



Transfer pricing: l'applicazione del principio di libera concorrenza alle operazioni di riorganizzazione

di Piergiorgio Valente

Il tema della riorganizzazione dei gruppi multinazionali in rapporto alla disciplina dei prezzi di trasferimento è stato recentemente affrontato nel nuovo cap. IX delle *Guidelines OCSE*, pubblicato in data 22 luglio 2010.

Il suindicato cap. IX parte dal presupposto secondo cui il principio di libera concorrenza e le altre indicazioni contenute nelle *Guidelines* dell'OCSE non dovrebbero applicarsi in modo differente alle operazioni poste in essere prima della riorganizzazione rispetto a quelle post-riorganizzazione. Ciò che rileva, ai fini dell'art. 9 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni e dell'*arm's length principle*, è la verifica dell'eventuale esistenza, nell'operazione di riorganizzazione, di condizioni che differiscono da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti.

1. Introduzione

Il presente articolo si pone l'obiettivo di analizzare il tema della riorganizzazione dei gruppi multinazionali in rapporto alla disciplina dei prezzi di trasferimento, alla luce delle indicazioni fornite di recente dall'OCSE¹. In particolare, s'intende concentrare l'attenzione sulle modalità di applicazione del **principio di libera con-**

correnza (*arm's length principle*) all'operazione di **business restructuring**.

In via preliminare, occorre rammentare che nel gennaio del 2005, al fine di approfondire l'analisi del crescente fenomeno delle riorganizzazioni aziendali delle imprese multinazionali, il *Centre for Tax Policy and Administration* dell'OCSE ha organizzato una tavola rotonda² alla quale ha preso parte un elevato numero di rappresentanti dei Paesi membri dell'OCSE, nonché alcuni delegati di Cina, Sud Africa e Singapore e numerosi rappresentanti del settore privato.

I lavori hanno riguardato numerosi temi, tra cui quello relativo alle differenti posizioni assunte dalle Autorità fiscali dei vari Paesi membri in materia di controlli, stipula degli accordi internazionali, *transfer pricing* e Iva.

Al fine di ottenere contributi di natura tecnica e operativa sulle questioni affrontate nel corso della tavola rotonda, l'OCSE ha costituito un gruppo informale (c.d. *Business Advisory Group*) composto da accademici, operatori commerciali e consulenti esperti delle predette tematiche. Dagli studi effettuati, è emerso che, nell'ambito della disciplina dei prezzi di trasferimento, le riorganizzazioni societarie presentano alcune criticità. Da qui, la necessità di integrare i principi contenuti nelle *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (d'ora innanzi, *Guidelines*) con quelli di cui al *Model Tax Convention* dell'OCSE (d'ora innanzi, Modello OCSE).

¹ OCSE, *Report on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings* - Chapter IX of the Transfer Pricing Guidelines, 22 luglio 2010.

² *January 2005 CTPA Roundtable*.

Il *Committee on fiscal affairs* (d'ora innanzi, Cfa) ha quindi costituito un ulteriore gruppo di lavoro congiunto, il *Joint working group on business restructurings* (d'ora innanzi, Jwg), con il mandato di eseguire approfondimenti sul tema delle riorganizzazioni e dare avvio ad un progetto finalizzato all'elaborazione di nuove linee guida in materia di *transfer pricing*.

Alla fine del 2007, la prosecuzione dell'attività è stata affidata ad un nuovo gruppo di studio, il *Working Party No. 6 "Special Session on Business Restructurings"*, con l'obiettivo di analizzare la disciplina OCSE contenuta nelle *Guidelines* e quella dettata dagli artt. 7 (*Business profits*) e 9 (*Associated enterprises*) del Modello OCSE³.

Il 22 luglio 2010, è stata pubblicata la versione definitiva del cap. IX delle *Guidelines* in cui è confluito il contenuto del *draft for discussion "Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings"*⁴.

Un'operazione di riorganizzazione è normalmente accompagnata da una **redistribuzione dei profitti** tra le società appartenenti al gruppo, la quale può essere realizzata **al termine dell'operazione**, ovvero, **successivamente**.

Uno degli obiettivi principali perseguiti dall'OCSE è proprio quello di verificare, sulla base delle previsioni contenute nell'art. 9 del Modello OCSE, se tale redistribuzione risulti coerente con il **principio di libera concorrenza** (*arm's length principle*) e, più in generale, come tale principio possa essere applicato alle operazioni di riorganizzazione aziendale.

³ Gli approfondimenti relativi alla stabile organizzazione (art. 5 del Modello OCSE) sono stati affidati al *WPI*. Le conclusioni cui sono giunti i gruppi di lavoro *Jwg* e *WP6 Special Session* sono state sintetizzate in un documento intitolato *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion Draft for Public Comment* che è stato reso pubblico in data 19 settembre 2008, con l'invito ai singoli Paesi membri dell'OCSE di fornire il proprio contributo per l'approfondimento della discussione sul tema.

⁴ Nel corso del confronto preliminare alla pubblicazione del documento, il Cfa ha concentrato l'attenzione, in particolare, sulle operazioni di riorganizzazione consistenti nella riallocazione *cross-border* di funzioni, *assets* e/o rischi, inclusi i beni immateriali, da parte di un'impresa multinazionale, anche con l'obiettivo di regolamentare in maniera differenziata i rapporti con parti terze (*i.e.*, fornitori, clienti, eccetera). È stato, inoltre, evidenziato come vi possano essere ulteriori valide ragioni per realizzare un'operazione di riorganizzazione, quali, ad esempio, la creazione di sinergie aziendali, lo sfruttamento di economie di scala, l'incremento dell'efficienza nella gestione delle linee commerciali e della catena del valore, lo sfruttamento dei vantaggi derivanti dalla rete *Internet*, eccetera.

Lo sviluppo di organizzazioni globali e di modelli di *business* integrati, anche quando sia fondato su valide e concrete ragioni economiche, comporta spesso la "difficoltà di ragionare" in un'ottica di libera concorrenza, vale a dire **considerando i membri dell'impresa** multinazionale quali **sogetti indipendenti**.

Tenendo in considerazione questa difficoltà, l'OCSE suggerisce di adottare un approccio realistico e pragmatico nell'affrontare la questione e, di conseguenza, i Paesi membri continuano a sostenere l'applicazione dell'*arm's length principle*, impegnandosi a migliorarne l'attuazione pratica.

Il nuovo cap. IX delle *Guidelines*, dunque, recependo i risultati della predetta analisi, è strutturato secondo uno schema composto da un'introduzione e da quattro parti distinte, dedicate, rispettivamente, ai seguenti temi:

- Parte I: "*Special considerations for risks*", in cui si affrontano i temi della ripartizione dei rischi tra imprese associate ai sensi dell'art. 9 del Modello OCSE e, in particolare, dell'analisi funzionale e delle condizioni contrattuali con riferimento all'individuazione dei fattori di comparabilità;
- Parte II: "*Arm's length compensation for the restructuring itself*", in cui vengono esaminate le circostanze nelle quali l'impresa riorganizzata potrebbe ricevere un'eventuale compensazione a valori di mercato a seguito del trasferimento di funzioni, *assets* o rischi, ovvero un indennizzo per l'estinzione anticipata o la sostanziale rinegoziazione degli accordi in atto;
- Parte III: "*Remuneration of post-restructuring controlled transactions*", in cui viene trattata l'applicazione dell'*arm's length principle* e della disciplina contenuta nelle *Guidelines* agli accordi *post-ristrutturazione*;
- Parte IV: "*Recognition of the actual transactions undertaken*", in cui vengono valutati i presupposti in base ai quali l'Autorità fiscale di un Paese può disconoscere, in via eccezionale, le transazioni o la struttura poste in essere dal contribuente.

Di seguito si illustrano gli aspetti maggiormente significativi emersi nel corso degli approfondimenti svolti in ambito OCSE e confluiti nel nuovo cap. IX delle *Guidelines*, con particolare riferimento alle Parti II ("*Arm's length compensation for the restructuring itself*") e IV ("*Recognition of the actual transactions undertaken*") e con alcuni cenni riguardo alle Parti I ("*Special*

considerations for risks”) e III (“Remuneration of post-restructuring controlled transactions”)⁵.

2. L’impatto della disciplina sui prezzi di trasferimento in relazione ad operazioni di riorganizzazione

Come è noto, non esiste una definizione giuridica universalmente accettata di “riorganizzazione” societaria⁶. Tale concetto può essere, tuttavia, definito come la **riallocazione cross-border di funzioni, attività e/o rischi** tra imprese appartenenti ad un **gruppo multinazionale**⁷.

A partire dalla metà degli anni ’90, le riorganizzazioni aziendali hanno spesso comportato l’accentramento delle attività immateriali e dei rischi, unitamente al potenziale di profitto ad essi connesso, attraverso le seguenti operazioni:

- la conversione dei distributori *full-fledged* in distributori *limited-risk* (ovvero, commissari) per un’impresa associata estera che può operare come “*principal*”;
- la conversione dei produttori *full-fledged* in produttori a contratto o su commissione per un’impresa associata estera che può operare come “*principal*”;
- il trasferimento dei diritti di proprietà sui beni immateriali ad un’entità centrale (*i.e.*, la c.d. “*IP company*”) nell’ambito del gruppo.

Esistono anche riorganizzazioni in cui più beni immateriali e/o rischi vengono assegnati ad entità operative (*i.e.*, produttori o distributori).

Le riorganizzazioni possono altresì consistere nella razionalizzazione, specializzazione o de-specializzazione delle operazioni (*i.e.*, attività di produzione e/o processi, attività di ricerca e sviluppo, vendite, servizi, eccetera), incluso il ridimensionamento o la cessazione delle operazioni stesse. Il principio di libera concorrenza di cui al cap. IX delle *Guidelines* si applica allo stesso modo a tutti i tipi di operazioni di riorganizzazione, così come definite in precedenza, indipendentemente dal fatto che queste conducano a un modello di business più o meno centralizzato.

⁵ Per approfondimenti sul tema del *transfer pricing* nell’ambito delle operazioni di riorganizzazione si rimanda a P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, 2009.

⁶ Sul tema della riorganizzazione societaria si veda P. Valente, *Fiscalità sovranazionale*, Milano, 2008.

⁷ L’operazione di riorganizzazione può comportare, altresì, trasferimenti transfrontalieri di beni immateriali (*intangibles*). Essa può anche – o in alternativa – prevedere la cessazione o la sostanziale rinegoziazione di accordi esistenti.

I rappresentanti delle imprese che hanno partecipato al processo di consultazione condotto dall’OCSE nel periodo 2005-2009, da cui è scaturito il documento alla base del nuovo cap. IX delle *Guidelines*, hanno chiarito che tra le ragioni economiche su cui si fonda l’operazione di riorganizzazione è possibile individuare la volontà:

- di massimizzare le sinergie e le economie di scala;
- di razionalizzare la gestione delle linee di *business*;
- di migliorare l’efficienza della catena del valore;

sfruttando anche lo sviluppo di tecnologie basate sulla rete *Internet*, la quale ha agevolato la creazione delle organizzazioni globali. I soggetti partecipanti alla citata consultazione preliminare hanno, inoltre, precisato che le riorganizzazioni possono essere necessarie per preservare la redditività o limitare le perdite durante una eventuale fase di recessione dell’economia, come ad esempio accade in una situazione di eccesso di capacità produttiva.

Il cap. IX delle *Guidelines* si occupa delle **transazioni tra imprese associate** nel contesto dell’art. 9 del Modello di convenzione OCSE⁸ e non disciplina, invece, l’attribuzione di utili nell’ambito di una singola impresa sulla base dell’art. 7 del predetto Modello, che è oggetto di trattazione nel “*Review comparability and profit methods*”, approvato il 22 luglio 2010. Le indicazioni fornite ai sensi dell’art. 9 del Modello OCSE, infatti, sono state predisposte prescindendo dal c.d. “*Authorised OECD Approach*” (“*AOA*”)⁹ utilizzato per l’art. 7¹⁰.

⁸ Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2008, pagg. 413 e seguenti. Si veda, altresì, P. Valente, *Modello di convenzione Ocse: modifiche agli articoli 6-12 e commentario*, in “*il fisco*” n. 33/2008, fascicolo n. 1, pagg. 5959 e seguenti.

⁹ Nel 2008 l’OCSE ha pubblicato la versione definitiva del “*Report on Attribution of Profits to Permanent Establishments*”. Lo scopo del documento è quello di formulare l’approccio più idoneo nell’attribuzione dei profitti alle stabili organizzazioni secondo l’art. 7 del Modello di convenzione OCSE. Il citato Rapporto fornisce indicazioni generali sul tema, ma anche dettagli specifici con riguardo alle banche, agli strumenti finanziari e alle compagnie di assicurazione.

Dall’analisi condotta in ambito OCSE sono emerse due distinti approcci adottati dai Paesi membri dell’OCSE nell’applicazione del citato art. 7:

- il c.d. “*functionally separate entity*” approach, e
- il “*relevant business activity*” approach.

Sebbene i due approcci sopra elencati, in molti casi, abbiano condotto ai medesimi risultati, essi potrebbero, in linea di principio, provocare una doppia imposizione e, quindi, gli Stati membri hanno deciso di adottarne uno

Nel cap. IX delle *Guidelines* non vengono prese in esame neppure le norme nazionali anti-abuso e la disciplina Cfc. Analogamente, non vi rientra il trattamento fiscale nazionale dei pagamenti effettuati in regime di libera concorrenza, né tantomeno le regole relative alla deducibilità di tali pagamenti e le modalità in cui, secondo le disposizioni nazionali ed il principio di libera concorrenza, le plusvalenze vengono assoggettate a tassazione.

Il cap. IX parte dal presupposto secondo cui il principio di libera concorrenza e le altre indicazioni contenute nelle *Guidelines* dell'OCSE non dovrebbero applicarsi in modo differente alle operazioni poste in essere **prima della riorganizzazione** rispetto a quelle **post-riorganizzazione**. Ciò che rileva, ai fini dell'art. 9 del Modello OCSE e dell'*arm's length principle*, è la verifica dell'eventuale esistenza, nell'operazione di riorganizzazione, di condizioni che differiscono da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti.

Dopo aver delineato i principi interpretativi delle quattro parti di cui si compone il nuovo cap. IX delle *Guidelines*, si esaminano di seguito alcuni profili di particolare rilevanza.

3. La gestione dei rischi nell'ambito delle operazioni di riorganizzazione

La Parte I del cap. IX delle *Guidelines* affronta il tema della ripartizione dei rischi nel contesto dell'art. 9 dello OCSE ed in particolare dell'interpretazione e dell'applicazione dei paragrafi 1.47-1.53 delle *Guidelines*, mentre altri specifici a-

solo, il "*functionally separate entity*" approach, come *Authorised OECD Approach* (AOA). Tale approccio implica che "*the profits attributable to a PE are the profits that the PE would have earned at arm's length if it were a legally distinct and separate enterprise performing the same or similar functions under the same or similar conditions. The authorised OECD approach only sets a limit on the amount of profits attributable to a PE that may be taxed in the host country of the PE, thus it does not intend to conflict with domestic law. Furthermore, the authorised OECD approach requires a two-step analysis for the interpretation of Article 7(2) of the OECD Model*". Le conclusioni del Rapporto del 2008 sono state trasfuse nella versione 2010 del documento.

¹⁰ Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 347 e seguenti.

spetti – sempre connessi ai rischi – sono trattati nelle altre tre Parti di cui si compone il documento.

La **gestione dei rischi** costituisce un aspetto fondamentale delle operazioni di riorganizzazione societaria. Spesso vengono poste in essere operazioni di riorganizzazione in cui una parte converte talune attività in altre a più basso rischio, in grado di assicurare un ritorno economico meno remunerativo ma connotato da più favorevoli elementi di certezza e stabilità, mentre la controparte, nell'assumersi i rischi maggiori, crea le condizioni per ottenere profitti più elevati.

L'assunzione di maggiori rischi, in un sistema caratterizzato dal principio di libera concorrenza, deve essere compensato da un adeguato incremento dei benefici economici attesi.

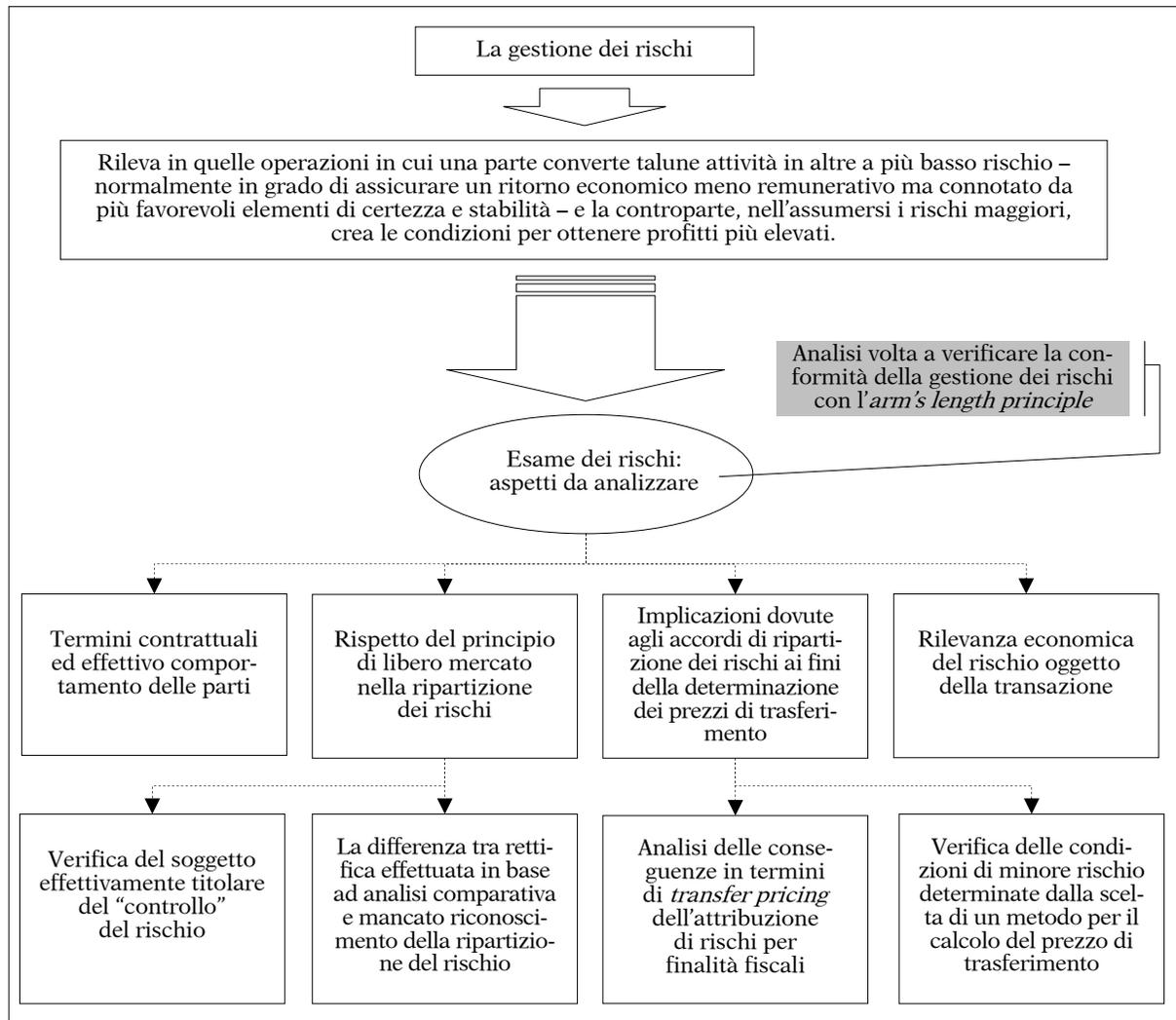
Le Amministrazioni finanziarie, in fase di verifica, dovrebbero esaminare attentamente le **modalità di trasferimento del rischio** nel contesto della transazione posta in essere, al fine di verificare se gli accordi relativi alle operazioni di riorganizzazione e *post-riorganizzazione* siano in linea con l'*arm's length principle*¹¹.

Una valutazione rigorosa della ripartizione dei rischi tra imprese associate e delle conseguenze sui prezzi di trasferimento implica, oltre alla considerazione delle condizioni contrattuali stipulate dalle parti, l'opportunità di tener conto anche:

- della conformità agli accordi del comportamento tenuto dalle parti;
- del rispetto del principio di libera concorrenza nella determinazione delle modalità di ripartizione dei rischi;
- della rilevanza economica del rischio oggetto della transazione;
- delle conseguenze degli **accordi di ripartizione dei rischi** sulla determinazione dei prezzi di trasferimento¹².

¹¹ Per una compiuta disamina in merito all'*arm's length principle* si rimanda a P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 50 e seguenti. Per approfondimenti sul tema delle problematiche di *transfer pricing* nell'ambito delle riorganizzazioni societarie si veda IBFD, *Transfer pricing and business restructurings*, Amsterdam, 2009.

¹² Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 921 e seguenti.

Tavola 1 - “Parte I” del capitolo IX delle Guidelines: La gestione dei rischi

4. Riallocazione dei profitti e delle perdite potenziali a seguito di riorganizzazione

4.1. La riallocazione di utili o perdite potenziali determinata dalle operazioni di riorganizzazione

Il cap. IX prende in considerazione una significativa casistica utile a descrivere le principali problematiche relative al trasferimento di **funzioni, assets e/o rischi** nel contesto delle operazioni di riorganizzazione¹³.

¹³ Il trasferimento di funzioni, *assets* e/o rischi nel contesto delle operazioni di riorganizzazione è, di norma, accompagnato da una riallocazione di utili/perdite potenziali tra i soggetti che fanno parte del gruppo. Cfr. anche la Parte I del cap. IX per gli aspetti relativi ai rischi ed i paragrafi 9.74 e seguenti per i beni materiali ed immateriali e per la

4.2. Il concetto di *profit potential* (“potenziale di profitto”)

In normali condizioni di mercato, un’impresa indipendente non sempre riceve un **indennizzo** (*compensation*) qualora, a seguito di una modifica degli accordi commerciali con terzi, si verifichi una riduzione del potenziale di profitto o degli utili futuri attesi.

Il principio di libera concorrenza (*arm’s length principle*) sancito in ambito OCSE non prevede forme di compensazione per la mera diminuzione dei profitti futuri attesi; pertanto, quando si applica il citato principio alle operazioni di riorganizzazione, occorre verificare se vi è stato un trasferimento di valore (*i.e.*, diritti o altre attività) ovve-

compensazione degli eventuali danni o perdite sofferti a causa della riorganizzazione.

ro la cessazione o la rinegoziazione sostanziale di accordi preesistenti e se, in circostanze analoghe, ciò si sarebbe verificato anche tra parti indipendenti.

Nelle *Guidelines*, l'espressione "**potenziale di profitto**" (*profit potential*) indica i "**profitti futuri attesi**" (*expected future profits*)¹⁴.

La nozione di "potenziale di profitto" è spesso utilizzata, ai fini della determinazione del prezzo di libera concorrenza, nel trasferimento di beni immateriali o di rischi, ovvero nella determinazione di un indennizzo in regime di libera concorrenza per la cessazione o sostanziale rinegoziazione dei previgenti accordi, una volta constatato che tale prezzo o indennizzo sarebbe stato pattuito e corrisposto anche fra parti indipendenti, in circostanze analoghe.

Va precisato che, nel contesto di una riorganizzazione societaria, il "potenziale di profitto" non può essere ricondotto semplicemente agli utili e/o alle perdite¹⁵ che potrebbero verificarsi se l'accordo ante-riorganizzazione restasse valido indefinitamente. Da un lato, se un'impresa, al momento della riorganizzazione, non possiede diritti rilevanti e/o altri *assets*, ne deriva che essa non ha alcun potenziale di profitto indennizzabile. *A contrariis*, qualora l'impresa sia in possesso di diritti di notevole valore e/o di altri *assets* al momento della riorganizzazione essa potrà avere un rilevante "potenziale di profitto", la cui perdita dovrebbe essere adeguatamente indennizzata.

Al fine di determinare se la riorganizzazione possa dar luogo ad una forma di **indennizzo** secondo il principio di libera concorrenza, è essenziale analizzare l'operazione stessa, nonché:

- i cambiamenti che essa ha originato;
- come tali cambiamenti hanno influenzato la redistribuzione delle funzioni tra le parti;
- le ragioni economiche alla base dell'operazione di riorganizzazione;
- i benefici e le opportunità previste preliminarmente dalle parti.

4.3. La riallocazione dei rischi e del potenziale di profitto ("*profit potential*")

La riorganizzazione spesso comporta **cambiamenti nei profili di rischio** delle imprese asso-

ciate. La riallocazione dei rischi può derivare da un **trasferimento** di valore e/o da una sostanziale **rinegoziazione** degli accordi preesistenti.

Le indicazioni generali su questo tema sono contenute nella Parte I del cap. IX delle *Guidelines*. A titolo esemplificativo, si consideri il caso della conversione di un produttore *full-fledged* in un produttore a contratto. In tale ipotesi, mentre l'applicazione del metodo del costo maggiorato (*Cost Plus*) potrebbe dare luogo ad una remunerazione di libera concorrenza nell'ambito degli accordi *post*-riorganizzazione, diverso sarebbe se si dovesse prevedere un indennizzo a fronte della modifica degli accordi preesistenti, in quanto ciò comporterebbe un maggior rischio di perdita del "potenziale di profitto" da parte del produttore, tenendo conto dei diritti e degli *assets* da quest'ultimo posseduti.

Si pensi, inoltre, al caso in cui un distributore operi a proprio rischio in virtù di accordo contrattuale a tempo indeterminato per uno specifico tipo di transazione. Si supponga che, contrattualmente, l'impresa abbia la possibilità di decidere se accettare o rifiutare la conversione in distributore a "basso rischio" (*low risk distributor*) di una consociata estera, e che la remunerazione di libera concorrenza stimata per tale attività di distribuzione a "basso rischio" sia pari ad un profitto stabile del 2% annuo, mentre il "potenziale di profitto" in eccesso, unitamente ai rischi associati, sarebbe ora¹⁶ da attribuire alla consociata estera.

Si assuma, ai fini del predetto esempio, che la riorganizzazione venga realizzata solamente attraverso una rinegoziazione degli accordi contrattuali preesistenti, senza alcun trasferimento di attività.

Dal punto di vista del distributore, si pone il problema di stabilire se il nuovo accordo (tenendo conto sia della remunerazione per le operazioni *post*-riorganizzazione che dell'indennizzo a fronte dell'operazione stessa) sia realisticamente remunerativo – anche se più rischioso – almeno quanto lo sarebbero le possibili alternative. In caso contrario, l'accordo *post*-riorganizzazione dovrebbe essere rinegoziato al fine di individuare ulteriori forme di remunerazione per il distributore. Dal punto di vista della consociata estera, il problema consiste nello stabilire se e in che misura questa sarebbe disposta ad accettare il rischio in situazioni di libera concorrenza laddove il distributore continui a svolgere la stessa attività con una nuova capacità.

¹⁴ In alcuni casi tale concetto può fare riferimento anche alle perdite.

¹⁵ A tal proposito, è opportuno precisare che nelle *Guidelines* si fa esplicito riferimento anche alle perdite, laddove si afferma che "(i)n these Guidelines, "profit potential" means "expected future profits". In some cases it may encompass losses" (paragrafo 9.66).

¹⁶ Cioè prima dell'operazione di riorganizzazione.

In condizioni di libera concorrenza, la risposta dipenderà probabilmente dai diritti e dalle altre attività possedute dalle parti, dal “potenziale di profitto” del distributore e delle sue consociate in relazione ad entrambi i modelli di business (*full-fledged e low risk distributor*) e secondo la durata prevista del nuovo accordo.

In altri termini, la riallocazione di rischi tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo può determinare **effetti positivi o negativi per il cedente e per il cessionario**: da un lato, possibili risultati economici negativi possono essere fatti ricadere sul cessionario; dall'altro, quest'ultimo potrebbe ottenere potenziali “ritorni positivi” connessi al rischio assunto. Ciò impone una valutazione della eventuale necessità di forme di compensazione a favore della parte che assume i rischi maggiori, in analogia a quanto si verifica tra soggetti indipendenti che operano in condizioni di libero mercato.

Al riguardo, già in sede di discussione della bozza del documento preliminare alla predisposizione del cap. IX delle *Guidelines*, era stato evidenziato che profitti e perdite potenziali non possono essere considerati alla stregua di un bene, ma devono essere trattati quali ipotetiche entità economiche gravanti su taluni diritti o altri *assets*. In tali casi, l'applicazione del principio di libera concorrenza non comporta l'automatica previsione di forme di indennizzo, ma impone una verifica della presenza di particolari diritti o *assets* portatori di risultati economici potenziali che dovrebbero essere remunerati in base al principio dell'*arm's length*. In questo caso, i risultati non dovrebbero essere valutati nella stessa misura di quelli che sarebbero stati realizzati se gli accordi *pre-riorganizzazione* fossero rimasti in vigore, bensì attraverso l'esame in concreto del potenziale “ritorno economico” connesso ai diritti e agli *assets* trasferiti.

Ai fini del calcolo del corretto *transfer price*, infatti, la determinazione della remunerazione di potenziali profitti o perdite derivanti dal trasferimento di rischi presuppone una **verifica dell'eventuale previsione** – da parte di soggetti indipendenti – **di forme di indennizzo** per il cessionario e/o per il cedente¹⁷.

¹⁷ L'indennizzo per il cessionario è corrisposto dal cedente sulla base dell'ammontare delle potenziali perdite – in relazione alla probabilità del concretizzarsi del rischio – unitamente all'eventuale maggiore convenienza per il cedente di corrispondere al cessionario un prezzo per l'acquisizione dell'attività piuttosto che sostenere i costi per la cessazione dell'attività oggetto di transazione.

L'indennizzo per il cedente è corrisposto dal cessionario

È inoltre necessario effettuare una valutazione delle conseguenze sulla prosecuzione dell'attività di entrambe le parti alla luce dei rispettivi nuovi profili di rischio.

Il trasferimento di potenziali risultati economici nel contesto di una riorganizzazione aziendale richiede una valutazione dell'operazione sulla base dei principi di libera concorrenza. Tale valutazione deve essere effettuata sia dal punto di vista del cedente che da quello del cessionario, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento di forme di indennizzo a favore del soggetto che ne ha titolo. Diversi sono i fattori che ne influenzano l'esito:

- le alternative a disposizione di cedente e cessionario in condizioni di libera concorrenza, all'atto dell'avvio della riorganizzazione;
- il risultato economico atteso dalla riorganizzazione, che in virtù dell'*arm's length principle* dipende dal profilo di rischio delineato dalla transazione effettuata¹⁸;
- l'indennizzo che potrebbe essere richiesto dal cedente a fronte della rinuncia a potenziali utili.

5. Trasferimenti di *tangible e intangible assets*

5.1. Premessa

La Parte II del cap. IX delle *Guidelines* prende in esame alcune fattispecie tipiche di trasferimento che, di norma, si verificano nell'ambito di riorganizzazioni aziendali riguardanti beni materiali, beni immateriali ed attività (in corso di svolgimento).

5.2. I beni materiali

Le riorganizzazioni societarie possono riguardare il trasferimento di beni materiali da un'impresa ad altro soggetto estero facente parte del medesimo gruppo. Malgrado tale trasferimento non sollevi particolari criticità dal punto di vista del *transfer pricing*, vi è però la necessità di **valutare i beni di magazzino trasferiti** tra soggetti facenti parte dello stesso gruppo e con sede in Paesi diversi.

in considerazione di eventuali alternative disponibili e delle aspettative relative ai possibili “ritorni economici” connessi ai rischi oggetto di transazione. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing, op. cit.*, pagg. 921 e seguenti.

¹⁸ Si tratta di scegliere tra la prospettiva di un maggior ritorno economico dagli esiti più incerti e quella di minori profitti legati a un ridotto grado di rischio. Cfr. Parte III del cap. IX delle *Guidelines*.

In tale ipotesi, la scelta del metodo di determinazione del prezzo di trasferimento più idoneo dipende dall'analisi di comparabilità e funzionale delle parti, effettuata secondo i principi dettati dalle *Guidelines*¹⁹.

In particolare, la scelta del metodo più appropriato per il calcolo del prezzo di trasferimento deve essere effettuata individuando la componente della transazione meno complessa e, pertanto, valutabile con maggiore grado di certezza²⁰.

5.3. I beni immateriali

Nel trasferimento di beni immateriali è necessario considerare gli aspetti connessi alla loro esatta individuazione e alle relative modalità di valutazione, dal momento che non sempre sono beni giuridicamente protetti, registrati o iscritti in bilancio²¹.

Nel cap. IX delle *Guidelines* si evidenzia che la determinazione del prezzo di trasferimento a valori di mercato del diritto sui beni immateriali deve tener conto di una serie di fattori tra i quali:

- entità, durata e grado di rischio del “ritorno economico” da sfruttamento del bene;
- natura e limiti dei diritti gravanti sul bene (limiti nell'uso o nello sfruttamento, ovvero di natura geografica o temporale);
- ampiezza e durata della tutela giuridica;
- eventuali clausole di esclusività.

Con riguardo alla **valutazione** dei beni immateriali nel contesto delle riorganizzazioni aziendali, il cap. IX richiama le indicazioni contenute

¹⁹ A titolo esemplificativo, si potrebbe determinare il prezzo di trasferimento sulla base del confronto con prezzi analoghi praticati da soggetti indipendenti, a condizione che le transazioni tra questi ultimi risultino comparabili a quelle oggetto di riorganizzazione (tale metodo è riconducibile al c.d. “metodo del confronto del prezzo”). In alternativa, si potrebbe determinare il prezzo di trasferimento dei prodotti finiti considerandolo pari a quello di rivendita, al netto di una remunerazione in regime di libera concorrenza per le operazioni di *marketing* e di distribuzione (tale metodo è riconducibile al c.d. “metodo del prezzo di rivendita”). Ancora, si potrebbe prendere in considerazione il costo di fabbricazione cui va aggiunto un *mark-up* quale remunerazione per il produttore per funzioni svolte, beni utilizzati e rischi assunti (tale metodo è riconducibile al c.d. “metodo del costo maggiorato”).

²⁰ Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 921 e seguenti.

²¹ Alcuni di essi potrebbero riguardare il diritto di utilizzo di beni industriali (licenze, brevetti, marchi, *copyrights*, *know-how*). Sulla base delle loro caratteristiche o delle loro modalità di acquisizione o sviluppo ovvero della disciplina prevista dai principi contabili, i beni immateriali possono essere iscritti o meno in bilancio.

nella Parte VI delle *Guidelines* (“*Special considerations for intangible property*”).

Un primo caso concerne i beni immateriali – precedentemente posseduti e gestiti da uno o più soggetti collegati – i quali vengono **ceduti ad una unità centrale con sede in una diversa giurisdizione**, mentre il **cedente continua ad utilizzare il bene** immateriale trasferito, in virtù di **diverso titolo giuridico**²². Quando la riorganizzazione prevede il trasferimento di un bene immateriale e la stipula di un contratto per lo sfruttamento dello stesso da parte del cedente, risulta necessario prendere in esame tale nuovo accordo al fine di determinare se l'operazione, nel suo complesso, sia in linea con i principi di libera concorrenza. Il cap. IX sottolinea che, nell'ipotesi in cui sia un soggetto indipendente a cedere un bene immateriale che intende continuare a sfruttare, il medesimo procede alla negoziazione delle condizioni per tale uso futuro, contestualmente alla negoziazione di quelle per il trasferimento (ad esempio, con la previsione della concessione di una licenza)²³.

Un ulteriore caso è rappresentato dalla cessione di un bene immateriale il quale **non ha ancora un valore certo** (ad esempio prima del suo sfruttamento), specialmente laddove vi sia una sensibile differenza tra il livello dei profitti attesi al momento della cessione e quello effettivamente realizzato dal cessionario per effetto dell'utilizzo del bene immateriale acquisito. In tale ipotesi è necessario verificare se la valutazione del prezzo di trasferimento all'atto della cessione sia stata effettuata secondo principi di libera concorrenza, tenuto conto delle informazioni disponibili a quel tempo²⁴.

Un'altra ipotesi si verifica allorquando un'**attività venga convertita in un'altra a più basso rischio** e dalla **remunerazione inferiore**, e

²² Ad esempio, come licenziatario del cessionario o sulla base di un contratto che includa la possibilità di esercitare diritti limitati sull'*intangible*. Il principio di libera concorrenza richiede una valutazione degli accordi tra le parti, effettuata nella prospettiva di ciascuna di esse, e non a livello di gruppo. Il fatto che la “centralizzazione” dei diritti sui beni immateriali possa essere stata motivata da ragioni commerciali a livello di gruppo non risolve la questione inerente il rispetto dei principi di libera concorrenza nella prospettiva del cedente e del cessionario.

²³ Nella disamina di un accordo di tale natura, un fattore importante da considerare è la capacità del cessionario di mantenere e/o sviluppare ulteriormente il bene trasferito, anche al fine di conservarne il valore. Cfr. anche Parte I del cap. IX delle *Guidelines*.

²⁴ In caso contrario, il prezzo di trasferimento potrà essere rettificato.

ciò determina il trasferimento ad una consociata estera di beni immateriali strettamente attinenti all'attività locale (*i.e.*, *customer lists*). In tal caso, gli *intangibles* dovrebbero essere remunerati al valore di mercato; ove invece tali beni rimangono in capo al primo soggetto, essi dovrebbero essere tenuti in considerazione ai fini della determinazione della remunerazione delle attività *post-riorganizzazione*^{25 26}.

Con riferimento ai **diritti derivanti da contratto**, il cap. IX afferma che, ove gli stessi siano oggetto di trasferimento o cessione tra soggetti collegati, dovrebbero essere remunerati al valore di mercato²⁷.

6. La remunerazione delle transazioni *post-riorganizzazione* tra imprese associate

La Parte III del cap. IX delle *Guidelines* prende in esame i criteri per la selezione e l'applicazione dei metodi previsti dall'OCSE per la corretta determinazione dei prezzi di trasferimento infragruppo.

Gli aspetti analizzati riguardano, in particolare, la scelta del **metodo** e l'applicazione del principio dell'*arm's length* alle transazioni *post-riorganizzazione* e a quelle ordinarie, nonché alcune problematiche di carattere particolare, quali le relazioni tra le **compensazioni** per la riorganizzazione e le **remunerazioni *post-riorganizzazione***, l'analisi dei profitti accumulati prima e dopo la riorganizzazione ed i c.d. ***location savings***²⁸.

Secondo l'OCSE, nel caso di transazioni infragruppo realizzate dopo l'operazione di riorganizzazione, il principio di libera concorrenza e le indicazioni contenute nelle *Guidelines* non devono trovare differente applicazione rispetto a

quanto avverrebbe con riguardo alle transazioni poste in essere, fin dall'inizio, come quelle ottenute a seguito di un'operazione di riorganizzazione. In caso contrario, si verrebbe a creare una distorsione competitiva tra quei soggetti che riorganizzano le proprie attività partendo da un determinato modello e quelli che, invece, accedono al mercato implementando il medesimo modello di *business*, ma senza ricorrere all'operazione di riorganizzazione.

In altri termini, **situazioni comparabili vanno trattate allo stesso modo**.

È evidente, ad esempio, che gli accordi *post-riorganizzazione* saranno, di norma, fortemente influenzati dalle precedenti relazioni contrattuali e commerciali tra le parti, come nel caso di un distributore che rinegozi il proprio contratto convertendolo in un accordo che preveda un rischio più limitato in cambio della supervisione della propria attività da parte di un soggetto associato estero: l'entità riorganizzata, in questo caso, potrà infatti essere in grado di negoziare un accordo che non contempli lo svolgimento di un periodo di prova (o altre condizioni svantaggiose), mentre ciò può risultare necessario, in condizioni di libero mercato, per un soggetto di pari requisiti ma di nuova costituzione.

Analogamente, se il distributore "ristrutturato" opera in un mercato in cui il gruppo non era precedentemente presente, uno sforzo di penetrazione commerciale potrebbe essere necessario per il nuovo entrato ma non per il soggetto convertito. Ciò potrebbe influire sull'analisi comparativa e sulla determinazione della remunerazione a valori di mercato in entrambe le situazioni.

Nel caso in cui, invece, la riorganizzazione consista nel trasferimento ad un soggetto associato estero di rischi precedentemente assunti dalla consociata nazionale sarà importante esaminare se tale trasferimento riguardi solo rischi originati dalle attività di *post-riorganizzazione* o anche quelli già precedentemente esistenti. L'esempio potrebbe essere quello di un distributore che sostiene un rischio di insolvenza destinato a venire meno dopo la sua riorganizzazione, la cui situazione si palesa sensibilmente diversa da quella di un soggetto di pari caratteristiche che non abbia mai dovuto assumere un rischio di tale natura. Nel comparare tali situazioni risulterà fondamentale verificare se il distributore coinvolto nella riorganizzazione debba ancora sostenere o meno i rischi associati ai debiti sorti prima della riorganizzazione stessa.

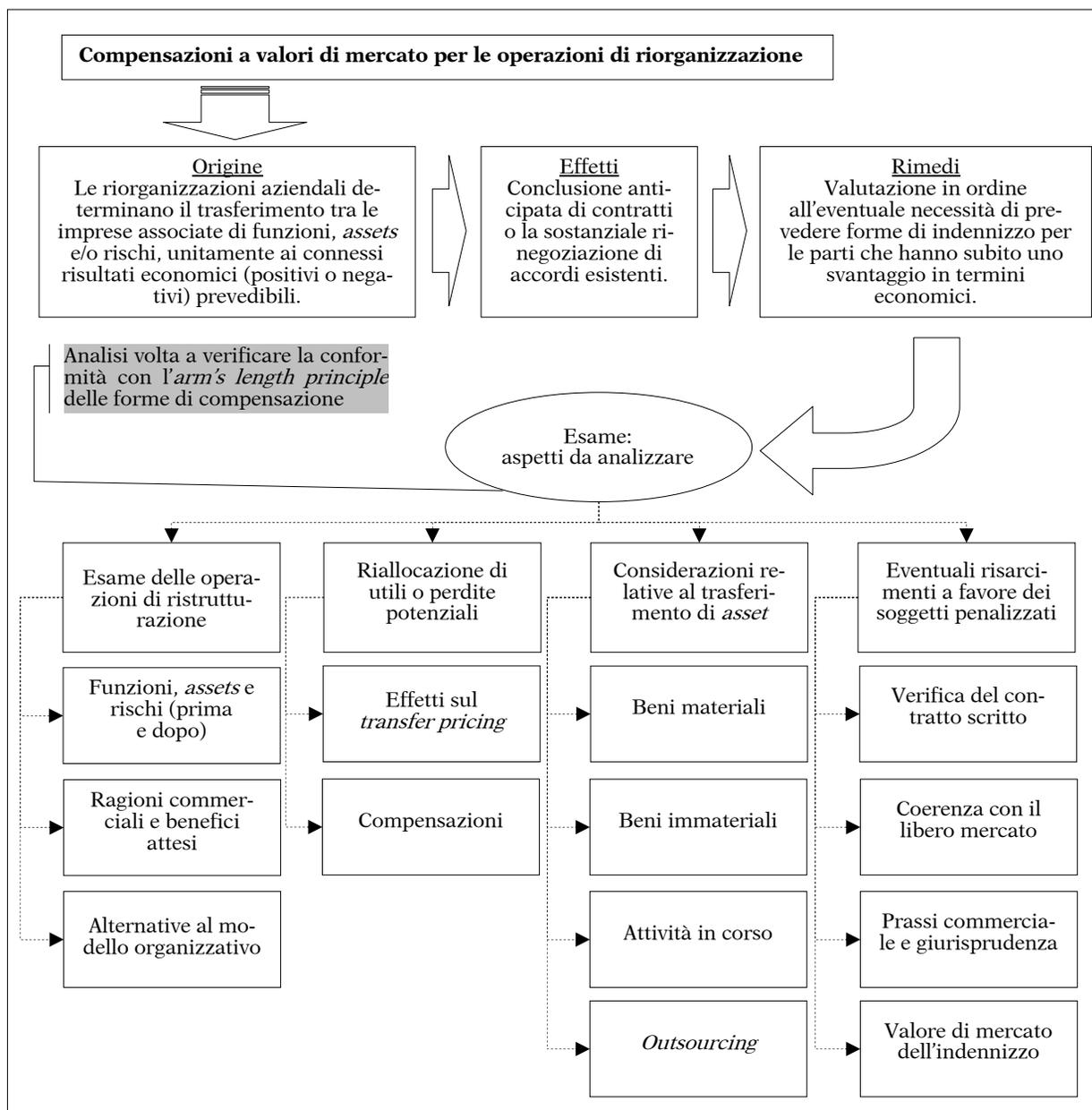
²⁵ Ciò potrebbe determinare il pagamento di *royalties* da parte del soggetto collegato estero che sfrutta i beni immateriali.

²⁶ Cfr. Parte I del cap. IX delle *Guidelines*.

²⁷ Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, *op. cit.*, pagg. 921 e seguenti.

²⁸ Secondo le *Guidelines* (cap. IX, paragrafo 1.47) con il termine "*location savings*" s'intendono quegli ammontari "*that can be derived by an MNE group that relocates some of its activities to a place where costs (such as labour costs, real estate costs, etc.) are lower than in the location where the activities were initially performed, account being taken of the possible costs involved in the relocation (such as termination costs for the existing operation, possibly higher infrastructure costs in the new location, possibly higher transportation costs if the new operation is more distant from the market, training costs of local employees, etc.)*".

Tavola 2 - “Parte II” del capitolo IX delle Guidelines: Compensazioni a valori di mercato per le operazioni di riorganizzazione aziendale



Come più volte evidenziato, la selezione ed applicazione di uno dei metodi per il calcolo del *transfer price* nelle transazioni *post*-riorganizzazione tra soggetti associati deve derivare dall'**analisi comparativa della transazione**. È essenziale individuare esattamente funzioni, *assets* o rischi interessati dalle operazioni di riorganizzazione e quale sia la parte che trae beneficio dal loro trasferimento. Nelle situazioni *post*-riorganizzazione, particolare attenzione dovrà essere riposta all'identificazione dei beni immateriali

e dei rischi che concretamente restano a carico dell'entità riorganizzata e se tale allocazione risulti in linea con i principi di libero mercato. Una questione molto dibattuta è quella relativa al minor rischio che si ritiene associato all'adozione di un metodo *Cost Plus* o *Net Margin* che garantisca un certo livello di margine netto o lordo ad una delle parti. È bene però ricordare che, mentre i termini in cui è stabilita la compensazione di una parte nell'ambito di una riorganizzazione, non possono essere ignorati nella valutazione del

rischio assunto dalla parte stessa, è il basso livello di rischio di un affare a determinare la scelta di un dato metodo di *transfer pricing*, e non il contrario. In ogni caso, sarà fondamentale assicurarsi che il profilo di rischio e la scelta del metodo siano in linea con l'analisi funzionale delle parti.

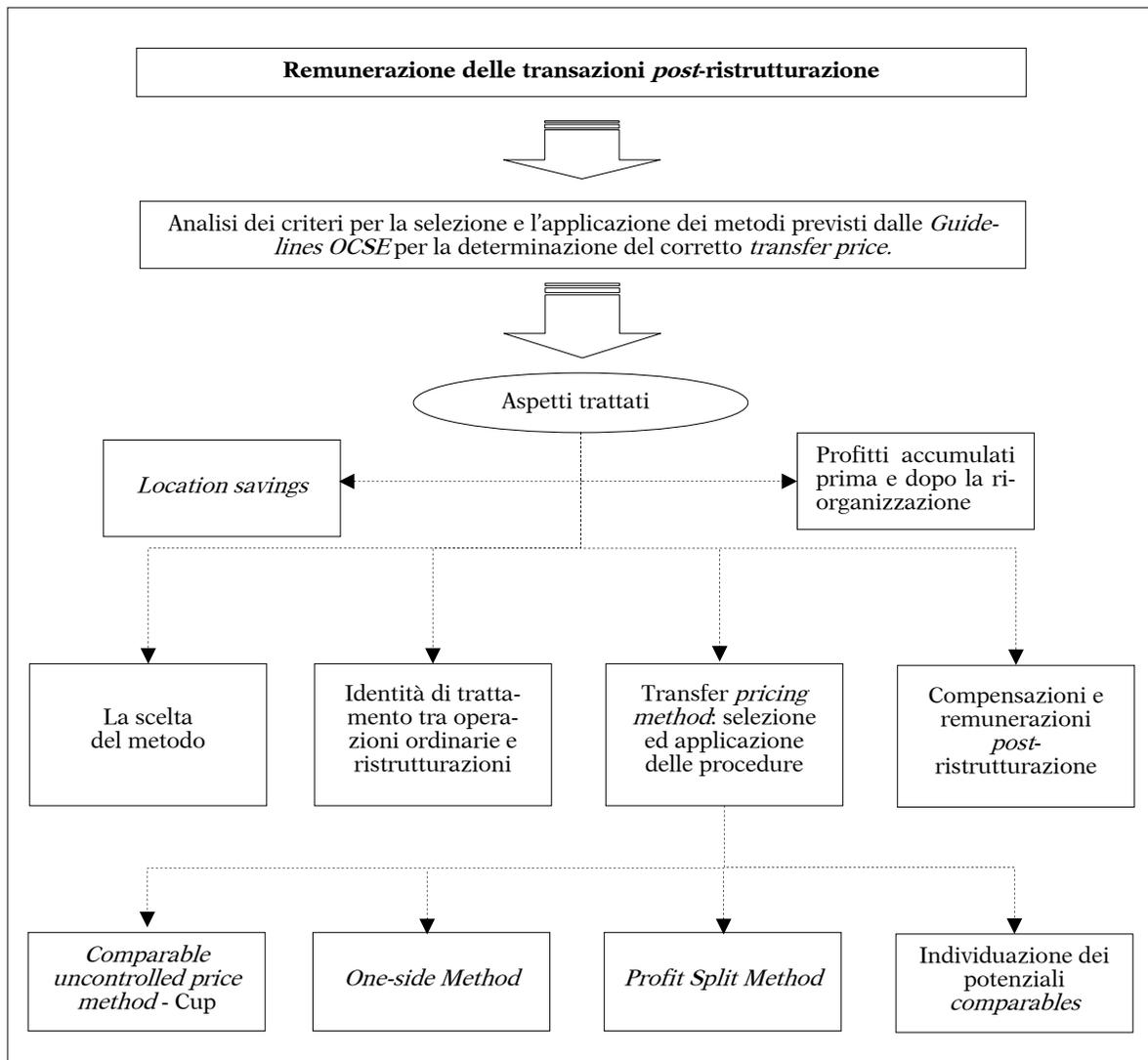
La Parte III del cap. IX mette in evidenza come la scelta del metodo debba tenere conto dei seguenti fattori:

- vantaggi e svantaggi di ciascuno dei metodi riconosciuti dall'OCSE;
- applicabilità del metodo considerato ai fini dell'analisi di comparabilità delle operazioni infragruppo esaminate;

- disponibilità di informazioni affidabili su operazioni simili tra parti indipendenti;
- grado di comparabilità tra le operazioni infragruppo e quelle indipendenti prese in esame;
- attendibilità delle rettifiche effettuate al fine di eliminare eventuali scostamenti²⁹.

Il **Transactional profit split method** dovrebbe essere considerato più attendibile in presenza di beni non comparabili (*i.e.*, beni immateriali unici) o nel caso di mancanza di informazioni idonee a consentire l'adozione di un metodo tradizionale o di un *Net margin method* ovvero nell'ipotesi in cui si giudichi non adeguato un *one-side method*³⁰.

Tavola 3 - "Parte III" del capitolo IX delle Guidelines: Remunerazione delle transazioni post-ristrutturazione tra imprese collegate



7. Qualificazione delle operazioni condotte dalle parti ed esame della logica commerciale degli accordi

7.1. Premessa

Prima di intraprendere qualsiasi analisi in tema di *transfer pricing* è opportuno identificare e qualificare compiutamente la transazione infragrupo che si intende prendere in esame. A tal proposito, la Parte IV del cap. IX delle *Guidelines* affronta alcune importanti tematiche connesse all'applicazione dei principi in esse contenute alle riorganizzazioni dei gruppi societari.

I paragrafi 1.64-1.69 del cap. IX delle *Guidelines* (rubricati “*Recognition of the actual transaction undertaken*”) si occupano specificamente dell'omesso riconoscimento delle transazioni (*non-recognition of transactions*) al fine di procedere a rettifiche in tema di *transfer pricing* sulla scorta delle disposizioni dell'art. 9 del Modello OCSE. Essi non forniscono però alcuna indicazione in ordine al potere di un'Amministrazione fiscale nazionale di qualificare una transazione in maniera differente sulla base della normativa interna³¹.

Il cap. IX chiarisce che:

“*MNEs are free to organise their business operations as they see fit. Tax administrations do not have the right to dictate to an MNE how to design its structure or where to locate its business operations. MNE groups cannot be forced to have or maintain any particular level of business presence in a country. They are free to act in their own best commercial and economic interests in this regard, in making this decision, tax considerations may be a factor. Tax administrations, however, have the right to determine the tax consequences of the structure put in place by an MNE, subject to the application of treaties and in particular of Article 9 of the OECD Model Tax Convention. This means that tax administrations may perform where appropriate transfer pricing adjustments in accordance with Article 9 of the OECD Model Tax Convention and/or other types of adjustments allowed by their domestic law (e.g. under general or specific anti-abuse rules), to the extent that such adjustments are compatible with their treaty obligations*”.

Ciò implica che le multinazionali devono essere lasciate libere di **agire secondo i propri interessi commerciali ed economici**, fatta salva la possibilità per le Amministrazioni fiscali di determinare le conseguenze fiscali di tali decisioni, procedendo, ove ne ricorrano i presupposti, a rettifiche sulla base dell'art. 9 del Modello OCSE e della normativa nazionale (ad esempio, le disposizioni anti-abuso a carattere generale o specifico).

7.2. La rilevanza delle disposizioni contrattuali. Relazione tra i paragrafi 1.64-1.69 e le altre parti delle *Guidelines*

Nel contesto dell'art. 9 del Modello OCSE e in

aderenza ai contenuti delle *Guidelines*, una verifica dell'applicazione del principio di libera concorrenza alle transazioni tra imprese collegate dovrebbe partire dall'esame delle clausole contrattuali, sebbene ciò non possa comunque essere ritenuto esaustivo.

Secondo il citato art. 9 del Modello OCSE, un'Amministrazione fiscale può **rettificare** i profitti di un contribuente laddove **le condizioni di una transazione** con una consociata **differiscano** da quelle che sarebbero state concordate **tra imprese indipendenti**. Nella pratica, le rettifiche in tema di *transfer pricing* consistono nella rideterminazione dei profitti di un'impresa a seguito di un diverso inquadramento dei presupposti per il calcolo del prezzo e/o di altre condizioni dell'operazione infragrupo (*i.e.*, termini di pagamento o ripartizione dei rischi). Ciò non implica che tutte le rettifiche operate sulla base delle indicazioni contenute nelle *Guidelines* debbano tradursi nel “*mancato riconoscimento*” della transazione (*non-recognition of transactions*), in quanto tali rettifiche possono, comunque, derivare da un'analisi di comparabilità.

²⁹ La preferenza accordata dall'OCSE ai metodi tradizionali rispetto ai *profit methods* non viene meno. Laddove un metodo tradizionale e uno *profit* siano ritenuti ugualmente attendibili sulla base del livello di comparabilità e della disponibilità di informazioni, quello tradizionale dovrebbe essere di norma preferito.

³⁰ Il *Transactional Profit Split method* è da preferire anche per transazioni altamente integrate, quali, ad esempio, il commercio globale di strumenti finanziari. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, *op. cit.*, pagg. 921 e seguenti.

³¹ Un approfondimento in ordine alle relazioni tra le norme anti-abuso nazionali e le disposizioni convenzionali è effettuato nei paragrafi 9.5, 22 e 22.1 del Commentario all'art. 1 del Modello OCSE.

³² Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, *op. cit.*, pagg. 413 e seguenti.

L'esame dei rischi, nel contesto dell'art. 9 del Modello OCSE, deve partire dall'analisi delle modalità in cui le clausole contrattuali ripartiscono la gestione dei rischi tra le parti. In ogni caso, come segnalato nelle stesse *Guidelines*, una ripartizione dei rischi tra imprese associate può essere ritenuta corretta solo nel caso in cui essa risulti coerente con la sostanza economica della transazione. Per tale motivo, la mera verifica dei termini contrattuali non può ritenersi sufficiente, ma deve essere completata dall'esame della ripartizione dei rischi in concreto oltre che dalla valutazione della conformità con i principi di libera concorrenza. A tal fine, devono essere considerati due importanti fattori:

- l'**esistenza di comparables** ovvero, in assenza di questi,
- il riscontro di una logica commerciale che attribuisca il rischio alla parte che ne ha il **maggiore controllo**.

Considerazioni analoghe devono essere formulate in merito al diritto ad eventuali **indennizzi** per l'estinzione o la sostanziale rinegoziazione di accordi commerciali in corso. Il cap. IX delle *Guidelines* ribadisce come, oltre all'esame delle modalità di estinzione, mancato rinnovo o sostanziale rinegoziazione del contratto, nonché dell'eventuale

formalizzazione di una clausola di garanzia a fronte del verificarsi di tali circostanze, sia altresì necessario valutare se i termini dell'accordo sono conformi al principio di libera concorrenza.

I paragrafi 1.64-1.69 delle *Guidelines* trovano applicazione in quelle fattispecie laddove sia in discussione la natura essenziale della transazione esaminata.

Sul punto, l'OCSE ritiene che tali disposizioni non limitino il potere di un'Autorità fiscale di rettificare il prezzo o altre condizioni di una transazione infragruppo quando, pur essendovi certezza in ordine alla natura della transazione, il prezzo o le condizioni non siano conformi al principio di libera concorrenza.

Laddove trovino applicazione i paragrafi 1.64-1.69 delle *Guidelines*, l'art. 9 del Modello OCSE consente una rettifica delle condizioni contrattuali al fine di adeguarle a quelle che le parti avrebbero stipulato secondo una logica di libera concorrenza.

7.3. Possibilità di disconoscere la transazione solo in casi eccezionali

Nel cap. IX delle *Guidelines* (paragrafi 1.68 e seguenti) l'OCSE precisa:

“Paragraphs 1.64-1.69 explicitly limit the non-recognition of the actual transaction or arrangement to exceptional cases. This indicates that the non-recognition of a transaction is not the norm but an exception to the general principle that a tax administration’s examination of a controlled transaction ordinarily should be based on the transaction actually undertaken by the associated enterprises as it has been structured by them. The word ‘exceptional’ in this context is similar in meaning to ‘rare’ or ‘unusual’. It reflects that in most cases it is expected that the arm’s length principle under Article 9 can be satisfied by determining arm’s length pricing for the arrangement as actually undertaken and structured”.

L'espressione **“exceptional”** utilizzata nelle *Guidelines* indica che il “mancato riconoscimento” di una transazione costituisce un'eccezione al principio generale secondo cui il controllo di un'operazione infragruppo da parte di un'Amministrazione fiscale deve basarsi sulla transazione in concreto effettuata dalle parti, utilizzando i metodi applicati dal contribuente nella misura in cui essi risultino coerenti con quelli suggeriti dalle *Guidelines*³³. A tal proposito, l'OCSE ritiene che un comporta-

³³ Come indicato al paragrafo 1.29 delle *Guidelines*, è importante verificare se la condotta delle parti sia in linea con i termini contrattuali o se tale condotta indichi piuttosto che essi non sono stati applicati. In tali casi, è necessario procedere a un'ulteriore analisi per verificare i termini effettivi della transazione ed una rettifica del prezzo potrebbe non essere sufficiente.

mento non in linea con i principi di libera concorrenza dovrebbe portare, per quanto possibile, ad un aggiustamento del prezzo piuttosto che al mancato riconoscimento della transazione.

7.4. Il calcolo del corretto prezzo di trasferimento in relazione alle circostanze di fatto

Nelle *Guidelines* è prevista una situazione in cui “la reale struttura impedisca nella pratica all'Amministrazione fiscale di determinare un adeguato prezzo di trasferimento”. In altri termini, se un prezzo di trasferimento adeguato può essere individuato sulla base delle circostanze di fatto (ossia a prescindere dall'individuazione o meno di analoga transazione tra parti indipendenti, nonché da eventuali dubbi da parte del-

l'Amministrazione fiscale in ordine alla logica commerciale dell'operazione), la transazione potrebbe essere ritenuta regolare anche sulla base dell'art. 9 del Modello OCSE. Al contrario, in assenza di elementi concreti utili a tal fine, spetterà all'Amministrazione fiscale valutare se, eventualmente, vi siano i presupposti per non riconoscere la transazione, anche sulla scorta dell'essenza della logica commerciale degli accordi.

7.5. L'esame della logica commerciale degli accordi

Un ulteriore aspetto rilevante nell'applicazione delle indicazioni contenute nelle *Guidelines* riguarda la verifica della coerenza tra gli accordi stipulati tra imprese associate e quelli che sarebbero stati sottoscritti da soggetti indipendenti operanti secondo **logica commerciale**. Questo *test* è esplicitamente previsto dalle *Guidelines*, le quali, però, non consentono di individuare se "un'impresa indipendente operi secondo logica commerciale".

Al riguardo, il cap. IX sostiene che le Autorità fiscali non dovrebbero interferire sulle strategie commerciali dei contribuenti e che solo in circostanze eccezionali bisognerà pervenire al mancato riconoscimento di operazioni infragruppo per carenza di logica commerciale. Nell'ipotesi in cui dalle informazioni disponibili emerga l'esistenza di transazioni o accordi simili stipulati tra soggetti indipendenti, non sarà possibile sostenere che l'accordo esaminato (tra società consociate) è privo di logica commerciale. Peraltro, il semplice fatto che non sia possibile rilevare l'esistenza di un accordo tra soggetti indipendenti confrontabile con quello stipulato tra imprese associate non implica di per sé che esso non sia stato stipulato secondo principi di libera concorrenza.

Sebbene siano rinvenibili situazioni in cui risulta agevole dimostrare che la transazione presa in esame non risponde ad alcuna logica commerciale, talvolta, tale dimostrazione può risultare alquanto complessa. Peraltro, in taluni casi, potrebbero sorgere problemi di doppia imposizione come, ad esempio, nell'ipotesi in cui venga operata una rettifica del reddito imponibile nei confronti di un soggetto residente in un determinato Stato e non venga, invece, effettuata alcuna rettifica da parte dell'Autorità fiscale del Paese di residenza della controparte contrattuale.

L'applicazione dell'*arm's length principle* si basa sull'assunto secondo cui imprese indipendenti, nel valutare i termini di una possibile transazio-

ne, metteranno a confronto tale transazione con le altre alternative disponibili ed effettueranno solo quella che considerano maggiormente vantaggiosa³⁴.

Secondo l'OCSE, in condizioni di libera concorrenza, un soggetto indipendente non porrebbe in essere un'operazione di riorganizzazione dalla quale prevede di non ricevere vantaggi.

Nel valutare se un soggetto disponga effettivamente di alternative più convenienti, sarà necessario esaminare:

- i fattori fondamentali dell'operazione di riorganizzazione;
- le condizioni economiche pattuite tra le parti;
- eventuali indennizzi o altre forme di risarcimento connessi all'operazione di riorganizzazione;
- i compensi previsti per gli accordi *post-riorganizzazione*³⁵, e
- le implicazioni di natura commerciale derivanti dall'appartenenza ad un'impresa multinazionale.

Inoltre, ai fini della valutazione della logica commerciale di una transazione facente parte di una più ampia operazione di riorganizzazione, occorrerà prendere in esame non la transazione singolarmente considerata, bensì la **totalità degli accordi connessi alla riorganizzazione**.

Il cap. IX delle *Guidelines* evidenzia come l'OCSE ritenga che, laddove una operazione di riorganizzazione risulti fondata su una logica commerciale, possa essere ugualmente individuato un adeguato prezzo di trasferimento per ciascuno dei soggetti facenti parte del gruppo stesso, in quanto il principio di libera concorrenza considera i membri di un gruppo multinazionale come entità separate e non come componenti di un singolo indistinto soggetto commerciale.

Di conseguenza, dal punto di vista del *transfer pricing*, non è sufficiente che un accordo risulti "commercialmente logico" per il gruppo nel suo complesso: la transazione deve essere **conforme** ai principi di libera concorrenza **per ciascuno dei singoli contribuenti**, tenendo conto di diritti ed *assets*, dei benefici attesi dagli accordi relativi all'operazione di riorganizzazione e delle alternative concretamente disponibili³⁶.

Peraltro, le operazioni di riorganizzazione spesso inducono le multinazionali a mettere in atto modelli di commercio globale (*global business*

³⁴ Cfr. Parte II del cap. IX delle *Guidelines*.

³⁵ Cfr. Parti II e III del cap. IX delle *Guidelines*.

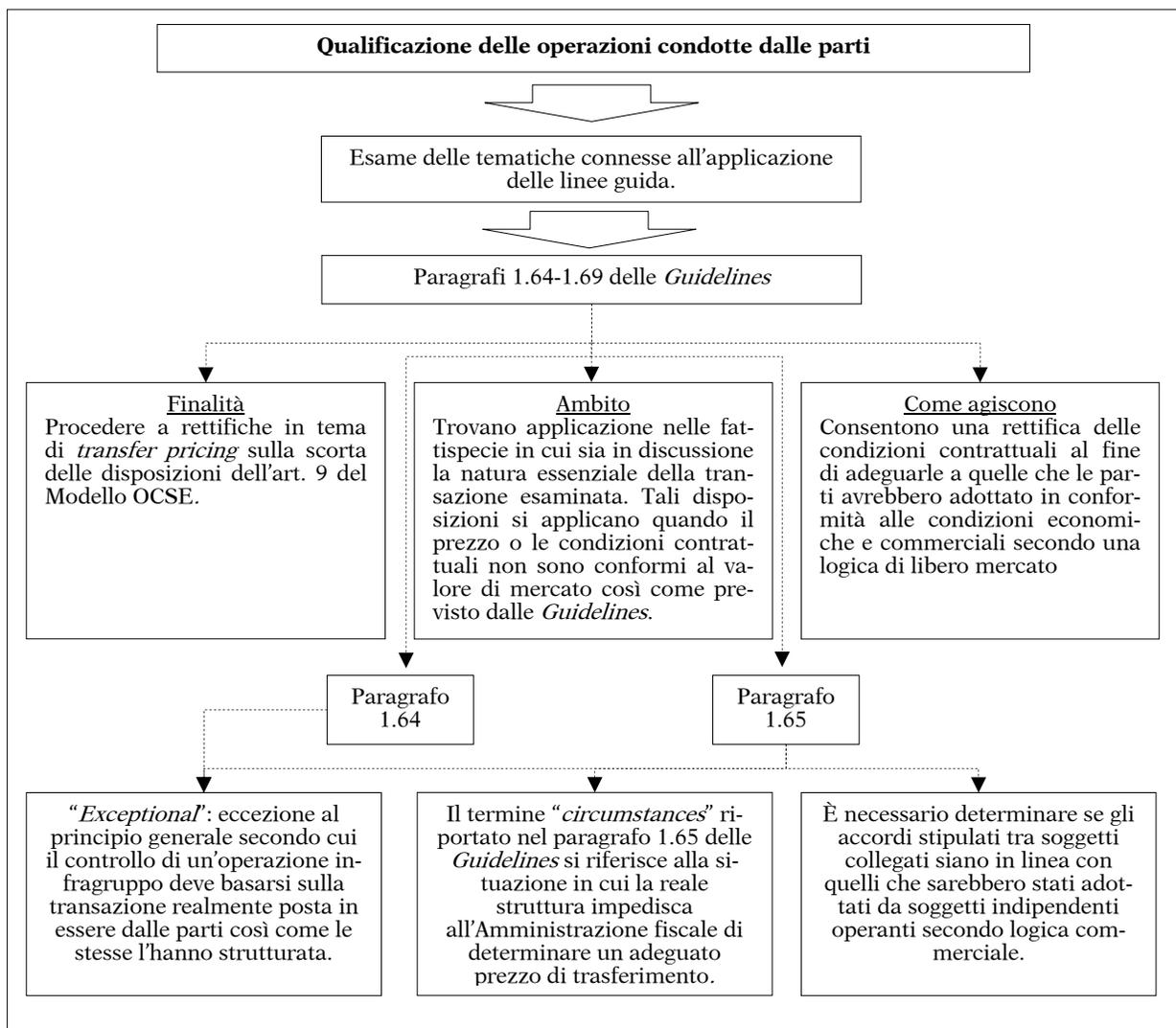
³⁶ Cfr. Parte II del cap. IX delle *Guidelines*.

model) raramente riscontrabili tra soggetti indipendenti. Si rivela, dunque, non agevole verificare se tali modelli siano analoghi a quelli che sarebbero stati adottati da soggetti indipendenti operanti secondo logica commerciale. La mancanza di situazioni comparabili (*comparables*) non deve naturalmente tradursi, per ragioni evidenti, in un giudizio negativo sulla razionalità economica del modello, ma occorrerà una valu-

tazione caso per caso.

Da ultimo si osserva che, secondo l'OCSE, nella misura in cui funzioni, *assets* e/o rischi vengano effettivamente trasferiti, sarà altresì possibile giudicare commercialmente logica e razionale per una multinazionale, ai sensi dell'art. 9 del Modello OCSE, anche la decisione di porre in essere una operazione di riorganizzazione societaria finalizzata ad ottenere un risparmio fiscale³⁷.

Tavola 4 - "Parte IV" del capitolo IX delle *Guidelines*: Qualificazione delle operazioni condotte dalle parti



³⁷ Si precisa che il cap. IX delle *Guidelines* non prende in considerazione la normativa anti-abuso nazionale.