



Il *transfer pricing* e le operazioni di riorganizzazione aziendale

Linee evolutive

di Virgilio Pomponi^(*)

Il *Committee on Fiscal Affairs* dell'Ocse ("CFA") ha deciso di avviare un progetto per lo sviluppo di linee guida per la determinazione dei prezzi di trasferimento nell'ambito delle operazioni di ristrutturazione aziendale.

Nel 2005, il CFA ha costituito il *Joint Working Group* ("JWG"), composto da delegati provenienti dal Gruppo di lavoro responsabile per il Modello Ocse (*Working Party* n. 1) e dal Gruppo di lavoro responsabile per le *Linee guida TP* (*Working Party* n. 6), al fine di avviare i lavori sulle suindicate questioni.

Il "*Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings Public Discussion Draft*" (consultabile sul sito <http://www.oecd.org/document>) è il risultato del lavoro svolto dal JWG e dal *Working Party* n. 6, responsabile per le *Linee guida TP*.

1. Le iniziative dell'Ocse

Nel gennaio del 2005, in considerazione della crescente rilevanza del fenomeno delle riorganizzazioni aziendali delle imprese multinazionali, il *Centre for tax policy and Administration* dell'Ocse ha organizzato una tavola rotonda volta ad approfondire i principali aspetti del fenomeno (la c.d. *January 2005 CTPA Roundtable*) alla quale hanno preso parte rappresentanti uff-

ciali dei Paesi membri dell'Ocse unitamente a delegati della Cina, Sud Africa e Singapore, oltre ad una vasta platea di rappresentanti del settore privato.

I partecipanti pubblici e privati hanno affrontato un gran numero di tematiche, tra le quali, in particolare, le diverse posizioni assunte dalle autorità amministrative dei vari Paesi in tema di attività ispettive, stipula di trattati, *transfer pricing* e Iva.

Poco dopo l'inizio dei lavori, l'Ocse ha deciso di costituire anche un gruppo informale, composto da accademici, operatori commerciali e consulenti (il c.d. *Business Advisory Group*), al fine di ottenere contributi di natura tecnica ed operativa sulle questioni in discussione. Nel redigere l'elenco dei membri, l'Ocse si è preoccupata di assicurare un adeguato bilanciamento della provenienza geografica dei membri, mantenendo un numero di componenti sufficientemente contenuto e tale da garantire un ambito di discussione efficace.

Gli approfondimenti condotti hanno evidenziato come, nel contesto della disciplina del *transfer pricing*, le **ristrutturazioni aziendali** costituissero uno dei principali problemi da risolvere, nella constatazione – pressoché unanimemente condivisa – della necessità di integrare le indicazioni fornite in materia dall'Ocse attraverso le *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (c.d. *Guidelines*) ed il *Model Tax Convention on Income and on Capital* (c.d. *Model Tax Convention*).

Rilevata la necessità di lavorare in questa direzione, il *Committee on Fiscal Affairs* (c.d. CFA)

^(*) L'articolo è parte della più ampia opera "Manuale del *Transfer Pricing*" di P. Valente, attualmente in corso di pubblicazione per Ipsosa.

ha deciso, pertanto, di dare avvio ad un progetto finalizzato all'elaborazione di ulteriori direttive nel campo del *transfer pricing*, costituendo un ulteriore gruppo di lavoro formato da esperti del settore, il *Joint WP1-WP6 Working Group on Business Restructurings* (c.d. JWG), incaricato di approfondire specificamente il tema delle ristrutturazioni aziendali.

Il JWG ha, quindi, effettuato una meticolosa ricognizione degli aspetti rilevanti ai fini del *transfer pricing* emergenti dalle operazioni di riorganizzazione, compiendo significativi passi avanti verso posizioni comuni tra i vari Paesi.

Alla fine del 2007, sulla scorta dei progressi effettuati, il CFA ha deciso di affidare il lavoro concernente gli aspetti relativi al *transfer pricing* nelle operazioni di ristrutturazione aziendale ad un neo costituito *Working Party No. 6 Special Session on Business Restructurings*, con l'incarico di svolgere le proprie analisi sulla disciplina dettata dalle *Guidelines* nella loro forma corrente, nonché dall'art. 7 (*Business profits*) e dall'art. 9 (*Associated enterprises*) del *Model Tax Convention*³. Da ultimo, il 19 settembre 2008 è stato reso pubblico un documento denominato *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion Draft for Public Comment* (c.d. *Draft*) nel quale sono state sintetizzate le conclusioni tratte dai lavori del JWG e dal *WP6 Special Session*, con l'invito ad ogni parte interessata di fornire il proprio contributo per l'approfondimento della specifica problematica⁴.

Il presente lavoro si pone lo scopo di illustrare gli aspetti maggiormente significativi emersi nel corso degli approfondimenti svolti dall'Ocse attraverso le iniziative sopra indicate e sintetizzati nella citata bozza di discussione.

1.2. Le operazioni prese in esame dal progetto

Allo scopo di delimitare le finalità del progetto, il CFA ha preso in esame le operazioni di riorganizzazione aziendale intese come **riallocazione oltre confine**, da parte di un'impresa multinazionale, di **funzioni**, **assets** e/o **rischi**, in-

clusi i beni immateriali, anche allo scopo di disciplinare diversamente i rapporti con parti terze, quali fornitori, subappaltatori o clienti.

Gli operatori commerciali che hanno preso parte alla *January 2005 CTPA Roundtable* hanno tuttavia rappresentato in quella sede come vi possano essere numerose altre valide ragioni per dare corso ad una riorganizzazione aziendale, quali, ad esempio, la volontà di ottimizzare le sinergie aziendali, incentivare le economie di scala, rendere più efficiente la gestione delle linee commerciali, migliorare l'efficienza della catena produttiva, nonché cogliere i vantaggi delle innovazioni tecnologiche originate dallo sviluppo di *Internet*, nell'ottica di un'espansione a carattere globale delle proprie relazioni commerciali.

Le operazioni di riorganizzazione aziendale sono di solito accompagnate da una **redistribuzione dei profitti** tra le società del gruppo, che può verificarsi immediatamente dopo la ristrutturazione o a distanza di qualche anno. Uno dei principali obiettivi del progetto dell'Ocse è proprio quello di verificare, sulla base del contenuto dell'art. 9 del *Model Tax Convention*, se tale redistribuzione risulti coerente con il principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) e, più generalmente, di come detto principio possa essere applicato alle operazioni di riorganizzazione aziendale.

L'attuazione dei modelli di commercio integrato e lo sviluppo delle organizzazioni globali, quando costituite per sane ragioni di natura commerciale, accentuano infatti le difficoltà di ragionare in un'ottica di libera concorrenza che consideri i membri di una multinazionale quali soggetti indipendenti.

In tale ambito, l'Ocse ha tenuto in considerazione questa difficoltà concettuale nel tentativo di sviluppare un approccio alla sua risoluzione quanto più realistico e ragionevolmente pragmatico. Nonostante ciò fosse già stato rilevato ed affrontato nelle stesse *Guidelines* (paragrafi 1.9-1.10), i Paesi membri hanno, comunque, continuato a sostenere fortemente l'applicazione di tale principio, sforzandosi di affinarne l'applicazione nella pratica (paragrafo 1.14).

1.3. Articolazione del draft

Come accennato, il *draft* prende in esame i principali profili rilevanti ai fini della disciplina del *transfer pricing* emergenti dalle riorganizzazioni aziendali, ad esclusione delle operazioni di fusione o acquisizione, nonché degli aspetti di più stretta pertinenza della normativa nazionale (re-

¹ Il *Working Party No. 1* è l'organismo incaricato dall'Ocse di curare gli aspetti relativi al *Model Tax Convention*.

² Il *Working Party No. 6* è l'organismo incaricato dall'Ocse di curare gli aspetti relativi alle *Guidelines*.

³ Gli approfondimenti relativi alle stabili organizzazioni (art. 5 del *Model Tax Convention*) sono stati affidati al *WPI*.

⁴ I contributi possono essere inviati tramite sito *Internet* dell'Ocse entro il 19 febbraio 2009.

gole anti-abuso, disciplina delle *CFC*). Inoltre, il progetto non affronta, per il momento, le problematiche connesse alla disciplina dell'Iva e delle imposte indirette.

Il documento si occupa delle operazioni infragruppo nel contesto dell'art. 9 del *Model Tax Convention* e non anche dell'attribuzione di utili alle stabili organizzazioni sulla base dell'art. 7 dello stesso Modello Ocse⁵.

L'analisi è condotta sulla base della vigente disciplina del *transfer pricing*, partendo dalla premessa secondo cui il principio del valore di mercato e le *Guidelines* non debbano essere applicate in maniera differente in caso di operazioni di ristrutturazione/*post*-ristrutturazione ovvero transazioni concepite come tali sin dall'inizio.

La bozza di discussione si compone di quattro *Issues Notes*, ciascuna delle quali dedicata ad uno specifico argomento. In particolare:

- la prima, *Issues Note (Special consideration for risks)*, affronta il tema della **ripartizione dei rischi** tra soggetti collegati nel contesto dell'art. 9 del *Model Tax Convention* ed, in particolare, dell'interpretazione e dell'applicazione dei paragrafi 1.26-1.29 delle *Guidelines*, dedicati all'analisi funzionale ed alle condizioni contrattuali nell'ambito dei fattori di determinazione di comparabilità;
- la seconda, *Issues Note (Arm's length compensation for the restructuring itself)*, prende in esame le circostanze nelle quali l'entità ristrutturata 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;
- la terza, *Issues Note (Remuneration of post-restructuring controlled transaction)*, si occupa dell'applicazione del principio del **valore di mercato** e della disciplina delle *Guidelines* agli accordi di *post*-ristrutturazione;
- l'ultima, *Issues Note (Recognition of the actual transaction undertaken)*, valuta i presupposti in base ai quali l'Amministrazione fiscale di un Paese – sulla base dell'analisi dei paragrafi 1.36-1.41 delle *Guidelines* e delle relazioni di tali indicazioni con le restanti parti delle *Guidelines* stesse – può disconoscere, in

via eccezionale, le transazioni o la struttura poste in essere dal contribuente.

2. “Issues Note No. 1”: la gestione dei rischi

La gestione dei rischi costituisce un aspetto rilevante delle riorganizzazioni aziendali. Si verificano con una certa frequenza ristrutturazioni in cui una parte converte talune attività in altre a più basso rischio – normalmente in grado di assicurare un ritorno economico meno remunerativo ma connotato da più favorevoli elementi di certezza e stabilità – e la controparte, nell'assumersi i rischi maggiori, crea le condizioni per ottenere profitti più elevati.

Risulta, pertanto, fondamentale, per le Amministrazioni fiscali, esaminare attentamente le **modalità di trasferimento del rischio** oggetto della transazione, al fine di verificare se gli accordi stipulati, nell'ambito delle operazioni di ristrutturazione e *post*-ristrutturazione, risultino in linea con l'*arm's length principle*.

In un libero mercato, infatti, l'assunzione di maggiori rischi deve essere compensata da un adeguato incremento dei benefici economici attesi, per quanto poi l'effettiva consistenza degli stessi possa, solo in un secondo tempo, rivelarsi o meno conveniente rispetto al grado di rischio in concreto verificatosi.

La necessità di prendere in esame aspetti connessi all'allocatione e al trasferimento di rischi può comunque emergere anche in situazioni diverse da quelle di riorganizzazione aziendale e, per tale motivo, il *draft* specifica che gli approfondimenti svolti nell'*Issues Note No. 1* esplicano la loro validità anche in contesti diversi da quello esaminato.

L'*Issues Note No. 1* affronta il tema della ripartizione dei rischi nel contesto dell'art. 9 del *Model Tax Convention* ed in particolare dell'interpretazione e dell'applicazione dei paragrafi 1.26-1.29 delle *Guidelines*, mentre altri specifici aspetti – sempre connessi ai rischi – sono trattati in altre parti del documento, come sarà meglio illustrato nel prosieguo.

Un esame dei rischi effettuato su tali premesse deve, pertanto, prendere avvio dalla verifica dei termini contrattuali definiti dalle parti ed estendersi ad altri ulteriori aspetti, quali:

- l'aderenza del comportamento tenuto dalle parti agli accordi stipulati;

⁵ L'argomento è stato trattato nell'ambito del *WP6's Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment* approvato dal CFA il 24 giugno 2008 e dal Consiglio dell'Ocse per la pubblicazione il 18 luglio 2008.

- il rispetto del **principio di libera concorrenza** nelle modalità concordate per la ripartizione dei rischi;
- la rilevanza economica del rischio oggetto della transazione;
- le implicazioni derivanti dagli accordi di ripartizione dei rischi ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento.

2.1. Esame dei termini contrattuali e dell'effettivo comportamento delle parti

L'analisi della ripartizione dei rischi tra soggetti collegati parte dall'esame dei **termini contrattuali**, laddove per gli stessi sia stata adottata la forma scritta. Ciò potrebbe comunque rivelarsi non sufficiente e rendere necessario procedere anche alla verifica di come le parti si siano effettivamente conformate ai termini contrattuali concordati, così come indicato ai paragrafi 1.26 e 1.28-1.29 delle *Guidelines*.

Il paragrafo 1.26 delle *Guidelines*, infatti, afferma che la condotta delle parti costituisce la migliore dimostrazione dell'**effettiva ripartizione dei rischi** tra i soggetti interessati, al di là degli accordi sanciti in via formale.

A tale riguardo, esse forniscono l'esempio di una situazione in cui un produttore vende beni ad un distributore collegato estero, a cui vengono formalmente attribuiti tutti i rischi di cambio, ma nella quale il prezzo di trasferimento in concreto determinato, lo solleva da ogni effetto determinato dalle variazioni del tasso di cambio. In tal caso, le *Guidelines* sostengono che le Amministrazioni fiscali potrebbero procedere ad una contestazione della ripartizione del rischio di cambio nei termini fissati dalle parti.

Un altro esempio proposto dal *draft* è quello in cui un soggetto collegato straniero si assuma contrattualmente tutti i rischi di magazzino, situazione in cui risulterebbe opportuno verificare quale delle due parti abbia inserito in bilancio eventuali svalutazioni delle scorte (in particolare se a ciò abbia provveduto il contribuente nazionale).

Un terzo esempio potrebbe essere dato dall'individuazione del soggetto che abbia assunto il rischio connesso ad un accordo di distribuzione. Generalmente, tali accordi attribuiscono il rischio di insolvenza al distributore che inserisce in contabilità i ricavi derivanti dalle vendite, fatto salvo ogni eventuale diverso accordo tra le parti. Di conseguenza, il rischio dovrebbe avere manifestazione nel bilancio redatto a fine anno. In ogni caso, l'ambito del rischio, da parte del

distributore, secondo l'*arm's length principle*, potrebbe variare a seconda che il distributore riceva un indennizzo da una terza parte (ad esempio, dal fornitore) per controversie commerciali non risolvibili o che il prezzo pattuito sia determinato sulla base di un prezzo di rivendita o di una commissione proporzionale alle somme incassate (più che a quelle fatturate). In tal caso, l'esame delle reali modalità di svolgimento della transazione tra le parti, ivi compreso il prezzo pattuito ed eventualmente gli esatti limiti del rischio in esame, potrà fornire la dimostrazione di chi tra il fornitore o il distributore, sostenga realmente il rischio di insolvenza.

2.2. Il ruolo della documentazione

Come accennato, gli accordi contrattuali sono il punto d'avvio per la determinazione di quale delle parti di una transazione sia quella che si assume il rischio imprenditoriale ad essa connesso. Di conseguenza, appare ragionevole aspettarsi che le stesse abbiano formalizzato, per iscritto, le loro decisioni circa le modalità di ripartizione o di trasferimento del rischio prima di dare corso al contratto.

I paragrafi 1.28 e 1.29 delle *Guidelines* chiariscono che i termini di una transazione possono anche essere rinvenuti nella **corrispondenza** o in **altre comunicazioni** intercorrenti tra le parti e non necessariamente in un contratto scritto. A maggior ragione, in tali circostanze, sarà necessario delineare le reali relazioni contrattuali tra le parti attraverso l'esame della loro condotta, atteso che la divergenza di interessi tra le parti rende ragionevole attendersi che esse cercheranno, con molta probabilità, di richiamare vicendevolmente le obbligazioni derivanti dalle clausole contrattuali, le quali saranno ignorate o modificate solo quando ciò potrà risultare nell'interesse di entrambi i contraenti.

La stessa divergenza di interessi potrebbe non sussistere nel caso di **soggetti collegati** e sarà pertanto essenziale verificare se la condotta descritta nel contratto sia stata effettivamente seguita o sia stata solo fittiziamente concordata. In tali casi, risulta necessaria un'ulteriore analisi per determinare i veri termini della transazione, ricorrendo anche ai principi generali che, di norma, regolano i rapporti tra soggetti indipendenti.

2.3. La verifica del rispetto del principio di libera concorrenza nelle modalità di ripartizione dei rischi

I paragrafi 1.25-1.27 delle *Guidelines* forniscono importanti indicazioni su come procedere all'esa-

me della ripartizione dei rischi nel contesto della “**analisi funzionale**”⁶, finalizzata a verificare il rispetto del principio di libera concorrenza.

Di norma, quando le informazioni disponibili consentono di rilevare una condotta analoga a quella adottata da soggetti indipendenti, la ripartizione di rischi tra soggetti collegati può essere considerata in linea con l’*arm’s length principle*.

Vi è, però, da precisare che, in caso contrario, la rilevata difformità non potrà costituire, da sola, elemento sufficiente per non riconoscere la validità dell’accordo esaminato, ma sarà necessario determinare se tale accordo avrebbe potuto essere adottato, a parità di condizioni, anche da soggetti indipendenti.

Il “controllo” del rischio

Un fattore che può essere di aiuto in questo ambito è l’individuazione di quale soggetto abbia effettivamente il controllo del rischio.

La questione è trattata al paragrafo 1.27 delle *Guidelines*, in base al quale il termine “**controllo**” va inteso come possibilità di prendere decisioni sull’assunzione del rischio (ossia sull’opportunità di mettere o meno a rischio il capitale), nonché sulle modalità di gestione del rischio stesso, attraverso il ricorso a risorse interne o ricorrendo a soggetti esterni.

A tale riguardo il *draft* precisa che la semplice attribuzione ad una terza parte, dietro compenso, del compito di sovrintendere e monitorare il rischio in via continuativa non costituisce elemento sufficiente per ritenere che esso sia stato concretamente trasferito su tale soggetto.

Il documento, a titolo esemplificativo riporta il caso di un investitore che si rivolga ad un *fund manager* per investire parte del suo capitale in fondi d’investimento. Sulla base degli accordi intercorsi tra le parti, al *fund manager* potrebbe essere attribuita la facoltà di adottare autonomamente ogni decisione di investimento sulla base dell’andamento quotidiano dei mercati, lasciando il rischio di eventuali perdite totalmente a carico dell’investitore. In questo caso, il controllo del rischio da parte dell’investitore viene esercitato attraverso tre decisioni essenziali:

- la scelta di rivolgersi a quel dato professionista (o eventualmente di revocargli il mandato),
- quella relativa alle facoltà da conferirgli e agli obiettivi da perseguire, nonché

- quella di stabilire l’ammontare delle somme da investire.

Il *fund manager*, per suo conto, sarà tenuto a rendicontare periodicamente l’investitore sul risultato delle attività svolte. In tal caso, egli fornirà un servizio e gestirà il proprio rischio d’impresa secondo una prospettiva (ad esempio, fidelizzare il cliente, salvaguardare la propria credibilità nell’aspettativa di acquisirne altri) completamente diversa da quella dell’investitore. Ciò spiega come un investitore che attribuisca ad un terzo soggetto il potere di assumere giorno per giorno decisioni di investimento sul proprio patrimonio non trasferisca necessariamente il rischio di investimento su tale soggetto.

Un altro esempio, fornito dal *draft*, è quello di un soggetto che assume un ricercatore per svolgere uno studio per suo conto.

L’accordo prevede che il rischio di fallimento della ricerca o l’eventuale ritorno economico in caso di successo siano rispettivamente a carico o a favore dell’investitore, mentre al ricercatore viene attribuito un compenso in misura fissa sia in caso di successo che di fallimento. Nonostante le attività siano continuativamente condotte dal personale reclutato dal ricercatore, restano a carico dell’investitore una serie di importanti decisioni, finalizzate al controllo del proprio rischio, quali, similmente a quanto illustrato nell’esempio precedente, la scelta di rivolgersi a quel dato ricercatore (o eventualmente di revocargli il mandato), quella relativa al tipo di ricerca da svolgere e agli obiettivi da conseguire, nonché quella di fissare il *budget* da dedicare alla ricerca. Anche in questo caso, il rischio contrattuale del ricercatore, ossia quello di perdere il cliente o di dover pagare una penale in caso di negligenza, è distinto da quello dell’investitore.

Bisogna, infine, tener conto che, come evidenziato al paragrafo 1.27 delle *Guidelines*, vi sono rischi legati a fattori sui quali nessuna delle parti può svolgere un reale controllo (ad esempio, andamento dell’economia, condizioni del mercato borsistico e dei cambi, contesto politico, questioni sociali, concorrenza, disponibilità di materie prime e di forza lavoro), per quanto i contraenti possano, comunque, assumere decisioni in ordine all’eventualità di esporsi o meno a tali rischi o alla possibilità di limitare le incertezze ad essi conseguenti.

⁶ Cfr. *Guidelines*, paragrafi 1.20 e seguenti.

La differenza tra rettifica effettuata in base ad analisi comparativa e mancato riconoscimento della ripartizione del rischio in transazioni sottoposte a controllo.

Relazioni tra il paragrafo 1.27 ed i paragrafi 1.36-1.41 delle Guidelines

La differenza tra una rettifica, effettuata attraverso un esame di **comparabilità**, ed il mancato riconoscimento della ripartizione del rischio in operazioni infragruppo può essere efficacemente descritta da un esempio fornito dal *draft*, peraltro in linea con quello riportato nel paragrafo 1.41 delle *Guidelines*.

Il *draft* prende in esame il caso di un produttore dello Stato A che abbia distributori nello Stato B, alcuni facenti parte dello stesso gruppo di imprese ed altri indipendenti. L'esempio prosegue ipotizzando che l'Amministrazione fiscale dello Stato A stia esaminando gli accordi relativi alla ripartizione dei rischi di magazzino tra il produttore ed i suoi distributori collegati nello Stato B. Quale punto di partenza, l'Amministrazione fiscale esaminerebbe i termini contrattuali tra le parti, verificandone la validità economica alla luce del comportamento effettivamente tenuto e dei principi di libero mercato. Risolto positivamente il primo aspetto, l'Amministrazione fiscale andrebbe a verificare se il produttore abbia adottato le medesime modalità di ripartizione dei rischi anche nelle transazioni con i soggetti indipendenti. Qualora anche questa seconda circostanza risulti accertata, non vi sarebbe alcun motivo per mettere in dubbio la correttezza degli accordi stipulati con i soggetti appartenenti allo stesso gruppo di imprese.

Diversa è la circostanza in cui fossero rilevate modalità diverse di ripartizione del rischio di magazzino negli accordi stipulati con i distributori collegati rispetto a quelli conclusi con soggetti indipendenti, come nel caso in cui tali rischi siano stati attribuiti:

- al produttore, nelle transazioni con distributori collegati (ad esempio, perché è stato previsto l'obbligo per il produttore di riacquistare i beni invenduti dai predetti distributori), ed
- alle controparti, nei contratti redatti con soggetti indipendenti (nei quali tale obbligo non è stato inserito).

Qualora non vi siano sufficienti elementi per ritenere che, in analoghe transazioni con soggetti indipendenti, il rischio sarebbe stato attribuito al produttore, sarà opportuno determinare se l'attribuzione contrattuale del rischio, nelle tran-

sazioni tra imprese collegate, sia in linea con l'*arm's length principle*.

Un aspetto che può essere d'aiuto in questo ambito è l'individuazione di quale delle parti abbia il **maggior controllo sul rischio** in esame (paragrafo 1.27 delle *Guidelines*). In aggiunta, sarà utile tenere presente che – secondo un consolidato orientamento dell'Ocse – un altro fattore che può influire sulla volontà di un soggetto indipendente di assumersi un rischio è la sua reale **capacità finanziaria** di sostenerlo.

Come osservato al paragrafo 1.41 delle *Guidelines*, il fatto che imprese indipendenti non si accordino sulla ripartizione dei rischi secondo le modalità in cui vi procedono soggetti appartenenti al medesimo gruppo d'impresе non risulta sufficiente per negare a quest'ultimo il riconoscimento delle operazioni infragruppo; tuttavia ciò potrebbe comunque costituire motivo per verificare più attentamente la logica economica di tali operazioni.

Sul punto, va rilevato il caso in cui detti rischi siano attribuiti secondo le stesse modalità osservate nelle transazioni con soggetti collegati, ad esempio, perché il produttore ha un maggior controllo del rischio di magazzino attraverso le decisioni che adotta sulla quantità di merce acquistata dai distributori. In tali circostanze, l'attribuzione dei rischi potrebbe essere ritenuta corretta e risultare necessaria solo una rettifica volta ad eliminare le eventuali differenze rilevate tra le transazioni con soggetti collegati e quelle con parti indipendenti.

Nell'ipotesi inversa, invece, ossia quella in cui siano i distributori ad avere un maggior controllo sui rischi di magazzino, l'Amministrazione fiscale potrà arrivare a concludere che, in un libero mercato, un produttore non avrebbe acconsentito di assumersi un rischio di tale natura, ad esempio, obbligandosi a riacquistare dai distributori a prezzo pieno ogni bene invenduto. In tali circostanze, sulla base delle indicazioni di cui ai paragrafi 1.25-1.27 delle *Guidelines*, l'Amministrazione fiscale potrà, quindi, "riassegnare" ai distributori collegati l'assunzione del rischio in argomento ed ogni effetto da ciò derivante (ad esempio, disconoscendo l'obbligo del produttore di riacquistare a prezzo pieno) nell'ipotesi in cui l'attribuzione di quel rischio costituisca uno dei fattori comparativi caratterizzanti la transazione infragruppo sottoposta a controllo.

Vi sono, infine, casi in cui l'attribuzione dei rischi costituisce elemento primario della transazione, ed una controversia sulle modalità di ri-

partizione dei rischi tra le parti si traduce, inevitabilmente, in una verifica della fondatezza stessa dell'operazione. Tali casi cadrebbero sotto la disciplina dei paragrafi 1.36-1.41 delle *Guidelines*, i quali prendono in esame le circostanze eccezionali nelle quali un'Amministrazione fiscale può disconoscere una transazione soggetta ad una delle due circostanze di cui al paragrafo 1.37 dello stesso documento⁷.

2.4. La verifica della rilevanza economica del rischio oggetto della transazione

Il *draft* osserva come un'ulteriore importante questione sia quella di stabilire se il rischio – e, di conseguenza, il trasferimento del rischio stesso, ove ciò sia ipotizzabile – sia **economicamente significativo**.

L'assunzione o il trasferimento di un rischio che non abbia alcuna rilevanza economica, di norma, non dovrebbe infatti tradursi in un apprezzabile sostanziale aumento o in una diminuzione degli utili da parte del cedente, così come, in un libero mercato, un soggetto non trasferirebbe un rischio economicamente insignificante in cambio di una potenziale riduzione dei profitti attesi⁸.

Un utile contributo per valutare se un rischio possa ritenersi economicamente significativo può essere dato dalla lettura dei Principi contabili e da una verifica delle eventuali modalità di contabilizzazione del rischio. Il metodo di valutazione, seguito ai fini contabili, può, infatti, fornire utili indicazioni in ordine al calcolo dell'eventuale perdita, nel caso in cui il rischio si concretizzi, ovvero della probabilità che ciò accada. In ogni caso, può capitare che taluni rischi, seppur rilevanti ai fini commerciali, non risultino valutabili con sufficiente grado di certezza e non siano, pertanto, inseriti in contabilità.

2.5. Le implicazioni derivanti dagli accordi di ripartizione dei rischi ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento

Gli accordi stipulati ai fini della ripartizione dei rischi comportano conseguenze di varia natura. Come in precedenza accennato, il *draft* tratta alcuni specifici argomenti, connessi alla gestione dei rischi, nel contesto della disamina di altri aspetti, quali gli effetti prodotti su potenziali utili o perdite a seguito di una riallocazione con-

trattuale di rischi (*Issues Note No. 2*) e la determinazione dei compensi a valori di mercato derivanti dagli accordi di *post-ristrutturazione* (*Issues Note No. 3*).

Nell'*Issues Note No. 1* sono comunque affrontati alcuni temi di sicura rilevanza, quali:

- le conseguenze, in termini di *transfer pricing*, dell'attribuzione di **rischi per finalità fiscali**;
- gli eventuali effetti, in termini di minor rischio, della scelta di un determinato metodo per il calcolo del **prezzo di trasferimento**.

Le conseguenze in termini di transfer pricing dell'attribuzione di rischi per finalità fiscali

In generale, le conseguenze per un soggetto nel vedersi attribuito il rischio connesso ad una particolare transazione tra soggetti collegati, laddove questa sia stata effettuata nel rispetto del principio di libera concorrenza, sono:

- il **sostenimento del costo**, ove esistente, per la gestione o il contenimento del rischio, nel primo caso, attingendo a risorse interne o fornitori esterni o appartenenti allo stesso gruppo d'impresa, e, nel secondo, affrontando spese di *hedging* o di assicurazione;
- l'**assunzione dell'onere economico** che potrebbe originarsi dall'effettivo verificarsi dell'evento soggetto al rischio. Ciò include anche, ove significativi, gli effetti attesi in ordine alla valutazione degli *assets* (ad esempio, valori di magazzino) oppure l'iscrizione in bilancio di eventi futuri per effetto della disciplina dettata dai Principi contabili e dalla normativa fiscale nazionale;
- il **riconoscimento di un compenso** consistente, di norma, in un incremento dei benefici economici attesi, secondo quanto previsto dal paragrafo 1.23 delle *Guidelines*.

Le eventuali condizioni di minore rischio determinate dalla scelta di un particolare metodo per il calcolo del prezzo di trasferimento

La questione relativa alle relazioni tra la scelta di uno dei metodi di determinazione del prezzo di trasferimento ed il livello di rischio attribuito al soggetto, che è compensato attraverso il ricorso a tale metodo, è particolarmente importante ai fini delle riorganizzazioni aziendali.

Si ritiene, generalmente, che un accordo concluso utilizzando il metodo *Cost Plus* o *TNMM*, che garantisca un adeguato livello di margine netto o lordo ad una delle parti, comporti un basso rischio di mancato riconoscimento della

⁷ Cfr. *Issues Note No. 4*.

⁸ Cfr. *Issues Note No. 2*.

transazione o di rettifica del prezzo di trasferimento.

Al riguardo, il *draft* sottolinea come debba essere il basso livello di rischio di una transazione a dover suggerire l'adozione di uno dei metodi per la determinazione del prezzo di trasferimento e non il contrario, così come risulterà importante assicurarsi che sia il profilo di rischio atteso che la scelta del metodo per il calcolo del prezzo risultino in linea con l'analisi funzionale delle parti⁹.

3. “Issues Note No. 2”: compensazioni a valori di mercato per le operazioni di riorganizzazione aziendale

Le operazioni di riorganizzazione aziendale determinano il trasferimento, tra le imprese associate, di funzioni, *assets* e/o rischi, unitamente ai connessi risultati economici (positivi o negativi) prevedibili. Esse possono anche causare la conclusione anticipata di contratti (anche in termini di mancato rinnovo) o la sostanziale rinegoziazione di accordi esistenti. Tali circostanze impongono una valutazione in ordine all'eventuale necessità di prevedere forme di indennizzo per quelle parti che risultino aver subito uno svantaggio, in termini economici, dalla riorganizzazione del gruppo.

Al riguardo, l'applicazione dell'art. 9 del *Model Tax Convention* prevede che, laddove operazioni, quali quelle sopra citate, siano poste in essere tra imprese associate residenti in Stati diversi secondo modalità difformi da quelle che sarebbero state adottate, nelle stesse condizioni, da soggetti indipendenti, i profitti che sarebbero stati conseguiti, da una delle due consociate, secondo principi di libero mercato, ma che sono stati invece attribuiti alla controparte, per effetto degli accordi stipulati, possono essere inclusi tra quelli conseguiti dalla prima e tassati di conseguenza.

Per tale motivo, al fine di verificare se le operazioni di riorganizzazione debbano originare forme di compensazione tra le parti, coerenti con il principio dell'*arm's length*, risulterà necessario, in primo luogo, studiare a fondo l'operazione nel suo complesso, andando ad individuare in particolare:

- gli interventi riorganizzativi disposti, le **ragioni commerciali** ed i **benefici attesi**, che hanno determinato la decisione di cambiamento, nonché le possibili alternative al nuovo modello gestionale adottato;

- l'eventuale **riallocazione di utili o perdite potenziali**, determinata dalle operazioni di riorganizzazione;
- le eventuali **compensazioni** disposte per il trasferimento di beni (materiali ed immateriali);
- gli eventuali **risarcimenti** previsti per i soggetti risultati penalizzati dalla riorganizzazione.

3.1. L'esame delle operazioni di ristrutturazione

Funzioni, assets e rischi prima e dopo la riorganizzazione

Una riorganizzazione può assumere diverse forme e può coinvolgere due o più membri del gruppo. Per esempio, un accordo di *pre*-ristrutturazione tra un produttore ed un distributore può essere modificato trasformando il distributore in un commissionario (o, comunque, in un distributore a rischio limitato), trasferendo il proprio rischio totalmente a carico del produttore¹⁰. Di norma, però, le riorganizzazioni risultano più complesse e prevedono trasferimenti di funzioni, *assets* e rischi da una o da entrambe le parti di un accordo *pre*-ristrutturazione ad uno o più membri del gruppo.

Al fine di determinare, secondo corretti principi di libero mercato, il “debito” (in termini di **prezzo**) o il “credito” (in termini di **compensazione**), maturati dal soggetto ristrutturato, bisognerà preliminarmente identificare la transazione o le transazioni intercorrenti tra detto soggetto e le altre consociate del gruppo, nonché le funzioni da questo svolte prima e dopo la ristrutturazione.

Seguirà, quindi, una valutazione dei diritti e delle obbligazioni del soggetto ristrutturato nel contesto dei precedenti accordi *pre*-ristrutturazione (ivi compresi quelli esistenti su base contrattuale o normativa) e di come tali diritti ed obbligazioni risultino modificati per effetto della riorganizzazione. Ovviamente, tale valutazione dovrà essere basata sui principi economici che, di norma, disciplinano i rapporti tra imprese indipendenti (paragrafi 1.28 e 1.29 delle *Guidelines*). In assenza di riferimenti certi, si procederà valutando quali diritti o obbligazioni sarebbero stati concordati in situazioni analoghe se le parti avessero interagito in un contesto di libero mercato.

Le ragioni commerciali e i benefici attesi dalla ristrutturazione. Il ruolo delle sinergie

I rappresentanti del settore privato, che hanno partecipato alla “January 2005 CTPA Roundta-

⁹ Cfr. *Issues Note No. 3*.

¹⁰ Cfr. *Issues Note No. 1*.

ble”, hanno evidenziato che le multinazionali, a prescindere dal settore in cui operano, hanno sempre maggior bisogno di riorganizzare le proprie strutture per dotarsi di una più efficace gestione centralizzata delle funzioni di controllo, produzione, ricerca e distribuzione. Quando lo scopo della riorganizzazione è quello di ottenere benefici sotto il profilo delle sinergie interne, verosimilmente il contribuente procederà ad uno studio di fattibilità, finalizzato a supportare il processo decisionale ed individuare i benefici ragionevolmente prevedibili per effetto dell’operazione. Questo tipo di documentazione, di norma prodotta per finalità non fiscali, può rivelarsi molto utile al fine di:

- delineare gli effetti della ristrutturazione su ciascun soggetto affiliato (in termini di costi e benefici attesi);
- individuare i criteri adottati nell’assunzione delle decisioni;
- evidenziare le eventuali alternative disponibili all’atto della decisione.

Il *draft* precisa che una riorganizzazione aziendale, finalizzata al miglioramento delle sinergie interne, non si traduce necessariamente in un aumento dei profitti *post*-ristrutturazione. Potrebbe, infatti, verificarsi il caso in cui le migliori sinergie consentano al gruppo di ottenere profitti più elevati, rispetto a quelli che sarebbe stato possibile conseguire in assenza di ristrutturazione, ma ciò non significa che debbano necessariamente essere superiori a quelli *pre*-ristrutturazione, ad esempio, se lo scopo perseguito è quello di mantenere competitività piuttosto che incrementarla.

Peraltro, non sempre le previsioni si rivelano corrette e può verificarsi che il modello organizzativo adottato abbia comportato per il gruppo costi addizionali e minore efficienza. Al riguardo, il paragrafo 1.51 delle *Guidelines* formula un invito alle Amministrazioni fiscali di non ricorrere al c.d. “senno di poi” (*hindsight*).

Un importante aspetto da tenere in considerazione è la differenza tra le sinergie di gruppo e quelle locali, dal momento che vi sono situazioni in cui le riorganizzazioni aziendali consentono di ottenere benefici a livello regionale o di gruppo a danno delle sinergie locali. Dal momento che i principi di libero mercato si applicano in maniera specifica all’attività di ogni singolo soggetto e non a quella del gruppo nel suo complesso, la perdita (o il beneficio) sinergico a livello locale potrebbe incidere in misura determinante sui risultati economici del soggetto ristrutturato,

circostanza da tenere in considerazione ai fini dell’analisi delle conseguenze in termini di *transfer pricing* della riorganizzazione.

Le possibili alternative al modello organizzativo scelto

L’applicazione dell’*arm’s length principle* si basa sul fatto che **soggetti indipendenti**, nel valutare le condizioni di una possibile transazione, metterebbero a confronto i termini di tale operazione con quelli di altre realisticamente disponibili, al fine di adottare la decisione economicamente più vantaggiosa. L’esame delle possibili alternative, in un’ottica di libero mercato, risulta fondamentale ai fini dell’analisi di comparabilità e della valutazione del “prezzo” della transazione (paragrafo 1.15 delle *Guidelines*), nonché della disamina dei presupposti in base ai quali possa essere giudicata razionale, dal punto di vista commerciale, l’adozione del modello organizzativo prescelto (paragrafi 1.36-1.41 delle *Guidelines*).

Anche in questo caso, decisioni adottate a livello di gruppo – ad esempio, al fine di favorire il miglioramento delle sinergie interne – non esonerano le singole affiliate dal rispetto dei principi di libero mercato nelle transazioni che le riguardano.

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

Il trasferimento di funzioni, *assets* e/o rischi, nel contesto di riorganizzazioni aziendali, è di norma accompagnato da una **riallocazione di utili/perdite potenziali** tra i membri del gruppo. Il *draft* prende in considerazione una significativa casistica utile a descrivere le principali problematiche sull’argomento¹¹.

Le conseguenze in termini di transfer pricing per l’eventuale riallocazione di potenziali utili o perdite determinata dalle operazioni di riorganizzazione

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

¹¹ Cfr. anche *Issues Note No. 1*, per gli aspetti relativi ai rischi, e successivi paragrafi 12.3.4 e 12.3.5, rispettivamente, per i beni materiali ed immateriali e per la compensazione degli eventuali danni o perdite sofferti a causa della riorganizzazione.

ritorni positivi connessi al rischio assunto. Ciò impone una valutazione della eventuale necessità di forme di **compensazione** a favore della parte che si assume i rischi maggiori, in analogia a quanto verrebbe a verificarsi tra soggetti indipendenti in condizioni di libero mercato.

Al riguardo, il *draft* segnala 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 libero mercato non comporta l'automatica previsione di compensazioni, 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-ristrutturazione* fossero proseguiti indefinitamente, bensì attraverso l'esame in concreto del potenziale ritorno economico legato ai diritti ed agli *assets* trasferiti.

Ai fini del calcolo del corretto *transfer price*, infatti, la determinazione della remunerazione di potenziali profitti o perdite, conseguenti al trasferimento di rischi, comporta una preliminare verifica dell'eventuale previsione, da parte di soggetti indipendenti, di forme di compensazione:

- per il **cessionario**, da parte del cedente, sulla base dell'ammontare delle possibili perdite – in relazione alla probabilità del concretizzarsi del rischio – unitamente all'eventuale maggiore convenienza, per il cedente, di pagare il cessionario per l'acquisizione dell'attività piuttosto che sostenere i costi per la cessazione dell'attività oggetto della transazione;
- per il **cedente**, da parte del cessionario, in considerazione di eventuali alternative disponibili e delle aspettative relative ai possibili ritorni economici, connessi ai rischi oggetto della transazione. I Principi contabili per la valutazione dei rischi possono rivelarsi particolarmente utili a tale scopo¹².

Sarà, infine, necessaria anche una valutazione delle conseguenze sulla prosecuzione delle attività di entrambe le parti, alla luce dei rispettivi nuovi profili di rischio¹³.

¹² Cfr. paragrafo 12.2.5.

¹³ Cfr. paragrafo 12.3.2.

Le compensazioni derivanti dalla riorganizzazione aziendale

Come accennato, il trasferimento di potenziali risultati economici nell'ambito di una riorganizzazione aziendale impone una valutazione della validità dell'operazione sulla base dei principi di libero mercato, effettuata sia dal punto di vista del cedente che del cessionario, al fine di verificare l'eventuale esistenza dei presupposti che determinano la necessità di prevedere forme di compensazione a favore del soggetto svantaggiato dal nuovo modello organizzativo.

L'esito di tale valutazione dipenderà da diversi fattori, tra i quali:

- le **alternative** realisticamente disponibili per cedente e cessionario, in condizioni di libero mercato, sulla base della situazione economica e gestionale (e dei connessi profitti/perdite potenziali) di entrambi all'atto dell'avvio della riorganizzazione;
- il **risultato economico atteso** dalle parti per effetto della ristrutturazione, che, in virtù dell'*arm's length principle*, dipende dal profilo di rischio delineato dalla transazione conclusa (cfr. paragrafo 1.23 delle *Guidelines*)¹⁴. In tali circostanze la scelta che si pone è, infatti, quella tra la prospettiva di un maggior ritorno economico dagli esiti più incerti o di minori profitti legati ad un ridotto grado di rischio;
- le **compensazioni** che potrebbero essere richieste per remunerare adeguatamente la rinuncia a potenziali utili da parte del cedente.

Ad esempio, nel caso in cui un produttore sia convertito in fornitore "a contratto", le clausole relative agli accordi di produzione *post-ristrutturazione* potrebbero verosimilmente prevedere – coerentemente al principio di libero mercato – un compenso *Cost Plus* legato alle unità prodotte. Più complessa sarà, invece, la valutazione dell'eventuale remunerazione derivante dalla rinuncia ai profitti attesi in base alle condizioni *pre-ristrutturazione*, anche alla luce dei differenti profili di rischio.

3.3. Considerazioni relative al trasferimento di asset

L'*Issues Note No. 2* prende in esame alcune fattispecie tipiche di trasferimento che, di norma, si verificano nell'ambito di riorganizzazioni aziendali, quali quelle relative a beni materiali, beni immateriali e attività in corso di svolgimento.

¹⁴ Cfr. *Issues note No. 3*.

I beni materiali

Le ristrutturazioni aziendali possono comunemente riguardare il trasferimento di beni materiali (esempio, macchinari) da un'entità ristrutturata ad un soggetto estero collegato. Sebbene si consideri di norma che il loro trasferimento non comporti particolari difficoltà in termini di *transfer pricing*, una questione, normalmente affrontata, riguarda la **valutazione dei beni di magazzino trasferiti** tra soggetti facenti parte dello stesso gruppo e residenti in differenti giurisdizioni fiscali. In questo caso la scelta del metodo di calcolo del *transfer pricing* più appropriato dipende dalle analisi di comparabilità e funzionalità delle parti, effettuate secondo i principi dettati dalle *Guidelines*.

Ad esempio:

- una possibilità potrebbe essere quella di determinare il prezzo di trasferimento al valore di mercato in riferimento a prezzi analoghi, praticati da soggetti non collegati, nel limite in cui le condizioni delle transazioni tra soggetti indipendenti risultino sufficientemente comparabili a quelle del trasferimento che ha luogo nell'ambito della ristrutturazione;
- una seconda possibilità potrebbe essere quella di determinare il prezzo di trasferimento dei prodotti finiti considerandolo pari a quello di rivendita meno una remunerazione a prezzo di mercato per delle operazioni di marketing e di distribuzione che residuano da svolgere;
- una terza possibilità prenderebbe in considerazione il costo di fabbricazione a cui aggiungere un utile a prezzi di mercato quale remunerazione per il produttore per funzioni svolte, beni utilizzati e rischi assunti. Vi sono, comunque, casi in cui il valore di mercato dei beni è troppo basso per individuare la parte di profitto da aggiungere ai prezzi di mercato.

In conclusione, il *draft* evidenzia come la scelta del metodo più appropriato per il calcolo del *transfer pricing* debba essere effettuata individuando la componente della transazione che risulti meno complessa e, pertanto, valutabile con maggiore grado di certezza.

I beni immateriali

Il trasferimento di beni immateriali comporta la necessità di affrontare gli aspetti connessi alla loro **esatta identificazione** ed alle relative **modalità di valutazione**, trattandosi di beni non

sempre legalmente protetti, registrati o iscritti in bilancio¹⁵.

Il *draft* sottolinea che la determinazione del prezzo di trasferimento, a valori di mercato, del diritto su di un bene immateriale deve tener conto sia della prospettiva del cedente che di quella del cessionario (cfr. paragrafo 6.14 delle *Guidelines*). Essa sarà influenzata da diversi fattori, tra i quali:

- l'entità, la durata ed il grado di rischio del ritorno economico atteso dallo **sfruttamento del bene**;
- la **natura** e le eventuali restrizioni dei diritti gravanti su di esso (restrizioni nell'uso o nello sfruttamento, ovvero di natura geografica o temporale);
- l'ampiezza e la durata della **protezione legale**;
- eventuali **clausole di esclusività**.

Alla luce di tali considerazioni, la valutazione dei beni immateriali, nel contesto delle riorganizzazioni aziendali, può rivelarsi, dunque, particolarmente complessa ed incerta. Al riguardo, il *draft* richiama le indicazioni contenute nel capitolo VI delle *Guidelines* (*Special considerations for intangible property*).

Un'ipotesi ricorrente è quella in cui i beni immateriali, precedentemente posseduti e gestiti da uno o più soggetti collegati, siano ceduti ad una **unità centrale**, con sede in una diversa giurisdizione fiscale, ed il cedente continui ad usare il bene immateriale trasferito, ma in una diversa veste legale (ad esempio, come **licenziatario** del cessionario o attraverso un contratto che includa la possibilità di esercitare diritti limitati sull'*intangible*). Anche in questo caso il principio di libero mercato richiede una valutazione degli accordi presi tra le parti, effettuata nella prospettiva di ciascuna di esse, e non a livello di gruppo. Il fatto che la centralizzazione di diritti sui beni immateriali possa essere stata motivata da ragioni commerciali a livello di gruppo non risolve infatti la questione inerente il rispetto del principio di libero mercato nella prospettiva del cedente e del cessionario.

Inoltre, quando la ristrutturazione prevede il trasferimento di un bene immateriale, seguito da un nuovo contratto con il quale il cedente continua ad utilizzare l'*intangible* trasferito, risulta necessario prendere in esame l'**intero ac-**

¹⁵ Alcuni di essi potrebbero teoricamente contenere 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 per loro prevista dai principi contabili, i beni immateriali possono essere iscritti o meno in bilancio.

cordo al fine di determinare se l'operazione, nel suo complesso, sia in linea con i principi di libero mercato. Il *draft* sottolinea, infatti, come, nell'ipotesi in cui fosse un soggetto indipendente a cedere il bene immateriale che intende continuare a sfruttare, egli verosimilmente si preoccuperebbe di negoziare le condizioni per tale uso futuro contestualmente a quelle per il trasferimento (ad esempio, accordandosi sulla concessione di una licenza).

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, facendosi carico, eventualmente, dell'ulteriore sviluppo necessario per mantenere il valore del bene¹⁶.

Un altro caso da valutare attentamente è costituito dall'ipotesi in cui, nel contesto di una riorganizzazione aziendale, la cessione di un bene immateriale sia disposta in un momento in cui l'*intangibile* non abbia 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 in seguito effettivamente realizzato dal cessionario, per effetto dell'utilizzo del bene immateriale acquisito. Tale circostanza determinerà la necessità di verificare se la valutazione del prezzo di trasferimento all'atto della cessione sia stata effettuata secondo il principio di libero mercato, tenuto conto delle informazioni disponibili a quel tempo. In caso contrario, il *transfer price* potrà essere rettificato.

Un'altra situazione particolare è quella in cui un'attività condotta da un soggetto nazionale sia convertita in un'altra a più basso rischio e remunerazione, e ciò determini il trasferimento, ad una consociata estera, di beni immateriali strettamente attinenti all'attività locale (ad esempio, **customer lists**). In questo caso tali beni dovrebbero essere remunerati al valore di mercato; ove, invece, tali valori restassero in capo al soggetto ristrutturato, essi dovrebbero essere tenuti in considerazione nella remunerazione delle attività *post*-ristrutturazione, ad esempio, attraverso il pagamento di *royalties* da parte del soggetto collegato estero che li sfrutta, oppure tenendone conto anche ai fini del metodo da adottare nel calcolo del prezzo di trasferimento¹⁷.

¹⁶ Cfr. anche *Issues Note No. 1*.

¹⁷ Cfr. *Issues Note No. 1*.

Infine, per quanto concerne i diritti contrattuali, il *draft* afferma che, ove gli stessi siano oggetto di trasferimento o cessione tra soggetti collegati, essi dovrebbero essere remunerati al valore di mercato, tenendo conto della prospettiva del cedente e del cessionario.

Al riguardo, le Amministrazioni fiscali hanno evidenziato come, nella pratica, si verificano sovente situazioni in cui un soggetto dia volontariamente conclusione ad un accordo per lui vantaggioso al solo fine di consentire ad una consociata estera di subentrare nel contratto e nei benefici potenziali ad esso connessi.

3.4. Le attività in corso

Le riorganizzazioni aziendali talvolta dispongono il trasferimento di intere attività in corso, comprendendo tutto l'ammontare delle attività di bilancio (inclusi diritti contrattuali, forza lavoro, avviamento) e delle relative passività, inclusi i rischi ad esse connessi. In tali casi, il *transfer price* non corrisponde necessariamente alla somma dei valori delle singole componenti trasferite. Tra soggetti indipendenti, infatti, un trasferimento di tale natura, di norma, tiene conto anche dei **valori di avviamento**, ossia di ogni utile o perdita potenziale¹⁸, nella prospettiva sia del cedente che del cessionario. I metodi di valutazione utilizzati tra soggetti indipendenti possono risultare utili per valutare il trasferimento di attività, incluso l'avviamento, tra soggetti collegati.

Non tutti i casi in cui un'entità ristrutturata aliena parte delle proprie funzioni, beni o rischi determinano un'effettiva perdita di futuri profitti per il cedente. In talune situazioni, infatti, le condizioni economiche della transazione possono essere tali per cui, più che perdere un'opportunità di profitto, il cedente si libera di una prevedibile fonte di perdita.

Si porrà allora la questione se il cessionario dovrà essere o meno compensato dal cedente per aver rilevato tale attività. La risposta richiede di verificare se soggetti indipendenti, in un libero mercato, avrebbero pagato un prezzo per liberarsi di un'attività in perdita o se avrebbero considerato altre opzioni, quale, ad esempio, la chiusura dell'attività. Oppure se una terza parte avrebbe comunque proceduto all'acquisto (ad esempio, per favorire possibili sinergie con altre attività proprie) ed in tal caso a quali condizioni. Vi possono, inoltre, essere situazioni in cui un soggetto indipendente

¹⁸ Cfr. paragrafo 12.3.3.

potrebbe essere spinto a sostenere un costo per liberarsi dell'attività in perdita, ad esempio quando gli oneri finanziari ed i rischi sociali della chiusura dell'attività siano tali per cui risulti più vantaggioso pagare un cessionario che tenti di riconvertire l'attività e si assuma la titolarità di ogni eventuale futura necessità.

Diversa potrebbe essere la situazione ove l'attività in perdita fornisca benefici di diversa natura, quali, a titolo esemplificativo, sinergie con altre attività del gruppo. In tal caso, bisognerà verificare se, in condizioni di libero mercato, il soggetto che conserva la conduzione dell'attività in crisi debba essere compensato da coloro che ne traggono i vantaggi.

3.5. L'*outsourcing*

In caso di *outsourcing*, potrebbe verificarsi che una parte volontariamente decida di subire una ristrutturazione e di sopportarne i costi, nella prospettiva di ritorni economici futuri.

Il draft fornisce l'esempio di un contribuente, residente in un Paese ad alta incidenza fiscale, che decide di dare in *outsourcing* la propria attività produttiva ad un soggetto collegato, situato in un Paese caratterizzato da un regime impositivo più favorevole, dal quale acquisterà le merci in precedenza da lui prodotte, continuando a venderle ai propri clienti indipendenti.

Tale ristrutturazione comporterà per il contribuente sicuri costi di ristrutturazione, ma, allo stesso tempo, la prospettiva di risparmiare sui futuri approvvigionamenti, più convenienti rispetto ai precedenti propri costi di produzione. In analoghe circostanze, soggetti indipendenti, in condizioni di libero mercato, di norma non prevedono alcuna forma di compensazione per il cessionario se i risparmi previsti per il cedente risultano maggiori dei costi di ristrutturazione.

3.6. Gli eventuali risarcimenti a favore dei soggetti penalizzati dalla riorganizzazione aziendale

Quando una relazione contrattuale viene conclusa anticipatamente o sostanzialmente rinegoziata, a causa di una riorganizzazione aziendale, il soggetto ristrutturato potrebbe risultare penalizzato per effetto dei costi di ristrutturazione (annullamento di *assets*, estinzione di contratti di lavoro) o di riconversione (ad esempio, per adattare le attività in corso alle necessità dei nuovi clienti) o per la perdita di potenziali profitti.

In tali situazioni sarà necessario verificare se, in condizioni di libero mercato, soggetti indipendenti, in circostanze analoghe, avrebbero stipulato un accordo con la previsione di un indennizzo a favore del soggetto ristrutturato e, in tal caso, in che modo tale **risarcimento** sarebbe stato quantificato.

Il *draft* precisa che, per **indennizzo**, deve essere inteso ogni tipo di compensazione pagata per i danni sofferti dal soggetto ristrutturato, sia essa nella forma di un pagamento *up front* o di una condivisione dei costi di ristrutturazione o di maggiori (o minori) prezzi di acquisto (o di vendita), nel contesto delle operazioni *post*-ristrutturazione.

Bisogna comunque considerare che, non necessariamente, in regime di libera concorrenza, ogni **estinzione o sostanziale rinegoziazione** di un contratto dà diritto ad un **indennizzo**.

Al fine di verificare se ciò sia dovuto in concreto, è importante esaminare le circostanze economiche, e di fatto, al tempo della ristrutturazione – in particolare i diritti e gli altri *assets* delle parti – così come le alternative di cui i contraenti avrebbero potuto realisticamente disporre in un regime di libero mercato. A tale scopo dovrebbero essere esaminate le seguenti condizioni:

- se l'accordo estinto, non rinnovato o sostanzialmente rinegoziato, sia stato formalizzato per iscritto e preveda una clausola di indennizzo;
- se i termini dell'accordo e la possibile esistenza o meno di una clausola di indennizzo o di altro tipo di garanzia (o i termini di detta clausola, ove esistente) risultino coerenti con logiche di libero mercato;
- se diritti di indennizzo siano previsti dalla normativa commerciale o dalla giurisprudenza;
- se, in condizioni di libero mercato, un soggetto indipendente avrebbe risarcito la controparte penalizzata dall'estinzione o rinegoziazione dell'accordo.

Eventuale forma scritta dell'accordo estinto, non rinnovato o sostanzialmente rinegoziato ed eventuale previsione di una clausola di indennizzo

Quando l'accordo estinto, non rinnovato o rinegoziato è formalizzato per iscritto¹⁹, sarà necessario procedere alla verifica del rispetto delle condizioni pattuite (ad esempio, di un termine di pre-

¹⁹ Cfr. anche *Guidelines*, paragrafi 1-28.

avviso) e dell'eventuale presenza di **clausole di indennizzo** o altre garanzie per tali eventi²⁰.

In ogni caso, il solo esame dei termini del contratto tra soggetti collegati non deve ritenersi sufficiente ed il semplice fatto che il contratto non preveda espressamente indennizzi o garanzie non significa necessariamente che ciò non sia coerente con le logiche di libero mercato.

Coerenza con le logiche di libero mercato dei termini dell'accordo

In un libero mercato, capita di frequente che contratti estinti, non rinnovati o sostanzialmente rinegoziati tra soggetti indipendenti non prevedano un indennizzo per la parte svantaggiata. Tuttavia, poiché la stessa divergenza di interessi, che esiste tra soggetti indipendenti, potrebbe non esistere tra imprese collegate, sarà necessario verificare, in tale ultimo caso, se i termini del contratto siano in linea con logiche di libero mercato, ossia se soggetti indipendenti, in condizioni analoghe, avrebbero concluso un accordo della stessa natura di quello stipulato dalle consociate. Questa verifica dovrebbe essere assistita da un esame delle opzioni realisticamente disponibili per le parti in libero mercato²¹.

In talune situazioni, potrebbe accadere che un soggetto indipendente in libero mercato possa non avere avuto alcuna concreta alternativa oltre quella di accettare le condizioni pattuite.

In altre situazioni, sulla base dell'esame in concreto delle clausole del contratto e della reale condotta dei soggetti collegati, potrebbe dedursi l'esistenza di accordi a più lungo termine, laddove la parte, che subisce la conclusione anticipata del contratto, si veda attribuito il diritto ad un indennizzo.

Secondo il principio dell'*arm's length*, la parte che procede ad un investimento potrebbe non voler assumere **senza garanzie** un rischio (quale quello per l'estinzione anticipata del contratto) controllato da altri²². Detti rischi potrebbero essere tenuti in considerazione nelle negoziazioni contrattuali secondo modalità differenti, ad esempio, prevedendo un'adeguata **clausola di indennizzo**, in caso di estinzione anticipata, o un'opzione, per la parte investitrice, di trasferirlo ad un dato prezzo alla controparte, nel caso in cui l'investimento effettuato diventi inutilizzabi-

²⁰ Cfr. anche *Guidelines*, paragrafi 1-29.

²¹ Cfr. paragrafo 12.3.2.3.

²² Cfr. *Guidelines*, paragrafi 1-27.

le per la prima a causa del recesso dal contratto della seconda.

Anche in queste situazioni, qualora le condizioni concordate tra imprese associate, in ordine all'estinzione, al mancato rinnovo o sostanziale rinegoziazione degli accordi in corso, differiscano da quelle che sarebbero state fissate tra soggetti indipendenti, qualsiasi profitto maturato da una delle parti, a causa di tali condizioni, ancorché non realizzato potrà essere attribuito a tale soggetto e tassato di conseguenza²³.

I contributi offerti dalla normativa commerciale o dalla giurisprudenza

Nel verificare se le condizioni dell'estinzione o del mancato rinnovo del contratto in corso siano coerenti con il libero mercato, qualche spunto può essere tratto dalla normativa commerciale o dalla giurisprudenza.

La parte che ha subito l'estinzione anticipata del contratto potrebbe, infatti, far valere in giudizio la propria pretesa di indennizzo, a prescindere dal fatto che ciò sia previsto o meno dal contratto. Ovviamente, nel caso in cui le parti appartengano allo stesso gruppo di imprese, difficilmente la parte danneggiata vorrà aprire un contenzioso con il soggetto collegato e le condizioni per l'estinzione potrebbero, perciò, differire da quelle che sarebbero state poste tra soggetti indipendenti in circostanze analoghe.

Eventuali indennizzi in condizioni di libero mercato

L'analisi delle condizioni dell'estinzione o della sostanziale rinegoziazione di un accordo nella prospettiva del *transfer pricing* dovrebbe tenere conto sia delle prospettive del cedente che di quelle del cessionario. Dal punto di vista del cedente, è importante valutare sia il **valore dell'indennizzo** a valore di mercato, se previsto, sia la determinazione di quale delle parti dovrebbe assumersene l'**onere**.

Il *draft* precisa, comunque, che l'analisi dovrà necessariamente essere condotta in relazione alle circostanze in concreto rilevate, prendendo in esame soprattutto le ragioni poste a base della decisione di estinguere anticipatamente il contratto, nonché individuando la parte beneficiata e le alternative concretamente disponibili in regime di libero mercato.

²³ Cfr. art. 9 del *Model Tax Convention*.