

# Diritto tributario internazionale e dell'UE

## Transfer Pricing dei beni immateriali



**Niccolò Gentile**

Fiduciario Commercialista  
G & J Consulting, Lugano  
Master of Advanced Studies SUPSI in Tax Law  
MSc Management and Entrepreneurship,  
HEC Lausanne

### Panoramica sugli ultimi sviluppi a livello OCSE in ambito di prezzi di trasferimento tra società collegate

#### 1.

##### Introduzione

La globalizzazione, caratterizzata dall'evoluzione dei mercati internazionali e dall'innovazione tecnologica nei processi produttivi e nei processi comunicativi, negli ultimi 30 anni ha portato ad una continua evoluzione delle strutture e degli assetti organizzativi delle imprese operanti a livello internazionale. In particolare, da un modello statico-locale, dove le imprese svolgono la propria attività in territori diversi, attraverso singole strutture caratterizzate da singole *value-chain* totalmente indipendenti (cosiddetta "struttura di impresa multinazionale"), si è passati ad un modello dinamico-globale, ove l'attività delle singole strutture è organizzata per operare a livello internazionale, con un'unica *value-chain* (cosiddetta "struttura di impresa sovranazionale").

Questa evoluzione ha modificato ovviamente la gestione delle operazioni e delle funzioni in capo ai soggetti, appartenenti ad uno stesso gruppo, passando da un reddito valore, creato da più imprese a livello locale/nazionale, ad una creazione di reddito valore, consolidato a livello globale, da attribuire a tutti gli attori del gruppo coinvolti, residenti in diversi Stati.

Il *Transfer Pricing* (prezzo di trasferimento tra operazioni appartenenti a società dello stesso gruppo) è lo strumento di pianificazione fiscale che, in questo contesto evolutivo, incide sulla fiscalità internazionale in riferimento alle operazioni transnazionali appartenenti allo stesso gruppo, non solo da un punto di vista aziendale/imprenditoriale, ma soprattutto, per combattere il cosiddetto fenomeno dell'erosione delle basi imponibili dal punto di vista delle amministrazioni fiscali dei diversi Paesi. Sotto il profilo aziendale/imprenditoriale, le politiche di *Transfer Pricing* rappresentano elementi strategici per la gestione delle relazioni fra società appartenenti allo stesso gruppo. La cosiddetta *Transfer Pricing Policy* (di seguito TPP) è uno strumento primario per conseguire il giusto allineamento tra le variabili strategiche di *business* e le variabili fiscali. Il problema alla base della TPP è la giusta determinazione del valore del prezzo di trasferimento. Come prescritto dall'articolo 9 del

Modello OCSE di Convenzione fiscale (di seguito M-OCSE) e dalle Linee guida OCSE, le operazioni tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo devono avvenire a valori, secondo l'*Arm's Length Principle*<sup>[1]</sup>. Il rispetto di tale principio, dovrebbe prevenire l'abuso nella determinazione dei valori e la conseguente corretta determinazione dei profitti tassabili.

Risulta evidente come il rispetto di tale principio sia di difficile applicazione per determinate categorie di beni/transazioni, quali per esempio i beni immateriali. Infatti, le imprese appartenenti allo stesso gruppo, attuano politiche di *Transfer Pricing*, volte al condizionamento dei prezzi di trasferimento, con particolare riferimento alle transazioni aventi ad oggetto beni intangibili, al fine di perseguire un'ottimizzazione fiscale complessiva.



Negli ultimi anni la dottrina internazionale ha perfezionato le Linee guida, per arrivare ad una corretta determinazione dei valori di trasferimento, con l'obiettivo, da parte delle amministrazioni fiscali, di combattere abusi fiscali e, per le imprese, di ridurre rischi di doppia imposizione giuridica. Proprio nel contesto del progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (di seguito BEPS), promosso dall'OCSE nel 2013 su mandato del G-20, la disciplina del *Transfer Pricing*, con particolare riferimento ai beni immateriali, riveste un ruolo centrale per il raggiungimento degli obiettivi sopra indicati.

## 2. La disciplina OCSE del Transfer Pricing dei beni immateriali – le “Guidelines 2010”

La disciplina del *Transfer Pricing* dei beni immateriali è affrontata per la prima volta nel 1996, dove l'OCSE elabora una sezione interamente dedicata ai beni intangibili, pubblicata in seguito nell'attuale versione 2010 delle “*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*” (di seguito *Guidelines 2010*) al capitolo VI (“*Special Considerations for Intangibles Property*”)[2].

Il capitolo rileva l'importanza dell'applicazione del principio *Arm's Length*, secondo l'articolo 9 M-OCSE, anche per le transazioni aventi ad oggetto tanto i beni immateriali, quanto quelli materiali. La dottrina quindi prevede un'analisi di comparabilità e l'applicazione dei metodi tradizionali e reddituali per la determinazione del prezzo di trasferimento, rilevando, però, la difficoltà nella determinazione dei valori normali attribuibili a tali beni, proprio per la loro caratteristica di specialità, unicità e non comparabilità (“*This principle can, however, be difficult to apply to controller transactions involving intangible property because such property may have a special character complicating the search for comparable and in some cases making value difficult to determine at the time of the transaction*”)[3].

I beni immateriali possono essere definiti come risorse intangibili e “astratte” che contribuiscono alla creazione di valore. Queste risorse si identificano nel capitale intellettuale, che è dato dall'insieme di tutte le competenze, *know-how*, abilità manageriali possedute dall'organizzazione (cosiddetto “*capitale umano*”), da relazioni interne all'azienda (innovazioni e processi aziendali) e da relazioni esterne (immagine e rapporto con i clienti) (cosiddetto “*capitale strutturale*”).

L'intangibilità di tali risorse si identifica anche per la difficoltà nella misurazione del loro valore in termini finanziari. A differenza dei beni tangibili, che si traducono facilmente in valori finanziari grazie a criteri *standards* di valutazione, i beni immateriali sono costituiti da elementi per i quali non vi sono metodi universali di definizione del valore (per esempio la qualità del personale, la reputazione nei confronti del mercato, eccetera). Alcuni esempi di beni intangibili possono essere l'immagine aziendale, il *brand*, le strategie e gli accessi ai canali di distribuzione, strategie nella rete di vendita, relazioni con clienti e fornitori, *know-how* ed innovazione tecnologica, strategie di marketing e di comunicazione, eccetera.

Secondo le recenti pubblicazioni dell'OCSE (i.e. *Guidelines 2010*), il termine “beni intangibili” include: “*rights to use industrial assets such as patents, trademarks, trade names, designs or models. It also includes literary and artistic property rights, and intellectual property such as know-how and trade secrets*”[4]. L'OCSE si concentra solo sui beni intangibili commerciali, classificandoli in *Commercial intangibles* (o *manufacturing/trade intangibles*), *Marketing intangibles* e *Intellectual property* (o *hybrid intangibles*). Ai primi appartengono, in particolare, brevetti, *know-how*, *design* e modelli, usati per la produzione di beni o servizi. La caratteristica principale di questi beni sono i rischi e i costi elevati relativi all'attività di ricerca e sviluppo per la loro creazione. Il valore di questi beni, spesso coincide con la copertura dei costi di tali attività di ricerca e sviluppo, seguiti da un margine remunerativo a copertura dei rischi assunti.

Ai *Marketing intangibles* appartengono, invece, liste clienti, canali di distribuzione, marchi e *brands* che aggiungono valore ai prodotti e servizi a cui vengono associati. A differenza dei *Commercial intangibles*, funzionali alla produzione dei beni e servizi, i *Marketing intangibles* sono caratteristici della promozione di beni e servizi. Il valore di questi beni dipende da diversi fattori, come la reputazione e la credibilità del *brand*, quale risultato di quello che l'organizzazione, con il proprio capitale umano, crea e comunica all'ambiente esterno. Gran parte della creazione di valore delle aziende sovranazionali è dato dalla proprietà e dall'utilizzo di beni intangibili, come i *Marketing intangibles*, che attribuiscono maggior valore ai prodotti e servizi. Agli *Intellectual property*, appartengono il *know-how* e i *trade secrets*, che consistono in conoscenze, informazioni ed esperienze che non possono essere identificate e sono protette legalmente.



Da un punto di vista fiscale la realizzazione di valore di questi beni è data: dal trasferimento del bene immateriale unito al bene materiale, dal trasferimento della piena proprietà dei diritti dei beni intangibili (cessione diretta del bene immateriale) o dal trasferimento parziale dei diritti per lo sfruttamento del bene stesso (concessione della licenza per il diritto d'uso del bene immateriale).

I metodi previsti dall'ultima presa di posizione dell'OCSE nelle transazioni caratterizzate da beni immateriali, sono gli stessi previsti per i beni materiali. Le *Guidelines 2010* non attribuiscono *ad hoc* metodi per i beni intangibili, ma suggeriscono l'utilizzo di alcuni metodi, specificando quanto segue:

- nel caso di vendita o concessione in licenza per un bene intangibile, è possibile utilizzare il metodo *Comparable Uncontrolled Price* (di seguito CUP), detto anche “*metodo del confronto del prezzo*”, se il proprietario abbia trasferito o concesso in licenza un bene immateriale comparabile in circostanze comparabili ad imprese indipendenti;
- nel caso di vendita di beni che includono beni immateriali, è possibile utilizzare il metodo CUP oppure il metodo *Resale Minus*, detto anche “*metodo del prezzo di rivendita*”;
- nel caso di transazioni aventi ad oggetto beni immateriali di elevato valore, per effetto della difficoltà di applicazione dei tre metodi tradizionali, è suggerita l'applicazione del metodo reddituale del *Profit Split*, detto anche “*metodo della ripartizione del profitto*”.

Prima della scelta del metodo, le Guidelines 2010 rilevano l'importanza dell'analisi di comparabilità che fornisce le informazioni utili per valutare l'applicabilità del metodo stesso.

### 3. **Gli ultimi sviluppi della disciplina OCSE del Transfer Pricing dei beni immateriali: le Action 8-10 del "BEPS 2015 Final Reports"**

Negli ultimi anni, l'OCSE ha intrapreso dei piani di azione per sviluppare maggiormente il tema del *Transfer Pricing*. Dopo la pubblicazione delle Guidelines 2010, l'OCSE ha fornito aggiornamenti di studio per approfondire e migliorare le criticità del *Transfer Pricing* dei beni immateriali. In particolare, nel giugno del 2012 ed in seguito nel luglio 2013, ha pubblicato la "Revised discussion draft on transfer pricing aspects of intangibles". Tali pubblicazioni sono state poi riprese dal programma BEPS in tema di *Transfer Pricing* dei beni immateriali, che oggi ritroviamo nella pubblicazione finale del 5 ottobre 2015 del "BEPS 2015 Final Reports", all'interno delle Action 8-10 ("Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation", di seguito Action 8-10 BEPS). L'obiettivo di sviluppo della disciplina nel contesto del progetto BEPS è quello di: "Develop rules to prevent BEPS by moving intangibles among group members. This will involve: (i) adopting a broad and clearly delineated definition of intangibles; (ii) ensuring that profits associated with the transfer and use of intangibles are appropriately allocated in accordance with (rather than divorced from) value creation; (iii) developing transfer pricing rules or special measures for transfers of hard-to-value intangibles; and (iv) updating the guidance on cost contribution arrangements[5]".

Lo scopo di queste pubblicazioni è di approfondire/completare/migliorare le indicazioni contenute nella pubblicazione ufficiale delle ultime Guidelines 2010, in quanto quest'ultime non consentono di contrastare in modo ottimale l'allocatione dei profitti non in linea con le attività economiche, che di fatto contribuiscono alla creazione di valore, favorendone così l'abuso. Focalizzando l'attenzione sui beni immateriali, le pubblicazioni si concentrano sul capitolo VI delle Guidelines 2010, relativo alle considerazioni speciali sui beni intangibili. L'Action 8-10 BEPS, al capitolo sugli intangibili, sottolinea il concetto chiave che, i soggetti appartenenti al gruppo sovranazionale, devono essere compensati per il valore creato attraverso le funzioni svolte, le risorse impiegate ed i rischi assunti nello sviluppo, nel mantenimento, nello sfruttamento e protezione del bene intangibile. Pertanto assume fondamentale importanza, nel rispetto dell'*Arm's Length Principle*, l'analisi funzionale, che ha lo scopo di identificare queste funzioni svolte, risorse utilizzate e rischi assunti, da ogni membro nella transazione infragruppo. È importante comprendere, attraverso queste analisi, il contesto di *business* internazionale del gruppo, in cui il bene immateriale è utilizzato per meglio capire e determinare la creazione di valore aggiunto sull'intera *Supply-chain*. Per tale determinazione è rilevante considerare i seguenti punti:

- 1) l'identificazione dei specifici beni intangibili;
- 2) la proprietà legale del bene, il suo sviluppo, il suo mantenimento e la sua protezione;
- 3) la natura della transazione avente ad oggetto il bene intangibile e il suo contributo alla creazione di valore.

#### 3.1.

##### Identificazione dei specifici beni intangibili

Partendo dalla definizione di beni intangibili, si considera tale, qualsiasi bene che non è un *asset* fisico, né finanziario, ma che può essere posseduto o controllato per attività commerciali. ("the word «intangible» is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities"[6]). Inoltre, per identificare i beni intangibili, vengono specificati i seguenti punti:

- non sono necessariamente beni con una determinazione contabile esposta nei bilanci della società;
- l'esistenza di un contratto, o di altre forme di protezione degli intangibili, non è una condizione necessaria per identificare il bene come bene intangibile al fine del *Transfer Pricing*;
- alcuni beni intangibili possono essere trasferibili solo in combinazione con altri *assets*, altri invece possono essere trasferibili separatamente e indistintamente. Tale aspetto di separabilità e trasferibilità non è una condizione necessaria per un bene immateriale per essere considerato tale ai fini del *Transfer Pricing*;
- l'importanza di riconoscere condizioni di mercato o altre circostanze che non possono essere possedute o controllate e che, di conseguenza, non si identificano come beni immateriali ai fini del *Transfer Pricing*, sono aspetti importanti da considerare in fase di analisi di comparabilità.

L'Action 8-10 BEPS, rispetto alle Guidelines 2010, non propone nessuna classificazione di beni immateriali, ma si limita ad approfondire alcuni tipi di beni, specificando che non esiste una lista esaustiva di beni intangibili.

#### 3.2.

##### Proprietà legale del bene: il suo sviluppo, il suo mantenimento e la sua protezione

I soggetti appartenenti allo stesso gruppo sovranazionale che eseguono attività legate allo sviluppo, miglioramento, mantenimento, protezione e sfruttamento del bene intangibile ("*Ownership of intangibles and transactions involving the development, enhancement, maintenance, protection and exploitation of intangibles*"[7]), devono essere compensati per il loro contributo al valore del bene immateriale. Pertanto, secondo l'*Arm's Length Principle*, il rendimento derivante dallo sfruttamento del bene intangibile, è riconosciuto a questi soggetti quale corrispettivo per lo svolgimento di dette funzioni.

Per analizzare quindi le transazioni aventi ad oggetto beni intangibili è necessario[8]:

- identificare la proprietà legale del bene intangibile, sulla base dei termini e delle condizioni contrattuali, incluse eventuali registrazioni, accordi di licenza, altri contratti rilevanti e altre informazioni relative alla proprietà legale;
- identificare, attraverso l'analisi funzionale, le parti che svolgono le funzioni, impiegano risorse e assumono rischi legati allo sviluppo, mantenimento, miglioramento, protezione e sfruttamento del bene intangibile;

- confermare la coerenza dei rapporti tra le parti e i termini contrattuali relativi al bene intangibile, attraverso l'analisi funzionale (cosiddetta "Substance-over-form");
- identificare la transazione relativa allo sviluppo, miglioramento, mantenimento, protezione e sfruttamento del bene immateriale, alla luce del contratto e del rapporto tra le parti, inclusa la retribuzione per le funzioni, risorse, rischi e altri fattori che contribuiscono alla creazione di valore;
- dove possibile, determinare il valore *Arm's Length* della transazione, corrispondente alla contribuzione da parte di ogni soggetto che ha svolto le funzioni, ha impiegato risorse e ne ha assunto i rischi;
- ridefinire la transazione per rispettare l'*Arm's Length Principle*, coinvolgendo anche altre amministrazioni fiscali di Paesi coinvolti con l'obiettivo di eliminare la doppia imposizione giuridica.



L'identificazione della proprietà del bene intangibile, sotto forma di accordi legali, va analizzata nel rispetto del principio di prevalenza della sostanza sulla forma (*Substance-over-form*). Pertanto l'aspetto sostanziale dei rapporti tra le parti, che di fatto regolano la relazione, determina la proprietà del bene. Si considera proprietario il soggetto membro del gruppo che, nei fatti e nelle circostanze, controlla le decisioni inerenti lo sfruttamento del bene intangibile ed ha la facoltà di limitare tale sfruttamento a determinati soggetti. Identificato il proprietario del bene occorre anche determinare secondo l'*Arm's Length Principle*, la sua legittimazione alla remunerazione. Infatti per i presupposti del *Transfer Pricing*, la sola proprietà legale del bene intangibile, di per sé, non conferisce nessun diritto alla remunerazione, derivante dallo sfruttamento del bene da parte di un soggetto membro del gruppo.

Il diritto alla remunerazione dei soggetti coinvolti, per la creazione di valore del bene intangibile, è identificato attraverso l'analisi funzionale, atta ad identificare:

- chi è il soggetto del gruppo che svolge e controlla effettivamente le funzioni;
- chi è il soggetto del gruppo che impiega effettivamente le risorse;
- chi è il soggetto del gruppo che assume effettivamente dei rischi:
  - legati allo sviluppo del bene intangibile, incluso il rischio dei costi di ricerca e sviluppo, e delle attività di *marketing*,
  - dell'obsolescenza dei prodotti, inclusa la possibilità dei vantaggi competitivi tecnologici dei concorrenti che possono diminuire il valore del bene intangibile,
  - di infrazione, incluso il rischio nella violazione di accordi dei beni intangibili che comportano costi legali,
  - nell'affidabilità dei prodotti e servizi e tutte le conseguenze sul bene intangibile.

Il concetto di assunzione del rischio ha un ruolo fondamentale per il rispetto del principio *Arm's Length*, in quanto incide significativamente sul valore della transazione infragruppo. I rischi sono definiti come l'effetto dell'incertezza sugli obiettivi prefissati e sui risultati di *business* attesi ("In all of a company's operations, every step taken to exploit opportunities, every time a company spends money or generate an income, uncertainty exists, and risk is assumed"[9]). L'assunzione dei rischi, da parte di un soggetto appartenente al gruppo, presuppone un effettivo controllo degli stessi e la reale capacità finanziaria per assumerne il rischio. L'Action 8-10 BEPS, intende: per controllo del rischio, la capacità di prendere decisioni per assumere, autorizzare o rifiutare l'assunzione del rischio stesso; per capacità finanziaria, la capacità di un soggetto di accedere a finanziamenti per la gestione del rischio stesso, così come la capacità di assorbire conseguenze finanziarie in caso di risultati sfavorevoli. Pertanto è fondamentale identificare il soggetto che di fatto controlla i rischi ed ha una coerente capacità finanziaria per sostenerli ("To assume a risk for transfer pricing purposes, the associated enterprise needs to control the risk and have the financial capacity to assume the risk"[10]).

### 3.3.

#### Natura della transazione avente ad oggetto il bene intangibile e il suo contributo alla creazione di valore

Le transazioni generalmente si dividono in due tipi: (i) transazioni aventi ad oggetto il trasferimento del bene immateriale o il diritto del bene immateriale; (ii) transazioni aventi ad oggetto l'influenza dell'utilizzo del bene immateriale legato alla vendita del bene o alla fornitura del servizio.

Nella prima tipologia di transazione, è necessario prestare attenzione alla natura del bene immateriale, alla difficoltà nell'identificare transazioni comparabili, non controllate e alla difficoltà di applicare metodi descritti dalla dottrina OCSE (Guidelines 2010). Quando l'analisi di comparabilità rivela difficoltà nella comparazione con altre situazioni non controllate, dovute alle caratteristiche di unicità del bene immateriale, per la determinazione del prezzo di trasferimento è necessario l'utilizzo del metodo del *Profit Split Method*.

Nella seconda tipologia di transazione, i beni intangibili, anche se non trasferiti, possono attribuire maggior valore ai beni e servizi, grazie al loro utilizzo nello sviluppo degli stessi. Per la valutazione delle transazioni, se il bene immateriale presenta caratteristiche uniche, tali da non identificare transazioni controllate comparabili, il *Profit Split Method* può essere utilizzato per la determinazione del prezzo di trasferimento secondo il principio *Arm's Length*.



**4.****Approfondimenti e criticità degli ultimi sviluppi della disciplina OCSE del Transfer Pricing dei beni immateriali**

Gli ultimi sviluppi OCSE in tema di *Transfer Pricing* dei beni immateriali, mettono in risalto l'importanza dell'analisi funzionale per la corretta attribuzione della creazione di valore, in capo ai soggetti appartenenti al gruppo; rispettivamente agli Stati coinvolti, in linea con quanto già indicato nelle ultime Guidelines 2010. Nel dettaglio viene data una più ampia definizione della proprietà del bene immateriale, considerando le funzioni svolte, le risorse impiegate ed i rischi assunti, quali fattori determinanti della gestione del bene stesso, che caratterizzano la proprietà economica del bene, rispetto alla proprietà legale (*Substance-over-form*) (*"Legal ownership alone does not necessarily generate a right to all of the return that is generated by the exploitation of the intangible"* [11]).

L'analisi funzionale assume estrema importanza nella pratica del *Transfer Pricing*. L'accurata analisi delle funzioni e dei rischi assunti, permette di identificare il soggetto economicamente proprietario del bene, che di fatto è il titolare del maggior valore. Tale analisi, se condotta correttamente, previene il possibile abuso, dello spostamento dei profitti in capo a strutture a fiscalità privilegiata, che si limitano a detenere la sola proprietà legale dei beni immateriali.

Viene, inoltre, sviluppato il concetto di assunzione del rischio, quale fattore chiave che influenza significativamente il valore della transazione infragruppo, secondo il principio *Arm's Length*. Nell'assunzione dei rischi, per lo scopo del *Transfer Pricing*, è fondamentale che vi sia un controllo di fatto sulla gestione degli stessi ed una coerente capacità finanziaria da parte del soggetto che di fatto assume il rischio.

Riguardo ai metodi, gli ultimi sviluppi OCSE, confermano la preferenza nell'utilizzo dei metodi reddituali in situazioni di *highly integrated operations* oppure *unique and valuable contributions*, come quelle aventi ad oggetto beni intangibili unici, in particolare attraverso l'applicazione del *Profit Split Method*. Quest'ultimo, si basa sulla determinazione di un profitto di gruppo, relativo alla transazione (*"The combined profit to be split [...] are the profits of the associated enterprises from the controller transactions in which the associated enterprises are engaged [...] should only be those arising from the controller transaction(s) under review"* [12]). La determinazione del profitto di gruppo tra più soggetti residenti in Stati differenti, con regole contabili e regimi fiscali diversi, presuppone un'armonizzazione di dette regole. In particolare è necessaria una classificazione uniforme delle previsioni economiche dei soggetti coinvolti nella transazione (*"Because accounting standards can have significant effects on the determination of the profits to be split, accounting standards should be selected in advance of applying the method and applied consistently over the lifetime of the arrangement"* [13]).

Una volta determinato il profitto di gruppo, si procede alla suddivisione mediante chiavi di allocazione (cosiddetta *"allocation keys"*) che, applicati al profitto, determinano la porzione di competenza del soggetto interessato. Generalmente le chiavi di allocazione si basano sugli *assets/capital* (*"operating assets, fixed assets, intangible assets, capital employed"*) o sui

costi (*"relative spending and/or investment in key areas such as R&D, engineering, marketing"*). La definizione di dette chiavi non è data solo da un aspetto quantitativo (valore del capitale investito, costi sostenuti, numero di lavoratori, eccetera), ma anche da aspetti qualitativi di difficile misurazione (si provi a pensare alla determinazione di una chiave di allocazione sulla base delle spese/investimenti di *marketing* che contribuiscono alla creazione di valore del bene intangibile; l'aspetto qualitativo degli investimenti, quali per esempio l'efficacia di una campagna di *marketing* in rapporto alle spese sostenute, rispettivamente la qualità del personale impiegato eccetera, è fondamentale in quanto significative per la creazione di valore del bene intangibile).

Questi aspetti critici del metodo del *Profit Split*, ne confermano la difficile applicazione pratica, con il conseguente rischio di riprese da parte delle amministrazioni finanziarie ed effettiva doppia imposizione dello stesso reddito imponibile.

Nell'Action 8-10 BEPS, viene sottolineata l'efficienza potenziale del metodo del *Profit Split*, per permettere di allineare i profitti di gruppo alla creazione di valore da parte dei soggetti membri, secondo il principio *Arm's Length*, soprattutto in transazioni caratterizzate da *highly integrated operations* oppure *unique and valuable contributions*. Pertanto nel rapporto finale del 5 ottobre 2015 emerge la necessità, nei prossimi anni, di chiarire, migliorare e rafforzare l'applicazione del metodo del *Profit Split*, mediante lo sviluppo di linee guida in cui l'applicazione del metodo porti ad un risultato in linea con la reale creazione di valore.

Altro aspetto di criticità è il *timing* delle informazioni (*ex-ante* vs. *ex-post*). Il metodo viene applicato *ex-ante*, attraverso una stima dei profitti di gruppo attesi, sulla base delle informazioni conosciute prima del verificarsi dell'operazione e sulla base dell'analisi funzionale secondo le funzioni previste per l'allocazione del profitto in capo ai soggetti coinvolti. È importante considerare che le informazioni e le variabili presenti, conosciute al momento della determinazione del prezzo, potrebbero nel tempo cambiare e portare a dei risultati effettivi diversi da quanto stabilito *ex-ante*. Al conseguimento dei profitti effettivi, e quindi da un'analisi *ex-post*, potrebbero risultare delle variazioni a favore o a sfavore del contribuente, dovute ad eventi non prevedibili. In tali ipotesi l'amministrazione finanziaria potrebbe, in conformità dell'articolo 9 M-OCSE, riprendere i valori solo in caso di abuso da parte del contribuente dell'asimmetria informativa, dimostrando che tali variabili erano già conosciute in sede di determinazione dei prezzi *ex-ante* o nel caso in cui in situazione di libera concorrenza, l'elevata incertezza di determinate informazioni, avrebbe portato parti terze a prevedere in sede contrattuale degli aggiustamenti compensativi (*"to determine whether the valuation was sufficiently uncertain at the outset that the parties at arm's length would have require a price adjustment mechanism, or whether the change in value was so fundamental a development that it would have led to a renegotiation of the transaction. Where this is the case, the tax administration would be justified in determining the arm's length price for the transaction on the basis of the adjustment clause or re-negotiation that would be provided at arm's length in a comparable uncontrolled transaction"* [14]).

Per converso, come indicato dalle Guidelines 2010, una ripresa dei valori sarebbe contraria al principio di libera concorrenza: "Such an application would be contrary to the arm's length principle, because independent enterprises in similar circumstances could only have relied upon projections and could not have known the actual profit experience"<sup>[15]</sup>. Tale problematica di asimmetria informativa viene condivisa dall'Action 8-10 BEPS confermando la possibilità, da parte delle amministrazioni fiscali, di misure correttive dei valori *ex-ante*, solo nel caso in cui l'amministrazione stessa non è in grado di accertare l'affidabilità delle informazioni su cui si è basata l'analisi *ex-ante* e, sempre che il contribuente non sia in grado di dimostrare e confermare l'affidabilità delle informazioni utilizzate e conosciute nell'analisi *ex-ante*. Questo aspetto chiama in causa il tema della *Transfer Pricing Documentation* (di seguito TPD), affrontato nell'Action 13 del progetto BEPS, presentato nella pubblicazione finale del 5 ottobre 2015 del "BEPS 2015 Final Reports". Le regole sulla TPD, sono un supporto fondamentale alle pratiche di *Transfer Pricing*, per garantire nel rapporto tra contribuente e amministrazione fiscale, un livello di trasparenza delle informazioni che permettono una corretta applicazione e valutazione delle operazioni infragruppo. Oltre ai già conosciuti *Master file* e *Local file*<sup>[16]</sup>, i soggetti sovranazionali di grandi dimensioni (cosiddette "Large MNEs" ovvero Società Multinazionali con fatturato superiore ai 750 milioni di euro) dal 1. gennaio 2016 avranno l'obbligo di redigere annualmente per ogni giurisdizione fiscale il *Country-by-Country Report*. Si tratta di documentazione dettagliata, Paese per Paese, composta da dati di *business*, quali i ricavi, i profitti lordi, le tasse versate/maturate, il numero delle persone assunte, il capitale, i profitti non distribuiti e gli *assets* tangibili. Inoltre nel *report* verranno indicate tutte le informazioni che identificano le diverse entità coinvolte, appartenenti al gruppo e tutti i rapporti infragruppo che interessano le diverse giurisdizioni fiscali. Questo permetterà ai diversi Paesi coinvolti, di scambiare informazioni e dati per monitorare le pratiche di *Transfer Pricing*.

## 5. Conclusioni

L'OCSE, con gli ultimi sviluppi sulla disciplina del *Transfer Pricing*, ha dato maggiore definizione e certezza all'importanza dell'analisi funzionale, quale fattore chiave per la determinazione

delle operazioni aventi ad oggetto beni intangibili, tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo. Le funzioni svolte, le risorse impiegate ed i rischi assunti quali fattori determinanti della gestione del bene intangibile, definiscono la proprietà economica del bene rispetto alla proprietà legale (*Substance-over-form*). Questo si traduce, sotto il punto di vista fiscale, nell'imposizione del maggior valore derivante dai beni immateriali nel Paese dove sono localizzati i fattori di produzione di detti beni. Questa significativa evoluzione della disciplina, sul piano teorico, contribuisce a contrastare il fenomeno dello spostamento dei profitti, per perseguire il solo scopo del risparmio fiscale. Sul piano pratico, l'OCSE ha confermato che tali nuovi sviluppi sono già applicabili e pertanto solo nei prossimi 5/10 anni saremo in grado di valutare l'effettivo risultato raggiunto. Per altro il metodo reddituale del *Profit Split* risulta ancora molto critico e di difficile applicazione; l'OCSE ha pertanto confermato un ulteriore approfondimento dell'argomento sul metodo, previsto nel 2016/2017.

Questi ultimi sviluppi del *Transfer Pricing* dei beni immateriali, insieme alle altre azioni del progetto BEPS, avranno un impatto notevole sui *business* delle maggiori imprese sovranazionali, al punto tale che in molti casi potrebbero essere costrette a rivedere il loro assetto societario.

Oggi si può affermare che, nonostante i progressi significativi della disciplina, il *Transfer Pricing* dei beni immateriali resta una tematica di difficile applicazione; l'interesse dei Paesi OCSE nel contrastare l'erosione delle basi imponibili e la concorrenza fiscale internazionale, comporterà un continuo sviluppo futuro della materia, che caratterizzerà la disciplina fiscale internazionale.

### Elenco delle fonti fotografiche:

[http://www.dimaggioeassociati.com/uploads/2/0/4/4/20444625/5982067\\_orig.png](http://www.dimaggioeassociati.com/uploads/2/0/4/4/20444625/5982067_orig.png) [12.02.2016]

<http://www.madhyam.org.in/wp-content/uploads/2007/05/transfer-pricing.jpg> [12.02.2016]

<http://www.charteredclub.com/wp-content/uploads/2011/10/tp1.jpg> [12.02.2016]

[1] Principio per il quale le operazioni devono avvenire alle medesime condizioni in cui sarebbero state attuate tra soggetti completamente indipendenti.

[2] OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 22 luglio 2010, capitolo VI.

[3] OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 22 luglio 2010, capitolo VI, § 6.13.

[4] OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 22 luglio 2010, capitolo VI, § 6.2, pagina 191.

[5] OCSE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parigi 2013, capitolo 3, pagina 20.

[6] OCSE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Action 8-10 – 2015 final reports, Parigi 2015, §6.6, pagina 67.

[7] OCSE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Action 8-10 – 2015 final reports, Parigi 2015, sezione B, pagina 73.

[8] OCSE/G20, BEPS Project, *Guidance on Transfer Pricing Aspects on Intangibles – Action 8*, Parigi 2014, sezione B, pagina 39.

[9] OCSE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Action 8-10 – 2015 final reports, Parigi 2015, pagina 10.

[10] OCSE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Action 8-10 – 2015 final reports, Parigi 2015, pagina 14.

[11] OCSE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Action 8-10 – 2015 final reports, Parigi 2015, pagina 10.

[12] OCSE, *Review of comparability and profit method: Revision of chapters I-III of the transfer pri-*

*cing guidelines*, Parigi, 22 luglio 2010, § 2.124.

[13] OCSE, *Review of comparability and profit method: Revision of chapters I-III of the transfer pricing guidelines*, Parigi, 22 luglio 2010, § 2.125.

[14] OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 22 luglio 2010, capitolo III, § 3.73.

[15] OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 22 luglio 2010, capitolo II, § 2.128.

[16] Il *Master File* è la documentazione che contiene tutte le informazioni comuni valide a tutti i soggetti appartenenti al gruppo sovranazionale. Il *Local File* è la documentazione che contiene tutte le informazioni relative alla singola società del gruppo.