Dott. Gabriele Tosi

Studio Tosi Online

gtosi@studiotosionline.com

Spett.le Fondazione OIV,

Si trasmette in allegato quanto in oggetto.

Per quanto attiene alle 11 domande proposte a pag. 5 della Bozza Documento, le risposte sono le seguenti:

- Sì a tutte le domande da 1 a 6
- Sì alla prima domanda del numero 7; per la seconda domanda si veda il documento allegato
- No a tutte le domande da 8 a 11.

L'occasione è gradita per porgere i migliori saluti.

Dott. Tosi

Problema della determinazione del reddito agevolabile: reddito teorico o reale?

Premessa

Il problema nasce da considerazioni di tipo economico generale e trova eco in un passaggio della relazione di accompagnamento al Decreto 30/7/2015.

Il documento di pubblica consultazione pubblicato dall'Organismo Italiano di Valutazione (OIV) così inquadra i problemi di carattere economico (Cap. 3.3):

citazione 1

nel caso di concessione di un bene intangibile a terzi, si è in presenza normalmente di due attività: la licenza attiva (del licenziante, ovvero il soggetto che concede in uso il bene) e la licenza passiva (del licenziatario, ovvero il soggetto che ottiene il diritto d'uso). Entrambe le licenze normalmente hanno valore, in quanto nessun licenziatario sarebbe disposto a riconoscere al licenziante tutti i benefici che è in grado di ricavare dall'uso del bene. Qualsiasi contratto di licenza suddivide i benefici economici del bene immateriale fra licenziante e licenziatario. E' proprio questa evidenza alla base della c.d. bundle of right theory secondo cui il valore di un bene intangibile concesso in licenza corrisponde alla somma del valore della licenza attiva e della licenza passiva.

Si tratta pertanto di capire, in primo luogo, se la predetta affermazione sia pienamente condivisibile, senza ulteriori precisazioni; e, in secondo luogo – nel caso di “uso diretto” del bene immateriale, caso in cui l'intero valore del bene è in capo a un unico soggetto, senza venir suddiviso tra licenziante e licenziatario – se la norma agevoli i redditi totali (reali) derivanti dal bene immateriale, o solo la quota di essi idealmente riferibile alla parte di valore di competenza del (teorico) licenziante.

Si premette che non vi è nessun passaggio letterale nella norma né in alcun provvedimento normativo da essa derivato che legittimi l'interpretazione di non agevolare il reddito reale

dell'impresa che fa uso diretto del bene immateriale, a beneficio della tassazione del solo reddito teorico riferibile all'astratta ipotesi che il titolare del bene lo concedesse in uso a terzi.

Tuttavia, la citata relazione di accompagnamento al Decreto 30/7/2015 così recita (evidenze aggiunte):

citazione 2

Nel caso di utilizzo diretto dei beni immateriali, è necessario individuare il contributo economico di ciascuno dei beni immateriali che ha concorso a formare il reddito o la perdita. Il contributo economico può essere positivo o negativo, a seconda delle specifiche fattispecie.

*Il contributo economico consiste in un **reddito figurativo** ascrivibile ai beni immateriali incorporato nel reddito rinveniente dall'attività svolta dal contribuente. La scelta di prevedere l'applicabilità del beneficio fiscale anche in queste ipotesi risponde all'esigenza di attribuire ai soggetti che sfruttano direttamente i beni immateriali lo stesso beneficio che otterrebbero laddove licenziassero gli stessi beni ad altri soggetti.*

Tale approccio, di fatto, assume l'esistenza di un ramo d'azienda autonomo deputato alla concessione in uso dei beni immateriali allo stesso contribuente. Pertanto, ai fini della normativa in esame, è necessario isolare le componenti positive e negative di reddito ascrivibili allo sfruttamento del bene intangibile al fine di identificare la quota di reddito agevolabile.

Prendendo spunto dal predetto passaggio della relazione accompagnatoria, il documento dell'OIV così conclude:

citazione 3

Il reddito agevolabile è dunque una misura ottenuta per differenza fra ricavi e costi del bene immateriale. Dove i ricavi possono essere effettivi (= canoni derivanti dalla concessione in uso a terzi del bene) o figurativi (nel caso di uso diretto del bene) mentre i costi sono invece sempre e solo i costi effettivi fiscalmente rilevanti e di competenza del periodo di imposta (non rilevano quindi i costi figurativi).

I dubbi circa la corretta interpretazione della legge

Si osserva che una relazione di accompagnamento a un Decreto Ministeriale, pur utile ai fini interpretativi, non è di per sé fonte di legge.

Pertanto, nel silenzio della norma delegante, se anche il Decreto stesso avesse statuito il detto principio, ci si sarebbe dovuti interrogare circa l'eventuale eccesso di delega; ma, non avendolo fatto, pare di potersi affermare che vi sia una totale carenza di fonti normative a sostegno della detta tesi.

Un rigoroso esame letterale del passaggio della predetta relazione, sopra riportato (citazione 2), non conduce comunque in modo univoco alla conclusione che sia agevolabile solo la parte di reddito ascrivibile alla teorica concessione in uso del bene immateriale, laddove ve ne sia un uso diretto. Si osservi infatti, ad esempio, che il termine "reddito figurativo" evidenziato in grassetto nella citazione 2, pare correttamente riferirsi alla parte teorica del reddito globale ascrivibile al bene immateriale, senza ulteriore suddivisione tra – per così dire – licenza attiva e passiva; come pure l'espressione "lo stesso beneficio", pure più sopra evidenziata in grassetto, pare ascrivibile alla natura del beneficio stesso e non al suo aspetto quantitativo.

Del resto, è lo stesso documento OIV a dar conto delle perplessità di lettura e delle possibili contraddizioni del testo (cap. 3.3).

La conclusione è che la tesi che, in caso di uso diretto del bene immateriale, vorrebbe limitare lo sgravio fiscale alla parte del reddito ascrivibile ai beni immateriali costituita da quel reddito che si sarebbe ottenuto concedendo in uso a terzi i detti beni, sia totalmente sprovvista del supporto di una interpretazione letterale della norma.

Per quanto attiene a una interpretazione logico sistematica, si rinvia alle considerazioni che seguono.

I dubbi circa il reddito da assoggettare a agevolazione

Si è detto che ci si deve interrogare, in primo luogo, circa la completezza dell'affermazione in forza della quale il valore di un bene immateriale sia pari alla somma del valore della licenza attiva e del valore della licenza passiva. La tematica viene qui esposta in relazione al valore, ma analoghe considerazioni discendono con riferimento ai redditi del bene immateriale, che costituiscono l'elemento rilevante ai fini della detassazione.

La questione, con particolare riferimento al reddito che può beneficiare di tassazione, viene ulteriormente approfondita al capitolo 12, dove il documento OIV illustra le conclusioni cui perviene, indicando che – nel caso di bene immateriale utilizzato direttamente dal proprietario e non concesso in uso a terzi – il reddito detassabile sarebbe costituito dalla differenza tra i ricavi figurativi, pari a quei ricavi che astrattamente si ritrarrebbero dalla concessione in uso a terzi, e i costi effettivi sostenuti dall'impresa che ne fa uso diretto. In tal modo viene a definirsi un "reddito figurativo" che non trova corrispondenza né nel reddito *reale* dell'utilizzatore in proprio, né nel reddito *teorico* che ne ricaverebbe (dall'uso diretto) altra ipotetica impresa "partecipante al mercato".

Sul punto, centrale nel processo di determinazione del reddito assoggettabile a tassazione – si noti bene: quand'anche si accettasse l'ipotesi che la norma agevoli solo il reddito del licenziante – è illuminante il seguente periodo del citato documento (12.3):

citazione 4

La particolare configurazione di reddito figurativo definita dal decreto è infatti finalizzata a garantire un regime di neutralità dell'agevolazione fra l'uso diretto e l'uso indiretto (= concessione in licenza a terzi del bene immateriale) da parte della specifica entità. Lo spirito della norma è evitare che considerazioni di natura fiscale possano distorcere le scelte degli operatori in merito al migliore sfruttamento del bene intangibile. Il fine del legislatore non può, infatti, che essere orientato a favorire il massimo e miglior uso (highest and best use) del bene immateriale che, a seconda degli specifici fatti o circostanze, può essere un uso diretto o indiretto. La scelta del legislatore di agevolare il reddito che l'impresa avrebbe realizzato in caso di concessione d'uso del bene a terzi, anche quando l'azienda fa uso diretto del bene risponde solo al richiamato principio di neutralità della norma fiscale: se il beneficio fiscale nel caso di uso diretto ed indiretto è il medesimo il soggetto sceglierà per l'uso diretto solo quando tale uso fornisce benefici economici genuini (non indotti dall'agevolazione fiscale).

Si ritiene che la ripartizione più sopra enunciata (citazione 1) del reddito totale del bene immateriale tra reddito del licenziante e del licenziatario non sia coniugabile con le considerazioni di politica fiscale poc'anzi riportate.

Il punto di divergenza è il concetto di “negoziato a somma zero” che presiede alla ripartizione del predetto reddito complessivo tra licenziante e licenziatario, nell’impostazione desumibile dal documento OIV. Dopo il paragrafo sopra riportato (citazione 1) in cui si legge *il valore di un bene intangibile concesso in licenza corrisponde alla somma del valore della licenza attiva e della licenza passiva*, il capitolo 3.3 così prosegue:

citazione 5

Ciò significa che in caso di uso diretto del bene intangibile, il soggetto proprietario del bene goda contemporaneamente dei benefici che avrebbe in qualità sia di ipotetico licenziante sia di ipotetico licenziatario. Normalmente accade che un’impresa conceda in uso un bene intangibile quando non è in grado direttamente di garantire il massimo e miglior uso (= highest and best use) al bene immateriale (ad esempio perché non è in grado di sfruttarlo appieno in tutti i mercati o per tutti i prodotti). Quando l’impresa usa direttamente il bene è perché l’uso diretto è più vantaggioso della concessione in uso a terzi del bene stesso e ciò accade quando il beneficio che l’impresa trae dall’uso diretto è superiore al beneficio che trae dall’uso indiretto (perché l’impresa internalizza anche il margine di reddito del licenziatario).

L’affermazione sottolineata è certamente vera in una grande quantità di casi, ma non è sempre vera e non appare vera in assoluto.

Bisogna preliminarmente intendersi sul concetto di “massimo e miglior uso”. Premettiamo che in caso di uso diretto del bene immateriale, per “uso normale” si deve intendere almeno l’uso che ne fa l’impresa titolare del bene, pur limitatamente a taluni mercati o prodotti, non potendosi assumere che il titolare imprenditore sia totalmente negletto in qualsiasi uso del bene stesso; è diverso il caso in cui il bene immateriale sia stato realizzato da un inventore non imprenditore – ma, a ben vedere, questo caso esula dalla normativa del Patent Box e quindi qui non rileva. Ai nostri fini, il concetto di “massimo e miglior uso” deve intendersi riferito a un “normale” uso del bene da parte del proprio titolare imprenditore. Un’impresa che sfrutta, ad esempio, *normalmente* bene il proprio marchio sul mercato nazionale e per i prodotti per i quali ha competenze produttive consolidate, sarà portata a concedere in uso a terzi il marchio per mercati esteri dei quali non ha adeguata conoscenza o per prodotti che non rientrano nelle proprie competenze produttive. Questo è un negoziato “a somma zero”, perché il risultato di questi accordi commerciali è uguale al risultato che l’impresa trarrebbe se avesse una *normale* conoscenza dei mercati esteri o una *normale* capacità di produrre i diversi prodotti: la differenza tra le due ipotesi è nulla. Il valore aggiunto apportato dal licenziatario è pari alle *carenze* della licenziante.

Esistono tuttavia ipotesi in cui il licenziatario non si limita a integrare una carenza del licenziante, ma apporta *materia nuova*: ad esempio, una particolare introduzione di mercato in cui l’uso del marchio (o del brevetto o di qualsivoglia altro bene immateriale) porti a risultati commerciali addirittura superiori ai *normali risultati* della licenziante; una diversa struttura dei costi, tale per cui le maggiori vendite realizzate grazie al bene immateriale ottenuto in licenza dia origine a profitti superiori ai *normali* utili della licenziante; e così via. Sono, queste, ipotesi di “negoziati a somma maggiore di zero”, dove il licenziatario non si limita a integrare una carenza del licenziante, ma porta un valore aggiunto proprio.

Tutto ciò fa capire che l’affermazione sottolineata non è sempre vera; anzi, in una economia dinamica, che tende alla perfezione, in cui i contratti di licenza saranno stipulati da soggetti in grado di portare un valore aggiunto reale (e quindi in grado di pagare di più) e non solo da soggetti in grado di integrare carenze della licenziante, i negoziati a somma zero di concessione in uso dei beni

immateriali saranno numericamente inferiori ai negozi a somma positiva, tendendo al limite a zero in rapporto al crescente grado di efficienza del sistema economico.

Inoltre, anche nel caso di negozi a somma zero (si sottolinea: anche in questo caso), l'affermazione non è vera in assoluto. Infatti, concedere in licenza un bene immateriale o usarlo in proprio, non è una scelta "neutra": il profilo di rischio aziendale viene conseguentemente modificato in modo radicale.

Ben altro è il rischio imprenditoriale di impiantare stabilimenti produttivi, realizzare i prodotti, commercializzarli, incassare, ecc. – rispetto alla mera concessione in licenza del bene.

Poiché il rischio ha un valore economico, *a parità di rischio* il reddito tratto dalla mera concessione in uso a terzi del bene immateriale tenderà a equivalere al reddito derivante dall'uso proprio, sulla base dell'equazione:

$$R = P \times r$$

Dove R è il reddito da Royalty, P è il profitto da uso diretto e r è il coefficiente di rischio insito nell'attività di uso diretto.

Venendo ora alla citazione 4 e alle giuste considerazioni di politica economica in essa contenute, le predette riflessioni fanno capire come l'ipotesi di ritenere oggetto di agevolazione il solo reddito (teorico) derivante dalla concessione in uso a terzi del bene immateriale, non realizzi affatto quella neutralità fiscale che viene giustamente invocata nel passaggio citato; anzi, sia a tutti gli effetti un elemento di distorsione.

Si ponga mente solo, per esempio, alla equazione poc'anzi illustrata: in tutti i casi in cui il reddito derivante dalla concessione in uso a terzi del bene immateriale sia uguale al reddito derivante dall'uso diretto, opportunamente corretto con il coefficiente relativo al (maggior) rischio inerente l'uso diretto (equilibrio che è la regola in un'economia perfetta), il detassare solo il reddito derivante dalla concessione a terzi del bene immateriale costituirebbe un palese disincentivo all'uso diretto del bene stesso.

Nel caso, poi, dei negozi a somma maggiore di zero, la detassazione del solo reddito teorico derivante dalla concessione in uso a terzi "normali" (vale a dire: in ipotesi di somma zero) equivarrebbe a porre un freno in forma di assenza di detassazione a beneficio delle realtà maggiormente performanti che ne facessero un uso proprio paragonabile a quello dei terzi maggiormente efficienti – con un effetto di distorsione economica inaccettabile. Né si potrebbe rimediare ipotizzando un reddito di concessione in uso a terzi performanti, che andrebbero "inventati" alla bisogna, aprendo il campo a uno "scenario di fantasia" che mal si coniuga con esigenze di tipo fiscale.

Si potrà obiettare che l'economia non è perfetta e che, pertanto, le predette dinamiche perniciose potrebbero non essere sempre in atto. Pare, per contro, di maggior peso l'obiezione che il detassare interamente la parte di reddito derivante dall'uso diretto del bene immateriale consente di detassare un reddito **reale**, mentre la detassazione del (minor) reddito figurativo proposto dal documento OIV si riduce alla detassazione di una quantità teorica e astratta – cosa che in campo tributario ha un disvalore non trascurabile.