



Dipartimento di *Giurisprudenza*

Cattedra di *Diritto Tributario*

**IL TRANSFER PRICING E GLI INTANGIBILI  
NELL'ERA POST-BEPS**

**Relatore**

Chiar.mo Prof. Giuseppe Melis

**Candidato**

Tommaso Maria Angelini

Matr.118793

**Correlatore**

Chiar.ma Prof.ssa Livia Salvini

Anno Accademico 2018/2019



## INDICE

<b>Introduzione.....</b>	<b>7</b>
--------------------------	----------

### CAPITOLO I

#### LA PIANIFICAZIONE FISCALE DELLE IMPRESE IN UN'ECONOMIA GLOBALIZZATA

1. Da una struttura di impresa multinazionale a una struttura di impresa sovranazionale. .....	12
2. La concorrenza fiscale nell'era della "new economy". .....	16
3. Politiche di <i>transfer pricing</i> nelle operazioni transnazionali.....	23

### CAPITOLO II

#### IL TRANSFER PRICING E L'ARM'S LENGTH PRINCIPLE

##### Sezione I

##### I princìpi fondamentali

1.1. Il principio di libera concorrenza ( <i>Arm's length principle</i> ) e le sue origini. ....	27
1.1.1. Il concetto di imprese associate. ....	33
1.2. L'apporto dato dalle Linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento per imprese multinazionali e amministrazioni fiscali. ....	37
1.3. Natura del principio di libera concorrenza e controversie nella sua applicazione. .	39

##### Sezione II

##### La determinazione dei prezzi di trasferimento in transazioni tra imprese associate

2.1. Delineazione delle transazioni intercorse tra imprese associate.....	45
---	----

2.2. Metodi usati per la determinazione dei prezzi di trasferimento e criteri di selezione ( <i>best method rule</i> ).....	50
2.2.1 Metodi tradizionali basati sulla transazione. ....	52
2.2.1.1 Il metodo del confronto del prezzo ( <i>CUP</i> ). ....	52
2.2.1.2. Il metodo del prezzo di rivendita ( <i>Resale price method</i> ).....	53
2.2.1.3. Il metodo del costo maggiorato ( <i>Cost plus method</i> ).....	54
2.2.2. Metodi basati sull'utile delle transazioni.....	55
2.2.2.1. Metodo del margine netto della transazione ( <i>TNMM</i> ).....	56
2.2.2.2. Metodo di ripartizione dell'utile ( <i>Profit split method</i> ). ....	57
2.3. L'analisi di comparabilità.....	60

### **Sezione III**

#### **Il principio di libera concorrenza nell'ordinamento italiano**

3.1. La previgente disciplina e il riferimento al valore normale.....	65
3.2. L'introduzione del principio di libera concorrenza in Italia.....	68
3.3. La <i>ratio</i> della disciplina interna.....	71

## **CAPITOLO III**

### **LA DISCIPLINA DEL TRASNFER PRICING DEI BENI**

#### **IMMATERIALI NELL'ERA POST-BEPS**

#### **Sezione I**

##### **Gli *intangibles* e il BEPS**

1.1. L'accresciuta rilevanza dei beni immateriali nelle multinazionali odierne e le criticità applicative dell' <i>arm's length principle</i> . ....	75
1.1.1. Opportunità fiscali tramite trasferimento della proprietà intellettuale: i principali schemi di pianificazione fiscale aggressiva.....	81
1.2. Il Rapporto BEPS. ....	88
1.2.1. <i>La volontà di modificare il principio di libera concorrenza: una lente sulle azioni 8-10 del progetto BEPS e sul nuovo Capitolo VI delle TP Guidelines....</i>	93

1.2.2. Sostanza, creazione del valore e <i>arm's length principle</i> . .....	101
1.2.3. Possibili alternative all' <i>arm's length principle</i> e le criticità riscontrate..	105

## **Sezione II**

### **L'identificazione degli *intangibles***

2.1. I beni immateriali rilevanti ai fini del <i>transfer pricing</i> .....	110
2.2. Categorie di beni immateriali: in particolare “ <i>marketing intangible</i> ” e “ <i>trade intangible</i> ”.....	117
2.3. Illustrazione esemplificativa dei beni immateriali più significativi. ....	119

## **Sezione III**

### **La proprietà legale e la proprietà economica dei beni immateriali**

3.1. La ripartizione dei profitti generati dal gruppo per lo sfruttamento dei beni immateriali. Profili generali.....	124
3.2. La rilevanza delle condizioni contrattuali e delle registrazioni legali. ....	127
3.3. Il diritto relativo del titolare giuridico ai rendimenti derivanti dall'uso dei beni immateriali.....	129
3.4. Distinzione tra remunerazione anticipata ( <i>ex ante</i> ) e remunerazione effettiva ( <i>ex post</i> ). ....	130
3.5. Elementi dell'analisi funzionale (“ <i>DEMPE analysis</i> ”) ai fini della corretta remunerazione delle entità del gruppo.....	132
3.5.1. Prestazioni e controllo delle funzioni. ....	134
3.5.2. Utilizzo delle risorse.....	137
3.5.3. Assunzione dei rischi.....	139

## **Sezione IV**

### **Natura della transazione**

4.1. Operazioni che hanno ad oggetto il trasferimento di beni immateriali o di diritti relativi a beni immateriali.....	142
4.1.1. Trasferimenti di combinazioni di beni immateriali. ....	144

4.1.2. Trasferimenti contestuali di beni immateriali e beni materiali o erogazione di servizi.....	146
4.2. Beni immateriali utilizzati nell’ambito di transazioni tra parti associate. ....	147

## **Sezione V**

### **L’analisi di comparabilità per le transazioni in cui siano coinvolti beni immateriali**

5.1. Difficoltà nella ricerca di beni comparabili e nella determinazione del valore al momento della transazione. ....	149
5.2. Caratteristiche uniche dei beni immateriali come fattori di comparabilità aggiuntivi. ....	150
5.3. Considerazione dei rischi al fine di valutare i trasferimenti e i beni paragonabili ed eventuali aggiustamenti di comparabilità. ....	153
5.4. I metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento più adatti secondo l’OCSE .....	155
5.5. Beni immateriali per i quali la valutazione è altamente incerta al momento della transazione.....	159
5.6. “ <i>Hard to value intangible</i> ” e problemi connessi alla determinazione del loro prezzo .....	160

<b>Conclusioni.....</b>	<b>165</b>
-------------------------	------------

<b>Bibliografia.....</b>	<b>173</b>
--------------------------	------------

## INTRODUZIONE

Nel contesto economico contemporaneo, sono sempre più numerose le imprese multinazionali che sfruttano le libertà commerciali di un mondo globalizzato, oltre che gli strumenti tecnologici e di comunicazione più all'avanguardia per intraprendere operazioni commerciali di grande valore.

Tali multinazionali si caratterizzano per essere integrate a livello globale e nella maggior parte dei casi le transazioni che pongono in essere avvengono tra imprese dello stesso gruppo multinazionale. Questa è la naturale conseguenza del fatto che le multinazionali hanno la possibilità di scegliere dove svolgere ogni singola funzione che apporta valore al gruppo in base alle caratteristiche delle singole funzioni che svolgono, degli ordinamenti giuridici e dei mercati dei diversi Paesi in cui decidono di dislocarsi.

Le multinazionali, al pari di tutte le imprese commerciali, hanno l'obiettivo di massimizzare i profitti ma hanno più opportunità di riuscirci in virtù della possibilità di sfruttare al meglio le opportunità date da un mercato aperto. In particolare, per massimizzare i profitti si cercheranno di abbattere i costi, da quelli di produzione a quelli fiscali.

Naturalmente, l'obiettivo di sostenere meno costi fiscali al fine di massimizzare i profitti è lecito e può essere perseguito attraverso le opportunità che ogni territorio fornisce sotto forma di incentivi fiscali al fine di attrarre investimenti. Tuttavia, le multinazionali che hanno libertà di decidere in quali territori dislocarsi possono compiere delle valutazioni strategiche su come sfruttare a proprio vantaggio l'insieme delle regole nazionali, sovranazionali e internazionali, individuando delle incongruenze tra i diversi trattati fiscali esistenti contro le doppie imposizioni internazionali e tra le diverse legislazioni tributarie nazionali che permettono loro di ridurre il carico fiscale in modo formalmente lecito ma sostanzialmente contrario alla ragione fondante delle leggi che sfruttano.

È questo il fenomeno dell'elusione fiscale, cioè lo sfruttamento delle regole esistenti per ottenere un maggiore risultato economico; ciò avviene attraverso una deviazione dalla strada diretta tracciata dall'ordinamento con il fine di aggirare un determinato presupposto d'imposta per attenuare o eliminare del tutto l'onere fiscale relativo al presupposto eluso<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Così MELIS G., *Lezioni di diritto tributario*, Quarta Edizione, G. Giappichelli, Torino, 2016, pp.101-102.

Data la tendenza delle multinazionali a ridurre al minimo l'onere fiscale sfruttando i più favorevoli regimi fiscali di determinati Stati, l'OCSE, che sin dalla sua nascita, tra le altre cose, si occupa di coordinare i lavori sulle questioni fiscali internazionali, ha stabilito che esiste una concorrenza fiscale dannosa da parte di alcuni Stati e nel primo Capitolo la questione sarà esaminata cercando di capire la portata del problema e quali misure sono state adottate per cercare di risolverlo.

Quando le multinazionali pongono in essere transazioni tra imprese associate, per ogni operazione, che sia una cessione di beni fisici, di beni immateriali ovvero una prestazione di servizi, verrà stabilito un corrispettivo chiamato prezzo di trasferimento. Facendo riferimento a quanto affermato sulla forte concorrenza fiscale tra Stati, uno degli strumenti che possono utilizzare le multinazionali per ridurre la pressione fiscale nei Paesi ad alta fiscalità e spostare i profitti verso i Paesi a bassa fiscalità è proprio la manipolazione dei prezzi di trasferimento, cioè il c.d. *transfer pricing*.

In sostanza, le imprese associate, manipolando i prezzi di trasferimento, cercano di alzare o abbassare i prezzi delle transazioni in base a dove sia più conveniente generare una maggiore quantità di utili. Ciò significa che se un'impresa del gruppo risiede in un c.d. paradiso fiscale, ha interesse a vendere a una consociata residente in un Paese ad alta fiscalità a un prezzo molto elevato, per due principali motivazioni: in primo luogo, nel paradiso fiscale i copiosi profitti ottenuti dalla vendita saranno tassati con un'aliquota prossima allo zero; in secondo luogo, l'impresa associata che acquista a un prezzo molto elevato avrà diritto a dedurre quei costi dal reddito d'impresa, abbattendo di conseguenza la propria base imponibile nel Paese ad alta fiscalità.

Per contrastare il suddetto fenomeno, sin dagli anni '30 del secolo scorso, prima la Lega delle Nazioni e poi l'OCSE si sono adoperate per cercare una regola in grado di identificare i prezzi delle transazioni tra parti associate come se queste fossero avvenute tra parti indipendenti. È stato così introdotto il c.d. *arm's length principle* o principio di libera concorrenza, che considera le varie imprese di un gruppo multinazionale come se fossero imprese indipendenti, secondo la finzione giuridica del c.d. "*separate entity approach*".

Nel secondo Capitolo sarà analizzata nel dettaglio la nascita e l'evoluzione dell'*arm's length principle* e i casi in cui questo deve essere applicato con particolare riferimento al concetto di imprese associate.

Un'altra questione che da sempre suscita dibattiti in dottrina attiene alla natura insita nel principio di libera concorrenza poiché ci si chiede se questo debba avere carattere

antielusivo ovvero sia da considerare una regola improntata alla giusta allocazione tra gli Stati dei redditi generati da transazioni interne ad un gruppo multinazionale. Anche tale argomento sarà sviluppato nell'arco del secondo Capitolo.

Un altro aspetto sul quale ci si soffermerà riguarda la possibilità di sostituire l'*arm's length principle*, lasciando cadere il "*separate entity approach*" in luogo di un più realistico "*single entity approach*", che consiste nel considerare i membri di una multinazionale come se si trattasse di un unico soggetto e ripartire di conseguenza i redditi in base a una formula prestabilita. In proposito, si esamineranno le ragioni per le quali l'OCSE ritiene opportuno focalizzarsi ancora sull'*arm's length principle*.

Infine, il secondo Capitolo si chiuderà analizzando come l'OCSE intende applicare il principio di libera concorrenza attraverso un'analisi di comparabilità che prevede l'uso di diversi metodi per pervenire a un prezzo di libera concorrenza. Si vedrà quando un metodo dovrà essere preferito all'altro e le ragioni per cui alcuni sono ritenuti più adeguati di altri per raggiungere il risultato prefissato in base alle caratteristiche delle transazioni da esaminare.

Le regole in materia di *transfer pricing*, al giorno d'oggi, sono soggette a particolari sfide in seguito al sempre maggiore coinvolgimento dei beni immateriali nelle transazioni infragruppo. La questione è di grande attualità se si pensa le grandi multinazionali statunitensi investono ogni anno negli intangibili oltre duemila miliardi di dollari. Infatti, se fino a circa trent'anni fa la maggior parte del valore creato dalle imprese era creato attraverso *assets* fisici, oggi la maggior parte del valore è costituito da *assets* immateriali poiché il valore non viene più creato dai macchinari delle imprese, che possono essere posseduti anche dalle imprese concorrenti, bensì dalle idee delle persone che sviluppano nuove strade per produrre prodotti e creare nuovi tipi di *business*<sup>2</sup>.

Nel terzo Capitolo saranno analizzate in primo luogo quali sono le caratteristiche proprie degli intangibili e le ragioni per le quali l'applicazione dell'*arm's length principle* alle transazioni aventi ad oggetto i beni immateriali può risultare critica. Inoltre, si esamineranno i maggiori schemi di pianificazione fiscale aggressiva che negli ultimi anni hanno creato il fenomeno noto come BEPS, cioè *base erosion and profit shifting*, ossia l'erosione delle basi imponibili e lo spostamento dei profitti.

---

<sup>2</sup> Così Baruch Lev, <https://pomiloblumm.eu/it/news/intangibles-la-rivoluzione-dei-valori-intangibili-secondo-baruch-lev/>.

Tali schemi hanno infatti permesso, attraverso le transazioni infragruppo, di allocare gli utili derivanti dallo sfruttamento degli intangibili verso imprese del gruppo che nella sostanza non svolgevano le funzioni prevalenti né assumevano i rischi necessari per contribuire al valore degli intangibili.

Per contrastare questi schemi di pianificazione fiscale, l'OCSE, su impulso del G20, nel 2013 ha dato vita al c.d. Progetto BEPS. Sempre nel terzo capitolo sarà analizzata la struttura del Progetto BEPS e in particolare le disposizioni in materia di *transfer pricing* e *intangibles*. In particolare, vale la pena di anticipare che l'OCSE ha richiesto un nuovo approccio basato sulla sostanza attraverso l'introduzione del criterio dell'allocatione dei profitti dove il valore viene creato, anche se non è stato mai specificato cosa dovesse intendersi esattamente con l'espressione *value creation*.

Sarà analizzato nel dettaglio cosa debba intendersi per sostanza secondo l'OCSE e in cosa consista il concetto di *value creation*, cercando nello specifico di comprendere come questo possa conciliarsi con l'*arm's length principle*. Sarà quindi esaminato se un approccio alternativo a quello delle entità separate possa essere più appropriato in seguito al Progetto BEPS, anche attraverso l'analisi della proposta di direttiva della Commissione Europea relativa alla c.d. CCCTB.

Un'altra questione di grande rilievo è comprendere cosa debba qualificarsi intangibile ai fini del *transfer pricing* e cosa invece debba essere considerato meramente un fattore di comparabilità quando si applica l'*arm's length principle*. Per tale ragione sarà fornita una distinzione, in base alle disposizioni dell'OCSE, su cosa debba intendersi per *intangibles* e la differenza con i c.d. *soft intangibles* o *value enhancers*. Sempre nell'ambito dell'identificazione degli intangibili, sarà inoltre fornita una panoramica sulle differenze tra intangibili ai fini contabili e a fini del *transfer pricing*, per finire con un approfondimento dei principali intangibili e dei principali *value enhancers*.

In seguito, si analizzerà il modo in cui è possibile applicare il nuovo concetto di tassare nel luogo in cui il valore viene creato, sottolineando il ruolo dell'analisi funzionale. In particolare, si focalizzerà l'attenzione sulla distinzione tra proprietà giuridica e proprietà economica degli intangibili e sulle c.d. funzioni DEMPE, avendo riguardo delle funzioni esercitate, beni utilizzati e rischi assunti in relazioni alle suddette funzioni ai fini della corretta allocatione dei profitti tra i diversi membri di una multinazionale.

Ancora, saranno indicati quali tipi di transazioni con oggetto gli intangibili possono aver luogo tra imprese associate e le caratteristiche di ogni tipologia di transazione.

Infine, si esamineranno le particolari caratteristiche e i fattori aggiuntivi da considerare nell'analisi di comparabilità per determinare i prezzi delle transazioni in cui siano coinvolti i beni immateriali. In questo contesto, da un lato, si vedrà quali metodi sono raccomandati in transazioni infragruppo aventi ad oggetto gli intangibili e il perché di queste raccomandazioni, dall'altro si analizzerà come vengono trattati i c.d. *hard-to-value intangibles*, la ragione per cui meritano un diverso trattamento e soprattutto la compatibilità del suddetto trattamento con il principio di libera concorrenza.

# CAPITOLO I

## LA PIANIFICAZIONE FISCALE DELLE IMPRESE IN UN'ECONOMIA GLOBALIZZATA

### 1. *Da una struttura d'impresa multinazionale a una struttura d'impresa sovranazionale.*

Nel nostro tempo, esponenzialmente ormai da decenni, si sente parlare di grandi gruppi multinazionali, con i quali ci relazioniamo quotidianamente più o meno consapevolmente, avendo essi toccato e in parte modificato la maggior parte dei settori della nostra vita, dai mezzi di comunicazione a quelli di informazione, dalle mode sino alle abitudini alimentari.

Per molto tempo, fin dalla loro nascita, tali gruppi si sono configurati come un insieme di aziende nazionali, parallele tra loro, ciascuna delle quali in buona parte autosufficiente, in ragione dei vincoli di natura essenzialmente burocratica, valutaria e doganale posti dal mercato. Naturalmente le aziende del gruppo non erano da considerarsi totalmente indipendenti, poiché nel quadro che si delineava erano sempre presenti coordinamenti, indirizzi comuni e sinergie di gruppo, tuttavia in misura inferiore rispetto a quelle che sarebbero state le sinergie gestionali all'interno di un unico ambiente economico, privo dei suddetti vincoli<sup>3</sup>.

Quando dagli anni '90 dello scorso secolo tali vincoli sono venuti gradualmente meno, di area in area geografica – in particolare in Europa con l'abbattimento delle barriere valutarie, la moneta unica e la libera circolazione di persone, imprese e capitali<sup>4</sup> – quelle

---

<sup>3</sup> LUPI R., *Dal Gruppo multinazionale all'azienda sovranazionale: i rapporti di "lavorazione per conto"*, in *Dialoghi Tributarî*, n.5 del 2013.

<sup>4</sup> Il 7 Febbraio del 1992 è stato siglato il Trattato di Maastricht dai rappresentanti di 12 Paesi europei. Si tratta del trattato che ha segnato l'inizio di una cooperazione sempre più stretta fra i popoli europei, creando le premesse per l'istituzione di una moneta unica europea, idea che già era stata lanciata agli inizi degli anni '60 dalla Commissione europea senza successo a causa dell'instabilità che caratterizzava il contesto economico degli anni '70. Il Trattato di Maastricht ha definito dunque le tre fasi che costituivano un processo di transizione ai quali gli Stati si sarebbero dovuti adattare ai fini dell'introduzione dell'euro:

- Fase 1: introduzione della libera circolazione dei capitali fra Stati membri;

società del gruppo che prima erano tendenzialmente autosufficienti ebbero e sfruttarono la possibilità materiale, giuridica e organizzativa di integrarsi con le società del gruppo presenti nella stessa area geografica. Come conseguenza naturale dell'integrazione, l'intero gruppo andava rafforzando le proprie funzioni, poiché la casa madre, che prima si rapportava bilateralmente con ogni singola società della stessa area geografica, ora poteva usufruire dell'integrazione giuridico-economica di intere aree geopolitiche per rapportarsi con dei centri di coordinamento che avevano il compito di coordinare le società del gruppo su quel territorio, canalizzando così i rapporti tra singole società e casa madre<sup>5</sup>.

Così, da un gruppo di società fundamentalmente autarchiche, sebbene collegate tra di loro, negli ultimi decenni si è passati ad una struttura di impresa sovranazionale, all'interno della quale, da un lato, le società nazionali consociate rimangono sotto un profilo giuridico "sorelle"<sup>6</sup>, essendo comunque tenute a formalizzare tramite contratto i rapporti giuridici che intercorrono tra di loro<sup>7</sup>, dall'altro lato, sotto il profilo economico ciascuna presenta caratteristiche proprie rispetto alle altre, svolgendo solo determinate porzioni del business globale del gruppo, come ad es. la ricerca, la produzione di certi elementi, il marketing o la gestione degli *intangibile*<sup>8</sup>.

Dati dunque questi elementi, la dottrina è pressoché concorde nel rilevare che il modello economico e organizzativo delle multinazionali si contraddistingue per la dispersione a livello geografico con l'accentramento della proprietà<sup>9</sup>, mentre a livello di struttura societaria l'elemento caratterizzante della multi-nazionalità si trova nella "dicotomia tra

- 
- Fase 2: rafforzamento della cooperazione fra le banche centrali nazionali e maggiore allineamento delle politiche economiche degli Stati membri;
  - Fase 3: graduale introduzione dell'euro e attuazione di una politica monetaria unica, di competenza della BCE.

Sono poi state introdotte regole finalizzate a preservare la stabilità dei prezzi nell'area euro anche dopo l'ingresso di nuovi paesi.

<sup>5</sup> LUPI R., *op. cit.*

<sup>6</sup> Assonime, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e apparenza*, Note e studi, n.15/2017.

<sup>7</sup> LUPI R., *op.cit.*

<sup>8</sup> Assonime, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e apparenza*, cit.

<sup>9</sup> BRINO V., *Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori tra profili di criticità e nuovi "esperimenti" regolativi*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n.1/XXV, 2015.

unicità dell'impresa in senso economico-aziendale e diversità giuridica delle unità operanti nei diversi Stati”<sup>10</sup>. L'impresa appare perciò internazionalizzata rispetto al suo raggio d'azione, mentre è nazionalizzata con riferimento ai regimi giuridici applicabili, fatto che denota un evidente divario tra la dimensione sovranazionale del suo business e la portata nazionale delle norme applicabili a ciascuna società-unità che compone il gruppo, al punto che usare il termine “multinazionale” per descrivere tale modello di impresa potrebbe risultare inappropriato sotto un profilo prettamente giuridico allorché siamo di fronte a società che nei propri ordinamenti giuridici mantengono la loro connotazione nazionale<sup>11</sup>.

Con riferimento a quanto detto finora, osservando l'evolversi della realtà attuale si nota che una conseguenza della globalizzazione è la sempre maggiore presa di posizione di una nuova forma di diritto, che va al di là della legge, sia essa nazionale o internazionale, e si identifica nella c.d. *lex mercatoria*, cioè un insieme di misure politiche ed economiche prodotte privatamente dal mondo imprenditoriale rappresentato in prevalenza proprio dalle grandi imprese a carattere sovranazionale o transnazionale per soddisfare interessi economici privati<sup>12</sup>. Le istituzioni pubbliche, per contrastare il fenomeno ricorrono all'uso di strumenti che vengono definiti “quasi normativi”, trattandosi di atti, come ad esempio regole di condotta o linee guida, che non hanno per propria natura forza vincolante ma che possono produrre efficaci effetti pratici: vengono a prodursi dunque dinamiche giuridiche poste al servizio dei mutevoli bisogni del mercato<sup>13</sup>.

Di fronte a chi ritiene che il moltiplicarsi di norme transfrontaliere e di sistemi totalmente autonomi nonché privati, avrebbe fatto nascere un effettivo diritto globale, inteso come il diritto che regola l'economia globalizzata, autorevole dottrina sostiene che tuttavia un diritto di questo tipo in quanto tale non possa esistere, giacché tutto ciò che viene ad esso equiparato è in realtà luogo in cui concorrono e si scontrano diversi interessi nazionali<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> BONFANTI A., *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente*, Giuffrè, 2012.

<sup>11</sup> BRINO V., *op. cit.*; DELLA ROVERE A., VINCENTI F., *La rilevanza della gestione della value chain nelle imprese multinazionali*, in *Amministrazione e Finanza*, n.7 del 2017, p.57.

<sup>12</sup> GALLO F., *Il diritto e l'economia. Costituzione, cittadinanza e partecipazione*, in *Rassegna Tributaria*, n.2 del 2016, p.287.

<sup>13</sup> FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Il mulino, 2000, pp.91 ss.

<sup>14</sup> GALLO F., *op. cit.*

Con il mutamento della struttura delle multinazionali, che si sono trasformate in quelle che oggi sono imprese integrate a livello globale, sono nate le c.d. *Global value chain*<sup>15</sup>, nelle quali, come accennato, le fasi del processo di produzione del bene o del servizio finale si sviluppano ognuna in un diverso Paese<sup>16</sup>. Si assiste così ad una vera e propria specializzazione delle funzioni aziendali, scelta d'altronde necessaria per far fronte alla sempre maggiore competitività scaturita dalla globalizzazione<sup>17</sup>.

La possibilità di differenziare le attività che compongono la *Global value chain* nei diversi territori di tutto il globo offre evidentemente all'impresa una serie di benefici che le multinazionali sfruttano al meglio, dislocando le funzioni in Paesi che agevolano segmenti di attività puntualmente identificati: possono così usufruire della produzione in Stati con bassi costi del lavoro, delle agevolazioni fiscali o doganali, di scarsi o nulli vincoli in materia di tutela ambientale, della collocazione della struttura finanziaria dove è minimo l'impatto fiscale sui redditi da capitale, oltre che della distribuzione negli Stati consumatori con transazioni infragruppo tramite imprese sussidiarie collocate in quei Paesi, c.d. paradisi fiscali, che consentono politiche di *transfer pricing* aggressive<sup>18</sup>.

Inoltre, bisogna considerare come l'avanzare della tecnologia e la diffusa presenza di prodotti digitali, che possono essere agevolmente forniti via internet, ha permesso una maggiore espansione territoriale delle multinazionali, permettendo a queste di localizzare molte attività produttive in località geografiche distanti dalla sede fisica, come è stato ricordato dal Rapporto BEPS di cui si dirà in seguito<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Il concetto di *value chain* è stato introdotto da Michael Porter nel 1985, all'interno della sua opera "*Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*". La catena del valore descrive l'intera gamma di attività necessarie per portare un prodotto o un servizio dalla progettazione, attraverso le fasi intermedie della produzione (che implicano una combinazione di trasformazione fisica e l'input di vari servizi del produttore), alla consegna ai consumatori finali, fino allo smaltimento finale dopo l'uso. Cfr. KAPLINSKY R., *Spreading the Gains from Globalization: What Can Be Learned from Value-Chain Analysis?*, Problems of Economic Transition, 2004.

<sup>16</sup> DELLA ROVERE A., VINCENTI F., *op. cit.*

<sup>17</sup> Assonime, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e apparenza*, cit.

<sup>18</sup> BRINO V., *op. cit.*; FREDIANI A., *La web tax in cerca di identità tra catena del valore e sottrazione di materia imponibile*, in *Il fisco*, n.46 del 2017, p.1-4458.

<sup>19</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

## 2. La concorrenza fiscale nell'era della "new economy".

La nascita delle nuove multinazionali strutturate a livello sovranazionale ha impattato sul sistema dell'imposizione diretta e delle regole fiscali internazionali che per quasi un secolo hanno trovato applicazione.

I regimi tradizionali di tassazione delle società si basano o sulla fonte del reddito o sulla residenza, ovvero su un sistema ibrido<sup>20</sup>.

La tassazione basata sulla fonte, secondo cui i non residenti sono tassati sul reddito derivante da un Paese c.d. "fonte", assegna i diritti di imposizione al Paese in cui ha avuto luogo la produzione dei beni o dei servizi venduti. La tassazione basata sulla fonte trova generalmente giustificazione nella teoria secondo la quale i contribuenti dovrebbero pagare le tasse in base ai costi causati al governo di un Paese o al beneficio derivante dall'uso delle infrastrutture e dei servizi dello stesso<sup>21</sup>.

Per contro, la tassazione basata sulla residenza, secondo cui le imprese che sono fiscalmente residenti in un Paese sono tassate sul loro reddito mondiale, trova fondamento nella dottrina che prevede che le imprese debbano contribuire ai servizi pubblici forniti per loro dal loro Paese di residenza<sup>22</sup>.

Ambedue le suddette teorie derivano dal più ampio principio del beneficio. Quest'ultimo è fondato sull'idea che la tassazione sia giustificata dal fatto che del sostegno è sempre concesso ad un contribuente per generare del reddito su un dato territorio. Pertanto, tale principio legittima la tassazione basata sulla fonte, ma non esclude la tassazione basata sulla residenza: il contribuente infatti svolge inevitabilmente alcune attività economiche nel luogo di residenza e inoltre questo, nella conduzione dell'attività economica,

---

<sup>20</sup> Si vedano in proposito, senza pretesa di esaustività: VOGEL K., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, Kluwer Law International, 1997; BENNETT M.C., DUNAHOO C.A., *The Attribution of Profits to a Permanent Establishment: Issues and Recommendations*, in *Intertax*, Volume 33, Issue 2, 2005; SCHAFFNER J., *The Territorial Link as a Condition to Create a Permanent Establishment*, in *Intertax*, Volume 41, Issue 12, 2013; KEMMEREN E.C.C.M., *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach*, in *Bulletin for International Taxation*, November 2006.

<sup>21</sup> SKAAR A.A., *Permanent Establishments*, Kluwer Law International, 1991.

<sup>22</sup> GANN P., *The Concept of an Independent Treaty Foreign Tax Credit*, *Tax L. Rev.* 58, 1982.

approfitta dei servizi sociali forniti dal Paese residente (ad esempio, l'uso di infrastrutture di trasporto e di pubblici servizi)<sup>23</sup>.

Per quanto riguarda la ripartizione dei poteri impositivi tra gli Stati, fin da quando gli standard internazionali di tassazione sono stati concepiti negli anni trenta dello scorso secolo, ai fini di evitare le doppie imposizioni internazionali, la residenza ha assunto un ruolo prevalente per l'assegnazione dei poteri impositivi ad un dato Paese, poiché identificava il luogo in cui era situata la sede di direzione effettiva della società in senso sostanziale e generalmente accoglieva, nel contempo, la sede principale di esercizio dell'attività sociale e quella da cui provenivano sia i capitali d'investimento che le decisioni aziendali strategiche. Per riconoscere la potestà impositiva sui redditi dell'impresa ad uno Stato estero della fonte, invece, era necessario che la società avesse su quel territorio una stabile organizzazione<sup>24</sup> poiché senza una struttura fisica su un dato territorio era impossibile realizzare importanti volumi di vendite. Rispetto agli elementi di reddito c.d. passivi (cioè con riferimento ai flussi transnazionali di interessi, dividendi e *royalties*) è stata convenuta la tassazione sia nel Paese della fonte che in quello della residenza, essendo poi riconosciuto da quest'ultimo il credito per le imposte trattenute dal primo Stato<sup>25</sup>.

Con la globalizzazione e la frammentazione delle multinazionali in strutture specializzate nei diversi Stati, tuttavia, è venuta gradualmente meno la corrispondenza tra il Paese di produzione e il mercato di destinazione dei beni e servizi, a maggior ragione dopo la nascita delle imprese *hi tech*. Di fronte al mercato moderno, i classici criteri della tassazione basata sulla fonte o sulla residenza non sono più sufficienti. Oggi che le multinazionali sono imprese integrate a livello globale, spesso quando operano in Paesi diversi da quello di residenza non si avvalgono più dei servizi pubblici presenti in quel territorio e non hanno più bisogno di una stabile organizzazione – basti pensare all'e-commerce che si svolge unicamente online senza bisogno di una presenza fisica nel paese

---

<sup>23</sup> T'NG A., *The modern marketplace, the rise of intangibles and transfer pricing*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 5, 2016.

<sup>24</sup> Secondo l'OCSE per "stabile organizzazione" si intende "una sede fissa di attività attraverso la quale è esercitata in tutto o in parte l'attività di un'impresa" (OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing).

<sup>25</sup> Assonime, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e apparenza*, cit..

in cui avvengono le vendite – e questo fa venir meno la *ratio* alla base dell'imposizione nel Paese della fonte del reddito, erodendo inoltre la base imponibile di tali ordinamenti<sup>26</sup>. Anche la tassazione sulla base della residenza è messa in discussione dalla pianificazione fiscale delle multinazionali. Le imprese, infatti, possono distaccare il luogo di residenza fiscale, solitamente definita come il luogo di gestione e controllo centrale, dal luogo in cui sono localizzate le strutture operative e in cui i profitti sono generati o realizzati, considerando altresì che gli attuali strumenti informatici consentono di prendere ogni tipo di decisione dalle più disparate parti del globo<sup>27</sup>.

Questa situazione crea un disallineamento tra il luogo di produzione della ricchezza e il territorio sul quale uno Stato può esercitare la propria potestà impositiva. Così, le imprese multinazionali, nuovi contribuenti globali<sup>28</sup>, hanno messo in atto strategie di pianificazione fiscale, sfruttando, oltre la dislocazione delle proprie attività, anche gli oltre 3.000 trattati contro le doppie imposizioni esistenti tra i diversi Paesi per trarre vantaggio dalle differenze legislative tra Stati al fine di individuare la soluzione giuridica più congeniale ai propri interessi e alleggerire la propria pressione fiscale (c.d. *treaty shopping*)<sup>29</sup>, ma sempre attenendosi al rispetto formale delle leggi. L'apice si è toccato con le imprese della *new economy*, le quali in virtù delle loro caratteristiche e dei loro *asset* prevalentemente immateriali hanno esasperato gli standard fiscali esistenti attraverso interpretazioni di puro formalismo giuridico, ottenendo l'erosione e il distoglimento delle basi imponibili<sup>30</sup>. Nel contesto economico odierno, infatti, occorre considerare che caratteri quali la a-territorialità e la a-materialità dell'economia digitale, hanno permesso alle *web companies* pianificazioni fiscali aggressive, anche beneficiando del fatto che la dematerializzazione dei beni crea difficoltà nell'individuare i vari anelli

---

<sup>26</sup> T'NG A., *op. cit.*

<sup>27</sup> Assonime, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e apparenza*, cit.; T'NG A., *op. cit.*

<sup>28</sup> Cfr. Assonime, *Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali*, Note e Studi n.17/2016.

<sup>29</sup> MANGIAMELI S., *Il diritto alla giusta imposizione. La prospettiva del costituzionalista*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2016, 4, 1373.

<sup>30</sup> Sono stimate in 5,4 miliardi di euro le imposte 'perdute' dai Paesi europei con riferimento agli affari conclusi nel territorio dell'Unione da due sole multinazionali del web, Google e Facebook, nel triennio 2013-2015. Cfr. il *Report* dell'europarlamentare Paul Tang e Henri Bussink "EU Tax Revenue Loss from Google and Facebook", settembre 2017.

della *value chain* e i confini della potestà impositiva dei singoli Stati, causando l'emersione di pericolosi fenomeni di doppia non imposizione<sup>31</sup>.

In un contesto del genere, come accennato, i governi degli Stati, specialmente quelli in via di sviluppo, volendo potenziare la loro economia, hanno tutto l'interesse di attrarre capitale e lavoro nel proprio Paese offrendo basse aliquote o altri incentivi fiscali, ed è questa attitudine che viene definita "concorrenza fiscale". Tutto ciò non è sfuggito alla lente dell'OCSE<sup>32</sup>, che ha affermato "*l'ondata di riforme fiscali che ha attraversato i Paesi dell'OCSE e altri Paesi negli ultimi 15 anni è stata guidata in parte dal desiderio di raggiungere questo obiettivo. Le aliquote dei redditi personali e societari sono state significativamente ridotte, in particolare in Europa, e la base imponibile è stata ampliata per rimuovere molte distorsioni fiscali*"<sup>33</sup>. È infatti innegabile come le imposte rappresentino un costo per le imprese, le quali sulla base del carico fiscale da sostenere aumentano o diminuiscono le funzioni svolte e i rischi sopportati nei singoli Paesi<sup>34</sup>. La possibilità che hanno le nuove imprese integrate a livello globale, specialmente quelle della *new economy*, di differenziare il loro business come meglio conviene loro ha influenzato la politica fiscale dei governi, in quanto questi competono per l'acquisizione di alcuni beni di valore, come l'offerta di lavoro, il capitale finanziario e fisico, i valori immateriali, le entrate fiscali e le risorse naturali: di conseguenza, i governi e i contribuenti globali sono coinvolti in un processo di reciproche azioni e reazioni che hanno come propulsore la tassazione<sup>35</sup>.

Gli Stati che sono in competizione fiscale adottano regimi fiscali favorevoli (riduzione di aliquote, sussidi fiscali, agevolazioni fiscali, aliquote preferenziali settoriali, ecc.), ma così facendo rischiano di erodere le potenziali basi imponibili degli altri Stati. Tali misure possono avere effetti dannosi poiché, pur se risulta difficile determinare quale Paese abbia

---

<sup>31</sup> FREDIANI A., *op. cit.*

<sup>32</sup> Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico.

<sup>33</sup> OECD, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: 2006 Update on Progress in Member Countries*, p. 2.

<sup>34</sup> LOWELL C.H., HERRINGTON M., *Planning for multilateral tax controversy in the post-BEPS world*, in *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2015.

<sup>35</sup> PIANTAVIGNA P., *Tax competition and tax coordination in aggressive tax planning: a false dichotomy*, in *World Tax Journal*, November 2017.

perso gettito fiscale a scapito di un altro<sup>36</sup>, vi è una riduzione dell'imposta complessiva pagata da tutte le parti coinvolte nel loro insieme, che danneggia la concorrenza e l'equità<sup>37</sup>.

Fin dagli anni '90 L'OCSE, a seguito delle strategie che cominciavano ad attuare le multinazionali, ha tracciato una linea di demarcazione tra concorrenza fiscale accettabile e concorrenza fiscale non accettabile<sup>38</sup>. È così stato riconosciuto dal Report OCSE del 1998 "*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*"<sup>39</sup> che sono Paesi che attuano una concorrenza fiscale "dannosa" quelli che presentano le seguenti caratteristiche:

- a) assenza di tassazione o livello impositivo solo nominale;
- b) assente o insufficiente scambio di informazioni con le amministrazioni finanziarie degli altri Paesi;
- c) mancanza di trasparenza;
- d) mancanza di reale attività economica sul territorio nonché assenza di norme interne che diano rilevanza all'attività effettivamente svolta.

Inoltre, tali Paesi, in aggiunta ai benefici fiscali, forniscono altri incentivi per le imprese che vi si insediano quali il segreto bancario, l'assenza delle formalità normalmente previste per la costituzione di società di capitali, oltre a non prevedere determinati reati economici e finanziari e a non ostacolare l'uso del denaro contante<sup>40</sup>.

Infine, aggiunta a ciò, bisogna poi considerare che gli investimenti non sono mossi esclusivamente dalle minime aliquote o dall'opacità e riservatezza garantita, ma anche dalla possibilità di porre in essere *ruling* segreti e personalizzati con le amministrazioni

---

<sup>36</sup> OECD/G20, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Action 2: Final Report*, p. 15 (OECD/G20 2015).

<sup>37</sup> PIANTAVIGNA P., *op. cit.*

<sup>38</sup> Le conclusioni pertinenti del vertice del G7 di Lione del 1996 erano le seguenti: "... la globalizzazione sta creando nuove sfide nel campo della politica fiscale. I regimi fiscali volti ad attrarre attività finanziarie e altre attività geograficamente mobili possono creare una concorrenza fiscale dannosa tra gli Stati, comportando rischi di distorsioni degli scambi e degli investimenti e potrebbero portare all'erosione delle basi imponibili nazionali. Esortiamo vivamente l'OCSE a perseguire vigorosamente il suo lavoro in questo campo, volto a stabilire un approccio multilaterale in base al quale i paesi potrebbero operare individualmente e collettivamente per limitare la portata di queste pratiche. Seguiremo da vicino i progressi sul lavoro dell'OCSE, che dovrebbe produrre una relazione entro il 1998".

<sup>39</sup> OECD (1998), *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, Paris.

<sup>40</sup> TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario*, UTET giuridica, Milano, 2016, p.397.

locali in grado di detassare la gran parte dei profitti e di assoggettare alle aliquote domestiche (già estremamente ridotte) solo piccoli margini di utile: questo è il fenomeno che in particolare ha scosso l'Europa negli ultimi anni<sup>41</sup>.

Al contrario, la concorrenza fiscale “equa” può essere definita come la politica di un Paese indirizzata a ridurre la pressione fiscale, sia abbassando le aliquote fiscali sia concedendo crediti di imposta a entità residenti e non residenti; sono tuttavia necessari, affinché la concorrenza non sia considerata dannosa, lo scambio di informazioni con altre autorità fiscali e la piena trasparenza del sistema tributario. In quest'ultimo caso, qualora si adottino misure di vantaggio per le imprese, gli effetti sul gettito fiscale sono presi in considerazione dallo Stato che le adotta, mentre nel caso in cui le pianificazioni fiscali aggressive delle imprese sfruttano regimi preferenziali in Paesi che attuano una concorrenza fiscale dannosa, la perdita di entrate per lo Stato che avrebbe la potestà impositiva rappresenta un risultato imprevisto e destabilizzante<sup>42</sup>.

In pratica, secondo l'OCSE, la concorrenza fiscale dannosa si manifesta sotto la forma di un regime impositivo che rende difficile per gli altri Paesi adottare opportune contromisure al fine di salvaguardare la propria base imponibile.

Questo connubio tra concorrenza fiscale dannosa e pianificazione fiscale aggressiva ha generato i più importanti fenomeni di erosione delle basi imponibili (anche in considerazione del fatto che le imprese multinazionali della *new economy* spesso esprimono una capacità economica pari o superiore al PIL di diversi Stati!), e ciò ha colpito in particolare l'Unione Europea.

Negli ultimi tempi l'attrattività dei Paesi europei è cresciuta, poiché sia a livello sovranazionale che dei singoli Stati sono state prese contromisure contro i c.d. paradisi fiscali (le c.d. norme “anti-paradisi fiscali”), al punto che diversi Paesi, tra cui l'Italia, hanno concluso accordi per lo scambio di informazioni oppure trattati contro le doppie imposizioni con Stati già qualificati come paradisi fiscali, quali Hong Kong, Bermuda, Cayman, e ultimamente la Svizzera<sup>43</sup>. Sempre nell'ottica di combattere le politiche fiscali dannose degli Stati extracomunitari, il 5 dicembre 2017 il Consiglio dell'Unione Europea

---

<sup>41</sup> Assonime, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e apparenza*, cit.

<sup>42</sup> Cfr. PIANTAVIGNA P., *op. cit.*; Assonime, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e apparenza*, cit.

<sup>43</sup>ZANTONELLI F., *Svizzera, da fine settembre cade il totem segreto bancario*, [https://www.repubblica.it/economia/2018/09/22/news/svizzera\\_da\\_fine\\_settembre\\_cade\\_il\\_totem\\_segret\\_o\\_bancario-206449998/](https://www.repubblica.it/economia/2018/09/22/news/svizzera_da_fine_settembre_cade_il_totem_segret_o_bancario-206449998/), 2018.

ha stilato un elenco di 17 Stati non collaborativi da un punto di vista fiscale – nei confronti dei quali saranno applicate le normative “anti-paradisi fiscali” – sulla base di tre criteri<sup>44</sup>:

- mancanza di un adeguato scambio di informazioni;
- adozione di misure di concorrenza fiscale scorretta;
- mancata adesione alle iniziative del rapporto BEPS.

Bisogna considerare che i Paesi dell’Unione, i quali hanno proceduto ad armonizzare le imposte relative agli scambi (le imposte doganali, Iva e accise), hanno mantenuto la competenza esclusiva nell’ambito delle imposte sul reddito, da esercitare comunque nel rispetto dei principi e delle libertà fondamentali<sup>45</sup>. In un ambiente che concede discrezionalità agli Stati membri, l’intervento comunitario è riferito solo a quei casi in cui si manifesta un abuso della discrezionalità tramite la concessione di aiuti di Stato aventi carattere selettivo (in questo caso di carattere fiscale), espressamente vietati dall’art.107, paragrafo 1 del TFUE<sup>46</sup>.

I *ruling* attuati a livello europeo, di cui prima si accennava, hanno la caratteristica che non concedono sussidi propri nei confronti delle imprese residenti, ma garantiscono l’esenzione su basi imponibili altrui: questa è stata la caratteristica dei *ruling* concessi da Irlanda, Lussemburgo, Olanda e Belgio ad alcuni giganti dell’*hi tech*, cioè quella di assoggettare a tassazione solo il reddito che si riteneva ottenuto in quel Paese<sup>47</sup>.

Come verrà meglio esaminato in seguito, L’OCSE nel 2013 ha pubblicato, su impulso del G20, il rapporto BEPS (*Base erosion and profit shifting*) che analizza come le conseguenze dell’economia globalizzata, cioè l’erosione delle basi imponibili e la mobilità dei profitti, hanno causato seri problemi di equità fiscale danneggiando<sup>48</sup>:

- i. I governi, poiché devono perseguire la crescita economica con minori entrate e costi conseguentemente maggiori;

---

<sup>44</sup> RIZZARDI R., *L’Unione Europea pubblica la sua black list degli Stati non collaborativi*, in *Corriere Tributario*, n.3 del 2018, p.205.

<sup>45</sup> Osservando, quindi, i principi di non discriminazione e di proporzionalità, rispettando le libertà fondamentali di stabilimento e di libera circolazione e salvaguardando la concorrenza. Cfr. SALVINI L., *I regimi fiscali e la concorrenza fra imprese*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc.2, 2016, p.130.

<sup>46</sup> La selettività è da intendere come la idoneità degli aiuti a favorire solo talune produzioni o talune imprese insediate nello Stato che ha previsto la misura o in alcune sue aree geografiche, e perciò li rende idonei a falsare la concorrenza. Cfr. SALVINI L., *op. cit.*

<sup>47</sup> Assonime, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e apparenza*, cit.

<sup>48</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

- ii. I singoli contribuenti, poiché maggiormente gravati dalla pressione fiscale per compensare il gettito perso dalle imprese<sup>49</sup>;
- iii. Le multinazionali stesse, in quanto subiscono un danno alla reputazione.

In materia di pratiche fiscali dannose, l’Azione 5 del rapporto BEPS raccomanda un rafforzamento della trasparenza, e in particolare uno scambio di informazioni obbligatorio sui *ruling* relativi a regimi preferenziali. Viene poi sottolineata l’urgenza di modificare norme fiscali nazionali e internazionali al fine di allineare maggiormente la tassazione del reddito con l’attività economica che genera tale reddito, essendo richieste attività sostanziali per usufruire di qualsiasi regime preferenziale<sup>50</sup>. I regimi preferenziali sono quei regimi fiscali di favore previsti, tra gli altri, per i beni immateriali, ed è auspicio dell’OCSE che i benefici ad essi connessi vengano concessi solo a fronte dell’effettivo svolgimento, da parte dei beneficiari, di un’attività economica sostanziale nei Paesi di riferimento<sup>51</sup>. Per raggiungere tale scopo l’OCSE, nel 2014, si è mobilitata per ricercare degli strumenti che rendessero effettivo il requisito del collegamento sostanziale nell’ambito di un contesto complesso come quello dei redditi prodotti dai beni immateriali, individuando come criterio preferibile il c.d. *nexus approach*<sup>52</sup>: con tale espressione si intende indicare uno strumento diretto a collegare la concessione dei bonus fiscali alle spese di ricerca e sviluppo sostenute in relazione al bene immateriale produttivo del reddito agevolato.

### 3. Politiche di transfer pricing nelle operazioni transnazionali.

---

<sup>49</sup> Nel 2015, l’OCSE ha stimato la perdita di gettito a livello globale, conseguente alle pratiche più aggressive di erosione e distoglimento delle basi imponibili, tra i 75 e i 180 miliardi di euro all’anno.

<sup>50</sup> *Revamp the work on harmful tax practices with a priority on improving transparency, including compulsory spontaneous exchange on rulings related to preferential regimes, and on requiring substantial activity for any preferential regime. It will take a holistic approach to evaluate preferential tax regimes in the BEPS context. It will engage with non-OECD members on the basis of the existing framework and consider revisions or additions to the existing framework.* OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.18.

<sup>51</sup> PAPPALARDO L.M., *Alcuni commenti a caldo sul nuovo patent box*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n.4 del 2015, p.10570.

<sup>52</sup> OECD (2014), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, OECD Publishing.

Nel contesto appena descritto, in cui realizzare reddito in un Paese piuttosto che in un altro può influire considerevolmente sul carico fiscale del gruppo e dunque sulla sua produttività, il *transfer pricing* è il principale strumento utilizzato dalle multinazionali per influenzare in modo determinante la ripartizione della base imponibile del gruppo, e dunque per attuare il *profit shifting*. Secondo l'OCSE<sup>53</sup>, infatti, pur essendo vero che le operazioni infragruppo vengono in genere messe in atto per finalità imprenditoriali ed economiche, capita non di rado che tali pratiche vengano utilizzate al solo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali.

Le politiche di *transfer pricing* hanno lo scopo di ottimizzare i costi fiscali della multinazionale trasferendo i redditi, dal Paese in cui questi vengono prodotti, ad un altro Paese che generalmente presenta un sistema fiscale più conveniente, attraverso operazioni infragruppo nelle quali vengono applicati corrispettivi diversi (inferiori o superiori) rispetto a quelli che sarebbero fissati tra parti indipendenti<sup>54</sup>.

L'uso del *transfer pricing* è frequente nelle operazioni transnazionali infragruppo nelle quali, attraverso la riduzione del prezzo dei beni e dei servizi venduti dalle società del gruppo residenti in giurisdizioni ad alta pressione fiscale e aumentando il prezzo degli acquisti, il reddito può essere trasferito in giurisdizioni a fiscalità più favorevole, mentre le componenti negative di reddito, di converso, possono essere concentrate in Paesi a più elevata pressione fiscale<sup>55</sup>.

Le politiche di *transfer pricing* che perseguono esclusivamente o principalmente il risparmio fiscale possono facilmente provocare un calo del livello di concorrenza nel mercato di riferimento dei beni o servizi trasferiti, a vantaggio della consociata che riesce, manipolando i prezzi di trasferimento, a conseguire maggiori profitti e minori costi<sup>56</sup>. Tale distorsione del mercato può essere tanto più dirompente, quanto più i gruppi multinazionali sono integrati a livello

---

<sup>53</sup> OECD (2011), *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing.

<sup>54</sup> TESAURO F., *op. cit.*, p.154; GAGGERO A., *Il transfer pricing (1992-2005)*, Dir. e Prat. Trib., 2015.

<sup>55</sup> TAYLOR G., RICHARDSON G., LANIS R., *Multinationality, tax heavens, intangible assets and transfer pricing aggressiveness: an empirical analysis*, in *Journal of International Accounting Research*, Vol. 14, n. 1, 2015, pp. 25-57.

<sup>56</sup> BOLZONI M., *Politiche di transfer pricing nella pianificazione fiscale e nelle strategie aziendali*, in *A&F Oro*, n.5 del 2003, p.13.

verticale, poiché la grande maggioranza delle operazioni avviene, in tal caso, senza coinvolgere soggetti esterni al gruppo<sup>57</sup>.

Ne deriva quindi che la manipolazione dei prezzi di trasferimento può essere intesa come un abuso del diritto di pianificazione fiscale di un gruppo multinazionale che non è praticabile per le società che operano su base puramente nazionale: anche per tale ragione le regole e i principi fissati a livello nazionale e internazionale in materia di *transfer pricing*, che saranno esaminati nei prossimi capitoli, possono essere lette come un insieme di misure volte a ripristinare una certa parità tra queste due categorie di contribuenti<sup>58</sup>.

Essendo la finalità ultima della manipolazione dei prezzi di trasferimento la massimizzazione dei profitti al netto delle imposte, immaginiamo il seguente scenario che esemplifica uno schema di *transfer pricing*.

Immaginiamo il gruppo multinazionale “Alpha Group” che produce *smartphones* di ultima generazione in Asia e vende gli stessi in USA, ove saranno venduti al dettaglio ai consumatori finali. Per far ciò si avvale di tre filiali:

- Asia Inc. (in Asia);
- Beta Inc. (in un regime fiscale privilegiato);
- e USA Inc. (negli USA).

Asia Inc. vende gli *smartphones* ultimati a Beta Inc. ad un prezzo artificialmente basso, così da conseguire bassi profitti che saranno tassati nello Stato di residenza di Asia Inc. ad alta pressione fiscale e di conseguenza alleggerire il costo fiscale nello Stato di produzione. La filiale Beta Inc. vende invece gli *smartphones* a Usa Inc. ad un prezzo manipolato in aumento, quasi uguale a quello finale di rivendita praticato da Usa Inc. nei confronti dei consumatori finali. Di conseguenza anche Usa Inc., residente in uno Stato ad alta fiscalità, otterrà dei bassi profitti in virtù degli alti costi sostenuti per l’acquisto da Beta Inc. L’unica società del gruppo residente in uno Stato a fiscalità privilegiata, cioè Beta Inc., ha invece comprato ad un prezzo molto basso dal produttore e ha venduto ad un prezzo eccessivamente alto al rivenditore finale, conseguendo così il massimo profitto reso possibile dagli accordi sui prezzi di trasferimento con le consociate di gruppo e dalla bassa pretesa fiscale del Paese di residenza.

---

<sup>57</sup> HAY D., HORNER F., OWENS J., *Past and Present Work in the OECD on Transfer Pricing and Selected Issues*, in *Intertax*, 1994/10.

<sup>58</sup> TURINA A., *Back to grass roots: the arm’s length standard, comparability and transparency – some perspectives from the emerging world*, in *World Tax Journal*, May 2018.

Ecco come, nell'esempio appena illustrato, il gruppo nel suo complesso ha ottenuto un vantaggio fiscale e una massimizzazione dei profitti che non sarebbe possibile ottenere per società o gruppi che operano a livello nazionale, ma non solo, poiché nel contempo gli Stati con potestà impositiva sulle società Asia Inc. e Usa Inc. hanno dovuto far fronte a minori entrate fiscali, le quali poi saranno inevitabilmente recuperate con misure volte a colpire le persone e le imprese nazionali residenti.

Pertanto, come osservato dalla dottrina<sup>59</sup>, il *transfer pricing* assume grande importanza strategica per le multinazionali, e al contempo rivela importanti criticità per gli Stati in cui le consociate sono dislocate.

---

<sup>59</sup> BOLZONI M., *op. cit.*

## CAPITOLO II

### IL TRANSFER PRICING E L'ARM'S LENGTH PRINCIPLE

#### Sezione I

#### I principi fondamentali

##### 1.1. *Il principio di libera concorrenza (Arm's length principle) e le sue origini.*

Se le imprese associate di gruppi multinazionali potessero liberamente manipolare i prezzi di trasferimento nelle operazioni infragruppo, conseguirebbero grandi vantaggi economici, derivanti dall'abbattimento dei costi fiscali e dalla massimizzazione dei profitti, e le singole imprese nazionali subirebbero importanti perdite economiche a causa di una concorrenza del tutto sbilanciata in favore delle imprese associate.

Per fronteggiare questo pericolo, sul terreno internazionale, e nello specifico in ambito OCSE, nel tempo si è affermato un principio, poi ripreso dai singoli Stati nazionali, secondo il quale le transazioni tra parti associate devono avvenire alle condizioni di mercato, cioè alle stesse condizioni che sarebbero negoziate tra parti indipendenti per le medesime transazioni: questo è ciò che afferma il c.d. *Arm's length principle*, o “principio di libera concorrenza”.

Prima di analizzare nel dettaglio la disposizione che domina a livello internazionale la materia del *transfer pricing*, e cioè l'art.9 del Modello OCSE, è opportuno procedere ad un breve *excursus* storico sulla nascita ed evoluzione dell'*arm's length principle*.

Fino a circa un secolo fa le norme sui prezzi di trasferimento erano in vigore, al fine di evitare la doppia imposizione, soltanto all'interno di singoli Stati federali o tra Paesi che erano stretti alleati tra loro: accordi contro le doppie imposizioni esistevano tra l'Impero austro-ungarico e certi Stati dell'Impero germanico; lo stesso avveniva per i cantoni svizzeri, che, facenti parte della Confederazione svizzera, operavano in un regime costituzionale confederale che impediva la doppia imposizione<sup>60</sup>.

Il primo riferimento al principio di libera concorrenza per come lo conosciamo oggi trova le sue origini in seno alla Lega delle Nazioni, nell'ambito dei modelli convenzionali

---

<sup>60</sup> LANGBEIN S.I., *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, 30 Tax Notes, 1986, pp.629-630.

contro le doppie imposizioni promossi dall'organizzazione intergovernativa stessa fin dal primo dopoguerra.

Nel 1927, il *Draft Model* di convenzione contro le doppie imposizioni promosso dalla Lega delle Nazioni prevedeva testualmente all'art.5 che: “[...] *The real centres of management, branches, mining and oilfields, factories, workshops, agencies, warehouses, offices, depots, shall be regarded as permanent establishments. The fact that an undertaking has business dealings with a foreign country through a bona-fide agent of independent status (broker, commission agent, etc.) shall not be held to mean that the undertaking in question has a permanent establishment in that country.*

*Should the undertaking possess permanent establishments in both Contracting States, each of the two States shall tax the portion of the income produced in its territory. The competent administrations of the two Contracting States shall come to an arrangement as to the basis for apportionment. [...]*”<sup>61</sup>.

Fu qui introdotto per la prima volta il metodo della “contabilità separata” (c.d. *separate accounting*) per l'imputazione del reddito d'impresa tra le stabili organizzazioni di uno stesso soggetto giuridico, anche se tale metodo non fu inserito nel successivo modello di convenzione del 1928, ove era ancora avallata la c.d. *unitary entity theory*, in base alla quale le imprese dello stesso gruppo erano considerate come un unico soggetto il cui reddito complessivo veniva ripartito tra le varie entità del gruppo in base a parametri forfettari.

Nel 1933 l'avvocato ed esperto in fiscalità internazionale Mitchell B. Carroll, dietro l'impulso della Lega delle Nazioni, condusse uno studio riguardante i metodi usati per l'assegnazione dei profitti alle stabili organizzazioni in diverse giurisdizioni, e identificò il metodo del c.d. *separate accounting* come quello più utilizzato nelle diverse prassi amministrative. Secondo tale metodo, le *branches* di un determinato soggetto giuridico erano considerate autonome ai fini della determinazione del reddito, nel quale confluivano anche i risultati delle operazioni infragruppo, ma l'amministrazione fiscale poteva rettificare i profitti di queste entità, dimostrando che erano stati trasferiti degli utili ad altri soggetti del gruppo per conseguire vantaggi fiscali: era in questa situazione che

---

<sup>61</sup> League of Nations, *Double Taxation and Evasion – Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, 1927.

secondo Carroll si doveva applicare l'*arm's length principle*, facendo riferimento ai prezzi delle analoghe transazioni che si sarebbero verificate tra parti indipendenti<sup>62</sup>.

Basandosi sul Rapporto Carroll del 1933, la Commissione Fiscale della Lega delle Nazioni diede vita nel 1935 ad un nuovo *Allocation Model*. Con riferimento alle stabili organizzazioni, l'art.3 del Modello del 1935 prevedeva che a ciascuna stabile organizzazione bisognava attribuire il reddito d'impresa che ci si poteva attendere se fosse stata un'impresa indipendente impegnata in attività uguali o simili e in condizioni analoghe, e che tale reddito netto sarebbe stato determinato sulla base dei conti separati. Inoltre, l'art.3 consentiva alle autorità fiscali di "*rectify the accounts produced [...] or to re-establish the prices or remunerations entered in the books at the value which would prevail between independent persons dealing at arm's length*".

Con riferimento all'allocazione degli utili aziendali nel contesto delle imprese associate, al contrario, la disciplina era originariamente contenuta nell'art.6 del Modello del 1935 (considerato l'antenato dell'art.9 dell'attuale Modello OCSE), secondo il quale "*When an enterprise of one contracting State has a dominant participation in the management or capital of an enterprise of another contracting State, or when both enterprises are owned or controlled by the same interests, and as the result of such situation there exists, in their commercial or financial relations, conditions different from those which would have been made between independent enterprises, any item of profit or loss which should normally have appeared in the accounts of one enterprise, but which has been, in this manner, diverted to the other enterprise, shall be entered in the accounts of such former enterprise*".

Il disposto della norma in commento, quindi rendeva nulli i vantaggi che potevano derivare dall'essere imprese appartenenti allo stesso gruppo o, più in generale, mosse dai medesimi interessi, e per ottenere ciò veniva conferito un esplicito potere di rettifica alle amministrazioni finanziarie<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> League of Nations, *Taxation of foreign and national enterprises*, Geneva, 1933.

<sup>63</sup> Per ulteriori approfondimenti sui risultati del Rapporto Carroll e sui Modelli di convenzione elaborati dalla Lega delle Nazioni si vedano, tra gli altri: FRANCESCUCCHI D., *The Arm's Length Principle and Group Dynamics – Part 1: The Conceptual Shortcomings*, in *International transfer pricing journal*, March/April 2004; DWARKASING R.S.J., *The concept of associated enterprises*, in *Intertax*, Volume 41, Issue 8&9, 2013; KOOMEN M., *Transfer pricing in a BEPS era: rethinking the arm's length principle – part I*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2015; TURINA A., *op.cit.*; BALLANCIN A.,

Gli Stati Uniti, sulla scia dell'*Allocation Model*, nel 1935 introdussero per primi dei regolamenti che disciplinavano l'*arm's length principle*, in base ai quali "*the standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm's length with another uncontrolled taxpayer*"<sup>64</sup>. Tuttavia, tali regolamenti non fornivano alcuna indicazione su come stabilire i prezzi di trasferimento in conformità a quanto richiesto dal principio di libera concorrenza.

Le disposizioni presenti nel Modello del 1935 furono poi riprese dai Modelli di Convenzioni del Messico e di Londra, a metà degli anni '40<sup>65</sup>. Con riferimento alla determinazione del reddito della stabile organizzazione, invero, l'art.6 di entrambi i Modelli fu la trasposizione dell'art.3 del Modello del 1935 – come sopra declinato – confermando la finzione giuridica sulla quale si basa il *separate accounting*, cioè considerare la stabile organizzazione un'impresa indipendente operante alle medesime condizioni, per poi tassare i redditi così individuati conformemente alla legislazione e agli accordi dello Stato in cui è situata la stabile organizzazione.

Con riferimento alle imprese associate, anche l'art.7 di entrambi i Modelli riproponeva in modo praticamente identico quanto previsto dall'art.6 del Modello del 1935, facendo quindi riferimento al "valore normale" ("*[...] any item of profit or loss which should normally have appeared in the accounts of one enterprise [...]*"), da intendere come valore di mercato.

Successivamente, nel 1963 l'OCSE, prendendo spunto proprio dai Modelli del Messico e di Londra, emanò l'art.9 del suo primo Modello di convenzione contro le doppie imposizioni<sup>66</sup>, nel quale veniva riprodotta sostanzialmente la medesima disposizione di cui all'art.7 dei Modelli del Messico e di Londra, affermando che qualora le condizioni nelle relazioni commerciali o finanziarie tra imprese associate dovessero differire da

---

*Natura e ratio della disciplina italiana sui prezzi di trasferimento internazionali*, in *Rassegna Tributaria*, 2014, 1, 73 (commento alla normativa).

<sup>64</sup> Section 482 dell'Internal Revenue Code (IRC).

<sup>65</sup> League of Nations, Fiscal Committee, *Model Bilateral Conventions for the Prevention of international Double Taxation and Fiscal Evasion*, Second Regional Tax Conference, Mexico, July 1943, League of Nations Document C2.M.2.1945.II.A (Ginevra, 1945); League of Nations, Fiscal Committee, Report to the Council on the Work of the Tenth Session of the Committee held in London from March 20<sup>th</sup> to March 26<sup>th</sup>, 1946, League of Nations Documents C 37.M.37.1946.II.A (Ginevra, 1946).

<sup>66</sup> OECD (1963), *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital 1963*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264073241-en>.

quelle che sarebbero attuate tra imprese indipendenti, gli utili derivanti da tali operazioni devono essere rettificati e tassati di conseguenza. Tale Modello fu, poi, seguito da quello del 1977, cui si deve l'aggiunta del paragrafo 2 dell'art.9, sui c.d. *correlative adjustments*<sup>67</sup>.

Procedendo per gradi nell'analisi del più volte menzionato art.9, il primo paragrafo, dal tenore solo apparentemente antielusivo, dispone che “*Where a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.*”.

Occorre subito rilevare che la lett. b), facendo riferimento alle “medesime persone” potrebbe confondere. Tuttavia, il medesimo paragrafo nell'enunciare l'obbligo di rettifica, sembra fare esclusivo riferimento alle due imprese contraenti, con ciò, quindi, escludendo la sua applicazione tra un'impresa e una persona che non svolga un'attività commerciale<sup>68</sup>.

Sotto un profilo più generale, il paragrafo in commento sembra attribuire un potere di rettifica alle autorità fiscali di uno Stato contraente qualora, a causa delle condizioni speciali che intercorrono tra tali imprese, non emergano i veri profitti imponibili che dovrebbero sorgere in quello Stato. In altri termini, il presupposto è che le imprese siano associate e che siano state poste in essere condizioni speciali tra queste, ossia diverse quelle che sarebbero poste se l'operazione avvenisse tra parti indipendenti. La rettifica, al contrario, non è invece autorizzata se le transazioni tra tali imprese associate hanno avuto luogo a condizioni di mercato<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Per una ricostruzione della genesi dell'art.9 del Modello OCSE rimando a FRANCESCUCCI D., *op. cit.*

<sup>68</sup> DWARKASING R.S.J., *op. cit.*

<sup>69</sup> OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris, Par. 2 del Commentario all'art.9.

Sotto tal profilo, dunque, l'applicazione dell'*arm's length principle* ha come scopo principale quello di realizzare una parità di trattamento fiscale tra le imprese multinazionali e quelle indipendenti, in conformità con i principi generali di diritto tributario di uguaglianza e neutralità, svincolando, e dunque promuovendo, lo sviluppo del commercio e degli investimenti internazionali da ogni valutazione di mera convenienza fiscale.

Naturalmente il prezzo delle transazioni tra imprese indipendenti non è necessariamente simile ai prezzi praticati tra altre imprese indipendenti, poiché un ruolo importante è rappresentato dal potere negoziale delle parti, per il quale un acquirente vorrebbe pagare il minor prezzo possibile, mentre un venditore ricevere il maggior prezzo possibile<sup>70</sup>.

Tra imprese associate, viceversa, qualora i prezzi di trasferimento differiscano da quelli di mercato è estremamente probabile che questi siano stati manipolati per conseguire un unico interesse, ossia quello del gruppo.

Venendo al secondo paragrafo dell'art.9, invece, come già anticipato, è volto a rimediare a possibili fenomeni di doppia imposizione economica<sup>71</sup> che potrebbe derivare dall'applicazione del paragrafo 1, affermando che “*Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State — and taxes accordingly — profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall, if necessary, consult each other*”.

Atteso che, secondo il disposto del paragrafo 1, la rettifica delle transazioni tra imprese associate può dar luogo a una doppia imposizione economica, nella misura in cui un'impresa dello Stato A, i cui profitti sono rivisti in aumento, sarà soggetta ad imposizione su una porzione di profitto che è già stata tassata nei confronti della sua

---

<sup>70</sup> DWARKASING R.S.J., *op. cit.*

<sup>71</sup> Si distingue dalla doppia imposizione giuridica, nella quale lo stesso reddito è tassato più volte nei confronti dello stesso soggetto. In caso di doppia imposizione economica, invece, lo stesso reddito è tassato in capo a soggetti diversi.

impresa associata nello Stato B, il paragrafo 2 prevede che, qualora ciò si dovesse verificare, lo Stato B effettua un aggiustamento adeguato in modo da evitare la doppia imposizione in parola.

Lo Stato B, a tal fine, deve porre in essere una specifica valutazione prima di procedere al suddetto aggiustamento. Invero, dal momento che gli utili sono rettificati in aumento dallo Stato A, il *correlative adjustment* è dovuto dallo Stato B solo se questo ritiene che la rettifica operata nello Stato A sia conforme all'*arm's length principle*, e quindi che rifletta con precisione quelli che sarebbero stati i profitti dell'impresa residente nello Stato A se le operazioni fossero avvenute a condizioni di mercato<sup>72</sup>.

#### 1.1.1. *Il concetto di imprese associate.*

Abbiamo appena visto che l'intera disciplina del *transfer pricing* si basa sul concetto di imprese associate, condizione necessaria affinché avvenga la rettifica prevista dal paragrafo 1 dell'art.9 e il conseguente aggiustamento ai sensi del paragrafo 2. Tuttavia, affinché ciò avvenga, appare necessario che tanto il Paese che effettua la prima rettifica quanto quello che pone in essere l'aggiustamento secondario applichino la stessa definizione di imprese associate.

Qualora ciò non avvenisse, interpretazioni e applicazioni diverse del concetto di imprese associate potrebbero determinare una doppia imposizione economica, in particolare nella situazione in cui un Paese che utilizza un concetto relativamente ampio di imprese associate (*i.e.* nel caso in cui sia sufficiente una partecipazione al capitale superiore al 20%) effettua un adeguamento dei prezzi di trasferimento e l'altro Paese interessato rifiuta di applicare un adeguamento corrispondente ai sensi del paragrafo 2 dell'art.9 del Modello OCSE, in quanto applica una definizione più ristretta di imprese associate (*i.e.* sulla base di un criterio di partecipazione al capitale superiore al 50%). Inoltre, non va ignorato che in alcuni Paesi sono imprese associate, oltre quelle legate da relazioni di diritto come la partecipazione al capitale o alla gestione, anche quelle in cui le situazioni di controllo sono meramente *de facto*<sup>73</sup>, ossia determinate da una forte influenza

---

<sup>72</sup> OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris, Par. 6 del Commentario all'art.9.

<sup>73</sup> DWARKASING R.S.J., *op. cit.*

contrattuale che può avere una parte su un'altra benché le due siano da un punto di vista giuridico totalmente indipendenti.

Sul punto, l'art.9 del Modello OCSE delimita l'ambito soggettivo di applicazione dell'*arm's length principle*, affermando che le imprese associate esistono quando “a) un'impresa di uno Stato contraente partecipa, direttamente o indirettamente, alla gestione, al controllo o al capitale di un'impresa dell'altro Stato contraente, o b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente, alla gestione, al controllo o al capitale di un'impresa di uno Stato contraente e di un'impresa dell'altro Stato contraente...”. Ciò nonostante, l'art.9 manca di una definizione esatta di cosa si intenda per partecipazione alla gestione, al controllo e al capitale.

Il Commentario dell'art.9 al paragrafo 1 tenta (timidamente) di fornire una nozione di imprese associate, definendole “*imprese madri e controllate e società sotto controllo comune*”, ma non risolve il dubbio se debba esistere un significato convenzionale ufficialmente riconosciuto per il termine “imprese associate”, o se questo debba essere tratto dal diritto nazionale in conformità a quanto prevede l'art.3, paragrafo 2 del Modello OCSE<sup>74</sup>, secondo il quale spetta ai diritti interni la definizione di termini non specificati convenzionalmente.

Nel ricercare una definizione unitaria per le imprese associate, occorre osservare che la nozione rilevante ai fini della definizione delle stesse sembra essere quella di “controllo”. Analizzando il testo del 1933 del Modello della Lega delle Nazioni, la formulazione originaria dell'art.9 si riferiva alla “*partecipazione dominante nella gestione o nel capitale di un'impresa*”: il dominio può essere considerato equivalente al controllo, con la conseguenza che le partecipazioni rilevanti ai fini dell'applicazione della regola espressa quasi un secolo fa da Carroll risultavano essere quelle di controllo (per l'appunto dominanti). Con la modifica della suddetta espressione in “*partecipazione alla gestione, controllo o capitale*”, che è confluita nell'art.9 del Modello OCSE nel 1963, si ritiene che non vi fosse alcuna intenzione di modificare la portata della disposizione, ma che è stato

---

<sup>74</sup> La disposizione afferma quanto segue: “*As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires or the competent authorities agree to a different meaning pursuant to the provisions of Article 25, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State*”.

usato il termine “controllo” anziché “dominante” perché era un termine più diffuso e utilizzato per esprimere il medesimo significato<sup>75</sup>.

Stando alle regole di diritto societario – che per l’appunto regola i rapporti tra le società – condivise in tutto il mondo, l’espressione “*partecipazione alla gestione o al capitale*” si riferisce, rispettivamente, al potere di controllo che hanno gli amministratori e i soci sull’impresa. Tuttavia, la mera esistenza di un’interconnessione tra due imprese o il mero esercizio di un’influenza basata sul diritto societario non è sufficiente per applicare il paragrafo 1 dell’art.9, in quanto le rettifiche possono essere apportate solo se l’interconnessione è stata la ragione per la quale le transazioni non sono avvenute alle condizioni di mercato<sup>76</sup>. In altre parole, per l’applicazione della regola in esame dovrebbe esistere una situazione in cui i partecipanti al capitale e alla gestione siano in grado di influenzare i prezzi di trasferimento tra le imprese coinvolte nella transazione<sup>77</sup>.

Non è peraltro automatico che i soci che detengono maggiori partecipazioni al capitale possano controllare o influire sulle decisioni dell’impresa. È infatti noto che per quanto riguarda la partecipazione al capitale, nell’evoluzione del diritto societario sono stati introdotti nuovi strumenti di partecipazione al capitale delle imprese che non sono proporzionali ai diritti di voto in assemblea e quindi non permettono di esercitare un controllo effettivo della società: possono perciò esistere azionisti di minoranza che controllano la società e azionisti di maggioranza che non possiedono il controllo<sup>78</sup> (si pensi nel diritto italiano alle azioni di risparmio, che non attribuiscono diritti di voto, ovvero alle azioni a voto plurimo o maggiorato, che invece permettono di esercitare più di un voto per ogni azione<sup>79</sup>). Il che, se possibile, complica la strada verso una definizione universale di imprese associate ai fini dell’applicazione dell’*arm’s length principle*.

Per quanto riguarda la partecipazione alla gestione, invece, sembra accettata pacificamente la convinzione secondo la quale società che condividono amministratori con poteri decisionali comuni possono essere considerate associate, tesi tra l’altro

---

<sup>75</sup> YING J.L., YUAN Y.S., *Related parties as used in transfer pricing*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2017.

<sup>76</sup> VOGEL K., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, Kluwer Law International, 1997, pp.525-526.

<sup>77</sup> DWARKASING R.S.J., *op. cit.*

<sup>78</sup> DWARKASING R.S.J., *op. cit.*

<sup>79</sup> Per approfondimenti si veda VISENTINI G., PALAZZOLO A., *Manuale di diritto commerciale*, Dike giuridica, Roma, 2017.

rafforzata dagli effetti del progresso tecnologico che facilita enormemente la comunicazione in tempo reale attraverso i confini<sup>80</sup>.

Operando una ricostruzione dello sviluppo cronologico dell'art.9, si può ritenere che i fattori che determinano la qualità di imprese associate siano la partecipazione al capitale e alla gestione, ed è necessario che questi fattori siano tali da permettere un vero e proprio controllo di un'impresa sull'altra, secondo le regole del diritto societario comunemente accettate dagli Stati. Secondo la dottrina sarebbe, pertanto, da respingere quantomeno l'ammissibilità della rilevanza di un controllo *de facto* ai fini dell'applicazione delle rettifiche primarie e degli adeguamenti secondari, evitando così l'applicazione dell'*arm's length principle* in situazioni per le quali non era stato originariamente previsto, e cioè tra imprese giuridicamente indipendenti<sup>81</sup>.

Alla luce dell'attuale situazione sembra comunque assai arduo ricercare una nozione di controllo che possa essere unanimemente accettata per la definizione del concetto di imprese associate, poiché non vengono fornite ulteriori specificazioni in termini quantitativi dall'OCSE. Ad avviso di chi scrive, la ragione principale per cui non si può giungere per il momento ad una nozione convenzionale di controllo, e di conseguenza di imprese associate, è data dalla circostanza che ogni Stato presenta soglie dimensionali differenti per la definizione di "partecipazione di controllo nel capitale"<sup>82</sup>, nonché dalla presenza di una varietà di titoli partecipativi che prevedono la presenza di diritti di voto non proporzionali alla quantità dei titoli posseduti. Prescindendo, tuttavia, dagli elementi formali del controllo, sembra fuori dubbio che le imprese dovrebbero dirsi associate quando il controllo, che deve essere riferito sempre a rapporti basati sulla partecipazione nel capitale e nella gestione, è sufficiente per poter influenzare i prezzi e le condizioni delle operazioni tra due imprese.

A conclusione di queste considerazioni, è auspicio dei più che l'OCSE fornisca una più convincente definizione di imprese associate, in quanto una maggiore chiarezza restringerebbe l'ampiezza e l'ambiguità dell'attuale definizione e aiuterebbe gli Stati contraenti ad eliminare il rischio di doppia imposizione economica<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> YING J.L., YUAN Y.S., *op. cit.*

<sup>81</sup> DWARKASING R.S.J., *op. cit.*

<sup>82</sup> ZINN T., RIEDEL N., SPENGLER C., *The Increasing Importance of Transfer Pricing Regulations: A Worldwide Overview*, in *Intertax*, Volume 42, Issue 6&7, 2014.

<sup>83</sup> YING J.L., YUAN Y.S., *op. cit.*; DWARKASING R.S.J., *op. cit.*

## 1.2. L'apporto dato dalle Linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento per imprese multinazionali e amministrazioni fiscali.

La previgente formulazione del principio di libera concorrenza a livello OCSE nel 1963 si limitava a dettare la regola dell'*arm's length principle* senza, tuttavia, specificare nel dettaglio le regole per l'applicazione del principio in esame, lasciando così libero ciascun Paese, nell'accoglierla, di ricorrere ad una dettagliata disciplina interna e favorendo il rischio di possibili distorsioni a fronte delle differenze di disciplina tra gli Stati OCSE<sup>84</sup>. Peraltro, l'esistenza di una regolamentazione dettagliata in materia di prezzi di trasferimento negli Stati Uniti a metà degli anni '60<sup>85</sup> rappresentò per diversi Paesi il segnale definitivo dell'esigenza di individuare delle Linee guida comuni (d'ora in avanti: *TP Guidelines*) che consentissero di sviluppare un'unanime metodologia di cooperazione nell'affrontare le questioni inerenti il *transfer pricing*<sup>87</sup>.

Per tali ragioni l'OCSE, nel 1979, pubblicò una prima versione delle *TP Guidelines*, in seguito al rapporto *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*<sup>88</sup>. L'OCSE per la verità prese grande ispirazione dai regolamenti statunitensi, ma a differenza di questi ultimi la relazione del 1979 sottolineava l'importanza di una "analisi funzionale" dei contributi che una parte associata apporta alle funzioni generali dell'impresa ed era già contraria ad ogni approccio consistente nella ripartizione frazionaria per la determinazione dei prezzi di trasferimento<sup>89</sup>.

L'OCSE nel tempo ha sostituito la suddetta relazione del 1979. Dapprima nel 1995, quando le Linee guida furono rivolte per la prima volta, oltre che alle multinazionali, anche alle amministrazioni fiscali; poi nel 2010 e da ultimo nel 2017<sup>90</sup>. In particolare, le

---

<sup>84</sup> TURINA A., *op. cit.*

<sup>85</sup> *Section 482 dell'Internal Revenue Code*. Le c.d. *Regulations*, precisamente, accentuavano la rilevanza dell'analisi di comparabilità come criterio obiettivo per l'allocatione del reddito tra parti correlate, attraverso il confronto di operazioni tra parti correlate con operazioni comparabili tra soggetti indipendenti.

<sup>87</sup> COLLINS M.H., *Analysis and comparison of National systems and OECD Guidelines*, Tax Treatment of Transfer Pricing, IBFD, Amsterdam, 1996.

<sup>88</sup> OECD (1979), *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, Paris.

<sup>89</sup> KOOMEN M., *op. cit.*; TURINA A., *op. cit.*

<sup>90</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris.

TP Guidelines del 2017 sono state influenzate dal Progetto BEPS, che si riferisce direttamente alla disciplina del *transfer pricing* nelle azioni 8-10 (“Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation”) e nell’azione 13 (“Re-examine transfer pricing documentation”)<sup>91</sup>.

Le TP Guidelines sono attualmente suddivise in nove capitoli. I primi tre capitoli sono quelli forniscono una guida per l’applicazione del principio di libera concorrenza. Invero, il primo capitolo delinea in maniera accurata ogni aspetto della transazione intercorsa tra imprese associate; il secondo, invece, fornisce i metodi da usare per la determinazione dei prezzi di trasferimento, distinguendo i metodi basati sulla transazione da quelli basati sull’utile delle transazioni, offrendo in prima battuta una guida per identificare il metodo più appropriato in base alle circostanze; infine, il terzo capitolo stabilisce il procedimento per condurre l’analisi di comparabilità.

Rinviando l’analisi della determinazione dei prezzi di trasferimento alla Sezione II di questo capitolo, qui si vuole osservare come nell’introduzione al Capitolo I delle Linee guida, nell’identificare l’*arm’s length principle* come principio che andrebbe usato dalle amministrazioni fiscali per determinare i prezzi di trasferimento, sia sottolineato che non bisogna partire dal presupposto che le imprese associate, nelle operazioni infragrupo, cerchino volontariamente di manipolare i propri profitti. Talvolta, infatti, potrebbe essere difficoltoso stabilire il prezzo di mercato di un’operazione in assenza di operazioni simili sul mercato<sup>92</sup>.

In ogni caso l’obbligo di effettuare rettifiche per adeguarsi al principio di libera concorrenza sorge a prescindere dagli obblighi contrattuali esistenti tra le parti e indipendentemente dalla circostanza che una determinata operazione sia stata posta in essere dalle imprese associate per ottenere vantaggi fiscali<sup>93</sup>.

Occorre da ultimo notare che, nonostante le TP Guidelines siano state accolte dalla maggioranza dei Paesi al mondo, queste hanno lo status di semplice soft law, e in quanto tali non sono giuridicamente vincolanti. Per questa ragione gli Stati e i contribuenti sono semplicemente incoraggiati a seguire le Linee guida, ma ciascun ordinamento interno

---

<sup>91</sup> RAFFELINI A., *Strategie fiscali internazionali aggressive e nuove regole OCSE nel T.U.I.R.*, in *Amministrazione e Finanza*, n. 1 del 2018, p.32.

<sup>92</sup> TP Guidelines, par.1.2.

<sup>93</sup> TP Guidelines, par.1.2.

potrebbe in linea teorica discostarsi, anche solo parzialmente, dalle Guidelines dell'OCSE in materia di *transfer pricing*<sup>94</sup>.

### 1.3. *Natura del principio di libera concorrenza e controversie nella sua applicazione.*

Ad una prima valutazione, l'*arm's length principle*, così come elaborato a livello convenzionale, potrebbe generare confusione circa la sua natura e *ratio* ispiratrice. In particolare, osservando il disposto dell'art.9, paragrafo 1 del Modello di convenzione OCSE, l'interrogativo principale che si pone attiene alla sua natura antielusiva o meno.

In proposito, bisogna in primo luogo considerare che, come rileva la stessa OCSE, i rapporti commerciali e finanziari tra imprese associate possono essere influenzati non solo da considerazioni di carattere fiscale, ma anche, ad esempio, dalle esigenze dei flussi di cassa delle imprese all'interno di un gruppo multinazionale: si pensi alla società capogruppo quotata che ha l'esigenza di ostentare una maggiore profittabilità<sup>95</sup>.

Fin dalla relazione del 1979, infatti, la commissione per gli affari fiscali afferma che la necessità di adeguare il prezzo delle transazioni tra imprese associate a un prezzo di libera concorrenza, al fine di raggiungere un livello appropriato di utili imponibili, sorge indipendentemente dall'obbligo contrattuale assunto dalle parti di pagare un prezzo particolare, o da qualsiasi intenzione delle parti di ridurre il carico fiscale. Pertanto, la natura del principio in discussione non dovrebbe essere legata a considerazioni antielusive, pur essendo innegabile che le politiche di *transfer pricing* possono essere usate anche per finalità esclusivamente elusive<sup>96</sup>.

Sembra quindi che l'*arm's length principle* sia da ritenersi prima di tutto, vista anche la sua evoluzione storica, una regola improntata alla giusta allocazione tra gli Stati, anche a fiscalità equivalente, dei redditi generati da transazioni interne ad un gruppo multinazionale, finalizzata ad evitare una disparità di posizione concorrenziale tra imprese associate e indipendenti, con l'ulteriore conseguenza di promuovere il

---

<sup>94</sup> PICHHADZE A., *Exposing unaddressed issues in the OECD's BEPS Project: what about the roles and implications of contract interpretation law and private international law in the transfer pricing arm's length comparability analysis?*, in *World Tax Journal*, February 2015.

<sup>95</sup> TP Guidelines, par.1.4.; BALLANCIN A., *op. cit.*

<sup>96</sup> TP Guidelines, par.1.2.; DWARKASING R.S.J., *op. cit.*

commercio e gli investimenti internazionali: in questo senso, ci troviamo di fronte, più che ad una norma antielusiva, ad un principio generale di tassazione, adatto a consentire l'applicazione delle norme sui prezzi di trasferimento<sup>97</sup>.

Che l'*arm's length principle* sia un principio improntato alla ripartizione di materia imponibile trova del resto una sua conferma nel medesimo paragrafo 2 dell'art.9 del Modello OCSE, il quale, come già illustrato sopra, si occupa di evitare la doppia imposizione economica e di rendere, così, gli adeguamenti dei profitti conformi allo spirito della convenzione<sup>98</sup>. Come è stato notato dalla dottrina, invero, se fossimo in presenza di una misura (meramente) antielusiva non vi sarebbe alcun motivo per evitare la doppia imposizione<sup>99</sup>, obiettivo al quale invece mirano proprio le c.d. *distributive rules*. Delineata la natura dell'*arm's length principle* in termini di corretta allocazione dei redditi tra gli Stati ove operano le varie entità dei gruppi multinazionali, occorre indagare in ordine alla sua adeguatezza in tal senso.

È possibile, a tal fine, ascrivere al principio in esame diversi punti di forza che hanno reso lo stesso preferibile rispetto ad altre metodologie. In primo luogo, atteso che quando le imprese indipendenti si relazionano tra loro, le condizioni delle loro relazioni finanziarie e commerciali sono generalmente determinate dalla domanda e dall'offerta del mercato, è stato affermato che solo basandosi sulle forze di mercato si possono allocare nel miglior modo possibile le risorse e premiare gli sforzi. In secondo luogo, il principio di libera concorrenza fornisce un trattamento sostanzialmente uguale per i gruppi multinazionali e le imprese indipendenti, evitando in tal modo la creazione di vantaggi fiscali mediante la concentrazione del potere economico nei grandi gruppi multinazionali, sostanzialmente annichilendo la forza economica delle imprese indipendenti. In terzo luogo, occorre rilevare che il principio di libera concorrenza nel corso degli anni è stato il principio più applicato per determinare l'allocazione dei profitti e la determinazione dei prezzi nella

---

<sup>97</sup> Si esprimono a favore di un tale orientamento, tra gli altri: DWARKASING R.S.J., *op. cit.*; BALLANCIN A., *op. cit.*; SACCHETTO C., *Il transfer pricing internazionale: una normativa alla ricerca della propria identità*, in *Rassegna Tributaria*, n.4 del 2016, p.886; STORCK A., PETRUZZI R., PANKIV M., TAVARES R.J.S., *Global transfer pricing conference "Transfer pricing in a post-BEPS world"*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2016.

<sup>98</sup> OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris, Par. 11 del Commentario all'art.25.

<sup>99</sup> DWARKASING R.S.J., *op. cit.*

maggior parte dei casi in cui si è ritenuta necessaria una rettifica delle operazioni intercorse tra imprese associate<sup>100</sup>.

Tuttavia, seppur sono diversi i meriti riferibili all'*arm's length principle*, altrettanto sono le criticità in esso riscontrabili.

Il principale punto di debolezza, riferito da più parti all'*arm's length principle* è quello di non tenere conto delle realtà economiche, sociali e politiche che regolano il mercato e che di conseguenza si tratterebbe del risultato di un consenso tra gli Stati che l'hanno utilizzato come modello meramente teorico per assicurare determinate quantità di entrate in bilancio sotto forma di gettito fiscale<sup>101</sup>.

Invero, la prima obiezione che si pone al principio di libera concorrenza è che questo si dimostra intrinsecamente imperfetto in quanto adotta l'approccio delle entità separate e, quindi, non tiene conto delle economie di scala<sup>102</sup> ovvero di altri vantaggi dell'integrazione tra più imprese<sup>103</sup>.

Si osserva, inoltre, che, nell'attuale scenario economico, potrebbe risultare addirittura anacronistico parlare di entità economiche totalmente indipendenti, anche per quelle che non sono imprese associate sul piano fiscale. Considerare oggi l'indipendenza come indipendenza giuridica di un'entità da un'altra può distorcere la comprensione delle realtà economiche, poiché le scelte di un'impresa sono determinate non solo dalla domanda e dall'offerta, ma anche da altri fattori. Attualmente, al fine di massimizzare i loro risultati economici, le entità indipendenti adottano spesso determinate procedure di gestione economica, che erano state introdotte da parti che operavano in gruppo. La necessità di saldare rapporti economici con altre parti appartenenti a realtà di gruppo ha dunque fatto sì che il modello di indipendenza subisse alcuni cambiamenti. Potrebbe infatti risultare forviante ritenere che l'operato di un'impresa persegua esclusivamente una massimizzazione del profitto a breve termine, dato che anche una valutazione dei benefici a lungo termine può influenzare le condizioni alle quali si sottopone un'impresa nella sua attività. Tuttavia, il principio di libera concorrenza impone alle amministrazioni fiscali di rettificare i prezzi di trasferimento non tenendo conto dell'aspetto a lungo termine, che

---

<sup>100</sup> HAY D., HORNER F., OWENS J., *op. cit.*

<sup>101</sup> BIEGALSKI A., *The arm's length principle: fiscalism or economic realism? A few reflections*, in *Intertax*, Volume 38, Issue 3, 2010.

<sup>102</sup> Le economie di scala in generale sono tutti quei vantaggi economici, sintetizzati nella discesa del costo medio unitario, che l'azienda acquisisce al crescere dei volumi produttivi.

<sup>103</sup> TP Guidelines, Par.1.10; HAY D., HORNER F., OWENS J., *op. cit.*

può influenzare le decisioni delle imprese indipendenti le quali si aspettano un risultato proiettato nel futuro delle proprie scelte, tendendo a percepire solo l'aspetto a breve termine<sup>104</sup>.

Un'ulteriore critica che viene mossa al principio di libera concorrenza si basa sulla constatazione che i membri delle multinazionali si comportano diversamente dalle imprese indipendenti: le prime, infatti, possono dar vita a transazioni che tra parti indipendenti non si verificherebbero poiché comporterebbero un rischio eccessivo per queste, mentre il gruppo nel suo insieme non ne risentirebbe (ad esempio, la vendita di un *intangibile* consistente nel diritto di sfruttare i frutti di tutte le ricerche future a un prezzo fisso in mancanza di una stima adeguata sul potenziale profitto derivante dall'*intangibile*); ancora, la mancanza di transazioni comparabili può sorgere dal trasferimento di prodotti semilavorati all'interno di una multinazionale verticalmente integrata. In casi del genere il principio di libera concorrenza risulta difficile da applicare poiché vengono a mancare evidenze di quali possono essere le condizioni applicate/applicabili nel mercato esterno<sup>105</sup>. Come sottolinea l'OCSE, comunque, “*il semplice fatto che non sia possibile individuare una data transazione tra imprese indipendenti non significa, di per sé, che tale transazione non sia conforme al principio di libera concorrenza*”<sup>106</sup>.

Una problematica amministrativa relativa all'applicazione dell'*arm's length principle* può poi riscontrarsi nella difficoltà per le amministrazioni fiscali di una verifica relativa alle condizioni di una transazione tra parti associate quando siano passati anni dalla suddetta transazione, stante la difficoltà di raccogliere a posteriori informazioni su transazioni comparabili tra parti indipendenti piuttosto che sulle condizioni di mercato al momento della realizzazione delle transazioni<sup>107</sup>. Può inoltre accadere che le informazioni accessibili possono risultare incomplete o difficili da interpretare, nonché, talvolta, può essere piuttosto oneroso ottenere certe informazioni, a causa della localizzazione geografica delle stesse o delle entità presso cui è possibile procurarsele; senza considerare che, a volte, potrebbe risultare impossibile ottenere informazioni dalle imprese indipendenti per ragioni di riservatezza legate ai segreti commerciali. Nel caso in cui

---

<sup>104</sup> BIEGALSKI A., *op.cit.*

<sup>105</sup> FRANCESCUCCI D., *op.cit.*

<sup>106</sup> TP Guidelines, Par.1.11.

<sup>107</sup> TP Guidelines, Par.1.12.

un'impresa abbia un elevato di livello di integrazione verticale, ancora, potrebbero semplicemente non esistere informazioni su imprese indipendenti comparabili<sup>108</sup>.

Proprio in virtù di una serie di profili critici rilevati negli anni, più volte è stato proposto un approccio diverso dal principio di libera concorrenza per l'allocazione della potestà impositiva tra gli Stati, che utilizzasse, ai fini della ripartizione dei profitti, l'approccio unitario invece di quello basato sulle entità separate.

In particolare, tale approccio si fonda sull'assunto che, a causa delle economie di scala e dei benefici dati dall'integrazione, l'allocazione dei profitti di un gruppo multinazionale deve essere conseguita partendo da una base consolidata, considerando il business unitario e ripartendo il profitto globale del gruppo attraverso una formula predeterminata (c.d. *global formulary apportionment* o semplicemente *formulary apportionment*)<sup>109</sup>. Per applicare la ripartizione globale secondo una formula prestabilita bisogna in primo luogo stabilire quali entità di un gruppo multinazionali compongono il c.d. contribuente globale, in seguito determinare il profitto globale prodotto dallo stesso contribuente, e infine applicare una formula prestabilita, basata in genere su costi, beni, buste paga e vendite, tramite la quale ripartire il profitto tra le diverse entità<sup>110</sup>. In difesa di tale approccio viene affermato che si riflette con maggiore precisione la realtà economica, in quanto nei gruppi fortemente integrati l'approccio basato sulle entità separate non riesce a determinare facilmente il contributo di ogni impresa associata al profitto globale del gruppo<sup>111</sup>. Inoltre, un metodo come quello del *formulary apportionment* andrebbe a ridurre i costi di *compliance* per i contribuenti e riuscirebbe a rendere meno onerosi i controlli amministrativi, che si baserebbero su una formula definita *ex ante*<sup>112</sup>.

Una delle principali preoccupazioni che suscita un approccio basato sul metodo della ripartizione globale secondo una formula prestabilita è che la formula di attribuzione dei profitti stessa sarà il risultato di un processo politico e non può ignorarsi che, data l'attuale divergenza di interessi tra i Paesi sviluppati e quelli in via di sviluppo, oltre che ulteriori

---

<sup>108</sup> TP Guidelines, Par.1.13; HAY D., HORNER F., OWENS J., *op. cit.*

<sup>109</sup> Si vedano, tra gli altri: HELLERSTEIN W., *The case for formulary apportionment*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2005; MORSE S.C., *Revisiting global formulary apportionment*, *Virginia Tax Review* 29, n.4, 2010, pp.593-644; ROIN J., *Can the Income Tax Be Saved? The Promise and Pitfalls of Adopting Worldwide Formulary Apportionment*, 61 *Tax L. Rev.*, 2008, pp.169-240.

<sup>110</sup> TP Guidelines, Par.1.17.

<sup>111</sup> TP Guidelines, Par.1.19.

<sup>112</sup> TP Guidelines, Par.1.20; TURINA A., *op. cit.*

divergenze di interessi tra i Paesi di questi due sottoinsiemi, sarebbe arduo riuscire a pervenire ad una formula non eccessivamente arbitraria e che al tempo stesso rifletta le condizioni di mercato<sup>113</sup>.

Tuttavia, la ragione più significativa per cui la ripartizione globale formulare è criticata e non è accettata a livello internazionale sta nella difficoltà di attuare un sistema tale da garantire, al contempo, sia l'eliminazione delle doppie imposizioni che la stabilità della singola tassazione, poiché bisognerebbe ottenere un consenso internazionale sulla formula da utilizzare e sulla composizione del gruppo da sottoporre ad imposizione<sup>114</sup>. Da questo punto di vista, ogni Paese cercherebbe di concepire formule a proprio vantaggio, includendo o enfatizzando i fattori della formula in base alle attività o ai fattori predominanti nella propria giurisdizione, in modo tale da massimizzare le entrate nel proprio Paese<sup>115</sup>.

Un'ulteriore ragione che tende ad escludere un'impostazione siffatta è che le formule predeterminate sono arbitrarie e ignorano le condizioni di mercato, le particolari circostanze in cui operano le singole imprese e l'allocazione delle risorse del management, dando vita ad un'assegnazione dei profitti che non sono legati ai fatti specifici che circoscrivono la transazione. Tale approccio, quindi, potrebbe potenzialmente assegnare utili a un'entità che subirebbe perdite se fosse un'impresa indipendente<sup>116</sup>.

In conclusione, sebbene l'*arm's length principle* presenti delle innegabili imperfezioni, per le ragioni anzidette, a livello OCSE un approccio unitario non è stato mai accettato e attualmente l'unico principio che regola il *transfer pricing* è quello di libera concorrenza.

---

<sup>113</sup> HAY D., HORNER F., OWENS J., *op. cit.*; TURINA A., *op. cit.*

<sup>114</sup> TP Guidelines, Par.1.22.

<sup>115</sup> TP Guidelines, Par.1.23.

<sup>116</sup> TP Guidelines, Par.1.25.

## Sezione II

### La determinazione dei prezzi di trasferimento in transazioni tra imprese associate

#### 2.1. Delineazione delle transazioni intercorse tra imprese associate.

Per ottenere il risultato auspicato dall'*arm's length principle*, le *TP Guidelines* indicano determinati passaggi da compiere, focalizzando l'attenzione sull'analisi di comparabilità, definita il cuore del principio di libera concorrenza e basata su un confronto tra le condizioni dell'operazione tra parti associate e le condizioni che sarebbero applicate in operazioni comparabili tra parti indipendenti<sup>117</sup>.

Per un procedimento di questo tipo, il primo passo da compiere è quello di delineare accuratamente la transazione avvenuta tra le parti associate, identificando le relazioni commerciali e finanziarie che intercorrono tra di esse, in particolare individuando le caratteristiche economicamente rilevanti di tali relazioni (c.d. fattori di comparabilità); dopo aver identificato e delineato le caratteristiche della transazione intercorsa tra parti associate, si tratterà di trovare transazioni "interne" o "esterne" che siano comparabili alla transazione tra parti associate, a seconda che siano, rispettivamente, transazioni tra una parte dell'operazione controllata e una parte indipendente (confronto interno), ovvero tra due imprese indipendenti, nessuna delle quali è parte dell'operazione controllata (confronto esterno)<sup>118</sup>.

A seguito del Rapporto BEPS, la lettera D del Capitolo I delle *TP Guidelines*, deputata a fornire indicazioni per l'applicazione del principio di libera concorrenza, è stata parzialmente revisionata per ottemperare alle Azioni 8-10, le quali, come verrà meglio esaminato in seguito, richiedono che "*i risultati dei prezzi di trasferimento siano in linea con la creazione del valore*"<sup>119</sup>. È stata infatti evidenziata l'importanza di delineare accuratamente la transazione controllata integrando, se necessario, i termini contrattuali

---

<sup>117</sup> TP Guidelines, Par.1.33; TRACANA D., *The impact of BEPS Actions 8-10 on comparability analysis in the context of attribution of profits to permanent establishments*, in *Intertax*, Volume 45, Issue 5, 2017; HAY D., HORNER F., OWENS J., *op. cit.*

<sup>118</sup> TP Guidelines, Par.1.33; PICHHADZE A., *op. cit.*; NIEDDU G.L., *Transfer pricing e fattori di comparabilità – II° parte*, <https://www.ecnews.it/transfer-pricing-fattori-comparabilita-parte/>, 2018.

<sup>119</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

con la prova della condotta effettiva delle parti, con il fine dunque di far prevalere la sostanza dei rapporti finanziari e commerciali tra le parti sulla forma<sup>120</sup>.

Inoltre, nell'analisi della condotta delle parti è stata posta precisa attenzione all'assunzione dei rischi, identificando quali sono i rischi specifici e il loro impatto, oltre ad essere fornito un quadro analitico per determinare quale impresa associata si assume il rischio<sup>121</sup>.

Tenendo presente che *“la misura in cui ciascun fattore di comparabilità è economicamente rilevante in una particolare transazione dipende dalla misura in cui sarebbe preso in considerazione da imprese indipendenti nel valutare i termini della medesima transazione qualora avvenisse tra di loro”*, i fattori di comparabilità da identificare per delineare in modo accurato la transazione intercorsa tra parti associate sono rappresentati da<sup>122</sup>: *i) le condizioni contrattuali della transazione; ii) le funzioni svolte da ciascuna delle parti della transazione; iii) le caratteristiche dei beni trasferiti o dei servizi prestati; iv) le condizioni economiche delle parti e del mercato in cui esse operano; v) le strategie aziendali seguite dalle parti*<sup>123</sup>.

Come noto, le transazioni tra imprese associate possono essere formalizzate in contratti scritti, tramite i quali viene esternato l'intento delle parti nel momento in cui il contratto è concluso in relazione agli aspetti della transazione oggetto del contratto, tra cui la divisione delle responsabilità, gli obblighi e i diritti, l'assunzione di determinati rischi e gli accordi sul prezzo di trasferimento<sup>124</sup>. Tali contratti, quindi, certamente possono costituire la base per esaminare la transazione. Tuttavia, va rilevato che tra imprese associate non sussiste una divergenza di interessi come tra parti indipendenti, e che, dunque, può accadere che gli obblighi formalizzati contrattualmente non siano poi conformi al reale comportamento delle parti: tali obblighi contrattuali, in altri termini, potrebbero non essere eseguiti, non fornire un quadro completo della transazione, essere stati erroneamente definiti o etichettati dalle imprese o essere semplicemente fittizi<sup>125</sup>.

---

<sup>120</sup> PICHHADZE A., *op. cit.*

<sup>121</sup> OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<sup>122</sup> TP Guidelines, Par.1.37.

<sup>123</sup> TP Guidelines, Par.1.36.

<sup>124</sup> NIEDDU G.L., *Transfer pricing e fattori di comparabilità – I° parte*, <https://www.ecnews.it/transfer-pricing-fattori-comparabilita-parte/>, 2018.

<sup>125</sup> TP Guidelines, Par.1.43-1.46.

Se l'analisi dei termini contrattuali non può portare con certezza ad identificare i termini esatti della transazione, per le ragioni appena esposte, è necessario ricercare quali sono le reali condotte delle imprese associate. A tal fine sarà necessario ricorrere al secondo fattore di comparabilità che consente un'analisi funzionale, tramite la quale, a prescindere dagli obblighi contrattuali, si mira ad identificare le attività economicamente significative e le responsabilità assunte, i beni utilizzati o apportati e i rischi assunti dalle parti che realizzano la transazione. Per ottenere tale risultato, è importante concentrarsi sull'analisi della *value chain* del gruppo nel suo complesso, così da comprendere le funzioni svolte dalle imprese associate nei rapporti con il resto del gruppo e l'apporto dato dalle singole imprese che svolgono determinate funzioni alla creazione del valore complessivo<sup>126</sup>.

In effetti, nel libero mercato i prezzi sono influenzati dalle funzioni svolte da ciascuna parte, dal rischio assunto e dai beni utilizzati in relazione alla transazione, ragione per cui sarà necessario avere una chiara idea del modello di *business* del gruppo per esaminare i predetti elementi nella transazione controllata e, dunque, verificare che la remunerazione sia conforme all'*arm's length principle*; tale risultato, a livello pratico, si otterrà intervistando, anche attraverso dei questionari, i dirigenti responsabili di ciascuna funzione all'interno delle imprese del gruppo<sup>127</sup>.

Nell'analizzare le funzioni, cioè le diverse attività poste in essere dalle imprese del gruppo (i.e. ricerca e sviluppo, marketing, vendita, distribuzione, ecc.), occorrerà prendere in considerazione la tipologia dei beni utilizzati (impianti, beni immateriali, attività finanziarie, ecc.) e la natura degli stessi, come ad esempio l'obsolescenza, il valore di mercato o l'ubicazione<sup>128</sup>.

Un punto estremamente rilevante dell'analisi funzionale, che la rende completa e sul quale si sono focalizzate le TP Guidelines del 2017, è l'analisi dei rischi principali assunti da ciascuna parte della transazione, dato che, secondo le regole del libero mercato, un aumento dei rischi assunti dovrebbe comportare un conseguente aumento del rendimento (o della perdita) atteso.

---

<sup>126</sup> TP Guidelines, Par.1.51; PIAZZA M., DELLA CARITÁ A., *Aspetti problematici dell'analisi di comparabilità sul transfer pricing*, in *Corriere tributario*, n.3 del 2011, p.179.

<sup>127</sup> VALENTE P., *Transfer pricing: rilevanza e criticità dell'analisi funzionale*, in *Il fisco*, n.11 del 2015; ROSSING C.P., COOLS M., ROHDE C., *International transfer pricing in multinational enterprises*, in *Journal of accounting education*, Volume 39, 2017.

<sup>128</sup> TP Guidelines, Par.1.54.

Data la difficoltà nello stabilire quale impresa associata assume un determinato rischio in una transazione controllata, l'OCSE illustra sei fasi da percorrere per eseguire un'adeguata analisi dei rischi<sup>129</sup>.

Il primo passo consiste nell'identificazione dei rischi economicamente significativi, basandosi sul presupposto che un rischio è tanto più significativo quanto più l'assunzione dello stesso incide sulla probabilità e sulla misura dei potenziali profitti o delle potenziali perdite che derivano dal suo avverarsi<sup>130</sup>.

Successivamente, occorre stabilire come i rischi identificati seguendo lo *step* precedente siano assunti contrattualmente dalle parti.

Come si diceva in precedenza, le condizioni contrattuali sono il primo elemento da analizzare per delineare la transazione controllata, ma la forma dei contratti deve cedere di fronte ad una transazione che nella sostanza sia in contrasto con quanto stabilito contrattualmente, dovendosi in tal caso svolgere l'analisi basandosi sull'effettiva condotta delle parti. È infatti fondamentale che l'assunzione del rischio avvenga prima che l'evento rischioso si verifichi, così da sostenere *ex ante* i potenziali costi associati al realizzarsi delle conseguenze negative del rischio, ottenendo in cambio i potenziali benefici associati al realizzarsi delle conseguenze positive del rischio<sup>131</sup>.

La terza fase consiste in un'analisi delle funzioni in relazione al rischio. Occorrerà perciò determinare, attraverso un'analisi funzionale, qual è l'impresa (o le imprese) che ha la funzione di controllo e di mitigazione del rischio, che ne sopporta le conseguenze e che ha la capacità finanziaria per gestirlo<sup>132</sup>.

Il quarto *step* consiste nell'interpretazione delle informazioni raccolte nelle tre fasi precedenti. In primo luogo, si analizzerà se l'assunzione dei rischi così come stabilita contrattualmente è coerente con la realtà economica e con la condotta effettiva delle parti; se non dovesse esserci coincidenza, la condotta delle parti sarà considerata prevalente sugli obblighi contrattuali in merito all'assunzione del rischio<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> TP Guidelines, Par.1.60.

<sup>130</sup> TP Guidelines, Par.1.71; tra i rischi che vengono elencati dal Par.1.72 ci sono: i rischi strategici o di mercato; rischi infrastrutturali od operativi; rischi finanziari; rischi della transazione; rischi di eventi eccezionali.

<sup>131</sup> TP Guidelines, Par.1.78.

<sup>132</sup> TP Guidelines, Par.1.82; DELLA ROVERE A., VINCENTI F., *Transfer pricing: le nuove Guidelines dell'OCSE*, in *Fiscaltà e Commercio Internazionale*, n.10 del 2017.

<sup>133</sup> TP Guidelines, Par.1.88.

Qualora le parti abbiano rispettato i termini contrattuali, bisognerà verificare se il soggetto tenuto a sopportare determinati rischi sia in grado di controllarli e abbia la capacità finanziaria per assumerli<sup>134</sup>.

Nella penultima fase, al contrario, si procede all'allocazione del rischio, completando la fase precedente.

Se, a fronte della fase precedente, si stabilisce che l'impresa che assume il rischio non ne ha il controllo o non ha capacità finanziaria di assumerlo, allora tale rischio deve essere allocato all'impresa che ne esercita il controllo e ha la capacità finanziaria di assumerlo<sup>135</sup>.

L'ultimo *step* dell'analisi dei rischi, infine, consiste nella determinazione del prezzo della transazione in relazione all'allocazione dei rischi. È infatti sulla base dell'allocazione posta in essere nella quinta fase di questa analisi che sarà possibile stabilire il prezzo della transazione, attraverso i metodi e gli strumenti forniti dall'OCSE, partendo dal presupposto che *“l'assunzione del rischio dovrà essere remunerata in maniera appropriata sulla base dei rendimenti attesi e le attività di attenuazione dello stesso dovranno essere adeguatamente remunerate”*<sup>136</sup>.

A seguito degli anzidetti passaggi, la transazione sarà accuratamente delineata sotto il profilo dei rischi: saranno infatti garantiti i proventi o le perdite derivanti dall'assunzione del rischio alle parti che lo controllano e hanno la capacità finanziaria di assumerlo, mentre saranno negati i risultati che originano dal rischio a chi non lo assume, né contribuisce al controllo dello stesso<sup>137</sup>.

Oltre all'analisi funzionale, per delineare accuratamente la transazione controllata nel confronto con transazioni tra imprese indipendenti, possono avere rilevanza le caratteristiche dei beni e dei servizi trasferiti. In particolare, se viene trasferito un bene

---

<sup>134</sup> TP Guidelines, Par.1.90; in particolare, il rischio è controllato dal soggetto che ha capacità di decidere in merito alla possibilità di assumere o meno un certo rischio, nonché la capacità di decidere se e come rispondere del rischio. Ai fini del controllo non è necessario che una delle parti svolga l'attività di mitigazione del rischio, la quale può essere esternalizzata, affidandone ad una terza parte la gestione o il monitoraggio quotidiano, e non per questo il rischio viene trasferito alla terza parte incaricata. La capacità finanziaria di assumere il rischio si riferisce, invece, all'accesso ai finanziamenti necessari per la gestione del rischio e alla capacità di sopportare le conseguenze finanziarie negative dello stesso. Così TP Guidelines, Par.1.61-1.68; DELLA ROVERE A., VINCENTI F. *op. cit.*

<sup>135</sup> TP Guidelines, Par.1.98.

<sup>136</sup> TP Guidelines, Par.1.100.

<sup>137</sup> TP Guidelines, Par.1.106.

materiale, bisogna considerare principalmente le caratteristiche fisiche del bene, la sua qualità e la sua affidabilità; in caso di prestazioni di servizi sono rilevanti la natura e l'entità di tali servizi; se oggetto della transazione sono beni immateriali, occorre osservare la forma giuridica della transazione (può trattarsi di concessione di licenza ovvero vendita), la tipologia del bene, la durata e il grado di protezione legale, senza dimenticare i vantaggi attesi dall'utilizzo del bene immateriale<sup>138</sup>.

Un ulteriore fattore di comparabilità da verificare riguarda le circostanze economiche della transazione, poiché se i mercati influenzano le operazioni controllate, l'analisi di comparabilità ne deve tener conto. È quindi richiesto che i mercati in cui operano le parti associate e le parti indipendenti siano comparabili e che le differenze non abbiano un effetto materiale sul prezzo<sup>139</sup>.

Infine, è necessario avere riguardo al ruolo che hanno le strategie aziendali nella determinazione dei prezzi e nella ricerca di transazioni comparabili a quella in esame. Per quanto riguarda, in particolare, le strategie di determinazione dei prezzi di penetrazione del mercato, si nota che l'impresa, al fine di entrare in un dato mercato o di aumentare la propria quota nello stesso, può essere disposta ad applicare ai suoi prodotti un prezzo temporaneamente inferiore rispetto al prezzo di prodotti altrimenti comparabili nel medesimo mercato<sup>140</sup>.

Terminata l'individuazione delle caratteristiche economicamente rilevanti, la transazione è stata delineata in modo preciso e puntuale nei suoi aspetti fondamentali potrà essere comparata con transazioni analoghe tra parti indipendenti.

## 2.2. *Metodi usati per la determinazione dei prezzi di trasferimento e criteri di selezione (best method rule).*

Per stabilire il prezzo di trasferimento adeguato di una determinata transazione controllata che è stata delineata nei suoi aspetti economicamente rilevanti, ci si avvale di una serie di metodi che l'OCSE propone al fine di eseguire un'analisi di comparabilità in linea con la *ratio* del principio di libera concorrenza.

---

<sup>138</sup> TP Guidelines, Par.1.107; NIEDDU G.L., *op. cit.*

<sup>139</sup> TP Guidelines, Par.1.110; TURINA A., *op. cit.*

<sup>140</sup> TP Guidelines, Par.1.114-1.115; TURINA A., *op. cit.*

I diversi metodi utilizzabili sono raggruppati nelle due macrocategorie dei “metodi tradizionali basati sulla transazione” e dei “metodi basati sull’utile delle transazioni”. I primi mettono a confronto i prezzi di trasferimento delle operazioni controllate con i prezzi delle operazioni non controllate per determinare se i prezzi della transazione in esame rispecchiano quelli di mercato. Se non sono disponibili operazioni comparabili adeguate, il che potrà stabilirsi proprio in virtù dell’analisi dei cinque fattori di comparabilità, è possibile utilizzare i metodi non tradizionali, che si basano sugli utili netti derivanti da operazioni controllate<sup>141</sup>.

Dato che nessun metodo è utilizzabile in ogni circostanza, bisogna accuratamente scegliere il metodo più adatto, analizzando vantaggi e svantaggi di ogni metodo nel caso di specie (c.d. *best method rule*): in particolare si fa riferimento alla coerenza del metodo utilizzato con la natura della transazione infragruppo, alla disponibilità di informazioni affidabili e al livello di comparabilità della transazione controllata con quella indipendente<sup>142</sup>.

Da sempre i metodi basati sulla transazione sono preferiti ai metodi basati sull’utile della transazione poiché permettono di identificare i prezzi di trasferimento nel modo più diretto, ma al tempo stesso richiedono un certo numero di informazioni su terze parti e su transazioni comparabili avvenute tra parti indipendenti, che talvolta non solo sono irreperibili a causa, ad esempio, di processi aziendali molto complessi, bensì può capitare che le stesse transazioni comparabili non esistono affatto, dal momento che le multinazionali odierne sono altamente integrate ed effettuano operazioni che parti indipendenti non intraprenderebbero e pertanto uniche, spesso, oltretutto, aventi ad oggetto beni immateriali<sup>143</sup>.

Si precisa che, nella scelta del metodo più adatto, l’utilizzo di più di un metodo per una data transazione in genere non è necessario, anche perché costituirebbe un onere gravoso sul contribuente, ma ci sono casi in cui nessun metodo riesce a essere decisivo vista la complessità del caso e allora potrebbe essere necessario adottare più di un metodo per

---

<sup>141</sup> KOBETSKY M., *Transfer pricing measures and emerging developing economies*, in *Asia-Pacific Bulletin*, September/October 2008.

<sup>142</sup> TP Guidelines, Par.2.2.

<sup>143</sup> ZINN T., RIEDEL N., SPENGLER C., *op. cit.*; KOBETSKY M., *op. cit.*

giungere ad ottenere un intervallo di prezzi in conformità al il principio di libera concorrenza<sup>144</sup>.

### 2.2.1. *Metodi tradizionali basati sulla transazione.*

I metodi basati sulla transazione sono stati i primi esplicitamente considerati fin dalle Guidelines del 1979, trovando le proprie radici nei regolamenti americani del 1968, e sono sempre preferibili a quelli basati sull'utile della transazione, laddove possibile utilizzarli.

I metodi tradizionali misurano i termini e le condizioni delle transazioni tra imprese indipendenti e li confrontano con quelli della transazione controllata. Questo confronto può essere effettuato sulla base di parametri diretti, come il prezzo di una transazione, ma anche sulla base di parametri indiretti, come i margini lordi realizzati su una determinata transazione.

Sono tre i metodi basati sulla transazione consigliati dall'OCSE:

- Il metodo del confronto del prezzo (*comparable uncontrolled price method* o *CUP method*);
- Il metodo del prezzo di rivendita (*resale price method*);
- Il metodo del costo maggiorato (*cost plus method*).

#### 2.2.1.1. *Il metodo del confronto del prezzo (CUP).*

Il metodo CUP offre il modo più diretto per determinare il prezzo di libera concorrenza, poiché prevede il confronto del prezzo di una transazione controllata con il prezzo praticato in una transazione comparabile tra imprese indipendenti; il confronto può essere interno, se la transazione comparabile è avvenuta tra una parte della transazione controllata e un'impresa indipendente, ovvero esterno, se la transazione non controllata è avvenuta tra parti terze indipendenti<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> TP Guidelines, Par.2.12.

<sup>145</sup> AVOLIO D., DEVALLE A., *In attesa delle nuove istruzioni sul transfer pricing*, in *Corriere Tributario* n. 40 del 2017, p. 3122.

Qualsiasi differenza tra i due prezzi può portare alla conclusione che le imprese associate non abbiano operato a condizioni di mercato e, di conseguenza, il prezzo di trasferimento della transazione controllata potrà essere rettificato sulla base del prezzo della transazione tra parti indipendenti. Tale metodo si dimostra un metodo molto affidabile se esiste una transazione non controllata comparabile e se non vi sono differenze tra le transazioni in esame o se, nel caso esistano delle differenze, risulta possibile effettuare aggiustamenti ragionevolmente accurati per ridurre l'effetto sostanziale (c.d. *comparability adjustments*)<sup>146</sup>.

Tuttavia, sebbene questo metodo possa essere preferibile a tutti gli altri metodi, spesso può essere difficile trovare una transazione sufficientemente simile a quella controllata in modo tale che le differenze non abbiano alcun effetto materiale sul prezzo, ad esempio se il mercato di riferimento non è competitivo o se la transazione controllata è così unica che non è possibile identificare una transazione analoga<sup>147</sup>.

#### 2.2.1.2. *Il metodo del prezzo di rivendita (Resale price method).*

Il metodo del prezzo di rivendita viene utilizzato se un'impresa del gruppo acquista prodotti da imprese associate in transazioni controllate, rivendendoli in seguito ad acquirenti terzi e indipendenti<sup>148</sup>.

In tali circostanze, il prezzo di trasferimento per un dato prodotto è determinato sulla base del prezzo pagato da un acquirente indipendente per il prodotto, deducendo poi un margine di profitto lordo, equivalente all'importo con cui il rivenditore indipendente cercherebbe di coprire i propri costi di vendita e altri costi di gestione e, alla luce delle funzioni svolte, beni utilizzati e rischi assunti, di ricavare un utile adeguato<sup>149</sup>.

Il margine di profitto lordo può essere determinato attraverso un comparabile interno, con riferimento al margine di profitto lordo che lo stesso venditore guadagna sui prodotti acquistati e venduti in transazioni comparabili con parti indipendenti, oppure avvalendosi di un comparabile esterno, nel caso di imprese associate che acquistano prodotti solo

---

<sup>146</sup> TP Guidelines, Par.2.15.

<sup>147</sup> HAY D., HORNER F., OWENS J., *op. cit.*; ZINN T., RIEDEL N., SPENGLER C., *op. cit.*

<sup>148</sup> KOBETSKY M., *op. cit.*

<sup>149</sup> TP Guidelines, Par.2.27; KOBETSKY M., *op. cit.*

attraverso transazioni controllate, facendo riferimento ai margini di profitto lordo derivati da entità indipendenti che vendono prodotti simili in transazioni non controllate<sup>150</sup>.

Anche nell'applicazione del metodo in esame, affinché la transazione controllata sia comparabile con quella non controllata è necessario che non sussistano differenze tra le transazioni o che, nel caso esistano, non siano in grado di influenzare il margine di profitto lordo; se, invece, tali differenze possono influire sulla comparabilità delle transazioni, saranno possibili adeguati aggiustamenti atti ad eliminarne gli effetti<sup>151</sup>.

Questo metodo, rispetto al CUP, presenta il vantaggio che gli aggiustamenti per correggere le differenze tra le transazioni messe a confronto saranno di minore portata, poiché le differenze tra i prodotti delle due transazioni (controllata e non controllata) hanno una minore potenzialità di influenzare materialmente i margini di profitto lordo del rivenditore<sup>152</sup>. Pertanto, nella scelta di un metodo di *transfer pricing*, se tutti i fattori di comparabilità, ad eccezione delle caratteristiche dei prodotti scambiati, determinano che la transazione tra parti associate è comparabile a quella tra parti indipendenti, il metodo del prezzo di rivendita sarà più affidabile rispetto al metodo CUP.

#### 2.2.1.3. Il metodo del costo maggiorato (Cost plus method).

Il metodo del costo maggiorato, simile al *resale price method*, cerca di ottenere il prezzo di libera concorrenza aggiungendo una percentuale di ricarico ai costi di produzione (c.d. *cost plus mark up*) sostenuti da un'impresa associata che fornisce beni o servizi a un altro membro del gruppo<sup>153</sup>.

Anche nell'applicazione del metodo in esame, il *cost plus mark up* potrà essere calcolato avvalendosi di comparabili interni o esterni: nel primo caso, sarà calcolato attraverso una comparazione tra il margine di profitto della transazione controllata e quello che la stessa impresa ottiene in transazioni comparabili con parti terze; nel secondo caso, comparando

---

<sup>150</sup> TP Guidelines, Par.2.28; KOBETSKY M., *op. cit.*; ZINN T., RIEDEL N., SPENGEL C., *op. cit.*

<sup>151</sup> TP Guidelines, Par.2.29.

<sup>152</sup> KOBETSKY M., *op. cit.*

<sup>153</sup> TP Guidelines, Par.2.45; HAY D., HORNER F., OWENS J., *op. cit.*; ZINN T., RIEDEL N., SPENGEL C., *op. cit.*

il margine di profitto ottenuto nella transazione controllata dall'impresa che fornisce beni o servizi con il ricarico che applicano imprese indipendenti in transazioni comparabili<sup>154</sup>. Anche per l'applicazione del metodo del costo maggiorato la transazione tra parti indipendenti è considerata comparabile a quella controllata se, nel caso in cui esistono differenze tra le due, nessuna differenza influenza sostanzialmente la percentuale di ricarico sul mercato ovvero se, nel caso in cui le suddette differenze provochino un'influenza sostanziale sulle transazioni comparate, gli effetti di tali differenze sono resi neutrali apportando aggiustamenti adeguati<sup>155</sup>.

### 2.2.2. *Metodi basati sull'utile della transazione.*

I metodi basati sulla transazione (anche detti metodi reddituali), come è stato descritto, prevedono la comparabilità di una transazione non controllata con la transazione tra parti associate oggetto dell'esame sui prezzi di trasferimento. Per essere comparabili, tuttavia, sono necessarie tre alternative condizioni:

- i. Non devono esservi differenze nelle operazioni tra imprese associate e quelle tra parti indipendenti;
- ii. Le differenze eventualmente esistenti tra le due operazioni non devono avere un effetto sostanziale sul metodo utilizzato per stabilire se il prezzo della transazione controllata riflette il prezzo di mercato di quella transazione;
- iii. Le differenze che hanno un effetto sostanziale sulla determinazione dei prezzi delle transazioni messe a confronto devono poter essere neutralizzate attraverso degli accurati *comparability adjustments*.

Dal momento che le transazioni perfettamente comparabili sono eccezionali e poco frequenti e gli aggiustamenti apportati hanno inevitabilmente un certo grado di approssimazione e di imprecisione, non sempre sarà possibile applicare correttamente un metodo tradizionale a seguito delle suddette condizioni, se ad esempio un aggiustamento non dovesse reputarsi affidabile.

---

<sup>154</sup> TP Guidelines, Par.1.46; KOBETSKY M., *op. cit.*

<sup>155</sup> TP Guidelines, Par.1.47.

Inoltre, spesso ci sono troppe differenze sostanziali tra le transazioni messe a confronto e per tale ragione non sarà possibile effettuare alcun aggiustamento che le renda comparabili.

In tali casi, l'OCSE ha sviluppato dei metodi che non vengono influenzati dalle differenze tra due transazioni messe a confronto, ma che invece si concentrano sugli utili della transazione. Si tratta di metodi che si focalizzano più sugli utili provenienti da particolari transazioni tra imprese associate che sulla somiglianza di tutte le condizioni delle operazioni messe a confronto, ragione per la quale sono stati considerati “*last resort methods*”, raccomandati solo nel caso in cui i metodi tradizionali non possano risultare applicabili o affidabili<sup>156</sup>.

I metodi basati sugli utili delle transazioni ritenuti accettabili dall'OCSE sono:

- Il metodo del margine netto della transazione (*transaction net margin method* o *TNMM*);
- Il metodo di ripartizione dell'utile (*profit split method*).

#### 2.2.2.1. Metodo del margine netto della transazione (TNMM).

Il TNMM presenta delle somiglianze con il metodo del prezzo di rivendita e quello del prezzo maggiorato, con la differenza che misura il profitto netto relativamente ad un'adeguata base di calcolo (ad es. costi, vendite, risorse impiegate) che un contribuente realizza in una transazione tra imprese associate, invece che quello lordo<sup>157</sup>.

Tale metodo si basa sul confronto tra margine netto realizzato nella transazione tra parti associate e margine netto realizzato in una transazione tra parti indipendenti<sup>158</sup>. Anche in questo caso i comparabili possono essere interni o esterni a seconda delle parti indipendenti coinvolte nella transazione: se un'impresa associata effettua operazioni sia controllate che non controllate, a condizione che tali operazioni siano comparabili, il margine netto che ricava dalla transazione controllata dovrebbe riflettere i margini netti derivanti dalle transazioni con imprese indipendenti; nel caso in cui, invece, l'impresa associata effettua solo transazioni controllate ovvero quelle non controllate non sono

---

<sup>156</sup> HAY D., HORNER F., OWENS J., *op. cit.*

<sup>157</sup> KOBETSKY M., *op. cit.*

<sup>158</sup> GUATRI G., VILLANI M., *Le valutazioni per il transfer pricing degli intangibili*, Egea ed., 2018, p.48.

comparabili, occorre determinare il margine netto che sarebbe stato realizzato in transazioni comparabili da un'impresa indipendente<sup>159</sup>.

Ai fini dell'applicazione del TNMM è necessaria un'analisi funzionale per determinare se le transazioni non controllate sono comparabili con quella controllata per essere utilizzate ai fini del metodo in esame, dal momento che il metodo del margine netto non è affidabile nel caso in cui le due parti della transazione apportano valore in modo unico e rilevante, essendo necessario in tal caso ricorrere al metodo di ripartizione dell'utile<sup>160</sup>. Tra le ragioni principali per cui il metodo in commento può essere preferito rispetto ai metodi tradizionali si include, in primo luogo, il fatto che i margini netti sono meno influenzati dalle differenze tra le transazioni messe a confronto rispetto al prezzo. In secondo luogo, mentre la differenza delle funzioni svolte tra le imprese associate e quelle indipendenti incide sui margini di utile lordo, in quanto le differenze funzionali tra imprese comportano spesso variazioni delle spese operative, gli indicatori di utile netto subiscono meno l'impatto derivante dalle suddette differenze: di conseguenza, risulta possibile ottenere una vasta gamma di margini di utile lordo, ma livelli di indicatori di utile netto sostanzialmente simili<sup>161</sup>.

La criticità principale del TNMM è che il margine di profitto netto di un'impresa associata può essere influenzato da fattori, diversi sia dai prodotti che dalle funzioni, che non hanno effetto, o che ne hanno solo in minima parte, sul prezzo o sui margini lordi<sup>162</sup>; per tale ragione l'utilizzo di indicatori di utile netto potrebbe condurre ad una maggiore aleatorietà nella determinazione dei prezzi di trasferimento<sup>163</sup>.

#### 2.2.2.2. Metodo di ripartizione dell'utile (Profit split method).

---

<sup>159</sup> TP Guidelines, Par.2.64; KOBETSKY M., *op. cit.*

<sup>160</sup> TP Guidelines, Par.2.65; STRAFFI C., *Il metodo del TNMM nel transfer pricing: come, quando e perché*, <https://www.ratio.it/ratioquotidiano/articolo/108962>, 2018.

<sup>161</sup> TP Guidelines, Par.2.68; KOBETSKY M., *op. cit.*; STRAFFI C., *op. cit.*

<sup>162</sup> In particolare, sui margini netti possono influire una serie di fattori che risulta difficile stimare, quali la minaccia di nuovi concorrenti, la posizione concorrenziale delle imprese o le differenze del costo del capitale. Fattori i quali, a loro volta, possono essere influenzati da numerosi altri elementi.

<sup>163</sup> TP Guidelines, Par.2.70 e ss.; KOBETSKY M., *op. cit.*

Il metodo del *profit split* si pone il fine di pervenire ad una ripartizione dell'utile (nel quale sono comprese anche le perdite) che deriva dalla transazione tra imprese associate, in coerenza con la ripartizione che imprese indipendenti avrebbero previsto di realizzare ponendo in essere la transazione<sup>164</sup>.

Si consideri che il metodo in esame è stato introdotto dalle TP Guidelines del 1995, ma all'epoca veniva considerato come un'ultima risorsa, nel caso in cui gli altri metodi non potessero essere applicati in modo affidabile. Dalle Guidelines del 2010, invece, è venuta meno quella severa scala gerarchica che era imposta nella scelta dei metodi, consentendo a contribuenti e amministrazioni fiscali di utilizzare il *profit split* seguendo il principio della *best method rule*<sup>165</sup>. Proprio in virtù della regola del metodo più appropriato, il metodo di ripartizione dell'utile è considerato quello più efficace in una serie di situazioni, come conferma la *Revised guidance* relativa all'applicazione del metodo in esame pubblicata dall'OCSE nel 2018<sup>166</sup>.

In primo luogo, qualora entrambe le parti di una transazione apportino contributi unici e di rilevante valore (spesso aventi ad oggetto beni immateriali), risulterà piuttosto raro trovare transazioni tra parti indipendenti nelle quali siano apportati contributi comparabili in circostanze analoghe, perciò il *profit split* risulterà la soluzione più appropriata<sup>167</sup>.

In secondo luogo, rilevano ai fini del metodo in esame le operazioni aziendali altamente integrate, in cui le funzioni svolte, le risorse impiegate e i rischi sopportati dalle parti sono così estremamente interconnessi, potendo essere relativi alla medesima fase della *value chain*, che non possono essere valutate con un metodo unilaterale<sup>168</sup>, ma sarà necessario

---

<sup>164</sup> TP Guidelines, Par.2.114; GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.49.

<sup>165</sup> ILHAN C.B., *The use of value chain analysis in a profit split*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2018.

<sup>166</sup> OECD (2018), *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris; Cfr. AVOLIO D., DE ANGELIS E., *L'OCSE completa le Linee Guida sulla valutazione degli intangibles e sul Profit Split*, in *Corriere Tributario* n.39 del 2018, p.2979; Cfr. ZUCCHETTI S., PIVA C., *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Evolution or Revolution?*, in *International Transfer Pricing Journal*, March/April 2019.

<sup>167</sup> OECD (2018), *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, Par.2.119; ILHAN C.B., *op. cit.*

<sup>168</sup> Si dicono unilaterali il metodo del prezzo di rivendita, il metodo del costo maggiorato ed il metodo del margine netto della transazione, in quanto esaminano un indicatore finanziario relativo ad una sola parte della transazione (la c.d. *tested party*).

considerare le attività volte alla creazione del valore di tutte le entità coinvolte nella transazione<sup>169</sup>.

Infine, quando ciascuna parte della transazione controllata condivide l'assunzione di uno o più rischi economicamente significativi, ovvero quando tali rischi sono assunti separatamente dalle parti ma sono strettamente correlati, ancora una volta il *profit split* è da preferire rispetto ad altri metodi<sup>170</sup>.

Esistono diversi approcci che possono essere utilizzati per stimare l'allocazione degli utili, anche se l'OCSE segnala in particolare due metodi che possono essere utilizzati<sup>171</sup>:

- 1) L'analisi del contributo (c.d. *contribution analysis*). In base a tale approccio, gli utili complessivi derivanti dalla transazione controllata sono suddivisi tra le parti coinvolte nella transazione in base ad un'approssimazione della ripartizione degli utili che sarebbe avvenuta in transazioni comparabili tra parti indipendenti. Dato che, come si diceva, spesso transazioni comparabili non sono disponibili, l'utile in tal caso sarà ripartito sulla base del valore che ogni parte della transazione contribuisce ad apportare, attraverso l'analisi delle funzioni svolte, risorse impiegate e rischi assunti;
- 2) L'analisi del residuo (c.d. *residual analysis*). In tal caso, gli utili derivanti dalla transazione sono ripartiti in due fasi: per prima cosa, a ciascuna impresa associata viene allocata una parte di profitto sufficiente a remunerare i contributi non unici apportati alla transazione, avvalendosi dei metodi di *pricing* visti precedentemente; successivamente, l'eventuale utile (o perdita) che residua viene ripartito tra le parti avvalendosi di un'analisi dei contributi delle parti relativi alla creazione del valore.

Il metodo in esame, a seconda dei casi, può essere applicato agli utili previsionali ovvero a quelli effettivamente realizzati<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> OECD (2018), *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, Par.2.120; ILHAN C.B., *op. cit.*

<sup>170</sup> GREIL S., *The dealing at arm's length fallacy: a way forward to a formula-based transactional profit split?*, in *Intertax*, Volume 45, Issue 10, 2017; ILHAN C.B., *op. cit.*

<sup>171</sup> OECD (2018), *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, Par.2.149-2.153; GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.49-50; KOBETSKY M., *op. cit.*

<sup>172</sup> OECD (2018), *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, Par.2.158-2.161.

Nel primo caso, il metodo viene utilizzato ai fini della determinazione del prezzo di trasferimento che verrà applicato in transazioni controllate. L'amministrazione fiscale, nell'esaminare se l'applicazione del metodo utilizzato *ex ante* consenta di avvicinarsi ad un prezzo conforme a quello di libera concorrenza, dovrà considerare i dati ragionevolmente conosciuti dalle imprese associate nel momento in cui sono state definite le condizioni della transazione<sup>173</sup>.

Nel secondo caso, le imprese coinvolte nella transazione hanno concordato di condividere gli stessi rischi economicamente significativi legati alla transazione e si farà riferimento agli utili effettivamente conseguiti<sup>174</sup>.

A chi scrive sembra opportuno sottolineare che, in un'epoca fortemente segnata dalle sfide annunciate dal Rapporto BEPS, ove su tutte spicca l'obiettivo di tassare là dove il valore viene creato, il metodo del *profit split* può rivelarsi in sempre più situazioni il metodo maggiormente appropriato per stabilire i prezzi di trasferimento in conformità al principio di libera concorrenza.

### 2.3. *L'analisi di comparabilità.*

Dopo aver introdotto la fondamentale importanza dell'analisi della transazione tra parti associate, attraverso l'individuazione dei cinque fattori di comparabilità, nonché dopo aver prestato attenzione ai metodi utilizzabili e a quando utilizzarli per verificare se i prezzi di trasferimento siano conformi all'*arm's length principle*, occorrerà capire attraverso quali fasi passa l'analisi di comparabilità vera e propria, in particolare facendo luce sui criteri per scegliere, nel caso in cui si utilizzi un metodo di *pricing* unilaterale, la parte della transazione controllata da sottoporre a test (c.d. *tested party*) nonché, in ogni caso, le parti indipendenti in transazioni comparabili<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> BILANEY S.K., *Revised OECD Draft guidance on the profit split method: the need for conceptual refinements!*, in *Bulletin for International Taxation*, May 2017; GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.50; ILHAN C.B., *op. cit.*

<sup>174</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*; BILANEY S.K., *op. cit.*

<sup>175</sup> Per riuscire ad individuare transazioni comparabili, sarà necessaria la previa identificazione delle caratteristiche economicamente rilevanti (fattori di comparabilità) della transazione controllata, che a loro volta condurranno il contribuente e l'amministrazione fiscale alla scelta del metodo più appropriato in base anche alle informazioni disponibili sulle transazioni.

Al fine di effettuare la scelta del metodo più appropriato da utilizzare per la determinazione dei prezzi di trasferimento della transazione in esame, è necessario cercare, se disponibili, i comparabili più affidabili in base al grado di somiglianza tra i fattori di comparabilità della transazione non controllata e di quella controllata, scartando, nel caso in cui venga individuata più di una possibile transazione comparabile, quelle transazioni non controllate che hanno minor grado di comparabilità rispetto alle altre. In altri termini, il prezzo e le altre condizioni della transazione controllata sono comparati con il prezzo e le altre condizioni della più simile transazione tra parti indipendenti che può essere identificata<sup>176</sup>.

Peraltro, la necessità di cercare le migliori transazioni comparabili non deve essere confusa con l'esigenza di cercare tutte quelle possibili, sforzo che sarebbe assai gravoso, eccessivamente lungo e spesso risulterebbe impossibile a causa della frequente indisponibilità di una serie di informazioni cruciali relative ai fattori di comparabilità<sup>177</sup>. L'OCSE delinea le seguenti nove fasi per svolgere correttamente un'analisi di comparabilità, all'interno della quale le attività non vengono condotte in maniera lineare, bensì iterativa<sup>178</sup>:

- 1) Individuazione degli anni da considerare;
- 2) Analisi delle circostanze riguardanti il contribuente;
- 3) Comprensione della transazione controllata in esame avvalendosi in particolare di un'analisi funzionale;
- 4) Ricerca di possibili comparabili interni;
- 5) Identificazione delle informazioni necessarie per effettuare un confronto esterno;
- 6) Selezione del metodo di *pricing* più adeguato e, in funzione della scelta, dell'indicatore finanziario più adatto al caso di specie;
- 7) Identificazione dei potenziali *comparables*;
- 8) Identificazione e applicazione dei c.d. *comparability adjustments*;
- 9) Interpretazione dei dati per determinare il prezzo conforme all'*arm's length principle*.

---

<sup>176</sup> TP Guidelines, Par.3.2; ANDRUS J., COLLIER R., *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017, p.105.

<sup>177</sup> TP Guidelines, Par.3.2.

<sup>178</sup> TP Guidelines, Par.3.4; PIAZZA M., DELLA CARITÀ A., *op. cit.*

Avendo già illustrato in precedenza come identificare accuratamente le caratteristiche economicamente rilevanti della transazione tra parti associate che andrà esaminata, occorre rilevare come, nel caso in cui si opti per l'applicazione di un metodo c.d. *one side* (quali sono il metodo del costo maggiorato, del prezzo di rivendita e del margine netto della transazione), si dovrà identificare la parte della transazione da sottoporre a test. Per fare ciò, ancora una volta, assume un ruolo determinante l'analisi funzionale della transazione, in quanto la *tested party* dovrà essere quella alla quale sarà possibile applicare un metodo di *pricing* più affidabile e nei confronti della quale sarà più agevole trovare dei comparabili attendibili<sup>179</sup>.

Nella ricerca di transazioni comparabili tra parti indipendenti e, all'interno di esse, di parti comparabili a seconda del metodo scelto, sarà fondamentale fare riferimento ai cinque fattori di comparabilità, in quanto questi dovranno essere il più possibile corrispondenti affinché si ottenga un risultato coerente con il principio di libera concorrenza.

Stante la maggiore affidabilità di comparabili interni rispetto a quelli esterni, in quanto l'analisi economica si baserà su principi contabili e prassi identiche rispetto alle transazioni da confrontare, si segnala che talvolta questi non saranno utilizzati in quanto i fattori di comparabilità sono soddisfatti in misura maggiore da comparabili esterni<sup>180</sup>.

A prescindere dalla collocazione dei comparabili (interni ovvero esterni), è fondamentale, da un lato, che la transazione presa come riferimento avvenga tra parti indipendenti, dall'altro, che le parti della transazione svolgano funzioni e assumano rischi simili a quelli delle parti della transazione controllata; ciò sarà stabilito attraverso un'analisi funzionale della transazione non controllata. In particolare, a tal fine, sarà fondamentale una comprensione del settore in cui la transazione controllata ha luogo, cercando pertanto di ottenere dettagli sulla struttura del mercato, sui fattori che generano valore in tale settore, sui concorrenti, sulle tendenze attuali, oltre che una raccolta di informazioni sul

---

<sup>179</sup> TP Guidelines, Par.3.18; ROSSING C.P., COOLS M., ROHDE C., *op. cit.*; si segnala che, quando si sceglie un metodo unilaterale, in ogni caso “alcune informazioni sui fattori di comparabilità della transazione fra imprese associate e, in particolare, sull'analisi funzionale della parte non sottoposta a test sono altresì necessarie al fine di caratterizzare propriamente la transazione tra imprese associate e selezionare il metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento più appropriato”. TP Guidelines, Par.3.20.

<sup>180</sup> TP Guidelines, Par.3.27-3.28.

posizionamento del gruppo all'interno del settore di riferimento nonché il ruolo delle entità del gruppo stesso<sup>181</sup>.

Una volta ottenute le suddette informazioni sarà più agevole delineare un profilo delle imprese da ricercare per effettuare un'analisi di comparabilità, ricerca che in genere avviene attraverso le banche dati commerciali. Qualora, in seguito alla suddetta analisi, non saranno riscontrabili possibili comparabili, diventerebbe necessario un cambiamento del metodo selezionato, risultando adatto in tali casi il metodo di ripartizione dell'utile<sup>182</sup>. Un ulteriore aspetto da considerare in un'analisi di comparabilità è quello dei possibili aggiustamenti di comparabilità o *comparability adjustments*.

Come si è anticipato nello studio dei metodi, in certi casi potrebbero sussistere delle differenze tra le transazioni messe a confronto che potrebbero influenzare le condizioni delle transazioni che si stanno confrontando; quando ciò accade, sono necessari degli aggiustamenti ragionevolmente accurati per eliminare l'effetto di tali differenze<sup>183</sup>.

Tra i possibili aggiustamenti da dover effettuare si segnalano qui, tra i più rilevanti: quelli relativi al rischio, concepiti per tenere conto delle differenze nei rischi assunti in relazione ad una serie di elementi quali la concorrenza, il credito, le valute estere, l'obsolescenza tecnologica; quelli atti ad eliminare le differenze nei mercati geografici, quando i comparabili provengono da differenti mercati rispetto a quello della *tested party*, poiché a seconda del mercato possono variare, ad esempio, le strategie aziendali utilizzate, il sistema normativo in vigore, il comportamento degli acquirenti, il potere contrattuale delle parti e i rischi operativi; infine, possono essere necessari aggiustamenti contabili, che affrontano le differenze derivanti dagli standard contabili applicati dalle diverse giurisdizioni<sup>184</sup>.

Dopo aver individuato i comparabili e applicato il metodo più appropriato, in certi casi sarà possibile pervenire ad un unico valore/parametro (che a seconda del metodo utilizzato sarà, ad esempio, un prezzo o un margine), il quale rappresenta il dato più

---

<sup>181</sup> FRIS P., GONNET S., *The State of the Art in Comparability for Transfer Pricing*, in *International transfer pricing journal*, March/April 2010.

<sup>182</sup> TP Guidelines, Par.3.30-3.34; FRIS P., GONNET S., *op. cit.*

<sup>183</sup> Si deve evidenziare che, nel caso in cui determinate differenze risultino ineliminabili attraverso gli aggiustamenti di comparabilità, le transazioni non saranno considerate comparabili. FRIS P., GONNET S., *op. cit.*; PIAZZA M., DELLA CARITÀ A., *op. cit.*

<sup>184</sup> MUYAA E., *Transfer Pricing Comparability Adjustments: The Pursuit of "Exact" Comparables*, in *International transfer pricing journal*, September/October 2014.

rilevante per constatare il rispetto del principio di libera concorrenza nella transazione associata.

Tuttavia, in certi casi non sarà possibile ottenere un unico valore, bensì un intervallo di valori in virtù del fatto che, in tali casi, l'applicazione del metodo più appropriato permette di ottenere una mera approssimazione delle condizioni che sarebbero stabilite tra parti indipendenti; quando ciò accade, le rettifiche della transazione controllata da parte dell'amministrazione finanziaria non saranno effettuate nel caso in cui il parametro significativo della transazione tra imprese associate (prezzo o margine) si trova all'interno dell'intervallo di valori identificato<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> TP Guidelines, Par.3.55-3.62.

### Sezione III

#### Il principio di libera concorrenza nell'ordinamento italiano

##### 3.1. *La previgente disciplina e il riferimento al valore normale.*

La normativa italiana in tema di *transfer pricing* è stata oggetto di modifica negli ultimi due anni per accostarsi alle raccomandazioni dell'OCSE.

La precedente disciplina, contenuta all'art. 110, comma 7 del T.U.I.R.<sup>186</sup>, anche se in parte ricalcava quanto stabilito dall'art. 9 del Modello OCSE, per certi aspetti se ne discostava.

In particolare, il comma 7 prevedeva che *“I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del 2° comma, se ne deriva aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali "procedure amichevoli" previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti”*.

In primo luogo, si può osservare che anche la disciplina italiana, al pari dell'OCSE, richiedeva come condizione per l'applicazione della norma un rapporto di controllo tra le imprese pur tuttavia senza specificare cosa dovesse intendersi per controllo. In merito a tale punto, inizialmente fu abbracciata la nozione civilistica di controllo ex art. 2359, c. 1 c.c.<sup>187</sup>, ma tale nozione fu ritenuta eccessivamente limitativa in virtù dei fini perseguiti

---

<sup>186</sup> Testo Unico delle Imposte sui Redditi. D.P.R. 22 Dicembre 1986, n.917.

<sup>187</sup> La norma richiamata recita: *“Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa”*.

dal legislatore fiscale, divergenti da quelli perseguiti dal legislatore civilistico. Siffatta nozione doveva essere interpretata con maggiore elasticità, così da tener conto che le manipolazioni dei prezzi di trasferimento trovano la loro origine nell'influenza di un'impresa sulle decisioni gestionali di un'altra, a prescindere dal controllo come inteso dal codice civile ossia delimitato ai solo vincoli contrattuali e azionari<sup>188</sup>.

Era poi necessario che le operazioni fossero effettuate con società non residenti nel territorio dello Stato. Evidentemente, da un'interpretazione letterale non sembrava esserci spazio per un'applicazione della disposizione tra imprese associate entrambe residenti in Italia, anche se non sono mancate interpretazioni giurisprudenziali in senso diverso<sup>189</sup>.

Peraltro, con l'introduzione dell'art. 5 comma 2 del D.lgs. n. 147/2015 è stata esclusa l'applicazione dell'art. 110 comma 7 alle società associate residenti in Italia, ponendo fine a dubbi interpretativi che si erano posti con riferimento al c.d. "*transfer pricing interno*"<sup>190</sup>.

La differenza più vistosa rispetto alle raccomandazioni dell'OCSE in materia di prezzi di trasferimento, si ritiene fosse il riferimento al valore normale come metro di paragone per analizzare i prezzi delle transazioni avvenute tra parti associate. È dunque evidente la

---

<sup>188</sup> Cfr. DELLA VALLE E., *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in *Riv. Dir. Trib.*, fasc. 2, 2009, p. 133.

<sup>189</sup> In proposito si vuole segnalare che nella sentenza 10802/2002 della Corte di cassazione, era stata data una non condivisibile interpretazione dell'art. 9 del T.U.I.R., ai sensi della quale esisterebbe "*un principio generale, desumibile dall'art. 9 del DPR n. 917/1986, in base al quale l'amministrazione è tenuta a valutare ai fini fiscali le varie prestazioni che costituiscono le componenti attive e passive del reddito secondo il valore di mercato*". Inoltre, nella più recente sentenza n. 17955/2013, la Cassazione aveva affermato che il criterio legale del valore normale avrebbe dovuto rilevare anche in transazioni interne tra parti associate, nei casi in cui attraverso la fissazione di prezzi diversi da quelli di mercato si fosse cercato di far emergere utili presso società del gruppo che beneficino di una più bassa tassazione in virtù di particolari agevolazioni territoriali. Ciò in quanto vengono attuate in ambito nazionale "*le medesime forme di politiche sui prezzi, attuate assai di frequente in ambito internazionale mediante transazioni infragruppo inferiori (o superiori) al loro valore normale, onde spostare l'imponibile presso le imprese associate che, nei rispettivi territori, godono di esenzioni fiscali e subiscono minore tassazione*". Si veda FERRANTI G., *La Cassazione chiarisce i presupposti per la rettifica delle transazioni infragruppo* IL COMMENTO, in *Corriere Tributario*, n.8 del 2019, p. 725.

<sup>190</sup> Fondazione Nazionale dei Commercialisti, *Il transfer pricing. Profili tecnici e spunti operativi*, Documento di ricerca, 19 Dicembre 2018, p.8.

differenza con quanto previsto dall'OCSE, la quale invece fa riferimento alle operazioni comparabili avvenute tra parti indipendenti, in ossequio dell'*arm's length principle*<sup>191</sup>. Per individuare cosa si deve intendere per valore normale occorre riferirsi al 3° comma dell'art. 9 del T.U.I.R., in cui si prevede che debba intendersi “*il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore*”.

La Cassazione, con sentenza 22010 del 25 settembre 2009 ha stabilito che, in base alla normativa sul *transfer pricing* che si riferiva al valore normale, il legislatore avesse scelto come metodo di valutazione dei prezzi di trasferimento quello del confronto del prezzo, disciplinato internamente dall'art. 9, comma 3 del T.U.I.R. Sempre la Suprema Corte ha pertanto stabilito che, per l'applicazione del metodo CUP, ci si sarebbe basati *in primis* sui listini o sulle tariffe del soggetto che fornitore dei beni o dei servizi, e, solo in caso di mancanza o inattendibilità di tali elementi, sulle mercuriali, sui listini delle camere di commercio e sulle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso<sup>192</sup>.

In un siffatto contesto, l'utilizzo degli altri metodi previsti dall'OCSE era comunque concesso quando per le transazioni da comparare non si riteneva applicabile il metodo CUP per via delle incolmabili differenze tra le stesse.

La Suprema Corte si è peraltro espressa recentemente sul tema stabilendo che “*in caso di accertamento fondato sul transfer pricing, se il giudice tributario ritiene che il metodo corretto (almeno in via principale) per la determinazione del valore normale dei beni ceduti sia non quello del costo maggiorato (utilizzato dall'ufficio), bensì del confronto del prezzo, allora questi è tenuto a procedere alla nuova determinazione di tale valore*

---

<sup>191</sup> Cfr. FERRONI B., *La delega fiscale e il transfer pricing*, in *Fisco*, 2015, 2, 161 (commento alla normativa).

<sup>192</sup> Si vedano Cass., 23 ottobre 2013, n. 24005, in *Banca dati Ipsoa-Bigsuite* e Cass., 25 settembre 2013, n. 22010, in *Banca dati Ipsoa-Bigsuite*.

*secondo il criterio ritenuto legittimo, anziché annullare totalmente la rettifica operata dall'ufficio*”<sup>193</sup>.

### 3.2. *L'introduzione del principio di libera concorrenza in Italia.*

Come si anticipava, l'art. 110, comma 7 del T.U.I.R. è stato recentemente modificato dal Decreto-legge n.50/2017, attualmente disponendo che *“I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili, se ne deriva un aumento del reddito. La medesima disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, secondo le modalità e alle condizioni di cui all'articolo 31quater del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per l'applicazione del presente comma”*.

Con tale modifica, quindi, si è abbandonato il riferimento al valore normale per la determinazione dei prezzi di trasferimento e si è introdotto il riferimento ai soggetti indipendenti in circostanze comparabili. È stato così introdotto effettivamente l'*arm's length principle* come inteso dall'OCSE nell'ordinamento italiano<sup>194</sup>.

Inoltre, sulla base del disposto dell'ultima parte del comma 7 in esame, il 14 maggio 2018 è stato firmato dal MEF il Decreto ministeriale che introduce nell'ordinamento italiano alcune linee guida per l'applicazione delle disposizioni sul *transfer pricing* e del principio di libera concorrenza. Il nuovo Decreto, composto da nove articoli, rappresenta invero un passo importante nel percorso di allineamento con le raccomandazioni dell'OCSE in materia di *transfer pricing* ed è evidentemente condizionato dall'introduzione dell'*arm's*

---

<sup>193</sup> Cass., 19 settembre 2014, n. 2014.

<sup>194</sup> Cfr. DELLA VALLE E., *Transfer price: cosa cambia?*, in *Il fisco*, n.37 del 2017, p.1-3521; Cfr. DELLA ROVERE A., VINCENTI F., *Novità sulla disciplina del transfer pricing: avviata la consultazione pubblica*, in *Fisco*, 2018, 11, 1055 (*commento alla normativa*); Cfr. CAPPELLERI G., CATALDI M., *Guidance from the Italian legislator on the correct application of the arm's length principle: alignment to the OECD standards*, in *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2018.

*length principle* nell'ordinamento italiano e fondato sulle c.d. *best practices* internazionali.

Le principali novità introdotte dal D.M. sono evidenti a partire dalla definizione nell'art. 2 di "imprese associate": si tratta dell'impresa residente nel territorio dello Stato e delle società non residenti allorché una di esse partecipi nella gestione, nel controllo o nel capitale dell'altra ovvero lo stesso soggetto partecipi nella gestione, nel controllo o nel capitale di entrambe le imprese; si specifica inoltre che per "partecipazione nella gestione, nel controllo e nel capitale debba intendersi: a) una partecipazione superiore al 50% nel capitale, nei diritti di voto o negli utili di un'impresa; b) l'influenza dominante sulla gestione, per effetto di vincoli azionari o contrattuali.

Pertanto, la disciplina del *transfer pricing* trova applicazione sia nelle ipotesi di controllo di diritto, sia in quelle di influenza dominante. In proposito si nota che non è stato chiarito cosa debba intendersi effettivamente per "influenza dominante sulla gestione di un'altra impresa" e pertanto risulterebbero necessarie ulteriori specificazioni sul punto<sup>195</sup>.

Sempre all'art. 2 è presente la definizione di "operazione controllata", intendendosi per essa "*qualsiasi operazione di natura commerciale o finanziaria*" intercorrente "*tra imprese associate accuratamente individuata e delineata sulla base dell'effettivo comportamento tenuto dalle parti, anche se divergente da pattuizioni contrattuali espresse o in assenza delle stesse*". Tale nozione pone l'attenzione sulla possibilità di riquilibrare l'operazione, basandosi sull'effettiva condotta delle parti qualora sia divergente dalle condizioni contrattuali<sup>196</sup>.

Per quanto riguarda la definizione di "comparabilità", l'art. 3 del decreto in esame stabilisce i criteri da applicare per considerare tra loro comparabili le diverse operazioni da analizzare facendo riferimento, al pari dell'OCSE, alle caratteristiche economicamente rilevanti o fattori di comparabilità. Ai sensi dell'articolo in esame, un'operazione non controllata si considera comparabile ad un'operazione controllata ai fini dell'applicazione delle disposizioni del comma 7 dell'art. 110 del T.U.I.R. quando: a) non sussistono differenze significative tali da incidere in maniera rilevante sull'indicatore finanziario

---

<sup>195</sup> AVOLIO D., DE ANGELIS E., SANTACROCE B., *Per il transfer pricing servono direttive chiare da parte dell'Agenzia delle entrate*, in *Corriere tributario*, n.5 del 2019, p. 461.

<sup>196</sup> Cfr. CANNAVALE U., SENCAR D., MASSA G., *Il nuovo Decreto ministeriale in materia di prezzi di trasferimento*, in *Amministrazione e Finanza*, n.8 del 2018, p.23; Cfr. FERRONI B., *Stabilite le nuove linee guida per il transfer pricing*, in *Il fisco*, n. 25 del 2018, pp.1-2449.

utilizzabile in applicazione del metodo più appropriato; *b*) in presenza delle differenze di cui alla lett. *a*), sia possibile effettuare in modo accurato rettifiche di comparabilità così da eliminare o ridurre in modo significativo gli effetti di tali differenze ai fini della comparazione<sup>197</sup>.

È possibile trovare qui un'ampia similitudine con quanto previsto dall'OCSE, poiché anche in presenza di differenze significative sarà possibile un'analisi di comparabilità apportando le necessarie rettifiche per eliminarne i possibili effetti distorsivi, al pari dei *comparability adjustments* in precedenza indicati. Invero, al pari dell'analisi di comparabilità prevista dal Capitolo III delle *TP Guidelines*, si intende ottenere un campione di *comparables* limitato nel numero ma idoneo sotto un profilo qualitativo.

Si segnala tuttavia che mancano nell'art. 3 riferimenti ai profili soggettivi e temporali dei comparabili. In proposito sarebbero necessarie delle indicazioni riguardo ai soggetti comparabili, in considerazione della loro dimensione nonché della natura del loro *business*; quanto ai profili temporali, si dovrebbe stabilire un arco temporale entro il quale sono ritenuti validi i dati utilizzati per le rettifiche<sup>198</sup>.

L'articolo 4 del provvedimento in esame prescrive che la valutazione del prezzo di una transazione controllata debba compiersi applicando il metodo più appropriato in base alle circostanze del caso, facendo anche in questo caso riferimento alla *best method rule* predicata in sede OCSE. Tuttavia, a differenza delle *TP Guidelines*, viene altresì introdotta una scala gerarchica, poiché il comma 3 dell'art. 4 introduce il principio della preferenza nell'applicazione dei metodi tradizionali rispetto ai metodi reddituali, laddove qualunque metodo possa essere applicato con uguale grado di affidabilità.

Peraltro, il comma 5 dell'art. 4 prevede che il contribuente possa applicare un metodo diverso da quelli stabiliti dall'OCSE qualora dimostri, in primo luogo, che nessuno dei metodi indicati può essere ragionevolmente applicato nel caso di specie e, in secondo luogo, che il diverso metodo utilizzato “*produce un risultato coerente con quello che otterrebbero imprese indipendenti nel realizzare operazioni non controllate comparabili*”. Il rischio è che la disposizione in esame possa invertire l'onere della prova a carico del contribuente, il che non sarebbe coerente con il testo del corrispondente Par.

---

<sup>197</sup> Cfr. CANNAVALE U., SENCAR D., MASSA G., *op. cit.*

<sup>198</sup> Assonime, *Risposta alla consultazione pubblica in materia di prezzi di trasferimento, relativamente all'attuazione delle disposizioni previste dall'art. 110, comma 7, del TUIR e dall'art. 31-quater del D.P.R. n. 600 del 1973*, Consultazione, 4/2018.

2.9 delle *Guidelines*, il quale, usando il condizionale, richiede che, quando si ricorra ad altri metodi, la scelta andrebbe accompagnata da una spiegazione sulla ragione per cui i metodi consigliati sono reputati meno appropriati del metodo scelto o non applicabili nelle determinate circostanze del caso<sup>199</sup>.

Una tematica rilevante è contenuta nell'articolo 6 che delinea la nozione di “intervallo di valori” da utilizzare al fine di verificare la conformità all'*arm's length principle*. In particolare, il comma 2 dell'art. 6 stabilisce che un'operazione controllata si considera conforme al principio di libera concorrenza allorché il relativo indicatore finanziario sia compreso nell'intervallo di valori che risulta dall'applicazione del metodo più appropriato. Si afferma dunque il principio di carattere generale per cui tutti i valori compresi nell'intervallo devono essere considerati di libera concorrenza.

### 3.3. *La ratio nella disciplina interna.*

È stato osservato in precedenza che la disciplina internazionale del *transfer pricing* è improntata allo scopo della corretta allocazione dei redditi tra i diversi Stati coinvolti nella transazione e che in ciò può rinvenirsi la sua natura e la sua *ratio*, dovendosi riconoscere al carattere antielusivo, seppure proprio dell'*arm's length principle*, una natura accessoria alla prima.

In ambito nazionale, per quanto era stabilito nel precedente art. 110 del T.U.I.R., la giurisprudenza della Suprema Corte era concorde sul punto che la finalità della norma fosse di evitare che attraverso la manipolazione dei prezzi nelle transazioni internazionali si producesse l'effetto di spostare la materia imponibile da uno Stato all'altro. Lo scopo della normativa era quindi interpretato come quello di contrastare pratiche evasive o elusive.

In tal senso si era espressa la Cassazione nel 2012, ai sensi della quale “*in tema di imposte sul reddito, l'art. 110, 7° comma, del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917, nel prevedere che i componenti derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, le quali direttamente o indirettamente controllano l'impresa o ne sono controllate o sono*

---

<sup>199</sup> Assonime, *Risposta alla consultazione pubblica in materia di prezzi di trasferimento, relativamente all'attuazione delle disposizioni previste dall'art. 110, comma 7, del TUIR e dall'art. 31-quater del D.P.R. n. 600 del 1973*, cit.

*controllate dalla stessa società controllante l'impresa nazionale, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni ricevuti, determinato ai sensi dell'art. 9 del medesimo d.p.r., fissa una clausola antielusiva finalizzata ad evitare trasferimenti di utili mediante l'applicazione di prezzi inferiori o superiori al valore dei beni scambiati, onde sottrarli all'imposizione fiscale in Italia a favore di tassazioni estere inferiori*"<sup>200</sup>.

Ancora, sulla stessa linea, in Cass., Sez. V, del 25 settembre 2013, n. 22010 l'interpretazione antielusiva sarebbe *"l'interpretazione più diffusa anche nella giurisprudenza di questa Corte, una clausola antielusiva in linea con i principi comunitari in tema di abuso del diritto"*.

Queste posizioni, tuttavia, contrastano con altra giurisprudenza precedente della Suprema Corte risalente all'8 maggio 2013 che esclude la finalità antielusiva motivando che *"la disciplina italiana rappresenta una difesa più avanzata di quella direttamente repressiva della elusione e per tale ragione, non occorre dimostrare perché la disciplina di che trattasi è rivolta a reprimere il fenomeno in sé ..... l'unico criterio da adottare è quello del valore normale di cui all'art. 9 del T.U.I.R. prescindendo dalla dimostrazione del comportamento elusivo del contribuente"*<sup>201</sup>.

E infatti la disciplina che si riferiva al valore normale non conteneva alcun riferimento a vantaggi ipoteticamente raggiunti dal contribuente attraverso un'alterazione dei prezzi di trasferimento né in merito all'aliquota fiscale prevista dallo Stato estero nel quale risiede l'impresa associata, bensì si limitava a garantire la corretta allocazione del reddito in Italia, utilizzando però come parametro il valore normale invece del prezzo applicato in operazioni comparabili da parti indipendenti<sup>202</sup>. Sembrerebbe quindi condivisibile che anche la passata disciplina sui prezzi di trasferimento dovesse essere letta oltre il limitato ambito antielusivo, osservandosene uno scopo in linea con quello internazionale, ossia atto a garantire la corretta potestà impositiva degli Stati<sup>203</sup>.

Pare quindi potersi rilevare sul punto che anche l'attuale disciplina, a maggior ragione, essendosi allineata alle raccomandazioni dell'OCSE e avendo abbandonato il riferimento

---

<sup>200</sup> Cass. 13 luglio 2012, n. 11949.

<sup>201</sup> Cass. 8 maggio 2013, n. 10739.

<sup>202</sup> Cfr. GAGGERO A., op. cit.

<sup>203</sup> Cfr. BALLANCIN A., op. cit.

al valore normale, non sia da ritenere prevalentemente antielusiva ma principalmente una regola di allocazione<sup>204</sup>.

In aggiunta, si vuole sottolineare che a seconda del tipo di approccio che si adotta nell'interpretare l'art. 110 comma 7, ne deriverà un diverso onere della prova da parte dell'Amministrazione finanziaria. Se si segue un approccio antielusivo, infatti, l'Amministrazione sarà tenuta a provare che la manipolazione dei prezzi della transazione in esame è stata effettuata al fine di ottenere un vantaggio fiscale complessivo, da ravvisarsi nell'aver spostato i profitti in un Paese a bassa fiscalità; al contrario, seguendo un approccio di libera concorrenza come delineato in sede convenzionale, l'Amministrazione dovrà più semplicemente provare che la transazione in esame non è avvenuta nel rispetto dell'*arm's length principle*<sup>205</sup>.

Sul punto, infine la Suprema Corte con una recentissima pronuncia ha confermato di fatto la natura differente da quella antielusiva del *transfer pricing* nell'ordinamento interno, evidenziando che “*secondo l'indirizzo che può dirsi ormai consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, in caso di operazioni infragruppo intercorse con società estere controllate o controllanti ... non è ... necessario che l'Amministrazione finanziaria fornisca ... la prova che l'operazione infragruppo sia priva di una valida giustificazione economica ed abbia comportato un concreto risparmio di imposta, trattandosi di presupposti costitutivi della fattispecie generale di operazione antielusiva ..., presupposti non richiesti nel caso in cui venga contestata la violazione della regola del 'valore normale' dei componenti reddituali prevista nella specifica fattispecie del transfer pricing internazionale*”<sup>206</sup>.

Attraverso quest'ultima pronuncia, la Suprema Corte ribadisce, sulla scia della già citata sentenza dell'8 maggio 2013, che l'Amministrazione finanziaria sarà esentata dal provare la finalità elusiva dell'operazione posta in essere tra imprese associate, e che, al contrario, l'unico presupposto per la rettifica dei prezzi di trasferimento sia da rinvenirsi nel prezzo della transazione non in linea con l'*arm's length principle*.

---

<sup>204</sup> Cfr. POZZI F., VASCELLARI DAL FIOL L., GROSSI S., BERTOLINI V., *Italy*, in *The transfer pricing law review*, Steve Edge and Dominic Robertson, 2018, pp. 145-146.

Sul punto, tuttavia, si vedrà in seguito che le regole di *transfer pricing* così come modificate successivamente al Rapporto BEPS stanno ponendo in risalto il ruolo antielusivo dell'*arm's length principle*.

<sup>205</sup> Fondazione Nazionale dei Commercialisti, op. cit., p.9.

<sup>206</sup> Cass. 29 gennaio 2019, n. 2387.

Peraltro, si vuole evidenziare che tale orientamento della Suprema Corte non può dirsi ancora consolidato, poiché, sempre recentemente, è stata riconsiderata un'interpretazione in senso contrario nelle sentenze del 28 dicembre 2018, n. 33610, e del 17 gennaio 2019, n.1102<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> Cfr. FERRANTI G., op. cit.

# CAPITOLO III

## LA DISCIPLINA DEL TRANSFER PRICING DEI BENI IMMATERIALI NELL'ERA POST-BEPS

### Sezione I

#### Gli *intangibles* e il BEPS

1.1. *L'accresciuta rilevanza dei beni immateriali nelle multinazionali odierne e le criticità applicative dell'arm's length principle.*

Per comprendere le ragioni che hanno portato alla necessità di ricercare nuovi criteri per rendere applicabili le regole di *transfer pricing* ai c.d. *intangible assets*, è necessario, anzitutto, dipingere un quadro preciso del ruolo che questi ultimi hanno acquisito nella vita delle multinazionali contemporanee.

È da tempo largamente riconosciuto dal dibattito politico nonché dalla dottrina internazionale che l'attuale economia trova nella conoscenza un suo pilastro e che, di conseguenza, sono le idee delle aziende, più che le cose che fanno materialmente, a generare profitto<sup>208</sup>.

Le imprese, infatti, in particolar modo se appartenenti a gruppi multinazionali, costruiscono il loro *business* in modo sempre più incentrato sugli *intangibles*, i quali oramai hanno assunto un ruolo fondamentale nell'ambito dei processi di creazione del valore<sup>209</sup>. Questo vale sia nei settori industriali nei quali l'*asset* immateriale ha un ruolo palesemente prevalente, quali, ad esempio, le industrie farmaceutiche, biotecnologiche e le c.d. *web companies*, che in certi settori più tradizionali, quali, ad esempio, l'industria alimentare, la moda e l'editoria<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> OWENS J., *Myths and misconceptions about transfer pricing and the taxation of multinational enterprises*, Bloomberg BNA, Daily Tax Report, 2013; MARKHAM M., *A rose by any other name...? The OECD'S proposed revised definition of intangibles*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 15, 2015.

<sup>209</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.XVI; CHURTON S., LAMBERT E., DENNIS I., *The impact of BEPS in intangible assets*, *International Tax Review*, 2016.

<sup>210</sup> FAZZINI M., *La valutazione degli intangible secondo i principi di valutazione internazionali*, in *Amministrazione e Finanza*, n.10 del 2018, p.57.

La crescente rilevanza dei beni immateriali nelle *value chain* delle imprese contemporanee, in un processo che ha inizio almeno dagli anni '70, è visibile nelle diverse industrie osservando il rapporto tra il valore degli intangibili come percentuale della capitalizzazione di mercato totale di ciascuna impresa o, in alternativa, in relazione al loro valore contabile<sup>211</sup>.

Tale crescita esponenziale che ha avuto lo sfruttamento delle capacità intellettuali è comprensibile partendo da un presupposto concettuale che da sempre ha permeato le interazioni economiche umane, cioè il dato oggettivo che fin dagli albori della civiltà le persone hanno prodotto e implementato idee per aumentare la loro produttività<sup>212</sup>. Muovendo le mosse da questa premessa, appare consequenziale che gli intangibili abbiano conosciuto il massimo successo a seguito della crescente competizione commerciale in un mondo in cui la globalizzazione del commercio e degli investimenti è stata seguita da una rapida evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che ha portato i beni immateriali a diventare un elemento cardine nel mondo degli affari<sup>213</sup>.

In effetti, quanto affermato è già stato rilevato da attenta dottrina<sup>214</sup> quasi un ventennio fa, ponendo l'attenzione, da un lato, sull'intensificazione della concorrenza tra imprese come conseguenza della globalizzazione, dall'altro, sullo sviluppo dell'alta tecnologia dell'informazione e della comunicazione, strettamente correlato all'avvento di internet<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> LAGARDEN M., *Intangibles in a transfer pricing context: where does the road lead?*, in *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2014.

<sup>212</sup> BASU S., WAYMARE G., *Has the Importance of Intangibles Really Grown? And If So, Why?*, in *Accounting and Business Research*, Special Issue, International Accounting Policy Forum, 2008.

<sup>213</sup> VERLINDEN I., MONDELAERS Y., *Transfer Pricing Aspects of Intangibles: At the Crossroads between Legal, Valuation and Transfer Pricing Issues*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2010.

<sup>214</sup> LEV B., *Intangibles: Management, Measurement, and Reporting*, Brookings Institution Press, 2001.

<sup>215</sup> "What is new, driving the recent (since the mid-1980s) surge in intangibles, is the unique combination of two related economic forces. One is intensified business competition, brought about by the globalization of trade and deregulation in key economic sectors (for example, telecommunications, electricity, transportation, financial services). The second is the advent of information technologies, most recently exemplified by the Internet. These two fundamental developments—one economic and political, the other technological—have dramatically changed the structure of corporations and have catapulted intangibles into the role of the major value driver of business in developed economies." LEV B., *op. cit.*, p.9.

Sotto il profilo della disciplina dei prezzi di trasferimento, occorre rilevare che l'applicazione delle regole viste nel capitolo precedente dovrebbero valere teoricamente anche per le transazioni riguardanti i beni immateriali. Quindi, l'analisi delle transazioni aventi ad oggetto gli intangibili dovrebbe iniziare con la delimitazione della transazione in esame attraverso un'analisi funzionale atta ad identificare le funzioni esercitate, gli *asset* utilizzati e i rischi rilevanti assunti dalle parti, per proseguire con l'identificazione dei migliori comparabili, applicando infine il metodo più appropriato per determinare se è stato applicato il prezzo di libera concorrenza<sup>216</sup>.

Tuttavia, con gli *intangibles* non è così semplice.

L'applicazione del principio di libera concorrenza, infatti, può risultare problematica per le operazioni che riguardano i beni immateriali, risuonando più che mai come una criticità in un periodo storico in cui gli intangibili occupano un ruolo fondamentale all'interno delle multinazionali.

Ciò è dovuto principalmente alle caratteristiche economiche che rendono i beni intangibili unici. In particolare, sono state riconosciute quattro caratteristiche che racchiudono l'essenza e l'unicità dei beni immateriali rispetto ai beni materiali, ossia le c.d. quattro "s" degli intangibili (*scalability, sunkness, spillovers, synergies*)<sup>217</sup>.

In primo luogo, si osserva che una volta sviluppato o acquistato un intangibile (come una conoscenza tecnica od organizzativa), questo può essere utilizzato molteplici volte a costi pressoché nulli a differenza dei beni materiali che, una volta sviluppati, avranno bisogno di continui investimenti per essere replicati. È questa la c.d. *scalability* degli intangibili, ossia la capacità di realizzare economie di scala nelle quali non c'è "rivalità", intesa in senso economico, tra le differenti idee; ciò significa che, mentre un bene materiale non è fruibile da più individui allo stesso momento, un bene intellettuale come un'idea è utilizzabile contemporaneamente da più soggetti. Questo ha determinato, da un lato, la grande diffusione in tutto il globo delle imprese che fanno ampio uso di intangibili, dall'altro lato, un mutamento dei modelli di *business* delle imprese sempre più incentrati sullo sviluppo di beni immateriali mettendo in difficoltà i tradizionali modelli di *business* focalizzati sui beni materiali<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> ANDRUS J., COLLIER R., *op. cit.*, p.114.

<sup>217</sup> HASKEL J., WESTLAKE S., *Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*, Princeton University Press, 2017, Cap.4.

<sup>218</sup> HASKEL J., WESTLAKE S., *op. cit.*, pp.65-68.

In secondo luogo, i costi relativi allo sviluppo di un intangibile sono c.d. *sunk costs* o costi irrecuperabili<sup>219</sup>, poiché, se all'interno dell'impresa in cui l'intangibile è sviluppato e utilizzato quest'ultimo aggiunge valore al complesso aziendale (si pensi a procedure operative che velocizzano il servizio ai clienti in una catena di ristoranti e che si configurano come *know-how* condivisi tra i dipendenti della catena), al di fuori della realtà nel quale è stato creato difficilmente sarà utile e quindi vendibile. Per i beni materiali la situazione è differente poiché, per un verso, sono prodotti in massa e standardizzati rendendo così più ampia la platea di possibili acquirenti nonché più semplice la stima del prezzo, per altro verso, i beni tangibili sono meno legati in modo esclusivo all'impresa che li possiede o li produce (edifici o terreni possono avere difatti molteplici utilizzi validi per un'ampia gamma di possibili acquirenti). Quella appena vista è la c.d. *sunkness* dei beni immateriali e può aiutare a comprendere meglio la difficoltà nella valutazione degli intangibili unici che, in assenza di mercati di riferimento nei quali trovare comparabili, risulterà molto incerta. E quest'incertezza sul valore degli *intangibles*, peraltro, può avere effetti negativi per l'impresa che li detiene, portando i *managers*, senza riscontri esterni, a sovrastimare il loro effettivo valore economico, con il rischio che questo si riveli poi molto basso se non nullo. Nonostante ciò, tuttavia, le imprese sono disposte a fronteggiare i rischi legati ai *sunk costs* degli *intangible assets* poiché ne possono derivare grandi guadagni o, in alternativa, possono risultare indirettamente efficaci per lo sviluppo di progetti correlati (un progetto A può fallire nella produzione di un determinato intangibile ma contribuisce al successo del progetto B fornendo informazioni su cosa non fare)<sup>220</sup>.

Ulteriore caratteristica degli intangibili è che questi generano i c.d. *spillover effects* o effetti di diffusione, cioè producono effetti positivi anche al di fuori dell'ambito all'interno del quale sono stati prodotti<sup>221</sup>. È infatti agevole per un'impresa impedire l'utilizzo di propri beni materiali a soggetti terzi attraverso allarmi, chiavi, serrature nonché una disciplina ben strutturata da circa quattro millenni sulla proprietà dei beni materiali; più complicato è impedire lo sfruttamento di un'idea derivante da attività di

---

<sup>219</sup> Sul concetto di costi irrecuperabili secondo la teoria microeconomica si veda [https://it.wikipedia.org/wiki/Costo\\_irrecuperabile](https://it.wikipedia.org/wiki/Costo_irrecuperabile).

<sup>220</sup> HASKEL J., WESTLAKE S., *op. cit.*, pp.68-72.

<sup>221</sup> Si veda <http://www.treccani.it/enciclopedia/spillover/>; <http://www.bankpedia.org/index.php/it/127-italian/s/22545-spillover-effects>.

ricerca e sviluppo, se non mantenendola segreta ovvero tutelandola da un punto di vista legale attraverso la registrazione (come nel caso dei brevetti). Tuttavia, le idee che generano effetti esterni all'ambito in cui vengono create sono spesso incorporate in determinati prodotti materiali e così le imprese concorrenti potranno trarne ispirazione e conseguenti guadagni: si pensi all'iPhone della Apple, che ha fondato la categoria degli *smartphones* e al contempo ha ispirato Samsung e altre imprese rivali nello sviluppo di *smartphones* simili consentendo loro di implementare i propri profitti. Le ragioni per cui ciò può accadere sono da ricercarsi, da un lato, nella non rivalità economica tra le stesse idee, fruibili da più entità contemporaneamente, dall'altro, nella nascita relativamente recente delle leggi a difesa della proprietà degli intangibili (che si stima risalente al medioevo con le leggi veneziane a difesa delle tecniche di lavorazione del vetro<sup>222</sup>). In questo contesto, la capacità di attrarre *spillovers* di intangibili appartenenti a imprese terze è fondamentale per la massimizzazione dei profitti e tale capacità sarà tanto maggiore quanto più le imprese si organizzeranno in reti per sfruttare gli *spillovers* derivanti da intangibili di altre imprese<sup>223</sup>.

L'ultima delle quattro "s" che caratterizzano sotto un profilo economico gli intangibili è quella delle sinergie. Difatti, le diverse idee che singolarmente possono valere molto poco, quando interagiscono tra di loro potranno aumentare il loro valore e condurranno inevitabilmente all'innovazione nel settore di appartenenza<sup>224</sup>. Si consideri, peraltro, che spesso le sinergie possono avvenire tra intangibili e beni tangibili, come nel caso di un computer che senza i *software* e le informazioni inserite al proprio interno sarebbe inutile e privo di valore. L'importanza delle sinergie tra i diversi *assets*, specialmente intangibili, ha indotto le imprese a cambiare i modelli tradizionali di innovazione dando vita al concetto di *open innovation*, vale a dire un tipo di innovazione non più tutta interna alle imprese ma che ricerca le idee attraverso la condivisione di conoscenze e di talenti, cioè attraverso sinergie che possono fornire grandi vantaggi sulle imprese concorrenti<sup>225</sup>.

---

<sup>222</sup> Si veda ZECCHIN P., *La nascita delle conterie veneziane*, in *Journal of glass studies*, Vol.47, 2005, pp.77-92.

<sup>223</sup> HASKEL J., WESTLAKE S., *op. cit.*, pp.72-79.

<sup>224</sup> Cfr. RIDLEY M., *The rational optimist: how prosperity evolves*, Fourth Estate, 2010, p.453.

<sup>225</sup> HASKEL J., WESTLAKE S., *op. cit.*, pp.80-86.

Attese queste premesse, sarà più chiaro comprendere le ragioni che rendono di difficile applicazione dell'*arm's length principle* alle transazioni aventi ad oggetto beni immateriali.

Occorre invero notare che, a fronte di tali particolari caratteristiche, l'individuazione di transazioni comparabili – indispensabile per l'applicazione dei metodi più efficaci per la determinazione dei prezzi di trasferimento – tra parti indipendenti può risultare impossibile quando la transazione in esame ha ad oggetto un bene intangibile poiché, da un lato, laddove trattasi di beni intangibili legalmente protetti (*i.e.* marchi o brevetti) non ci saranno altri beni legalmente e liberamente circolanti all'interno del medesimo mercato, e, dall'altro lato, nel caso di beni immateriali non protetti da un punto di vista legale, gli stessi sono caratterizzati da segretezza o da un'unicità tale per cui non saranno disponibili comparabili di alcun tipo<sup>226</sup>.

Inoltre, si deve considerare che spesso i beni immateriali sono incorporati o raggruppati in beni tangibili (come è il caso di un computer o di un'automobile che possono contenere proprietà intellettuali di grande valore), dovendosi in tal caso aver ben presente che ad un trasferimento dei secondi equivale in realtà anche un trasferimento dei primi (si pensi a una nuova tecnologia all'interno di un macchinario industriale). Per le autorità fiscali si pone quindi, in questi casi, l'onere di considerare separatamente le componenti materiali e immateriali del bene oggetto della transazione infragruppo al fine di valutarli entrambi correttamente<sup>227</sup>.

La criticità principale, peraltro, è che in certi casi le imprese dei gruppi multinazionali sono in grado di trasferire opportunità commerciali relative a beni immateriali a prezzi relativamente bassi verso imprese associate residenti in Paesi a bassa fiscalità, spesso, inoltre, in fasi relativamente precoci dello sviluppo degli stessi. In una transazione di questo tipo, i pagamenti da parte del cessionario possono assumere la forma di una somma forfettaria o di *royalties* e di frequente tali transazioni sono incorporate negli accordi di ripartizione di costi (c.d. *cost contribution arrangements* o CCA)<sup>228</sup>, attraverso i quali i

---

<sup>226</sup> BRAUNER Y., *Transfer pricing in BEPS: first round – business interests win (but, not in knock-out)*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 1, 2015; T'NG A., *op. cit.*; SCHREIBER U., FELL L.M., *International profit allocation, intangibles and sales-based transactional profit split*, in *World Tax Journal*, February 2017.

<sup>227</sup> VERLINDEN I., MONDELAERS Y., *op. cit.*

<sup>228</sup> Come specificano le TP Guidelines al Par.8.3, un accordo sulla ripartizione dei costi è un “*contratto tra imprese per condividere apporti e rischi nel congiunto sviluppo, produzione od ottenimento di beni*

due o più parti di un gruppo si accordano per condividere i costi dello sviluppo del bene immateriale. Invero, il grado di forte incertezza che aleggia sull'attività di sviluppo dell'*intangibile* trasferito, rende difficile la definizione di prezzi che siano in linea con l'*arm's length principle*, così da consentire, come spesso si è verificato nella prassi, la determinazione di prezzi eccessivamente ridotti per questo tipo di transazioni tra imprese associate.

Se l'attività di sviluppo ha esito positivo e il valore dell'*intangibile* viene incrementato, infatti, ne consegue che il proprietario-cessionario del bene intangibile ha la possibilità di ottenere dei guadagni derivanti dallo sfruttamento di quest'ultimo molto elevati e sproporzionati rispetto al prezzo pagato per ottenerlo. Ciò è vero specialmente nei casi in cui l'unico contributo del nuovo proprietario al valore dell'intangibile è il finanziamento di una parte dei costi di sviluppo, ottenendo in situazioni del genere un guadagno nettamente sproporzionato verso l'alto rispetto al costo sostenuto, poiché in questi casi i contributi principali per lo sviluppo dell'intangibile sono stati apportati evidentemente da altre imprese del gruppo.<sup>229</sup>

Date le difficoltà esistenti nella valutazione degli *intangibles*, per anni le multinazionali hanno utilizzato i suddetti beni immateriali per attuare schemi di pianificazione fiscale aggressiva, erodendo la base imponibile degli Stati a più alta fiscalità, in cui si svolgono effettivamente le attività economiche, trasferendo i redditi, mediante lo spostamento formale dei rischi e della proprietà degli *intangible assets*, ancor meglio se difficili da valutare (c.d. *hard-to-value*), in Stati a bassa o nulla pressione fiscale al fine di ottenere i massimi rendimenti possibili<sup>230</sup>.

#### 1.1.1. *Opportunità fiscali tramite trasferimento della proprietà intellettuale: i principali schemi di pianificazione fiscale aggressiva.*

---

*immateriale, beni materiali o servizi con l'obiettivo che tali beni immateriali, beni materiali o servizi creino benefici per l'attività d'impresa svolta da ciascuno dei partecipanti.”.*

<sup>229</sup> ANDRUS J., COLLIER R., *op. cit.*, p.212.

<sup>230</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.XVII; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA P.A., *A historical analysis of the BEPS Action plan: old acquaintances, new friends and the need for a new approach*, in *Intertax*, Volume 46, Issue 4, 2018.

A questo punto, per comprendere quanto il ruolo degli intangibili abbia influito sulla nascita del Progetto BEPS nel 2013, si vuole qui evidenziare che gli schemi di pianificazione fiscale più sofisticati che negli ultimi tempi hanno contribuito a erodere le basi imponibili trasferendo i profitti da uno Stato all'altro si basano prevalentemente sul trasferimento della proprietà intellettuale e ciò per due ragioni fondamentali:

- i. in primo luogo, si tratta di un fattore determinante per la creazione del valore nelle imprese multinazionali contemporanee, in particolare quelle digitali;
- ii. in secondo luogo, la proprietà intellettuale è caratterizzata da alta mobilità, essendo molto più agevole da trasferire rispetto a qualsiasi bene materiale<sup>231</sup>.

Per introdurre le principali strutture di pianificazione fiscale, giova ricordare che la vita degli intangibili presenta due fasi principali: in primo luogo questi vengono sviluppati attraverso l'attività di ricerca e sviluppo; in seguito vengono sfruttati per ottenere dei guadagni. In particolare, esistono tre macro-strutture di pianificazione aventi ad oggetto gli intangibili che, sfruttando le caratteristiche di tali *assets*, hanno avuto ampia applicazione in epoca anteriore al Progetto BEPS.

La prima di queste è la c.d. *royalty structure*. Tale struttura si avvale di: *i*) una società madre che sviluppa gli intangibili; *ii*) una società proprietaria degli intangibili sviluppati in cui questi vengono centralizzati (c.d. IP Holding); *iii*) una società operativa; *iv*) un commissionario dove il prodotto è venduto o consumato. Normalmente, la società madre si trova in una giurisdizione ad alta fiscalità e, quando l'attività di ricerca e sviluppo da questa finanziata e diretta produce invenzioni brevettabili, tutti i diritti su queste invenzioni vengono trasferiti e centralizzati presso la IP Holding controllata al 100%. Quest'ultima, residente in un Paese a bassa fiscalità, svolgerà unicamente alcune funzioni relative alla licenza degli intangibili, come l'amministrazione di questi ultimi, mentre tutte le funzioni principali sono svolte dalla società madre. A questo punto la IP Holding concede in licenza gli intangibili alla società operativa che li sfrutterà guadagnando alti profitti e che pagherà alti tassi di *royalties*, deducibili, alla IP Holding in virtù della proprietà sugli intangibili. La conseguenza è che i profitti derivanti dallo sfruttamento degli intangibili sono distratti dallo Stato della società madre in cui è stato sviluppato l'IP

---

<sup>231</sup> FUEST C., SPENGLER C., FINKE K., HECKEMEYER J.H., NUSSER H., *Profit shifting and "aggressive" tax planning by multinational firms: issues and options for reform*, in *World tax Journal*, October 2013.

e sono tassati a livello della IP Holding, dove nessuno sviluppo è stato realmente realizzato<sup>232</sup>.

La seconda struttura che viene messa in piedi è la c.d. *cost-sharing structure*. In questo caso i soggetti coinvolti sono gli stessi appena esaminati e il primo passaggio consiste nel trasferimento di un intangibile preesistente da una società che si occupa di ricerca e sviluppo a una IP Holding residente in un Paese a bassa fiscalità. La società madre viene compensata con un c.d. *buy-in payment* per il trasferimento iniziale e da quel momento le società stipulano un accordo contrattuale per condividere i costi e i rischi relativi allo sviluppo o alla produzione sulla base dei benefici futuri attesi. L'unico proprietario dell'intangibile sviluppato sarà la IP Holding, che, in virtù dell'accordo di condivisione dei costi, non dovrà effettuare ulteriori pagamenti periodici alla società madre. A questo punto, come per la struttura precedente, l'intangibile viene dato in licenza alla società operativa e le relative *royalties* saranno dirette alla IP Holding, che si trova in un regime a bassa fiscalità<sup>233</sup>.

La terza e ultima struttura è la c.d. "*Principal/centralized entrepreneur structure*". In questo caso la società madre che sviluppa gli intangibili li trasferisce a una società "principale", situata in una giurisdizione fiscale favorevole, che a sua volta li concede in licenza a una società operativa in un Paese a bassa fiscalità, al fine di sfruttare gli intangibili per la creazione di nuovi prodotti. La società operativa stipula poi un accordo di distribuzione con una società controllata (c.d. *limited-risk distributor*) ai sensi del quale la società operativa deve sostenere i rischi relativi al prodotto e a quest'ultima verranno attribuiti utili o perdite derivanti dalla vendita, dopo aver corrisposto alla società distributrice un corrispettivo per le prestazioni eseguite. In base al contratto, il distributore acquista i prodotti dalla società operativa e li rivende a clienti indipendenti nei Paesi di tutta la sua area geografica operativa. Lo spostamento del *business* consente così di tassare i ricavi delle vendite *offshore* a un'aliquota fiscale ridotta<sup>234</sup>.

Dopo aver osservato in generale le tre grandi macrocategorie di strategie di pianificazione utilizzate per trasferire i profitti in giurisdizioni a bassa fiscalità, si vogliono di seguito

---

<sup>232</sup> SCREPANTE M., *Rethinking the Arm's Length Principle and Its Impact on the IP Licence Model after OECD/G20 BEPS Actions 8-10: Nothing Changed But the Change?*, in *World Tax Journal*, August 2019.

<sup>233</sup> SCREPANTE M., *op. cit.*

<sup>234</sup> SCREPANTE M., *op. cit.*

analizzare nello specifico i due principali schemi di pianificazione più utilizzati nella prassi dalle maggiori multinazionali.

La prima delle due strategie di pianificazione da esaminare, che peraltro negli ultimi anni ha attirato maggiormente l'attenzione dell'opinione pubblica, è incorporata nello schema denominato “*Double Irish with Dutch sandwich*”, utilizzato principalmente, seppur con delle variazioni, da grandi multinazionali come Google, Apple, Facebook, PayPal, eBay e Pfizer.

Per attuare lo schema in esame da parte di una multinazionale (avente la capogruppo statunitense) è necessario dar vita al seguente scenario.

Sono utilizzate due società irlandesi, delle quali una IP Holding, cioè una società deputata a detenere i diritti d'uso della proprietà intellettuale della capogruppo, e l'altra operativa, nonché una società *conduit*<sup>235</sup> con sede in Olanda. In particolare, la IP Holding è una controllata diretta della capogruppo statunitense e controlla a sua volta la società operativa irlandese e la società *conduit* olandese; al tempo stesso, tuttavia, tale IP Holding non possiede né una sede fisica né tantomeno personale in Irlanda ed è gestita dalle Bermuda, essendo di conseguenza considerata residente nelle Bermuda secondo la normativa fiscale irlandese, paradiso fiscale nel quale l'aliquota vigente per l'imposta societaria è pari allo 0%. Per gli Stati Uniti, invece, la IP Holding deve essere considerata come una società irlandese in quanto, secondo la normativa statunitense, la residenza fiscale si riferisce alla giurisdizione in cui la società è stata costituita<sup>236</sup>.

Innanzitutto, la controllante statunitense trasferisce i diritti d'uso della sua proprietà intellettuale alla IP Holding irlandese, la quale in cambio esegue un pagamento (*buy-in payment*) effettuato nell'ambito di un accordo di condivisione dei costi relativo al futuro perfezionamento dell'intangibile stipulato con la capogruppo statunitense. Determinare il prezzo di libera concorrenza del *buy-in payment* è complesso in quanto l'intangibile è solo parzialmente sviluppato al momento del trasferimento, quindi le multinazionali

---

<sup>235</sup> Si tratta di una “società veicolo”, cioè un ente societario creato per uno scopo specifico.

<sup>236</sup> FUEST C., SPENGLER C., FINKE K., HECKEMEYER J.H., NUSSER H., *op. cit.*; AIELLO A., “*Double Irish with Dutch sandwich*”: come le grandi multinazionali hanno guadagnato da un panino, <https://uflinsiderjournal.com/2018/09/double-irish-with-dutch-sandwich-come-le-grandi-multinazionali-hanno-guadagnato-da-un-panino/>, 2018; CIPOLLINA S., *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, fasc.1, 2014, p.21.

hanno ampio margine di manovra per evitare un'elevata tassazione nello Stato della capogruppo<sup>237</sup>.

La società operativa irlandese, pagando un elevato tasso di *royalties*, sfrutta l'IP e ottiene alti guadagni, fungendo da partner contrattuale di tutti i clienti non statunitensi, evitando al contempo la tassazione nel Paese del consumatore finale in quanto priva di stabile organizzazione<sup>238</sup>. I profitti così guadagnati dalla società operativa irlandese sono quindi soggetti alla *corporate income tax* del 12,5% vigente in Irlanda, senonché la base imponibile di tale società viene abbattuta ed è prossima allo zero in quanto le *royalties* pagate per l'uso della proprietà intellettuale di proprietà della IP Holding sono deducibili dal reddito complessivo<sup>239</sup>.

Peraltro, le *royalties* in uscita dalla società operativa irlandese non sono pagate direttamente alla IP Holding irlandese, ma passano attraverso la società *conduit* olandese la quale ha in sub-licenza l'*intangible* dalla IP Holding e a sua volta ha stipulato un contratto di sub-licenza con la società operativa irlandese<sup>240</sup>. In realtà la società olandese non svolge alcuna attività economica, ma, dato che la IP Holding è considerata fiscalmente residente alle Bermuda, se la società operativa irlandese pagasse direttamente alla prima le *royalties*, a queste ultime, secondo la legge irlandese, dovrebbe essere applicata una ritenuta alla fonte. Incanalando le *royalties* attraverso la società *conduit* olandese, invece, le ritenute possono essere completamente eluse in quanto le *royalties* corrisposte dall'Irlanda all'Olanda sono esenti ai sensi della c.d. "Interests and Royalties Directive" e l'Olanda non impone una ritenuta su alcun pagamento di *royalty*, a prescindere dallo Stato di residenza della società beneficiaria<sup>241</sup>.

Il risultato è che la IP Holding non viene tassata né in Irlanda né nelle Bermuda, poiché l'Irlanda considera la società non residente e le Bermuda non applicano imposte sul

---

<sup>237</sup> FUEST C., SPENGLER C., FINKE K., HECKEMEYER J.H., NUSSER H., *op. cit.*

<sup>238</sup> Sul punto si tornerà in maniera più dettagliata nel corso del capitolo 4.

<sup>239</sup> CIPOLLINA S., *op. cit.*; La possibilità di pagare alti tassi di *royalties* deriva dalla circostanza che, premesso che le regole di *transfer pricing* in Irlanda sono state introdotte solo di recente, queste ultime non si applicano ai contratti e alle condizioni concordate prima del Luglio 2010. FUEST C., SPENGLER C., FINKE K., HECKEMEYER J.H., NUSSER H., *op. cit.*

<sup>240</sup> CAPECCHI E., *Double Irish with Dutch sandwich*, <https://www.startingfinance.com/approfondimenti/double-irish-with-dutch-salldwich/>, 2018.

<sup>241</sup> FUEST C., SPENGLER C., FINKE K., HECKEMEYER J.H., NUSSER H., *op. cit.*; CIPOLLINA S., *op. cit.*

reddito delle società. Ciò che ne consegue è che i profitti ottenuti nell'Unione Europea non vengono praticamente tassati dove sono stati realizzati<sup>242</sup>.

Oltre al “*Double Irish with Dutch sandwich*”, c'è un altro famoso schema di pianificazione fiscale che è stato utilizzato dalle multinazionali e che si basa sullo sfruttamento dei c.d. “IP Box Regimes”.

I regimi IP Box nascono per compensare i rischi legati all'attività di ricerca e sviluppo degli intangibili caratterizzati, come si è detto in precedenza, dal fatto che producono *spillovers* e da costi spesso irrecuperabili o *sunk costs*. Di conseguenza sono introdotti dagli Stati degli incentivi per l'attività di ricerca e sviluppo e in particolare l'IP Box offre un trattamento fiscale preferenziale per i profitti (che siano in forma di plusvalenze o royalty) derivanti dagli intangibili. In particolare, tutti i regimi IP Box esistenti nell'Unione Europea si applicano ai brevetti, mentre alcuni Stati estendono l'incentivo anche a marchi, *know-how* e diritti d'autore, e per la maggior parte si applicano sia agli intangibili sviluppati internamente che a quelli acquistati e ulteriormente sviluppati<sup>243244</sup>. Non sono mancate perplessità in merito all'introduzione degli IP Box poiché si è manifestato il rischio che tali incentivi, invece che incoraggiare le attività di ricerca e sviluppo, possono essere prevalentemente utilizzati dalle multinazionali per trasferire i propri *intangibles* nei Paesi che hanno introdotto un regime IP Box<sup>245</sup>. Proprio in questa direzione, difatti, si è sviluppato lo schema di pianificazione fiscale che prevede lo sfruttamento dei suddetti incentivi. Anche in tal caso, la capogruppo statunitense

---

<sup>242</sup> FUEST C., SPENGLER C., FINKE K., HECKEMEYER J.H., NUSSER H., *op. cit.*

<sup>243</sup> SHI C., *IP Boxes in Light of the BEPS Project and EU Law – Part I*, in *European Taxation*, August 2016.

<sup>244</sup> Per quanto riguarda l'Italia, con la legge di stabilità del 2015 è stato introdotto il c.d. *Patent box*, che prevede l'esclusione dal reddito complessivo del 50% del reddito derivante dallo sfruttamento degli intangibili, moltiplicato per un apposito coefficiente. Per maggiori approfondimenti in tema di *Patent box* italiano, senza pretesa di esaustività, si vedano: CASATI R., *Patent box: i metodi ed i criteri di calcolo del reddito agevolabile nel caso di uso diretto dei beni immateriali*, in *Dir. Industriale*, 2016, 6, 556; VOLANTE M., *Patent box: consigli mirati per gli “addetti ai lavori”*, in *Amministrazione e Finanza*, n.5 del 2018, p.15; NASTRI M., *Patent box: novità dichiarative, per i marchi e in caso di consolidato fiscale e nazionale*, in *Fisco*, 2018, 22, 2113; ZUCCHETTI S., PALLOTTA A., *Italian patent box regime: thinking outside the box or just more harmful tax competition?*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2016; PAPPALARDO L.M., *op. cit.*

<sup>245</sup> Cfr. European Commission, *A Study on R&D Tax Incentives: Final Report*, Working Paper N.52, 2014, p.22.

trasferisce i diritti d'uso dell'intangibile a una IP Holding residente in un Paese europeo che offre un regime di IP Box e lo dà in sub-licenza a una società operativa residente in qualsiasi Stato dell'UE. Quest'ultima società dovrà corrispondere quindi delle *royalties* alla IP Holding, alle quali non si applica la ritenuta alla fonte in virtù della Interests and Royalties Directive. A questo punto, la IP Holding può beneficiare del regime IP Box che può prevedere o l'esenzione di una quota elevata del reddito derivante dalle *royalties* dalla base imponibile, ovvero l'applicazione di un'aliquota ridotta a tale reddito<sup>246</sup>.

In quest'ultimo caso risalta il ruolo che ha la concorrenza fiscale aggressiva nello scenario internazionale. Per evitare gli abusi delle multinazionali, si dovrebbe quindi auspicare che i regimi di IP Box impongano al contribuente un certo livello di connessione con il Paese, consentendo l'agevolazione solo agli intangibili sviluppati nello Stesso Paese in cui vige il regime IP Box e non a quelli acquistati. Tuttavia, questa soluzione violerebbe le libertà fondamentali dell'Unione Europea e potrebbe giustificarsi solo con la necessità di prevenire l'evasione fiscale; ma anche questa ipotesi sembra vacillare, atteso che la Corte di Giustizia Europea accetta tale giustificazione solo in caso di accordi interamente artificiali<sup>247</sup> mentre una società potrebbe voler trasferire i propri intangibili in un Paese con un regime di IP Box per diversi motivi commerciali leciti<sup>248</sup>.

Per contrastare il problema derivante dallo sfruttamento dei suddetti regimi preferenziali, nell'ambito dell'Azione 5 del Rapporto BEPS, l'OCSE ha introdotto nel 2014 il c.d. *nexus approach* che richiede un collegamento sostanziale tra reddito agevolabile e spesa di ricerca e sviluppo effettuata, nel senso che anche dopo il trasferimento degli intangibili in un Paese che prevede un regime IP Box, una parte dell'attività di ricerca e sviluppo andrà effettuata in quel Paese al fine di beneficiare dell'agevolazione concessa<sup>249</sup>.

Dall'analisi qui condotta emerge, quindi, che le pianificazioni fiscali aggressive utilizzano i beni intangibili per abbattere il costo fiscale della società multinazionale nel suo complesso, sfruttando le peculiarità di questi ultimi e la loro rilevanza economica nell'economia globalizzata, nonché le possibilità offerte dalla combinazione delle diverse

---

<sup>246</sup> FUEST C., SPENGLER C., FINKE K., HECKEMEYER J.H., NUSSER H., *op. cit.*

<sup>247</sup> UK: ECJ, 12 Sept. 2006, Case C-196/04, *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*, para. 51, ECJ Case Law IBFD.

<sup>248</sup> MANG F., *The (In)Compatibility of IP Box Regimes with EU Law, the Code of Conduct and the BEPS Initiatives*, in *European Taxation*, February/March 2015.

<sup>249</sup> Si veda, per quanto riguarda la concorrenza fiscale tra Stati e l'Azione 5 del Progetto BEPS, il Paragrafo 1.2. del presente lavoro.

normative fiscali a livello globale, poiché non va dimenticata la facilità con la quale le multinazionali riescono a dislocarsi in tutto il globo e, per giunta, senza più la necessità di operare attraverso sedi fisiche.

Sembra chiaro, infatti, che il minimo comun denominatore che si ritrova in tutti gli schemi analizzati è il conseguimento di una bassa tassazione sui redditi derivanti dallo sfruttamento degli intangibili sviluppati in una giurisdizione ad alta tassazione, poiché i profitti finiscono per essere tassati in una giurisdizione a bassa tassazione attraverso l'utilizzo di accordi formalmente leciti. Si deve da ultimo ricordare che, benché le suddette strutture possano essere fondate su reali esigenze aziendali e commerciali, è un dato di fatto che hanno permesso alle multinazionali di ottenere ampi risparmi fiscali<sup>250</sup>. La conseguenza di ciò è che molti Stati hanno visto diminuire le proprie entrate fiscali e per tale ragione dal Rapporto BEPS è emerso come elemento cardine la necessità che i redditi siano tassati nel luogo dove il valore viene creato.

## 1.2. Il Rapporto BEPS.

Prima di analizzare il Rapporto BEPS (comunemente chiamato Progetto BEPS) e le sue disposizioni in materia di *transfer pricing* e *intangibles*, occorre intendere il particolare momento storico in cui si è manifestata la necessità di una riforma del sistema tributario a livello globale.

Invero, la crisi finanziaria dell'ultimo decennio che ha colpito gran parte della popolazione mondiale ha inevitabilmente fatto accendere i fari mediatici sui comportamenti elusivi delle grandi multinazionali, le quali per diversi anni si sono potute adagiare su diversi schemi di pianificazione fiscale, come quelli visti poc'anzi, che hanno permesso loro di arricchirsi, con la conseguenza che gli Stati ricercassero le risorse necessarie per adempiere alle spese pubbliche attraverso l'aumento della pressione fiscale sui cittadini. In questo contesto i Paesi sviluppati sono stati quelli colpiti più duramente dalla crisi finanziaria e hanno perso ulteriore potere nei confronti delle multinazionali che già andavano sviluppandosi grazie alla globalizzazione dell'economia<sup>251</sup>.

Tutto ciò ha giocoforza sensibilizzato l'opinione pubblica sul tema dell'elusione fiscale delle multinazionali, tra l'altro, come sottolinea lo stesso Progetto BEPS, ledendo la

---

<sup>250</sup> SCREPANTE M., *op. cit.*

<sup>251</sup> Si veda <https://www.oecd.org/tax/beps/about/>.

reputazione di queste ultime e facendo subire ai governi la pressione della società civile<sup>252</sup>.

Invero, il costo stimato dell'elusione fiscale delle multinazionali si aggira tra i 100 e i 240 miliardi di dollari all'anno, numeri impressionanti se si pensa che rappresentano una percentuale tra il 4 e il 10% del gettito derivante dalle imposte sulle società a livello globale<sup>253</sup>. Questi risultati sono stati possibili attraverso l'erosione delle basi imponibili e lo spostamento dei profitti (appunto BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*). L'erosione delle basi imponibili avviene quando i contribuenti si avvalgono di pagamenti deducibili come interessi e *royalties* per ridurre l'ammontare dei profitti imponibili nello Stato in cui sono guadagnati, mentre lo spostamento dei profitti da una giurisdizione a un'altra avviene attraverso le transazioni infragruppo dei beni o servizi che producono i redditi<sup>254</sup>. Come si è visto poc'anzi, entrambi i fenomeni possono avere luogo quando le multinazionali si avvantaggiano della mancanza di coordinazione tra le norme tributarie dei diversi Paesi<sup>255</sup>. Il risultato è che una parte dei profitti non sono tassabili presso nessuno Stato (c.d. “*Stateless*” *income* o redditi apolidi)<sup>256</sup>.

Come conseguenza, il G20 ha preso parte alla discussione sul tema della fiscalità internazionale, a dimostrazione del fatto che si tratta di una questione politica, e ha incaricato l'OCSE affinché elaborasse delle soluzioni alle maggiori criticità che si erano manifestate con riferimento all'elusione delle grandi multinazionali. È stato invero notato che sarebbe un errore limitare l'importanza del Progetto BEPS al “mondo OCSE”, poiché tutti i Paesi c.d. produttivi (si intendono i Paesi diversi dai paradisi fiscali) subiscono le conseguenze dell'erosione delle basi imponibili e degli spostamenti dei profitti e, d'altro canto, tutti i Paesi a fiscalità privilegiata possono diventare gli obiettivi da colpire di almeno alcune delle misure proposte per combattere i fenomeni che originano il BEPS<sup>257</sup>. Si pensi in proposito che tra i Membri del G20 ben otto non sono Paesi OCSE e che quindi, mentre prima l'OCSE era vista come un'organizzazione che difendeva gli interessi dei Paesi sviluppati che ne facevano parte, con l'iniziativa presa dal G20 è

---

<sup>252</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.8.

<sup>253</sup> Si veda <https://www.oecd.org/tax/beps/about/>.

<sup>254</sup> Negli schemi di pianificazione fiscale visti in precedenza, le imprese associate spostavano i profitti attraverso la cessione della licenza per l'utilizzo e lo sfruttamento degli intangibili.

<sup>255</sup> Si veda <https://www.oecd.org/tax/beps/about/>.

<sup>256</sup> Cfr. Assonime, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e apparenza*, cit.

<sup>257</sup> Cfr. BRAUNER Y., *BEPS: an interim valuation*, in *World Tax Journal*, February 2014.

possibile evidenziare uno spostamento degli equilibri che hanno dominato la fiscalità internazionale negli ultimi decenni in favore di una crescente rilevanza dei Paesi in via di sviluppo<sup>258</sup>.

La grande intuizione del G20 e quindi dell'OCSE è stata la comprensione che azioni di diritto interno non coordinate non potranno mai avere successo, indipendentemente dal loro contenuto. L'interdipendenza degli attori sul mercato globale richiede quindi obbligatoriamente collaborazione tra di diversi Stati per giungere a soluzioni nuove e condivise che siano efficaci nel contrastare le politiche fiscali sempre più elaborate delle multinazionali<sup>259</sup>.

Il Progetto BEPS, elaborato dall'OCSE nel 2013 e approvato dai leader del G20 al vertice di San Pietroburgo rappresenta un grande passo in avanti nello sviluppo del diritto tributario internazionale negli ultimi decenni. Tale progetto nasce per contrastare le diverse strategie di elusione fiscale poste in essere dalle imprese multinazionali che sfruttano le lacune e le discrepanze nelle norme fiscali per spostare artificialmente i profitti in luoghi a bassa o nulla tassazione e prevede che l'OCSE svolga il proprio lavoro non solo con i membri dell'OCSE e del G20, ma anche con tutti gli Stati interessati su un piano di parità<sup>260</sup>.

All'interno del Progetto BEPS sono state sviluppate quindici azioni da perseguire negli anni successivi, che si riferiscono alle seguenti aree chiave della tassazione internazionale: coerenza, sostanza, trasparenza<sup>261</sup>.

In primo luogo, viene sottolineata l'esigenza di introdurre nuovi standard internazionali per garantire la coerenza della tassazione del reddito delle società a livello internazionale<sup>262</sup>. In particolare, vi è l'esigenza di impedire le doppie imposizioni attraverso un lavoro condiviso idoneo a eliminare quelle incoerenze tra i diversi sistemi giuridici che hanno permesso fenomeni di *treaty shopping* da parte delle multinazionali.

---

<sup>258</sup> Cfr. MYSKOWSKI A., *Mind the Gap: The Role of Politics and the Impact of Cultural Differences on the OECD BEPS Project*, in *Bulletin for International Taxation*, May 2016.

<sup>259</sup> BRAUNER Y., *op. cit.*

<sup>260</sup> Attualmente, più di 125 Paesi stanno collaborando per affrontare le sfide sollevate dal BEPS.

<sup>261</sup> Si veda Joint Committee on Taxation, *Background, Summary, and Implications of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project* (JCX-139-15), 30 November 2015.

<sup>262</sup> "New international standards must be designed to ensure the coherence of corporate income taxation at the international level". OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.13.

In secondo luogo, viene dato un ruolo predominante alla sostanza, affermando la necessità di rivedere le regole fiscali per allineare i redditi con le attività economiche che li producono, riferendosi in particolare al *transfer pricing* come mezzo usato dalle multinazionali per ottenere vantaggi in questo senso<sup>263</sup>.

Infine, si riconosce che le azioni attuate per contrastare i fenomeni che originano il BEPS non possono avere successo senza maggiore trasparenza e senza certezza per le imprese. È difatti necessario che le amministrazioni fiscali possano avere informazioni tempestive, complete e pertinenti per l'individuazione delle strutture di pianificazione fiscale aggressiva<sup>264</sup>.

L'OCSE ha poi ritenuto di inserire all'interno delle quindici azioni, quattro c.d. *minimum standards* per contrastare i casi in cui l'inerzia di alcuni Paesi potrebbe creare un impatto negativo sugli altri. Si tratta in particolare delle Azioni 5, 6, 13 e 14, deputate rispettivamente a contrastare la pianificazione fiscale aggressiva<sup>265</sup>, prevenire il c.d.

---

<sup>263</sup> “A major issue is transfer pricing and the enforcement of the arm’s length principle. Transfer pricing rules serve to allocate income earned by a multinational enterprise among those countries in which the company does business. In many instances, the existing transfer pricing rules, based on the arm’s length principle, effectively and efficiently allocate the income of multinationals among taxing jurisdictions. In other instances, however, multinationals have been able to use and/or misapply those rules to separate income from the economic activities that produce that income and to shift it into low-tax environments. This most often results from transfers of intangibles and other mobile assets for less than full value, the over-capitalization of lowly taxed group companies and from contractual allocations of risk to low-tax environments in transactions that would be unlikely to occur between unrelated parties”. OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, pp.19-20.

<sup>264</sup> *The actions implemented to counter BEPS cannot succeed without further transparency, nor without certainty and predictability for business.* OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.14.

<sup>265</sup> Si rimanda al Capitolo I del presente lavoro per un’esposizione più dettagliata del tema.

*treaty shopping*<sup>266</sup>, garantire il *country-by-country reporting*<sup>267</sup> e migliorare l'efficacia della risoluzione transfrontaliera delle controversie fiscali<sup>268</sup>.

Volendo in conclusione sintetizzare l'obiettivo che l'OCSE persegue attraverso il Progetto BEPS, le azioni si muovono nella direzione di evitare le doppie imposizioni, in linea con i lavori dell'OCSE in tema di fiscalità sin dalla sua nascita, ma al tempo stesso di evitare i fenomeni di doppia non tassazione, generata da pianificazioni aggressive ad opera delle grandi multinazionali<sup>269</sup>.

---

<sup>266</sup> L'abuso dei trattati contro le doppie imposizioni è riconosciuto uno dei fenomeni che maggiormente favorisce l'elusione fiscale delle multinazionali e per questo si vuole chiarire che i trattati esistono per eliminare le doppie imposizioni, non per garantire doppie non tassazioni. L'Azione 6 nello specifico esprime la seguente raccomandazione: *“Develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Work will also be done to clarify that tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation and to identify the tax policy considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country. The work will be co-ordinated with the work on hybrids”*. OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.19.

<sup>267</sup> Attraverso l'Azione 13 viene proposta una modifica della disciplina dei prezzi di trasferimento, raccomandando l'utilizzo di regole di documentazione tese ad aumentare la trasparenza nei rapporti con l'amministrazione fiscale: *“Develop rules regarding transfer pricing documentation to enhance transparency for tax administration, taking into consideration the compliance costs for business. The rules to be developed will include a requirement that MNE's provide all relevant governments with needed information on their global allocation of the income, economic activity and taxes paid among countries according to a common template”*. OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.23.

<sup>268</sup> In tal senso si è rilevato che le azioni per contrastare i fenomeni elusivi che originano il BEPS devono essere integrate con azioni tese a garantire certezza e prevedibilità per le imprese e per far ciò l'obiettivo che si pone l'Azione 14 è quello di migliorare l'efficacia delle c.d. procedure amichevoli internazionali (mutual agreement procedure o MAP) anche a seguito delle innovazioni che saranno introdotte dall'implementazione delle altre azioni: *“Develop solutions to address obstacles that prevent countries from solving treaty-related disputes under MAP, including the absence of arbitration provisions in most treaties and the fact that access to MAP and arbitration may be denied in certain cases”*. OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.23.

<sup>269</sup> Così Pascal Saint-Amans, in <https://www.oecd.org/tax/beps/about/>.

1.2.1. *La volontà di modificare il principio di libera concorrenza: una lente sulle azioni 8-10 del progetto BEPS e sul nuovo Capitolo VI delle TP Guidelines.*

Con riferimento al *transfer pricing*, l'OCSE si concentra sulla sostanza rispetto alla forma delle transazioni, con l'obiettivo generale di stabilire criteri e norme fiscali internazionali per garantire che i profitti delle multinazionali siano tassati nel luogo in cui vengono eseguite le attività economiche che li generano, cioè nel Paese in cui il valore viene effettivamente creato<sup>271</sup>.

La necessità di perseguire il criterio della sostanza nell'allocazione dei redditi viene manifestata con forza dall'OCSE proprio con riferimento al regime dei prezzi di trasferimento che è considerato il punto cardine del Progetto BEPS<sup>272</sup>.

In effetti ben quattro azioni sulle quindici del documento in esame si riferiscono direttamente ai prezzi di trasferimento. Si tratta, nello specifico<sup>273</sup>, delle Azioni 8-10 del documento cui l'OCSE affida come obiettivo principale la necessità di garantire che l'attribuzione dei profitti sia in linea con la creazione del valore (“*Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation*”)<sup>274</sup>.

L'esigenza di pervenire a tale risultato deriva dalla constatazione che le multinazionali fino a quel momento erano state in grado di utilizzare le regole in materia di *transfer pricing* (che tuttavia nella maggior parte dei casi si erano dimostrate efficaci) al fine di separare i redditi dalle attività economiche che li hanno prodotti e di trasferirli verso ordinamenti a bassa fiscalità, spesso attraverso il trasferimento degli *intangible assets* ad

---

<sup>271</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.20; Cfr. HEGGMAIR M., *The New Interpretation of the Arm's Length Principle: A Post-BEPS Evaluation*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2017.

<sup>272</sup> La pianificazione fiscale aggressiva attraverso lo sfruttamento delle regole di *transfer pricing* da parte delle multinazionali è stata riconosciuta senza dubbio come l'elemento determinante dell'erosione delle basi imponibili e spostamenti dei profitti. Tuttavia, forse per la prima volta l'OCSE ha anche riconosciuto le carenze strutturali dell'ordinamento fiscale internazionale, fondato sulla competizione (si veda il Capitolo I del presente lavoro). Ci si è resi conto che solo un approccio più collaborativo alla formazione di norme condivise potrebbe risolvere definitivamente i problemi della fiscalità internazionale. BRAUNER Y., *op. cit.*

<sup>273</sup> Oltre all'Azione 13 che si riferisce direttamente alla disciplina del *transfer pricing* per quanto riguarda la trasparenza, mirando ad abbattere l'asimmetria informativa che spesso esiste tra contribuenti e amministrazioni fiscali.

<sup>274</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.20.

un prezzo inferiore rispetto al loro valore di mercato e tramite l’allocazione contrattuale dei rischi verso società associate residenti in Paesi a fiscalità privilegiata, nell’ambito di transazioni che non si sarebbero verificate tra parti indipendenti<sup>275</sup>.

L’azione 8, in tal senso, si pone l’obiettivo di evitare l’erosione delle basi imponibili e lo spostamento dei profitti attraverso i trasferimenti infragruppo di beni immateriali. Per raggiungere questo risultato viene stabilita la necessità di adottare una chiara e ampia definizione di intangibili, di allocare i profitti realizzati dal trasferimento e dall’utilizzo degli intangibili presso le entità che contribuiscono alla creazione del loro valore, nonché di stabilire nuove regole da adottare nel caso di trasferimenti dei c.d. *hard-to-value intangibles*. Viene poi raccomandato un aggiornamento alla disciplina degli accordi sulla ripartizione dei costi<sup>276</sup>.

La necessità, dunque, è quella di riformare il modo in cui i beni immateriali sono affrontati nell’ambito dei prezzi di trasferimento<sup>277</sup>.

Di questa azione è possibile evidenziare due aspetti specifici. Da un lato, infatti, essa richiede che i profitti derivanti dal trasferimento o dall’uso degli intangibili siano allocati sulla base della creazione del valore, dall’altro lato incoraggia l’adozione di misure specifiche con la possibilità di deviare dal principio di libera concorrenza per il trasferimento dei c.d. *hard-to-value intangibles*. Questo, invero, rappresenta l’aspetto più riformatore del progetto relativo agli intangibili, poiché, in primo luogo, l’OCSE ammette che esistono intangibili per i quali l’attuale disciplina del *transfer pricing* basata sull’*arm’s length principle* non è idonea a valutare correttamente; in secondo luogo, sottolinea il ruolo dell’*arm’s length principle* come un mezzo piuttosto che come il fine dell’analisi sui prezzi di trasferimento<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, pp.19, 20; GIORGI S., *I beni immateriali nel reddito d’impresa, tra “forma” e “sostanza”*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, fasc.1, 2015, p.116.

<sup>276</sup> “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”. OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.20.

<sup>277</sup> WILKIE J.S., *Intangibles and location benefits (customer base)*, in *Bulletin for International Taxation*, June/July 2014.

<sup>278</sup> BRAUNER Y., *What the BEPS?*, in *Florida Tax Review*, Vol.16, n.2, 2014, pp.97-100.

Peraltro, i punti in cui è posta l'attenzione sulla modifica delle regole sugli accordi di condivisione dei costi e sulla necessità di cercare una più precisa definizione di beni immateriali, accompagnati dalla riluttanza nel suggerire la ricerca di alternative valide al principio di libera concorrenza, sono stati tacciati come rappresentativi di un lato maggiormente conservatore del progetto<sup>279</sup>.

La raccomandazione presente nell'Azione 8 di attribuire i profitti a quelle entità che contribuiscono alla creazione del valore degli intangibili trova un'ulteriore conferma nell'Azione 9, in cui sono trattate due questioni di particolare rilevanza che sono emerse dagli schemi di pianificazione fiscale relativi agli intangibili, vale a dire l'assunzione dei rischi e l'apporto di capitale. Più nel dettaglio, l'Azione 9 specifica che è necessario ricorrere a particolari misure per evitare che vengano attribuiti dei profitti eccessivi a quelle entità di un gruppo che si assumono il solo rischio contrattuale o che forniscono esclusivamente i finanziamenti necessari. La strada da seguire, anche in questo caso, sarà quella di stabilire regole che attribuiscono i profitti alle diverse entità in proporzione al loro contributo alla creazione del valore<sup>280</sup>. Tuttavia, a differenza di quanto previsto dall'Azione 8, questa raccomandazione non si riferisce esclusivamente ai profitti derivanti dallo sfruttamento degli intangibili, bensì ai profitti derivanti da ogni transazione anche avente ad oggetto altri tipi di beni o servizi, ed in ciò si può rinvenire il motivo per il quale il ruolo dei rischi è stato posto in evidenza sin dal Capitolo I delle nuove TP Guidelines attraverso una più approfondita analisi dei rischi nel contesto dell'analisi funzionale<sup>281</sup>.

Questo è sicuramente uno degli obiettivi più apprezzabili che l'OCSE si è prefissata nel 2013, poiché manifesta la volontà di superare definitivamente quell'immobilismo che si adagiava sul rispetto delle forme contrattuali e che aveva permesso di allocare contrattualmente i rischi presso quelle società del gruppo che nella sostanza non li

---

<sup>279</sup> BRAUNER Y., 2015, *op. cit.*

<sup>280</sup> *“Develop rules to prevent BEPS by transferring risks among, or allocating excessive capital to, group members. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to ensure that inappropriate returns will not accrue to an entity solely because it has contractually assumed risks or has provided capital. The rules to be developed will also require alignment of returns with value creation. This work will be coordinated with the work on interest expense deductions and other financial payments.”*. OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.20.

<sup>281</sup> L'analisi dei rischi da condurre all'interno di una più ampia analisi funzionale è stata analizzata nel Paragrafo 2.2.1. del presente lavoro.

assumevano o li assumevano solo in minima parte ma alle quali venivano attribuiti i profitti collegati a quei rischi<sup>282</sup>.

Viene dunque introdotta l'idea di procedere ad un'indagine sostanziale per verificare se, a prescindere dall'allocazione del rischio così come intesa nel contratto, l'impresa del gruppo a cui è attribuito il rischio sia realmente propensa a farsi carico del medesimo, dovendo riconoscersi come principio guida di detta indagine la fondamentale corrispondenza tra rischio e beneficio<sup>283</sup>.

Occorre considerare a tal riguardo che si può distinguere un duplice profilo del rischio. Sotto un profilo qualitativo vi è un ampio raggio di rischi che possono essere assunti da un'impresa, a partire dal sostenimento dei costi, passando per l'impiego di *asset*, per giungere al compimento di una serie di funzioni relative allo sviluppo e allo sfruttamento degli *intangibles*. Nell'eseguire un'analisi sulla ripartizione dei rischi tra imprese associate, ai nostri fini rileva prevalentemente il profilo quantitativo del rischio, in quanto è fondamentale analizzare e comprendere quanto carico del rischio complessivo è sostenuto da ogni parte della transazione. Se, infatti, il rischio è contrattualmente concentrato in capo a un'impresa non idonea a sostenerlo, ne conseguirà una inaccettabile ripartizione dei vantaggi e degli svantaggi derivanti dalla transazione, incompatibile con l'*arm's length principle*<sup>284</sup>.

Questo passo in avanti dell'OCSE si rivela dunque coerente con il principio di libera concorrenza, poiché in nessun caso una parte indipendente accetterebbe di ricevere una remunerazione nulla o comunque sproporzionata rispetto al rischio assunto. Sembra quindi che con l'Azione 9 si sia voluto introdurre un criterio di proporzionalità tra rischi

---

<sup>282</sup> Nei paragrafi precedenti del presente capitolo è stato osservato come l'uso dell'allocazione contrattuale dei rischi relativi ai beni immateriali sia stato usato dalle multinazionali nell'attuazione di schemi di pianificazione fiscale aggressivi con finalità elusive. Cfr. HICKMAN A., *The Application of Revised Transfer Pricing Rules to Aspects of Business Models*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 10, 2016.

<sup>283</sup> GIORGI S., *op. cit.*; Cfr. HELDERMAN L., SPORKEN E., OKTEN R., KANTER M., *A New Era in Determining Arm's Length Compensation for Intangibles? A Comparative Overview of Existing and Possible Future Transfer Pricing Principles*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2013.

<sup>284</sup> GIORGI S., *op. cit.*; FORT G., *Progetto BEPS: i "Draft" OCSE sul transfer pricing*, in *Corriere Tributario*, n.15 del 2015, p.1132.

sostenuti e remunerazione ottenuta relativamente a un'operazione tra imprese associate, assumendo come punto di riferimento il comportamento tipico di imprese indipendenti<sup>285</sup>. L'Azione 10, al contrario, riconosce esplicitamente che alcune transazioni tra parti associate non si possono mai verificare sul mercato tra parti indipendenti e pertanto non si adattano nel migliore dei modi al principio di libera concorrenza<sup>286</sup>. In particolare, è richiesto di rinforzare le regole di *transfer pricing* per le suddette transazioni, cercando di individuare le circostanze in cui la transazione andrebbe riqualificata, di rendere più chiara la guida per l'applicazione del *profit split method* – riconoscendone, così, implicitamente il ruolo di *best method* in un contesto in cui le catene del valore sono sviluppate a livello globale – , nonché arginando quei pagamenti idonei a erodere le basi imponibili come le c.d. spese di regia<sup>287</sup>.

L'azione in esame, quindi, mostra la volontà dell'OCSE di porre l'attenzione sulle situazioni in cui viene meno la *ratio* stessa dell'*arm's length principle*, in quanto non ci sono operazioni comparabili sul mercato, come spesso avviene nel caso delle transazioni aventi ad oggetto gli intangibili. In tal senso, concentrarsi ancora una volta sul metodo del *profit split* è sembrata ad alcuni commentatori una soluzione che in realtà cela una sconfitta per i sostenitori dell'*arm's length principle*<sup>288</sup>. Il *profit split* presuppone infatti l'inesistenza di transazioni comparabili tra parti indipendenti e quindi l'applicazione del principio di libera concorrenza in questi casi sembra forzata poiché non è possibile realmente ipotizzare il comportamento che parti indipendenti avrebbero assunto in transazioni che non hanno mai ultimato e che mai concluderanno. Per essere coerente con il principio di libera concorrenza dovrebbe essere utilizzato solo nei casi in cui anche imprese indipendenti lo avrebbero utilizzato<sup>289</sup>, mentre nel caso di multinazionali

---

<sup>285</sup> GIORGI S., *op. cit.*; FORT G., 2015, *op. cit.*

<sup>286</sup> BRAUNER Y., 2015, *op. cit.*

<sup>287</sup> “Develop rules to prevent BEPS by engaging in transactions which would not, or would only very rarely, occur between third parties. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to: (i) clarify the circumstances in which transactions can be recharacterised; (ii) clarify the application of transfer pricing methods, in particular profit splits, in the context of global value chains; and (iii) provide protection against common types of base eroding payments, such as management fees and head office expenses.”. OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, pp.20-21.

<sup>288</sup> BRAUNER Y., 2015, *op. cit.*

<sup>289</sup> Cfr. MAISTO G., *Il progetto di rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1995, pp.391-392.

integrate le cui transazioni infragruppo hanno ad oggetto spesso intangibili unici e di valore, il metodo del *profit split* sarà inevitabilmente il metodo più utilizzato<sup>290</sup>.

Per quanto riguarda il tema della riqualificazione (*recharacterization*), occorre premettere che le multinazionali possono costituire agevolmente società controllate alle quali attribuire diverse funzioni o *assets* e con le quali porre in essere delle transazioni, in determinati casi non configurabili tra terze parti indipendenti. In queste situazioni, peraltro, le operazioni compiute tra le parti associate potrebbero indebolire una delle due parti che accettasse determinate condizioni sfavorevoli nell'interesse del gruppo e non individuale. Ciò sta a significare che per ogni operazione tra parti associate andrebbe condotta una valutazione (o “test di ragionevolezza”), peraltro virtuale – posto che l'operazione non può essere osservabile tra terzi indipendenti – e perciò con bassi margini di oggettività, sulla convenienza o meno per ognuna delle parti nell'effettuare la suddetta operazione. In altri termini occorre che la transazione controllata sia ragionevole, e quindi permetta ad entrambe le parti di migliorare o per lo meno salvaguardare la propria posizione sul mercato, tenendo conto delle possibili alternative in concreto esistenti nonché attuali (cioè esistenti in quel determinato momento), tra cui vi è sempre quella di rinunciare alla transazione. Se il test di ragionevolezza non viene superato, la transazione non sarà riconosciuta ai fini del *transfer pricing*<sup>291</sup>.

La pubblicazione del Progetto BEPS ha evidentemente dato un impulso determinante per modificare la materia del *transfer pricing*, specialmente in materia di intangibili, e inevitabilmente, a partire dal 2013, si sono susseguiti una serie di documenti che hanno modificato la disciplina dei prezzi di trasferimento in conformità agli obiettivi posti dall'OCSE con le Azioni 8-10, modifiche portate a termine con la pubblicazione, nel 2015, del c.d. “*Actions 8-10 - 2015 Final Reports*”<sup>292</sup>, che ha modificato i Capitoli I, II, VI, VII e VIII delle TP Guidelines<sup>293</sup>. Nel 2017 la revisione di tali capitoli è stata poi

---

<sup>290</sup> Si veda il Paragrafo 3.5.4. del presente lavoro.

<sup>291</sup> FORT G., 2015, *op. cit.*

<sup>292</sup> OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10 - 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<sup>293</sup> Cfr. FORT G., *Beni immateriali e transfer pricing: un punto finale?*, in *Il Fisco*, 2016; GENTILE N., *op. cit.*

inserita nelle attuali *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*<sup>294</sup>.

Le modifiche più considerevoli sono state, come era facile da prevedere, quelle al Capitolo VI relative ai beni immateriali. In particolare, ciò che emerge come principale punto di discontinuità rispetto al passato è che, ai fini del *transfer pricing*, la mera titolarità giuridica del bene immateriale non conferisce, di per sé, il diritto di ricevere i profitti derivanti dallo sfruttamento di quel bene. Ma procediamo con ordine.

Anzitutto l'OCSE stabilisce che i principi contenuti nei Capitoli I-III delle linee guida si applicano anche alle transazioni relative a beni immateriali. Di conseguenza, si dovrà iniziare l'analisi dei casi riguardanti l'utilizzo o il trasferimento di *intangibles* con una precisa delineazione della transazione in esame, approfondendo le relazioni commerciali o finanziarie tra le imprese associate nonché le condizioni e circostanze economicamente rilevanti riferite a tali relazioni. Viene poi osservato che nei casi di utilizzo o di trasferimento di beni immateriali, è necessario basare l'analisi funzionale sulla

---

<sup>294</sup> Il Capitolo VI delle TP Guidelines in materia di beni immateriali è stato introdotto nel 1996 dall'OCSE e nelle Linee guida del 2010 era rimasto invariato. Fin dal momento della pubblicazione di queste ultime Linee guida, tuttavia, l'OCSE si è resa conto che il capitolo di riferimento sugli intangibili non era più adatto alla realtà economica del XXI Secolo e ai nuovi modelli di *business* delle multinazionali, ragione per la quale, con la volontà di renderlo più esaustivo, nel Luglio 2010 nacque il nuovo progetto dell'Organizzazione sugli intangibili, con l'obiettivo di aggiornare il Capitolo VI ("*Special Considerations for Intangible Property*") e il capitolo VIII ("*Cost Contribution Arrangements*").

Ad occuparsi del progetto è stato il "*Working Party No. 6 on the Taxation of Multinational Enterprises*" (WP6 TPI), istituito appositamente per avere periodici confronti la comunità imprenditoriale e i rappresentanti del settore privato al fine di pervenire alla stesura di un *discussion draft* da pubblicarsi entro il 2013. In effetti proprio il 30 Luglio del 2013 l'OCSE pubblicò tale documento, denominato "*Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*" (OECD (2013), *Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, OECD Publishing), mentre solo undici giorni prima, vale a dire il 19 Luglio, veniva pubblicato il Rapporto BEPS.

Non sorprende, dunque, che il 2013 sia stato definito l'anno degli intangibili, dal momento che i lavori dell'OCSE sulla revisione del capitolo VI delle Linee guida hanno posto la questione dei beni immateriali sotto i riflettori e il Progetto BEPS ha amplificato questa attenzione. Cfr. VALENTE P., *Transfer pricing e beni immateriali: il Discussion Draft OCSE del 6 giugno 2012*, in *Il Fisco*, n.33, 2012; GIORGI S., *op. cit.*; MARKHAM M., *op. cit.*; GENTILE N., *Panoramica sugli ultimi sviluppi a livello OCSE in ambito di prezzi di trasferimento tra società collegate*, <http://novitafiscali.supsi.ch/>, 2016; SPORKEN E., VISSER P., *BEPS guidance on transfer pricing aspects of intangibles and the need for substance and transfer pricing documentation*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2015.

comprensione dell'attività globale del gruppo multinazionale e su come lo stesso utilizza i beni immateriali per aggiungere o generare valore all'interno della *global value chain*<sup>301</sup>. In seguito, vengono fornite raccomandazioni specifiche riguardanti i beni immateriali, all'interno dei Paragrafi A, B, C e D, in cui è facile osservare un'evidente influenza dei contenuti delle Action 8-10 del Progetto BEPS.

In primo luogo, il Paragrafo A, nel tentativo di assecondare la richiesta presente nell'azione 8 del Progetto BEPS, fornisce una definizione di bene immateriale, ampliando la definizione precedente che era circoscritta ai c.d. *marketing intangibles* e *trade intangibles*, per poi elencare una serie di beni immateriali più comunemente utilizzati nelle operazioni tra imprese associate.

Il Paragrafo B è stato profondamente influenzato dal Progetto BEPS, essendo ivi assorbito il principio della prevalenza della sostanza economica della transazione sulla forma contrattuale della medesima<sup>302</sup>.

Qui è sancito per la prima volta il concetto per cui la remunerazione derivante dall'uso dell'*intangible asset* deve essere suddivisa tra le parti coinvolte nella *value chain* proporzionalmente alle funzioni effettivamente esercitate, risorse impiegate e rischi assunti da ciascuna impresa con riferimento alle c.d. funzioni DEMPE (*development, enhancement, maintenance, protection and exploitation*, ossia sviluppo, miglioramento, manutenzione, protezione e sfruttamento). Spesso, tuttavia, nello svolgere un'analisi di questo tipo (c.d. *DEMPE analysis*) può risultare molto difficoltoso stabilire il proprietario effettivo nonché il peso dei singoli contributi delle diverse imprese del gruppo nella creazione del valore complessivo<sup>303</sup>. È comprensibile, poi, la preoccupazione sollevata da una parte della dottrina riguardo al fatto che un'analisi di questo tipo può condurre a esiti diversi in ciascuna giurisdizione in cui viene effettuata e che in materia si potrebbero assumere posizioni diverse tra i diversi Paesi che la accolgono<sup>304</sup>.

Infine, come già è stato fatto nel Capitolo I delle Linee guida, anche relativamente ai beni immateriali viene accentuata l'importanza dell'analisi dei rischi, attraverso un'elencazione di rischi che sono tipici del titolare economico e quindi effettivo

---

<sup>301</sup> TP Guidelines, Par.6.3.

<sup>302</sup> GIORGI S., *op. cit.*

<sup>303</sup> RAFFELINI A., *Intangible secondo l'OCSE: il caso di un'agenzia di media & marketing*, in *Amministrazione e Finanza*, n.10 del 2016, p.7; GENTILE N., *op. cit.*

<sup>304</sup> SPORKEN E., VISSER P., *op. cit.*

dell'*intangible*, che può in definitiva risultare diverso dal c.d. *legal owner* o proprietario giuridico<sup>305</sup>.

Il Paragrafo C identifica i due tipi di transazione attraverso cui può avvenire il trasferimento di un *intangible* o di diritti relativi ad esso. Si tratta di transazioni *i)* che prevedono il trasferimento dell'*intangible* o di diritti relativi ad esso; *ii)* che hanno ad oggetto lo sfruttamento dell'*intangible* in relazione alla vendita di altri beni o a prestazioni di servizi.

Da ultimo, il Paragrafo D è incaricato di fornire le indicazioni per giungere alla determinazione del prezzo di trasferimento dei beni immateriali. In particolare, ove possibile, viene raccomandato l'utilizzo del metodo CUP, ma ove ciò non sia possibile si farà riferimento al *profit split*, soluzione che del resto era raccomandata anche dall'Action 10 del BEPS.

Infine, vengono affrontati gli *hard-to-value intangibles* e stabilite possibili soluzioni idonee a stabilire i prezzi di trasferimento degli stessi<sup>306</sup>.

### 1.2.2. Sostanza, creazione del valore e *arm's length principle*.

Prima di vedere nel dettaglio come sono trattati gli intangibili nelle nuove Guidelines, occorre interrogarsi su quali risvolti abbiano i nuovi criteri introdotti dal Progetto BEPS sul principio di libera concorrenza, che per quasi un secolo è stato deputato a regolare il regime dei prezzi di trasferimento.

Innanzitutto, occorre focalizzarsi sulla nozione di sostanza che intende perseguire l'OCSE attraverso la ridefinizione della disciplina del *transfer pricing*. L'*arm's length principle*, come è stato ricordato<sup>307</sup>, nasce nel contesto internazionale in cui, per evitare le doppie imposizioni, erano state introdotte le regole di allocazione basate sulla dicotomia tra Stato di residenza e Stato della fonte. Lo scopo del principio di libera concorrenza era quello di ripartire correttamente i profitti tra gli Stati coinvolti in una transazione, per evitare le doppie imposizioni ma anche, più profondamente, per

---

<sup>305</sup> GIORGI S., *op. cit.*; FORT G., 2016, *op. cit.*

<sup>306</sup> Cfr. RAFFELINI A., *op. cit.*

<sup>307</sup> Si veda il Paragrafo 2.1.1.

contrastare i comportamenti elusivi delle società associate che già all'epoca potevano spostare i profitti presso giurisdizioni a bassa tassazione<sup>308</sup>.

L'*arm's length principle* come elaborato inizialmente dall'art.9 del Modello OCSE ha funzionato efficacemente fino a quando la globalizzazione ha permesso la nascita di multinazionali integrate e dislocate in cui ogni entità del gruppo svolge determinate funzioni all'interno delle *global value chain*. Con il BEPS, infatti, è sorta la stessa esigenza che era sorta negli anni '30 e che aveva portato all'elaborazione dell'*arm's length principle*, in quanto le regole esistenti non permettevano di contrastare i fenomeni elusivi, ma le modifiche che hanno riguardato il trattamento degli intangibili hanno mantenuto come riferimento le condizioni di mercato, senza quindi deviare dal principio di libera concorrenza, bensì ponendo l'accento sulla sostanza delle transazioni. Per ottenere ciò il nuovo approccio seguito si basa, più che sugli accordi contrattuali, sull'effettivo comportamento delle parti, sui fatti e sulle circostanze della transazione, lasciando quindi trasparire che oltre a essere uno strumento di allocazione dei redditi, l'*arm's length principle* successivamente al BEPS segue anche una più marcata finalità antielusiva. In particolare, le Azioni 8-10 nascono per perseguire la sostanza, cercando di comprendere se le parti di una transazione guadagnano i profitti in virtù delle funzioni svolte, beni utilizzati e rischi assunti, o se invece c'è incongruenza tra le disposizioni contrattuali e la reale condotta delle parti<sup>309</sup>.

Il concetto di sostanza, in seguito alle Azioni 8-10, viene interpretato diversamente rispetto alle Guidelines del 2010, le quali invece consideravano le transazioni così come strutturate dai contribuenti, senza analizzare se quelle costruzioni erano in linea con la condotta delle parti<sup>310</sup>. In altre parole, prima del Progetto BEPS, un'operazione era considerata in linea con la sostanza se era sostenibile da un punto di vista economico, senza valutare se il proprietario giuridico di un intangibile fosse capace di svolgere le

---

<sup>308</sup> Ciò è evidenziato da Carroll nel 1933 (League of Nations, *Taxation of foreign and national enterprises*, Geneva, 1933); si veda anche AVI-YONAH R.S., *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of US International Taxation*, Pub. & Leg. Theory Working Paper Series, Working Paper No. 92, p. 3, 2007.

<sup>309</sup> Cfr. SCREPANTE M., *op. cit.*

<sup>310</sup> "A tax administration's examination of a controlled transaction ordinarily should be based on the transaction actually undertaken by the associated enterprises as it has been structured by them". OECD (2010), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris, Par.1.64.

funzioni stipulate contrattualmente<sup>311</sup>. Il nuovo concetto di sostanza, invece, come si vedrà in seguito, richiede proprio che l'analisi verta sulla capacità di esercitare il controllo sulle c.d. funzioni DEMPE e di assumerne i relativi rischi. È questa novità su cui si fondano le Azioni 8-10, le quali richiedono una corrispondenza tra ciò che i contribuenti documentano, ciò che fanno (cioè la reale condotta delle parti) e, soprattutto, devono al contempo avere la capacità di fare ciò che fanno, in termini di funzioni svolte, beni utilizzati e rischi assunti<sup>312</sup>. Con il BEPS è stato così incorporato nell'*arm's length principle* un principio di *substance over form* inteso non solo come un'analisi della condotta effettiva delle parti ma anche in termini di capacità delle parti di tenere una certa condotta, sia essa effettiva o stabilita contrattualmente<sup>313</sup>.

Per realizzare l'obiettivo della sostanza, come è stato osservato, l'OCSE fa leva sul nuovo standard di allocazione della creazione del valore (*value creation*) fornendo indicazioni su come tassare là dove il valore viene creato. Tuttavia, l'OCSE non chiarisce il concetto di creazione del valore e anzi, ne complica la comprensione riferendosi alla necessità di assegnare i diritti impositivi sia in base alle attività economiche reali<sup>314</sup> sia in base alla creazione del valore. I due concetti in genere corrispondono poiché è probabile che se in dato territorio un'impresa esercita una reale attività economica, venga creato anche un certo valore; tuttavia, l'ammontare del valore creato non è necessariamente proporzionale all'intensità dell'attività economica<sup>315</sup>.

In base alle nuove Linee Guida, il valore sembra trovarsi nel luogo in cui le funzioni principali sono esercitate e i rischi assunti e di conseguenza i profitti possono essere

---

<sup>311</sup> SCREPANTE M., *op. cit.*

<sup>312</sup> SCREPANTE M., *op. cit.*

<sup>313</sup> WITTENDORFF J., *BEPS Actions 8-10: Birth of a New Arm's-Length Principle*, 81 Tax Notes International, (2016).

<sup>314</sup> “Specifically, this Action Plan should provide countries with domestic and international instruments that will better align rights to tax with economic activity” e ancora “Existing domestic and international tax rules should be modified in order to more closely align the allocation of income with the economic activity that generates that income”. OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.11,18. In proposito, Kemmeren identifica l'attività sostanziale come una parte essenziale e significativa dell'attività nel suo complesso. KEMMEREN E.C.C.M., *Principles of Origin in Tax Conventions: A Rethinking of Models*, Pijnenburg vormgevers.uitgevers, 2001, p.43.

<sup>315</sup> HEY J., “Taxation Where Value is Created” and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative, in *Bulletin for International Taxation*, April/May 2018.

attribuiti in linea con la sostanza su un dato territorio<sup>316</sup>. Per meglio dire, la creazione del valore si basa sulla sostanza economica poiché, per comprendere se il valore è stato creato in una determinata giurisdizione e deve essere di conseguenza ivi tassato, considera le funzioni svolte, i beni utilizzati e i rischi assunti, che indipendentemente dalla legge sono manifestazioni economiche di una transazione commerciale<sup>317</sup>.

Un approccio del genere, tuttavia, desta qualche perplessità per quanto riguarda la coerenza con l'*arm's length principle*. Difatti, adoperando la creazione del valore come criterio di allocazione, l'OCSE non si preoccupa principalmente di valutare come le parti indipendenti si sarebbero comportate in una data transazione, ma si concentra su come si è comportata la multinazionale nel suo complesso. La motivazione di un simile approccio è probabilmente da ricercarsi nella presa di coscienza che i vantaggi derivanti dal modo integrato di cui le multinazionali fanno affari non sono riscontrabili tra imprese indipendenti e la necessità è stata quella di andare oltre al principio di libera concorrenza come storicamente inteso<sup>318</sup>. È infatti naturale che le imprese multinazionali possano manipolare le transazioni tra imprese associate al fine di massimizzare i profitti attraverso schemi di pianificazione fiscale, ma è altrettanto vero che una transazione che ci si aspetterebbe tra parti indipendenti possa avvenire diversamente tra parti associate, senza che le stesse abbiano necessariamente manipolato la transazione; in tali situazioni l'*arm's length principle* finirebbe per “comparare l'incomparabile”<sup>319</sup>.

Peraltro, la creazione di valore sembra negare il presupposto su cui si fonda il principio di libera di concorrenza medesimo.

Nelle multinazionali, infatti, le attività economiche si svolgono in più di una giurisdizione ed è quindi difficile stabilire quanto valore sia creato in un Paese rispetto all'altro poiché ogni singola entità del gruppo collabora in parte alla creazione del valore<sup>320</sup>. Sembra, dunque, che il concetto della creazione del valore si scontri con l'approccio alla base del principio della libera concorrenza, quale quello del “*separate entity accounting*”, fondato

---

<sup>316</sup> HASLEHNER W., *Taxing where value is created in a post-BEPS (digitalized) world?*, in *Kluwer International Tax Blog*, 2018.

<sup>317</sup> SCREPANTE M., *op. cit.*

<sup>318</sup> Cfr. TAVARES R.J.S., *Multinational Firm Theory and International Tax Law: Seeking Coherence*, in *World Tax Journal*, June 2016.

<sup>319</sup> BRAUNER Y., *Value in the Eye of the Beholder: The Valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes*, 28 Va. Tax Rev.79, 2008, p.108.

<sup>320</sup> HEY J., *op. cit.*

sulla finzione giuridica che considera le imprese di un gruppo multinazionale come indipendenti.

Invero, se, come rilevato fin qui, la creazione del valore richiede un'analisi della diversa distribuzione all'interno del gruppo delle funzioni, rischi e beni, è chiaro che essa considera le catene del valore dei gruppi altamente integrate e non separate tra loro e, quindi, necessita di una valutazione globale delle catene di valore dei gruppi<sup>321</sup>.

### 1.2.3. *Possibili alternative all'arm's length principle e le criticità riscontrate.*

Per quanto visto fino ad ora, è chiaro che l'OCSE sia intenzionata a considerare l'intera attività del gruppo multinazionale da tassare, attraverso un'approfondita *value chain analysis*, per decidere a quali società del gruppo devono essere realmente attribuiti i profitti che derivano da una transazione. Per ottenere un simile risultato, tuttavia, l'attenzione è posta ancora una volta sull'*arm's length principle* cercando di individuare quale sarebbe il comportamento di parti indipendenti nelle situazioni in cui si trovano i gruppi altamente integrati che compiono operazioni infragruppo, ma, dato che parti indipendenti non si trovano mai in simili situazioni perché all'interno dei gruppi si svolgono operazioni uniche la cui convenienza e utilità si rinviene esclusivamente nell'ambito di gruppo, si utilizza un approccio sostanzialistico improntato sulla creazione del valore quale criterio da seguire, assumendo tuttavia un più marcato connotato antielusivo rispetto a regola di allocazione dei redditi, anche se con risvolti antielusivi, come nasce in origine il principio di libera concorrenza.

È possibile allora ritenere che un approccio più efficace per risolvere i problemi che sorgono dall'esistenza delle multinazionali e che rispecchia meglio il panorama internazionale delle imprese potrebbe essere un ritorno alla *unitary entity theory*.

Si è già detto<sup>322</sup> che l'alternativa più invocata rispetto all'*arm's length principle* è il *global formulary apportionment*. Utilizzando tale approccio si attribuirebbero i profitti

---

<sup>321</sup> Cfr. KANE M.A., *Transfer pricing, integration and synergy intangibles: a consensus approach to the arm's length standard*, in *World Tax Journal*, October 2014; Cfr. ROBILLARD R., *BEPS: is the OECD now at the gates of global formulary apportionment?*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 6&7, 2015; Cfr. BAUMGARTNER B., *Value Creation Analysis for Transfer Pricing Purposes*, in *International Transfer Pricing Journal*, March/April 2018.

<sup>322</sup> Si rimanda al Paragrafo 2.1.3. del presente lavoro.

consolidati di un gruppo multinazionale tra le varie entità del gruppo suddivise nei diversi Paesi sulla base di una formula predeterminata. Per attuare il *formulary apportionment* sarebbe necessario un procedimento diviso in tre fasi: in primis, bisognerebbe definire i parametri per definire il *business* globale di una multinazionale a cui il metodo andrebbe applicato; poi occorrerebbe effettuare il calcolo dei profitti che produce globalmente il gruppo; infine, si dovrebbe procedere all'applicazione della formula per dividere i profitti tra le diverse giurisdizioni coinvolte<sup>323</sup>.

È riconosciuto, in supporto di un *formulary apportionment* fondato su un approccio unitario, che i risultati sarebbero più giusti e meno soggetti a manipolazioni, rendendo, peraltro, il metodo particolarmente adatto per i Paesi in via di sviluppo che soffrono per la complessità dell'*arm's length principle*<sup>324</sup>. Si deve poi considerare che un approccio del genere renderebbe superflui i concetti di fonte e residenza e quindi potrebbe evitare una serie di controversie che derivano dall'attuale ordinamento tributario internazionale<sup>325</sup>.

L'OCSE, all'interno del Progetto BEPS, non manifesta l'intenzione di accantonare l'*arm's length principle* in quanto riconosce una difficoltà oggettiva nell'implementare un nuovo sistema da elaborare nei dettagli e nell'accettazione da parte di tutti gli Stati di un nuovo sistema di allocazione dei profitti, ma al tempo stesso non nega la possibilità di adottare, in casi speciali, misure che vanno oltre il principio di libera concorrenza, relativamente ai problemi sollevati dagli intangibili, dai rischi e dalla eccessiva capitalizzazione<sup>326</sup>. Questa potrebbe sembrare una decisione non eccessivamente coraggiosa nell'affrontare i grandi cambiamenti nel panorama delle transazioni internazionali di cui gli intangibili e le multinazionali sono protagonisti. In particolare,

---

<sup>323</sup> ANDRUS J., COLLIER R., op. cit., p.284.

<sup>324</sup> SPENGEL C., ZOLLKAU Y., *Common Corporate Tax Base (CCCTB) and Determination of Taxable Income: An International Comparison*, Berlin: Springer, 2012, pp.8-10.

<sup>325</sup> ANDRUS J., COLLIER R., op. cit., p.284.

<sup>326</sup> "Alternative income allocation systems, including formula-based systems, are sometimes suggested. However, the importance of concerted action and the practical difficulties associated with agreeing to and implementing the details of a new system consistently across all countries mean that, rather than seeking to replace the current transfer pricing system, the best course is to directly address the flaws in the current system, in particular with respect to returns related to intangible assets, risk and over-capitalization. Nevertheless, special measures, either within or beyond the arm's length principle, may be required with respect to intangible assets, risk and over-capitalization to address these flaws". OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.20.

continuare ad adottare l'*arm's length principle* ma modificarlo per focalizzarsi sul concetto di creazione del valore sembra travalicare i confini per cui è stato introdotto il principio, assumendo così una eccessiva connotazione antielusiva.

Tuttavia, seppur sono molteplici i meriti che ne deriverebbero dall'applicazione di un *formulary apportionment*, non si può ignorare allo stesso modo che un approccio unitario che utilizza una ripartizione formulare potrebbe sollevare ulteriori problematiche come quelle emerse a seguito della proposta della Commissione Europea di una c.d. *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB).

La CCCTB, invero, rappresenta un primo tentativo concreto di adozione del *formulary apportionment*.

Dal 2001<sup>327</sup> l'Unione Europea ha cominciato a porre enfasi sulla necessità di coordinare la fiscalità a livello sovranazionale per il completamento del Mercato Interno, ma la questione è stata sempre trattata con diffidenza da parte dei Paesi Membri data la riluttanza a rinunciare alla propria sovranità in materia fiscale. Tuttavia, in quella sede fu lanciata l'idea di creare un'unica base imponibile delle multinazionali a livello europeo, attraverso una suddivisione dei profitti delle multinazionali sulla base di una formula prestabilita. La c.d. CCCTB è stata proposta da ultimo nel 2016, dopo una prima proposta avvenuta nel 2011, e la formula opta per una suddivisione dei ricavi che si basa su tre fattori rilevanti, vale a dire gli *assets*, la manodopera (con riferimento ai salari e al numero di dipendenti) e le vendite, a ciascuno dei quali viene assegnato lo stesso peso e che dovrebbero esprimere il contributo che in ciascuna giurisdizione è fornito al reddito complessivo del gruppo<sup>328</sup>.

La principale debolezza della proposta di Direttiva, tuttavia, è che le regole suggerite dalla Commissione Europea per il consolidamento delle basi imponibili e per la loro suddivisione tra gli Stati Membri non saranno, almeno inizialmente, obbligatorie per tutti i gruppi che praticano operazioni all'interno dell'UE, ma solo per quelli con un fatturato consolidato superiore ai 750 milioni di euro, mentre gli altri la potranno applicare su base volontaria. Se il campo di applicazione è così limitato, almeno due categorie di transazioni non sarebbero coperte dalla direttiva e continuerebbero a richiedere l'uso dei

---

<sup>327</sup> Si veda European Commission, Staff Working Paper, Company Taxation in the Internal Market, COM (2001) 582 final (23 Oct. 2001), SEC (2001) 1681, EU Law IBFD.

<sup>328</sup> Cfr. CANÈ D., *La proposta di Direttiva per una CCCTB: una analisi per principi*, in *Rassegna Tributaria*, n. 6 del 2012, p.1511.

metodi di *transfer pricing*: si tratta, in primo luogo, delle transazioni tra membri di un gruppo che non sono obbligati e che non hanno applicato volontariamente la Direttiva; in secondo luogo, delle transazioni che avvengono tra una società di un gruppo che applica la Direttiva CCCTB e terze parti che non fanno parte dello stesso gruppo<sup>329</sup>.

Un'altra criticità che può emergere con l'utilizzo del *formulary apportionment* è che le società potrebbero riadattare le vecchie strategie di pianificazione fiscale per modificare la consistenza delle basi imponibili, per modificare sia la posizione che il peso dei fattori rilevanti per l'applicazione della formula, in base all'interesse del gruppo<sup>330</sup>. Nel caso della CCCTB, ad esempio, all'art.32.2 della proposta di Direttiva è previsto che il numero dei dipendenti debba essere misurato a fine anno. I gruppi, perciò, potrebbero essere incentivati a licenziare alcuni lavoratori pochi giorni prima della fine dell'anno fiscale e assumerli nuovamente all'inizio dell'anno successivo<sup>331</sup>.

Da quanto osservato con riferimento alla CCCTB, si può concludere che l'OCSE dovrebbe affrontare inevitabilmente una serie di sfide non indifferenti per applicare a livello globale un approccio basato sul *formulary apportionment*, atteso che anche in un ambito più ristretto come quello europeo fatica ad essere implementato. Probabilmente anche la strettezza dei termini entro i quali l'OCSE ha dovuto presentare soluzioni successivamente al Progetto BEPS ha reso più agevole modificare le regole esistenti invece che riformare del tutto la disciplina del *transfer pricing* dopo quasi un secolo, accedendo in pieno al criterio della *value creation* e alle inevitabili sue implicazioni.

Nelle prossime sezioni si andranno ad analizzare nel dettaglio le nuove disposizioni previste dal Capitolo VI delle TP Guidelines in materia di intangibili, con la consapevolezza che l'approccio utilizzato e sul quale tali disposizioni si basano sarà improntato sul concetto di *value creation*. Di conseguenza, sarà fondamentale

---

<sup>329</sup> Un tale scenario, da un lato, scoraggerebbe i gruppi europei all'adesione volontaria alla Direttiva, dall'altro potrebbe incoraggiare una varietà di riorganizzazioni aziendali con l'unico scopo di modificare la composizione del gruppo per regolare l'applicazione della Direttiva. In questo senso: SANCHEZ SANCHEZ A., *The Apportionment Formula under the European Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base*, in *European Taxation*, 2018.

<sup>330</sup> KIESEWETTER D., STEIGENBERGER T., SITIER M., *Can formula apportionment really prevent multinational enterprises from profit shifting? – the role of asset valuation, intragroup debt, and leases*, Quantitative Tax Research - Arqus Discussion Papers 175, 2014.

<sup>331</sup> SANCHEZ SANCHEZ A., op. cit.

comprendere in quali Paesi viene effettivamente prodotto il valore, secondo una logica delle entità separate.

## Sezione II

### L'identificazione degli *intangibles*

#### 2.1. *I beni immateriali rilevanti ai fini del transfer pricing.*

Per applicare le regole di *transfer pricing* ai beni immateriali, per prima cosa è fondamentale avere un'idea chiara di cosa debba intendersi per bene immateriale in materia di prezzi di trasferimento.

Ai sensi dell'attuale Capitolo VI delle TP Guidelines, un *intangible* è definito “*something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances*”, per proseguire specificando che “*rather than focusing on accounting or legal definitions, the thrust of a transfer pricing analysis in a case involving intangibles should be the determination of the conditions that would be agreed upon between independent parties for a comparable transaction.*”<sup>332</sup>.

Da subito si può notare che la definizione che viene data opera in negativo<sup>333</sup>, escludendo dal campo di applicazione delle regole dettate per gli intangibili ciò che non ha determinate caratteristiche. In altre parole, un bene per essere immateriale deve presentare le seguenti peculiarità<sup>334</sup>:

- 1) non deve avere natura né materiale né finanziaria;
- 2) deve essere posseduta o, in alternativa, controllata per farne un uso commerciale;
- 3) qualora l'impresa volesse cederla o concederla in uso a terze parti indipendenti, queste le riconoscerebbero un corrispettivo in cambio.

---

<sup>332</sup> TP Guidelines, Par.6.6.

<sup>333</sup> La differenza con la versione del 2010 è sin da subito evidente, la quale forniva invece una definizione in positivo e per forza di cose più ristretta, includendo nella definizione di “proprietà immateriale” (“*intangible property*”, che è stato sostituito con il termine maggiormente inclusivo “*intangible*”) i diritti di utilizzo di beni industriali come brevetti, marchi, nomi commerciali, design o modelli, diritti di proprietà letteraria e artistica e proprietà intellettuale come know-how e segreti commerciali.

<sup>334</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.6.

Quando tale definizione è apparsa per la prima volta all'interno del documento OCSE del 2012 "*Discussion Draft on the Transfer of Intangibles*"<sup>335</sup>, molti commentatori hanno criticato il termine "*something*" (qualcosa) trovandolo molto generico, auspicando che nella versione definitiva venisse sostituito con il termine "*asset*" o "*property*", poiché solo così si sarebbe chiarito alle amministrazioni fiscali e ai contribuenti che non tutto ciò che ha valore può essere necessariamente un *intangibile*<sup>336</sup>.

È, invero, fondamentale riuscire a distinguere tra *intangibles* e c.d. *value enhancers*. Questi ultimi, detti anche "*soft intangibles*", sono degli elementi che in effetti possono influire sul valore di un'azienda (ad es. caratteristiche del mercato, forza lavoro in atto, catena di approvvigionamento efficace, sinergie di gruppo, ecc.), ma nessuna azienda potrà rivendicare la proprietà su di essi, dal momento che avere la proprietà di qualcosa implica normalmente che il cedente sia almeno in grado di assicurare al cessionario l'uso perpetuo e gratuito del bene, cosa impossibile nel caso dei *value enhancers*, i quali per definizione non possono essere né posseduti né trasferiti nel libero mercato<sup>337</sup>.

Tuttavia, tali elementi, seppur non sono da considerare beni immateriali ai fini dei prezzi di trasferimento, saranno da tenere in considerazione durante l'analisi di comparabilità in quanto possono influenzare il prezzo delle transazioni infragruppo: ad esempio le transazioni potrebbero richiedere specifici aggiustamenti al fine di migliorarne il livello di comparabilità, in presenza di determinate caratteristiche di mercato<sup>338</sup>. In altre parole, i *value enhancers* dovranno essere trattati alla stregua di fattori di comparabilità<sup>339</sup>.

Peraltro, è dibattuto in dottrina se sia opportuno che i *soft intangibles* costituiscano esclusivamente fattori di comparabilità, poiché, atteso che creano un valore per l'impresa nel suo complesso, potrebbe essere necessario trovare un modo per allocare i profitti che ne derivano. È proprio questa una delle ragioni che portano alcuni a sostenere che non sia opportuno continuare a insistere con l'*arm's length principle*: da un lato, infatti,

---

<sup>335</sup> OECD (2012), *Discussion Draft on the Transfer of Intangibles* (Revision of Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines).

<sup>336</sup> MARKHAM M., *op. cit.*

<sup>337</sup> VERLINDEN I., MONDELAERS Y., *op. cit.*; SPORKEN E., VISSER P., *op. cit.*

<sup>338</sup> VALENTE P., *Transfer pricing: criticità nella remunerazione dei beni intangibili*, in *Il Fisco*, 2015; VALENTE P., *Intangibili e determinazione dei prezzi di trasferimento*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n.1, 2016; PALESTINI S., *Effetti del progetto BEPS sui prezzi di trasferimento degli intangibile*, in *Amministrazione e Finanza*, n.5 del 2017, p.13.

<sup>339</sup> CHURTON S., LAMBERT E., DENNIS I., *op. cit.*

considerare le regole sui prezzi di trasferimento basandosi sull'approccio delle "entità separate" rende impraticabile l'allocazione di tali profitti e in tal caso l'unica opzione rimane quella di considerare i *soft intangibles*, in primis le sinergie, come fattori di comparabilità; d'altra parte, invece, adoperando un approccio unitario non dovrebbero essere considerati come fattori di comparabilità e i relativi profitti sarebbero assegnati alle giurisdizioni in cui sono stati generati<sup>340</sup>. In effetti, come si è già accennato<sup>341</sup>, nel caso delle sinergie quest'ultimo approccio sarebbe ragionevole in quanto le multinazionali operano come una singola unità e tali sinergie sono proprio una conseguenza dell'integrazione<sup>342</sup>. Utilizzando il *formulary apportionment*, dunque, i benefici delle sinergie dovrebbero, in generale, essere condivisi dai membri di un gruppo multinazionale in proporzione al contributo che ciascun membro offre alla creazione della sinergia.

Allo stato attuale, invece, i profitti derivanti dagli effetti sinergici rimangono privi di entità, e quindi "apolidi", dal momento che l'*arm's length principle* fallirebbe concettualmente (poiché considera le imprese associate come fossero indipendenti) a determinare la giurisdizione alla quale tali profitti residui dovrebbero essere assegnati<sup>343</sup>. Dopo la pubblicazione del "Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles" del 2013, in cui la definizione degli intangibili è rimasta sostanzialmente immutata (eccetto per l'introduzione di un nuovo paragrafo che precede la definizione stessa), il pericolo percepito da alcuni commentatori era che una definizione imprecisa rischiava di creare incertezza, confusione nonché incoerenze giuridiche e fiscali nel trattamento degli *intangibles* da parte delle varie autorità fiscali. Una definizione vaga, infatti, avrebbe aperto le porte a una vasta gamma di interpretazioni diverse, con il rischio crescente di possibili conflitti tra contribuenti e amministrazioni fiscali, nonché tra amministrazioni fiscali medesime, con conseguenti fenomeni di doppia imposizione<sup>345</sup>.

---

<sup>340</sup> Cfr. SCREPANTE M., *op. cit.*

<sup>341</sup> Si rimanda ai Paragrafi 3.1.2.2. e 3.1.3.3. del presente lavoro.

<sup>342</sup> Si veda anche AVI-YONAH R.S., XU H., *Evaluating BEPS: A Reconsideration of the Benefits Principle and Proposal for UN Oversight*, 6 Harv. Bus. L. Rev. 2, 2016, p.215.

<sup>343</sup> Cfr. LANGBEIN S.I., *op. cit.*, pp.625 e 637-638.

<sup>345</sup> OECD (2013), *BIAC Comments on the OECD Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/comments-intangibles-discussion-draft.htm>; MARKHAM M., *op. cit.*; Cfr. PANKIV M., *Post-BEPS application of the arm's length principle to intangibles structures*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2016.

Effettivamente, osservando una definizione come quella fornita dall'OCSE, a qualcuno potrebbe apparire poco chiara e troppo vaga anche oggi, in particolare riflettendo sulla raccomandazione di cui all'Azione 8 del Progetto BEPS in cui è richiesta una definizione ampia e chiara degli intangibili.

Tuttavia, l'OCSE ha ritenuto che questa fosse la soluzione migliore per due ragioni: da un lato, una definizione troppo restrittiva del termine *intangible* potrebbe portare i contribuenti o le amministrazioni fiscali a ritenere che certi beni non debbano rientrare nell'ambito degli intangibili, con il rischio di avere un trasferimento di tali beni privo di corrispettivo specifico, in particolare nei casi in cui tra imprese indipendenti, viceversa, un corrispettivo di questo tipo sarebbe dovuto; d'altro canto, applicando una definizione troppo ampia si correrebbe il rischio che i contribuenti e le amministrazioni dei diversi Stati possano ritenere dovuto un corrispettivo, per transazioni riguardanti il trasferimento o l'uso di determinati *assets*, che tra parti indipendenti non sarebbe stato previsto<sup>346</sup>.

Sul punto specifico riguardante la non rilevanza delle definizioni legali e contabili, tra i primi commenti in proposito è rilevante quello del United States Council for International Business (USCIB). Tale organo ha notato che, da un lato, i modi di fare *business* e le leggi sulla proprietà intellettuale sono in costante evoluzione e pertanto le definizioni legali e contabili non dovrebbero essere utilizzate ai fini della determinazione dell'esistenza di un intangibile; d'altro canto, tuttavia, le definizioni di cui si parla dovrebbero essere prese come punto di riferimento per ottenere chiarezza nella definizione di ciò che costituisce un *intangible asset*<sup>347</sup>.

Inoltre, viene specificato che gli intangibili non hanno bisogno di apparire nel bilancio o essere trattati come *intangible assets* ai fini contabili, che non è necessario che siano coperti da protezione legale o contrattuale e, ancora, che il fatto che siano trasferibili separatamente non è condizione necessaria per qualificarli beni immateriali ai fini del *transfer pricing*<sup>348</sup>. Si pensi in proposito che certe multinazionali non si affidano agli strumenti legali per proteggere i frutti delle loro idee, come ad es. Coca Cola che non ha

---

<sup>346</sup> TP Guidelines, Par.6.5.

<sup>347</sup> OECD *The Comments received with respect to the Discussion Draft Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions* 29 Oct. 2012, pp.960-961.

<sup>348</sup> TP Guidelines, Par.6.7-6.8; ANDRUS J., COLLIER R., *op. cit.*, p.213.

brevettato la sua formula bensì si affida al segreto commerciale<sup>349</sup>. Pertanto, questi intangibili pur rappresentando un enorme valore economico non sono rilevati come attività all'interno dei bilanci<sup>350</sup>.

In particolare, appurata la possibile divergenza tra gli intangibili ai fini del *transfer pricing* e ai fini contabili, l'OCSE segnala che determinati beni immateriali prodotti internamente dalle imprese potrebbero non comparire nei rispettivi bilanci<sup>351</sup>. In ogni caso, nonostante il trattamento contabile non sia considerato vincolante, sarà comunque possibile fare riferimento al trattamento contabile di un determinato *asset* per dedurre se si è in presenza di un bene immateriale nell'ambito dei prezzi di trasferimento, ma non sarà l'unico elemento da considerare<sup>352</sup>.

In effetti, analizzando i principi definiti dallo IASB<sup>353</sup> in materia contabile si possono osservare alcune analogie con quanto affermato dall'OCSE, nonché qualche divergenza. In primo luogo, rileva ai nostri fini l'IFRS 3, ai sensi del quale un *intangible asset* è “*an identifiable non-monetary asset without physical substance*”, cioè un'attività non monetaria, identificabile e priva di consistenza fisica<sup>354</sup>. Possiamo quindi notare delle affinità con quanto previsto dall'OCSE, ove entrambe le definizioni di intangibili prevedono che il bene immateriale:

- sia privo di natura finanziaria (in senso lato);
- sia privo di consistenza fisica.

Inoltre, in base al principio contabile IAS 38, un *intangible asset* deve essere controllato dall'impresa a seguito di eventi passati (a prescindere dall'esistenza di diritti legali sull'*intangible*) e da tale *asset* ci si deve attendere un futuro guadagno economico per l'impresa che lo controlla, il quale può manifestarsi o in proventi derivanti dalla vendita

---

<sup>349</sup> Redazione Journey, *Dov'è custodita la formula segreta di Coca Cola?*, in <https://www.coca-colaitalia.it/storie/dove-custodita-la-formula-segreta-di-coca-cola>, 2016.

<sup>350</sup> BASU S., WAYMARE G., *op. cit.*

<sup>351</sup> A tal riguardo, si noti che i principi internazionali emanati dallo IASB pongono rigorosi limiti alla possibilità di capitalizzare i costi delle imprese relativi allo sviluppo dei propri intangibili.

<sup>352</sup> “*Accordingly, whether an item should be considered to be an intangible for transfer pricing purposes under Article 9 of the OECD Model Tax Convention can be informed by its characterization for accounting purposes, but will not be determined by such characterization only*”. TP Guidelines, Par.6.7; Cfr. GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.6.

<sup>353</sup> *International Accounting Standards Board*: si tratta dell'organismo responsabile dell'emanazione dei principi contabili internazionali.

<sup>354</sup> IFRS 3, *Appendix A – Defined Terms*.

di prodotti e servizi che, grazie all'uso dell'intangibile, consentono all'impresa di conseguire un'alta marginalità rispetto ai *competitors*, ovvero in risparmi di costi di varia natura<sup>355</sup>.

Sotto tali profili, al pari di quanto previsto dallo IAS 38, la stessa OCSE ritiene indispensabile l'esistenza di una qualche forma di controllo sull'intangibile e che lo stesso sia impiegato per finalità commerciali, il che equivale a dire che dall'utilizzo dell'intangibile sono attesi dei guadagni economici<sup>356</sup>.

Infine, lo IASB dispone che l'*asset* immateriale sia identificabile. Tale ultimo requisito si può ritenere soddisfatto laddove tale *asset* derivi da diritti contrattuali o da altri diritti legali (*contractual-legal criterion*), oppure sia separabile da altre attività (*separability criterion*) e possa essere trasferito singolarmente o congiuntamente a queste ultime attività. Per quanto attiene alle TP Guidelines, invece – ed è questa la maggior differenza con i principi contabili internazionali –, tali criteri non sono rilevanti per identificare un bene immateriale, poiché l'OCSE, da un lato, riconosce che certi beni immateriali possono essere trasferiti solo in combinazione con altre attività aziendali (è il caso dell'avviamento)<sup>357</sup>, dall'altro, non ritiene necessaria l'esistenza di protezioni legali o contrattuali per la qualificazione di un intangibile ai fini dei prezzi di trasferimento<sup>358359</sup>. Un ulteriore aspetto da sottolineare quando si parla di beni immateriali è la (non) rilevanza del Capitolo VI delle TP Guidelines ad altri fini fiscali. Nello specifico si fa riferimento all'art.12 del Modello di Convenzione fiscale OCSE, all'interno del quale si trova una dettagliata analisi riguardo la definizione e il trattamento delle *royalties*<sup>360</sup>. Quello che

---

<sup>355</sup> IAS 38 "*Intangible Assets*", paragrafo 8.

<sup>356</sup> VOLANTE M., *Intangible asset, dalla definizione al calcolo del fair value*, in *Amministrazione e Finanza*, n.8 del 2018, p.41.

<sup>357</sup> "Similarly, while some intangibles may be identified separately and transferred on a segregated basis, other intangibles may be transferred only in combination with other business assets. Therefore, separate transferability is not a necessary condition for an item to be characterised as an intangible for transfer pricing purposes". TP Guidelines, Par.6.8.

<sup>358</sup> "The existence of such protection is not, however, a necessary condition for an item to be characterised as an intangible for transfer pricing purposes". TP Guidelines, Par.6.8.

<sup>359</sup> Si veda in proposito di analogie e differenze tra *intangibles* secondo lo IASB e secondo l'OCSE: GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, pp.9-18; FAZZINI M., *op. cit.*; VOLANTE M., *op. cit.*

<sup>360</sup> Il Par.2 dell'art.12 stabilisce che "The term "royalties" as used in this Article means payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or

preme sottolineare nelle Linee Guida sui prezzi di trasferimento è che quanto stabilito al loro interno sugli intangibili vale solo ai fini del *transfer pricing*, e quindi nell'ambito dell'art.9 del Modello OCSE. In particolare, l'art.12 del Modello OCSE non vuole fornire una guida per determinare se (e a che prezzo) l'utilizzo o il trasferimento di un bene immateriale dovrebbe essere remunerato tra parti indipendenti; allo stesso modo le TP Guidelines non intendono stabilire se un determinato pagamento legato a un'operazione avente ad oggetto beni immateriali costituisca una *royalty* o possa essere soggetto a ritenuta alla fonte ai sensi dell'art.12 del predetto Modello OCSE. In sintesi, dunque, i due concetti sono indipendenti<sup>361</sup>.

L'art.12 potrebbe poi effettivamente trovare un punto di contatto con l'art.9, in quanto al Paragrafo 4 recita: “*Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the royalties, having regard to the use, right or information for which they are paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention*”. In questo caso si può notare come le *royalties* che eccedono il valore che sarebbe concordato tra parti indipendenti (...*by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship...*) vengano considerate, ai fini dell'articolo 12, come se tra le parti non fossero esistite “*special relationships*”, rivedendo di conseguenza il loro ammontare in tal senso, apparentemente in ossequio del principio di libera concorrenza. D'altro canto, il termine qui utilizzato per esprimere il rapporto tra le parti, ossia “*relazione speciale*”, può comprendere anche relazioni familiari e in generale qualsiasi tipo di interesse che esiste tra due parti, le quali tra l'altro non è richiesto che siano persone giuridiche né tantomeno imprese associate, mostrando quindi

---

*scientific work including cinematograph films, any patent, trade mark, design or model, plan, secret formula or process, or for information concerning industrial, commercial or scientific experience*”.

<sup>361</sup> TP Guidelines, Par.6.13; Cfr. WITTENDORFF J., *The Object of Art. 9(1) of the OECD Model Convention: Commercial or Financial Relations*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2010.

delle dissonanze rispetto ai requisiti necessari per l'applicazione dell'art.9 che sono stati analizzati in precedenza<sup>362</sup>.

2.2. *Categorie di beni immateriali: in particolare “marketing intangibles” e “trade intangibles”.*

Nelle vecchie Linee Guida<sup>363</sup>, la definizione di intangibili si basava su un'elencazione di ciò che era compreso all'interno di tale categoria. Gli intangibili erano definiti “*intangible property*” e classificati come “*trade intangibles*” e “*marketing intangibles*”. I primi sono in genere brevetti, segreti commerciali o know-how tecnico, utilizzati per la produzione di beni o la fornitura di servizi; i secondi, al contrario, includono qualsiasi proprietà intellettuale che indichi l'origine del prodotto o del servizio offerto, che promuova il marketing, la vendita o la pubblicità e aggiunga valore all'azienda stessa, come marchi, denominazioni commerciali, *brand*, elenchi di clienti e canali di distribuzione. Questi ultimi sono il prodotto di ricerche di mercato o di attività di vendita da parte di una società, oltre ad essere generalmente applicabili a più di un prodotto che viene offerto dalla società che li possiede.

Ciò che distingue in modo particolare i *marketing intangibles* dai *trade intangibles* è la capacità dei primi di generare rendimenti economici crescenti nel tempo, a differenza dei secondi che possono essere sfruttati solo per un periodo limitato che, ad esempio, nel caso dei brevetti equivale alla durata della protezione legale<sup>364</sup>.

Il pregio di questa classificazione consisteva nel facilitare la disaggregazione dei vari elementi che insieme rappresentano un valore immateriale. Tuttavia, i problemi erano evidenti, poiché le due categorie non possono comprendere tutto ciò che è proprietà intellettuale<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris, Par.22-26 del Commentario all'art.12.

<sup>363</sup> OECD (2010), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris; OECD (1995), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris.

<sup>364</sup> Cfr. SHAH R., TOLANI A., BHATNAGAR A., *Transfer Pricing Issues Relating to Marketing Intangibles*, in *Asia-Pacific Bulletin*, March/April 2013.

<sup>365</sup> VERLINDEN I., MONDELAERS Y., *op. cit.*

Inoltre, in certi casi può essere difficile riconoscere distinguere i profitti derivanti dall'uno o dall'altro tipo di intangibile, poiché nei settori ordinati alla ricerca, nonostante la presenza di brevetti, il marchio di fabbrica o la denominazione commerciale sono elementi essenziali per assicurare redditi sufficienti, anche successivamente alla scadenza del brevetto<sup>366</sup>.

Peraltro, la ragione che destava più preoccupazione era quella relativa alla compatibilità dei *marketing intangibles* con il principio di libera concorrenza poiché, con riferimento a tali intangibili, era stato notato dalle autorità fiscali un maggior coinvolgimento nel loro sviluppo da parte delle imprese associate rispetto a quelli indipendenti. In altre parole, si è evidenziato che si tratta di un concetto ontologicamente contrario al principio di libera concorrenza in quanto situazioni simili non possono essere facilmente trovate nei rapporti tra parti indipendenti<sup>368</sup>.

Con l'avvento delle nuove Linee Guida, si è adottato un differente approccio per determinare i beni immateriali (quello visto poc'anzi) e di conseguenza non è più necessario analizzare con precisione le diverse categorie che possono essere individuate di beni immateriali, anzi a livello teorico non sarebbe necessaria più alcuna classificazione.

Tuttavia, la distinzione tra le due categorie viste sopra che erano rilevanti in passato sopravvive, in quanto entrambe sono spesso richiamate sia nelle Linee guida che nei dibattiti rilevanti in materia di *transfer pricing* e *intangibles*. Attualmente, accedendo alla definizione data dal glossario delle TP Guidelines, un bene immateriale connesso ad attività di *marketing* è definito:

*“An intangible (within the meaning of paragraph 6.6) that relates to marketing activities, aids in the commercial exploitation of a product or service and/or has an important promotional value for the product concerned. Depending on the context, marketing intangibles may include, for example, trademarks, trade names, customer lists, customer relationships, and proprietary market and customer data that is used or aids in marketing and selling goods or services to customers.”.*

---

<sup>366</sup> OECD (2010), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris, Par.6.12.

<sup>368</sup> Cfr. ROBERGE C., *Transfer Pricing in the Pharmaceutical Industry: The Remuneration of Marketing Intangibles*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2013.

La definizione di ciò che costituisce un bene immateriale connesso ad attività di vendita è invece data per esclusione, dovendosi intendere con *trade intangible* un “*intangible other than a marketing intangible*”.

Tali classificazioni, come si diceva, sono date solo per maggiore completezza e non hanno lo scopo di esonerare le amministrazioni fiscali e i contribuenti dalla determinazione degli intangibili in un’analisi dei prezzi di trasferimento laddove si tratti di transazioni che coinvolgono *marketing o trade intangibles*<sup>370</sup>.

Infine, un’ulteriore classificazione di beni immateriali viene fatta con riferimento ai c.d. “*unique and valuable intangibles*”. Si tratta di intangibili che possiedono due caratteristiche determinanti<sup>371</sup>:

- a) sono unici, in quanto non comparabili ad altri intangibili utilizzati dalle parti in operazioni potenzialmente comparabili;
- b) sono preziosi, nel senso che generano importanti benefici economici futuri (sotto forma di maggiori ricavi, minori costi, ecc.) quando sono utilizzati nell’attività operativa.

### 2.3. *Illustrazione dei beni immateriali più significativi.*

Una mera elencazione di quelli che possono essere i beni immateriali più comunemente ravvisabili nella pratica non esime l’amministrazione fiscale o i contribuenti dal verificare di volta in volta se si è in presenza di un *intangible* basandosi sui criteri descritti precedentemente.

Non si intende qui elencare in modo esaustivo tutti i beni immateriali potenzialmente esistenti e nemmeno tutti quelli che elenca l’OCSE a titolo esemplificativo, ma solo i più rilevanti e quelli che hanno acceso maggiori dibattiti nel corso degli anni, quali i brevetti, i *know-how*, i segreti commerciali, i marchi commerciali, le denominazioni commerciali, i *brand*, l’avviamento e il c.d. *ongoing concern value*. Si vogliono poi analizzare due dei più rilevanti *soft intangibles*, che come è stato ribadito, sono trattati alla stregua di fattori di comparabilità, quali le sinergie di gruppo e le caratteristiche specifiche dei mercati.

---

<sup>370</sup> TP Guidelines, Par.6.16.

<sup>371</sup> TP Guidelines, Par.6.17; VALENTE P., *op. cit.*

Quanto ai brevetti, si tratta di strumenti giuridici che si riferiscono a un'invenzione specifica, consentendo al titolare di quest'ultima il diritto esclusivo di utilizzare la suddetta invenzione, il tutto circoscritto ad un'area geografica precisa e per un limitato periodo di tempo.

Le invenzioni brevettabili sono spesso frutto di ampi costi di ricerca e sviluppo, che possono essere recuperati dal titolare attraverso la vendita o la concessione di utilizzo dell'invenzione brevettata, ovvero vendendo il brevetto stesso.

Questi sono sempre beni immateriali ai fini del *transfer pricing*<sup>372</sup>.

Passando all'analisi del *Know-how* e dei segreti commerciali, questi beni immateriali, considerati appunto tali nell'ambito dei prezzi di trasferimento, si riferiscono a informazioni o conoscenze che sono possedute dall'impresa al fine di migliorare un'attività commerciale, anche se non dispongono di una protezione specifica come avviene con la registrazione dei brevetti, sebbene possano avere qualche forma di protezione in base alle regole sulla concorrenza sleale<sup>373</sup>.

La ragione per cui un'impresa sceglie di non registrare un *know-how* brevettabile è data dal fatto che per ottenere protezioni brevettuali devono essere divulgate necessariamente alcune informazioni, delle quali potrebbero fare uso le imprese concorrenti per sviluppare soluzioni alternative<sup>374</sup>.

Assumono poi rilevanza nell'ambito dei prezzi di trasferimento tre tipi di *marketing intangibles*, quali i marchi commerciali, la denominazione commerciale e i *brand*. Un marchio è un logo, un simbolo, un nome o un disegno, spesso ufficializzato attraverso una registrazione, che è utilizzato da una multinazionale per differenziare i propri prodotti da quelli delle altre imprese.

La denominazione commerciale, che equivale quasi sempre al nome dell'impresa, al pari del marchio ha una grande capacità attrattiva e può fare la differenza in un terreno di forte concorrenza con altre imprese.

Per quel che riguarda il *brand*, questo è un concetto sufficientemente ambiguo. Può infatti rappresentare sia il marchio di fabbrica sia la denominazione commerciale, ma può anche incorporare altri beni immateriali rilevanti per un'impresa quali le relazioni con la clientela, la reputazione e l'avviamento, e spesso non è possibile trasferire separatamente

---

<sup>372</sup> TP Guidelines, Par.6.19.

<sup>373</sup> MARKHAM M., *op. cit.*

<sup>374</sup> TP Guidelines, Par.6.20.

i diversi elementi che lo compongono. Tutti e tre questi *assets* sono considerati *intangibles* dall'OCSE<sup>375</sup>.

Due dei beni immateriali più particolari con i quali ci si confronta nell'analisi dei prezzi di trasferimento sono senza dubbio l'avviamento (o *goodwill*) e il valore dell'attività d'impresa funzionante (c.d. *ongoing concern value*).

Si deve partire dall'assunto che certi elementi possono essere trasferiti tra imprese associate senza un corrispettivo specifico, ma una volta trasferiti, questi elementi danno al beneficiario la possibilità di ottenere entrate sostanziali. L'OCSE, come si è detto, ha evitato di fornire puntigliose definizioni di intangibili ma si è focalizzata su dei criteri da tenere a mente, specificando che il principale test di prova per verificare se si è in presenza di intangibili è quello che verifica se parti indipendenti sarebbero disposte a pagare per avere il controllo di certi beni<sup>376</sup>. Da un punto di vista contabile e gestionale, l'avviamento riflette la differenza tra il valore totale di un'azienda e la somma dei singoli beni tangibili e intangibili all'interno di essa. Sotto un altro profilo, l'avviamento può essere visto invece come l'insieme dei benefici economici futuri associati a beni aziendali, inseparabili da questi ultimi. In sostanza, l'avviamento rappresenta quel *quid pluris* che può accrescere il valore di ogni singolo bene di un'impresa rispetto ai medesimi beni con identiche caratteristiche prodotti da imprese concorrenti, cioè si tratta in altri termini della reputazione di un'impresa<sup>377</sup>.

Analogamente, il c.d. *ongoing concern value* è considerato il valore complessivo di un'impresa funzionante, che va oltre la somma dei singoli beni che la compongono.

Né l'avviamento né l'*ongoing concern value* possono essere trasferiti separatamente dagli altri beni dell'impresa. Tuttavia, è innegabile, se ci riferiamo ai parametri che l'OCSE raccomanda per l'identificazione degli intangibili, che imprese indipendenti pagherebbero un *quid pluris* per certi beni o servizi qualora l'impresa che li vende gode di un'ottima reputazione nella produzione di beni di alta qualità o nella fornitura di servizi altamente qualitativi, rispetto al prezzo che sarebbe corrisposto per i medesimi beni e servizi prodotti da imprese che non godono della stessa reputazione. Ciò accade perché quel valore aggiunto che viene fornito (il valore di avviamento, appunto) garantirebbe più

---

<sup>375</sup> TP Guidelines, Par.6.21-6.23.

<sup>376</sup> ANDRUS J., COLLIER R., *op. cit.*, p.213.

<sup>377</sup> OESTREICHER A., *Transfer pricing of intangibles in cases of post-merger reorganization: lessons from the revised OECD Draft*, in *Intertax*, Volume 42, Issue 8&9, 2014.

alte aspettative di affari futuri per chi acquista<sup>378</sup>. Quel *quid pluris* è identificabile nel valore di avviamento e nell'*ongoing concern value*<sup>379</sup>.

Il fatto che non siano intangibili separabili da altri beni o servizi e che quindi non possano essere oggetto di un trasferimento autonomo non è rilevante, in quanto non è un requisito richiesto per la configurazione di un *intangible* ai fini del *transfer pricing*.

Passando all'analisi dei *soft intangibles* o *value enhancers*, rilevano in primo luogo le sinergie di gruppo. Occorre subito ribadire che le *group synergies* rappresentano un fattore di comparabilità ai fini del *transfer pricing*.

Come si è detto con riferimento ai *soft intangibles*, di cui le sinergie di gruppo fanno parte, un'affermazione ricorrente dei critici dell'*arm's length principle* è che le regole esistenti sui prezzi di trasferimento non riescono a giustificare e ad allocare correttamente i vantaggi delle sinergie aziendali che potrebbero esistere in un gruppo multinazionale. Infatti, i gruppi hanno motivo di esistere in gran parte a causa dell'esistenza di sinergie tra i membri del gruppo, dato che operare in forma di gruppo può ridurre i costi di transazione che altrimenti esisterebbero tra entità indipendenti o creare altri tipi di vantaggi competitivo che potrebbero non essere disponibili per le parti indipendenti che non operano in grandi gruppi aziendali integrati<sup>380</sup>.

Sebbene tener conto delle sinergie di gruppo sia ragionevole, bisogna però constatare che queste non possono essere tecnicamente possedute o controllate né trasferite, di conseguenza gli effetti di queste sui prezzi si rifletteranno in *comparability adjustments* così da attribuire i vantaggi (o gli svantaggi) sinergici alle rispettive imprese del gruppo<sup>381</sup>.

Oltre alle sinergie di gruppo, assumono rilevanza nell'analisi dei prezzi di trasferimento le caratteristiche specifiche dei mercati. Queste ultime, al pari delle sinergie di gruppo, non costituiscono intangibili ai fini del *transfer pricing* in quanto non sono suscettibili di essere possedute o controllate, ma dovranno essere prese in considerazione come fattori di comparabilità in un'analisi di comparabilità.

---

<sup>378</sup> WRIGHT D., KEATES H., LEWIS J., AUTEN L., *The BEPS Action 8 final report: comments from economists*, in *International Transfer Pricing Journal*, March/April 2016.

<sup>379</sup> TP Guidelines, Par.6.28.

<sup>380</sup> ANDRUS J., COLLIER R., *op. cit.*, pp.213-214.

<sup>381</sup> TP Guidelines, Par.6.30; OESTREICHER A., *op. cit.*

È noto che queste possono influenzare sulle transazioni all'interno di un mercato. Ci sono infatti una serie di caratteristiche, come l'alto potere d'acquisto delle famiglie, un basso costo del lavoro o condizioni metereologiche favorevoli che sono in grado di influire sui prezzi pagati per certi beni o servizi in un determinato mercato<sup>382</sup>.

---

<sup>382</sup> TP Guidelines, Par.6.31.

## Sezione III

### La proprietà legale e la proprietà economica dei beni immateriali

#### 3.1. La ripartizione dei profitti generati dal gruppo per lo sfruttamento dei beni immateriali. Profili generali.

La questione più importante nonché più dibattuta delle nuove Linee guida emanate dall'OCSE riguarda il rapporto che deve sussistere tra la proprietà del bene immateriale e il diritto di ottenere i profitti derivanti dallo sfruttamento<sup>383</sup> dello stesso ovvero, per meglio dire, tra la proprietà legale (o giuridica) e la c.d. proprietà economica<sup>384</sup> dell'*intangible*.

Lo stesso Progetto BEPS nasce, infatti, per contrastare quelle strutture di pianificazione fiscale aggressiva che permettevano di separare la proprietà giuridica degli intangibili dalle attività economiche – principalmente quelle di ricerca e sviluppo – che li rendevano profittevoli avendo un ruolo prevalente nella creazione del valore<sup>385</sup>. Come si è accennato e come si vedrà, per attribuire correttamente i profitti derivanti dallo sfruttamento degli intangibili in linea con la creazione del valore, è stata introdotta una particolare *value chain analysis* che si basa sulla localizzazione delle c.d. *DEMPE functions*.

Precisamente, l'applicazione di quanto previsto dai Capitoli I-III alle transazioni tra imprese associate aventi ad oggetto gli intangibili, può risultare non sufficiente e presentare particolari elementi di criticità, a causa di diversi fattori che si ricavano dalla natura degli intangibili stessi.

Invero, può essere molto arduo trovare transazioni comparabili tra parti indipendenti o, altrimenti, comparare gli intangibili coinvolti in transazioni comparabili, poiché questi presentano molto spesso caratteristiche uniche e sono sviluppati internamente attraverso un livello di integrazione non riscontrabile tra imprese indipendenti. Inoltre, risulta

---

<sup>383</sup> Per sfruttamento di beni immateriali si vuole intendere, come precisa l'OCSE, sia il trasferimento degli stessi o dei diritti sugli stessi, sia il suo utilizzo a fini commerciali.

<sup>384</sup> Vale la pena ricordare che l'OCSE non parla di proprietà economica e che il termine è principalmente usato dalla dottrina per indicare le parti che, in base ai nuovi criteri in materia di *transfer pricing* e *intangibles*, hanno il diritto a vedersi riconosciuti i profitti che derivano dallo sfruttamento del bene immateriale al quale hanno contribuito nell'apportare valore.

<sup>385</sup> Si veda in proposito il Paragrafo 3.1.1.1. del presente lavoro.

complicato individuare i diversi apporti che i diversi intangibili forniscono ai profitti totali dei gruppi nei quali sono sviluppati e utilizzati<sup>387</sup>.

Dal momento che le multinazionali tendono a sviluppare gli intangibili e in generale a svolgere le funzioni prevalenti per la creazione del loro valore in determinati Paesi, per poi attribuirli a imprese del gruppo in Paesi a bassa fiscalità in cui non vengono svolte attività rilevanti, la criticità a cui far fronte era quella dell'adeguata remunerazione da attribuire a ogni impresa del gruppo, a prescindere dalla sola proprietà legale sull'intangibile<sup>388</sup>.

I primi passi mossi nella direzione auspicata dall'OCSE nel Progetto BEPS, all'interno dei primi "draft" in materia di intangibili, hanno fin da subito trovato una possibile soluzione al suddetto problema, affermando che i profitti relativi allo sfruttamento dell'*intangible* dovessero essere assegnati ai membri del gruppo multinazionale basandosi sul criterio del contributo che ogni società del gruppo aveva apportato al valore del bene immateriale di cui volta per volta si trattava.

Una posizione del genere, tuttavia, sollevò diverse preoccupazioni da parte di alcuni rappresentanti del mondo imprenditoriale e altri addetti ai lavori, in quanto una diretta assegnazione dei profitti relativi allo sfruttamento dell'*intangible* basata sui contributi

---

<sup>387</sup> In particolare, i fattori che rendono critica l'applicazione delle regole enunciate nei Capitoli I-III delle Linee guida sono i seguenti:

*"i) A lack of comparability between the intangible related transactions undertaken between associated enterprises and those transactions that can be identified between independent enterprises;*  
*ii) A lack of comparability between the intangibles in question;*  
*iii) The ownership and/or use of different intangibles by different associated enterprises within the MNE group;*  
*iv) The difficulty of isolating the impact of any particular intangible on the MNE group's income;*  
*v) The fact that various members of an MNE group may perform activities relating to the development, enhancement, maintenance, protection and exploitation of an intangible, often in a way and with a level of integration that is not observed between independent enterprises;*  
*vi) The fact that contributions of various members of the MNE group to intangible value may take place in years different than the years in which any associated returns are realised; and*  
*vii) The fact that taxpayer structures may be based on contractual terms between associated enterprises that separate ownership, the assumption of risk, and/or funding of investments in intangibles from performance of important functions, control over risk, and decisions related to investment in ways that are not observed in transactions between independent enterprises and that may contribute to base erosion and profit shifting". TP Guidelines, Par.6.33.*

<sup>388</sup> BRAUNER Y., *op. cit.*

forniti dalle diverse entità del gruppo alla realizzazione di tali profitti, avrebbe rischiato di dare adito a dichiarazioni arbitrarie secondo le quali i contributi forniti in un Paese a bassa fiscalità sarebbero stati elevati rispetto ai contributi forniti in un altro Paese. Di conseguenza, si era espresso il timore che i risultati derivanti da questo approccio fondato sull'assegnazione diretta dei profitti non sarebbero stati vincolati dalla rigorosa applicazione del tradizionale principio di libera concorrenza e una tale soluzione avrebbe aumentato, anziché diminuito, il numero di dibattiti in materia<sup>389</sup>.

In seguito alle problematiche rilevate, prima il *Final Report* con le Azioni 8-15 del BEPS del 2015<sup>390</sup>, poi le TP Guidelines del 2017<sup>391</sup> (che in sostanza hanno recepito il *Report* del 2015), hanno affrontato l'argomento come segue.

Invero, in primo luogo, si è riconosciuto che determinare la proprietà dell'*intangibile* basandosi sui contratti e sulle condotte delle parti è il punto di partenza per compiere un'adeguata analisi di *transfer pricing* relativa agli *intangibles*. Infatti, il proprietario dell'*intangibile* può ricevere in un primo momento i profitti derivanti dallo sfruttamento dello stesso, ma in un secondo momento dovrà compensare, sulla base del principio di libera concorrenza, gli altri membri del gruppo che svolgono funzioni, utilizzano beni e assumono rischi legati alla creazione del valore dell'*intangibile*. Tale compensazione può rappresentare la totalità o quasi delle entrate del gruppo derivanti dallo sfruttamento degli *intangibili*, con la conseguenza che il proprietario legale potrebbe ricevere una minima parte dei profitti realizzati attraverso il suddetto sfruttamento.

Nelle Linee guida, l'OCSE pone una forte enfasi sulla nozione di controllo nel contesto dei beni immateriali (in particolare, rispetto al passato è ripetutamente sottolineata all'interno di tutto il documento l'importanza del controllo sul rischio) e rileva che ci sono importanti funzioni nel processo di sviluppo di un bene immateriale che, se esternalizzate dal proprietario, possono meritare un compenso particolarmente abbondante. Tale compenso può assumere la forma di una quota dei profitti e può richiedere l'utilizzo di ripartizioni del profitto, valutazioni *ex ante* e altri metodi che non si basano direttamente su transazioni comparabili e che tengono conto di entrambi i lati di una transazione<sup>392</sup>.

---

<sup>389</sup> ANDRUS J., COLLIER R., *op. cit.*, p.214.

<sup>390</sup> OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10 - 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<sup>391</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris.

<sup>392</sup> ANDRUS J., COLLIER R., *op. cit.*, p.215.

La nozione di *risk management*, la differenza tra rischio di finanziamento e rischio di sviluppo, il controllo del rischio e il controllo delle funzioni, svolgono un ruolo centrale all'interno della discussione sulla proprietà dei beni immateriali e sul diritto ai profitti derivanti dallo sfruttamento degli intangibili<sup>393</sup>. In particolare, nell'ambito del Progetto BEPS nelle azioni 8-10, queste nozioni hanno la finalità di consentire l'allineamento dell'attività economica che crea il valore con i profitti che traggono origine dallo sfruttamento dei beni immateriali, in modo da evitare una dissociazione di quest'ultimi dal luogo in cui il valore viene creato<sup>394</sup>.

### 3.2. *La rilevanza delle condizioni contrattuali e delle registrazioni legali.*

Dopo aver identificato l'*intangible* rilevante nell'ambito della transazione da considerare, occorre come prima cosa procedere ad un'analisi della documentazione contrattuale e legale per tentare di individuare i termini della transazione e l'identità del *legal owner* dell'*intangible*<sup>395</sup>.

È infatti quest'ultimo che, normalmente, tra parti indipendenti, ha il diritto esclusivo di sfruttare l'intangibile e può impedire ad altri soggetti di sfruttarlo per ricavarne dei profitti<sup>396</sup>.

In particolare, attraverso i contratti possono identificarsi i ruoli, le responsabilità e i diritti che le imprese del gruppo assumono relativamente agli *intangibles*. Pertanto, il contratto può costituire un titolo che conferisce la proprietà di un determinato intangibile a una determinata impresa, e potrà assumere valore probatorio in tribunale in caso di violazione di tale diritto di proprietà<sup>397</sup>.

Dalle condizioni contrattuali, inoltre, in linea generale è possibile riscontrare a quali imprese associate sono riferite formalmente le nuove fondamentali funzioni da osservare

---

<sup>393</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA P.A., *op. cit.*

<sup>394</sup> ANDRUS J., COLLIER R., *op. cit.*, p.215.

<sup>395</sup> Oltre che da contratti scritti, i termini della transazione possono essere desunti da registrazioni pubbliche, come nel caso di marchi o brevetti, nonché dalla corrispondenza o da altre comunicazioni tra le parti. TP Guidelines, Par.6.35.

<sup>396</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.18.

<sup>397</sup> LAGARDEN M., *op. cit.*

per l'identificazione della parte che ha diritto ai profitti derivanti dallo sfruttamento dell'intangibile, cioè le funzioni DEMPE.

Sulla base di queste informazioni, infine, i contratti indicano in genere in quali proporzioni devono essere ripartiti i proventi e i costi correlati allo sfruttamento degli *intangibles*, determinando ammontare e modalità dei pagamenti verso ciascuna entità del gruppo<sup>398</sup>.

Tuttavia, può anche darsi il caso in cui le suddette informazioni non siano disciplinate nell'ambito del contratto. Per tali ipotesi, le Linee guida, in ossequio del sempre più incisivo principio che vuole la sostanza prevalere sulla forma, dispongono che ai fini dell'identificazione del *legal owner* occorre osservare la condotta effettiva delle parti<sup>399</sup>. Per meglio dire, qualora l'identificazione della proprietà legale non sia suscettibile di identificazione tramite la documentazione contrattuale, essa dovrà avvenire valutando quale impresa del gruppo di fatto assuma le decisioni relative allo sfruttamento dell'*intangible* e sia in grado di impedire ad altri soggetti di utilizzarlo<sup>400</sup>.

Bisogna in aggiunta considerare che, come si diceva in precedenza, sia quando l'utilizzo di taluni intangibili (quali ad es. marchi, diritti d'autore o brevetti) è protetto da specifiche leggi sulla tutela della libertà intellettuale e da sistemi di registrazione, sia nel caso in cui gli intangibili (è il caso ad es. del *know-how*) sono protetti attraverso la normativa sulla concorrenza sleale o tramite clausole contrattuali specifiche, i soggetti che traggono beneficio da tali forme di tutela, in quanto acquisiscono l'esclusivo diritto di sfruttamento legale nonché commerciale dell'*intangible*, ne sono considerati i proprietari legali<sup>403</sup>. Ciò significa che, ad esempio, il *legal owner* di un brevetto si identifica nel soggetto che lo ha registrato.

Si consideri, peraltro, che nell'individuazione del titolare giuridico del bene immateriale bisogna porre attenzione nel distinguere i singoli e distinti beni immateriali, i quali possono avere diversi titolari giuridici; così, un bene immateriale (ad es. un marchio) e ciascuna licenza ad esso relativa sono considerati beni immateriali distinti nell'ambito del *transfer pricing*, con la possibilità che appartengano a diversi *legal owners*<sup>404</sup>.

---

<sup>398</sup> TP Guidelines, Par.6.35.

<sup>399</sup> TP Guidelines, Par.6.36.

<sup>400</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.18.

<sup>403</sup> Si deve notare che grado di tutela che viene offerto varia in base alle leggi sulla proprietà intellettuale e sulla concorrenza sleale presenti nei singoli Paesi. TP Guidelines, Par.6.37-6.39.

<sup>404</sup> TP Guidelines, Par.6.41.

Può quindi affermarsi che le registrazioni legali e le clausole contrattuali sono il punto di partenza per determinare quali membri di un gruppo multinazionale hanno diritto ai rendimenti correlati ai beni immateriali<sup>405</sup>.

### 3.3. *Il diritto relativo del titolare giuridico ai rendimenti derivanti dall'uso dei beni immateriali.*

L'identificazione del proprietario legale degli *intangibles* è dunque il primo importante passo da compiere nell'analisi dei rispettivi prezzi di trasferimento, anche se le condizioni contrattuali e le risultanze legali non bastano più, come in passato, a identificare quale sia l'impresa che deve vedersi riconosciuti i profitti derivanti dallo sfruttamento degli intangibili<sup>406</sup>.

L'OCSE si è pertanto discostata per la prima volta dall'orientamento che aveva perseguito fino al 2010, secondo il quale al proprietario legale del bene immateriale spettavano anche tutti i profitti ottenuti dallo sfruttamento dello stesso, seguendo un criterio basato più sulla sostanza economica che sulla forma giuridica, che per troppo tempo prima del Progetto BEPS era stata modellata a piacimento dalle multinazionali per finalità elusive.

Ciò non vuol dire che il titolare giuridico del bene immateriale non dovrà avere in assoluto la possibilità di trattenere i profitti generati dallo sfruttamento dell'*intangible*, ma che, qualora si accerti che determinanti contributi (in termini di funzioni svolte, beni impiegati e rischi assunti) per quanto riguarda le funzioni DEMPE sono stati offerti, del tutto o in parte, da altre società del gruppo che tuttavia non possiedono l'*intangible*, i profitti devono essere spalmati tra tutte le suddette società, tra le quali può essere senza dubbio compresa anche quella che detiene il bene immateriale sotto il profilo giuridico<sup>407</sup>. In altre parole, nel contesto attuale la nozione legale di proprietà ha una rilevanza limitata e deve cedere il passo di fronte a un'analisi funzionale dei contributi economici forniti dai

---

<sup>405</sup> SILBERZTEIN C., BENNET M.C., LEMEIN G., *The OECD discussion draft on the transfer of intangibles – Main Comments*, in *Intertax*, Volume 41, Issue 2, 2013, pp.60-65.

<sup>406</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.19; PALESTINI S., *op. cit.*

<sup>407</sup> MURRAY T., *OECD changes to the transfer pricing of intangibles*, <https://www.shelstonip.com/news/oecd-changes-transfer-pricing-intangibles/>, 2017; Cfr. GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.19; TP Guidelines, Par.6.42.

membri di un gruppo multinazionale al valore degli intangibili che stabilisce la mera formalità dell'intestazione giuridica del bene a una determinata entità<sup>408</sup>.

Per rendere più chiaro il concetto fin qui esposto, si ipotizzi il seguente scenario.

La società Alfa, che si occupa di attività di ricerca e sviluppo, controlla interamente Beta. Quando Alfa sviluppa invenzioni brevettabili, queste vengono registrate da Beta, la quale corrisponde alla sua controllante solo un modesto ammontare in cambio. Tuttavia, Beta si occupa soltanto della gestione amministrativa dei brevetti, vale a dire delle registrazioni e del rinnovo di queste, mentre è il *management* di Alfa che prende le decisioni rilevanti in merito allo sfruttamento e alla protezione dei brevetti. Quando i brevetti sono concessi in licenza ad altre società sia interne che esterne al gruppo, queste ultime corrispondono a Beta le relative *royalties*, in quanto Beta è la *legal owner*. A questo punto però, ai sensi della nuova disciplina dettata dall'OCSE, Beta non potrà più tenere per sé l'intero ammontare dei pagamenti percepiti dai licenziatari dei brevetti, in quanto è stata Alfa a contribuire in misura maggiore in termini di funzioni svolte, beni impiegati e rischi assunti. Pertanto, l'unica remunerazione che deve essere riconosciuta a Beta è quella relativa alla gestione amministrativa dei brevetti, mentre il resto dovrà essere attribuito ad Alfa<sup>409</sup>.

È innegabile che, in base a quanto visto in precedenza con riferimento agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva che proprio sulla forma giuridica facevano leva per massimizzare i profitti ed erodere le basi imponibili degli Stati a fiscalità non irrisoria, le nuove raccomandazioni dell'OCSE hanno centrato il problema e sono state evidentemente necessarie per interrompere un lungo periodo di anarchia fiscale alimentato dalle multinazionali e dal loro utilizzo poco coscienzioso dei trasferimenti infragruppo di beni immateriali.

3.4. *Distinzione tra remunerazione anticipata (ex ante) e remunerazione effettiva (ex post).*

---

<sup>408</sup> Cfr. WILKIE J.S., *The definition and ownership of intangibles: inside the box? Outside the box? What is the box?*, in *World Tax Journal*, October 2012.

<sup>409</sup> L'esempio trae ispirazione dall'*Example 2* che si trova in allegato al Capitolo VI delle TP Guidelines.

La distinzione tra remunerazione anticipata (c.d. *ex ante*) e remunerazione effettiva (c.d. *ex post*) assume importanza in quanto gli esiti dei rischi legati allo sviluppo o all'acquisizione di un *intangibile* si conosceranno solo nel tempo, non potendo essere noti con certezza nel momento in cui le società del gruppo dispongono dell'*intangibile* prendendo decisioni relative ad esso<sup>410</sup>.

Essenzialmente, si tratta di due sistemi per evidenziare la differenza tra quanto si aspetta di ottenere dallo sfruttamento dell'*intangibile* e quanto realmente si ottiene:

- a) la remunerazione anticipata si riferisce ai profitti che le entità del gruppo multinazionale si attendono di ottenere in futuro, al momento della transazione. Si tratta, quindi, di una valutazione *ex ante*;
- b) la remunerazione effettiva segna invece il distacco dalle aspettative, riferendosi ai profitti realmente ottenuti dalle imprese del gruppo in seguito allo sfruttamento dell'*intangibile*. Di conseguenza, la remunerazione effettiva è inevitabilmente valutata *ex post*.

L'ammontare della remunerazione che spetta a ciascuna delle imprese che svolge le funzioni DEMPE relativamente all'*intangibile* è generalmente determinato prima che i rischi associati ai beni immateriali si verifichino, perciò si tratta di remunerazione stabilita *ex ante*. In questo caso, tuttavia, potrebbe verificarsi che il profitto o la perdita effettivamente realizzati differiscano da ciò che era stato prestabilito, in quanto si possono manifestare determinati rischi che non erano stati contemplati al momento della formazione delle aspettative. Quando ciò accade, attraverso la delineazione della transazione raccomandata dall'OCSE al Capitolo I delle Linee guida, sarà possibile comprendere quali entità del gruppo hanno fatto fronte a tali rischi inaspettati e ne hanno sopportato le conseguenze, nel senso di costi aggiuntivi sostenuti ovvero profitti addizionali ottenuti<sup>411</sup>.

Questa distinzione è rilevante in quanto, nelle considerazioni che si faranno nei paragrafi a seguire, quando si parla di remunerazione si tratterà, salvo diversa specificazione, di remunerazione *ex ante*.

---

<sup>410</sup> TP Guidelines, Par.6.44.

<sup>411</sup> TP Guidelines, Par.6.45.

### 3.5. *Elementi dell'analisi funzionale* (“DEMPE analysis”) *ai fini della corretta remunerazione delle entità del gruppo.*

Come è stato anticipato, i profitti che sono generati dallo sfruttamento dell'intangibile non andranno attribuiti esclusivamente a colui che, in base ai termini contrattuali e alle registrazioni legali, risulta il *legal owner*, bensì dovranno essere distribuiti tra tutte le entità del gruppo che hanno contribuito alla creazione del valore del bene immateriale. In particolare, bisogna identificare le società del gruppo che sono state coinvolte nelle c.d. funzioni DEMPE; per meglio dire, in base al nuovo Capitolo VI delle Linee guida OCSE, tutte le società del gruppo che hanno svolto funzioni, utilizzato beni e assunto rischi in relazione allo sviluppo, miglioramento, mantenimento, protezione e sfruttamento di un determinato *intangible*, devono ricevere un'appropriata remunerazione<sup>412</sup>.

Pertanto, è fondamentale un'analisi funzionale (c.d. *DEMPE analysis*) per comprendere quali entità svolgono e controllano le funzioni DEMPE, quali entità forniscono finanziamenti o altri beni, nonché quali entità si assumono i rischi relativi alle suddette funzioni. L'analisi dovrà inoltre partire da un attento esame del settore e dell'industria di riferimento al fine di identificare tutti quei *value enhancers* relativi alle diverse entità del gruppo che saranno necessari per svolgere una corretta analisi di comparabilità, poiché tali *value enhancers* renderanno identificabili le entità del gruppo responsabili della creazione del valore<sup>413</sup>.

Ciò non esclude, naturalmente, che ciascuno dei suddetti contributi al valore dell'intangibile possa essere apportato effettivamente dal *legal owner*, che in tal caso avrebbe il diritto di trattenere per sé la totalità dei profitti guadagnati<sup>414</sup>.

Uno degli aspetti critici che è stato dibattuto nell'era successiva al Progetto BEPS è individuato nella nozione di proprietà. Abbiamo infatti osservato che se la proprietà legale di un bene immateriale in capo a una determinata entità non è coerente con la sostanza economica che si può ricavare dalla *DEMPE analysis*, la remunerazione dovuta al proprietario legale dipenderebbe da quanto quest'ultimo sia coinvolto nelle funzioni

---

<sup>412</sup> PANKIV M., *op. cit.*; Cfr. GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.21; TP Guidelines, Par.6.48; GENTILE N., *op. cit.*

<sup>413</sup> WRIGHT D., KEATES H., LEWIS J., AUTEN L., *op. cit.*

<sup>414</sup> TP Guidelines, Par.6.48.

DEMPE. Si pone quindi il rischio concreto che, in certi casi, nessun profitto sia dovuto al proprietario giuridico dell'*intangibile*<sup>415</sup>.

Sembra, dunque, che il concetto di proprietà che viene proposto dall'OCSE sia quello di una proprietà nominale, cioè un mero titolo, sostanzialmente privo di tutti i normali attributi di proprietà, con l'unico ruolo di caratterizzare l'*intangibile*<sup>416</sup>. Certamente una simile impostazione contrasta con la teoria del valore di Adam Smith, secondo la quale il lavoro speso per la creazione di un bene dovrebbe già essere contabilizzato al proprietario nel prezzo di acquisizione del bene stesso e che spetta al proprietario il diritto di sfruttare tale bene, sia personalmente, sia consentendo lo sfruttamento da parte di altri, ad esempio tramite licenza nel caso dei beni immateriali<sup>417</sup>.

Da queste constatazioni è possibile sostenere che, in un'analisi sui prezzi di trasferimento, non si dovrebbe mai arrivare ad attribuire una remunerazione nulla al soggetto che è titolare giuridico di un *intangibile*, in quanto una siffatta interpretazione condurrebbe a considerare le Linee guida dell'OCSE in chiave antielusiva e sarebbe contrario al principio di libera concorrenza<sup>418</sup>.

Definita nei termini anzidetti la nozione di proprietà, occorre tuttavia rilevare come l'analisi funzionale possa presentare talune difficoltà causate essenzialmente dalla natura stessa delle multinazionali, cioè dall'essere imprese altamente integrate. In certe situazioni, infatti, rischia di risultare poco chiaro in quale misura ciascuna impresa di un gruppo abbia contribuito al valore dell'*intangibile*. Si tratta in particolare di tre casi<sup>419</sup>:

- a) in primo luogo, quando l'*intangibile* è sviluppato internamente al gruppo multinazionale, soprattutto nei casi in cui sono trasferiti da un'impresa all'altra del gruppo quando sono ancora in fase di sviluppo e quindi non pronti all'utilizzo;
- b) in secondo luogo, quando l'*intangibile* con cui si ha a che fare è la base di partenza, il propulsore per futuri sviluppi di altri intangibili. Situazione, questa, che è spesso riscontrabile quando si ha a che fare di intangibili basati sulla tecnologia;

---

<sup>415</sup> PANKIV M., *op. cit.*

<sup>416</sup> SCHWARZ J., *Are legal rights irrelevant for transfer pricing after BEPS Actions 8, 9 and 10?*, in *Kluwer International Tax Blog*, November 2015.

<sup>417</sup> SMITH A., *Wealth of nations*, Book 1, London, 1776, Cap.5.

<sup>418</sup> PANKIV M., *op. cit.*

<sup>419</sup> TP Guidelines, Par.6.49.

- c) infine, nei casi in cui, nell'ambito del processo di sfruttamento dell'*intangibile*, hanno grande rilevanza fattori diversi da quest'ultimo ai fini della creazione del valore, come il *marketing* o la produzione.

Appurata la rilevanza della *DEMPE analysis* in un contesto di intangibili, la dottrina si è interrogata su quali caratteristiche debba avere un analista per condurre un'adeguata analisi in materia di prezzi di trasferimento. A tal proposito, è stato rimarcato che l'analista deve in particolare comprendere il modello di *business* di cui si tratta, cioè deve sapere come vengono normalmente gestite le multinazionali, come funzionano i mercati e conoscere quali funzioni e quali rischi sono più rilevanti per lo sviluppo e lo sfruttamento di beni immateriali<sup>420</sup>.

Di seguito sono approfonditi i tre principali elementi da considerare nella *DEMPE analysis*.

### 3.5.1. *Prestazioni e controllo delle funzioni.*

Come abbiamo già visto in precedenza, in ossequio del principio di libera concorrenza, all'analisi funzionale delle parti coinvolte nella transazione dovrà seguire un'adeguata e proporzionata remunerazione a ciascuna impresa del gruppo relativamente alle funzioni svolte. Quando si parla di beni immateriali, le funzioni svolte sono quelle relative allo sviluppo, miglioramento, mantenimento, protezione e sfruttamento di tali beni<sup>421</sup>.

Queste attività possono essere svolte dal proprietario legale, il che legittimerebbe quest'ultimo ad essere interamente remunerato se nel contempo lo stesso contribuisse con le proprie risorse e assumesse i rischi relativi alle suddette funzioni DEMPE; ma, in alternativa, tali funzioni potrebbero anche essere esternalizzate ad altre imprese, sia associate che indipendenti<sup>422</sup>. In tale situazione, queste ultime dovranno essere adeguatamente compensate per le funzioni esercitate e quindi per il contributo apportato al valore dell'*intangibile*<sup>423</sup>.

---

<sup>420</sup> WRIGHT D., KEATES H., LEWIS J., AUTEN L., *op. cit.*

<sup>421</sup> TP Guidelines, Par.6.50.

<sup>422</sup> MURRAY T., *op. cit.*

<sup>423</sup> Cfr. GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.22.

Naturalmente, quando le funzioni suddette vengono esternalizzate tra imprese indipendenti, il che può tranquillamente avvenire, alle entità diverse dal *legal owner* che svolgono e controllano le attività di sviluppo, miglioramento, mantenimento, protezione e sfruttamento viene riconosciuto un corrispettivo<sup>424</sup>. Sarà sulla base di quel corrispettivo, concordato tra imprese indipendenti, che verrà applicato l'*arm's length principle* attraverso una remunerazione alle imprese delegate delle diverse funzioni secondo gli stessi criteri seguiti da imprese indipendenti<sup>425</sup>.

Tuttavia, è opportuno fare una fondamentale distinzione. Non bisogna, infatti, confondere, da un lato, la remunerazione che viene corrisposta alle imprese che hanno avuto un ruolo nello svolgimento delle funzioni significative, che è composta dai costi da queste sostenute più un *mark up* di libera concorrenza; dall'altro, i rendimenti derivanti dallo sfruttamento dell'*intangible*, i quali verranno distribuiti alle entità diverse da quella che ha la proprietà dell'*intangible* solo in presenza di determinate condizioni legate al controllo delle funzioni<sup>426</sup>.

Difatti, l'ammontare della remunerazione che va riconosciuta alle varie imprese che hanno contribuito alle funzioni DEMPE varia in base alle circostanze. Come si è accennato, elemento fondamentale che emerge nei casi in cui le funzioni siano esternalizzate ad imprese associate e che incide sulla distribuzione dei profitti generati dall'*intangible* è, oltre allo svolgimento di tali attività, il controllo delle stesse<sup>427</sup>.

Infatti, quando il titolare giuridico di un bene immateriale esternalizza una delle suddette funzioni a un'entità indipendente, quest'ultima opera sotto il controllo del *legal owner*. Tuttavia, un'esternalizzazione del genere all'interno di un gruppo multinazionale può presentare delle anomalie, vale a dire che l'impresa associata che svolge le funzioni DEMPE riguardanti un *intangible*, la cui titolarità giuridica spetta a una determinata impresa del gruppo, non è controllata da quest'ultima impresa (il *legal owner*) bensì da un'altra entità dello stesso gruppo (che in genere coincide con la stessa che esegue le funzioni fondamentali). In tali situazioni, il proprietario giuridico del bene immateriale non solo dovrà remunerare la parte che ha eseguito le funzioni di sviluppo,

---

<sup>424</sup> Cfr. RAFFELINI A., *op. cit.*, 2016; Cfr. VALENTE P., *op. cit.*, 2015.

<sup>425</sup> Cfr. GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.22; TP Guidelines, Par.6.51-6.52.

<sup>426</sup> PALESTINI S., *op. cit.*

<sup>427</sup> Cfr. VALENTE P., *Intangibili e determinazione dei prezzi di trasferimento*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n.1, 2016.

miglioramento, mantenimento, protezione e sfruttamento, ma anche l'entità che, diversa dall'impresa che detiene la titolarità giuridica, ha controllato le predette funzioni<sup>428</sup>.

Riguardo alla nozione di controllo, bisogna attenersi a quella evidenziata in precedenza per il controllo dei rischi, valida per l'applicazione dell'*arm's length principle* a ogni tipologia di transazione.

Vale la pena a tal proposito ribadire che il *risk management* è composto di tre elementi<sup>429</sup>. Da un lato, la capacità di prendere decisioni per accettare, abbandonare o rifiutare un'opportunità commerciale rischiosa; dall'altro, la capacità di prendere decisioni sull'*an* e il *quomodo* delle risposte ai rischi associati alle opportunità; e, infine, la capacità di gestire la mitigazione del rischio quotidiano.

Dei tre elementi appena elencati, ai fini del controllo sul rischio sono rilevanti solo i primi due, in quanto l'attività di mitigazione del rischio può essere esternalizzata<sup>430</sup>. Nello specifico, al fine di valutare se un'impresa svolge le funzioni rilevanti ai fini del controllo sul rischio, l'attenzione si concentra sulle caratteristiche effettive dell'aspetto decisionale, che richiedono un personale competente ed esperto nell'area del rischio particolare, al tempo stesso capace di comprendere l'impatto sull'impresa delle decisioni prese. Ciò tende a sottolineare ulteriormente un approccio più sostanzialistico, che dà maggiore rilevanza all'attività economica effettiva invece che alle disposizioni formali e legali<sup>431</sup>.

La conseguenza di ciò è che quando il titolare giuridico dell'*intangible* non esegue, né controlla le funzioni legate allo sviluppo, al miglioramento, al mantenimento, alla protezione e allo sfruttamento, la sua figura non coinciderà con quella del proprietario economico del bene immateriale, ossia non riceverà i compensi che invece spetteranno alle società che hanno controllato e che hanno svolto, in seguito ad esternalizzazione, le funzioni DEMPE<sup>432</sup>.

Bisogna da ultimo considerare che l'ammontare della remunerazione da corrispondere alle entità del gruppo che hanno svolto o controllato le funzioni in esame è condizionato dalla natura dell'attività compiuta e dalla rilevanza di quest'ultima nella creazione del

---

<sup>428</sup> TP Guidelines, Par.6.53.

<sup>429</sup> TP Guidelines, Par.1.61.

<sup>430</sup> TP Guidelines, Par.1.65.

<sup>431</sup> TRACANA D., *op. cit.*

<sup>432</sup> TP Guidelines, Par.6.54.

valore dell'*intangible*. In particolare, per quanto riguarda gli intangibili sviluppati internamente, assumono particolare importanza le seguenti attività<sup>433</sup>:

- la progettazione e il controllo dei programmi di ricerca e di *marketing*;
- l'organizzazione e il controllo dei piani commerciali;
- il controllo sui piani strategici afferenti allo sviluppo del bene immateriale;
- la determinazione della ricerca di base;
- la gestione e il controllo dei *budget*.

Dal momento che tali funzioni accrescono in modo significativo il valore dei beni immateriali, è coerente con l'*arm's length principle* e in linea con il buon senso che si trova nelle Azioni 8-10 del Progetto BEPS che, quando vengono esternalizzate ad imprese diverse dal titolare giuridico dell'*intangible*, queste debbano ricevere un compenso formato da una quota dei profitti derivanti dall'*intangible*, proporzionata al valore apportato allo stesso.

### 3.5.2. Utilizzo delle risorse.

I beni che possono essere utilizzati per lo sviluppo, il miglioramento, il mantenimento, la protezione e lo sfruttamento di un intangibile possono avere diversa natura e le imprese che li forniscono dovranno ricevere un'adeguata remunerazione come corrispettivo.

Questi beni possono essere rappresentati da altri beni immateriali (come il *know-how*), da beni materiali ovvero da finanziamenti.

Ai fini della ripartizione dei profitti tra le entità del gruppo, va notato che le imprese che mettono a disposizione le suddette risorse (ad es. l'impresa che finanzia determinate attività) possono non coincidere con quelle che eseguono le attività per le quali tali risorse sono fondamentali. In tali casi, la remunerazione spettante all'impresa che fornisce le risorse ma che non controlla i rischi né esegue le funzioni correlate alle attività finanziate dovrà essere diversa da quella spettante alle entità che, nel fornire le risorse necessarie, controllano e svolgono anche le funzioni e i rischi relativi all'attività finanziata<sup>434</sup>.

---

<sup>433</sup> Cfr. GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.22.

<sup>434</sup> PANKIV M., *op. cit.*

L'ammontare della remunerazione, anche in questo caso, dovrà essere equivalente a quello che, in condizioni comparabili, sarebbe corrisposto tra parti indipendenti<sup>435</sup>.

Al fine di comprendere meglio il ruolo del mero finanziatore, ipotizziamo l'impresa farmaceutica Alfa, integrata in un gruppo multinazionale, che crea, sviluppa, produce e vende dei preparati farmaceutici nel Paese X. Se Alfa remunera una indipendente Organizzazione di Ricerca a Contratto (ORC) per svolgere ricerca clinica, compresa la sperimentazione dei prodotti, Alfa avrà comunque un ruolo di controllo sulle ricerche svolte dalla ORC, in quanto partecipa attivamente alla ricerca, stabilisce *budget* e tempistiche dei progetti, nonché effettua controlli costanti sulla qualità delle attività portate avanti. Se Alfa vende i brevetti e i relativi *intangibles* riguardanti un determinato prodotto (M) alla associata Beta, operante nel Paese Y, si presume che il corrispettivo dovuto ad Alfa sia basato su una valutazione dei futuri flussi di cassa attesi (remunerazione *ex ante*). Tuttavia, Beta stabilisce con Alfa che sarà quest'ultima a proseguire le attività di ricerca sul prodotto M, mentre la nuova proprietaria legale Beta si impegnerà a finanziare l'intera ricerca. Il risultato di ciò è evidente: nelle transazioni con Alfa, Beta non svolge né controlla le stesse funzioni né controlla gli stessi rischi che Alfa sostiene invece con le ORC. Di conseguenza, la società Beta può ritenersi una mera finanziatrice e si assume l'esclusivo rischio finanziario, il che comporta dovrebbe essere legittimata esclusivamente un profitto finanziario, mentre Alfa sarà legittimata a trattenere i profitti residui<sup>436</sup>.

Da questo esempio è possibile constatare una differenza sostanziale tra le vecchie Linee guida e quelle attuali. In passato, per stabilire la correttezza della transazione ai fini del *transfer pricing*, la concentrazione sarebbe stata posta sull'affidabilità della proiezione dei profitti attesi. In altre parole, se la remunerazione *ex ante* stabilita per il trasferimento fosse stata a condizioni di mercato, cioè quella stabilita tra parti indipendenti in condizioni simili, a Beta sarebbero spettati tutti i profitti futuri derivanti dallo sfruttamento dell'intangibile, anche se questi si fossero rivelati superiori rispetto a quelli attesi. Inoltre, c'è da aggiungere che nella realtà economica delle parti indipendenti esternalizzare certe funzioni è un modo comune di fare affari, e, una volta concluso il contratto di *outsourcing* e stabiliti i prezzi, le parti esterne non operano sotto il controllo del finanziatore.

---

<sup>435</sup> TP Guidelines, Par.6.59.

<sup>436</sup> L'esempio trae ispirazione dall'*Example 17* che si trova in allegato al Capitolo VI delle TP Guidelines.

Successivamente al Progetto BEPS, invece, la prospettiva si è spostata e ad oggi occorre verificare quale società controlla e gestisce le funzioni DEMPE e i rischi ad esse correlati, poiché tale società (che può essere più di una) ha il diritto a vedersi riconosciuti i rendimenti dell'intangibile per i contributi apportati al valore di quest'ultimo<sup>437</sup>. Si potrebbe obiettare che una tale ripartizione dei profitti, come si è detto poc'anzi, non è in linea con il comportamento che adotterebbero le parti indipendenti, le quali dopo aver esternalizzato e assicurato un compenso finanziario alle parti terze che gestiscono certe funzioni e certi rischi, avrebbero il diritto a trattenere i profitti derivanti dagli *intangibles* dei quali sono proprietari e le cui funzioni sono state esternalizzate. Tuttavia, un approccio come quello adottato nel post-BEPS ha l'indubbio merito di impedire un abuso delle precedenti regole da parte delle multinazionali<sup>438</sup>.

### 3.5.3. Assunzione dei rischi.

Nell'ambito di un'analisi funzionale che ha ad oggetto operazioni sui beni immateriali, come già è stato ampiamente dibattuto, è fondamentale comprendere quale entità si fa carico dei rischi relativi allo sviluppo, al miglioramento, al mantenimento, alla protezione e allo sfruttamento dell'*intangible*, sulla scia di quanto raccomandato dall'Azione 9 del Progetto BEPS.

L'analisi dei rischi assume la massima rilevanza, in quanto essa ha lo scopo di indicare quale impresa ha il diritto, da una parte, di ottenere un compenso dall'assunzione del rischio ed è, d'altro canto, responsabile delle conseguenze nel caso in cui il rischio si avvera.

Per individuare quale entità si assume i rischi relativi alle funzioni DEMPE, quali parti svolgono funzioni di controllo e/o di mitigazione del rischio e se la parte che assume il rischio ha la capacità finanziaria di assumersi il rischio, è necessario seguire il c.d. *six-*

---

<sup>437</sup> Cfr. MUSSELLI AN., MUSSELLI AL., *Rise of a new standard: profit location in Countries of important intangible functions managers*, in *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2017.

<sup>438</sup> MUSSELLI AN., MUSSELLI AL. *op. cit.*

*step process*, che è stato analizzato nel capitolo precedente e che l'OCSE raccomanda per l'analisi dei rischi in tutti i tipi di transazioni<sup>439</sup>.

I rischi che in particolare devono essere presi in considerazione quando si ha a che fare con transazioni che coinvolgono gli intangibili, sono i seguenti<sup>440</sup>:

- a) i rischi legati alla fase di sviluppo dell'*intangible*. Nello specifico, si fa riferimento all'eventualità che le costose attività atte alla creazione dell'*intangible* non abbiano successo, dando peso anche alla tempistica degli investimenti;
- b) i rischi di obsolescenza del prodotto realizzato. In questo caso potrebbero essere gli sviluppi tecnologici delle imprese concorrenti ad avere effetti negativi sull'*intangible* di riferimento;
- c) i rischi legati alla tutela dell'*intangible*. In particolare, potrebbero essere violati i diritti legali connessi al bene immateriale, oppure le attività da compiere per proteggerlo potrebbero rivelarsi molto onerose e/o risultare inefficaci;
- d) i rischi relativi al prodotto realizzato attraverso l'*intangible*. In tal caso, infatti, potrebbe sorgere la necessità di risarcire eventuali danni provocati dal prodotto in questione, ovvero si potrebbe far fronte agli oneri derivanti da un eventuale ritiro dal mercato di un prodotto mal funzionante;
- e) i rischi legati allo sfruttamento dell'*intangible*. Naturalmente, ci si riferisce al fatto che non può esserci certezza sui profitti che deriveranno dallo sfruttamento, dipendendo questi dal grado di prestazione generata dall'intangibile.

Le imprese del gruppo che si assumeranno i suddetti rischi saranno quelle che, indipendentemente dalla presenza del *legal owner* tra esse, dovranno ottenere i profitti generati dagli intangibili, tenendo conto che il peso dei diversi rischi varia in base al caso concreto<sup>441</sup>.

Per analizzare il concetto di controllo del rischio, si consideri l'attività di ricerca e sviluppo relativa a un *intangible* esternalizzata dal *legal owner* verso un'altra impresa del gruppo che svolge, sulla base di un apposito contratto, tale attività (scenario, questo, del

---

<sup>439</sup> TP Guidelines, Par.1.60; CRITZER M., NOWOTNY C., BLANKENSTEIN H., STORM C., *DEMPE – development, enhancement, maintenance, protection & exploitation of intangibles*, <http://www.taxand.com/wp-content/uploads/2018/11/DEMPE-of-Intagibles-November-2018.pdf>.

<sup>440</sup> TP Guidelines, Par.6.65.

<sup>441</sup> Cfr. GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.24.

tutto comune). Un possibile scenario può prevedere che, durante lo svolgimento del contratto di ricerca e sviluppo, la società titolare assume la guida dell'attività dando ordini attraverso un personale con capacità e autorità per decidere, fornendo assistenza e valutando regolarmente la qualità del lavoro di ricerca e sviluppo, mentre la società delegata svolge l'attività quotidiana di ricerca seguendo le direttive della società delegante. Stando così le cose, la società che è proprietaria dell'*intangibile* è la responsabile del suo successo o insuccesso sul mercato, mentre l'entità delegata si assumerà l'unico rischio legato alla *performance*, cioè alla qualità che deve essere costantemente mantenuta alta durante l'attività di ricerca e sviluppo; questo scenario garantisce all'entità delegata il diritto a un solo importo predeterminato dei profitti derivanti dallo sfruttamento dell'*intangibile*, mentre il resto dei profitti saranno trattenuti dalla società che detiene giuridicamente l'*intangibile*, in quanto è quella che avuto il controllo dei rischi sulle funzioni DEMPE.

Ora, considerando il caso in cui il controllo sostanziale dell'attività di ricerca e sviluppo e quindi dei rischi correlati ad essa non è più in capo alla società che esternalizza tale funzione (e che quindi è in grado di farlo poiché è la proprietaria giuridica dell'*intangibile*), ma alla società delegata dalla prima, questa seconda entità dovrebbe ricevere una remunerazione aggiuntiva per compensare l'assunzione del rischio di ricerca e sviluppo<sup>442</sup>.

---

<sup>442</sup> PENG C., LAGARDEN M., *DEMPE Functions and the RACI Concept – More Clarity or Confusion Ahead?*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2019.

## Sezione IV

### Natura della transazione

4.1. *Operazioni che hanno ad oggetto il trasferimento di beni immateriali o di diritti relativi a beni immateriali.*

Giunti a questo punto dell'analisi, occorre verificare il tipo di transazioni riguardanti i beni immateriali possono essere poste in essere all'interno di un gruppo.

Nelle transazioni tra imprese associate possono essere trasferiti sia gli intangibili nel loro complesso, con tutti i diritti ad essi relativi, sia dei limitati diritti sugli intangibili, come nel caso in cui un'impresa accordi a un'altra il diritto di utilizzare un determinato marchio, il tutto in genere con determinate limitazioni in ordine alla durata della licenza ovvero con restrizioni rispetto all'ambito geografico o all'ambito commerciale del diritto in questione<sup>443</sup>.

Ciò premesso, occorre determinare il prezzo di trasferimento, che nel primo caso sarà un prezzo di cessione, mentre nel secondo caso si ha a che fare con un canone d'uso<sup>444</sup>.

Per procedere a un'analisi sui prezzi di trasferimento, è importante tenere conto delle caratteristiche della transazione e in particolare delle restrizioni presenti nei contratti di licenza che si riferiscono alla possibilità di utilizzare l'intangibile trasferito per sviluppare ulteriori intangibili o in generale nuovi prodotti. Tra imprese indipendenti possono infatti rilevarsi accordi contrattuali che prevedono l'attribuzione del diritto su qualsiasi miglioramento apportato all'*intangibile* in capo al cessionario/licenziatario, o viceversa accordi che prevedono la conservazione in capo al cedente/licenziante del pieno diritto sui miglioramenti apportati all'*intangibile* dato in licenza, sviluppati durante il periodo della licenza<sup>445</sup>.

Ai fini della determinazione del prezzo di trasferimento adeguato, non dovrebbe rilevare come il contribuente ha etichettato il trasferimento dei beni immateriali da un punto di

---

<sup>443</sup> TP Guidelines, Par.6.88.

<sup>444</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.34.

<sup>445</sup> TP Guidelines, Par.6.90.

vista delle condizioni contrattuali, poiché dovranno essere analizzati i fatti concreti e le circostanze della transazione<sup>446</sup>.

Precisamente, bisogna considerare che i contratti che disciplinano la transazione potrebbero avere delle lacune, o, in altri casi, determinate transazioni potrebbero avere luogo senza che siano regolate da accordi contrattuali: si potrebbe ad esempio riscontrare da un accordo scritto la non esclusività di una licenza trasferita oppure una limitazione geografica della stessa, ma ciò nella realtà potrebbe non trovare riscontro pratico<sup>447</sup>.

In queste situazioni bisognerà considerare i comportamenti che le parti pongono effettivamente in essere, facendo prevalere la sostanza sulla forma (*substance over form*)<sup>448</sup>.

Si consideri il seguente scenario, per comprendere meglio.

La società Alfa è residente e operativa nel Paese X. Beta, che risiede e opera nel Paese Y, è consociata di Alfa. Ipotizziamo ora che Alfa abbia sviluppato e brevettato una tecnologia, oltre a un *know-how* produttivo, e impieghi entrambi gli *intangibles* nel prodotto M.

Beta ha acquistato da Alfa la licenza di utilizzare i predetti intangibili per la produzione nonché distribuzione del prodotto M nel Paese in cui opera, cioè Y; al tempo stesso Alfa ha trattenuto per sé il diritto di utilizzare tali intangibili nei Paesi X, Z e W. Ciò è quanto previsto dal contratto di licenza. A questo punto, tuttavia, Beta contraddice le disposizioni contrattuali, cedendo il prodotto M anche ad altre imprese associate attive nei Paesi Z e W, le quali in seguito lo vendono alla clientela locale, mentre Alfa non impedisce che ciò accada, dimostrando di essere consenziente<sup>449</sup>.

In una situazione come questa, è evidente che le parti hanno stipulato il contratto in modo fuorviante, in quanto la licenza d'uso concessa a Beta, nella volontà delle parti, riguardava altresì i Paesi Z e W. Stando così le cose, la *royalty* pattuita sarà coerente con il principio di libera concorrenza se tiene conto delle vendite che in previsione Beta potrà realizzare in tutti i Paesi ove essa opera, quindi, stando all'esempio, Y, Z e W.

Tale situazione ipotetica conferma che per le autorità fiscali è decisivo, più che le condizioni scritte nei contratti, il comportamento delle parti nel valutare, quando una

---

<sup>446</sup> PANKIV M., *op. cit.*

<sup>447</sup> RAFFELINI A., *op. cit.*, 2016.

<sup>448</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.34.

<sup>449</sup> L'esempio trae ispirazione dall'*Example 18* che si trova in allegato al Capitolo VI delle TP Guidelines.

licenza prevede qualche tipo di restrizione o di limitazione, quale sia la natura di tale restrizione o limitazione<sup>450</sup>.

Una volta stabilito quanto detto, l'OCSE fornisce specifiche indicazioni per due particolari fattispecie che verranno esaminate nei prossimi paragrafi, quali: *i*) il caso in cui l'oggetto della transazione sia una combinazione di beni immateriali; *ii*) il caso di trasferimenti congiunti di beni immateriali e beni materiali o quello in cui il trasferente si impegna nell'erogazione di servizi relativi all'intangibile trasferito.

#### 4.1.1. *Trasferimenti di combinazioni di beni immateriali.*

Gli intangibili e i diritti relativi agli stessi possono essere trasferiti singolarmente, oppure in combinazione con altri intangibili<sup>451</sup>.

Tali transazioni mettono in luce in particolare due aspetti da approfondire.

In primo luogo, è necessario esaminare la natura dei legami che sussistono tra gli intangibili trasferiti congiuntamente, nonché analizzare gli effetti economici che da tali interazioni derivano. Questo perché ci sono situazioni nelle quali i diversi intangibili, se combinati con altri, acquistino automaticamente un valore largamente superiore rispetto a quello che potrebbero avere se considerati singolarmente<sup>452</sup>.

Il tipico esempio di quanto appena affermato si riscontra nell'industria dei prodotti farmaceutici, poiché il singolo prodotto farmaceutico incorpora al suo interno quantomeno tre intangibili che singolarmente avrebbero un valore certamente ridotto:

- a) il principio attivo, che è frutto dell'attività di ricerca e sviluppo e può essere protetto attraverso il ricorso a uno o più brevetti;
- b) il marchio, che viene utilizzato quando il farmaco viene commercializzato e che può essere protetto attraverso la registrazione;
- c) l'autorizzazione, da parte di un'autorità governativa, ad essere utilizzato per finalità commerciali, che può essere ottenuta in seguito ad una serie di sperimentazioni<sup>453</sup>.

---

<sup>450</sup> PANKIV M., *op. cit.*

<sup>451</sup> TP Guidelines, Par.6.92.

<sup>452</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.36.

<sup>453</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.36.

In questo caso, i tre intangibili sono tra di loro complementari e la somma dei singoli valori degli stessi sarebbe inferiore al valore che hanno i tre quando convergono sotto la medesima proprietà. Per tale ragione è importante comprendere i legami che esistono tra i diversi beni immateriali in un'analisi di *transfer pricing*<sup>454</sup>.

Il secondo aspetto rilevante da considerare quando si ha a che fare con combinazioni di beni immateriali riguarda l'identificazione di ogni singolo *intangibile*. Alle volte una verifica del genere può essere tutt'altro che agevole, in quanto esistono certi beni immateriali che sono tra loro così interdipendenti e interconnessi al punto che risulta praticamente impossibile trasferirli separatamente, perciò il trasferimento dell'uno implica necessariamente anche il trasferimento dell'altro<sup>455</sup>.

L'esempio tipico di una situazione del genere è rappresentato dal trasferimento dei diritti d'utilizzo di un marchio attraverso la stipula di un contratto di licenza. In tal caso, infatti, è inevitabile che venga trasferito al licenziatario, insieme alla possibilità di utilizzare il marchio, anche il valore d'avviamento (che equivale al valore della reputazione) relativo al marchio sviluppato dal licenziante. Come abbiamo visto in precedenza, l'avviamento possiede proprio la caratteristica di essere un *intangibile* non trasferibile separatamente, ma del quale in questo caso si dovrà tenere conto per stabilire il corrispettivo di libero mercato per l'utilizzo del marchio<sup>456</sup>.

Tuttavia, come rileva la dottrina, è errato pensare che in tutti i casi i beni immateriali trasferiti in combinazione abbiano più valore rispetto a quando sono trasferiti singolarmente, poiché può ben accadere che l'aggiunta di un intangibile a un pacchetto di intangibili già esistente e autosufficiente possa avere un minimo effetto sul valore del pacchetto in questione, mentre nel caso fosse stato considerato singolarmente il valore dell'intangibile sarebbe stato più elevato e il prezzo della singola transazione di cui fosse oggetto sarebbe superiore rispetto al prezzo che aggiunge a una combinazione di intangibili già esistente<sup>457</sup>.

---

<sup>454</sup> TP Guidelines, Par.6.94.

<sup>455</sup> TP Guidelines, Par.6.95.

<sup>456</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.36.

<sup>457</sup> SILBERZTEIN C., BENNET M.C., LEMEIN G., *The OECD discussion draft on the transfer of intangibles – Detailed Comments*, in *Intertax*, Volume 41, Issue 2, 2013, pp.66-81.

#### 4.1.2. *Trasferimenti contestuali di beni immateriali e beni materiali o erogazione di servizi connessi ai beni immateriali.*

Un'altra situazione particolare evidenziata dall'OCSE attiene al caso in cui l'intangibile viene trasferito nell'ambito di una cessione di beni materiali, oppure all'erogazione di servizi<sup>458</sup>.

Qualora una di queste transazioni dovesse avere luogo, nell'analisi dei prezzi di trasferimento si potrà procedere in due modi.

Ci sono casi in cui le interconnessioni tra i diversi beni o servizi non sono particolarmente significative e bisogna separare le diverse transazioni e quindi considerare come singole transazioni separate quelle che avvengono in un unico trasferimento. A tal fine andrà scorporato il prezzo presente in un contratto globale in ogni suo elemento, così da valutare se ogni singolo bene o servizio è stato trasferito a un prezzo di libera concorrenza<sup>459</sup>.

Ci sono altri casi in cui, invece, tra l'intangibile e i beni materiali o servizi vi sono delle interconnessioni notevoli, per cui sarà necessario considerare i diversi beni e servizi come un unico aggregato in quanto risulterà complicato separare la parte della transazione attinente ai beni materiali o ai servizi rispetto a quella che riguarda il trasferimento degli intangibili o dei diritti ad essi correlati. Evidentemente, la presenza di comparabili disponibili sarà un fattore decisivo per scegliere se considerare le transazioni in modo aggregato o disaggregato<sup>460</sup>.

Per comprendere meglio quest'ultimo punto, si immagini un contratto di *franchising* in cui un'impresa fornisce a un'impresa associata una combinazione di intangibili e di servizi a fronte di un unico corrispettivo. Se la transazione in parola avrà ad oggetto servizi e intangibili così unici che non sarà disponibile alcuna transazione comparabile, allora sarà necessario optare per un'analisi dei prezzi di trasferimento che consideri le prestazioni di servizi e il trasferimento dei beni immateriali o di diritti sugli stessi in modo separato per procedere con una distinta valutazione.

Nel disaggregare la transazione, tuttavia, occorre tenere in considerazione che, nella transazione in cui i beni immateriali sono aggregati con i servizi, il valore di entrambi

---

<sup>458</sup> Cfr. VALENTE P., *Transfer pricing: criticità nella remunerazione dei beni intangibili*, in *Il Fisco*, n.13, 2015, pp.1267-1272.

<sup>459</sup> TP Guidelines, Par.6.99.

<sup>460</sup> TP Guidelines, Par.6.99; Cfr. GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.38.

può incrementare per il fatto stesso di essere trasferiti congiuntamente. Di conseguenza, nell'analisi di comparabilità per determinare il prezzo di libera concorrenza dei servizi, beni materiali e intangibili disaggregati, saranno opportuni degli aggiustamenti di comparabilità sia con riferimento ai servizi e agli *assets* fisici che agli intangibili per considerare il valore aggiunto derivante dall'aggregazione<sup>461</sup>.

Esistono peraltro dei casi in cui la fornitura di un servizio e la cessione di uno o più intangibili o di diritti sugli stessi possono avere un grado di integrazione così elevato che risulterebbe troppo complicata una disaggregazione della transazione. Si pensi ad alcuni trasferimenti di diritti relativi a un *software*, che possono essere integrati con l'impegno del licenziante di fornire un servizio continuo di manutenzione come l'aggiornamento periodico del *software* stesso. È evidente che un servizio del genere non può rinvenirsi al di fuori di un simultaneo trasferimento del bene immateriale a cui il servizio si riferisce. In situazioni del genere, quindi, il prezzo di libera concorrenza andrà determinato giocoforza su base aggregata<sup>462</sup>.

#### 4.2. Beni immateriali utilizzati nell'ambito di transazioni tra parti associate.

Possono esistere transazioni tra parti associate in cui gli intangibili sono utilizzati, seppur non concernono l'oggetto della transazione.

Si tratta di una fattispecie per vero molto comune tra parti associate.

Si pensi a un'impresa che ha sviluppato e brevettato determinate tecnologie di grande valore e che le utilizza per produrre delle automobili. Una volta ultimate, le stesse vengono trasferite a una società associata la quale ha la funzione di distribuirle, occupandosi della loro commercializzazione. Tale ultima società, tuttavia, non acquisisce alcun diritto sui brevetti dell'impresa che produce le automobili, ma non si può ignorare che il grande valore delle stesse dipenda dalla tecnologia utilizzata nella produzione<sup>463</sup>.

In una situazione del genere, è fondamentale delineare correttamente la natura della transazione, tenendo in considerazione ogni singolo intangibile utilizzato da ciascuna delle parti (nel caso in cui gli intangibili siano utilizzati da entrambe le parti) al fine di

---

<sup>461</sup> Cfr. TP Guidelines, Par.6.100.

<sup>462</sup> Cfr. TP Guidelines, Par.6.101.

<sup>463</sup> TP Guidelines, Par.6.105; GENTILE N., *op. cit.*

pervenire a una corretta analisi di comparabilità, di selezionare e applicare il metodo più appropriato per determinare il prezzo di trasferimento e di selezionare la c.d. *tested party*<sup>464</sup>.

Un altro esempio può aiutare a comprendere meglio la fattispecie in esame.

Si ipotizzi una società di esplorazione che ha acquisito grande esperienza nel settore esplorativo, sotto forma di dati e analisi geologiche uniche, nonché di *know-how* esplorativi. Questi sono intangibili di valore unico che non possono essere ignorati in un'analisi di prezzi di trasferimento. In particolare, se la società utilizza i suddetti intangibili per fornire servizi unici di esplorazione nei confronti di un'impresa associata, non si potrà prescindere dalla considerazione del valore aggiunto apportato dai beni intellettuali ai servizi forniti. Di conseguenza, nell'analisi di comparabilità riferita alla transazione avente ad oggetto la prestazione di servizi tra imprese associate, gli intangibili sottostanti utilizzati per migliorare i servizi forniti dovranno essere identificati e considerati nella scelta del metodo di *pricing* più appropriato nonché nella selezione della *tested party*<sup>465</sup>.

---

<sup>464</sup> Cfr. GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.41.

<sup>465</sup> TP Guidelines, Par.6.106.

## Sezione V

### L'analisi di comparabilità per le transazioni in cui sono coinvolti beni immateriali

#### 5.1. Difficoltà nella ricerca di beni comparabili e nella determinazione del valore al momento della transazione.

Come regola generale, per quanto riguarda la valutazione del prezzo degli intangibili, si deve fare riferimento ai principi stabiliti nei Capitoli da I a III delle linee guida e può risultare efficace il processo dell'analisi di comparabilità composto dai 9 *step* visti in precedenza. Per far ciò bisogna in primo luogo identificare con precisione la transazione rilevante e le sue caratteristiche, poi avere presente quali siano gli intangibili coinvolti nella transazione e, infine, osservare quali entità del gruppo li possiedano legalmente e quali entità contribuiscano alla creazione del loro valore<sup>466</sup>.

Gli intangibili, tuttavia, sollevano problemi di valutazione unici che possono essere abbastanza difficili da risolvere: possono avere una particolare natura per cui non sarà possibile (o sarà particolarmente arduo) trovare beni comparabili; inoltre le imprese associate possono utilizzare legittime modalità di trasferimento che però non sarebbero utilizzate tra imprese indipendenti<sup>467</sup>.

Per l'applicazione dei principi che riguardano il processo e il contenuto di un'analisi di comparabilità, in primo luogo, devono essere prese in considerazione le opzioni realisticamente disponibili per le parti coinvolte nella transazione. Vanno quindi valutate le prospettive di entrambe le parti della transazione (e non di una sola parte) nella valutazione dei prezzi degli intangibili trasferiti, prezzi che non dovrebbero essere adottati prima di esaminare se sarebbero accettabili per entrambe le parti in condizioni di libera concorrenza: così un'impresa non dovrebbe accettare di concedere diritti su un determinato *intangibile* a un'impresa associata, se nel mercato vi sono migliori opzioni concretamente a disposizione; specularmente, un cessionario non accetterebbe di pagare un prezzo elevato per ottenere di diritti su un *intangibile* se in seguito non sia possibile prevedere un futuro profitto derivante da quell'acquisto<sup>468</sup>.

---

<sup>466</sup> TP Guidelines, Par.6.107.

<sup>467</sup> ANDRUS J., COLLIER R., p.215.

<sup>468</sup> TP Guidelines, Par.6.113.

## 5.2. Caratteristiche uniche dei beni immateriali come fattori di comparabilità aggiuntivi.

Nell'eseguire un'analisi di comparabilità con riferimento a transazioni che coinvolgono beni immateriali o diritti sugli stessi, bisogna considerare l'unicità delle caratteristiche dei beni immateriali, che di conseguenza possono generare rendimenti futuri considerevolmente differenti tra loro. Ciò vale in particolare quando si farà ricorso al metodo del confronto del prezzo (CUP). Tale metodo, infatti, rappresenta la più tipica espressione del principio di libera concorrenza, mediante la comparazione del prezzo di beni e servizi trasferiti in una operazione conclusa tra imprese associate con il prezzo praticato per beni e servizi trasferiti in un'operazione comparabile conclusa tra imprese indipendenti in condizioni analoghe<sup>469</sup>. Pertanto, nel caso in cui il CUP sarà considerato il *best method* vorrà dire che sarà stata identificata una transazione comparabile con quella infragruppo per quanto riguarda le caratteristiche degli intangibili trasferiti e le condizioni di vendita. Va ribadito, peraltro, che un'applicazione del metodo del confronto del prezzo nella maggior parte dei casi è destinato a fallire in quanto le caratteristiche delle operazioni tra imprese associate sono sempre più personalizzate e necessariamente verranno sempre meno operazioni comparabili disponibili sul libero mercato<sup>470</sup>.

Nelle transazioni aventi ad oggetto gli intangibili, tuttavia, non deve sottacersi che anche l'individuazione di operazioni comparabili a quella infragruppo potrebbe risultare ingannevole, in quanto ci sono beni immateriali che garantiscono un vantaggio competitivo unico e bisognerà verificare se realmente i potenziali comparabili mostrano una futura redditività attesa analoga<sup>471</sup>. Si tratta in sostanza di ulteriori fattori di comparabilità che devono essere considerati nell'analisi di comparabilità e che si aggiungono a quelli già analizzati precedentemente.

In particolare, è possibile osservare sette caratteristiche principali che si differenziano da un intangibile all'altro.

In primo luogo, rileva l'esclusività degli intangibili. La natura esclusiva o non esclusiva di un *intangible* è rilevante e dovrà essere presa in considerazione nell'ambito dell'analisi di comparabilità, in quanto un intangibile esclusivo garantisce una posizione di vantaggio

---

<sup>469</sup> Si veda il Paragrafo 2.2.2.1.1. del presente lavoro.

<sup>470</sup> MAISTO G., op. cit., p.385.

<sup>471</sup> TP Guidelines, Par.6.116.

sul mercato e una maggiore influenza dello stesso rispetto a un intangibile non esclusivo. Si pensi a un brevetto che, registrato, garantisce esclusivamente al proprietario, per un determinato periodo di tempo, il diritto di sfruttare l'invenzione protetta dal brevetto e soprattutto di escludere le imprese concorrenti sul mercato dall'utilizzo della suddetta invenzione<sup>472</sup>.

Si deve poi considerare l'ampiezza e la durata della protezione legale. È noto, infatti, che l'estensione della protezione legale di un intangibile può creare delle barriere all'entrata in determinati mercati per altre imprese concorrenti a quella che detiene l'intangibile. Inoltre, la durata dei diritti che tutelano gli intangibili che hanno vita utile limitata possono rendere non comparabili due intangibili che per il resto hanno caratteristiche equivalenti. Si pensi a due brevetti uno con scadenza ravvicinata, mentre l'altro con scadenza dopo dieci anni: in tale situazione, infatti, l'aspettativa di guadagni futuri derivanti dallo sfruttamento dell'intangibile muta da un'impresa all'altra a seconda della durata della tutela legale<sup>473</sup>. Va notato che, oltre considerare l'estensione e la durata della protezione legale, sarebbe altresì opportuno valutare la capacità delle parti di escludere gli altri dall'uso dell'intangibile, che certamente può variare di caso in caso<sup>474</sup>.

Ancora, non si deve ignorare l'ambito geografico. In tal caso rileva il fatto che una concessione globale dei diritti sugli intangibili in genere ha maggior valore rispetto a una concessione riferita a un ambito territoriale ristretto, in particolare se si considera la natura del bene immateriale e dei mercati di riferimento<sup>475</sup>.

Grande rilevanza assume la vita utile degli intangibili. Ci sono beni immateriali che hanno una limitata vita utile, in considerazione di diversi elementi: in primo luogo, potrebbe trattarsi della durata e delle peculiarità della protezione legale come nel caso dei brevetti o dei diritti d'autore; poi, la vita utile può essere condizionata dal sopravvenire di nuovi intangibili e dunque dal livello di obsolescenza tecnica che presenta un dato intangibile. Occorre anche considerare, nell'analisi di comparabilità, che per certi intangibili è possibile una proroga della vita utile. È dunque ragionevole valutare i prezzi di trasferimento in base alla vita utile attesa di un *intangibile*, così se questa sarà

---

<sup>472</sup> TP Guidelines, Par.6.118.

<sup>473</sup> TP Guidelines, Par.6.119.

<sup>474</sup> Questo aspetto verrà trattato, tuttavia, nell'ambito dei rischi da considerare nell'analisi di comparabilità. SILBERZTEIN C., BENNET M.C., LEMEIN G., *op. cit.*, pp.66-81.

<sup>475</sup> TP Guidelines, Par.6.120.

sufficientemente estesa il prezzo di trasferimento dello stesso dovrà essere superiore a quello di un bene comparabile con vita utile attesa inferiore<sup>476</sup>.

Un ulteriore fattore da considerare per una corretta analisi di comparabilità è la fase dello sviluppo in cui si trova l'intangibile. Tra imprese associate spesso può capitare, in particolare nel settore farmaceutico, che un determinato *intangibile* sia trasferito quando è alla fine della fase di sviluppo, in un momento in cui non è ancora dimostrato fino a che livello possa essere commercialmente utilizzato. È il caso di una formula chimica che viene brevettata e i brevetti trasferiti a un'impresa associata, la quale dovrà, attraverso un'ultima fase di ricerca e sviluppo, garantire che tale formula sia efficace nell'ambito della cura di patologie mediche. In situazioni come queste, l'OCSE sottolinea che è importante comprendere con quale probabilità i futuri sviluppi porteranno a una commercializzazione redditizia<sup>477</sup>.

Importanti fattori di comparabilità sono poi i diritti sui miglioramenti, le revisioni e gli aggiornamenti. In questo caso i fattori da considerare sono essenzialmente due. Anzitutto, occorre considerare che talvolta si acquistano beni immateriali che possono diventare col tempo obsoleti e hanno bisogno di aggiornamenti, miglioramenti o revisioni; se questi elementi aggiuntivi sono inclusi nel trasferimento dell'intangibile, il prezzo di trasferimento dovrà essere considerato più elevato rispetto a quello in cui i trasferimenti non prevedono anche i suddetti elementi, in quanto così è garantito un vantaggio a lungo termine che deriva dall'intangibile. Il secondo fattore da considerare riguarda la possibilità di acquistare, da parte del cessionario degli intangibili, anche il diritto di utilizzare gli stessi per attività di ricerca e sviluppo di nuovi beni immateriali, poiché in tal caso il valore che quegli intangibili potrebbero apportare al cessionario sarebbe certamente superiore rispetto allo stesso trasferimento non comprendente però il diritto di utilizzarli per attività di ricerca e sviluppo<sup>478</sup>.

Da ultimo, è sempre fondamentale tenere in considerazione l'aspettativa di benefici futuri. In realtà questo è il perno dell'analisi di comparabilità da fare quando si analizzano transazioni che hanno ad oggetto gli intangibili, in quanto tutti i precedenti fattori di comparabilità sono rilevanti in quanto modificano l'aspettativa di benefici futuri. In particolare, saranno difficilmente comparabili due intangibili che presentano una diversa

---

<sup>476</sup> TP Guidelines, Par.6.121-6.122.

<sup>477</sup> TP Guidelines, Par.6.123-6.124.

<sup>478</sup> TP Guidelines, Par.6.125-6.126.

aspettativa di benefici futuri derivanti dallo sfruttamento degli stessi, in assenza di appropriati aggiustamenti di comparabilità<sup>479</sup>.

Evidentemente, questa ampia caratterizzazione acquista importanza quando le imprese sono alla ricerca di dati comparabili pertinenti per valutare i prezzi delle transazioni infragruppo e documentare il rispetto dell'*arm's length principle* nelle transazioni che coinvolgono i loro intangibili<sup>480</sup>.

### 5.3. Considerazione dei rischi al fine di valutare i trasferimenti e i beni paragonabili ed eventuali aggiustamenti di comparabilità.

Nell'analisi di comparabilità avente ad oggetto il trasferimento di beni immateriali o di diritti sugli stessi, oltre all'individuazione delle caratteristiche viste poc'anzi quali fattori di comparabilità, sarà altresì necessario tenere in considerazione i rischi relativi all'opportunità di conseguire vantaggi economici dallo sfruttamento degli intangibili in esame e confrontarli con quelli esistenti nelle transazioni simili tra parti indipendenti<sup>481</sup>.

I principali rischi da tenere in considerazione sono, in primo luogo, quelli legati al futuro sviluppo degli intangibili. Per dare il giusto peso a tale tipologia di rischi, occorre valutare se gli intangibili si riferiscano o possano riferirsi in futuro a prodotti redditizi sotto un profilo commerciale. Inoltre, occorrerà valutare il costo previsto per un futuro sviluppo e per le attività di *testing*<sup>482</sup>, nonché sulle rispettive possibilità di successo. L'analisi di questa categoria di rischi sarà della massima importanza quando si ha a che fare con intangibili non ancora pienamente sviluppati.

In secondo luogo, rilevano i rischi legati all'obsolescenza del prodotto e alla svalutazione del valore degli intangibili. È noto che l'obsolescenza del prodotto e la svalutazione del valore degli intangibili possono essere causati dall'introduzione sul mercato di una nuova

---

<sup>479</sup> TP Guidelines, Par.6.127.

<sup>480</sup> Cfr. HENSHALL J., *Global Transfer Pricing: Principles and Practice*, 2nd ed., Bloomsbury Professional Ltd., 2013, sez.6.91-6.95, pp.100 ss.

<sup>481</sup> TP Guidelines, Par.6.128; Cfr. RIEDL A., SCHWINGER K., *How to deal with risks in the context of two-sided IP valuations after BEPS?*, in *International Transfer Pricing Journal*, September 2018.

<sup>482</sup> Si tratta di un termine che indica un procedimento utilizzato per verificare le carenze di correttezza, completezza affidabilità di un *intangible* in corso di sviluppo. La tipica attività di *testing* relativa a un *software* è il c.d. collaudo del *software* e fa parte delle procedure per assicurarne la qualità.

tecnologia, quindi l'analisi dei rischi dovrà vertere sulla probabilità che in futuro una tale tecnologia venga immessa sul mercato attraverso specifici prodotti o servizi.

Sono inoltre da identificare i rischi legati alla violazione dei diritti sugli intangibili. In particolare, questi tipi di rischi comportano una doppia valutazione: da un lato, bisogna valutare la probabilità che altri rivendichino il diritto esclusivo sull'utilizzo di un intangibile sul quale è basato un certo prodotto e in tal caso bisogna prevedere i possibili costi giudiziali di un contenzioso; d'altro canto, bisogna anche valutare la possibilità che ha il titolare dei diritti sugli intangibili trasferiti di impedire ad altri di violarli.

Infine, si devono considerare i rischi relativi al prodotto che è frutto del futuro utilizzo degli intangibili. Bisogna infatti considerare le probabilità che la commercializzazione del prodotto frutto dello sfruttamento degli intangibili possa creare problemi tali da rendere dovuto un risarcimento da parte dell'impresa che lo produce, che si traduce in costi aggiuntivi futuri.

Come abbiamo visto in precedenza, quando tra le transazioni comparabili sussistono delle differenze in ordine ai fattori di comparabilità, ai rischi o ad altri elementi, è possibile ricorrere ad aggiustamenti prodromici all'applicazione dei metodi per ricavare il prezzo di trasferimento (*comparability adjustments*)<sup>483</sup>.

Tuttavia, nel caso degli intangibili possono sussistere differenze che hanno un significativo impatto economico, ragione per la quale non sarà agevole ricorrere agli aggiustamenti di comparabilità in modo affidabile. Ciò accade in particolare quando gli importi che devono essere aggiustati corrispondono a un'ampia parte della remunerazione dell'*intangibile*. In situazioni del genere, non sarà possibile considerare due intangibili sufficientemente comparabili in quanto in quanto l'analisi sui prezzi di trasferimento perderebbe di affidabilità. Quando ciò accade, è necessario cercare un metodo indipendente dalla presenza di transazioni comparabili, in applicazione della *best method rule*<sup>484</sup>.

---

<sup>483</sup> Si ricordi che, oltre che nel caso di differenti rischi incidenti sul futuro guadagno derivante dall'intangibile tra le transazioni da comparare, gli aggiustamenti di comparabilità serviranno per eliminare tutte quelle differenze che hanno effetto sui prezzi di libera concorrenza, come ad esempio differenze nei mercati di riferimento, vantaggi locali, strategie aziendali, forza lavoro aggregata, sinergie aziendali e altri fattori simili. SILBERZTEIN C., BENNET M.C., LEMEIN G., *op. cit.*, pp.66-81.

<sup>484</sup> TP Guidelines, Par.6.129.

#### 5.4. I metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento più adatti secondo l'OCSE.

Tenendo presente che i metodi di *transfer pricing* analizzati in precedenza sono utilizzabili anche per le transazioni che riguardano gli intangibili o diritti sugli stessi, l'OCSE fa tuttavia alcune precisazioni. Nel selezionare il metodo appropriato in relazione alle transazioni in esame bisognerà tenere in particolare considerazione<sup>485</sup>:

- a) la natura degli intangibili rilevanti;
- b) la difficoltà nell'identificare transazioni comparabili tra parti indipendenti, necessarie per l'applicazione di certi metodi.

Conseguentemente, la scelta del *best method* dovrà inevitabilmente fondarsi su un'analisi funzionale atta a identificare quali sono i fattori che contribuiscono alla creazione del valore dell'intangibile in questione, quali ad esempio i rischi assunti dalle parti, le sinergie di gruppo o le caratteristiche del mercato di riferimento<sup>486</sup>.

Spesso, tuttavia, non riescono a trovarsi transazioni comparabili tra parti indipendenti quando l'oggetto delle stesse sono i beni immateriali o i diritti relativi a questi, o per mancanza di dati disponibili o, in particolare, quando gli intangibili hanno caratteristiche uniche o quando sono trasferiti solo tra parti indipendenti<sup>487</sup>.

In generale, i metodi unilaterali come il *resale price method* e il *transactional net margin method*, non sono considerati affidabili nella valutazione diretta del prezzo degli intangibili, anche se possono contribuire a una valutazione indiretta<sup>488</sup>. Inoltre, sono da evitare i metodi che si basano sui costi dello sviluppo degli intangibili come il *cost plus method*, in quanto tali costi difficilmente saranno collegati al futuro valore acquisito dagli intangibili successivamente allo sviluppo<sup>489</sup>; ciò nonostante, in alcune circostanze i

---

<sup>485</sup> TP Guidelines, Par.6.131.

<sup>486</sup> TP Guidelines, Par.6.133; Cfr. AVI-YONAH R.S., MUSSELLI A., *Amazon Goldcrest Project and the Relevance of Comparability Analysis under the Arm's Length Principle*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2019.

<sup>487</sup> TP Guidelines, Par.6.138.

<sup>488</sup> "In some circumstances such mechanisms can be utilized to indirectly value intangibles by determining values for some functions using those methods and deriving a residual value for intangibles". TP Guidelines, Par.6.141.

<sup>489</sup> TP Guidelines, Par.6.142.

metodi basati sui costi possono essere validi, cioè nel caso dello sviluppo di intangibili secondari e non unici né di valore, strumentali per le operazioni aziendali interne<sup>490</sup>.

Tra i metodi previsti dall'OCSE per determinare i prezzi di trasferimento, i più adatti sono dunque considerati il *comparable uncontrolled price method* (CUP) e il *transactional profit split method*<sup>491</sup>.

In particolare, il metodo CUP si rivela il migliore in presenza di transazioni comparabili disponibili. Nell'identificazione di queste ultime, vanno utilizzati i criteri specificati in relazione all'applicazione generale del metodo in questione, cioè bisognerà prestare particolare attenzione ai classici fattori di comparabilità e inoltre, quando si parla di intangibili, bisognerà considerare anche i fattori di comparabilità aggiuntivi sopra esaminati che riguardano le caratteristiche uniche degli intangibili, nonché effettuare un adeguato confronto dei rischi rilevanti e apportare eventuali aggiustamenti di comparabilità necessari. È evidente che, essendo così numerose le caratteristiche economicamente rilevanti che dovranno coincidere o assomigliarsi (in caso di *comparability adjustments*) tra le transazioni da comparare e tra gli intangibili ad esse relativi, sarà decisamente complicato trovare comparabili necessari<sup>492</sup>.

L'esito del confronto tra la transazione oggetto di analisi e quelle prese come riferimento, potrebbe far emergere che: non vi sono differenze tra le transazioni, anche se è l'ipotesi meno frequente; vi sono differenze poco significative con scarso impatto sul prezzo di trasferimento; vi sono differenze significative il cui impatto, però, può essere affidabilmente isolato; vi sono differenze significative il cui impatto sul prezzo di trasferimento non può essere isolato in modo affidabile<sup>493</sup>.

Dalle valutazioni che sono state fatte, è evidente che il metodo CUP, seppur preferibile, sarà molte poche volte possibile da utilizzare; di conseguenza, il metodo della ripartizione degli utili sarà nella maggior parte dei casi il più appropriato quando le transazioni hanno ad oggetto intangibili o diritti relativi ad essi<sup>494</sup>.

---

<sup>490</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.51.

<sup>491</sup> TP Guidelines, Par.6.145.

<sup>492</sup> TP Guidelines, Par.6.146.

<sup>493</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.54.

<sup>494</sup> Vale comunque la pena di precisare che, non essendo possibile prestabilire un metodo a priori valido per ogni tipo di transazione, potrebbe essere poco ragionevole fornire delle raccomandazioni preventive in favore o contrarie a certi metodi valutazione. Il metodo da utilizzare dipenderà infatti dal tipo di intangibile che è soggetto a valutazione, dalle informazioni e i dati disponibili ad esso riferibili, nonché

In particolare, nell'utilizzo del metodo del *profit split* sarà necessaria un'analisi funzionale che tenga conto delle funzioni esercitate, dei rischi assunti e delle risorse utilizzate dalle parti della transazione, relativamente alle funzioni DEMPE. L'approccio da utilizzare sembra dover essere quello della ripartizione del profitto residuo, in quanto i risultati ottenuti da una società sono determinati in parte dal contributo apportato dalle funzioni di routine e in parte dal contributo unico apportato dagli *intangible assets*. Per determinare il contributo economico di un intangibile ai risultati ottenuti da una società sarà fondamentale<sup>495</sup>:

- l'identificazione del bene immateriale che fornisce un contributo unico all'impresa;
- la classificazione delle funzioni di routine svolte dall'impresa in questione. A tal fine sarà di particolare utilità una comprensione del modello aziendale dell'impresa, l'identificazione delle interazioni tra intangibili e funzioni di routine e, da ultimo, l'identificazione dei fattori che contribuiscono alla creazione di valore aggiunto al reddito d'impresa;
- compensare le funzioni di routine secondo un prezzo di libera concorrenza; e
- allocare il valore residuo, in termini di differenza tra il risultato operativo dell'impresa/contribuente e la remunerazione delle funzioni routinarie. Sarà questo il valore unico apportato da un determinato *intangible asset*.

Quando gli intangibili trasferiti sono sviluppati parzialmente, è opportuno stimare i contributi che saranno apportati dalle parti al valore degli intangibili negli anni successivi al trasferimento, valutazione che implica una serie di fattori rilevanti da considerare e che possono rendere le previsioni di reddito alquanto astratte<sup>496</sup>.

Proprio per questo motivo, in certi casi l'OCSE suggerisce l'utilizzo di tecniche di valutazione contabili, che devono affiancare i metodi riconducibili al criterio del reddito, e che sostanzialmente forniscono una valutazione del valore di un intangibile attraverso

---

dall'accettazione nelle pratiche commerciali comuni e nelle sedi giudiziarie del metodo utilizzato. LAGARDEN M., *op. cit.*, p.341.

<sup>495</sup> ZUCCHETTI S., PALLOTTA A., LANFRANCHI O., *Assessment methods for intangible assets: unwrapping the Italian patent box to better grasp what is inside and how much it is worth*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2016.

<sup>496</sup> TP Guidelines, Par.6.150-6.151; Cfr. MILEWSKA M., HURTADO DE MENDOZA M., *The Increasing Importance of Intangible Assets and the Rise of Profit Split Methods*, in *International Transfer Pricing Journal*, March/April 2010.

la stima dei flussi di cassa futuri che lo stesso può generare nel lasso di vita residua, scontando questi ultimi al valore attuale<sup>497</sup>.

Le Linee guida non specificano quali debbano essere questi “*other methods*”, anche se quando vengano utilizzati il contribuente dovrà darne giustificazione, spiegando le motivazioni che l’hanno portato a ritenere inaffidabili i cinque metodi raccomandati<sup>498</sup>.

Nell’applicazione delle tecniche di valutazione aggiuntive, comunque, bisognerà focalizzare una particolare attenzione su una serie di aspetti<sup>499</sup>, quali le previsioni, i tassi di crescita, i tassi di sconto, la vita utile dell’intangibile e le variabili fiscali.

In particolare, secondo l’OCSE le previsioni più affidabili sono quelle che sono formulate per esigenze gestionali (ad es. per scelte di investimento) che coprono un periodo di tempo non eccessivamente esteso e che si riferiscono a prodotti o servizi che sono già in commercio.

Per quanto attiene ai tassi di crescita, si deve considerare che spesso i futuri flussi di cassa vengono individuati fondandosi sui flussi di cassa correnti, sulla base di un tasso di crescita. A tal proposito si sottolinea che è atipico che i ricavi relativi a un prodotto crescano costantemente per un periodo di tempo molto prolungato. Inoltre, il tasso di crescita in prospettiva viene stabilito tenendo conto dell’esperienza maturata dall’impresa e dai concorrenti relativamente a prodotti o servizi simili a quelli oggetto della transazione.

Anche i tassi di sconto possono influenzare le tecniche di valutazione aggiuntive. Si tratta nello specifico di tassi di attualizzazione, utilizzati per convertire i flussi di cassa attesi in un valore corrente. Il tasso di sconto deve essere quantificato, tenendo conto della distribuzione temporale dei flussi attesi e del loro grado di incertezza.

Un ulteriore aspetto da considerare è la vita utile dell’intangibile. Invero, la vita utile dell’intangibile è un elemento essenziale nella stima dei flussi di cassa attesi. La vita utile, come già si è accennato, dipende da vari aspetti quali, in particolare, la natura e la durata delle possibili registrazioni legali e dall’evoluzione tecnologica che permea un dato

---

<sup>497</sup> TP Guidelines, Par.6.157; Cfr. BÄESCH S.E., ERB C., *Using economic valuation techniques for transfer pricing purposes: recent developments for the valuation of brands*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2018; DZIWINSKI K., *Transfer Pricing and Intangibles: Report on the WU Transfer Pricing Symposium*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2019.

<sup>498</sup> Cfr. ZUCCHETTI S., PALLOTTA A., LANFRANCHI O., *op. cit.*

<sup>499</sup> GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, pp.65-67; Cfr. LAGARDEN M., *op. cit.*, p.340; TP Guidelines, Par.6.163-6.178.

settore industriale. Può accadere, tuttavia, che per certi intangibili la vita utile non termini allo scadere delle protezioni legali o quando diventano obsoleti, in quanto possono essere utilizzati dalle imprese nell'attività di sviluppo per generarne altri cui saranno associati nuovi prodotti o servizi.

Da ultimo, non si potranno ignorare le variabili fiscali. Nel corso delle valutazioni, infatti, non si può fare a meno di considerare il peso delle imposte stimate sui flussi di cassa attesi, le quote di ammortamento fiscale di cui l'acquirente dell'intangibile può beneficiare e, infine, le imposte che graveranno sul cedente in seguito al trasferimento.

#### *5.5. Beni immateriali per i quali la valutazione è altamente incerta al momento della transazione.*

Nonostante le tecniche e i metodi di *pricing* che si possono utilizzare per determinare il prezzo di trasferimento degli intangibili, è possibile che al momento della transazione il loro valore sia altamente incerto. In questi casi, l'OCSE raccomanda di far riferimento a quale sarebbe il comportamento adottato da parti indipendenti in situazioni comparabili al fine di tenere conto, nel prezzo di scambio, dell'alta incertezza sul valore attuale dell'intangibile<sup>500</sup>.

A seconda delle situazioni, infatti, le imprese indipendenti possono usare diversi meccanismi per far fronte alla grande incertezza sulla valutazione.

In primo luogo, si può far riferimento ai benefici attesi prendendo in considerazione i futuri sviluppi prevedibili e predeterminabili; tuttavia, non sempre queste proiezioni possono rivelarsi sufficientemente affidabili per fissare il prezzo della transazione. Quando non si può pervenire a una previsione affidabile sui benefici futuri, le imprese in genere possono accordarsi per dei pagamenti periodici che siano rapportati, riguardo al loro ammontare, al conseguimento di determinati risultati finanziari o al raggiungimento di un grado di sviluppo dell'intangibile prefissato (si possono avere in tal caso, ad es., tassi di *royalty* crescenti)<sup>501</sup>.

In altri casi, parti indipendenti possono predeterminare un prezzo di trasferimento o di pagamenti periodici ma si verificano degli sviluppi imprevisti che modificano le

---

<sup>500</sup> TP Guidelines, Par.6.181.

<sup>501</sup> TP Guidelines, Par.6.182-183.

assunzioni sulle quali erano stati predeterminati i pagamenti e, in tal caso, le parti potranno rinegoziare i precedenti accordi al fine di tenere in considerazione le nuove circostanze<sup>502</sup>.

Le amministrazioni finanziarie e i contribuenti, quindi, quando si trovano dinanzi a beni immateriali dal valore incerto al momento della transazione, dovrebbero tenere di tutte le circostanze economicamente rilevanti della transazione per poi verificare quali meccanismi avrebbero adottato, in transazioni comparabili, parti indipendenti.

#### 5.6. “Hard-to-value intangible” e problemi connessi alla determinazione del loro prezzo.

La questione della valutazione dei c.d. *hard-to-value intangibles* è stata oggetto di ampio dibattito successivamente alla pubblicazione del Progetto BEPS, che all’azione 8 raccomanda di trovare regole speciali per valutare questa tipologia di intangibili.

Per trattare l’argomento, occorre partire dal presupposto che in alcune transazioni aventi ad oggetto beni immateriali, oltre all’impossibilità di trovare comparabili, possono esistere forti incertezze in merito a quali sviluppi o eventi vadano considerati come appropriati per identificare i flussi di cassa attesi e, se individuabili, il loro verificarsi e il loro evolversi non è ragionevolmente prevedibile al momento della stipulazione della transazione<sup>503</sup>.

Per valutare i possibili sviluppi e gli eventi che andranno a incidere sul valore degli intangibili è fondamentale una dettagliata conoscenza della realtà aziendale di riferimento. Ora, tra parti indipendenti, una valutazione del genere è fatta con prudenza; tra parti associate, invece, non vi sarà sempre una reale necessità di adoperare una certa cautela e i contribuenti potrebbero sostenere che il prezzo di libera concorrenza per gli intangibili trasferiti è relativamente basso. Tuttavia, spesso gli intangibili trasferiti vengono sviluppati con successo e possono portare alla creazione di prodotti di grande successo, ottenendo come risultato che il reddito da questi generato rifletta uno straordinario guadagno rispetto all’investimento del cessionario degli intangibili, a

---

<sup>502</sup> TP Guidelines, Par.6.184.

<sup>503</sup> TP Guidelines, Par.6.186, 6.189; Cfr. AVOLIO D., DE ANGELIS E., *op. cit.*

maggior ragione nei casi in cui il contributo del cessionario apportato al processo di sviluppo e commercializzazione sia poco considerevole<sup>504</sup>.

Al tempo stesso, l'amministrazione finanziaria che volesse rettificare i prezzi di trasferimento nel caso in cui il valore degli intangibili stabilito *ex ante* e quello rilevato *ex post* siano ampiamente differenti, dovrebbe sottostare alle informazioni fornitegli dal contribuente stesso, non potendo verificare personalmente, nel caso di *hard-to-value intangibles* in cui c'è una grande asimmetria informativa tra imprese e amministrazioni fiscali, a cosa sia dovuta la differenza del valore rilevato e quindi non potrà avere la certezza che sia stato violato il principio di libera concorrenza<sup>505</sup>.

A tal proposito si supponga il seguente scenario. Alfa, che risiede in una giurisdizione ad alta fiscalità, ha sviluppato un *software* unico che è una novità nel mercato. Sulla base di ipotesi oggettive note solo ad Alfa, questa prevede che le entrate potenziali attribuibili al *software* possano variare da 50 a 100 milioni di dollari. A questo punto, Alfa concede una licenza esclusiva per utilizzare, copiare, modificare e distribuire il *software* alla sua impresa associata Beta, residente in una giurisdizione a bassa fiscalità. Tale licenza è concessa per dieci anni in cambio un pagamento forfettario di 1 milione di dollari, che secondo Alfa, in base alla documentazione sui prezzi di trasferimento, è il prezzo di libera concorrenza.

In tale situazione, potrebbe essere difficile, se non impossibile, per l'amministrazione fiscale verificare in modo affidabile *ex ante* il prezzo di trasferimento del *software* fissato da Alfa. Si supponga inoltre che, entro diversi anni, Beta distribuisca *software* ai clienti per circa 100 milioni di dollari. In seguito, Alfa potrà affermare, nella propria documentazione, che il successo del software era imprevedibile e che il prodotto ha attratto un livello di domanda notevolmente più elevato di quanto si potesse ragionevolmente prevedere al momento della concessione della licenza a Beta. In una situazione del genere, il *software* in questione è un chiaro esempio di *hard-to-value intangible* poiché, in primo luogo, non esistono comparabili affidabili sul mercato in quanto il *software* è una novità sul mercato, inoltre, per la medesima ragione, le proiezioni del reddito atteso sono altamente incerto al momento della concessione della licenza<sup>506</sup>.

---

<sup>504</sup> ANDRUS J., COLLIER R., *op. cit.*, p.216.

<sup>505</sup> TP Guidelines, Par.6.186; GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, pp.68-69.

<sup>506</sup> FEDUSIV O., *Transactions with hard-to-value intangibles: is BEPS Action 8 based on the arm's length principle?*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2016.

Proprio per tali motivazioni, l'OCSE ha voluto garantire che le amministrazioni fiscali non fossero svantaggiate dall'asimmetria informativa e, in via eccezionale, quando si tratta di *hard-to-value intangibles*, è previsto che l'amministrazione finanziaria, se necessario, può tenere in considerazione il valore post-trasferimento degli intangibili e, se sussistono differenze tra il valore *ex post* e le previsioni fatte *ex ante* su quel valore che non sono riconducibili a eventi o sviluppi imprevedibili al momento della transazione, potrà rettificare il prezzo della transazione adducendo che non sono stati valutati correttamente i futuri sviluppi che avrebbero condizionato il valore degli intangibili e che erano invece di possibile valutazione<sup>507</sup>.

È quindi evidente che l'unico rimedio concesso alle amministrazioni finanziarie per identificare il corretto prezzo al momento della transazione è identificato in una prova presuntiva e, per tale ragione, ci sono professionisti del settore che hanno evidenziato alcune anomalie in relazione al rispetto dell'*arm's length principle*<sup>508</sup>.

In primo luogo, è stato osservato che le proiezioni *ex ante* sono frutto di grandi incertezze sia per le imprese indipendenti che per le imprese associate e che, in quasi tutti i casi concreti, le proiezioni attese saranno anche significativamente diverse dai risultati concretamente ottenuti<sup>509</sup>.

È stato poi sottolineato che le parti indipendenti coinvolte in transazioni relative agli *hard-to-value intangibles* difficilmente avrebbero la possibilità di rivisitare il prezzo di una transazione antecedente attraverso la considerazione del valore degli intangibili *ex post*, da un lato perché non converrebbe alla parte che ne ha tratto guadagno, ma d'altro canto anche l'altra parte della transazione potrebbe evitare di chiedere una rinegoziazione per non compromettere eventuali rapporti commerciali futuri<sup>510</sup>.

Infine, occorre considerare che è difficile immaginare come le parti indipendenti che scambiano *hard-to-value intangibles* possano essere consapevoli dei risultati *ex post* nel momento in cui viene effettuata una determinata transazione, poiché nel concetto di *hard-to-value intangible* è implicito che le parti non siano sicure circa i risultati potenziali. Tanto è vero che le parti indipendenti si basano sulle proprie proiezioni e la transazione

---

<sup>507</sup> TP Guidelines, Par.6.187.

<sup>508</sup> ANDRUS J., COLLIER R., *op. cit.*, p.216.

<sup>509</sup> OECD (2015), *Comments Received on Public Discussion Draft – BEPS Action 8: Hard-to-Value Intangibles*, OECD Publishing.

<sup>510</sup> OECD (2015), *Comments Received on Public Discussion Draft – BEPS Action 8: Hard-to-Value Intangibles*, OECD Publishing.

avverrà al termine di una trattativa durante la quale è stato raggiunto un consenso circa tali proiezioni<sup>511</sup>. Se due imprese indipendenti, quando si accordano sul prezzo di trasferimento di *hard-to-value intangibles*, si basano sulle loro proiezioni al momento dello scambio, c'è da chiedersi come possa essere coerente con il principio di libera concorrenza una valutazione *ex post*, cioè fondata sui risultati effettivamente conseguiti tramite gli intangibili in un momento successivo alla transazione<sup>512</sup>.

Ci sono tuttavia dei casi in cui l'approccio predetto da parte delle amministrazioni fiscali non viene applicato, ossia al sussistere di una delle quattro specifiche cause di esclusione previste dall'OCSE<sup>513</sup>

In primo luogo, la valutazione *ex post* sarà esclusa se e il contribuente fornisce all'autorità fiscale:

- a. le informazioni relative alle previsioni fatte *ex ante* e ai rischi presi in considerazione al momento della determinazione del prezzo di trasferimento, nonché argomentazioni a supporto delle previsioni su rischi ed eventi;
- b. la documentazione dimostrativa del fatto che le differenze tra le proiezioni fatte *ex ante* e la redditività effettiva degli intangibili sono dovute o a sviluppi ed eventi sopravvenuti e imprevedibili al momento della transazione; ovvero alla errata previsione riguardo la probabilità dei risultati verificatesi, a patto che non siano eccessivamente sovrastimati né sottostimati;

In secondo luogo, si avrà l'esclusione dall'approccio tipico se il trasferimento degli *hard-to-value intangibles* è regolato da un c.d. *advance pricing arrangements* in vigore tra il Paese del cedente e quello del cessionario al momento della transazione;

Ancora, le regole speciali previste per gli *hard-to-value intangibles* non saranno applicate se le differenze tra le proiezioni *ex ante* e i risultati *ex post* non comportino una rettifica del del prezzo di trasferimento pattuito al momento della transazione in misura superiore al 20%;

---

<sup>511</sup> FEDUSIV O., *op. cit.*

<sup>512</sup> BULLEN A., *Arm's Length Transaction Structures: Recognizing and Restructuring Controlled Transactions in Transfer Pricing*, IBFD Doctoral Series, 2011, p.309; Cfr. Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4th edition, vol. 1, 639 (E. Reimer & A. Rust eds., Wolters Kluwer 2015).

<sup>513</sup> TP Guidelines, Par.6.193; Cfr. GUATRI G., VILLANI M., *op. cit.*, p.69.

Infine, integra una causa di esclusione il decorso di almeno cinque anni da quando l'impresa ha iniziato a sfruttare l'intangibile oggetto della transazione e a ricavarne dei guadagni, se durante tale periodo ogni differenza tra le proiezioni *ex ante* e i risultati effettivi conseguiti dallo sfruttamento dell'intangibile non sia stata superiore al 20% delle proiezioni antecedenti alla transazione.

In sostanza, l'approccio utilizzato, da una parte ha voluto tutelare le amministrazioni fiscali dagli effetti negativi delle asimmetrie informative, dall'altra ha voluto dare la possibilità ai contribuenti di confutare le presunzioni a loro carico attraverso dei meccanismi di controprova. Questo, tuttavia, comporterà maggiori oneri per i contribuenti interessati a difendersi che, ad esempio, dovranno garantire che le proiezioni *ex ante* erano corrette attraverso un'adeguata documentazione, dovranno dimostrare che le deviazioni dalle aspettative sono dovute da eventi e sviluppi imprevedibili, ovvero dovranno richiedere *advance pricing arrangements* per limitare l'incertezza<sup>514</sup>.

---

<sup>514</sup> Cfr. HAGELIN J., *Ex post facto consideration in transfer pricing of hard-to-value intangibles: practical and methodical issues with the HTVI approach*, in *International Transfer Pricing Journal*, October 2018.

## CONCLUSIONI

Nel quadro internazionale è fondamentale constatare quanto il ruolo della concorrenza fiscale dannosa sia stato determinante per i fenomeni di BEPS e che senza una disparità fiscale così ampia tra i diversi Paesi, persino all'interno dell'Unione Europea, molti schemi di pianificazione fiscale aggressiva che sono stati responsabili di grandi risparmi fiscali per le multinazionali non sarebbero stati possibili.

Risulta quindi fondamentale implementare il disposto dell'Azione 5 del Rapporto BEPS, attraverso la quale vuole essere assicurata una maggiore trasparenza e che ha sottolineato l'urgenza di allineare maggiormente la tassazione del reddito con l'attività economica che genera tale reddito, essendo richieste attività sostanziali in un determinato territorio per usufruire di qualsiasi regime preferenziale.

Nello sfruttamento dei regimi di concorrenza fiscale dannosa, assume particolare rilevanza la manipolazione dei prezzi di trasferimento, cioè il *transfer pricing*. Tale pratica consiste nello spostare i profitti da giurisdizioni ad alta tassazione verso giurisdizioni a bassa tassazione, spesso paradisi fiscali. Per questo motivo è stato opportuno introdurre l'*arm's length principle* sin dagli anni '30 del secolo scorso fino ad arrivare all'art.9 del Modello OCSE che disciplina attualmente il principio di libera concorrenza.

In primo luogo, ci si domanda cosa debba intendersi esattamente per imprese associate. Si deve fin da subito notare che, affinché avvengano le rettifiche stabilite dai paragrafi 1 e 2 dell'art.9, le imprese coinvolte nella transazione devono essere imprese associate. Il problema è che sia il Paese che pone in essere la prima rettifica sia quello che effettua l'aggiustamento secondario per evitare la doppia imposizione economica dovrebbero applicare la medesima definizione di imprese associate, altrimenti sarebbe alto il rischio di doppia imposizione. L'OCSE in proposito non fornisce peraltro indicazioni ulteriori su cosa debba intendersi per imprese associate. Tuttavia, dal disposto dell'art.9, si nota anzitutto che la nozione rilevante per identificare le imprese associate debba essere quella di "controllo", che sia un'impresa a controllare l'altra ovvero che siano entrambe sotto il controllo della medesima capogruppo. In proposito, si osserva che un controllo *de facto*, cioè quel controllo determinato da una forte influenza contrattuale di un'impresa su un'altra, debba essere escluso dalla nozione in esame in ragione di un'interpretazione storica della disposizione sul *transfer pricing*, la quale sin dalle origini si è riferita a una

nozione di controllo di tipo societario. Questa prima scrematura, tuttavia, non elimina i dubbi in merito alla nozione di imprese associate, poiché, se è vero che questa si fonda sul controllo societario, diversi Paesi possono avere distinte concezioni di controllo societario e pertanto si ritiene opportuno che l'OCSE dia un'ulteriore specificazione, magari nel Commentario dedicato al Modello di convenzione, dei parametri necessari affinché vi sia il controllo di un'impresa su un'altra o affinché siano entrambe sotto controllo comune, così da chiarire definitivamente cosa debba intendersi per imprese associate ai fini convenzionali.

Il principio di libera concorrenza può creare inoltre dubbi circa la sua *ratio* ispiratrice, in particolare con riguardo al suo carattere antielusivo. A tal proposito, si deve in primo luogo sottolineare che i prezzi di libera concorrenza possono essere manipolati anche per ragioni diverse da mere considerazioni di carattere fiscale e di conseguenza non sempre una manipolazione dei prezzi è deputata a far conseguire risparmi d'imposta alle parti che la pongono in essere. Inoltre, si noti che la stessa OCSE afferma sin dalle Linee guida del 1979 che la necessità di adeguare il prezzo delle transazioni tra imprese associate a un prezzo di libera concorrenza sorge a prescindere dall'obbligo contrattuale assunto dalle parti di pagare un prezzo particolare, o da qualsiasi intenzione delle parti di ridurre il carico fiscale. Sembra quindi potersi affermare che la ragione principale per cui sorge l'*arm's length principle* non è antielusiva e la sua natura non sia da considerarsi antielusiva, bensì la sua *ratio* ispiratrice è quella di ottenere la giusta allocazione tra gli Stati dei redditi generati da transazioni interne ad un gruppo multinazionale, finalizzata ad evitare una disparità di posizione concorrenziale tra imprese associate e indipendenti, con l'ulteriore conseguenza di promuovere il commercio e gli investimenti internazionali. Inoltre, se si trattasse di un principio con finalità esclusivamente antielusive non avrebbe senso di esistere il paragrafo 2 dell'art.9 del Modello OCSE, il quale si occupa di evitare la doppia imposizione economica.

Tuttavia, non può sottacersi che, anche se indirettamente, il principio di libera concorrenza svolge altresì un compito antielusivo in quanto tende a rendere inefficaci eventuali strategie di manipolazione dei prezzi di trasferimento attuate con lo scopo esclusivo di ridurre il carico fiscale. In questo senso, può concludersi che l'*arm's length principle* abbia una natura divisa a metà tra regola di allocazione dei profitti tra gli Stati in cui avviene una transazione e regola antielusiva che impedisce alle multinazionali di ottenere risparmi fiscali attraverso la manipolazione dei prezzi di trasferimento.

Per quanto le regole in materia di *transfer pricing* sono state da sempre efficaci per contrastare la manipolazione dei prezzi di trasferimento e allocare correttamente i redditi tra gli Stati, negli ultimi anni questa efficacia è stata messa a dura prova. Invero, da quando gli intangibili hanno iniziato a occupare un ruolo sempre più preponderante all'interno delle imprese e la maggior parte delle imprese ha incrementato gli investimenti sui beni immateriali, le multinazionali si sono arricchite a dismisura e gli Stati hanno sofferto una mancanza di prelievi fiscali dovuti a schemi di pianificazione fiscale aggressiva attuati attraverso il trasferimento degli intangibili che ha generato erosioni delle basi imponibili negli Stati ad alta fiscalità e trasferimenti dei profitti verso gli Stati a bassa fiscalità. Le caratteristiche proprie degli intangibili hanno reso agevole simili pianificazioni, che essenzialmente si fondavano sul fatto che le imprese del gruppo che detenevano la proprietà degli intangibili e che di conseguenza ricavano i profitti derivanti dalla vendita e più in generale dallo sfruttamento degli stessi erano localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata e, soprattutto, non erano le stesse società del gruppo che avevano sviluppato e apportato valore all'intangibile.

Dal momento che le vecchie regole in materia di *transfer pricing* non erano adatte a gestire il fenomeno, l'OCSE, in seguito al Progetto BEPS, ha ritenuto opportuno togliere l'attenzione sulle condizioni contrattuali e sulle registrazioni legali al fine di stabilire lo Stato presso cui allocare i profitti, per spostarla sul luogo dove il valore viene creato, perseguendo così un principio di *substance over form*.

Innanzitutto, merita rilevare che nel Progetto BEPS vengono perseguiti due concetti come se fossero equivalenti, vale a dire quello di tassare in linea con l'attività economica che genera il reddito e quello di tassare in linea con la creazione del valore. Per quanto i due concetti possano apparire a primo impatto coincidenti, tuttavia, l'ammontare del valore creato non è necessariamente proporzionale all'intensità dell'attività economica. Pertanto, sarebbe sicuramente una scelta ragionevole quella dell'OCSE di chiarire cosa debba intendersi con l'uno e con l'altro termine, se possano essere considerati coincidenti e in tal caso a cosa debbano riferirsi.

Ad ogni modo, per quanto riguarda le Azioni 8-10 viene fatto riferimento specifico alla creazione del valore. In particolare, in base alle nuove Linee guida sui prezzi di trasferimento il valore degli intangibili viene creato nelle giurisdizioni in cui le imprese del gruppo svolgono le funzioni, utilizzano le risorse e assumono i rischi in relazione alle c.d. funzioni DEMPE, ossia allo sviluppo, al miglioramento, al mantenimento, alla protezione e allo sfruttamento dei beni immateriali. Per individuare i luoghi in cui

vengono svolte tali funzioni si deve ricorrere a un'analisi funzionale anche detta *DEMPE analysis*, attraverso un'accorta analisi delle catene del valore dei gruppi.

A tal proposito, una delle questioni più controverse e attuali in relazione alla creazione del valore riguarda la sua compatibilità con l'*arm's length principle*. Bisogna infatti ribadire che l'OCSE, pur adottando dei nuovi criteri di allocazione degli intangibili, non intende rinunciare al *separate entity approach* e di conseguenza all'*arm's length principle*.

Un approccio come quello fondato sulla c.d. *DEMPE analysis* improntato alla ricerca del territorio ove il valore viene creato, tuttavia, desta perplessità per quanto riguarda la compatibilità con l'*arm's length principle*. Difatti, adoperando la creazione del valore come criterio di allocazione, la preoccupazione principale dell'OCSE non è più quella di valutare come le parti indipendenti si sarebbero comportate in una data transazione, ma l'attenzione si concentra su come è strutturata la multinazionale nel suo complesso. Peraltro, la creazione di valore sembra negare il presupposto su cui si fonda il principio di libera concorrenza medesimo. Nelle multinazionali, infatti, le attività economiche si svolgono in più di una giurisdizione ed è quindi difficile stabilire quanto valore sia creato in un Paese rispetto all'altro poiché ogni singola entità del gruppo collabora in parte alla creazione del valore.

Si può quindi concludere che il concetto della creazione del valore si scontra con l'approccio alla base del principio della libera concorrenza, quale quello del "*separate entity accounting*", fondato sulla finizione giuridica che considera le imprese di un gruppo multinazionale come indipendenti. Ciò è confermato dal fatto che l'approccio basato sulla creazione del valore richiede un'analisi della diversa distribuzione all'interno del gruppo delle funzioni, rischi e beni, che presuppone la considerazione delle catene del valore dei gruppi altamente integrate tra di loro e non separate, richiedendo pertanto un'analisi globale delle catene del valore dei gruppi.

Se dunque l'OCSE ha optato per un approccio fondato su un'approfondita *value chain analysis* per decidere a quali imprese di un gruppo vadano distribuiti i profitti derivanti dallo sfruttamento degli intangibili, sembra inappropriato l'uso dell'*arm's length principle*. Parti indipendenti, difatti, non si trovano mai in situazioni simili a quelle esaminate perché all'interno dei gruppi si svolgono operazioni uniche la cui convenienza e utilità si rinviene esclusivamente nell'ambito di gruppo.

Di conseguenza, il persistere con l'utilizzo dell'*arm's length principle* come modificato a seguito delle Azioni 8-10 del BEPS sembra far emergere in misura maggiore la natura

antielusiva del principio stesso dato che nell'era degli intangibili risulta sempre più arduo trovare operazioni e condizioni simili tra parti associate e parti indipendenti.

A conclusione di quanto affermato fin qui, sembrerebbe più pertinente alla realtà economica attuale e agli attuali modelli di *business* basati sugli intangibili un cambio di approccio, passando dal *separate entity accounting* alla *unitary entity theory*. Quest'ultimo approccio considera la multinazionale come un'unica entità e in genere presuppone l'utilizzo del c.d. *formulary apportionment*, cioè una ripartizione dei profitti globali generati dal gruppo sulla base di una formula prestabilita.

Per quanto un approccio del genere possa risultare più appropriato rispetto al *separate entity approach*, va sottolineato che occorre essere molto prudenti nell'utilizzo di formule prestabilite in quanto in quanto la formula di attribuzione dei profitti sarà il risultato di un processo politico e di conseguenza il rischio di una formula eccessivamente arbitraria sarebbe tutt'altro che improbabile. Inoltre, come si rileva in merito alla CCCTB proposta in sede europea, l'introduzione di un *formulary apportionment* dovrebbe, da un lato, trovare alto consenso a livello globale poiché altrimenti il rischio sarebbe l'incertezza sul criterio da utilizzare per l'attribuzione dei profitti atteso che alcuni Paesi continuerebbero ad utilizzare l'*arm's length principle*; inoltre, bisognerebbe imporre regole per la determinazione dei fattori rilevanti per l'applicazione della formula che non siano facilmente aggirabili dalle imprese.

Sul punto si può concludere affermando che un cambio di approccio rispetto al *separate entity accounting*, a livello teorico, si rivelerebbe certamente opportuno, ma a livello pratico, l'attuazione di un *formulary apportionment* riserverebbe grandi problemi e necessiterebbe di un consenso largamente condiviso oltre che di regole molto dettagliate. Probabilmente l'OCSE ha valutato opportuno insistere con l'*arm's length principle*, seppur connotato da una natura maggiormente sostanzialistica e antielusiva attraverso l'introduzione del concetto di *value creation*, poiché, da un lato, il breve tempo che aveva a disposizione non si è dimostrato sufficiente per cambiare approccio e impostare regole dettagliate, dall'altro poiché non ha ritenuto sussistenti le condizioni per raggiungere un consenso condiviso sull'introduzione di una formula prestabilita.

Un ulteriore aspetto fondamentale per quanto riguarda il *transfer pricing* e gli *intangibles* è la determinazione del prezzo di trasferimento secondo il principio di libera concorrenza. Un conto, infatti, è stabilire dove vadano allocati i profitti derivanti dallo sfruttamento degli intangibili, un altro è stabilire se quei profitti corrispondono ai prezzi di mercato stabiliti da parti indipendenti in condizioni comparabili.

L'Azione 10 del Progetto BEPS fa luce sul punto, indicando che risulta fondamentale utilizzare il metodo del *profit split* per determinare il prezzo di libera concorrenza in transazioni aventi ad oggetto gli intangibili.

Tale soluzione, invero non nuova, è quella più lontana all'applicazione originaria del principio di libera concorrenza, che vorrebbe sempre una transazione comparabile tra parti indipendenti per valutare se il prezzo della transazione controllata sia corretto o da rettificare. Infatti, il metodo del *profit split* si basa sulla ripartizione dell'utile e viene espressamente consigliato dall'OCSE quando non sono riscontrabili operazioni comparabili sul mercato tra parti indipendenti. Tale metodo è considerato coerente con il principio di libera concorrenza poiché si basa sulla ripartizione che imprese indipendenti avrebbero previsto di realizzare ponendo in essere la transazione. Tuttavia, l'applicazione del *profit split* e la conseguente suddivisione dell'utile si basa, invero non diversamente da un *formulary apportionment*, sulla considerazione globale dei contributi apportati dalle parti della transazione e questa sembra un'ulteriore conferma che l'OCSE consideri le transazioni controllate aventi ad oggetto gli intangibili prive di transazioni comparabili. È inevitabile che l'applicazione del metodo in esame sia in realtà una forzatura del principio di libera concorrenza, poiché presuppone infatti l'inesistenza di transazioni comparabili tra parti indipendenti e quindi l'applicazione del principio di libera concorrenza in situazioni in cui non è possibile realmente ipotizzare il comportamento che parti indipendenti avrebbero assunto in transazioni che non hanno mai ultimato e che mai concluderanno.

Un ultimo aspetto di grande rilevanza riguarda i c.d. *hard-to-value intangibles*. Per questi intangibili difficili da valutare, l'OCSE stabilisce espressamente che sarà possibile un approccio mai utilizzato in precedenza, ossia quello della valutazione *ex post* del prezzo della transazione stabilito sulla base di proiezioni *ex ante*. Inevitabilmente questa scelta ha sollevato una serie di critiche relative alla sua incoerenza con il principio di libera concorrenza.

In primo luogo, è stato osservato che le proiezioni *ex ante* sono frutto di grandi incertezze sia per le imprese indipendenti che per le imprese associate e che, in quasi tutti i casi concreti, le proiezioni attese saranno anche significativamente diverse dai risultati concretamente ottenuti.

È stato poi sottolineato che le parti indipendenti coinvolte in transazioni relative agli *hard-to-value intangibles* difficilmente avrebbero la possibilità di rivisitare il prezzo di una transazione antecedente attraverso la considerazione del valore degli intangibili *ex*

*post*, da un lato perché non converrebbe alla parte che ne ha tratto guadagno, ma d'altro canto anche l'altra parte della transazione potrebbe evitare di chiedere una rinegoziazione per non compromettere eventuali rapporti commerciali futuri.

Infine, occorre considerare che è difficile immaginare come le parti indipendenti che scambiano *hard-to-value intangibles* possano essere consapevoli dei risultati *ex post* nel momento in cui viene effettuata una determinata transazione, poiché nel concetto di *hard-to-value intangible* è implicito che le parti non siano sicure circa i risultati potenziali. Tanto è vero che le parti indipendenti si basano sulle proprie proiezioni e la transazione avverrà al termine di una trattativa durante la quale è stato raggiunto un consenso circa tali proiezioni. Se due imprese indipendenti, quando si accordano sul prezzo di trasferimento di *hard-to-value intangibles*, si basano sulle loro proiezioni al momento dello scambio, c'è da chiedersi come possa essere coerente con il principio di libera concorrenza una valutazione *ex post*, cioè fondata sui risultati effettivamente conseguiti tramite gli intangibili in un momento successivo alla transazione.

L'OCSE ha tuttavia stabilito quattro cause di esclusione in cui non si applica l'approccio della valutazione *ex post*, ma tale introduzione non sembra tuttavia una soluzione convincente per far cessare i dubbi in merito alla compatibilità di un tale approccio con il principio di libera concorrenza. Tuttavia, è possibile che l'OCSE si sia in realtà discostata espressamente dal principio di libera concorrenza nel caso degli *hard-to-value intangibles*, poiché l'Azione 8 del Progetto BEPS al punto *iii*) indica la necessità di sviluppare regole di *transfer pricing* ovvero misure speciali per il trasferimento degli intangibili di difficile valutazione. Pertanto, il fatto che le regole di *transfer pricing*, ossia fondate sull'*arm's length principle*, siano considerate alternative alle *special measures*, può voler indicare che queste ultime misure speciali non devono essere necessariamente conformi all'*arm's length principle* ma anzi che possono discostarsi da esso poiché l'unico obiettivo richiamato dall'OCSE in questo punto dell'Azione 8 è quello di riuscire a valutare le suddette transazioni.

Avendo dunque osservato le maggiori innovazioni in materia di *transfer pricing* e intangibili, può definitivamente concludersi che l'OCSE, in seguito al Progetto BEPS, abbia riconosciuto all'*arm's length principle* una connotazione diversa da quella originaria in quanto le multinazionali integrate dell'era contemporanea e lo sviluppo esponenziale degli intangibili all'interno dei modelli di *business* hanno posto sfide insuperabili se affrontate con un approccio esclusivamente fondato sulla comparazione con parti indipendenti come storicamente intesa. Probabilmente un approccio fondato

sulla *unitary entity theory* eviterebbe le contraddizioni derivanti dall'utilizzo principio di libera concorrenza per come modificato successivamente al BEPS, ma allo stato dell'arte sembra ancora molto improbabile raggiungere un consenso per abbandonare definitivamente l'*arm's length principle*.

## BIBLIOGRAFIA

AIELLO A., “*Double Irish with Dutch sandwich*”: come le grandi multinazionali hanno guadagnato da un panino, <https://uflinsiderjournal.com/2018/09/double-irish-with-dutch-sandwich-come-le-grandi-multinazionali-hanno-guadagnato-da-un-panino/>, 2018.

ANDRUS J., COLLIER R., *Transfer pricing and the arm’s length principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017.

AVI-YONAH R.S., *The Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution of US International Taxation*, Pub. & Leg. Theory Working Paper Series, Working Paper No. 92, 2007.

AVI-YONAH R.S., XU H., *Evaluating BEPS: A Reconsideration of the Benefits Principle and Proposal for UN Oversight*, 6 Harv. Bus. L. Rev. 2, 2016, pp.185-238.

AVI-YONAH R.S., MUSSELLI A., *Amazon Goldcrest Project and the Relevance of Comparability Analysis under the Arm’s Length Principle*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2019.

AVOLIO D., DE ANGELIS E., SANTACROCE B., *Per il transfer pricing servono direttive chiare da parte dell’Agenzia delle entrate*, in *Corriere tributario*, n.5 del 2019, p. 461.

AVOLIO D., DE ANGELIS E., *L’OCSE completa le Linee Guida sulla valutazione degli intangibles e sul Profit Split*, in *Corriere Tributario* n.39 del 2018, p.2979.

AVOLIO D., DEVALLE A., *In attesa delle nuove istruzioni sul transfer pricing*, in *Corriere Tributario* n.40 del 2017, p.3122.

Assonime, *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e apparenza*, Note e studi, n.15/2017.

Assonime, *Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali*, Note e Studi n.17/2016.

Assonime, *Risposta alla consultazione pubblica in materia di prezzi di trasferimento, relativamente all'attuazione delle disposizioni previste dall'art. 110, comma 7, del TUIR e dall'art. 31-quater del D.P.R. n. 600 del 1973*, Consultazione, 4/2018.

BÄESCH S.E., ERB C., *Using economic valuation techniques for transfer pricing purposes: recent developments for the valuation of brands*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2018.

BAISTROCCHI E., ROXAN I., *Resolving Transfer Pricing Disputes – A Global Analysis*, Cambridge University Press, 2012.

BALLANCIN A., *Natura e ratio della disciplina italiana sui prezzi di trasferimento internazionali*, in *Rassegna Tributaria*, 2014, 1, 73 (commento alla normativa).

BARGAGLI M., CESARANO C., *Transfer price ed onere della prova secondo la giurisprudenza di legittimità*, *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018.

BASU S., WAYMARE G., *Has the Importance of Intangibles Really Grown? And If So, Why?*, in *Accounting and Business Research*, Special Issue, International Accounting Policy Forum, 2008.

BAUMGARTNER B., *Value Creation Analysis for Transfer Pricing Purposes*, in *International Transfer Pricing Journal*, March/April 2018.

BENNETT M.C., DUNAHOO C.A., *The Attribution of Profits to a Permanent Establishment: Issues and Recommendations*, in *Intertax*, Volume 33, Issue 2, 2005.

BIEGALSKI A., *The arm's length principle: fiscalism or economic realism? A few reflections*, in *Intertax*, Volume 38, Issue 3, 2010.

BILANEY S.K., *Revised OECD Draft guidance on the profit split method: the need for conceptual refinements!*, in *Bulletin for International Taxation*, May 2017.

BOLZONI M., *Politiche di transfer pricing nella pianificazione fiscale e nelle strategie aziendali*, in *A&F Oro*, n.5 del 2003, p.13.

BONFANTI A., *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente*, Giuffrè, 2012.

BRAUNER Y., *Value in the Eye of the Beholder: The Valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes*, 28 Va. Tax Rev.79, 2008.

BRAUNER Y., *BEPS: an interim valuation*, in *World Tax Journal*, February 2014.

BRAUNER Y., *What the BEPS?*, in *Florida Tax Review*, Vol.16, n.2, 2014, pp.55-115.

BRAUNER Y., *Transfer pricing in BEPS: first round – business interests win (but, not in knock-out)*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 1, 2015.

BRINO V., *Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori tra profili di criticità e nuovi “esperimenti” regolativi*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n.1/XXV, 2015.

BULLEN A., *Arm's Length Transaction Structures: Recognizing and Restructuring Controlled Transactions in Transfer Pricing*, IBFD Doctoral Series, 2011.

CANÈ D., *La proposta di Direttiva per una CCCTB: una analisi per principi*, in *Rassegna Tributaria*, n. 6 del 2012, p.1511.

CANNAVALE U., SENCAR D., MASSA G., *Il nuovo Decreto ministeriale in materia di prezzi di trasferimento*, in *Amministrazione e Finanza*, n.8 del 2018, p.23.

CAPECCHI E., *Double Irish with Dutch sandwich*, <https://www.startingfinance.com/approfondimenti/double-irish-with-dutch-salldwich/>, 2018.

CAPPELLERI G., CATALDI M., *Guidance from the Italian legislator on the correct application of the arm's length principle: alignment to the OECD standards*, in *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2018.

CASATI R., *Patent box: i metodi ed i criteri di calcolo del reddito agevolabile nel caso di uso diretto dei beni immateriali*, in *Dir. Industriale*, 2016, 6, 556.

CHURTON S., LAMBERT E., DENNIS I., *The impact of BEPS in intangible assets*, *International Tax Review*, 2016.

CIPOLLINA S., *I redditi "nomadi" delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, fasc.1, 2014, p.21.

COLLINS M.H., *Analysis and comparison of National systems and OECD Guidelines*, *Tax Treatment of Transfer Pricing*, IBFD, Amsterdam, 1996.

CRITZER M., NOWOTNY C., BLANKENSTEIN H., STORM C., *DEMPE – development, enhancement, maintenance, protection & exploitation of intangibles*, <http://www.taxand.com/wp-content/uploads/2018/11/DEMPE-of-Intagibles-November-2018.pdf>, 2018.

DELLA ROVERE A., VINCENTI F., *Transfer pricing: le nuove Guidelines dell'OCSE*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n.10 del 2017.

DELLA ROVERE A., VINCENTI F., *La rilevanza della gestione della value chain nelle imprese multinazionali*, in *Amministrazione e Finanza*, n.7 del 2017, p.57.

DELLA ROVERE A., VINCENTI F., *Novità sulla disciplina del transfer pricing: avviata la consultazione pubblica*, in *Fisco*, 2018, 11, 1055 (commento alla normativa).

DELLA VALLE E., *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in *Riv. Dir. Trib.*, fasc. 2, 2009, p. 133.

DELLA VALLE E., *Transfer price: cosa cambia?*, in *Il fisco*, n.37 del 2017, p.1-3521.

DWARKASING R.S.J., *The concept of associated enterprises*, in *Intertax*, Volume 41, Issue 8&9, 2013.

DZIWINSKI K., *Transfer Pricing and Intangibles: Report on the WU Transfer Pricing Symposium*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2019.

European Commission, Staff Working Paper, Company Taxation in the Internal Market, COM (2001) 582 final (23 Oct. 2001), SEC (2001) 1681, EU Law IBFD.

European Commission, *A Study on R&D Tax Incentives: Final Report*, Working Paper N.52, 2014.

FAZZINI M., *La valutazione degli intangible secondo i principi di valutazione internazionali*, in *Amministrazione e Finanza*, n.10 del 2018, p.57.

FEDUSIV O., *Transactions with hard-to-value intangibles: is BEPS Action 8 based on the arm's length principle?*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2016.

FERRANTI G., *La Cassazione chiarisce i presupposti per la rettifica delle transazioni infragruppo IL COMMENTO*, in *Corriere Tributario*, n.8 del 2019, p. 725.

FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Il mulino, 2000.

FERRONI B., *La delega fiscale e il transfer pricing*, in *Fisco*, 2015, 2, 161 (*commento alla normativa*).

FERRONI B., *Stabilite le nuove linee guida per il transfer pricing*, in *Il fisco*, n. 25 del 2018, pp.1-2449.

Fondazione Nazionale dei Commercialisti, *Il transfer pricing. Profili tecnici e spunti operativi*, Documento di ricerca, 19 Dicembre 2018.

FORT G., *Progetto BEPS: i “Draft” OCSE sul transfer pricing*, in *Corriere Tributario*, n.15 del 2015, p.1132.

FORT G., *Beni immateriali e transfer pricing: un punto finale?*, in *Il Fisco*, 2016.

FRANCESCUCCI D., *The Arm’s Length Principle and Group Dynamics – Part 1: The Conceptual Shortcomings*, in *International transfer pricing journal*, March/April 2004.

FREDIANI A., *La web tax in cerca di identità tra catena del valore e sottrazione di materia imponibile*, in *Il fisco*, n.46 del 2017, p.1-4458.

FRIS P., GONNET S., *The State of the Art in Comparability for Transfer Pricing*, in *International transfer pricing journal*, March/April 2010.

FUEST C., SPENGLER C., FINKE K., HECKEMEYER J.H., NUSSER H., *Profit shifting and “aggressive” tax planning by multinational firms: issues and options for reform*, in *World tax Journal*, October 2013.

GALLO F., *Il diritto e l’economia. Costituzione, cittadinanza e partecipazione*, in *Rassegna Tributaria*, n.2 del 2016, p.287.

GAGGERO A., *Il transfer pricing (1992-2005)*, Dir. e Prat. Trib., 2015.

GANN P., *The Concept of an Independent Treaty Foreign Tax Credit*, Tax L. Rev. 58, 1982.

GENTILE N., *Panoramica sugli ultimi sviluppi a livello OCSE in ambito di prezzi di trasferimento tra società collegate*, <http://novitafiscali.supsi.ch/>, 2016.

GIORGI S., *I beni immateriali nel reddito d’impresa, tra “forma” e “sostanza”*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, fasc.1, 2015, p.116.

GREIL S., *The dealing at arm’s length fallacy: a way forward to a formula-based transactional profit split?*, in *Intertax*, Volume 45, Issue 10, 2017.

GUATRI G., VILLANI M., *Le valutazioni per il transfer pricing degli intangibili*, Egea ed., 2018.

HAGELIN J., *Ex post facto consideration in transfer pricing of hard-to-value intangibles: practical and methodical issues with the HTVI approach*, in *International Transfer Pricing Journal*, October 2018.

HASKEL J., WESTLAKE S., *Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*, Princeton University Press, 2017.

HASLEHNER W., *Taxing where value is created in a post-BEPS (digitalized) world?*, in *Kluwer International Tax Blog*, 2018.

HAY D., HORNER F., OWENS J., *Past and Present Work in the OECD on Transfer Pricing and Selected Issues*, in *Intertax*, 1994/10.

HEY J., *“Taxation Where Value is Created” and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative*, in *Bulletin for International Taxation*, April/May 2018.

HENSHALL J., *Global Transfer Pricing: Principles and Practice*, 2nd ed., Bloomsbury Professional Ltd., 2013.

HEGGMAIR M., *The New Interpretation of the Arm’s Length Principle: A Post-BEPS Evaluation*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2017.

HELDERMAN L., SPORKEN E., OKTEN R., KANTER M., *A New Era in Determining Arm’s Length Compensation for Intangibles? A Comparative Overview of Existing and Possible Future Transfer Pricing Principles*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2013.

HELLERSTEIN W., *The case for formulary apportionment*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2005.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA P.A., *A historical analysis of the BEPS Action plan: old acquaintances, new friends and the need for a new approach*, in *Intertax*, Volume 46, Issue 4, 2018.

HICKMAN A., *The Application of Revised Transfer Pricing Rules to Aspects of Business Models*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 10, 2016.

ILHAN C.B., *The use of value chain analysis in a profit split*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2018.

Joint Committee on Taxation, *Background, Summary, and Implications of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (JCX-139-15)*, 30 November 2015.

KANE M.A., *Transfer pricing, integration and synergy intangibles: a consensus approach to the arm's length standard*, in *World Tax Journal*, October 2014.

KAPLINSKY R., *Spreading the Gains from Globalization: What Can Be Learned from Value-Chain Analysis?*, *Problems of Economic Transition*, 2004.

KEMMEREN E.C.C.M., *Principles of Origin in Tax Conventions: A Rethinking of Models*, Pijnenburg vormgevers.uitgevers, 2001.

KEMMEREN E.C.C.M., *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach*, in *Bulletin for International Taxation*, November 2006.

KIESEWETTER D., STEIGENBERGER T., SITIER M., *Can formula apportionment really prevent multinational enterprises from profit shifting? – the role of asset valuation, intragroup debt, and leases*, *Quantitative Tax Research - Arqus Discussion Papers 175*, 2014.

KOBETSKY M., *Transfer pricing measures and emerging developing economies*, in *Asia-Pacific Bulletin*, September/October 2008.

KOOMEN M., *Transfer pricing in a BEPS era: rethinking the arm's length principle – part I*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2015.

LAGARDEN M., *Intangibles in a transfer pricing context: where does the road lead?*, in *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2014.

LANGBEIN S.I., *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, 30 *Tax Notes*, 1986.

League of Nations, *Double Taxation and Evasion – Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, 1927.

League of Nations, *Taxation of foreign and national enterprises*, Geneva, 1933.

LEV B., *Intangibles: Management, Measurement, and Reporting*, Brookings Institution Press, 2001.

LEV B., <https://pomilioblumm.eu/it/news/intangibles-la-rivoluzione-dei-valori-intangibili-secondo-baruch-lev/>.

LOWELL C.H., HERRINGTON M., *Planning for multilateral tax controversy in the post-BEPS world*, in *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2015.

LUPI R., *Dal Gruppo multinazionale all'azienda sovranazionale: i rapporti di "lavorazione per conto"*, in *Dialoghi Tributarî*, n.5 del 2013.

MAISTO G., *Il progetto di rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1995, pp.357-407.

MANG F., *The (In)Compatibility of IP Box Regimes with EU Law, the Code of Conduct and the BEPS Initiatives*, in *European Taxation*, February/March 2015.

MANGIAMELI S., *Il diritto alla giusta imposizione. La prospettiva del costituzionalista*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2016, 4, 1373.

MARKHAM M., *A rose by any other name...? The OECD'S proposed revised definition of intangibles*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 15, 2015.

MELIS G., *Lezioni di diritto tributario*, Quarta Edizione, G. Giappichelli, Torino, 2016.

MILEWSKA M., HURTADO DE MENDOZA M., *The Increasing Importance of Intangible Assets and the Rise of Profit Split Methods*, in *International Transfer Pricing Journal*, March/April 2010.

MORRI S., GUARINO S., *Nuovo abuso del diritto: le garanzie procedurali possono essere estese alle contestazioni in materia di TP?*, *Corriere Tributario*, 2016.

MORSE S.C., *Revisiting global formulary apportionment*, *Virginia Tax Review* 29, n.4, 2010, pp.593-644.

MURRAY T., *OECD changes to the transfer pricing of intangibles*, <https://www.shelstonip.com/news/oecd-changes-transfer-pricing-intangibles/>, 2017.

MUSSELLI AN., MUSSELLI AL., *Rise of a new standard: profit location in Countries of important intangible functions managers*, in *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2017.

MUYAA E., *Transfer Pricing Comparability Adjustments: The Pursuit of "Exact" Comparables*, in *International transfer pricing journal*, September/October 2014.

MYSKOWSKI A., *Mind the Gap: The Role of Politics and the Impact of Cultural Differences on the OECD BEPS Project*, in *Bulletin for International Taxation*, May 2016.

NASTRI M., *Patent box: novità dichiarative, per i marchi e in caso di consolidato fiscale e nazionale*, in *Fisco*, 2018, 22, 2113.

NIEDDU G.L., *Transfer pricing e fattori di comparabilità – I° parte*, <https://www.ecnews.it/transfer-pricing-fattori-comparabilita-parte/>, 2018.

NIEDDU G.L., *Transfer pricing e fattori di comparabilità – II° parte*, <https://www.ecnews.it/transfer-pricing-fattori-comparabilita-parte/>, 2018.

OECD (1963), *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital 1963*, OECD Publishing, Paris.

OECD (1979), *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, Paris.

OECD (1995), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris.

OECD (1998), *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, Paris.

OECD, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: 2006 Update on Progress in Member Countries*, available at <http://www.oecd.org/ctp/harmful/37446434.pdf>.

OECD (2010), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris.

OECD (2011), *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing.

OECD (2012), *Discussion Draft on the Transfer of Intangibles* (Revision of Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines).

OECD *The Comments received with respect to the Discussion Draft Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions* 29 Oct. 2012.

OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

OECD (2013), *Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, OECD Publishing.

OECD (2013), *BIAC Comments on the OECD Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/comments-intangibles-discussion-draft.htm>.

OECD (2014), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, OECD Publishing.

OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10 - 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD (2015), *Comments Received on Public Discussion Draft – BEPS Action 8: Hard-to-Value Intangibles*, OECD Publishing.

OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris.

OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris.

OECD (2018), *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris.

OESTREICHER A., *Transfer pricing of intangibles in cases of post-merger reorganization: lessons from the revised OECD Draft*, in *Intertax*, Volume 42, Issue 8&9, 2014.

OWENS J., *Myths and misconceptions about transfer pricing and the taxation of multinational enterprises*, Bloomberg BNA, Daily Tax Report, 2013.

PALESTINI S., *Effetti del progetto BEPS sui prezzi di trasferimento degli intangibile*, in *Amministrazione e Finanza*, n.5 del 2017, p.13.

PANKIV M., *Post-BEPS application of the arm's length principle to intangibles structures*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2016.

PAPPALARDO L.M., *Alcuni commenti a caldo sul nuovo patent box*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n.4 del 2015, p.10570.

PENG C., LAGARDEN M., *DEMPE Functions and the RACI Concept – More Clarity or Confusion Ahead?*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2019.

PIANTAVIGNA P., *Tax competition and tax coordination in aggressive tax planning: a false dichotomy*, in *World Tax Journal*, November 2017.

PIAZZA M., DELLA CARITÀ A., *Aspetti problematici dell'analisi di comparabilità sul transfer pricing*, in *Corriere Tributario* n.3 del 2011, p.179.

PICHHADZE A., *Exposing unaddressed issues in the OECD's BEPS Project: what about the roles and implications of contract interpretation law and private international law in the transfer pricing arm's length comparability analysis?*, in *World Tax Journal*, February 2015.

POZZI F., VASCELLARI DAL FIOLE L., GROSSI S., BERTOLINI V., *Italy*, in *The transfer pricing law review*, Steve Edge and Dominic Robertson, 2018.

RAFFELINI A., *Intangible secondo l'OCSE: il caso di un'agenzia di media & marketing*, in *Amministrazione e Finanza*, n.10 del 2016, p.7.

RAFFELINI A., *Strategie fiscali internazionali aggressive e nuove regole OCSE nel T.U.I.R.*, in *Amministrazione e Finanza*, n.1 del 2018, p.32.

Redazione Journey, *Dov'è custodita la formula segreta di Coca Cola?*, in <https://www.coca-colaitalia.it/storie/dove-custodita-la-formula-segreta-di-coca-cola>, 2016.

RIDLEY M., *The rational optimist: how prosperity evolves*, Fourth Estate, 2010.

RIEDL A., SCHWINGER K., *How to deal with risks in the context of two-sided IP valuations after BEPS?*, in *International Transfer Pricing Journal*, September 2018.

RIZZARDI R., *L'Unione Europea pubblica la sua black list degli Stati non collaborativi*, in *Corriere Tributario*, n.3 del 2018, p.205.

ROBERGE C., *Transfer Pricing in the Pharmaceutical Industry: The Remuneration of Marketing Intangibles*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2013.

ROBILLARD R., *BEPS: is the OECD now at the gates of global formulary apportionment?*, in *Intertax*, Volume 43, Issue 6&7, 2015.

ROIN J., *Can the Income Tax Be Saved? The Promise and Pitfalls of Adopting Worldwide Formulary Apportionment*, 61 *Tax L. Rev.*, 2008, pp.169-240.

ROSSING C.P., COOLS M., ROHDE C., *International transfer pricing in multinational enterprises*, in *Journal of accounting education*, Volume 39, 2017.

SACCHETTO C., *Il transfer pricing internazionale: una normativa alla ricerca della propria identità*, in *Rassegna Tributaria*, n.4 del 2016, p.886.

SALVINI L., *I regimi fiscali e la concorrenza fra imprese*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc.2, 2016, p.130.

SANCHEZ SANCHEZ A., *The Apportionment Formula under the European Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base*, in *European Taxation*, 2018.

SCHAFFNER J., *The Territorial Link as a Condition to Create a Permanent Establishment*, in *Intertax*, Volume 41, Issue 12, 2013.

SCHREIBER U., FELL L.M., *International profit allocation, intangibles and sales-based transactional profit split*, in *World Tax Journal*, February 2017.

SCHWARZ J., *Are legal rights irrelevant for transfer pricing after BEPS Actions 8, 9 and 10?*, in *Kluwer International Tax Blog*, November 2015.

SCREPANTE M., *Rethinking the Arm's Length Principle and Its Impact on the IP Licence Model after OECD/G20 BEPS Actions 8-10: Nothing Changed But the Change?*, in *World Tax Journal*, August 2019.

SHAH R., TOLANI A., BHATNAGAR A., *Transfer Pricing Issues Relating to Marketing Intangibles*, in *Asia-Pacific Bulletin*, March/April 2013.

SHI C., *IP Boxes in Light of the BEPS Project and EU Law – Part I*, in *European Taxation*, August 2016.

SIEGFRIED M., FORT G., *Il progetto BEPS ed i beni immateriali*, in *Corriere Tributario*, n.7 del 2014, p.547.

SILBERZTEIN C., BENNET M.C., LEMEIN G., *The OECD discussion draft on the transfer of intangibles – Main Comments*, in *Intertax*, Volume 41, Issue 2, 2013, pp.60-65.

SILBERZTEIN C., BENNET M.C., LEMEIN G., *The OECD discussion draft on the transfer of intangibles – Detailed Comments*, in *Intertax*, Volume 41, Issue 2, 2013, pp.66-81.

SKAAR A.A., *Permanent Establishments*, Kluwer Law International, 1991.

SMITH A., *Wealth of nations*, Book 1, London, 1776.

SPENGL C., ZOLLKAU Y., *Common Corporate Tax Base (CCCTB) and Determination of Taxable Income: An International Comparison*, Berlin: Springer, 2012.

SPORKEN E., VISSER P., *BEPS guidance on transfer pricing aspects of intangibles and the need for substance and transfer pricing documentation*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2015.

STORCK A., PETRUZZI R., PANKIV M., TAVARES R.J.S., *Global transfer pricing conference "Transfer pricing in a post-BEPS world"*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2016.

STRAFFI C., *Il metodo del TNMM nel transfer pricing: come, quando e perché*, <https://www.ratio.it/ratioquotidiano/articolo/108962>, 2018.

T'NG A., *The modern marketplace, the rise of intangibles and transfer pricing*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 5, 2016.

TAVARES R.J.S., *Multinational Firm Theory and International Tax Law: Seeking Coherence*, in *World Tax Journal*, June 2016.

TAYLOR G., RICHARDSON G., LANIS R., *Multinationality, tax heavens, intangible assets and transfer pricing aggressiveness: an empirical analysis*, in *Journal of International Accounting Research*, Vol. 14, n. 1, 2015, pp. 25-57.

TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario*, UTET giuridica, Milano, 2016.

TRACANA D., *The impact of BEPS Actions 8-10 on comparability analysis in the context of attribution of profits to permanent establishments*, in *Intertax*, Volume 45, Issue 5, 2017.

TURINA A., *Back to grass roots: the arm's length standard, comparability and transparency – some perspectives from the emerging world*, in *World Tax Journal*, May 2018.

VALENTE P., *Transfer pricing e beni immateriali: il Discussion Draft OCSE del 6 giugno 2012*, in *Il Fisco*, n.33, 2012.

VALENTE P., *Transfer pricing: criticità nella remunerazione dei beni intangibili*, in *Il Fisco*, n.13, 2015, pp.1267-1272.

VALENTE P., *Transfer pricing: rilevanza e criticità dell'analisi funzionale*, in *Il Fisco*, n.11, 2015.

VALENTE P., *Intangibili e determinazione dei prezzi di trasferimento*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n.1, 2016.

VERLINDEN I., MONDELAERS Y., *Transfer Pricing Aspects of Intangibles: At the Crossroads between Legal, Valuation and Transfer Pricing Issues*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2010.

VISENTINI G., PALAZZOLO A., *Manuale di diritto commerciale*, Dike giuridica, Roma, 2017.

VOGEL K., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, Kluwer Law International, 1997.

VOLANTE M., *Intangible asset, dalla definizione al calcolo del fair value*, in *Amministrazione e Finanza*, n.8 del 2018, p.41.

VOLANTE M., *Patent box: consigli mirati per gli "addetti ai lavori"*, in *Amministrazione e Finanza*, n.5 del 2018, p.15.

WILKIE J.S., *The definition and ownership of intangibles: inside the box? Outside the box? What is the box?*, in *World Tax Journal*, October 2012.

WILKIE J.S., *Intangibles and location benefits (customer base)*, in *Bulletin for International Taxation*, June/July 2014.

WITTENDORFF J., *The Object of Art. 9(1) of the OECD Model Convention: Commercial or Financial Relations*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2010.

WITTENDORFF J., *BEPS Actions 8-10: Birth of a New Arm's-Length Principle*, 81 *Tax Notes International*, (2016).

WRIGHT D., KEATES H., LEWIS J., AUTEN L., *The BEPS Action 8 final report: comments from economists*, in *International Transfer Pricing Journal*, March/April 2016.

YING J.L., YUAN Y.S., *Related parties as used in transfer pricing*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2017.

ZANTONELLI F., *Svizzera, da fine settembre cade il totem segreto bancario*, [https://www.repubblica.it/economia/2018/09/22/news/svizzera\\_da\\_fine\\_settembre\\_cade\\_il\\_totem\\_segreto\\_bancario-206449998/](https://www.repubblica.it/economia/2018/09/22/news/svizzera_da_fine_settembre_cade_il_totem_segreto_bancario-206449998/), 2018.

ZECCHIN P., *La nascita delle conterie veneziane*, in *Journal of glass studies*, Vol.47, 2005.

ZINN T., RIEDEL N., SPENGLER C., *The Increasing Importance of Transfer Pricing Regulations: A Worldwide Overview*, in *Intertax*, Volume 42, Issue 6&7, 2014.

ZUCCHETTI S., PALLOTTA A., LANFRANCHI O., *Assessment methods for intangible assets: unwrapping the Italian patent box to better grasp what is inside and how much it is worth*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2016.

ZUCCHETTI S., PALLOTTA A., *Italian patent box regime: thinking outside the box or just more harmful tax competition?*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2016.

ZUCCHETTI S., PIVA C., *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Evolution or Revolution?*, in *International Transfer Pricing Journal*, March/April 2019.

