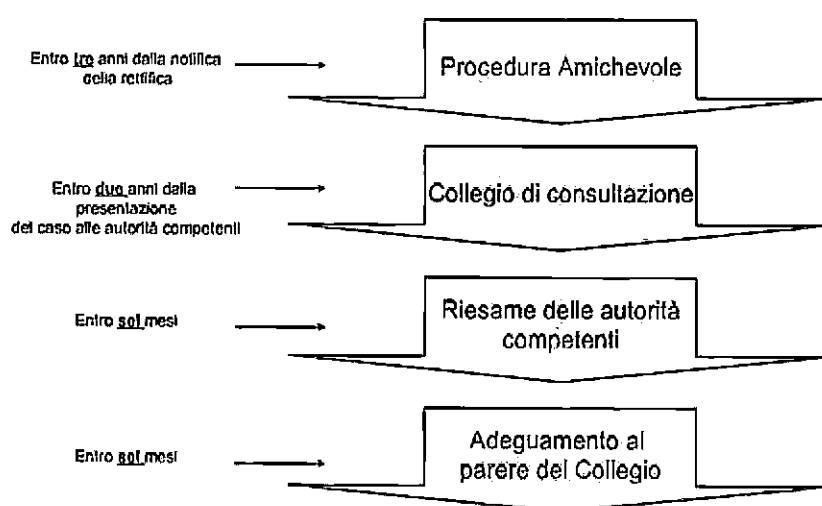
³⁷⁴ ECOFIN Council, 7 Dicembre 2004.

³⁷⁵ Cfr. Stephen Huibrigse and R.H.M.J. Offermanns in *What is the future of the EU Arbitration Convention*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, n.2, Marzo/Aprile 2004. Secondo gli autori, il rischio di intervento dell'*advisory committee* ha un effetto disincentivante sulle autorità competenti obbligandole sin dall'inizio della Procedura Amichevole ad assumere un comportamento più collaborativo. La testimonianza di ciò, secondo gli autori, è che, su più o meno cento casi di procedura amichevole fra Paesi Europei, solo uno sia stato portato davanti al giudizio dell'*advisory committee*.

³⁷⁶ Nella fattispecie il Codice di Condotta stabilisce che il contribuente debba adire le autorità competenti per instaurare la Procedura Amichevole entro tre anni dalla prima notifica dell'accertamento.

Più in particolare, per effetto dell'art. 12 della Convenzione, le autorità competenti, entro sei mesi dalla data di emanazione del parere della collegio di consultazione, devono prendere una decisione non necessariamente conforme a detto parere. Qualora nemmeno dopo i sei mesi le autorità competenti riescano a raggiungere un accordo, il parere del collegio arbitrale diventa vincolante e le autorità competenti sono obbligate a conformarsi.

Grafico 13



In questo contesto, l'autorità nazionale può comunque avviare azioni giudiziarie o procedimenti di natura sanzionatoria anche se nel contempo è stata nominato il collegio arbitrale di consultazione. Allo stesso modo, le imprese possono adire l'autorità giudiziaria dello Stato a tutela dei propri interessi. In tal caso, il termine di due anni per la nomina della commissione consultiva decorre dalla data in cui diviene definitiva la sentenza che è stata pronunciata in ultima istanza.

Nel caso in cui il contribuente abbia commesso violazioni da cui derivano gravi sanzioni, l'autorità nazionale non è obbligata ad avviare né la procedura amichevole

né a nominare la commissione consultiva. In Italia per sanzioni gravi si intendono quelle previste per le ipotesi di reato fiscale³⁷⁷.

D. GLI ADVANCE PRICING AGREEMENTS (“APA”)

Gli *Advance Pricing Agreements* (“APA”) sono delle intese fra autorità fiscali e contribuenti tramite cui le parti si accordano anticipatamente sui prezzi di trasferimento da applicare a determinate transazioni prima che le autorità fiscali effettuino la verifica³⁷⁸. Gli APA possono essere unilaterali, ovvero effettuati fra un contribuente e l'autorità fiscale nazionale competente, oppure bilaterali (o multilaterali), ovvero effettuati fra tutti i contribuenti che prendono parte alla transazione oggetto dell'accordo e le relative autorità fiscali interessate³⁷⁹.

Benché molti Paesi abbiano già sviluppato procedure interne per la realizzazione di APA unilaterali e multilaterali, il *Committee of Fiscal Affairs* dell'OCSE ha deciso di integrare le Linee Guida in materia di prezzi di trasferimento con un Annex³⁸⁰

³⁷⁷ Si veda in questo contesto la minuta del meeting del European Transfer Pricing Forum del Dicembre 2004: *Procedural Improvements to the arbitration convention and related mutual agreement procures*, European Joint Transfer Pricing Forum, Meeting of Wednesday 4 December 2002, Brussels. Cfr. anche Luc de Hert, *A new impetus for the Arbitration Convention?*, *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, n. 2, Marzo/Aprile, 2005.

³⁷⁸ Cfr. Diane M. Ring, *On the frontier of procedural innovation: advance pricing agreements and the struggle to allocate income fro cross border taxation*, *University of Michigan Law School Michigan Journal of International Law*, Winter 2000: “What marks APAs as an unusual procedural device in the tax system is the fact that they permit the taxpayer and the government to discuss and resolve substantive tax issues voluntarily, prior to the transactions occurring, and to reach agreement on their tax treatment. At first blush this may not seem unusual; a student of the tax system could identify other existing mechanisms that allow this kind of interaction. n49 The APA differs because of the precise nature and context of the interaction. Unlike an audit or settlement agreement, the primary function of the APA is to cover future transactions although advance tax rulings exist in the United States (for example letter rulings.”

³⁷⁹ Cfr. OECD “Transfer Pricing Guidelines for Multinationals and Tax Administrations”, par. 4.131.

³⁸⁰ Con riferimento ai profili di natura procedurale degli APA, si veda l'Annex “Guidelines for conducting Advance Pricing Arrangements under the mutual agreement procedure” dell'ottobre 1999 che ha integrato sull'argomento le già più volte citate Transfer Pricing Guidelines.

dedicato ad esaminare i profili procedurali degli APA ed a suggerire linee procedurali comuni che vengano adottate da tutti i Paesi interessati.

Secondo le Linee Guida OCSE, la procedura di un APA dovrebbe avere inizio a seguito di una richiesta del contribuente. Tuttavia, prima di allestire una formale richiesta di APA, in considerazione della complessità e dell'aleatorietà che contraddistinguono la materia, l'OCSE prevede la possibilità che contribuenti e autorità fiscali si incontrino informalmente per valutare in via preliminare l'effettiva possibilità di raggiungere un accordo. In particolare, in questa fase può essere definito l'ambito di riferimento (in termini di individuazione delle transazioni oggetto dell'APA) e si può discutere relativamente al perimetro dell'analisi funzionale ed alla disponibilità dei dati su transazioni comparabili.

Una volta verificata l'effettiva possibilità di raggiungere un accordo su un determinato numero di transazioni, il contribuente deve inoltrare una richiesta formale di APA contenente tutte le informazioni necessarie per consentire un'adeguata valutazione della proposta. In altre parole, il contribuente deve fornire alle autorità fiscali tutte le informazioni necessarie affinché queste ultime possano entrare nella fase delle negoziazioni con coscienza di causa, avendo un'idea chiara dell'approccio che il contribuente intenderebbe seguire e del contesto economico di riferimento. In particolare, stando alle Linee Guida OCSE, il contribuente sarebbe tenuto a fornire le seguenti informazioni:

- descrizione del contesto economico e legale di riferimento del gruppo;
- informazioni rilevanti ai fini dello svolgimento dell'analisi funzionale;
- descrizione del metodo pricing che si intende adottare corredata con tutte le informazioni idonee a supportarne la correttezza.
- le "assunzioni di base" su possibili variabili critiche in grado di incidere sulla validità delle conclusioni raggiunte. Queste ultime potranno riguardare, ad esempio: la situazione finanziaria/economica delle società coinvolte, la

normativa fiscale interna e convenzionale, i tassi di interesse e di cambio, eccetera.

Sempre secondo l'OCSE, la richiesta di un APA potrebbe essere indirizzata a tutte le autorità fiscali destinatarie dell'accordo o ad una sola autorità la quale dovrebbe avere il compito di allargare la richiesta alle altre autorità coinvolte. In ogni caso, essendo gli APA degli strumenti di definizione preventiva e consensuale dei prezzi di trasferimento, le autorità fiscali dovrebbero avere la facoltà e non l'obbligo di aderire.

L'effetto derivante dalla conclusione di un APA per il contribuente dovrebbe consistere nella non rettificabilità delle transazioni oggetto di APA, sempre che il contesto economico di riferimento ed i vari altri aspetti della transazione dedotti nell'accordo siano veritieri e rimangano comunque immutati. In questa prospettiva, l'esistenza di una APA non dovrebbe inibire l'attività di accertamento da parte delle autorità a tal fine deputate, ma dovrebbe semplicemente limitare l'attività di controllo alla verifica dei termini e delle condizioni poste alla base dell'accordo dal contribuente.

In questo senso, le Linee Guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento precisano che "Ogni amministrazione fiscale parte in un APA vorrà verificare che i contribuenti della propria giurisdizione si conformino all'APA, procedendo al riguardo in due modi. Innanzitutto, può richiedersi ad un contribuente, il quale abbia avviato un APA, di presentare dei rendiconti annuali attestanti la conformità dei suoi prezzi di trasferimento ai termini ed alle condizioni dell'APA stesso e la validità delle ipotesi di base. In secondo luogo, l'amministrazione fiscale può continuare ad esaminare il contribuente come parte del ciclo di verifica ordinario ma senza rimettere in questione la metodologia. In alternativa, l'amministrazione fiscale può limitarsi, nell'esame dei prezzi di trasferimento, a verificare i dati iniziali sui quali è stata fondata la proposta di APA e a stabilire se il contribuente si sia conformato o meno ai termini ed alle condizioni dell'APA. Riguardo ai prezzi di trasferimento, l'amministrazione fiscale può anche esaminare

l'affidabilità e l'esattezza delle dichiarazioni contenute nell'APA e nei rendiconti annuali, nonché l'esattezza e l'uniformità delle modalità di applicazione della metodologia. Tutte le altre questioni non collegate all'APA rientrano nell'ambito della verifica ordinaria³⁸¹.

Il mancato rispetto delle condizioni e dei termini dedotti nell'accordo può, a seconda dei casi, portare alla revoca dell'accordo stesso, alla risoluzione, oppure ad una semplice revisione. Per revoca dell'APA, si intende l'annullamento dell'accordo con efficacia retroattiva e, quindi, l'azione più radicale che può essere intrapresa dalle autorità competenti (tendenzialmente, nei casi in cui il contribuente abbia fornito informazioni false o parziali, ovvero qualora egli non si sia attenuto ai termini ed alle condizioni previsti dall'accordo). La risoluzione o la cancellazione sembrano certamente interventi meno incisivi dovuti generalmente all'accertamento della buona fede del contribuente. Infine, la revisione di un APA si ricollega ad eventi imprevedibili generalmente non imputabili al contribuente, ma che, comunque, hanno rilevanza ai fini dell'accordo raggiunto.

Comunque, il contribuente che conclude un APA con le autorità fiscali rimane impegnato per un determinato numero di anni (a meno di proroghe) con riferimento esclusivo alla transazione per cui l'APA è stato discusso e concordato. Le transazioni non inserite all'interno dell'accordo ne rimangono generalmente escluse e, pertanto, il contribuente può essere oggetto di accertamento su queste ultime.

1. Gli APA multilaterali come strumento internazionale preventivo di risoluzione delle controversie

³⁸¹ Cfr. OECD "Transfer Pricing Guidelines for Multinationals and Tax Administrations", par 4.138. Questa affermazione è contenuta nel Capitolo 4 delle Linee Guida e non fa parte del citato Annex con cui le Linee Guida sono state integrate nel 1999.

Gli APA unilaterali, come si è già detto, presentano un'utilità piuttosto limitata. Il loro uso, infatti, non garantisce affatto l'eliminazione dei rischi di doppia imposizione in quanto l'amministrazione fiscale estera non è vincolata ad alcun accordo ed è, pertanto, libera di non adeguarsi ai contenuti ed ai termini dedotti all'interno dell'accordo unilaterale³⁸². Proprio in questa prospettiva, al fine di limitare i predetti rischi connessi all'utilizzo degli APA unilaterali, l'OCSE ha sempre raccomandato le autorità fiscali dei vari Paesi affinché si attivassero per la conclusione di APA bilaterali o multilaterali³⁸³.

E' evidente, infatti, che l'APA unilaterale non porti alcun beneficio ai contribuenti in materia di riduzione dei rischi di doppia imposizione sui redditi. Il problema della aleatorietà ed incertezza dei prezzi di trasferimento, infatti, è molto sentito dalle imprese multinazionali a causa dei rilevanti rischi di doppia imposizione economica dei redditi ed è possibile che la realizzazione di un APA unilaterale amplifichi addirittura questi rischi. Non essendo la normativa sui prezzi di trasferimento una scienza esatta, le autorità fiscali hanno, a tale proposito, tutto l'interesse a raggiungere accordi con i contribuenti che permettano di "trattenere" all'interno della giurisdizione fiscale di riferimento la quota più alta possibile del profitto tassabile relativo alla transazione oggetto d'accordo.

In questo contesto, ritornano attuali tutte le problematiche discusse con riferimento alla procedura amichevole e legate agli incentivi per le autorità fiscali. In caso di APA unilaterale, infatti, la negoziazione avviene fra il contribuente, che è generalmente interessato ad ottenere un accordo equo che riduca al minimo i rischi di accertamento anche nell'altro Paese, e le autorità fiscali nazionali, interessate da parte loro a massimizzare la quota di profitto da lasciare nel Paese. Il contribuente ha generalmente tutti gli incentivi al raggiungimento di un accordo, mentre le autorità fiscali non hanno alcun interesse a smussare le proprie posizioni avendo a

³⁸² Come si vedrà nel paragrafo successivo, a tale categoria appartiene il cosiddetto ruling internazionale recentemente introdotto in Italia.

³⁸³ Cfr. OECD "Transfer Pricing Guidelines for Multinationals and Tax Administrations", par 4.163 ove si legge che "Wherever possible, an APA should be concluded on a bilateral or multilateral basis between competent authorities through the mutual agreement procedure of the relevant treaty".

disposizione in una sede successiva gli strumenti di accertamento e rettifica dei valori delle transazioni.

Al contrario, il problema che può sorgere in queste circostanze è che un APA potrebbe consentire alle autorità fiscali di effettuare un'analisi delle transazioni più dettagliata rispetto a quella che sarebbe stata effettuata in caso di accertamento. Nel caso in cui il contribuente e le autorità fiscali non riescano a trovare un accordo, esiste il rischio che alcune tipologie di informazioni fornite dal contribuente possano essere utilizzate dalle autorità fiscali contro il contribuente stesso in caso di accertamento. Questo rischio è stato evidenziato anche durante un incontro dell'*EU Joint Transfer Pricing Forum* laddove si è fatto esplicito riferimento ad informazioni "nonfactual" quali offerte di conciliazione, oppure semplici ragionamenti, opinioni o giudizi espressi dal contribuente³⁸⁴.

Al contrario, l'APA multilaterale è da considerarsi a tutti gli effetti come lo strumento principale da utilizzarsi per evitare i rischi di doppia imposizione sui redditi. In questa prospettiva, la prima argomentazione che viene in mente è che l'accordo multilaterale garantisce effettivamente il contribuente da rettifiche sugli utili. Una volta negoziato un APA multilaterale, non dovrebbero esistere per il contribuente rischi di doppia imposizione sulle transazioni oggetto dell'accordo a meno che non mutino le condizioni reali e di fatto sulla base delle quali l'APA stesso è stato negoziato.

In aggiunta, il raggiungimento di un accordo fra contribuenti ed autorità fiscali è certamente più semplice se fatto preventivamente rispetto all'attività di verifica fiscale. Vista la partecipazione del contribuente, l'APA può rivelarsi un'opportunità per autorità fiscali e contribuenti stessi per consultarsi e cooperare in un contesto non concorrenziale utilizzando le informazioni a disposizione in modo più oggettivo³⁸⁵.

Proprio in questa ottica è interessante notare come il ruolo del contribuente nelle negoziazioni multilaterali cambi rispetto agli APA unilaterali. Nel caso le aliquote

³⁸⁴ Cfr. "Secretariat Discussion Paper on Alternative Dispute Avoidance and Resolution Procedures", European Transfer Pricing Forum, Brussels, 25, Marzo, 2005.

³⁸⁵ Cfr. "Secretariat Discussion Paper on Alternative Dispute Avoidance and Resolution Procedures", European Transfer Pricing Forum, Brussels, 25, Marzo, 2005.

d'imposta non siano eccessivamente difformi nei Paesi delle società interessate, il contribuente assume negli APA multilaterali quasi il ruolo di arbitro della controversia con l'obiettivo di mediare fra le esigenze delle autorità fiscali e di facilitare il raggiungimento di un accordo finale. Le autorità fiscali dal canto loro, possono beneficiare di questo approccio ed essere guidate all'interno di problematiche estremamente complesse migliorando le proprie competenze in materia³⁸⁶.

E. INTRODUZIONE DI UNA FORMA DI APA IN ITALIA

L'art. 8 del Decreto Legge n. 269 del 30 settembre 2003, convertito, con modificazioni, nella L. 24 novembre 2003, n. 326, ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano l'istituto degli advance pricing agreements. In base alle nuove disposizioni, le imprese che svolgono attività internazionale possono ricorrere a questo strumento per concordare preventivamente con l'Amministrazione finanziaria questioni riguardanti determinazione, qualificazione e attribuzione di prezzi di trasferimento, interessi, dividendi e royalties. Gli aspetti operativi dello strumento (detto "*ruling* di standard internazionale") sono stati disciplinati con Provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 luglio 2004.

Con riferimento alle procedure, l'accesso è consentito esclusivamente alle imprese che abbiano attività internazionali. L'interpretazione del concetto di "impresa con attività internazionale" è fornita dal citato Provvedimento attuativo che distingue tra soggetti residenti e non residenti. Per i primi, la qualifica di impresa con attività internazionale viene riconosciuta alle imprese che, in alternativa o congiuntamente:

³⁸⁶ Cfr. "Secretariat Discussion Paper on Alternative Dispute Avoidance and Resolution Procedures", European Transfer Pricing Forum, Brussels, 25, Marzo, 2005.

- siano soggette alle condizioni previste dalla norma sui prezzi di trasferimento, ovvero l'art. 110, comma 7, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917/1986;
- il cui patrimonio, fondo o capitale sia partecipato da soggetti non residenti o che partecipi al patrimonio, fondo, capitale di non residenti;
- abbia corrisposto o percepito da soggetti non residenti, dividendi, interessi o royalties.

Per quanto concerne, invece, le imprese non residenti è necessaria la presenza di una stabile organizzazione in Italia, che deve qualificarsi come tale ai fini delle imposte dirette.

La procedura di *ruling* di standard internazionale può essere attivata relativamente a problematiche riguardanti le politiche sui prezzi di trasferimento, gli interessi, i dividendi e le royalties. Tuttavia, è opportuno specificare, che queste fattispecie non rappresentano una casistica esaustiva, ma, al contrario, una casistica principale di riferimento. Il citato Provvedimento attuativo dell'Agenzia delle Entrate, infatti, estende le fattispecie descritte all'art. 8, comma 1, e introduce la possibilità di utilizzare il *ruling* anche per regolamentare anticipatamente altre eventuali questioni di natura internazionale, riguardanti l'applicazione ad un caso concreto di norme, anche di origine convenzionale, concernenti:

- l'erogazione o la percezione di "altri componenti reddituali" a o da soggetti non residenti;
- l'attribuzione di utili o perdite alla stabile organizzazione in un altro Stato di un'impresa residente ovvero alla stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente.

La procedura per l'ottenimento dell'accordo con le autorità fiscali ha inizio con l'istanza inviata dal contribuente interessato ad uno dei due uffici dell'Agenzia delle Entrate individuati dal citato Provvedimento e competente in base al domicilio fiscale dell'istante. Con l'istanza di accesso alla procedura del *ruling* il contribuente deve

documentare il soddisfacimento del requisito soggettivo e fornire più informazioni possibile sui beni o servizi oggetto delle transazioni infra-gruppo, o, qualora oggetto dell'istanza non fossero i prezzi di trasferimento, descrivere nel dettaglio la fattispecie che ha indotto all'invio dell'istanza stessa.

In aggiunta, con specifico riferimento al *ruling* richiesto in materia di prezzi di trasferimento, il contribuente deve altresì fornire indicazioni in merito rapporto intercorrente tra l'impresa residente e le società non residenti ed in merito al metodo di determinazione del valore normale che intende adottare indicando le ragioni per cui si ritiene che la scelta sia conforme alle previsioni normative.

Dal ricevimento dell'istanza o dal completamento dell'eventuale attività istruttoria al fine di verificare l'ammissibilità della domanda, l'ufficio dell'Agenzia delle Entrate ha 30 giorni di tempo per formulare un invito a comparire al contribuente che ha presentato la domanda, o, in caso di carenza degli elementi essenziali, per comunicare al contribuente l'inammissibilità dell'istanza. Da questo momento si instaura un contraddittorio tra Amministrazione e contribuente la cui durata massima è stabilita in 180 giorni.³⁸⁷ Questa fase di discussione e negoziazione ha lo scopo di permettere all'ufficio dell'Agenzia di prendere diretta cognizione di elementi informativi utili ai fini della decisione finale. Pertanto, la norma prevede espressamente che l'Ufficio dell'Agenzia potrà non solo richiedere ulteriore documentazione all'istante, ma anche procedere con accessi concordati presso il contribuente.

La procedura si perfeziona con la sottoscrizione congiunta dell'Ufficio competente e dell'istante di un accordo nel quale si definiscono i criteri e i metodi di calcolo del valore normale delle operazioni che ricadono nella previsione dell'art. 110 comma 7 TUIR ovvero dei criteri di applicazione della normativa di riferimento negli altri casi.

³⁸⁷ Salvo sospensione dei termini per un periodo pari al tempo necessario per l'ottenimento di informazioni da parte dell'Amministrazione fiscale di Paesi terzi a cui l'Amministrazione Finanziaria ha eventualmente chiesto la collaborazione.

L'accordo raggiunto fra Ufficio e contribuente vincola entrambe le parti che lo hanno sottoscritto per l'anno in cui è sottoscritto e per i due successivi³⁸⁸. In aggiunta, sempre con esclusivo riferimento alle tematiche all'oggetto dell'accordo, l'accordo ha il potere di interdire i poteri di accertamento delle autorità fiscali. Nonostante questo, anche successivamente alla conclusione dell'accordo, il contribuente ha l'obbligo di collaborare con il competente Ufficio predisponendo e mettendo a disposizione dello stesso, periodicamente o su richiesta, documentazione ed elementi informativi che consentano all'ufficio accessi concordati presso il contribuente stesso.

L'art. 11, comma 1, del provvedimento prevede poi, in attuazione di quanto già precedentemente stabilito dal comma 2 dell'art. 8 del D.L. n. 269/2003, che i termini recepiti nell'accordo siano vincolanti tra le parti a meno che l'Agenzia delle Entrate non accerti un mutamento delle circostanze di fatto o di diritto su cui l'accordo si basa³⁸⁹.

In tal caso, l'Ufficio competente è tenuto ad invitare il contribuente a sottoscrivere le opportune modifiche dell'accordo. Le circostanze di fatto cui fa riferimento la norma sono quelle rappresentate dal contribuente nell'istanza o nella documentazione illustrativa allegata e sulle quali si è fondato l'eventuale giudizio favorevole dell'Amministrazione che ha aderito all'accordo. Al contrario, le circostanze di diritto riguardano, invece, la modifica sia delle norme interne che convenzionali, in base alle quali è stato determinato il regime normativo applicabile.

³⁸⁸ In questa prospettiva, ci si domanda quale sia il trattamento del contribuente che negli anni precedenti abbia adottato una politica in materia di prezzi di trasferimento (in caso non siano mutate le circostanze di fatto e di diritto) in linea con quella accordata nel corso del ruling internazionale. In particolare ci si chiede se quest'ultimo possa mostrare l'accordo con l'amministrazione in caso di verifica e se, allo stesso tempo, i verificatori possano rettificare i prezzi stabiliti. Allo stesso modo, ci si domanda se il contribuente che abbia tenuto in uso una politica di prezzo difforme da quella concordata nel corso del ruling debba subire una rettifica quasi automatica. Cfr. Giancarlo Pezzuto "Ancora sul ruling internazionale: il provvedimento attuativo dell'Agenzia delle Entrate", in "il fisco" n. 11 del 14 marzo 2005.

³⁸⁹ In questo senso cfr. Fabio Cavallino e Patrizia Zuin, *Il ruling internazionale: problematiche applicative* in il fisco n. 7 del 14 febbraio 2005. Gli autori insistono sulla mancanza di una definizione ed esemplificazione delle variazioni delle condizioni di diritto e di fatto che richiedano una modifica dell'accordo.

Queste circostanze possono essere fatte valere sia dal contribuente che dall'Ufficio a seconda di che ne abbia interesse³⁹⁰. In particolare, il contribuente può chiedere che l'accordo perda efficacia quando intervengano mutamenti nelle circostanze o nuove circostanze di fatto o di diritto non previsti né prevedibili, tali da incidere significativamente sulla validità delle conclusioni raggiunte. Tra i mutamenti di fatto rilevanti ai fini delle metodologie di calcolo possono essere annoverate modifiche contrattuali, modifiche del gruppo, variazioni del settore di riferimento e in linea di principio gli eventi economici che possono influenzare sensibilmente il contesto economico³⁹¹. Tra i mutamenti di diritto rilevanti sono da includere i cambiamenti normativi.

Allo stesso modo, l'Ufficio può chiedere di ridiscutere l'accordo invitando il contribuente a sottoscrivere le opportune modifiche richieste dal mutamento delle circostanze di fatto o di diritto. A seguito di questo invito si instaurerà una nuova fase di contraddittorio (anche questo di durata massima pari a 180 giorni) che non necessariamente deve sfociare in un nuovo accordo. In questo caso, l'accordo originario cesserà di essere efficace dalla data di mutamento delle condizioni di fatto e/o di diritto oppure, quando non sia possibile accertare tale data, da quella di notifica dell'invito per la modifica dell'accordo.

Qualora al contrario l'accordo resti in vita, l'impresa ha la facoltà di chiedere il rinnovo dello stesso. L'istanza deve essere inviata almeno 90 giorni prima della scadenza dell'accordo originario e almeno 15 giorni prima della scadenza dell'accordo medesimo, l'Ufficio deve comunicare il proprio assenso o rigettare la domanda con provvedimento motivato. Anche in questo caso, e al fine di permettere all'Amministrazione di verificare la validità dell'accordo originario oltre il triennio,

³⁹⁰ Gli effetti dell'accordo possono venire meno anche qualora l'Ufficio ravvisi una violazione dell'accordo, ovvero, quando a seguito notifica della violazione, il contribuente entro 30 giorni fornisca a difesa del proprio operato memorie inidonee o non le fornisca affatto. In questo caso l'accordo si considera risolto, eventualmente parzialmente, dalla data in cui risulta accertata la violazione o, se non è possibile accertarla, dalla data di efficacia dell'accordo stesso.

³⁹¹ Attualmente non vi sono esemplificazioni di fonte ufficiale di casi che legittimano il contribuente a chiedere una modifica dell'accordo.

l'Ufficio gode dei poteri già visti in materia di acquisizione di documentazione, dati e informazioni nonché di accesso presso il contribuente.

a) Critiche all'unilateralità dell'istituto

Il *ruling* di standard internazionale, ispirandosi agli APA già vigenti in altri Paesi, dovrebbe essere uno strumento finalizzato a prevenire e a risolvere controversie con i contribuenti che operano nei mercati internazionali, rendendo più immediata e più certa la quantificazione del debito tributario. In questa prospettiva, la relazione illustrativa al citato D.L. n. 269/2003 aveva individuato le ragioni di fondo della previsione di questa particolare forma di *ruling* nella composizione di due tipi di interessi convergenti ed intersecati: da un lato, quello di prevenire i conflitti tra l'Amministrazione finanziaria e i contribuenti e, dall'altro, di evitare il verificarsi di fenomeni di doppia imposizione.

Tuttavia, come precisato da gran parte della dottrina, allo stato dei fatti, la realizzazione dei predetti obiettivi non appare essere stata raggiunta completamente³⁹². Il nodo critico non riguarda tanto la idoneità deflattiva del contenzioso determinata dall'operare dell'istituto, quanto la capacità di risolvere i problemi di doppia imposizione.

Il riferimento è ovviamente rivolto all'unilateralità dell'istituto. Come visto nei paragrafi precedenti, lo stesso OCSE, all'interno delle linee guida in materia di prezzi di trasferimento, aveva insistito a lungo sulla necessità di attuare forme di APA multilaterali. Questo perché la finalità principale di un APA non dovrebbe essere il porre il contribuente al riparo da una rettifica sui redditi all'interno di una

³⁹² Fra le fonti più rilevanti, cfr. Renato Loiero e Luca Battella, *Il ruling internazionale: il punto sulle questioni aperte*, in *Il Fisco* n. 43 del 21 novembre 2005, Guglielmo Maisto, *Considerazioni in tema di ruling internazionali*, *Rivista di Diritto Tributario*, n. 3, Marzo 2004 e Paola Albano, "The International Tax Ruling", *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2004.

giurisdizione, bensì cercare di evitare con anticipo il sorgere di problematiche di doppia imposizione. Come analizzato nei paragrafi precedenti, gli APA unilaterali rischiano di ingigantire ancora di più il problema della doppia imposizione essendo le autorità fiscali degli Stati generalmente disposte a firmare solo accordi che riducano al minimo le pretese dei contribuenti e che attraggano all'interno della giurisdizione quanto più reddito tassabile possibile.

In questa ottica, l'invio della copia dell'accordo, sulla base del diritto comunitario³⁹³, all'Autorità fiscale competente degli Stati di residenza o di stabilimento delle imprese con i quali i contribuenti pongono in essere le relative operazioni, non appare determinante e certamente non garantisce che i termini dell'accordo vengano riconosciuti e recepiti dalle Autorità competenti estere. Queste ultime rimangono ovviamente libere di disattendere i risultati dell'accordo e di procedere con la propria attività di accertamento³⁹⁴.

Stando a queste argomentazioni, il vantaggio per le imprese multinazionali che aderiscono alla procedura in esame sembrerebbe essere esclusivamente limitato ai rapporti con l'autorità fiscale italiana. Tuttavia, è opportuno fare delle valutazioni ulteriori e cercare di capire quali possano essere le motivazioni che hanno spinto le autorità competenti nazionali ad elaborare una forma di APA evidentemente in contrasto con le linee guida OCSE in materia³⁹⁵.

³⁹³ Il riferimento al diritto comunitario (probabilmente Direttiva 79/1070 sulla reciproca assistenza fra le autorità competenti) appare confuso in quanto sembrerebbe limitare la formalità dell'invio della copia ai soli Paesi dell'Unione. Cfr. Guglielmo Maisto, *Considerazioni in tema di ruling internazionali*, Rivista di Diritto Tributario, n. 3, Marzo 2004

³⁹⁴ Cfr. Piercarlo Palma, *Il ruling internazionale* in Il fisco n. 2 del 12 gennaio 2004. "Non si può non salutare con favore l'ulteriore forma di collaborazione tra Amministrazione finanziaria ed il contribuente che dovrebbe fornire alle imprese residenti uno strumento in più per competere a livello internazionale. La formulazione della norma presenta, però, ancora delle incognite importanti che a mio avviso determineranno il successo del nuovo istituto. *In primis* il compito che dovrà rivestire l'autorità fiscale estera, ad oggi relegata ad un ruolo totalmente inoperoso durante tutta la fase di stipulazione dell'accordo, ma che invece potrà rivelarsi decisiva, per le ragioni esposte, nel momento in cui verrà chiamata all'approvazione dell'accordo stesso".

³⁹⁵ Giancarlo Pezzuto *Ancora sul ruling internazionale: il provvedimento attuativo dell'Agenzia delle Entrate*, in Il fisco n. 11 del 14 marzo 2005. "In questo senso, qualora i timori espressi in ordine alla legittimazione soggettiva ad avanzare richieste di ruling dovessero essere fondati, si dovrebbe forse riflettere sulla possibilità di rendere lo strumento ancora più flessibile, per attribuirgli

Innanzitutto, può essere utile considerare come le problematiche in materia di prezzi di trasferimento siano divenute attuali in Italia solo negli ultimi anni. La conseguenza immediata di ciò è che le autorità fiscali non possono essere allo stesso livello di preparazione di quelle (USA, Gran Bretagna, Germania) che sono abituate a trattare queste problematiche da decenni. In questo contesto, impegnare gran parte degli Uffici competenti in discussioni con autorità competenti straniere avrebbe probabilmente portato agli stessi risultati insoddisfacenti che sono stati già rilevati con riferimento alle procedure amichevoli fra gli Stati.

Probabilmente, è intenzione delle autorità fiscali utilizzare lo strumento del *ruling* internazionale per migliorare ed approfondire le proprie conoscenze in materia tramite il confronto con le imprese e con i relativi consulenti. In questa ottica, soprattutto qualora si accedesse allo scenario di un *ruling* fortemente cooperativo sin dalle fasi iniziali, tale istituto consentirebbe all'Amministrazione finanziaria di acquisire e/o mantenere un know-how aggiornato sia sulle continue evoluzioni delle organizzazioni di imprese sia sulle possibili applicazioni alle stesse delle metodologie sui prezzi di trasferimento più appropriate³⁹⁶. E' lecito attendersi, da qui a pochi anni, che, a seguito della esperienza fatta nelle negoziazioni dei primi *ruling* unilaterali, le autorità competenti si sentano pronte per il passo successivo e si dimostrino aperte a discutere anche con le autorità competenti estere che siano interessate alla vicenda.

In aggiunta, ulteriori perplessità sull'utilizzo del *ruling* internazionale nascono con riferimento alle ipotesi in cui la fase di negoziazione fra autorità fiscali e contribuente non sfoci in un accordo e le parti non riescano a trovare una soluzione comune. In questi casi, né la norma, né il provvedimento di attuazione prevedono alcun vincolo per le autorità fiscali all'utilizzo dei dati raccolti nel corso delle negoziazioni.

In questa ottica, come esaminato nel corso dei capitoli precedenti, l'*EU Joint Transfer Pricing Forum* ha formulato una nota esplicita perché le autorità fiscali non utilizzino

davvero, in concreto, tutta la forza persuasiva che verosimilmente era nelle lungimiranti intenzioni del legislatore del 2003".

³⁹⁶ Cfr. Massimiliano Gazzo, *Transfer Pricing e ruling internazionale: luci ed ombre del nuovo istituto*, Fiscalità Internazionale, Riforma Fiscale, Marzo-Aprile 2004.

almeno le cosiddette informazioni “*nonfactual*”, ovvero le offerte di conciliazione, oppure semplici ragionamenti, opinioni o giudizi espressi dal contribuente nel corso delle negoziazioni³⁹⁷. La soluzione trovata dal Forum sembra la più ragionevole, in quanto le informazioni relative ai semplici fatti dovrebbero essere fornite ai contribuenti in ogni caso e, comunque, dovrebbero fare parte della documentazione da predisporre in tema di prezzi di trasferimento.

F. BREVI CENNI SULLA DISPONIBILITÀ DEGLI APA IN ALTRI PAESI

Benché gli APA siano stati introdotti in Italia solo recentemente, molti altri Paesi utilizzano l'istituto già da diverso tempo e ne hanno disciplinato i tratti essenziali in maniera generalmente più conforme alle Linee Guida OCSE.

Negli Stati Uniti gli APA sono stati formalmente introdotti nel 1991 tramite con le *Revenue Procedure Rules* con la finalità di creare le basi per la stipulazione di un accordo vincolante tra il contribuente e l'*Internal Revenue Service* in materia di determinazione dei prezzi di trasferimento delle transazioni intercorse tra imprese facenti parte del medesimo gruppo di imprese³⁹⁸. Tale normativa è stata lievemente

³⁹⁷ Cfr. “Secretariat Discussion Paper on Alternative Dispute Avoidance and Resolution Procedures”, European Transfer Pricing Forum, Brussels, 25, Marzo, 2005.

³⁹⁸ Cfr. Sean F. Foley and Paul B. Burns, *The APA program as a model for successful alternative dispute resolution*; Tax Management, *Tax Management International Journal*, Settembre 2003. “The APA program has been a resounding success. Over the program's 12--year history, 434 APAs have been executed between taxpayers and the IRS. n1 More than 19% of that total or 85 agreements were executed in 2002, the program's most productive year to date. n2 New applications received in 2002 totaled 107, n3 representing an increase of almost 39% over 2001. n4 Each of the 434 completed APAs and the approximately 200 cases currently pending in the APA program n5 represents one or more fact--intensive international transfer pricing issues removed from the traditional audit/appeals/litigation dispute resolution channel. The savings in time and resources, for both taxpayers and the IRS, is incalculable ---- but surely enormous.”

modificata dalle successive *Revenue Procedure Rules* del 1996 dove si è espressa una chiara preferenza per gli APA bilaterali³⁹⁹.

Un elemento interessante della procedura è l'“*annual report to the IRS*”. In sostanza, il contribuente è tenuto ad informare annualmente l'*Internal Revenue Service* in merito all'applicazione del metodo concordato nell'APA e ad eventuali cambiamenti nelle cosiddette “*critical assumptions*”⁴⁰⁰. L'*Internal Revenue Service*, da parte sua, può contattare direttamente il contribuente per chiedere spiegazioni o ulteriori informazioni rispetto a quelle contenute nel rapporto⁴⁰¹.

In Gran Bretagna, gli APA sono disciplinati dalle sezioni 85-87 del *Finance Act* del 1999. Tale normativa, che appare uniformata alle legislazioni più evolute in materia di prezzi di trasferimento, nonché alle Linee Guida OCSE, è stata integrata con l'emanazione da parte dell'*Inland Revenue* di un cosiddetto *Statement of Practice* che prevede espressamente due diverse tipologie di APA, ovvero l'APA unilaterale e l'APA bilaterale. Lo *Statement of Practice* stabilisce espressamente che gli APA multilaterali sono da preferirsi anche se lascia aperta ai contribuenti la possibilità di richiedere APA unilaterali⁴⁰².

Gli APA francesi, introdotti nel settembre del 1999, possono essere esclusivamente bilaterali e devono essere negoziati sulla base dall'art. 25, paragrafo 3, del Modello di Convenzione dell'OCSE. La procedura francese comincia con una riunione preliminare tra la società interessata e l'Amministrazione dove si discute

³⁹⁹ Cfr. Luciano Patelli e Francesco Porpora, *Il ruling internazionale e gli advance pricing greements*, in *Il fisco* n. 23 del 7 giugno 2004. “Sul punto la Section 7.07 delle nuove *Revenue Procedure Rules* precisa che -To minimize taxpayer and governmental uncertainty and administrative cost, bilateral or multilateral APAs generally are preferable to unilateral APAs when competent authority procedures are available with respect to the foreign country or countries involved. In appropriate circumstances, however, the Service may execute an APA with a taxpayer without reaching a competent authority agreement.. The taxpayer must show sufficient justification for a unilateral APA-”.

⁴⁰⁰ Ovvero tutte le assunzioni rilevanti per la definizione dei prezzi di trasferimento fatte dal contribuente in sede di negoziazione dell'APA.

⁴⁰¹ Cfr. Robert Feinschreiber, *Using Advance Pricing Agreements for Transfer Pricing*, *Transfer Pricing Handbook*, John Wiley and Sons Inc., New York, 2001.

⁴⁰² Cfr. *Global Reference Guide*, Ernst & Young, 2004.

sull'opportunità di ricorrere all'APA in considerazione della fattispecie e sulla quantità e qualità delle informazioni che il contribuente dovrà rendere disponibili⁴⁰³.

Gli APA nei Paesi Bassi, infine, sono ora disciplinati dal decreto del Ministro delle finanze del 30 marzo 2001. Come in Francia, nei Paesi Bassi gli APA vengono considerati alla stregua di una richiesta avanzata in base all'art. 25, paragrafo 3, del Modello OCSE e, pertanto, possono essere concordati solo con Paesi che abbiano un Trattato valido con i Paesi Bassi. Gli APA potranno avere ad oggetto tutte le questioni relative ai prezzi di trasferimento di un contribuente, oppure solo specifiche operazioni, ma, in ogni caso, il nuovo sistema olandese prevede l'obbligo di pubblicazione degli accordi sottoscritti. Sta ai contribuenti che non vogliono essere identificati proporre versioni finali dell'accordo tali per cui essi non siano riconoscibili.⁴⁰⁴

⁴⁰³ Nella pratica, benché gli APA unilaterali non siano formalmente disponibili a seguito dell'istruzione ministeriale "Instruction 4A-8-99 (9/7/99)", procedure di APA unilaterale informali sono abbastanza frequenti nella pratica. Cfr. Global Reference Guide, Ernst & Young, 2004.

⁴⁰⁴ Cfr. Monique Van Herksen, *New and Improved Advance Pricing Agreements*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Settembre/Ottobre 2001.

Bibliografia

Documentazione e soft law

- “Transfer Pricing and Multinationals”, OECD, Committee of Fiscal Affairs, Paris, 1979.
- “Transfer Pricing and Multinational Enterprises; Three Taxation Issues” OECD, Committee of Fiscal Affairs, Paris, 1984.
- “Tax aspects of Transfer Pricing within Multinational Enterprises – the Proposed US Regulations” OECD, Paris, 1994.
- “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, OECD, Committee of fiscal affairs, Paris 1995-1999.
- Commissione delle Comunità Europee (1996). “La politica tributaria nell’Unione europea: relazione sullo sviluppo dei sistemi tributari”, Doc. COM(96) 546, Bruxelles 1996.
- Commissione delle Comunità Europee (1997). “Verso il coordinamento fiscale nell’Unione europea. Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa”, Doc. COM (97) 495 def., 1 ottobre 1997, Bruxelles.
- “Harmful Tax Competition. An emerging global issue” OCSE, Parigi, 1998.
- “Discussion paper on “The taxation of global trading of financial instruments”, OECD, Paris, 1998.
- “Towards Global Tax Co-operation. Report to the 2000. Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices”, OECD, Parigi, 2000.
- “The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: the 2001 Progress Report”, OECD, Parigi, 2001.
- Commission staff working paper: “Towards an Internal Market without tax obstacles - A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities” (COM (2001) 582 del 23 Ottobre 2001).

- “OECD Model Tax Convention on Income and on Capital”, OECD, Paris 2003.
- “Discussion draft of the attribution of profits to a permanent establishment (PES): Part II (Banks)”, OECD, Paris, March 2003.
- “Discussion draft on the attribution of profits to permanent establishments (PES: Part. III (enterprise carrying on global trading of financial instruments)”, OECD, Paris, March 2003.
- Business Industry Advisory Committee (BIAC), “Mutual Agreement Procedure in Transfer Pricing: Practical Experiences of Multinationals”, 31 Ottobre 2003.
- “Transfer Pricing 2003 Global Survey, practices, perceptions and trends in 22 countries, plus tax authorities approaches in 44 countries”, Ernst & Young, 2003.
- Commissione delle Comunità Europee (2003). “Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo ed al Comitato Economico e Sociale Europeo”. Dicembre 2003, Bruxelles.
- “Pan-European versus Country-Specific Searches”, Prof. Dirk Van Stappen, databases not a clear cut issue, Meeting of Thursday 18 March 2004, versione online.
- “Draft Secretariat working document for the EU Joint Transfer Pricing Forum on database searches for comparables”, EU Joint Transfer Pricing Forum, Meeting of Thursday 18 March 2004, Centre de Conférences Albert Borschette, Rue Froissart 36 - 1040 Brussels.
- “Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the field of business taxation from October 2002 to December 2003 and on a proposal for a Code of Conduct for the effective implementation of the Arbitration Convention 90/436/EEC of 23 July 1990”, Brussels, 23,04,2004, COM 297, Final.
- “Contribution from business on the masterfile concept”, EU Joint Transfer Pricing Forum, Meeting of Thursday 10 June 2004, Centre de Conférences Albert Borschette, Rue Froissart 36 - 1040 Brussels.
- “Improving the Process for Resolving International Tax Disputes”, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, JWG, 27 Luglio 2004.

- “Revised Secretariat Discussion Paper on Documentation Requirements”, EU Joint Transfer Pricing Forum, Meeting of Thursday 16 September 2004, Centre de Conférences Albert Borschette, Rue Froissart 36 - 1040 Brussels.
- “Revised Secretariat Discussion Paper on the Masterfile Concept”, EU Joint Transfer Pricing Forum, Meeting of Thursday 10 June 2004, Centre de Conférences Albert Borschette Rue Froissart 36 - 1040 Brussels.
- “Draft Revised Secretariat Discussion Paper on Documntation Requirement”, EU Joint Transfer Pricing Forum, del 10 Giugno 2004, Capitolo III, paragrafi 34 e 35.
- “Secretariat Note on the Procedure Concerning the EJTPF”, EU Joint Transfer Pricing Forum, January 2004 Report, Meeting of Thursday 16 September 2004, Centre de Conférences Albert Borschette, Rue Froissart 36 - 1040 Brussels.
- “Summary Record of the Tenth Meeting of the EJTPF” held in Brussels on 14th December 2004, versione online.
- Ernst & Young Global Reference Guide of 2004.
- “Secretariat Discussion Paper on Alternative Dispute Avoidance and Resolution Procedures”, EU Joint Transfer Pricing Forum, Meeting of Wednesday 16 March and Thursday 17 March 2005, Centre de Conférences Albert Borschette Rue Froissart 36 - 1040 Brussels.
- “Secretariat Discussion Paper on Alternative Dispute Avoidance and Resolution Procedures”, European Transfer Pricing Forum, Brussels, 25, Marzo, 2005.
- “Report of the activities of the EU Transfer Pricing Forum in the Field of Documentation Requirements”, EU Joint Transfer Pricing Forum, Bruxelles, 27 Maggio 2005.
- “Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and the European economic and social Committee on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum on transfer pricing documentation for associated enterprises in the EU”, Brussels, 07.11.2005, COM(2005) 543.
- PATA documentation package sul sito <http://www.irs.gov/pub/irs-utl/transferpricingpackagefinal.pdf>.

Riferimenti Bibliografici

- Francesco Abete, Antonio Dimundo, Lamberto Lambertini, Luciano Panzani, Adriano Patti, *Gruppi, Trasformazione, Fusione, Scissione, Scioglimento e Liquidazione*, Società Estere, La Riforma del Diritto Societario, Milano, 2003.
- Giuseppe Airoidi, Giorgio Brunetti, Vittorio Coda, *Economia aziendale*, Bologna, 1994.
- Paola Albano, *The International Tax Ruling*, Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, 2004.
- Nabeel Anwar, Jennifer V. Droubay, Jessica Rosenbloom, Crystal Thibeault, Rahul Tomar and Deloris R. Wright, *Cost Sharing, Services and Intangibles: Recent Changes in Transfer Pricing Regulations*, Transfer Pricing Journal, Intenational Bureau of Fiscal Documentation, January/February 2004.
- AA.VV., *I prezzi di trasferimento, determinanti e metodologie di calcolo*, SDA Bocconi, Scuola di Direzione aziendale, Prefazione di Marco Agliati, Milano, 2002.
- Cfr. James B. Ayers, *A prime on Supply Chain Management*, *Information Strategy*, the Executive's Journal, Winter 2000.
- James B. Ayers e Keith Kennedy, *Transformation in Manufacturing/Distribution*, The Executive Journal, 2000, Versione Online.
- Reuven S. Avi—Yonah, *The rise and fall of arm's length: a study in the evolution of US international taxation*, Virginia Tax Review, Summer 1995.
- Davide Bergami, *Problematiche fiscali e competitività: possibile farle coesistere?*, Amministrazione e Finanza, numero 22, 2002.
- Davide Bergami, *Analisi delle attività aziendali per definire i prezzi: dall'Olanda un esempio concreto*, Amministrazione e Finanza, numero 6, 2001.
- Davide Bergami, *Quanto guadagnano le stabili organizzazioni*, Amministrazione e Finanza, n. 12, 2001.
- Davide Bergami, *Dalla Corte Suprema tedesca l'orientamento sulla deducibilità delle royalties*, Amministrazione e Finanza, numero 18, 2001.
- Davide Bergami, *Italy sharpens its focus on transfer pricing*, International Tax Review, November, 2001.

- Davide Bergami, *Valutare il profitto delle stabili organizzazioni*, Amministrazione e Finanza, n. 24, 2001.
- Davide Bergami, *Deducibilità delle spese di direzione*, Amministrazione e Finanza, n. 12, 2002.
- Davide Bergami e Vito Giordano, *Evoluzioni degli strumenti di cooperazione fra Stati*, Fiscalità Internazionale, Luglio-Agosto, 2003.
- Davide Bergami, *Novità dall'Europa*, Amministrazione e Finanza, n. 18, Settembre 2003.
- Luigi Bernardi e Paola Profeta, *Tax Systems and tax reforms in Europe*, Routledge, 2004, London.
- Giuseppe Bernoni, *Thin capitalization: indeducibilità interessi derivanti da finanziamenti soci. Effetti (anche imprevisi) nella sua applicazione*, Il Fisco, n. 32, 6 settembre 2004.
- Berry, Charles H. Bradford, David F. Hines, James R., Jr., *Arm's length pricing; some economic perspective*, Tax Analysts, Tax Notes, Febbraio 1992.
- Jozef Blomme, *The choice of a transfer pricing method*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Volume 7, number 2, 2000.
- BNA news, *Officials Must Seek Taxpayer-Beneficial Data; Taxpayers Must Cooperate Under Guidelines*, BNA, Transfer Pricing Report, 25 Maggio, 2005, Volume 14 n.2, Pag. 50.
- BNA news *Revised Rules Allow Limited TNMM Use, Continue Application of Secret Comparables*, BNA, Transfer Pricing Report, 8 Giugno, 2005, Volume 14 n.3, Pag. 94.
- William Bonano, *IRS Proposes Section 482 Regulations on Intangible Property and Services*, International Tax Bulletin, November 2004.
- Robert T. Bossart, *Cost Sharing Transfer Pricing handbook*, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York
- Albert Breton, *Concorrenza fiscale in un economia internazionale integrata, "Public sector efficiency under incipient globalization"*, Società Italiana di economia pubblica, Milano, 1999.
- Andrew Casey and Artemis Kritikides, *Transactional Net Margin Method, Comparable Profits Method and the Arm's length Principle*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Settembre/Ottobre 2003.

- Fabio Cavallino e Patrizia Zuin, *Il ruling internazionale: problematiche applicative*, Il Fisco, n. 7 del 14 febbraio 2005.
- Mario Cattaneo, *Economia delle aziende di produzione*, Milano, 1973.
- Chandler Jr. A.D., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1962.
- Dora K. Cheng, *Determination of Arm's Length Range*, Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Richard A. Clark, *Determining Cost Sharing Buy-in Payments*, Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber. John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Richard A. Clark, *Finding and Analyzing Comparable Financial Data*, in Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Lorenzo Corsini, *Servizi prestati all'interno di un gruppo di imprese; prezzo di trasferimento e ribaltamento costi*, in Il fisco, n. 36 del 7 ottobre 2002.
- Giovanni Costa e Raoul C.D. Nacamulli, *Manuale di Organizzazione Aziendale*, Volume 4, Le Tipologie Aziendali, Torino, 2002.
- Commentario diretto da Gastone Cottino, Guido Bonfante, Oreste Cagnasso e Paolo Montalenti, *Il Nuovo Diritto Societario*, Torino 2004, commento a cura di Alberto Muratore.
- Gianluigi D'Alfonso, *Service Agreement e transfer pricing*, Il Fisco, n. 13, 29 marzo 2004.
- Micol De Carlo, *Doppie imposizioni, scatta l'arbitrato se non c'è l'accordo*, Italia Oggi del 19 Giugno, 2003.
- Peter H. Dehnen e Silke Bacht, *New Development Regarding Transfer Pricing in Germany*, Bulletin For International Fiscal Documentation, N. 5, Maggio 2005.
- Peter Dicken, *Global Shift, Transforming the World Economy*, Paul Chapman Publishing Ltd., London, 1998, citazione da Omaha, 1995.

- Remo Dominici, *Regole per la risoluzione dei conflitti in materia di doppia imposizione internazionale*, in Corso di diritto tributario internazionale, AA.VV., Padova, 1999.
- Michael C. Durst e Robert E. Culbertson, *Clearing Away the Sand: Retrospective Methods and Prospective Documentation in Transfer Pricing Today*, New York University School of Law, Tax Law Review, Fall, 2003.
- Enrico Fazzini, *Il Gruppo di Società tra consolidato civilistico e somma algebrica fiscale*, Dialoghi di Diritto Tributario, Fascicolo 7/8, Luglio/Agosto 2004.
- Robert Feinschreiber, *Using Advance Pricing Agreements for Transfer Pricing*, Transfer pricing handbook a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley and Sons Inc., New York, 2001.
- Robert Feinschreiber, *Using Advance Pricing Agreements for Transfer Pricing, Transfer Pricing Handbook*, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Robert Feinschreiber, *Comparable Uncontrolled Transaction Method for Intangibles*, Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber. John Wiley & Sons Inc., 2001, New York
- Robert Feinschreiber and Richard M. Hammer, *Profit Split methodologies*, Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Gaspare Falsitta, *Manuale di Diritto Tributario*, parte generale, Padova, 1999,
- Silvia Fedeli e Francesco Forte, *Concorrenza fiscale in un economia internazionale integrata, Concorrenza versus armonizzazione fiscale: La scelta delle regole del gioco nell'Unione europea*, Società Italiana di economia pubblica, Franco Angeli, Milano, 1999.
- William Finan, *Reliably Determining a Buy-in Payment under Transfer Pricing Regulations*, Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber. John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Sean F. Foley and Paul B. Burns, *The APA program as a model for successful alternative dispute resolution*; Tax Management, Tax Management International Journal, Settembre 2003.
- Fondazione Luca Pacioli, *La lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il Rapporto del 2001: Lo stato dell'arte ed i possibili sviluppi*, Documento n. 4 del 28 gennaio 2002, versione online.

- Patricia A. Fouts, *Economics of the Comparable Profits Method*, Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Edward H. Frazelle, *Supply Chain Strategy*, McGraw-Hill, New York, 2002.
- Pim Fris, *Dealing with Arm's Length and Comparability in the Years 2000*, *Transfer Pricing Journal*", Novembre/Dicembre 2003.
- Gianfranco Gaffuri, *Il Ruling Internazionale*, *Rassegna Tributaria*, N. 2, Marzo/Aprile 2004.
- Massimiliano Gazzo, *Transfer Pricing e ruling internazionale: luci ed ombre del nuovo istituto*, *Fiscalità Internazionale, Riforma Fiscale*, Marzo-Aprile 2004.
- Francesco Galgano, *I gruppi di società, Le società*, Trattato diretto da Francesco Galgano, Torino, 2001.
- Carlo Garbarino, *Imposizione ed effettività nel diritto tributario*, Padova, 2003.
- Carlo Garbarino, *La tassazione dei redditi di impresa multinazionale*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, AA.VV., Padova, 1999,
- Carmine Gianni, *Il ruolo delle imprese multinazionali nel mercato globale*, 2001-3, Proteo on-line.
- Lars P. Haugen, *In tax practice, the cost plus method is often a TNMM in disguise: what to do about it?*, *International Transfer Pricing Journal*, Settembre – Ottobre 2005.
- Hubert Hamaekers, *Transfer pricing history - State of the art – perspectives*, edited by the author, *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* n. 3/1999.
- Hubert Hamaekers, *The Comparable Profits Method and the Arm's length Principle*, by Prof. *Transfer Pricing Journal*, Internal Bureau of Fiscal Documentation, Maggio/Giugno 2003.
- Hubert Hamaekers, *Arm's Length, - How Long?*, *International Transfer Pricing Journal*, Internal Bureau of Fiscal Documentation, Marzo/Aprile 2001.
- Ronald B. Harvey and Diane D. Fuller, *Financial Transactions and Transfer Pricing*, *Transfer pricing handbook*, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.

- Luc de Hert, *A new impetus for the Arbitration Convention?*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, n. 2, Marzo/Aprile, 2005.
- Jim Hines Jr., *A Taxing Battle*, Editorial of "The Economist", January 29, 2004.
- Michael D. Hoffman and Charles Theriault, *Critiquing Canada's position on Transfer Pricing range issues*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 24, 2004.
- Horst, Thomas, Frisch, Clowery & Finan, *Profit Split Methods*, Tax Analysts, Tax Notes Today, 19 Giugno 1993.
- Stephen Huibrigtsse and R.H.M.J. Offermanns in *What is the future of the EU Arbitration Convention*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, n.2, Marzo/Aprile 2004.
- Clive Jie-A-Joen and Patricia Biemold, *Dutch Practitioners Review Court Ruling on Trademark Rights*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 13, n. 4, 2004.
- Simon James, *Can we harmonise our views on European tax harmonisation*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 54, n. 6, June 2000.
- Curt Kinsky e Davide Bergami, *Docking in the safe harbour, intangibles and transfer pricing*, Tax Planning International Review, February 1999, Volume 26, number 2.
- Heinz Klaus Kroppen and Stephan Rasch, *Letter from Ministry of Finance: Cooperation Issues regarding Transfer Pricing*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Settembre/Ottobre 2004.
- Srini Lalapet, Martin Przysusk, Hendrik Swaneveld, *Recognizing the added value created by incremental innovation*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 16, 2004.
- Stanley E. Langbein, *Transfer Pricing and the Outsourcing problem*, Tax Analysts, 2005.
- Charles Larson, Marios Karayannis e John Burgess, *Comparability Adjustments in Transfer Pricing*, Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Giuliano Lemme, *Il Governo del Gruppo*, Padova, 1997.

- Marc M. Levey and David Balaban, *Global Documentation – many considerations?*, Tax Management Memorandum, Vol. 44 No. 20 October 6, 2003.
- Renato Loiero e Luca Battella, *Il ruling internazionale: il punto sulle questioni aperte*, Il Fisco n. 43 del 21 novembre 2005.
- Filippo Lorcet, *Rapporti di "service infragruppo": attività di accertamento tributario e corretta regolamentazione del rapporto*, Il Fisco, n. 25, 30 giugno 2003.
- Guglielmo Maisto, *Considerazioni in tema di ruling internazionali*, Rivista di Diritto Tributario, n. 3, Marzo 2004.
- Giuseppe Marino, *Contributi allo studio dei rapporti di gruppo attraverso le relazioni di controllo*, Rivista di Diritto Tributario, n. 4, Aprile 2004.
- Philip Martin, *The day after tomorrow: The U.K. system after Marks & Spencer*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 13, n. 3, 2004.
- Sigfried Mayr e Giovanni Fort, *Normativa sul transfer pricing e utilizzazione di nomi o marchi da parte dei distributori*, Corriere Tributario n. 5, 2000.
- Sigfried Mayr e Giovanni Fort, *I CCA, un'analisi comparativa*, Corriere Tributario, N. 40, 2000.
- Marco Mazzetti di Pietralata e Livio Zallo, *Ruling in materia di transfer pricing: introduzione degli Advanced Pricing Arrangements in Italia*, Il Fisco" n. 7 del 16 febbraio 2004.
- Daniel M. McGavock and Francis X. Burns and David A. Haas, *Intangible Asset Valuation and Royalty Rates*, Transfer Pricing Handbook, a cura di Robert Feinschreiber. John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Barbara N. McLennan, *Finding and Applying Arm's Length Comparables under the Comparative Profits Method*, in Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Charles McLure jr, *Globalization, tax rules and national sovereignty*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 55, n. 8, April 2001.
- Charles E. McLure Jr, *Replacing separate entity accounting and the arm's length principle with formulary apportionment*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 56, n. 12, December 2002.

- E. Miller Williams, *Evaluating Whether to Use Advance Pricing Agreements*, Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Jack Mintz, *Corporate Tax Harmonization in Europe: it's all about compliance*, International tax and public finance, Kluwer Academic Publishers, Volume 11, n. 2, 2004.
- Molly Moses, *US Marketing Intangibles stance in Glaxo: Wave of the Future*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 21, 2004.
- Andrea Musselli, Alberto Carlo Musselli, *Il Transfer Pricing. I Prezzi di trasferimento internazionali*, Il Sole 24 ore, Milano, 2003.
- Andrea Musselli e Luciano Olivotto, *Transfer pricing: valore di beni immateriali in condizione ydi incertezza sulla redditività d'uso*, Il Fisco, numero 7, Febbraio 2002.
- Andrea Niutta, *Il finanziamento intragruppo*, Milano, 2000.
- Xavier Oborson, *The OECD model agreement on exchange of information. A shift to the applicant State*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 57, n. 1, January 2003.
- Gustavo Olivieri, Gaetano Presti e Francesco Vella, *Il Nuovo Diritto delle Società*, Bologna, 2003.
- Sven Olof Lodin, *International tax issues in a rapidly changing world*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Volume 55, n. 1, January 2001.
- OECD, *Measuring Globalization, The Role of Multinationals in OECD Economies*, 2001.
- Jeffrey L.Olin and Micheal J. Gibson, *International tax planning fuels the supply chain*, worldtrademagazine, rivista online Gennaio 1, 2002.
- Onida P., *Le dimensioni del Capitale d'Impresa: concentrazioni, trasformazioni, variazioni del capitale*, Milano, 1951.
- Alberto Onetti, *The Internationalization Process of the Firm*, Johanson J. e Vahlne J.E., Journal of International Business Studies, vol. 8, 1977 in Il Nodo Strategia-Struttura nel Governo d'Impresa, Università dell'Insubria, pubblicazioni online, Varese, 2002.

- Danny Oosterhoff and Jean Paul Donga, *Practical Application of Transactional Profit Methods*, International Transfer Pricing Journal, Gennaio/Febbraio 2001.
- Danny Oosterhoff, *Multinational Organizations Face Transfer Pricing Audits across the Globe; Transfer Pricing Trends, Practices and Perceptions*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Marzo/Aprile 2004.
- *Della Direzione e Coordinamento di Società*, Antex News, Osservatorio Normativo del Lavoro, Rivista on-line, Ottobre 2004.
- Sara Pallosi, *Imposizione transfrontaliera dei redditi e linee recenti di politica fiscale della Commissione Europea Bruxelles*, 24 novembre 2003, Com(2003)726 definitivo di Rassegna Tributaria" n. 1 di gennaio-febbraio 2004.
- Piercarlo Palma, *Il ruling internazionale* in Il fisco, n. 2 del 12 gennaio 2004.
- Giovambattista Palombo, *Indeducibilità degli interessi passivi per mancanza di inerenza: effettivo beneficiario e thin capitalization*, Il Fisco, n. 35, 29 settembre 2003.
- Giovanbattista Palombo, *Imposizione di gruppo, sconti commerciali tra capogruppo e controllate e disciplina del transfer pricing*, Il Fisco n. 40 del 3 novembre 2003.
- Walter Pardini and Andrea Vasapolli, *Il Transfer Pricing nelle operazioni infragruppo*, Casi Pratici Commentati, Milano, 2002.
- Luciano Patelli e Francesco Porpora, *Il ruling internazionale e gli advance pricing greements*, in Il Fisco n. 23 del 7 giugno 2004.
- Perlmutter H.V., *The Tortuous Evolution of the Multinational Corporation*, Columbia Journal of World Business, Gennaio-Febbraio, 1969.
- Giancarlo Pezzato, *Ancora sul ruling internazionale: il provvedimento attuativo dell'Agenzia delle Entrate*, Il Fisco, n. 11 del 14 marzo 2005.
- Marco Pezzetta, *I prezzi di trasferimento transfrontalieri: principi generali e profili applicativi*, Il Fisco n. 44 del 2 dicembre 2002.
- Michele Pisani, *La componente valutaria nella disciplina del prezzo di trasferimento*, Il Fisco n. 23 dell'11 giugno 2001.
- Michele Pisani, *Il prezzo di trasferimento nei finanziamenti transnazionali infragruppo*, Il Fisco, n. 17, 26 aprile 2004.

- Michael E. Porter, *Competition in global industries. A conceptual framework*, Harvard University Press, Boston MA, 1986.
- Michael E. Porter, *Competing Across Locations: Enhancing Competitive Advantage Through a Global Strategy*, Harvard Business online, Giugno, 1999.
- Marco Fabio Pulsioni, *I gruppi di imprese nazionali e multinazionali*, Milano, 2000.
- Maurizio Querqui, *La documentabilità della politica di transfer pricing: vantaggi per il contribuente e l'Amministrazione finanziaria*, Il Fisco n. 38 del 17 ottobre 2005.
- Barbara Quinn, Robert Cooke e Andrei Kris, *Shared Services, mining for corporate gold*, Pearson Education Limited, Londra, 2000.
- Davide Raviola, *Transfer pricing e tutela dell'interesse erariale alla luce del D.Lgs. n. 74/2000*, Il Fisco, n. 3 del 27 gennaio 2003.
- Tim Reichert and Karl Rothfuss, *A Comment on Resale Minus Transfer Pricing*, BNA Transfer Pricing Report, Volume 13, Marzo 2005.
- Diane M. Ring, *On the frontier of procedural innovation: advance pricing agreements and the struggle to allocate income fro cross border taxation*, University of Michigan Law School Michigan Journal of International Law, Winter 2000.
- Robert G. Rinninsland, *Applying Functional Analysis*, Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Giovanni Rolle, Anna Ruocco, Piergiorgio Valente, *Il coordinamento della tassazione dei redditi d'impresa nell'Unione Europea*, CSC working paper, pubblicazione on-line, Giugno 2003.
- Giovanni Rolle, *Recenti sviluppi internazionali e comunitari della disciplina dei prezzi di trasferimento e degli advance pricing agreements*, Torino, 15 marzo 2005, Pubblicazione on-line.
- Paul Rooney, Darren R. Fortunato, Nelson Smith, *Competent Authority*, Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Marco de Ruvo e Ignazio La Candia, *La tassazione delle imprese nella UE: il futuro prossimo*, Il Fisco, n. 27, 14 luglio 2003.

- Kerrie Sadiq, *Unitary taxation – the case for global formulary apportionment*, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD, Volume 55, n. 7, Luglio 2001.
- Alberto Santa Maria, *Diritto commerciale comunitario*, Giuffrè Editore, Milano, 1995.
- Jonathan S. Schwarz, *Cross-border corporate structures and financing – The impact of European Court decisions on tax discrimination*, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD, Volume 54, n. 3, March 2000.
- Jonathan S. Schwartz, *European Commission strategy for company taxation in the European Community*, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD, Volume 56, n. 5, Maggio 2002.
- Federico Solfaroli Camillocci, *Armonizzazione fiscale e costituzione europea*, *Il Fisco*, n. 43, 24 novembre 2003.
- Guerrino Sozza e Giulio Matteo Zucconi, *Delocalizzazione produttiva e transfer pricing*, *Il Fisco*, n. 21, 24 maggio 2004.
- Peter Birch Sorensen, *Company tax reform in the European Union*, *International Tax and public finance*, Kluwer Academic Publishers, Volume 11, n. 2, 2004.
- Scott Stephens, Craig Gustin, and Jim Ayers, *Reengineering the Supply Chain- The Next Hurdle*, *the Executive's Journal*, Fall 1997, Versione Online.
- Dario Stevanato, *La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al consolidato "mondiale"*, *Rassegna Tributaria*, n. 4, luglio-agosto 2003.
- Massimiliano Strata, *Transfer price: aspetti fiscali e penali, applicazione pratica del metodo del cost-plus*, *Il Fisco* n. 10 del 12 marzo 2001.
- Massimiliano Strata, *Transfer price: i metodi alternativi per la determinazione del prezzo di trasferimento*, *Il Fisco* n. 27 del 9 luglio 2001.
- Massimiliano Strata e Gregorio D'Inverno, *Il Transfer price: royalties corrisposte dal distributore residente alla casa-madre estera*, *Il Fisco* n. 14 dell'8 aprile 2002.
- Massimiliano Strata e Gregorio D'Inverno, *Transfer pricing: i safe harbours e gli advance pricing agreements*, *Il Fisco* n. 30 del 29 luglio 2002.

- Hendrik Swaneveld, Sam Krishna, Martin Przysusky, Vengat Nagarajan, *Using Profit Based Methods for Prior, Future Tax Years in Canada*, BNA Transfer Pricing Report, Volume 11, Maggio, 2002.
- Vito Tanzi, *Globalizzazione e sistemi fiscali*, Milano, Ottobre 2002.
- Mitchell J. Tropin, *OECD Moving Forward on Transfer Pricing, PE Projects*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 13, n. 3, 2004.
- Piergiorgio Valente, Franco Roccatagliata, Giovanni Rolle, *Concorrenza fiscale internazionale*, Milano, 2002.
- Lisette Van Der Hel-Van Dijk e Robert Kamerling, *Tax auditing: an international perspective*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Luglio/Agosto 2002, Volume 9 numero 4.
- Monique Van Herksen, *New and Improved Advance Pricing Agreements*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, Settembre/Ottobre 2001.
- Luciano Vasapollo e Rita Martufi, *Le tendenze Macroeconomiche nel processo di ristrutturazione capitalista, 2000-2*, Proteo Rivista on-line.
- John Wills, *Valuing Technology: Buy in payments for acquisitions*, Journal of Global Transfer Pricing, Febbraio - Marzo 1999.
- Joseph Marc Wolf and Alexandre Almeida., *Brazil: Transfer Pricing Policy Moving in Line with the OECD; Current Transfer Pricing Issues*, International Transfer Pricing Journal, IBFD, January/February 2002.
- Doloris Wright e Caterina Nelson, *Transactional net margin method*, Transfer pricing handbook (Third Edition), Volume 1, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- Enrico Zanetti, *Utilizzazione economica dei beni immateriali e degli altri diritti. Trattamento fiscale*, Il Fisco, numero 25, Giugno 2001.
- George Zodrow, *Tax competition and tax coordination in the European Union*, International Tax and public finance, Kluwer Academic Publishers, Volume 10, n. 6, 2003.
- Frances A. Zuniga, *Correlative Adjustments*, Transfer pricing handbook, a cura di Robert Feinschreiber, John Wiley & Sons Inc., 2001, New York.
- "Feature Report" *OECD Guidelines Fail to Keep Pace with Globalisation, Commenters Say*, BNA Transfer Pricing Report, Vol 12, February 18, 2004.

- Feature Report: *EC reports strong support for pilot to test home state concept*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 12, 2004.
- Feature Report: *Few solutions seen to ending transfer pricing uncertainty caused by ECJ*, BNA Tax Management Inc., Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 16, 2004.
- Feature Report: *IRS concedes buy-in amount in Xilinx case; Stock options still at issue*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 12, n. 23, 2004.
- *Feature Report: Indian Authorities complain of TNMM use, issue first pricing adjustments*, Tax Management, Transfer Pricing Report, BNA, vol. 13, n. 2, 2004.