Università
Ca'Foscari
Venezia

Corso di Laurea Magistrale
in
Amministrazione, Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

Linee Guida OCSE sul Transfer Pricing 2022

Relatore
Ch. Prof. Loris Tosi

Laureando
Alessio Sarra
Matricola 863841

Anno Accademico
2021-2022

Sommario

Acronimi e Definizioni 4
Introduzione 6
1. Il Transfer Pricing 9
1.1. Background sul transfer pricing 9
1.2. La letteratura in materia di transfer pricing 9
1.2.1. La letteratura economico-gestionale 10
1.2.2. La letteratura attinente agli aspetti fiscali 15
1.2.3. Il trade-off tra gli aspetti economico-manageriali e gli aspetti fiscali 17
1.3. Gli sviluppi internazionali in materia di transfer pricing 20
1.3.1. Le convenzioni contro le doppie imposizioni 22
1.3.2. Il Modello di Convenzione OCSE 24
1.3.3. Le Linee Guida OCSE sul transfer pricing 28
2. Transactional Profit Split Method 34
2.1. Definizione di Transactional Profit Split Method 34
2.2. Applicazione del metodo del Profit Split 35
2.2.1. Delineare la natura della transazione 36
2.3.2. I contributi unici e di valore 37
2.3.3. Le operazioni commerciali altamente integrate 38
2.3.4. La disponibilità di informazioni affidabili 39
2.3. Il report BEPS sul Transactional Profit Split Method 39
2.3.1. Guida all'applicazione del metodo del Profit Split 40
2.3.2. Guida alla determinazione dei profitti da ripartire 42
2.3.3. Guida alla ripartizione dei profitti 44
2.3.4. Esempio di applicazione del metodo del Profit Split 46
3. Hard-to-Value Intangibles 49
3.1. Definizione di intangibles secondo l'OCSE 49
3.1.1. La proprietà dei beni immateriali 53
3.1.2. Lo svolgimento delle funzioni 55
3.1.3. L'utilizzo dei beni strumentali 56
3.1.4. L'assunzione dei rischi 57
3.1.5. Rendimenti effettivi e rendimenti previsti 58
3.1.6. Applicazione dei principi OCSE a casi concreti 59
3.2. La determinazione del prezzo nelle transazioni di beni immateriali 62

3.2.1. L'Arm's Length Principle *62*
3.2.2. La determinazione dell'ALP *65*
3.2.3. La determinazione del prezzo in assenza di comparabili *70*
3.3. Gli Hard-to-Value Intangibles *71*
3.3.1. Determinazione del valore degli HTVI *72*
3.3.2. L'approccio agli HTVI *78*
3.4. Il report BEPS sugli Hard-to-Value Intangibles *80*
3.4.1. I principi del report BEPS sugli HTVI *80*
3.4.2. Esempio di applicazione dell'approccio agli HTVI *82*
3.4.3. Ulteriori raccomandazioni per la risoluzione delle controversie *83*
4. Financial Transactions *84*
4.1. Panoramica sulle Financial Transactions *84*
4.2. Il report BEPS sulle transazioni finanziarie *87*
4.2.1. Accurata delineazione delle transazioni finanziarie *89*
4.2.2. Funzione di tesoreria e garanzie finanziarie *92*
4.2.3. Tassi di rendimento risk-free e risk-adjusted *102*
4.2.4. Questioni irrisolte *103*
4.3. Le transazioni finanziarie secondo la disciplina UE *104*
Conclusioni *107*
Bibliografia *109*
Dottrina *109*
Prassi *111*
Sitografia *113*

Acronimi e Definizioni

Acronimi

Acronimo	Significato dell'acronimo	Significato in italiano
ALP	Arm's Length Principle	Principio di libera concorrenza
APA	Advance Price Arrangements	Accordi preventivi sui prezzi di trasferimento
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting	Erosione della base imponibile e trasferimento dei profitti
CAPM	Capital Asset Pricing Model	Modello di determinazione del prezzo del capitale
CCA	Cost Contribution Arrangement	Accordo sulla ripartizione dei costi
CPM	Cost Plus Method	Metodo del costo maggiorato
CUP	Comparable Uncontrolled Price	Confronto di prezzo di libera concorrenza
DCF	Discounted Cash Flows	Flussi di cassa attualizzati
DEMPE	Development, Enhancement, Maintenance, Protection, Exploitation	Sviluppo, miglioramento, manutenzione, protezione, sfruttamento
HTVI	Hard-To-Value Intangibles	Beni immateriali di difficile valutazione
MAP	Mutual Agreement Procedure	Procedura amichevole
OECD/ OCSE	Organisation for Economic Co-operation and Development	Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico
PPA	Purchase Price Allocation	Allocazione del prezzo d'acquisto
Profit Split	Transactional Profit Split Method	Metodo della ripartizione dei profitti
PV	Present Value	Valore attuale
R&S	Research & Development	Ricerca e sviluppo
RPM	Resale Price Method	Metodo del prezzo di rivendita
TNMM	Transactional Net Margin Method	Metodo del margine netto della transazione
TP	Transfer Pricing	Prezzi di trasferimento
TV	Terminal Value	Rendita perpetua

Definizioni

- **imprese associate**: due imprese, appartenenti allo stesso gruppo multinazionale, dove una di esse partecipa, direttamente o indirettamente, nella gestione, nel controllo o nel capitale dell'altra, o lo stesso soggetto partecipa, direttamente o indirettamente, nella gestione, nel controllo o nel capitale di entrambe le imprese;
- **imprese/soggetti indipendenti**: le imprese che non sono qualificabili come imprese associate;
- **transazione controllata**: qualsiasi transazione di natura commerciale o finanziaria avvenuta tra due o più imprese associate;

- **transazione non controllata**: qualsiasi transazione di natura commerciale o finanziaria avvenuta tra due o più imprese indipendenti.
- **comparabilità**: una transazione non controllata si considera comparabile ad una transazione controllata nel caso in cui tra le due non vi siano differenze significative tali da incidere sull'indicatore finanziario utilizzato in applicazione al metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento. In presenza delle suddette differenze, la transazione si può considerare comunque comparabile qualora venga effettuata un'adeguata rettifica di comparabilità in grado di eliminare o ridurre gli effetti di tali differenze.
- **principio di libera concorrenza**: principio introdotto con l'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE il quale prevede che, al fine di determinare i prezzi di trasferimento delle transazioni (commerciali o finanziarie) tra imprese associate, è necessario valutarle come se suddette transazioni fossero avvenute tra soggetti indipendenti, ciascuno dei quali operante nel proprio interesse.

Introduzione

Il presente elaborato ha l'obiettivo di discutere nel dettaglio quanto introdotto dall'OCSE con la recente pubblicazione delle Linee Guida sui prezzi di trasferimento, ossia l'edizione di gennaio 2022. In particolare, tale pubblicazione ha introdotto importanti chiarimenti e indicazioni in merito all'applicazione del metodo del *Transactional Profit Split* (noto anche come *Profit Split*), dell'approccio ai beni immateriali di difficile valutazione (cosiddetti "*Hard-to-Value Intangibles*") e delle transazioni finanziarie in materia di *transfer pricing*.

Nel Capitolo 1 verrà definito il significato del termine "*transfer pricing*", introducendo con una panoramica generale la sua evoluzione, a partire dalla sua accezione economico-manageriale fino al più recente significato inerente alla questione fiscale dei prezzi di trasferimento. Inoltre, il Capitolo 1 si focalizzerà sui cenni storici della materia fiscale del transfer pricing, partendo dai primi documenti pubblicati dalla Società delle Nazioni fino ai più recenti dell'OCSE, in particolare l'edizione 2022 delle Linee Guida. Infine, al Capitolo 1 verrà introdotto il progetto avviato dall'OCSE con lo scopo di combattere ed eliminare i fenomeni di elusione fiscale e garantire che i profitti delle imprese multinazionali siano tassati nella giurisdizione in cui sono stati effettivamente realizzati, ossia il progetto "*Base Erosion and Profit Shifting*" (Progetto BEPS). Il Capitolo 1 si conclude con un elenco dei report che sono stati recepiti nella versione 2022 delle Linee Guida OCSE, rinviando ai successivi capitoli l'approfondimento dei contenuti dei singoli report.

Il Capitolo 2 è incentrato sul metodo del *Transactional Profit Split*, il quale rappresenta uno dei cinque metodi forniti dalle Linee Guida OCSE per la determinazione dei prezzi di trasferimento. L'introduzione del Capitolo 2 fornirà una definizione del *Profit Split* secondo quanto previsto dall'OCSE, andando inoltre ad approfondire i due principali approcci all'applicazione di tale metodo. Successivamente, verranno esposti i vantaggi e gli svantaggi derivanti dall'applicazione di suddetto metodo, includendo una descrizione dei principali indicatori che determinano l'applicabilità o meno del metodo del *Profit Split*. Il Capitolo 2 proseguirà con un approfondimento sul report "*Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method*", con il quale sono stati introdotti alcuni chiarimenti e linee guida all'applicazione del suddetto metodo. Per concludere, il Capitolo 2 riporterà un esempio in merito all'utilizzo pratico del metodo del *Transactional Profit Split.*

Il Capitolo 3 si focalizza sui beni immateriali, introducendo il concetto di "*intangibles*" secondo quanto definito dalle Linee Guida OCSE. Nel Capitolo 3 verranno quindi elencati alcuni esempi di beni immateriali, verrà introdotto il concetto di proprietà con riferimento a tali beni e verrà approfondito il significato di funzioni "*DEMPE*", ossia le funzioni volte sviluppo, al miglioramento, alla manutenzione, alla protezione e allo sfruttamento dei beni immateriali. Successivamente, il Capitolo 3 illustrerà i principi alla base della determinazione dei prezzi infragruppo nelle transazioni di beni immateriali, approfondendo il principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) ed elencando i metodi previsti dall'OCSE per la determinazione dei prezzi di trasferimento. Verranno quindi introdotti gli *Hard-to-Value Intangibles* (*HTVI*) ossia quella categoria di beni immateriali che risultano di difficile valutazione a causa della mancanza di transazioni comparabili affidabili e per cui al momento della transazione le proiezioni dei flussi di cassa attesi sono altamente incerte. Il Capitolo 3 illustrerà quindi i possibili metodi alternativi che consentono di determinare il valore "equo" degli *Hard-to-Value Intangibles*, focalizzandosi sui metodi di valutazione finanziaria basati sul reddito ed in particolare sul metodo "*Discounted Cash Flows*", ossia dell'attualizzazione dei flussi di cassa. In seguito, verrà introdotto l'approccio agli *Hard-to-Value Intangibles* secondo le Linee Guida OCSE, descrivendo le logiche alla base di tale approccio nonché le eccezioni previste dall'OCSE. Infine, al Capitolo 3 verrà approfondito il report "*Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles*", con il quale sono stati introdotti una serie di principi alla base dell'applicazione dell'approccio agli *Hard-to-Value Intangibles.* A conclusione del terzo Capitolo verranno illustrate le "ulteriori raccomandazioni" fornite dall'OCSE, volte a ribadire l'importanza degli strumenti a disposizione dei contribuenti e delle autorità fiscali (in particolare gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento e la procedura amichevole) con i quali è possibile prevenire o risolvere le controversie, favorendo una maggiore certezza fiscale e riducendo invece i rischi di doppia imposizione.

L'ultimo Capitolo sarà dedicato alle transazioni finanziarie. Verrà quindi introdotta una panoramica sulle transazioni finanziarie e sulla funzione finanziaria all'interno dei gruppi multinazionali, per poi focalizzare l'attenzione sui principi introdotti dal report "*Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions".* In particolare, verranno approfonditi i principi in merito all'accurata delineazione di una transazione finanziaria, verranno discusse le principali operazioni che

interessano la funzione di tesoreria (compresi i prestiti infragruppo, il cash pooling e le coperture finanziarie) e verranno approfonditi i principi per la determinazione dei tassi di rendimento *free-risk* e *risk-adjusted*. Infine, il Capitolo 4 riporterà le principali questioni irrisolte che non sono state affrontate dal report, le quali lasciano ancora aperti dei quesiti in merito alle transazioni finanziarie.

A conclusione dell'elaborato si avrà quindi un quadro complessivo dell'evoluzione che ha caratterizzato la materia del *transfer pricing*, partendo dalla sua interpretazione economico-gestionale fino alle moderne questioni fiscali, con particolare attenzione per le più recenti pubblicazioni da parte dell'OCSE in merito al *Transactional Profit Split Method*, agli *Hard-to-Value Intangibles* e alle *Financial Transactions*.

1. Il Transfer Pricing

1.1. Background sul transfer pricing

Con il termine *transfer pricing* si fa riferimento alla pratica contabile e fiscale volta a determinare i prezzi delle transazioni di beni e servizi che avvengono tra imprese associate appartenenti ad uno stesso gruppo. Tale pratica caratterizza le imprese multinazionali che, operando ed allocando i fattori produttivi in più Stati e giurisdizioni, hanno la possibilità di manipolare i prezzi di trasferimento applicati alle transazioni infragruppo e di conseguenza spostare gli utili tassabili verso Paesi con aliquote fiscali inferiori, al fine di ottenere un trattamento fiscale più favorevole[1]. Questa circostanza è resa possibile a causa delle differenze esistenti tra i sistemi fiscali di ciascuna giurisdizione e della capacità sviluppata dalle imprese multinazionali di sfruttare queste differenze a proprio vantaggio al fine di ridurre l'onere fiscale[2]. Occorre tuttavia precisare che le politiche di *transfer pricing* non si limitano esclusivamente alle questioni fiscali della materia, bensì tengono in considerazione anche le valutazioni economiche-gestionali. Nel corso del tempo il termine *transfer pricing* ha assunto diversi significati, in seguito all'evoluzione del contesto globale in cui operano le imprese. Nei successivi paragrafi verrà quindi presentata una panoramica della letteratura inerente al *transfer pricing*, evidenziando gli sviluppi che hanno portato alla più recente accezione fiscale.

1.2. La letteratura in materia di transfer pricing

In seguito alla continua evoluzione e al crescente cambiamento avvenuto nello scenario economico internazionale, anche i prezzi di trasferimento hanno assunto nel tempo un ruolo ed un significato differente, legato alle diverse fasi di evoluzione dell'organizzazione delle imprese e del contesto nel quale le stesse operano.

Il concetto di *transfer pricing* nasce infatti dall'esigenza di determinare i prezzi di trasferimento delle transazioni di beni e servizi tra centri di profitto appartenenti ad un unico gruppo aziendale. La crescente integrazione delle economie nazionali e l'aumento degli scambi e degli investimenti internazionali hanno però generato problemi di tassazione sempre più complessi che hanno spostato l'attenzione dalla dimensione nazionale a quella internazionale. Questo cambiamento è il motivo

---

[1] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi

[2] Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., Manuale di Fiscalità Internazionale (Edizione: VII), IPSOA, 2016, Milano.

per cui le questioni affrontate originariamente dalla letteratura attinente al *transfer pricing* risultano sostanzialmente diverse da quelle affrontate dalla letteratura odierna. In particolare, è possibile distinguere essenzialmente due filoni bibliografici: il primo incentrato sugli aspetti economici e manageriali del *transfer pricing*; il secondo, più recente, attinente agli aspetti fiscali della materia.

1.2.1. La letteratura economico-gestionale

La letteratura relativa agli aspetti economico-gestionali affronta una questione che interessa qualsiasi gruppo aziendale o entità decentralizzata, focalizzandosi sull'esigenza di distribuire ed allocare efficientemente le risorse aziendali all'interno dell'organizzazione, al fine di massimizzare i profitti complessivi. A partire dagli anni '50 un numero crescente di imprese di grandi dimensioni multiprodotto o multiprocesso iniziò ad attuare operazioni di decentralizzazione volte ad aumentare l'efficienza, facendo emergere la necessità di stabilire dei prezzi da applicare nelle transazioni aventi luogo tra centri di profitto autonomi facenti parte della medesima azienda[3]. Difatti, il *transfer pricing* si sviluppa inizialmente come soluzione per la pianificazione efficiente dei prezzi di trasferimento.

La questione riguardava in principio i prezzi relativi alle transazioni interne, i quali sono in grado di influenzare il livello di attività dei diversi centri di profitto, i risultati su cui si basano le valutazioni di ciascuna divisione e i profitti generati complessivamente dall'impresa. In aggiunta, occorre sottolineare come gli interessi egoistici dei responsabili dei diversi centri di profitto abbiano un notevole impatto sulle azioni volte ad incrementare i profitti delle singole divisioni, a discapito dell'impresa nel suo insieme[4]. Emerse quindi l'esigenza per le imprese decentralizzate di sviluppare delle politiche di *transfer pricing* volte a regolare le transazioni interne con l'obiettivo di condurre i responsabili di ciascuna divisione ad assumere decisioni favorevoli all'impresa nel suo complesso. Questa soluzione venne sviluppata partendo dall'assunzione secondo cui, come si osserva per l'economia nel suo insieme, un processo decisionale decentralizzato può essere coordinato attraverso il meccanismo dei prezzi[5]. Le prime pubblicazioni scientifiche in materia di *transfer pricing* avevano dunque l'obiettivo di individuare il metodo più affidabile per la determinazione dei prezzi

---

[3] Cook P. W., Decentralization and the Transfer-Price Problem. The Journal of Business, 1955, pag. 87-94.
[4] Ibidem.
[5] Gould J. R., Internal Pricing in firms when there are costs of using an outside market, The Journal of Business, 1964, pag. 61-67.

relativi alle transazioni di beni e servizi aventi luogo tra centri di profitto appartenenti ad un'impresa decentralizzata, con il fine di massimizzazione i profitti complessivi di quest'ultima. In particolare, Cook cercò di comparare, attraverso l'uso di un approccio descrittivo, i vantaggi e gli svantaggi di ciascun metodo, ossia l'utilizzo di prezzi basati sul mercato, i trasferimenti al costo, la determinazione di un prezzo corrispondente al costo maggiorato di un ritorno sugli investimenti, la combinazione di sistemi differenti e la libera negoziazione. Il suo obiettivo era quello di individuare una soluzione che consentisse di massimizzare i profitti per l'impresa nel suo complesso, impedendo ai singoli centri di profitto di focalizzarsi esclusivamente sulla performance individuale. Cook giunse quindi alla conclusione che il metodo ottimale consiste nell'utilizzo dei prezzi di mercato[6], in quanto un centro di profitto in grado di operare a condizioni di libero mercato adotterà comportamenti .

Utilizzando un approccio analogo, Dean arrivò alla conclusione che, per poter operare efficientemente, un centro di profitto dev'essere sottoposto alle stesse regole comportamentali di ogni impresa indipendente operante in un mercato concorrenziale[7]. Di conseguenza, la determinazione dei prezzi dipenderà dalla libera negoziazione fra i responsabili dei diversi centri di profitto. Tuttavia, ciascun centro di profitto dovrà avere accesso agli stessi dati di mercato, alle informazioni pubbliche e private sui prezzi, nonché la completa libertà di rivolgersi a fornitori o clienti esterni all'impresa, al fine di eliminare gli effetti distorsivi causati da eventuali asimmetrie informative.

Successivamente Hirshleifer, attraverso l'impiego di principi della teoria economica, propose un approccio modellistico per la risoluzione della questione del *transfer pricing*. In particolare, la sua ricerca si focalizzò sull'individuazione dell'esatto prezzo di trasferimento necessario a massimizzare gli utili di due centri di profitto appartenenti alla medesima impresa[8]. Nel suo studio, pubblicato nel 1956, osservò che l'utilizzo dei prezzi di mercato per la determinazione dei prezzi di trasferimento risulta adeguato solo in presenza di un mercato di concorrenza perfetta, ossia nel caso in cui nessun operatore sia sufficientemente grande da poter influenzare il prezzo del bene o servizio trasferito[9]. Inoltre, nel caso in cui

---

[6] Cook P. W., Decentralization and the Transfer-Price Problem. The Journal of Business, 1955, pag. 87-94.; Definiti dall'autore come prezzi che il venditore e l'acquirente possono ottenere nel mercato.
[7] Dean J., Decentralization and Intracompany Pricing, Harvard Business Review, 1955, pag. 65-74.
[8] Novikovas M., Evaluation of theoretical and empirical researches on transfer pricing, Ekonomika, 2011, pag. 128-143.
[9] Hirshleifer J., On the Economics of Transfer Pricing, The Journal of Business, 1956, pag. 172-184.

non esista un mercato per il suddetto bene o servizio, la determinazione del livello congiunto di output dovrebbe assicurare che la somma dei costi marginali di una divisione sia uguale al ricavo marginale nel mercato finale. Di conseguenza, tale risultato è ottenibile attraverso il ricorso ai prezzi interni nel caso in cui il prezzo di trasferimento corrisponda ai costi marginali della divisione venditrice. Tale condizione, seppur necessaria, non risulta tuttavia sufficiente, in quanto è richiesto che la divisione acquirente presenti all'altra il proprio programma di approvvigionamento in funzione del prezzo di trasferimento in modo tale che la divisione venditrice possa stabilire il proprio livello di produzione e il prezzo di trasferimento secondo una regola che porta alla soluzione ottimale per l'impresa nel suo insieme[10]. In conclusione, qualora l'impresa operi in un mercato di concorrenza imperfetta, il prezzo di trasferimento dovrà corrispondere ad un valore compreso tra il costo marginale e il prezzo di mercato[11]. Il modello sviluppato da Hirshleifer, denominato successivamente modello standard del *transfer pricing*, rappresenta il denominatore comune di quasi tutti gli studi economici sulla materia[12]. Tuttavia, tale modello presenta alcune limitazioni, in particolare riguardo all'esistenza di molteplici metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento, i quali non sarebbero giustificati sulla base delle conclusioni a cui giunge l'autore. Inoltre, come osservato da Göx & Schiller, l'assunzione alla base dello schema secondo cui le imprese possono giungere a condizioni di miglior efficienza attraverso l'uso di prezzi di trasferimento non risulti dimostrata. In particolare, considerato che secondo Hirshleifer l'obiettivo dell'impresa consiste nel massimizzare i profitti aggregati, non è chiaro per quale motivo l'utilizzo di prezzi interni di trasferimento dovrebbe portare a risultati migliori rispetto alla diretta istruzione delle divisioni a scambiare le quantità efficienti da parte dell'impresa[13]. La suddetta questione venne affrontata anche da Cook, secondo cui il ricorso a strutture decentralizzate avrebbe maggiori probabilità di successo se effettuato su base divisionale, con conseguente riduzione dei costi di trasferimento, o in presenza di mercati sufficientemente sviluppatati, affinché possano essere analizzati ed utilizzati come riferimento nella determinazione dei prezzi di trasferimento. Successivamente, numerosi autori si sono adoperati con l'intento di approfondire e migliorare il lavoro di

---

[10] Ibidem.
[11] Ibidem.
[12] Göx R. F., Schiller U., An Economic Perspective on Transfer Pricing, Handbook of Management Accounting Research, 2007, pag. 673-695.
[13] Ibidem.

Hirshleifer sotto varie prospettive. Secondo Gould, infatti, il *transfer pricing* non si limita all'individuazione del prezzo di trasferimento ottimale, ma richiede anche l'individuazione di procedure adatte alla sua successiva determinazione. In particolare, egli sostiene che, a causa delle imperfezioni del mercato, il prezzo a cui il centro di profitto acquirente può acquistare il bene o servizio nel mercato esterno differisce dal prezzo al quale il venditore potrebbe vendere a terzi. Per questo motivo, il prezzo di trasferimento dovrebbe posizionarsi nell'intervallo tra questi due prezzi[14].

L'autore ritiene inoltre che la soluzione più appropriata al suddetto problema sia quella individuata da K. J. Arrow[15] il quale, a differenza del modello di Hirshleifer che prevedeva tra le condizioni necessarie la condivisione del piano di approvvigionamento da parte del centro di profitto acquirente al centro di profitto venditore, sosteneva che la determinazione dei prezzi di trasferimento dovrebbe essere demandata ad un'agenzia centrale. Nello specifico, il procedimento individuato da Arrow prevedeva le seguenti fasi:

1. decisione di un prezzo arbitrario da parte dell'agenzia centrale;
2. annuncio di tale prezzo ai centri di profitto;
3. comunicazione da parte dei centri di profitto all'agenzia centrale delle quantità che sarebbero disposti rispettivamente a vendere ed acquistare a quel prezzo;
4. riduzione del prezzo da parte dell'agenzia in caso di eccesso di offerta o aumento del prezzo in presenza di eccesso di domanda, fino al raggiungimento del prezzo di equilibrio in cui domanda e offerta si incontrano.

Se da un lato tale approccio consente di escludere la possibilità di una negoziazione sleale tra i responsabili dei centri di profitto, dall'altro comporta inevitabilmente l'insorgere di costi legati al trasferimento e all'elaborazione delle informazioni necessarie, che talvolta possono rivelarsi eccessivi rispetto al beneficio che l'azienda può trarre dall'utilizzo dei prezzi di trasferimento. Di conseguenza, anche in tal caso, come per il modello di Hirshleifer, non è

[14] Gould J. R., Internal Pricing in firms when there are costs of using an outside market, The Journal of Business, 1964, pag. 61-67.
[15] ArrowK. J., Optimisation, Decentralisation and Internal Pricing in Business Firms, Contributions to Scientific Management, 1959, pag. 9-18.

dimostrato il vantaggio del ricorso a operazioni tra centri di profitto autonomi regolate da prezzi di trasferimento.

In seguito, diversi autori cercarono di affrontare tale questione analizzando il tema del *transfer pricing* in presenza di informazione asimmetrica tra i manager divisionali e il top management o i manager di altre divisioni. Tale letteratura è accumunata dall'utilizzo della teoria sulla progettazione dei meccanismi (*mechanism design theory*), la quale si basa appunto sullo sviluppo di meccanismi volti a soddisfare determinati obiettivi, supponendo che gli individui che interagiscono attraverso i meccanismi agiscano in modo strategico e che possano tenere per sé parte delle informazioni a loro disposizione per prendere delle decisioni.

Il contributo di Vaysman si rivelò fondamentale in questo contesto. In particolare, attraverso i principi della teoria precedentemente citata, egli cercò di verificare quando e perché l'utilizzo dei prezzi di trasferimento può generare maggiori benefici all'impresa rispetto all'istruzione diretta delle filiali. Nello specifico, l'autore dimostrò che attraverso l'uso combinato di (i) prezzi di trasferimento, (ii) un sistema di valutazione delle prestazioni e (iii) la delega di alcune decisioni ai manager di divisione, è possibile replicare i modelli di contratti ottimali, ossia quei contratti che, sulla base del principio di rivelazione[16], consentono al top management di pianificare la produzione ed il sistema di pagamenti in base al rapporto con i manager divisionali, massimizzando i propri profitti. Tale principio richiede tuttavia che gli agenti riferiscano in modo veritiero e completo tutte le informazioni a loro disposizione[17]. In particolare, Vaysman sosteneva che, data l'eccessiva onerosità in termini di tempo e di costi relativa allo scambio di informazioni tra diversi dipartimenti, attraverso la delegazione delle decisioni operative fosse possibile ottenere maggiori benefici in termini di flessibilità per le imprese, seppure ciò si traduca in una perdita di controllo.

Tuttavia, secondo l'autore, è possibile limitare gli impatti negativi della perdita di controllo attraverso l'implementazione di un sistema di valutazione manageriale basato sui profitti realizzati da ogni divisione e tramite il coordinamento delle

---

[16] Il principio di rivelazione prevede che, nella ricerca del contratto ottimale, il principale può restringere l'attenzione su una piccola classe di accordi contrattuali possibili, conosciuti come "*incentive-compatible direct-revelation mechanisms*", senza che vi sia una perdita di generalità. Vaysman I., A Model of Cost-based Transfer Pricing, Review of Accounting Studies, 1996, pag. 73-108.

[17] Ibidem.

transazioni interne con l'utilizzo dei prezzi di trasferimento[18]. Di conseguenza, l'accurata selezione degli schemi di determinazione dei prezzi e la valutazione delle prestazioni saranno in grado di generare un vantaggio in termini di flessibilità superiore alla potenziale perdita di controllo.

1.2.2. La letteratura attinente agli aspetti fiscali

Come osservato nei precedenti paragrafi gli aspetti economico-gestionali risultano particolarmente rilevanti nell'ambito del *transfer pricing*. Tuttavia, nella pratica odierna una delle maggiori determinati per la scelta dei prezzi di trasferimento infragruppo è rappresentata dalle imposte[19]. Difatti, buona parte della letteratura più recente in materia di *transfer pricing* si è concentrata sulle questioni di carattere fiscale, andando a formare un secondo filone bibliografico. La definizione più attuale di *transfer pricing*, ossia quella attinente ai prezzi applicati alle transazioni tra imprese associate, evidenzia l'importanza dei prezzi di trasferimento infragruppo nel determinare la responsabilità fiscale di ciascuna entità appartenente al gruppo multinazionale, con effetti sull'esposizione fiscale complessiva del gruppo stesso. Il problema a tal proposito risiede nel fatto che, mentre le condizioni commerciali e finanziarie tra imprese indipendenti sono determinate dalle forze di mercato, questo non è sempre il caso per le imprese associate, il cui rapporto potrebbe essere influenzato da specifiche strategie definite centralmente.

Tra gli autori impegnati nella suddetta questione, i due autori più influenti risultano essere Horst e Copithorne. Nello specifico, Horst propose il primo modello microeconomico sul commercio infragruppo di imprese multinazionali integrate orizzontalmente, al fine di analizzare la strategia di massimizzazione dei profitti per un'impresa monopolistica la quale opera in due mercati differenti simultaneamente attraverso due imprese distinte utilizzando i prezzi di trasferimento per regolare le transazioni di beni o servizi tra di esse.

Horst sosteneva che in presenza di dazi ad valorem e di un'unica aliquota fiscale, se il differenziale tra l'aliquota fiscale del paese esportatore e quella del paese importatore è inferiore all'aliquota del dazio del paese importatore, l'impresa sceglierà sempre il prezzo di trasferimento più basso possibile. In tal caso, l'impresa multinazionale avrebbe la possibilità di importare a prezzi inferiori al

---

[18] Ibidem.

[19] Göx R. F., Schiller U., An Economic Perspective on Transfer Pricing, Handbook of Management Accounting Research, 2007, pag. 673-695.

valore di mercato costituendo un'impresa nel secondo Paese. Al contrario, nel caso in cui il differenziale di aliquote fosse maggiore dell'aliquota dei dazi, l'impresa sceglierebbe di applicare un prezzo di trasferimento maggiore[20].

Horst dimostrò inoltre che se il volume di vendita e le esportazioni nei due Paesi possono essere scelti indipendentemente, la strategia di massimizzazione dei profitti dell'impresa sarà influenzata della somma delle pendenze delle curve di costo e ricavo marginale delle due imprese, nonché dall'elasticità della domanda in relazione ai dazi e alle aliquote fiscali. In ogni caso, secondo l'autore, la funzione di massimizzazione porterà alla scelta di produrre e vendere autonomamente in ogni Paese oppure alla concentrazione della produzione in un unico Paese, costituendo poi un'entità distributiva nel secondo Paese, in quanto in nessun caso l'impresa troverà vantaggioso adottare un mix di produzione locale ed importazione nel secondo Paese[21].

Horst si concentrò dunque sul rapporto tra le differenze delle aliquote tra due Paesi e il livello dei dazi sulle importazioni, mentre Copithorne focalizzò i suoi studi sull'analisi della questione dei prezzi di trasferimento, confrontando le condizioni e le opportunità a disposizione di tre tipologie di imprese differenti, ossia imprese nazionali con investimenti esteri, imprese multinazionali ed imprese internazionali. Secondo l'autore, tali organizzazioni si distinguono in particolare per gli obiettivi perseguiti. Nello specifico, le imprese nazionali con investimenti esteri hanno l'obiettivo di massimizzare i profitti nel Paese in cui ha sede la società madre, garantendo alle imprese controllate estere un utile minimo sufficiente allo svolgimento delle loro attività operative; le imprese multinazionali mirano ad avere un comportamento aziendale più equilibrato in ogni Paese in cui sono presenti e quindi a massimizzare i profitti di ogni singola entità senza giungere alla massimizzazione dei profitti complessivi dell'impresa multinazionale; al contrario le imprese internazionali perseguono la massimizzazione dei profitti globali[22].

Di conseguenza, le imprese internazionali hanno maggiori opportunità per aumentare i profitti e sufficiente potere per poter distribuire il reddito internazionalmente. In tale contesto, secondo Copithorne, i prezzi di trasferimento

---

[20] Horst T., The Theory of the Multinational Firm: Optimal Behavior under Different Tariff and Tax Rates, Journal of Political Economy, 1971, pag. 1059-1072.
[21] Ibidem.
[22] Copithorne L. W., International Corporate Transfer Prices and Government Policy, The Canadian Journal of Economics, 1971, pag. 324-341.

sono irrilevanti nel processo di massimizzazione globale dei profitti ante imposte, ma rappresentano un mezzo efficace a spostare i profitti da un Paese ad un altro. L'introduzione della variabile fiscale difatti secondo l'autore non altera l'*output* o il prezzo del prodotto finale, ma richiede all'impresa di determinare i prezzi di trasferimento ed i profitti-obiettivo dell'impresa associata in modo tale da ridurre al minimo l'onere fiscale globale. Pertanto, seguendo la prospettiva di Copithorne, i conflitti fiscali tra i diversi Paesi rappresentano un vantaggio per le imprese internazionali.

Entrambi gli studi presentano notevoli limitazioni in quanto si basano sull'ipotesi che le decisioni sui prezzi o sulle quantità da produrre o vendere, nonché sulla determinazione dei prezzi di trasferimento vengano assunti centralmente e, in secondo luogo, che l'impresa eserciti un potere di monopolio sui mercati nazionali, condizioni che spesso non si verificano nella realtà[23]. Tuttavia, questi modelli sono utili per comprendere i diversi fattori che un'impresa multinazionale può prendere in considerazione per massimizzare i propri profitti e, in particolare, il ruolo chiave ricoperto dalla pianificazione fiscale nel processo decisionale di un'impresa.

Recentemente, diversi autori hanno esteso il modello di Horst dimostrando che lo spostamento dei profitti rappresenta una delle variabili principali considerate dalle imprese multinazionali per assumere decisioni in merito a prezzi, quantità e luogo di produzione. Tra questi, fu rilevante il contributo di Schjelderup e Sørgard, i quali hanno esteso il modello di Horst introducendo la competizione nel mercato finale dei beni nel Paese ospitante, includendo la possibilità che le imprese associate interagiscano anche con altre aziende nei mercati locali ed abbiano la possibilità di assumere decisioni in merito alle quantità o ai prezzi da applicare al mercato finale. Sulla base di tali assunzioni gli autori riuscirono a dimostrare che i prezzi di trasferimento ottimali in tale contesto dipendono essenzialmente dalla natura della concorrenza e che la ragione dominante per la determinazione strategica degli stessi è data dal trasferimento dei profitti[24].

1.2.3. Il trade-off tra gli aspetti economico-manageriali e gli aspetti fiscali

Confrontando le argomentazioni affrontate dal primo filone della letteratura sui prezzi di trasferimento, ovvero quello relativo agli aspetti gestionali, con le

---

[23] Schjelderup G., Sørgard L., Transfer Pricing as a Strategic Device for Decentralized Multinationals, International Tax and Public Finance, 1997, pag. 277-290.
[24] Ibidem.

ragioni fiscali considerate dalla seconda parte della dottrina, è possibile notare l'esistenza di un potenziale *trade-off* tra le due prospettive. In sostanza, il *transfer pricing* svolge due compiti principali, ovvero il coordinamento e l'allocazione dei profitti[25]. Dalla prospettiva gestionale, l'utilizzo dei prezzi di trasferimento si rivela uno strumento essenziale per coordinare le decisioni manageriali in un'impresa multi-divisionale decentralizzata. Essi forniscono le valutazioni per le transazioni interne, agevolando gli scambi tra i centri di profitto all'interno di un'impresa[26]. L'effetto coordinativo dei prezzi di trasferimento deriva dal fatto che il loro valore funge da intermediario per gli scambi tra centri di profitto, determinando i costi e i ricavi relativi al "commercio interno" ed offrendo la possibilità di allineare le decisioni delegate con gli obiettivi dell'organizzazione decentralizzata[27].

In aggiunta, i prezzi di trasferimento hanno anche finalità fiscali poiché influiscono sull'allocazione del reddito imponibile e l'ammontare del carico fiscale delle singole entità, nonché del gruppo nel suo complesso[28]. Tuttavia, nella letteratura la scelta dei prezzi di trasferimento ai fini fiscali viene tipicamente descritta come una questione di conformità fiscale che permane concettualmente separata dalle dimensioni gestionali ed economiche della tematica in questione[29].

Nella realtà le decisioni sui prezzi di trasferimento rappresentando una questione particolarmente complessa per le imprese multinazionali che, oltre a valutare le performance dei centri di profitto, devono equilibrare anche questioni valutarie, fiscali e finanziarie[30]. Poiché entrambi gli scopi, gestionali e fiscali, sono comunemente serviti dallo stesso prezzo di trasferimento, sembra ovvio che il prezzo di trasferimento ottimale per il gruppo induca ad un compromesso[31].

Un punto di discussione riguarda la possibilità di distinguere i prezzi di trasferimento interni, utilizzati per incentivare i responsabili delle divisioni, da

---

[25] Martini J. T., Managerial versus financial transfer pricing, Working Paper presented at the IX Symposium on the Economic Advancement of the Company, 2008, Augsburg.
[26] Baldenius T., Melumad N. D., & Reichelstein S., Integrating Managerial and Tax Objectives in Transfer Pricing, The Accounting Review, 2004, pag. 591-615.
[27] Martini J. T., Managerial versus financial transfer pricing, Working Paper presented at the IX Symposium on the Economic Advancement of the Company, 2008, Augsburg.
[28] Ibidem.
[29] Baldenius T., Melumad N. D., & Reichelstein S., Integrating Managerial and Tax Objectives in Transfer Pricing, The Accounting Review, 2004, pag. 591-615.
[30] Smith M., Tax and Incentive Trade-Offs in Multinational Transfer Pricing, Journal of Accounting, 2002, Auditing & Finance.
[31] Martini J. T., Managerial versus financial transfer pricing, Working Paper presented at the IX Symposium on the Economic Advancement of the Company, 2008, Augsburg.

quelli impiegati ai fini fiscali. L'utilizzo di prezzi di trasferimenti multipli potrebbe teoricamente eliminare le tensioni tra valutazioni basate sulle prestazioni dei centri di profitto e sugli effetti fiscali[32]. Tuttavia, questo metodo presenterebbe alcune criticità.

In primis, i contribuenti temono che, in presenza di prezzi di trasferimento multipli, le amministrazioni fiscali possano ritenere tale distinzione dei prezzi un indicatore dell'irregolarità delle transazioni all'interno del gruppo multinazionale. In particolare, dall'analisi precedente si evince che le imprese hanno due opzioni per allocare i profitti tra i diversi centri di profitto: la prima consiste nell'influire sulle decisioni dei responsabili dei centri, modificando ex ante l'allocazione dei profitti; la seconda opzione consiste nel regolare ex post i prezzi di trasferimento per trasferire l'utile tra le diverse giurisdizioni o entità a fini fiscali[33].

La possibilità che la scoperta di un secondo prezzo da parte delle autorità fiscali possa comportare delle sanzioni o imposte aggiuntive limita di fatto la propensione ad utilizzare dei prezzi separati. Sembra infatti che la maggior parte delle imprese multinazionali favorisca l'impostazione di un unico insieme di prezzi, sia per semplificare la loro gestione che per evitare la possibilità che più prezzi di trasferimento siano fonte di eventuali controversie con le autorità fiscali[34]. La questione si fonda quindi su quale prospettiva sia effettivamente prevalente nell'impostazione delle politiche di prezzo infragruppo.

Secondo alcuni autori, le imprese che adottano un unico prezzo di trasferimento per tutte le transazioni interne tendono a basare la scelta sull'influenza delle aliquote fiscali e delle valutazioni di mercato[35]. D'altro canto, coloro che sostengono l'utilizzo di prezzi multipli, ritengono che i prezzi di trasferimento utilizzati a fini fiscali siano guidati dalle normative esistenti, che spesso non considerano le dinamiche economiche sottostanti alle transazioni interne.

A tali conclusioni giunge infatti Martini, il quale sostiene che l'utilizzo di una prospettiva manageriale nella definizione dei prezzi di trasferimento di un'impresa decentralizzata può generare dei vantaggi, ma l'inclusione di una prospettiva fiscale non necessariamente ne comporta ulteriori benefici. Difatti, sia nel caso in

---

[32] Smith M., Tax and Incentive Trade-Offs in Multinational Transfer Pricing, Journal of Accounting, 2002, Auditing & Finance.
[33] Ibidem.
[34] Baldenius T., Melumad N. D., & Reichelstein S., Integrating Managerial and Tax Objectives in Transfer Pricing, The Accounting Review, 2004, pag. 591-615.
[35] Ibidem.

cui i prezzi vengano impostati secondo una logica fiscale, che nel caso in cui gli stessi si basino su considerazioni esclusivamente manageriali, l'effetto secondo Baldenius, Melumad, & Reichelstein sarà che i trasferimenti infragruppo risulteranno inefficientemente bassi.

Inoltre, occorre considerare l'impatto a livello di *corporate governance* sui soci di minoranza. In particolare, è possibile notare come le considerazioni in ambito di *transfer pricing* siano essenzialmente volte a preservare la ricchezza del gruppo nel suo complesso, focalizzandosi sulla sua *performance* oppure sulla riduzione dell'onere fiscale. Ne consegue che l'impresa capogruppo, titolare di quote di capitale delle imprese associate, potrebbe aver interesse a manipolare i prezzi di trasferimento al fine di spostare i profitti a proprio vantaggio e a scapito di eventuali soci di minoranza.

In sostanza, il processo decisionale basato sul beneficio del gruppo potrebbe non garantire un'adeguata rappresentanza e tutela dei diritti dei soci minoritari[36]. Per questo motivo, è importante che gli azionisti minoritari siano informati in merito alle politiche sui prezzi di trasferimento fin dalle prime fasi delle trattative, in quanto la scoperta successiva di una riduzione del profitto causata dall'impatto dei prezzi di trasferimento potrebbe generare delusione e perdita di fiducia[37]. In aggiunta, nelle fasi di negoziazione, è fondamentale discutere e considerare la possibilità di successive revisioni della politica di *transfer pricing*, in linea con l'evoluzione in corso della politica globale delle multinazionali.

1.3. Gli sviluppi internazionali in materia di transfer pricing

A seguito del crescente sviluppo del commercio internazionale, le autorità fiscali sono diventate sempre più consapevoli del fatto che le società multinazionali possono utilizzare i prezzi di trasferimento come strumento per spostare i profitti verso giurisdizioni con aliquote fiscali più favorevoli[38]. Difatti, i prezzi di trasferimento rappresentano una questione estremamente rilevante sia per i contribuenti che per le amministrazioni fiscali, in quanto determinano in larga misura i ricavi e i costi, e di conseguenza anche i profitti imponibili delle imprese associate in diverse giurisdizioni, nella misura in cui le distorsioni nei prezzi di

---

[36] Paredes A., Crespillo R., Transfer pricing as a supplement to corporate governance, International Tax Review, 2017.
[37] Joubert B., Transfer pricing - Important considerations for minority shareholders, Deloitte Touche Tohmatsu Limited, 2020.
[38] Göx R. F., Schiller U., An Economic Perspective on Transfer Pricing, Handbook of Management Accounting Research, 2007, pag. 673-695.

trasferimento possono incidere in modo sostanziale sui ricavi dei Paesi in cui il gruppo multinazionale opera.

Come si evince dall'analisi della letteratura precedente, i prezzi di trasferimento si prestano a valutazioni economiche e fiscali che spesso si scontrano con i principi di corretta allocazione del reddito tra le giurisdizioni coinvolte. Con l'evolversi della frequenza e della complessità del commercio internazionale, il compromesso tra gli obiettivi delle multinazionali e quelli dei singoli governi sta diventando quindi sempre più rilevante.

In risposta all'adozione da parte dei contribuenti di strategie fiscali, molti Stati hanno dunque introdotto nel proprio ordinamento norme volte a combattere i fenomeni di abbattimento della base imponibile nel loro Paese, tra cui norme in materia di *transfer pricing*[39]. Difatti, la globalizzazione, intesa come integrazione dell'economia mondiale, se da un lato rappresenta uno strumento di supporto allo sviluppo economico mondiale, dall'altro dà luogo a rilevanti problematiche di fiscalità internazionale che generano notevoli complessità sia per le singole autorità fiscali nazionali che per i contribuenti che operano o hanno interesse ad operare in più giurisdizioni.

La natura di tale problema si fonda sul fatto che, così come le imprese multinazionali hanno interesse ad attuare operazioni strategiche volte a beneficiare dei vantaggi fiscali offerti dalle diverse giurisdizioni, i singoli governi, per effetto della mobilità dei fattori produttivi e dei flussi reddituali soggetti a tassazione, hanno la possibilità di pianificare le proprie politiche fiscali al fine di attrarre maggiori investimenti esteri[40]. In questo modo, le giurisdizioni fiscali dei diversi Paesi entrerebbero in competizione tra loro, dando origine alla cosiddetta "concorrenza fiscale", che a sua volta aumenterebbe l'evasione e l'elusione fiscale, con conseguente erosione della base imponibile e potenziali perdite di gettito per i Paesi coinvolti[41].

Questo contesto ha quindi generato un aumento delle questioni di fiscalità internazionale e delle difficoltà incontrate sia dalle amministrazioni fiscali che

---

[39] Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., Manuale di Fiscalità Internazionale (Edizione: VII), IPSOA, 2016, Milano.

[40] Rixen T., Tax Competition and Inequality: The Case for Global Tax Governance, Global Governance: A Review of Multilateralism and International Institutions, 2011, pag. 447-467.

[41] Avi-Yonah R. S., Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State, Harvard Law Review, 2000, pag. 1573-1676.

dalle società multinazionali nel determinare il reddito di una società o di una stabile organizzazione estera[42].

Di conseguenza, aumenta anche il rischio per le imprese che operano in due o più giurisdizioni differenti di incorrere in situazioni di doppia imposizione, ossia in circostanze in cui due (o più) Stati impongono allo stesso contribuente imposte comparabili per la stessa materia imponibile e per periodi identici[43].

Si è quindi giunti alla consapevolezza che un comportamento non cooperativo e l'adozione unilaterale di regole da parte dei governi dei diversi Paesi implica un eccessivo livello di regolamentazione per le imprese multinazionali che sfavorisce la realizzazione di investimenti esteri da parte delle stesse e lo sviluppo del commercio internazionale oppure spinge i gruppi a porre in atto azioni volte a spostare i propri profitti da un Paese ad un altro[44]. Tale tesi è supportata dallo studio pubblicato dal Fondo Monetario Internazionale a marzo 2018 che, analizzando gli effetti reali delle regole sui prezzi di trasferimento nel periodo 2006-2014, ha riscontrato che l'introduzione di regole unilaterali ha ridotto il livello degli investimenti da parte delle singole imprese multinazionali di oltre l'11%, danneggiando in particolar modo le giurisdizioni con regole più severe[45].

1.3.1. Le convenzioni contro le doppie imposizioni

Alla luce delle problematiche descritte nel precedente paragrafo, è emersa nel tempo la necessità di stipulare degli accordi internazionali volti a prevenire le situazioni di doppia imposizione e di elusione fiscale[46] conciliando il legittimo diritto dei Paesi di tassare i profitti che possono ragionevolmente essere considerati sorgere sul loro territorio con la necessità di evitare l'imposizione dello stesso elemento di reddito da parte di più di una giurisdizione fiscale[47]. Il duplice scopo dei trattati internazionali contro la doppia imposizione è infatti quello di risolvere i problemi derivanti dalla sovrapposizione dei sistemi fiscali, ripartendo i diritti di imposizione tra gli Stati contraenti, e di prevenire l'evasione e l'elusione fiscale con l'introduzione di disposizioni sulla cooperazione amministrativa.

---

[42] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi
[43] OCSE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, OECD Publishing, 2017, Parigi
[44] Raimondos-Møller P., Scharf K., Transfer pricing rules and competing governments, Oxford Economic Papers, 2002, pag. 230-246.
[45] De Mooij R., Liu L., IMF Working Paper No. 18/69 Fiscal Affair Department – At a Cost: The Real Effects of Transfer Pricing Regulations, International Monetary Fund, 2018.
[46] Raimondos-Møller P., Scharf K., Transfer pricing rules and competing governments, Oxford Economic Papers, 2002, pag. 230-246.
[47] OCSE, Linee Guida OCSE 2017, OECD Publishing, Parigi

In Italia, il procedimento di formazione e stipulazione dei trattati internazionali contro le doppie imposizioni prevede una fase iniziale costituita dai negoziati. Una volta conclusa la fase dei negoziati si passa alla parafatura, ossia la sottoscrizione di due esemplari autentici del testo da parte delle rispettive delegazioni ministeriali. Le convenzioni acquistano efficacia in seguito alla dichiarazione di consenso da parte di entrambi gli Stati contraenti. Per i trattati contro le doppie imposizioni, è previsto inoltre lo scambio degli strumenti di ratifica, il quale determina l'entra in vigore della convenzione.

Infine, la convenzione deve essere recepita con apposito atto normativo di trasposizione nel diritto interno. A questo scopo esistono due possibili alternative: procedimento ordinario, attraverso il quale l'atto normativo interno riproduce esattamente quanto indicato nel testo della convenzione; e procedimento straordinario, con il quale l'atto normativo interno fa semplicemente rinvio alla convenzione, senza quindi riprodurne il testo per intero. Nel caso in cui la norma pattizia sia stata recepita nell'ordinamento interno tramite procedimento speciale, questa assume grado pari a quello dello strumento giuridico utilizzato per il suo recepimento ed è sorretta sia dalla volontà normativa di rispettare gli impegni assunti verso altri Stati, sia dalla volontà normativa di disciplinare i rapporti internazionali in base a quanto previsto dalle norme di diritto internazionale.

Inoltre, occorre tener presente che, per poter applicare direttamente una convenzione nell'ordinamento interno, è necessario che questa sia *self-executing*, ossia che la sua struttura sia completa e non sia quindi richiesta una norma attutiva ai fini della sua applicazione. I trattati internazionali contro le doppie imposizioni hanno quindi carattere di specialità in quanto solitamente sono *self-executing*, e prevalgono sulle disposizioni interne, ad eccezione dei casi in cui quest'ultime risultino più favorevoli per il contribuente, ai sensi dell'art. 169 del Testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 ("TUIR")[48].

Seppur la questione dei trattati internazionali contro la doppia imposizione abbia acquisito maggior rilevanza negli ultimi decenni, al fine di comprendere gli sviluppi del tema occorre risalire al 1921, anno in cui la Società delle Nazioni affidò ad un gruppo di quattro economisti del Comitato Finanziario provenienti da Italia, Paesi Bassi, Regno Unito e Stati Uniti il compito di realizzare uno studio

[48] Valente P., Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, Wolters Kluwer, 2016, pag. 3-33

sugli aspetti economici della doppia imposizione internazionale. In quel contesto storico, il problema della doppia imposizione era diventato particolarmente critico in virtù dell'aumento sostanziale delle imposte registrato a causa della Prima guerra mondiale[49]. Da allora ebbe inizio un percorso che coinvolse un numero via via crescente di Paesi, volto ad individuare un modello di convenzione standard per prevenire la doppia imposizione e supportare gli scambi internazionali ed il processo di sviluppo economico.

1.3.2. Il Modello di Convenzione OCSE

Grazie al lavoro avviato dalla Società delle Nazioni, nel periodo tra il 1923 ed il 1927 il Comitato Finanziario riuscì a promuovere il confronto tra i funzionari di diversi Paesi, giungendo alla pubblicazione nel 1927 del primo modello di convenzione bilaterale "*Draft of a Bilateral Convention for the prevention of double taxation*". Tale report, che prevedeva l'allocazione dei profitti sulla base della contabilità separata della stabile organizzazione, presentava tuttavia una terminologia ancora confusa e richiedeva ulteriori sviluppi[50]. Per questo motivo nel 1928 venne organizzato un incontro generale finalizzato a raccogliere opinioni volte a rafforzare il precedente modello di convenzione cui parteciparono i rappresentanti fiscali di 28 Paesi.

Le opinioni raccolte all'assemblea generale spinsero la Società delle Nazioni a istituire, l'anno successivo, un Comitato Fiscale incaricato di formulare un modello di convenzione per la distribuzione del reddito tra gli Stati a fini fiscali, il quale venne pubblicato nel 1933 con il titolo "*Draft convention for the allocation of business income between States for the purposes of taxation*". Questo documento rappresenta un importante punto di svolta in quanto costituisce il primo trattato multilaterale internazionale per l'allocazione dei profitti nel quale venne fatto esplicito riferimento al cosiddetto "*arm's length*", ossia al concetto di libera concorrenza. In particolare, all'articolo 3, con riferimento alla determinazione degli utili delle stabili organizzazioni, fu prevista la possibilità per le autorità fiscali dei Paesi contraenti di rettificare i redditi determinati con il metodo della contabilità separata nel caso in cui non rappresentino gli utili effettivamente realizzati dall'impresa, riportandoli al valore che prevarrebbe tra soggetti indipendenti operanti a condizioni di mercato.

---

[49] Hamaekers, H., International and Comparative Taxation: Essays in Honour of Klaus Vogel, Kluwer Law International, 2002, London, pag. 29-52

[50] Hamaekers, H., International and Comparative Taxation: Essays in Honour of Klaus Vogel, Kluwer Law International, 2002, London, pag. 29-52

Successivamente, all'articolo 5 dello stesso documento, il Comitato Fiscale ha stabilito che quando un'impresa di uno Stato contraente ha un interesse dominante nella gestione o nel capitale di un'impresa di un altro Stato contraente, o quando entrambe le imprese sono possedute o controllate dagli stessi interessi ed esistono nelle loro attività commerciali o nelle loro relazioni finanziarie condizioni diverse da quelle che sarebbero state concordate tra imprese indipendenti, gli utili o le perdite che avrebbero dovuto normalmente figurare nella contabilità di un'impresa, ma che sono stati in tal modo dirottati verso l'altra, devono essere attribuiti alla prima impresa[51]. Tale concetto costituisce un precursore dello standard internazionale utilizzato per determinare i prezzi di trasferimento a fini fiscali, ossia il principio di libera concorrenza di cui all'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE ("*Arm's Length Principle"* o *"ALP"*).

Difatti il Comitato Fiscale della Società delle Nazioni proseguì il suo lavoro attraverso delle rivisitazioni del Modello del 1933 fino al 1946, anno in cui venne sostituito dalle Nazioni Unite. Tuttavia, lo sviluppo più rilevante del suo operato avvenne per opera del Comitato Fiscale dell'Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea (OEEC - *Organization for European economic cooperation*), istituito nel 1956, successivamente divenuto Comitato degli Affari Fiscali dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE o OECD - *Organization for Economic Cooperation and Development*). L'OCSE, riconoscendo il valore del lavoro svolto dalla Società delle Nazioni e consapevole del fatto che nessuno dei modelli di convenzione fino ad allora proposti era stato completamente ed unanimemente accettato, assegnò al Comitato Fiscale il compito di predisporre uno strumento per risolvere su base uniforme i problemi più comuni che possono insorgere nell'ambito della doppia imposizione internazionale, considerata dall'OCSE una minaccia per il commercio e la migrazione. L'obiettivo era dunque quello di chiarire, standardizzare e dare certezza in merito alla situazione fiscale dei contribuenti impegnati in attività commerciali, industriali, finanziarie o di altro tipo in altri Paesi attraverso l'applicazione da parte di tutti i Paesi di soluzioni e approcci comuni a casi analoghi di doppia imposizione[52].

---

[51] League of Nations Fiscal Committee, Report to the Council on the fourth session of the committee held at Geneva from June 15th to 26th, 1933. Draft Convention adopted for the Allocation of Business Income between States for the Purposes of Taxation, Ginevra

[52] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi

Il lavoro dell'OCSE portò alla pubblicazione, nel 1963, del report "*Draft Double Taxation Convention on Income and Capital 1963*", un documento volto ad ispirare ulteriori convenzioni sull'eliminazione della doppia imposizione. Tale report fu infatti oggetto di svariate revisioni divenute necessarie a causa dei progressivi cambiamenti delle condizioni economiche e dei metodi con i quali le transazioni economiche transfrontaliere hanno avuto luogo nel corso degli anni, fino alla pubblicazione, nel 1977, di un nuovo Modello di Convenzione annesso di commentari (*Model Double Taxation Convention on Income and on Capital*). Tuttavia, i fattori che portarono alle modifiche del report del 1963 continuarono ad esercitare la loro influenza, richiedendo aggiornamenti costanti del modello, motivo per il quale nel 1992 l'OCSE decise di pubblicare un nuovo modello utilizzando il concetto di "*Ambultory Model Convention*", una formula che consente di fornire aggiornamenti e modifiche periodici e più tempestivi senza attendere una revisione completa del documento[53].

Da allora, il Modello di Convenzione OCSE venne aggiornato nove volte[54], includendo nei Commentari relativi ad ogni articolo del documento le posizioni non soltanto degli Stati membri dell'OCSE, ma anche di Stati non membri, considerata la crescente influenza dello stesso al di fuori dei Paesi OCSE. Difatti, sebbene le regole emesse dall'OCSE non siano vincolanti, esse vengono prese in considerazione da molti Stati sia nello sviluppo delle proprie politiche fiscali che in fase di negoziazione dei trattati multinazionali[55], motivo per il quale il Modello di Convenzione OCSE costituisce il principale punto di riferimento su base internazionale per l'adozione di regole comuni volte a risolvere il problema della doppia imposizione internazionale, favorendo la corretta allocazione dei profitti e dei capitali ai fini fiscali.

In relazione al *transfer pricing*, l'articolo del Modello di Convenzione OCSE che domina la materia è l'articolo 9 relativo alla tassazione dei profitti delle imprese associate, il quale definisce il principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) come standard di riferimento per la regolamentazione fiscale

---

[53] OCSE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, OECD Publishing, 2017, Paris.
[54] Le versioni aggiornate del Modello di Convenzione OCSE sono uscite rispettivamente negli anni 1992, 1998, 2000, 2003, 2005, 2008, 2010, 2014, 2017. (Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version | OECD iLibrary (oecd-ilibrary.org).
[55] Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., Manuale di Fiscalità Internazionale (Edizione: VII), IPSOA, 2016, Milano.

internazionale dei prezzi di trasferimento nelle transazioni tra imprese appartenenti allo stesso gruppo[56].

In particolare, l'articolo in questione stabilisce quanto segue:

"[*Qualora] due imprese [associate], nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, siano vincolate da condizioni diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni, sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che, a causa di suddette condizioni, non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza*"[57].

In linea con le disposizioni dell'articolo 5 del Modello di Convenzione pubblicato dalla Società delle Nazioni nel 1933, il paragrafo 1 dell'articolo 9 del Modello di Convenzione dell'OCSE riconosce alle autorità fiscali dei Paesi contraenti il diritto di rideterminare gli utili di un'impresa nel caso in cui essi non rappresentino gli utili effettivamente imponibili in quello Stato perché influenzati dall'applicazione tra imprese associate di condizioni diverse da quelle che sarebbero state concordate tra imprese indipendenti in condizioni di libera concorrenza[58].

La base teorica del principio di libera concorrenza deriva dal fatto che le imprese associate sono da un lato trattate come entità giuridiche distinte, mentre dall'altro agiscono nell'interesse comune del gruppo; pertanto, potrebbero praticare prezzi diversi da quelli concessi da terzi. Ciò è dovuto al fatto che mentre tra le imprese indipendenti la definizione delle condizioni delle loro relazioni commerciali e finanziarie è normalmente determinata dalle forze di mercato, nel caso delle imprese associate le loro relazioni possono non essere influenzate direttamente dalle forze esterne nello stesso modo. Nonostante l'utilizzo generalizzato dei prezzi di mercato risulti contrario ai presupposti teorici del modello standard sui prezzi di trasferimento sviluppato da Hirshleifer[59], secondo l'OCSE, il vantaggio principale di tale principio risiede nelle ampie parità di trattamento che esso offre

---

[56] D'Alessano P., Thione M., Transfer Pricing nei Finanziamenti Infragruppo: il valore normale dei tassi di interesse, Il Fisco, 2011, pag. 868-883.

[57] OCSE, Draft Double Taxation Convention on Income and Capital, OECD Publishing, 1963, Paris; OCSE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, OECD Publishing, 2017, Paris.

[58] OCSE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, OECD Publishing, 2017, Paris.

[59] Salvo, come visto al paragrafo 1.1.1, nel caso di concorrenza perfetta ed assenza di costi di transazione. Hirshleifer J., On the Economics of Transfer Pricing, The Journal of Business, 1956, pag. 172-184. Sul punto, anche Göx & Schiller affermano che un'applicazione ingenua dei prezzi di trasferimento basati sul mercato può distorcere in modo significativo l'allocazione delle risorse e ridurre il profitto complessivo dell'azienda se il mercato intermedio non è perfettamente competitivo.

per i membri di un gruppo multinazionale e le imprese indipendenti, evitando la creazione di vantaggi o svantaggi fiscali che potrebbero distorcere la posizione competitiva di entrambi i tipi di entità, promuovendo la crescita del commercio e degli investimenti internazionali[60]. Ciò grazie alla possibilità per le amministrazioni fiscali di rideterminare i profitti delle imprese associate facendo riferimento appunto alle condizioni che sarebbero state pattuite tra imprese indipendenti in circostanze comparabili.

Tuttavia, poiché "*la determinazione dei prezzi di trasferimento non è una scienza esatta, ma richiede una valutazione da parte dell'amministrazione fiscale e del contribuente*"[61], l'applicazione pratica di tale principio risulta spesso difficoltosa, motivo per il quale l'OCSE già nel *Draft* del 1963 aveva evidenziato la necessità di regole e procedure più dettagliate per la riallocazione dei profitti tra imprese associate[62]. Il problema risiede nel fatto che, nel caso in cui un'amministrazione ridetermini gli utili realizzati da una società in base al suddetto principio, ma le autorità fiscali del secondo Paese coinvolto ritengano che non siano soddisfatte le condizioni necessarie per effettuare la corrispondente rettifica, tale situazione potrebbe dar luogo a una doppia imposizione[63].

Data l'importanza della questione, il Comitato per gli Affari Fiscali dell'OCSE ha dedicato e continua a dedicare molto tempo e risorse all'esame delle condizioni di applicazione dell'articolo 9 del Modello di Convenzione dell'OCSE, delle sue conseguenze e dei vari metodi che possono essere applicati per rettificare gli utili.

1.3.3. Le Linee Guida OCSE sul transfer pricing

Nel 1979 l'OCSE pubblicò dunque il primo report esclusivamente dedicato al *transfer pricing* ("*Transfer Pricing and Multinational Enterprises")* prodotto dal Comitato degli Affari Fiscali con l'obiettivo di stabilire le questioni da prendere in considerazione e descrivere, ove possibile, le pratiche generalmente concordate nella determinazione dei prezzi di trasferimento a fini fiscali in presenza di transazioni tra imprese associate situate in Paesi differenti. Il report,

---

[60] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi
[61] Ibidem.
[62] OCSE, Draft Double Taxation Convention on Income and Capital, OECD Publishing, 1963, Paris
[63] Ciò in considerazione del fatto che il paragrafo 2 dell'articolo 9 del Modello di convenzione OCSE, il quale fu aggiunto nel modello "*Model Double Taxation Convention on Income and on Capital*" del 1977 ed è tuttora presente nella più recente edizione "*Model Tax Convention on Income and on Capital*" del 2017, prevede che laddove uno Stato contraente, alla luce delle previsioni del paragrafo 1, includa tra i profitti di un'impresa di quello Stato i profitti sui quali un'impresa dell'altro Stato contraente è stata sottoposta a tassazione in tale altro Stato, tale altro Stato dovrà adeguare in modo adeguato l'importo dell'imposta ivi addebitata su tali profitti OCSE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, OECD Publishing, 2017, Paris..

focalizzandosi su quattro categorie principali di transazioni infragruppo (ossia il trasferimento di beni, tecnologia e marchi, servizi e prestiti infragruppo) proponeva in linea generale l'utilizzo di tre metodi principali, ossia il metodo del confronto di prezzo (*Comparable Uncontrolled Price method* o CUP), il metodo del prezzo di rivendita (*Resale Price Method* o RPM) ed il metodo del costo maggiorato (*Cost-Plus Method* o CPM), senza escludere tuttavia l'applicazione di altri metodi[64].

Il report sopra menzionato (rivisto nelle versioni del 1984, 1987 e 1995) è sopravvissuto fino al 1995, anno in cui l'OCSE pubblicò la prima edizione delle Linee Guida in materia di *transfer pricing* ("*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*", a seguire "Linee Guida OCSE" o più semplicemente "Linee Guida"). Rispetto al report del 1979, le Linee Guida OCSE rappresentano un documento più strutturato che consiste in un insieme di raccomandazioni volte a fornire principi e standard con l'obiettivo di giungere alla conformità delle regole internazionali sui prezzi di trasferimento tra imprese associate. In particolare, la versione del 1995 fu volta a riflettere in gran parte gli sviluppi in materia raggiunti dagli Stati Uniti negli anni '80 e '90, ponendo dunque maggiore enfasi alla comparazione ed introducendo un nuovo metodo, ossia il metodo del margine netto della transazione (*Transactional Net Margin Method* o TNMM), non prevedendo tuttavia delle regole chiare per la selezione del metodo più appropriato per ogni circostanza, lasciando dunque spazio a possibili casi di doppia imposizione[65].

Sebbene le Linee Guida costituiscano uno strumento di *soft law*, dunque raccomandazioni non vincolanti, la loro approvazione a livello internazionale ha portato molti Paesi, in particolare gli Stati membri dell'OCSE ma non solo, a conformare le proprie disposizioni interne in materia di *transfer pricing* alle stesse, rendendole di fatto il principale documento cui fanno riferimento contribuenti, amministrazioni fiscali ed altri attori operanti in materia per la determinazione dei prezzi di trasferimento.

Anche in Italia la normativa sul *transfer pricing*, contenuta nell'art. 110, comma 7 del TUIR, è stata più volte modificata al fine adeguare l'ordinamento giuridico nazionale alle pratiche internazionali ed in particolare alle indicazioni delineate

---

[64] Hamaekers, H., International and Comparative Taxation: Essays in Honour of Klaus Vogel, Kluwer Law International, 2002, London, pag. 29-52
[65] Ibidem.

dall'OCSE. Tra queste, l'art. 59, comma 1, DL 24.4.2017 n. 50 e la successiva integrazione con il Decreto 14 maggio 2018 del MEF, hanno modificato l'art. 110, comma 7 del TUIR richiamando espressamente il principio di libera concorrenza in luogo del "valore normale" contenuto nella previgente formulazione della norma e individuando sei metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento conformi al principio di libera concorrenza così come delineati dall'OCSE.

Inoltre, come affermato anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza n.15668/2022, quanto previsto dalle Linee Guida OCSE, seppur non vincolante, è fonte di ispirazione per la disciplina nazionale, nonché rilevante sul piano interpretativo.

Dall'edizione del 1995, le Linee Guida OCSE sono state aggiornate periodicamente ed integrate da report su tematiche circoscritte per riflettere gli ulteriori progressi del Comitato degli Affari Fiscali sulla risoluzione delle controversie internazionali in tema di *transfer pricing*. In particolare, dopo essere state completate nel periodo 1996-1999 attraverso delle guide aggiuntive su tematiche specifiche[66], le Linee Guida OCSE sono state oggetto di revisione nel 2010 per riflettere i lavori intrapresi dal Comitato con riferimento alla comparabilità, ai metodi basati sull'utile delle transazioni e sui prezzi di trasferimento delle ristrutturazioni aziendali; nel 2013 con riferimento alle *safe harbour rules*, nel 2017 con l'integrazione dei risultati di una serie di report BEPS ("*Base Erosion and Profit Shifting*") ed infine nel 2022[67].

Quest'ultima versione ha recepito quanto elaborato dai più recenti report pubblicati dall'*Inclusive Framework* in merito al progetto "*Base Erosion and Profit Shifting*" (di seguito anche "Progetto BEPS"), con lo scopo di combattere ed eliminare i fenomeni di elusione fiscale e garantire che i profitti delle imprese multinazionali siano tassati nella giurisdizione in cui sono stati effettivamente realizzati.

In particolare, il Progetto BEPS è stato avviato nel 2013 dall'OCSE, attraverso la proposta di un pacchetto composto da 15 Azioni suddivise in tre blocchi, ognuno caratterizzato da specifici obiettivi. Il primo blocco mira a creare nuove regole per eliminare la doppia non-imposizione (Actions 2-5); il secondo a correggere le norme esistenti in materia di fiscalità internazionale (Actions 6-10); il terzo ad

[66] Gli approfondimenti hanno riguardato i servizi infragruppo, i beni intangibili, gli accordi sulla ripartizione dei costi e gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento.
[67] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi

aumentare la trasparenza fiscale (Actions 11-14). Infine, il pacchetto prevedeva delle azioni orizzontali volte a fornire i mezzi per affrontare le sfide fiscali dell'economia digitale (Action 1) e gli strumenti multilaterali per garantire che il pacchetto BEPS sia attuato tempestivamente (Action 15).

Il seguente grafico illustra le 15 aree di azione del Progetto BEPS, suddivise nei rispettivi tre blocchi.

Le 15 aree d'azione del Progetto BEPS

Action 1: Introdurre specifiche norme fiscali sull'economia digitale riguardanti le imposte dirette ed indirette al fine di affrontare le relative problematiche fiscali.

Coerenza

Action 2: Assicurare la coerenza della tassazione del reddito d'impresa a livello internazionale attraverso specifiche clausole e raccomandazioni che possano neutralizzare l'effetto di pratiche asimmetriche ibride (*Hybrid mismatch arrangements*) come la doppia non imposizione, doppia deduzione, differimento a lungo termine del pagamento delle imposte.

Action 3: Rafforzare le regole sulle società estere controllate («*Controlled foreign company*» o CFC) attraverso specifiche raccomandazioni e l'armonizzazione delle CFC *rules*.

Action 4: Elaborare raccomandazioni relative alle migliori pratiche nella progettazione di norme volte a prevenire l'erosione della base imponibile attraverso l'uso di interessi passivi.

Action 5: Eliminare le pratiche fiscali dannose incrementando la trasparenza, facendo emergere la reale sostanza economica delle operazioni ed incentivando lo scambio spontaneo d'informazione tra le Amministrazioni fiscali.

Sostanza

Action 6: Prevenire l'abuso di trattati fiscali, riallineando le norme nazionali in modo da impedire la concessione di benefici da trattati in circostanze inappropriate.

Action 7: Prevenire l'elusione artificiale dello status di "stanziamento stabile" rivedendo proprio la definizione di Stabile Organizzazione.

Action 8: Sviluppare regole per prevenire la pratica dell'erosione della base imponibile e del trasferimento del profitto (BEPS), attraverso il trasferimento dei beni immateriali tra i membri del gruppo.

Action 9: Adozione di norme specifiche sulla deducibilità delle spese finanziarie, sulle modalità di trasferimento dei rischi e sull'allocazione del capitale tra i membri del gruppo al fine di assicurare la corretta attribuzione dei ritorni economici agli effettivi beneficiari.

Action 10: Sviluppare norme specifiche che chiariscano le circostanze delle transazioni che non si verificano o si verificano raramente, i metodi dei prezzi di trasferimento (specialmente il *Profit Split*), le "*management fees*" e le "*head office expenses*".

Trasparenza

Action 11: Stabilire metodologie di raccolta e analisi dei dati sul BEPS. Elaborare raccomandazioni riguardanti l'analisi economica dell'impatto del BEPS e l'efficacia/impatto economico delle misure volte a contrastarlo.

Action 12: Richiedere ai contribuenti di divulgare le loro pratiche di pianificazione fiscale aggressiva al fine di agevolare l'attività delle Amministrazioni finanziarie.

Action 13: Migliorare la trasparenza per le amministrazioni fiscali e rafforzare la certezza e la prevedibilità per i contribuenti attraverso il miglioramento della documentazione dei prezzi di trasferimento e un modello standard per paese dichiarante.

Action 14: Creare meccanismi di risoluzione delle controversie più efficaci apportando modifiche al Modello di Convenzione OCSE ed eliminando le incertezze interpretative che ostacolano l'attivazione di procedure amichevoli delle controversie fiscali (*«Mutual Agreement Procedure» o* MAP).

Action 15: Analizzare le questioni internazionali, pubbliche e fiscali, relative allo sviluppo di uno strumento multilaterale che consenta alle giurisdizioni interessate l'implementazione delle misure sul BEPS elaborate dall'OCSE. Apportare modifiche ai trattati bilaterali al fine di affrontare in maniera innovativa ed efficace tali questioni.

Fonte: https://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/beps-222.htm

Il lavoro dell'OCSE portò alla pubblicazione nel 2015 dei report finali sulle azioni del Progetto BEPS. Attualmente più di 141 Paesi e giurisdizioni partecipano al BEPS, motivo per cui l'OCSE ha deciso di istituire *l'Inclusive Framework*, al fine di attuare il Progetto BEPS a livello globale e coinvolgere il maggior numero di Paesi interessati nella definizione degli standard relativi alle questioni BEPS. L'aggiornamento delle Linee Guida OCSE del 2022 fu il risultato delle chiarificazioni e revisioni accordate nei report del 2018 e del 2020, con specifico riferimento alle *Action 8-10: Transfer Pricing* e *Action 4: Limitation on Interest Deductions* del Progetto BEPS.

In particolare, i contenuti specifici dei report BEPS recepiti nella versione 2022 delle Linee Guida sono:

- ***Transactional Profit Split Method***: Con il report pubblicato nel giugno 2018 dal titolo "*Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method"*, l'OCSE chiarisce e amplia in modo significativo le indicazioni in merito a quando risulta più appropriato applicare il metodo della ripartizione dei profitti (noto anche come *Profit Split*). Questa guida è stata inclusa nell'Annex II del Capitolo II delle Linee Guida OCSE;
- ***Hard-to-Value Intangibles***: Sempre nel giugno 2018, l'OCSE ha pubblicato una guida aggiuntiva per le amministrazioni fiscali sull'applicazione dell'approccio ai beni immateriali di difficile valutazione (cosiddetti "*Hard-to-Value Intangibles"* o "HTVI"), intitolata "*Guidance*

for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles". La guida contenuta in questo report mira a raggiungere una comprensione e una prassi comune tra le amministrazioni fiscali nella definizione degli aggiustamenti derivanti dall'applicazione dell'approccio agli HTVI. Il report è stato incorporato nelle Linee Guida OCSE con l'Annex II del Capitolo VI.

- ***Financial Transactions***: Nel febbraio 2020, l'OCSE ha pubblicato la "*Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions"*, ossia una guida sui prezzi di trasferimento delle transazioni finanziarie. Questa guida risulta estremamente importante poiché per la prima volta le Linee Guida OCSE hanno fornito precise indicazioni ai fini di *transfer pricing* in merito transazioni finanziarie, favorendo quindi la coerenza nell'interpretazione del principio di libera concorrenza e permettendo di evitare controversie sui prezzi di trasferimento e sulla doppia imposizione. I contenuti del report sono stati inserito nel Capitolo I (nuova sezione D.1.2.2) e in un nuovo Capitolo X delle Linee Guida OCSE.

Nei successivi capitoli verranno analizzati in modo approfondito i contenuti dei suddetti report, nonché le implicazioni che questi possono generare nei confronti dei gruppi multinazionali e delle amministrazioni fiscali.

2. Transactional Profit Split Method

2.1. Definizione di Transactional Profit Split Method

Il *Transactional Profit Split Method* (ossia il metodo della ripartizione dei profitti transazionali) rappresenta uno dei cinque metodi forniti dalle Linee Guida OCSE per la determinazione dei prezzi di trasferimento. Questo metodo risulta particolarmente affidabile nei casi di transazioni caratterizzate da una forte integrazione tra le imprese associate coinvolte, dove ciascuna di esse apporta contributi unici e di valore.

Come definito dalle Linee Guida OCSE, il metodo del *Profit Split* consiste nell'identificazione degli utili complessivi originati in seguito ad una transazione controllata (avvenuta quindi tra imprese associate) al fine di ripartire tali utili tra le imprese coinvolte, attraverso un metodo economicamente valido in grado di approssimare la suddivisione dei profitti che sarebbe stata concordata in base al principio di libera concorrenza[68]. Risulta evidente che l'applicazione di questo metodo richiede in *primis* di individuare i profitti complessivi generati dalle parti, i quali dovranno successivamente essere divisi tra le imprese associate sulla base di quanto avviene in transazioni comparabili oppure, qualora non esistano dei comparabili affidabili, sulla base delle funzioni svolte, dei rischi sostenuti e dai beni strumentali utilizzati dalle parti coinvolte. Il risultato dell'applicazione di questo metodo rappresenta un'approssimazione di quanto sarebbe avvenuto in una transazione comparabile tra soggetti indipendenti e rappresenta quindi un risultato conforme al principio di libera concorrenza.

L'OCSE prevede due principali approcci nell'applicazione del metodo del *Profit Split:* l'analisi del contributo (*Contribution analysis*) e l'analisi del residuale (*Residual analysis*)[69].

L'analisi del contributo prevede che il reddito complessivo derivante dalla transazione controllata sia suddiviso tra le imprese associate sulla base di dati esterni (ossia dati di mercato) comparabili. Qualora questi dati non siano disponibili o sufficientemente affidabili, il reddito complessivo dovrà essere ripartito sulla base dei rischi assunti, delle funzioni svolte e dei beni strumentali utilizzati dalle imprese associate. Le controparti dovranno quindi ricevere una quota degli utili sulla base del valore dei contributi apportati individualmente da

---

[68] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, pag. 19-27.
[69] Ibidem.

ciascuna di esse. Il grado di contribuzione dipenderà dal ruolo svolto dalle parti con riferimento ai servizi forniti, alle spese sostenute e al capitale investito.

Nell'analisi del residuale, il reddito complessivo generato in seguito alla transazione infragruppo viene suddiviso in due fasi. Nella prima fase, entrambe le parti ricevono una remunerazione iniziale in base alle funzioni routinarie svolte. Questa remunerazione viene generalmente determinata prendendo come riferimento le remunerazioni percepite da imprese indipendenti in transazioni comparabili. Nella seconda fase, l'utile (o la perdita) residuo viene suddiviso tra le parti sulla base di alcune chiavi di allocazione, quali ad esempio i beni strumentali utilizzati, i costi sostenuti, le vendite nette o il personale impiegato. La prima fase si basa quindi sulla determinazione di una remunerazione iniziale basata sul confronto con transazioni comparabili tra soggetti indipendenti, mentre la seconda fase si basa sui contributi unici e di valore apportati dalle imprese associate nella transazione controllata.

2.2. Applicazione del metodo del Profit Split

Come accennato in precedenza, questo metodo risulta applicabile alle transazioni controllate dove le operazioni svolte dalle imprese associate sono talmente integrate e connesse tra di loro da non poter essere effettuate separatamente e dove entrambe le parti apportano dei contributi unici di valore. Alcuni esempi sono la creazione di una *partnership*, di una *joint venture* o lo sfruttamento congiunto di beni immateriali. In queste circostanze l'applicazione di un metodo unidirezionale non risulterebbe appropriata, mentre il metodo del *Profit Split* può rappresentare la soluzione più affidabile, in grado di garantire il rispetto del principio di libera concorrenza.[70] In particolare, è importante sottolineare la flessibilità del metodo del *Profit Split*, il quale, potendo essere applicato anche nei casi in cui non esistono dei comparabili affidabili, consente di tenere in considerazione le circostanze uniche e specifiche relative a ciascuna impresa associata coinvolta[71]. Infatti, il *Profit Split* consente di identificare e valutare con maggior precisione gli specifici contributi di ciascuna impresa associata, consentendo di determinare per entrambe il giusto compenso, in conformità con il principio dell'*arm's length*.

Bisogna tuttavia precisare che, nonostante i suddetti vantaggi, questo metodo non viene utilizzato di frequente nella pratica. In particolare, il metodo del *Profit Split* presenta alcuni svantaggi, tra cui la maggiore complessità di applicazione rispetto

---

[70] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 2.4.
[71] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 2.121.

agli altri metodi di *transfer pricing*. La sfida maggiore nell'applicazione del *Profit Split* è l'accesso alle informazioni delle consociate estere. Inoltre, può risultare difficile misurare i ricavi e i costi rilevanti per tutte le imprese associate che partecipano alle transazioni controllate, in quanto sono necessari libri e registri contabili su base comune, nonché l'effettuazione di appositi adeguamenti alle pratiche contabili e alle valute. In aggiunta, quando il *Profit Split* viene applicato al Reddito Operativo[72], può essere difficile identificare in modo appropriato le spese operative associate alle transazioni e allocare i costi rispettivamente sostenuti per le transazioni e quelli sostenuti per le altre attività delle imprese associate.

Infine, tra i principali svantaggi relativi al metodo del *Profit Split* vi è l'elevata soggettività dei criteri di ripartizione dei profitti basati sulle chiavi di allocazione, che possono offrire alle autorità fiscali l'opportunità di effettuare aggiustamenti e riallocare i profitti tra le imprese coinvolte nella transazione. Tale possibilità determina quindi un aumento del rischio di doppia imposizione e di eventuali controversie con le autorità fiscali.

Nei prossimi paragrafi verranno approfondite le modalità e le considerazioni alla base dell'applicazione del metodo del *Profit Split*.

2.2.1. Delineare la natura della transazione

Per determinare l'applicabilità del *Profit Split*, è importante per prima cosa delineare correttamente le caratteristiche della transazione. Questo processo richiede un'attenta analisi delle attività svolte e dei contributi apportati da ciascuna controparte, delle relazioni commerciali e finanziarie tra le imprese associate e del contesto in cui avviene la transazione infragruppo. L'indicatore più chiaro dell'applicabilità del *Profit Split* è dato dall'esistenza di contributi unici e di valore da parte di ciascuna impresa coinvolta nella transazione. Un ulteriore indicatore circa l'applicabilità del metodo del *Profit Split* è rappresentato dall'elevato grado di integrazione nelle operazioni commerciali tra le imprese associate, nonché l'assunzione condivisa di rischi economicamente significativi. Anche l'analisi del contesto e del settore in cui avviene la transazione può far emergere dei fattori particolarmente rilevanti nella valutazione dei contributi apportati dalle imprese coinvolte.

---

[72] Il Reddito Operativo (definito anche "EBIT") è solitamente calcolato come differenza tra le vendite nette (o valore della produzione) e i costi del venduto (o costi della produzione), sottraendo successivamente gli ammortamenti, le svalutazioni e le spese operative.

Qualora invece dall'analisi della transazione sia emerso che una delle controparti svolge esclusivamente funzioni semplici, non assume rischi economicamente significativi e non fornisce in alcun modo un contributo unico e di valore in relazione alla transazione, in tal caso il metodo del *Profit Split* non risulterebbe tipicamente appropriato, poiché è improbabile che in una transazione tra soggetti indipendenti sia stata prevista l'attribuzione di una sostanziale quota degli utili ad un'impresa che svolge funzioni semplici e si assume rischi limitati rispetto alla sua controparte.

Occorre inoltre sottolineare che, seppure il metodo del *Profit Split* non richieda l'individuazione di transazioni comprabili a quella avvenuta tra imprese associate, ciò non significa che questo metodo sia automaticamente applicabile in tutti i casi in cui non esistono dei comparabili affidabili. Infatti, a seconda delle specifiche circostanze, potrebbe rivelarsi più appropriato un metodo che utilizza transazioni tra soggetti indipendenti sufficientemente comprabili, piuttosto che un uso inappropriato del metodo del *Profit Split*.

Infine, è possibile fare riferimento anche alle pratiche maggiormente utilizzate nel settore in cui operano le imprese associate coinvolte nella transazione. In particolare, se risulta che in tale settore è comune utilizzare un approccio di ripartizione degli utili tra le imprese indipendenti che prendono parte ad una transazione, tali pratiche possono rappresentare un indicatore che ciascuna controparte apporta contributi unici e di valore e che le parti sono fortemente interdipendenti l'una dall'altra. Di conseguenza, anche osservando le pratiche adottate da soggetti indipendenti è possibile ottenere informazioni in merito all'applicabilità del metodo del *Profit Split*.

2.3.2. I contributi unici e di valore

Come descritto nel precedente paragrafo, è fondamentale guardare ai contributi unici e di valore apportati da ciascuna impresa associata coinvolta nella transazione al fine di valutare l'applicabilità del metodo del *Profit Split*.

I contributi (ossia le funzioni svolte e i beni strumentali utilizzati o conferiti) da parte delle imprese associate possono essere "unici e di valore" nei casi in cui:

i. non sono paragonabili ai contributi apportati da parti indipendenti in circostanze comparabili; e

ii. rappresentano una risorsa fondamentale di benefici economici effettivi o potenziali nelle operazioni aziendali[73].

Spesso i due fattori sono strettamente collegati, in quanto i contributi che rappresentano un vantaggio competitivo non sono comunemente confrontabili con i contributi apportati da soggetti terzi indipendenti.

Nei casi in cui entrambe le parti coinvolte possiedono beni immateriali unici e di valore rilevanti ai fini della transazione, sarà anche necessario considerare se, in base alla delineazione accurata della transazione, ciascuna di esse si assume i rischi economicamente significativi relativi a tali beni immateriali, ad esempio i rischi relativi allo sviluppo, all'obsolescenza, alla protezione, alla responsabilità del prodotto e allo sfruttamento.

2.3.3. Le operazioni commerciali altamente integrate

Un ulteriore indicatore da considerare nella valutazione dell'applicabilità del *Profit Split* è "l'elevato grado" di integrazione nelle operazioni commerciali tra le imprese associate coinvolte nella transazione. In particolare, è importante distinguere il grado di integrazione delle operazioni, in quanto la maggior parte dei gruppi multinazionali è in qualche misura integrata. Qualora vi sia una stretta interconnessione nello svolgimento delle funzioni, nell'utilizzo dei beni e nell'assunzione dei rischi tra le imprese associate e non è possibile valutare separatamente il contributo di ciascuna parte in modo affidabile, in tal caso è possibile affermare che esiste un "elevato grado" di integrazione nelle operazioni commerciali.

Al contrario, molti casi di integrazione all'interno di un'impresa multinazionale danno luogo a situazioni in cui il contributo di almeno una parte all'operazione può essere valutato in modo affidabile con riferimento a transazioni comparabili tra soggetti indipendenti. In particolare, quando le imprese associate svolgono attività complementari ma distinte, può accadere che sia possibile trovare elementi di confronto affidabili, poiché le funzioni, i beni e i rischi coinvolti in ciascuna fase possono essere comparabili a quelli coinvolti in transazioni tra soggetti indipendenti.

Nei casi di operazioni commerciali strettamente correlate, è fondamentale anche valutare la misura in cui le parti condividono l'assunzione dei rischi economicamente significativi. Inoltre, il contributo apportato da una delle parti

[73] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 2.130.

potrebbe avere un valore significativamente maggiore se considerato in combinazione con il contributo della controparte. Per questo motivo, potrebbe essere necessaria una valutazione complessiva dei contributi apportati nella transazione, in modo da determinare gli effetti generati dalla combinazione dei contributi da parte delle imprese associate.

2.3.4. La disponibilità di informazioni affidabili

Come già affermato nei precedenti paragrafi, il metodo del *Profit Split* può essere utilizzato in modo affidabile anche in assenza di informazioni in merito a transazioni comparabili tra soggetti indipendenti. Viceversa, nei casi in cui tali informazioni siano disponibili, è improbabile che il metodo del *Profit Split* si riveli il più appropriato per la determinazione dei prezzi di trasferimento.

Questo non significa però che non si possa fare riferimento ad informazioni provenienti da transazioni avvenute tra soggetti indipendenti, in quanto come già visto in precedenza, è possibile comunque utilizzare le suddette informazioni come guida nella ripartizione degli utili rilevanti, come avviene sia nell'approccio della *Contribution analysis* che in quello della *Residual analysis*.

2.3. Il report BEPS sul Transactional Profit Split Method

Nell'ottica di prevenire le pratiche BEPS (ossia le pratiche volte ad erodere la base imponibile e a trasferire i profitti verso Paesi con fiscalità più bassa), l'OCSE si è impegnata a sviluppare normative specifiche sui prezzi di trasferimento e misure speciali al fine di chiarire l'applicazione dei metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento, tra cui il *Profit Split*.

In particolare, già nel 1995 le Linee Guida OCSE includevano indicazioni sul metodo della ripartizione degli utili transazionali. In seguito alla revisione delle Linee Guida nel 2010, il metodo del *Profit Split* è applicabile laddove sia ritenuto il metodo più appropriato al caso in questione.

Senza modificare questa premessa, l'OCSE è intervenuta nel 2018 con il report BEPS "*Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method*", chiarendo e ampliando in modo significativo le indicazioni in merito a quando il metodo del *Profit Split* può risultare il metodo più appropriato (e quindi applicabile). L'OCSE descrive come rilevante la presenza di uno o più dei seguenti indicatori:

- ciascuna controparte apporta contributi unici e di valore;

- le operazioni commerciali sono altamente integrate, tanto che i contributi delle parti non possono essere valutati in modo affidabile separatamente l'uno dall'altro;
- le parti condividono l'assunzione di rischi economicamente significativi o assumono separatamente rischi strettamente correlati.

In aggiunta, il report amplia le indicazioni sulle modalità di applicazione del metodo del *Profit Split*, compresa la determinazione degli utili rilevanti da ripartire e dei criteri di ripartizione degli utili più appropriati.

Infine, la guida include sedici esempi per illustrare i principi discussi nel report e dimostrare come il *Profit Split* possa essere applicato nella pratica[74].

Nei prossimi paragrafi verranno quindi descritte le linee guida introdotte dal suddetto report, nonché un esempio di applicazione del *Profit Split*.

2.3.1. Guida all'applicazione del metodo del Profit Split

Il report pubblicato dall'OCSE in merito al *Transactional Profit Split Method* introduce un principio generale alla base dell'applicazione del suddetto metodo, ossia che la sua applicazione dipenderà sempre dai fatti e dalle circostanze dello specifico caso e dalle informazioni disponibili, con l'obiettivo di avvicinarsi il più possibile alla ripartizione degli utili che sarebbe stata effettuata nel caso in cui le parti coinvolte fossero state indipendenti. La guida, infatti, non fornisce un catalogo esaustivo delle modalità di applicazione del metodo, ma lascia a contribuenti ed autorità fiscali il compito di valutare l'effettiva applicabilità in base alle specifiche circostanze della transazione in esame.

Nel rispetto del suddetto principio e al fine di una corretta applicazione del *Profit Split*, la guida elenca una serie di criteri da rispettare:

- gli utili da ripartire devono essere coerenti con l'analisi funzionale della transazione controllata in esame, e in particolare riflettere l'assunzione dei rischi economicamente significativi da parte delle imprese associate; e
- le chiavi di allocazione devono essere misurabili in modo affidabile.

Inoltre,

- Se il metodo del *Profit Split* viene utilizzato per stabilire al momento della transazione i prezzi di trasferimento, sarebbe ragionevole aspettarsi che la

[74] OCSE, 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 Publishing, 2018, Paris.

durata dell'accordo e i criteri di allocazione degli utili siano concordati prima della transazione controllata;

- Il soggetto che utilizza il metodo del *Profit Split* (contribuente o amministrazione fiscale) deve essere pronto a spiegare perché è considerato il metodo più appropriato nelle circostanze del caso, nonché le modalità di attuazione, in particolare i criteri di allocazione degli utili utilizzati per suddividere i profitti rilevanti; e
- La determinazione degli utili rilevanti da dividere e dei criteri di allocazione degli utili deve essere generalmente utilizzata in modo coerente per tutta la durata dell'accordo, anche durante gli esercizi in perdita, a meno che la motivazione per l'utilizzo di utili rilevanti o criteri di allocazione degli utili diversi nel tempo sia supportata da fatti e circostanze e sia documentata[75].

L'applicazione del *Profit Split* prevede la possibilità di adottare diversi approcci, a seconda delle circostanze in cui avvengono le transazioni e delle informazioni disponibili. Come anticipato al paragrafo 2.1. del presente elaborato, sono prevalentemente due gli approcci più adatti ad effettuare una ripartizione conforme al principio di libera concorrenza:

- L'analisi del contributo (*Contribution analysis*), la quale può fare affidamento su dati di mercato relativi a transazioni tra soggetti terzi indipendenti, oppure sul valore relativo dei contributi di ciascuna delle imprese associate che partecipano alla transazione, determinato utilizzando informazioni interne al gruppo multinazionale.
- L'analisi del residuale (*Residual analysis*), suddivide i profitti rilevanti delle transazioni controllate in due categorie. Nella prima categoria rientrano i profitti attribuibili a contributi routinari che possono essere oggetto di un benchmark, in quanto essendo tipicamente contributi meno complessi è possibile reperire elementi di confronto affidabili. La seconda categoria è formata dai profitti "residuali" rispetto a quelli che rientrano nella prima categoria, i quali sono stati generati da contributi che possono essere unici e di valore, e/o sono attribuibili a un elevato livello di integrazione o all'assunzione condivisa di rischi economicamente significativi.

[75] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 2.148.

2.3.2. Guida alla determinazione dei profitti da ripartire

A questo punto sorge la questione su come determinare gli utili rilevanti da ripartire. Gli utili rilevanti da ripartire con il metodo del *Profit Split* sono quelli generati dalla transazione controllata a cui hanno partecipato le imprese associate. Per prima cosa è necessario identificare e delineare correttamente le transazioni che dovranno essere analizzate attraverso l'utilizzo del *Profit Split* e successivamente identificare gli importi di costi e ricavi rilevanti per ciascuna impresa che ha preso parte a tali transazioni.

Per la corretta ripartizione degli utili è inoltre necessario che i principi contabili applicati siano coerenti tra le imprese che partecipano alla transazione. I dati finanziari devono infatti essere messi su una base comune, sia in termini contabili che in termini di valuta. Nel caso vi siano differenze significative tra i principi contabili utilizzati dalle parti, sarà necessario effettuare un allineamento, per evitare eventuali distorsioni nell'applicazione del metodo del *Profit Split.*

In assenza di principi fiscali armonizzati, è possibile fare affidamento alla contabilità finanziaria, a condizione che i dati finanziari siano affidabili e verificabili. I documenti contabili relativi ai conti economici per linea di prodotto o per divisione aziendale possono rivelarsi particolarmente utili, sempre a condizione che le assegnazioni dei costi e ricavi vengano effettuate in base alle transazioni accuratamente delineate.

Come precedentemente affermato, la determinazione dei profitti da ripartire dovrebbe essere allineata alla transazione accuratamente delineata, sia che si tratti di utili effettivi che di utili previsti, o di una combinazione di questi.

Nell'applicazione del *Profit Split*, la suddivisione degli utili effettivi, ossia degli utili che sono stati influenzati dall'assunzione di rischi economicamente significativi, sarebbe appropriata solo nel caso in cui l'accurata delineazione della transazione dimostri che le parti condividono l'assunzione degli stessi rischi economicamente significativi associati all'opportunità commerciale o assumono separatamente rischi economicamente significativi strettamente correlati all'opportunità commerciale e di conseguenza dovrebbero partecipare agli utili o alle perdite risultanti. Questi tipi di assunzione di rischio possono verificarsi in scenari in cui le operazioni commerciali sono altamente integrate e/o ciascuna parte fornisce contributi unici e di valore[76].

---

[76] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 2.159.

Nei casi in cui si intende applicare il metodo del *Profit Split*, ma una delle parti non condivide l'assunzione dei rischi economicamente significativi, sarebbe più appropriata una suddivisione degli utili previsti.

In ogni caso, che si tratti di ripartizione di utili previsti o di utili effettivi, è importante applicare il metodo del *Profit Split* sulla base di informazioni note o ragionevolmente prevedibili dalle parti al momento della stipula delle transazioni, e non basandosi su eventi o sviluppi successivi. Nella ripartizione degli utili effettivi bisogna infatti applicare le chiavi di allocazione stabilite inizialmente. L'OCSE vuole inoltre ricordare, attraverso il report pubblicato, che il punto di partenza per delineare accuratamente qualsiasi transazione è solitamente costituito dai contratti scritti, che possono riflettere l'intenzione delle parti al momento della stipula del contratto.

La misura di profitto prevalentemente utilizzata nella ripartizione degli utili attraverso il metodo del *Profit Split* è il Reddito Operativo[77] ("*Operating Profit"*). Tale misura garantisce una ripartizione coerente dei ricavi e dei costi dell'impresa multinazionale attribuendoli alla rispettiva impresa associata che partecipa alla transazione. Occorre però tenere in considerazione le caratteristiche specifiche della transazione in esame, poiché in alcuni casi potrebbe essere appropriato utilizzare un indicatore diverso dal Reddito Operativo, ad esempio il Margine Lordo[78], e successivamente dedurre le spese sostenute o attribuibili a ciascuna impresa che partecipa alla transazione.

In sostanza, la scelta della misura di profitto da ripartire dipenderà dall'accurata delineazione della transazione. Nei casi in cui le imprese associate abbiano sostenuto dei rischi di produzione (ad esempio il rischio di responsabilità del prodotto o il rischio nella fornitura delle materie prime) i quali incidono maggiormente sul Margine Lordo, sarebbe più appropriato utilizzare tale misura come base per la ripartizione. In presenza di circostanze differenti, dove l'accurata delineazione della transazione fa emerge la presenza di una serie di rischi che influiscono sui costi operativi e che possono includere investimenti in beni immateriali, sostenuti in condivisione dalle parti, in tal caso sarebbe più appropriato utilizzare il Reddito Operativo come base per la ripartizione.

---

[77] Il Reddito Operativo (definito anche "EBIT") è solitamente calcolato come differenza tra le vendite nette (o valore della produzione) e i costi del venduto (o costi della produzione), sottraendo successivamente gli ammortamenti, le svalutazioni e le spese operative.

[78] Il Margine Lordo (definito anche "EBITDA") è solitamente calcolato come differenza tra le vendite nette (o valore della produzione) e i costi del venduto (o costi della produzione).

2.3.3. Guida alla ripartizione dei profitti

Per ripartire i profitti tra le imprese associate che partecipano alla transazione è fondamentale utilizzare dei criteri di ripartizione che riflettano in modo appropriato i contributi relativi di ciascuna controparte e che siano in grado di approssimare la suddivisione degli utili che si sarebbe ottenuta a condizioni di libera concorrenza. In base alle circostanze si può fare riferimento ai criteri e alle chiavi di allocazione utilizzati da imprese indipendenti in transazioni comparabili. Poiché i criteri di allocazione possono variare in base a ciascun caso specifico, non è auspicabile stabilire un elenco prescrittivo di quali siano utilizzabili, ma piuttosto è possibile definire una serie di caratteristiche che tali chiavi di allocazione devono possedere per poter essere affidabili.

L'OCSE all'interno della sua guida suggerisce che i criteri di ripartizione degli utili dovrebbero:

- Essere indipendenti dalla formulazione della politica dei prezzi di trasferimento, ossia basarsi su dati oggettivi (ad esempio, vendite a soggetti terzi indipendenti) e non su dati relativi alla remunerazione di transazioni controllate (ad esempio, vendite a imprese associate);
- Essere verificabili; e
- Essere supportati da dati di confronto, da dati interni o da entrambi[79].

Tra i possibili approcci, il report suggerisce ancora una volta di osservare quanto avviene in transazioni tra soggetti indipendenti. Alcune possibili fonti di informazioni sui criteri di ripartizione dei profitti si possono trovare negli accordi di *joint-venture* tra parti indipendenti, nelle collaborazioni farmaceutiche o negli accordi stipulati nel settore dei servizi finanziari.

Tuttavia, ottenere dati affidabili in merito ai suddetti accordi tra parti indipendenti potrebbe risultare difficile. A tal proposito, la guida vuole ricordare che l'utilizzo di tali informazioni di mercato, seppure rilevanti per la valutazione dei contributi apportati da ciascuna impresa nella transazione, si basa in ogni caso sull'ipotesi che le parti indipendenti abbiano suddiviso gli utili in proporzione ai rispettivi contributi. Di conseguenza, qualora non siano disponibili prove dirette su quanto concordato tra parti indipendenti, è possibile allocare gli utili in base ai contributi relativi apportati da ciascuna impresa associata, misurati in base alle funzioni svolte, ai rischi sostenuti e ai beni strumentali utilizzati.

---

[79] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 2.166.

La ripartizione degli utili con il metodo del *Profit Split* può avvenire attraverso l'uso di uno o più criteri di allocazione. Per determinare i criteri più rilevanti è fondamentale effettuare un'approfondita analisi funzionale e del contesto in cui avviene la transazione. A seconda delle circostanze è possibile utilizzare un criterio di ripartizione numerico (ad esempio una ripartizione 60%-40%, sulla base di dati di mercato relativi a transazioni tra imprese indipendenti) oppure una chiave di allocazione, ad esempio in proporzione alle spese di marketing sostenute dalle parti. Anche l'ammontare del capitale o delle attività delle imprese associate può essere utilizzato come criterio per la ripartizione dei profitti, purché tale valore rifletta in modo affidabile il contributo relativo delle parti agli utili generati dalla transazione. In alcune situazioni anche il tempo impiegato da un determinato gruppo di dipendenti con specifiche competenze può rappresentare un criterio di ripartizione affidabile.

Tra i principali documenti da cui è possibile ottenere informazioni rilevanti per la determinazione dei criteri di ripartizione troviamo la Documentazione Nazionale ("*Local File"*) e il *Master File*.

Con riferimento ai suddetti documenti, il Provvedimento del 23 novembre 2020 emanato dall'Agenzia delle Entrate ha fornito una serie di istruzioni in merito al contenuto di ciascuno di essi. In particolare, *Master File* e *Local File* devono contenere una serie di informazioni relative rispettivamente al gruppo multinazionale nel suo complesso e all'entità locale residente in Italia.

Nello specifico, il *Master File* deve essere articolato secondo un preciso ordine di capitoli e paragrafi, contenenti informazioni in merito alla struttura organizzativa del gruppo, alle attività svolte, ai beni immateriali utilizzati, alle attività finanziarie infragruppo ed infine ai rapporti finanziari del gruppo multinazionale.

Parallelamente, anche il *Local File* deve rispettare un preciso ordine di capitoli, paragrafi e sotto-paragrafi, contenenti una descrizione generale dell'entità locale, una descrizione delle operazioni infragruppo a cui l'entità locale ha partecipato nel corso dell'esercizio inclusiva di un'analisi di comparabilità, un dettaglio in merito alle informazioni finanziarie utilizzate ed infine la lista degli allegati.

Il rispetto della forma e dei contenuti previsti dal Provvedimento consentono al contribuente italiano di accedere al regime elettivo di protezione dalle sanzioni sui prezzi di trasferimento.

La suddetta documentazione contiene dunque informazioni rilevanti che possono supportare il contribuente nella determinazione dei criteri di ripartizione degli

utili. In aggiunta, è possibile fare affidamento ai dati interni al gruppo, ossia quelli forniti dalla documentazione contabile del contribuente.

Non tutti i dati di bilancio sono però strettamente collegati alla transazione infragruppo. Di conseguenza, è necessario che il contribuente individui i costi/ricavi e attività/passività rilevanti, al fine di redigere un bilancio "transazionale" da utilizzare per l'applicazione del *Profit Split*. I dati interni sono fondamentali per determinare i valori dei rispettivi contributi delle parti coinvolte nella transazione controllata. In particolare, tali valori devono basarsi su un'analisi funzionale che tenga conto delle funzioni svolte, dei rischi economicamente significativi sostenuti e dei beni strumentali utilizzati da ciascuna impresa associata che partecipa alla transazione. I dati interni utilizzati nella determinazione del valore dei contributi devono essere oggettivi ed affidabili, al fine di limitare l'arbitrarietà. La guida suggerisce inoltre di prestare particolare attenzione ai contributi relativi a beni immateriali unici e di valore e all'assunzione dei rischi, nonché alla rilevanza e alla misurazione dei fattori che hanno dato origine a tali contributi[80].

2.3.4. Esempio di applicazione del metodo del Profit Split

Di seguito verrà esposto un esempio di applicazione del *Profit Split* ad un caso concreto di transazione infragruppo.

Si supponga che Alfa e Beta siano due imprese appartenenti allo stesso gruppo multinazionale, situate in due giurisdizioni fiscali diverse. Entrambe le imprese sono attive nel settore dello sviluppo di software e producono le stesse interfacce grafiche di un'applicazione, sostenendo dei costi che portano alla creazione di un bene immateriale unico e di valore che possono utilizzare reciprocamente. Inoltre, ai fini dell'esempio, si presume che la natura di questo particolare bene immateriale unico e di valore sia tale che il valore dei rispettivi contributi unici e di valore di Alfa e Beta nell'esercizio fiscale in questione sia proporzionale alla spesa relativa di Alfa e Beta per il bene immateriale in quell'esercizio. Si supponga che Alfa e Beta vendano esclusivamente prodotti a terzi. Si ipotizzi inoltre che:

- il metodo più appropriato da utilizzare per la transazione in esame sia quello del *Profit Split*, attraverso l'approccio della *Residual analysis*;

[80] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 2.178.

- le attività di produzione di Alfa e Beta siano funzioni meno complesse (routinarie), alle quali dovrebbe essere allocato un rendimento iniziale pari al 10% del Costo del venduto;
- l'utile residuo debba essere ripartito in proporzione alle spese sostenute da Alfa e Beta in relazione al bene immateriale unico e di valore.

Di seguito vengono riportati in sintesi i principali dati finanziari rilevanti ai fini dell'applicazione del *Profit Split*.

Principali dati finanziari	Alfa	Beta	Totale complessivo (Alfa + Beta)
Vendite nette	1000	3000	4000
Costo del venduto	600	1700	2300
Margine Lordo	400	1300	1700
Spese Operative	50	100	150
Spese relative al bene immateriale unico e di valore	300	400	700
Reddito Operativo	50	800	850

Il primo passo consiste nel determinare il rendimento iniziale per le attività di produzione routinarie (ossia il 10% del Costo del venduto, secondo quanto ipotizzato in questo esempio).

	Alfa	Beta	Totale complessivo (Alfa + Beta)
Costo del venduto	600	1700	2300
Tasso di rendimento iniziale per le transazioni di produzione	10%	10%	10%
Rendimento iniziale per le transazioni di produzione	60	170	230

Il rendimento iniziale per le attività di produzione routinarie è stato determinato allocato 60 ad Alfa e 170 a Beta. Il totale, ossia 230, dovrà essere detratto dal Reddito Operativo per determinare la parte di utile residuo ancora da ripartire.

	Totale complessivo (Alfa + Beta)
Reddito Operativo complessivo	850
Utile già allocato (in base alle attività di produzione)	230
Utile residuale da ripartire in proporzione alle spese sostenute da ciascuna impresa per il bene immateriale unico e di valore	620

L'utile residuo in seguito all'allocazione del rendimento iniziale è pari a 620. Tale utile dovrà essere ripartito sulla base delle spese sostenute da ciascuna impresa associata in relazione al bene immateriale unico e di valore.

	Alfa	Beta
Utile residuale da ripartire	620	
Spese relative al bene immateriale unico e di valore	300	400
Ripartizione dell'utile residuale in proporzione alle spese relative al bene immateriale	265.7	354.3

Poiché l'impresa Alfa ha sostenuto spese pari a 300 su un totale di 700 in relazione al bene immateriale unico, otterrà una quota di utile residuo pari a 265,7. Per quanto riguarda l'impresa Beta, la quale ha sostenuto spese per 400 su un totale di 700, otterrà una quota di utile residuo pari a 354,3.

	Alfa	Beta	Totale complessivo (Alfa + Beta)
Rendimento iniziale per le transazioni di produzione	60	170	230
Utile residuale ripartito in proporzione alle spese sostenute per il bene immateriale	265.7	354.3	620
Totale utili allocati	325.7	524.3	850

In conclusione, sommando per ciascuna impresa associata le quote di rendimento iniziale e di utile residuo, risulta che all'impresa Alfa spetta una quota del Reddito Operativo pari a 325,7 mentre all'impresa Beta spetta una quota di Reddito Operativo pari a 524,3. Tale ripartizione, ottenuta applicando il metodo del *Profit Split*, approssima la ripartizione che sarebbe stata concordata tra imprese indipendenti in circostanze comparabili e per tale motivo risulta conforme al principio di libera concorrenza.

3. Hard-to-Value Intangibles

3.1. Definizione di intangibles secondo l'OCSE

Prima di approfondire il tema degli "*Hard-to-Value Intangibles*", è necessario approfondire il concetto di "*intangibles*" (ossia di "beni immateriali") secondo quanto previsto dalle Linee Guida OCSE. La definizione di "bene immateriale" è soggetta a molteplici interpretazioni ed è fondamentale trovare un equilibrio tra un concetto troppo ampio e uno troppo ristretto. Se si applicasse una definizione troppo restrittiva del termine *intangible*, i contribuenti o i governi potrebbero sostenere che alcuni elementi non rientrino in tale definizione e che possano quindi essere trasferiti senza corrispondere un compenso separato, anche se tale trasferimento darebbe luogo a un compenso nelle transazioni tra imprese indipendenti. Se si applicasse una definizione troppo ampia, i contribuenti o i governi potrebbero sostenere che l'uso o il trasferimento di un elemento nelle transazioni tra imprese associate dovrebbe richiedere una compensazione anche nei casi in cui tale compensazione non sarebbe prevista nelle transazioni tra imprese indipendenti. Per tale motivo, le Linee Guida OCSE definiscono il bene immateriale come "*qualcosa che non è un'attività fisica o un'attività finanziaria, che può essere posseduta o controllata per essere utilizzata in attività commerciali e il cui utilizzo o trasferimento sarebbe remunerato se fosse realizzato in una transazione tra soggetti indipendenti in circostanze similari"*[81]. Tale definizione differisce da quelle contabili nazionali e internazionali. In particolare, secondo i principi contabili nazionali (OIC24), le caratteristiche che definiscono un bene immateriale sono l'assenza di tangibilità, il sostenimento effettivo di costi e l'utilità pluriennale. Con riferimento ai principi contabili internazionali (IAS38), un bene immateriale deve essere intangibile, i relativi costi devono essere identificabili e misurabili, deve essere soggetto al controllo da parte della società e deve poter generare dei benefici economici futuri. A causa delle differenze tra le definizioni contabili e la definizione delle Linee Guida OCSE, è possibile che in determinate circostanze un bene immateriale risulti tale ai fini di *transfer pricing* ma non venga ugualmente riconosciuto ai fini contabili. Un caso frequente riguarda i costi associati allo sviluppo interno all'azienda di beni immateriali, attraverso spese quali R&D e marketing, che nella maggior parte dei casi vengono spesati (confluendo quindi a conto economico) piuttosto che capitalizzati ai fini contabili, con la conseguenza che tali beni immateriali non

[81] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo A.1

figurino in bilancio. I suddetti beni immateriali possono comunque essere utilizzati per generare un valore economico significativo e potrebbero quindi essere considerati come *intangibles* ai fini di *transfer pricing*. Pertanto, è necessario che l'analisi per identificare tali beni venga effettuata a livello di azienda e di mercato. L'analisi a livello aziendale dovrebbe considerare il modo in cui l'*intangible* in questione contribuisce alla creazione del valore complessivo dell'azienda. L'analisi a livello di mercato consiste in uno studio approfondito delle caratteristiche chiave del mercato in cui operano le aziende. Il modo in cui i beni immateriali creano valore a seconda del modello aziendale dipende dalle caratteristiche del settore e dal livello di concorrenza che le aziende devono affrontare. In particolare, l'analisi deve essere finalizzata a comprendere le principali funzioni svolte e i rischi specifici assunti in relazione allo sviluppo, al miglioramento, alla manutenzione, alla protezione e allo sfruttamento dei beni immateriali (le cosiddette funzioni "DEMPE") e al modo in cui essi interagiscono con altri *intangibles*, con i beni materiali e con le operazioni aziendali per creare valore. Pertanto, sebbene gli *intangibles* abbiano spesso caratteristiche simili e un certo grado di standardizzazione tra le diverse società, la loro identificazione nell'ambito del *transfer pricing* dipende dal contesto economico. Per questo motivo le Linee Guida OCSE non forniscono una lista esaustiva di *intangibles*, ma presentano piuttosto una serie di esempi di beni immateriali che vengono solitamente considerati tali ai fini di transfer pricing:

- **Brevetti**: sono strumenti giuridici che concedono un diritto esclusivo al suo proprietario, cioè di utilizzare una determinata invenzione per un periodo di tempo limitato all'interno di un territorio specifico. In genere sono il risultato di un'attività di R&D pluriennale e possono portare alla creazione di valore in varie modalità. Solitamente, i brevetti vengono utilizzati per tutelare la commercializzazione di prodotti innovativi; in questo caso il ritorno generato deriva dalla vendita del bene/servizio. Un altro caso può riguardare la concessione di licenze ad altre aziende per l'utilizzo del brevetto, a fronte delle quali l'azienda ha diritto a percepire delle *royalties*. Infine, anche la vendita a titolo definitivo del brevetto può generare un ritorno per l'azienda. Come per tutti gli altri *intangibles*, il brevetto non implica direttamente l'aumento dei profitti complessivi dell'azienda. È comunque necessario effettuare un'analisi approfondita del business e dei concorrenti.

- ***Know-how* e segreti commerciali**: questa tipologia di beni immateriali è costituita da conoscenze e competenze che aiutano o migliorano un'attività commerciale. La loro caratteristica principale è la mancanza di protezione da parte di strumenti legali, come i brevetti. Spesso offrono un vantaggio competitivo al proprietario, ma rappresentano probabilmente l'*asset* più esposto al rischio di perdita. Questa tipologia di *beni* è detenuta dal capitale umano delle aziende: dipendenti, manager, dirigenti. Anche solo le dimissioni di un manager possono portare alla perdita di una parte consistente del *know-how* dell'organizzazione e alla diffusione della conoscenza nell'ambiente competitivo.
- **Marchi, denominazione commerciale e *Brand*:** un marchio consiste in un "*nome, un simbolo, un logo o un'immagine unica che il titolare può utilizzare per distinguere i propri prodotti e servizi da quelli di altre entità*"[82]. Solitamente è protetto da un sistema di registrazione, per essere distinguibile dagli altri prodotti/servizi. In particolare, il titolare di un marchio registrato può escludere altri soggetti dall'utilizzo di tale marchio nel territorio di registrazione. La registrazione di un marchio può essere nazionale, europea o internazionale. In Italia, la registrazione nazionale ha validità su tutto il territorio nazionale e ha una durata di 10 anni dalla data di deposito della domanda di registrazione, con la possibilità di durare a tempo indeterminato a seguito di rinnovo periodico (ogni 10 anni). La registrazione europea è valida in tutti i Paesi dell'Unione Europea ed è anch'essa valida per 10 anni con possibilità di rinnovo. La registrazione internazionale consiste in un'estensione della validità del marchio nazionale a livello internazionale. Tuttavia, la registrazione internazionale non ha valore in tutto il mondo, ma bensì nei Paesi che hanno aderito al Sistema di Madrid[83]. Per poter procedere alla registrazione di un marchio nei Paesi che non hanno aderito al Sistema di Madrid occorrerà procedere con una registrazione nazionale nel rispettivo Paese. La denominazione commerciale rappresenta il nome con cui un'azienda opera e svolge le sue attività, spesso (ma non sempre) è il nome legale dell'azienda stessa. Il *brand* è un bene immateriale più complicato, poiché solitamente coincide con il nome dei marchi e delle denominazioni commerciali, ma in realtà è

[82] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 6.21.
[83] Il Sistema di Madrid è una soluzione per la registrazione e la gestione dei marchi a livello internazionale che consente di ottenere la protezione del marchio in un massimo di 129 Paesi aderenti.

una combinazione di beni immateriali e/o altri elementi, tra cui marchi, denominazioni commerciali, relazioni con i clienti, caratteristiche di reputazione e avviamento. La natura intrinseca del *brand* lo rende quasi impossibile da separare dagli altri beni immateriali sopra citati ed è spesso considerato uno dei principali *intangibles* per la creazione di valore, in quanto può rappresentare una possibile fonte di creazione di valore sostenibile[84].

- **Licenze e concessioni governative**: possono essere fondamentali per una specifica azienda e possono coprire un'ampia gamma di rapporti commerciali. Possono includere, tra l'altro, la concessione da parte del governo di diritti per lo sfruttamento di specifiche risorse naturali, beni pubblici o per l'esercizio di una specifica attività commerciale[85].
- **Avviamento**: A seconda del contesto, il termine avviamento può essere utilizzato per indicare una serie di concetti diversi. In alcuni contesti contabili e di valutazione aziendale, l'avviamento riflette la differenza tra il valore complessivo di un'attività operativa e la somma dei valori di tutte le attività materiali e immateriali identificabili separatamente. In alternativa, l'avviamento viene talvolta descritto come una rappresentazione dei benefici economici futuri associati alle attività aziendali non identificate o rilevate separatamente. In altri contesti, l'avviamento viene definito come l'aspettativa di scambi commerciali futuri da parte dei clienti preesistenti. Generalmente, si ritiene che l'avviamento non possa essere trasferito separatamente dalle altre attività aziendali e che il suo valore influisca sul prezzo di numerose transazioni avvenute tra imprese associate o indipendenti. Nei casi di transazioni di una parte o della totalità dei beni aziendali tra imprese associate, l'avviamento può risultare una componente rilevante ai fini di un'analisi di *transfer pricing*. Ciò è particolarmente vero per le transazioni che riguardano le attività immateriali: esse sono più sensibili alla combinazione con attività non identificabili separatamente, che costituiscono l'avviamento. Le amministrazioni fiscali dovrebbero quindi prestare maggior attenzione nella valutazione dei prezzi di trasferimento quando le transazioni tra imprese associate coinvolgono in particolare attività immateriali, poiché l'impatto dell'avviamento in queste

[84] Light L., The Economics of Brand Value, 2019, Forbes.
[85] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 6.26

transazioni potrebbe giustificare un prezzo elevato in considerazione di tali componenti non identificabili separatamente.

Altri elementi, come le sinergie e le caratteristiche del mercato, pur essendo rilevanti nel contesto di un'analisi di *transfer pricing*, non possono essere identificati come beni immateriali, poiché non possono essere controllati o posseduti.

3.1.1. La proprietà dei beni immateriali

Nell'ambito dell'analisi di *transfer pricing* delle transazioni che coinvolgono beni immateriali, è fondamentale determinare l'impresa o le imprese appartenenti al gruppo multinazionale che hanno diritto a partecipare ai profitti derivanti dallo sfruttamento dei suddetti beni. Analogamente, occorre stabilire quale impresa appartenente al gruppo debba sostenere i costi, gli investimenti e gli altri oneri associati alle funzioni DEMPE. Sebbene il proprietario legale di un bene immateriale possa ricevere i proventi derivanti dal suo sfruttamento, è possibile che altre imprese appartenenti al gruppo abbiano svolto funzioni, utilizzato beni o assunto rischi, contribuendo dunque ad incrementare il valore del bene immateriale. Secondo quanto previsto dalle Linee Guida OCSE, tali imprese associate devono ricevere un adeguata remunerazione per i contributi apportati, in proporzione alle funzioni svolte, ai beni utilizzati e ai rischi sostenuti nello sviluppo, nel miglioramento, nella manutenzione, nella protezione e nello sfruttamento dei beni immateriali.

Identificare il proprietario legale del bene immateriale oggetto di trasferimento rappresenta dunque il punto di partenza. In genere, le principali fonti di informazioni utili ad identificare il proprietario legale sono i contratti scritti, i documenti pubblici (ad esempio registrazioni di brevetti o marchi) la corrispondenza e/o altre comunicazioni tra le parti[86]. I contratti chiariscono come sono stati distribuiti tra le parti i diritti, le responsabilità e i ruoli in relazione ai beni immateriali. Tuttavia, la presenza di tali caratteristiche all'interno di un contratto non garantisce il rispetto del principio di libera concorrenza. I prezzi possono essere manipolati, in modo da non riflettere le normali condizioni di mercato. Inoltre, anche se i contratti scritti contengono alcune disposizioni, nella pratica potrebbero non essere pienamente rispettate. Pertanto, risulta necessario effettuare un'analisi a due livelli: a livello superficiale, è necessario capire se il contratto rispetta il principio di libera concorrenza; successivamente, anche se il

[86] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, pag. 255-260

contratto risulta pienamente conforme, è necessario analizzare a fondo le pratiche comuni tra le parti.

Possono verificarsi casi in cui non sia possibile identificare un proprietario legale, a causa della mancanza di appositi atti o documentazione. In questa particolare situazione è richiesta un'ulteriore analisi al fine di determinare quale soggetto eserciti effettivamente il controllo delle decisioni relative allo sfruttamento del bene immateriale e alla capacità di limitare l'uso dell'*intangible* da parte di altri[87]. L'eventuale soggetto in grado di esercitare il controllo su queste decisioni è considerato il proprietario dell'*intangible*. Sebbene l'identificazione del proprietario legale sia un buon punto di partenza, non è sufficiente per avere una comprensione completa di una transazione di beni immateriali in ottica di *transfer pricing*. Ciò che conta davvero in tale contesto è l'identificazione della parte che ricopre il ruolo di proprietario economico. In altre parole, essere il proprietario legale non è sufficiente per giustificare l'ottenimento dell'intero compenso derivante dallo sfruttamento del bene immateriale. Le parti che hanno diritto a ricevere un compenso dallo sfruttamento del bene sono quelle che svolgono funzioni, utilizzano beni e si assumono rischi, in relazione allo sviluppo, al miglioramento, alla manutenzione, alla protezione e allo sfruttamento dei beni immateriali[88]. In molti casi, il proprietario legale e il proprietario economico differiscono e un eventuale contratto, che prevede un compenso per il proprietario legale, non risulta conforme al principio di libera concorrenza. Un'entità che si limita a detenere un bene immateriale sviluppato internamente non ha diritto a ricevere alcun ritorno economico, indipendentemente dal fatto che un'altra entità della stessa multinazionale svolga le funzioni, utilizzi i beni e si assuma i rischi relativi a tale bene. La remunerazione fornita alle entità che svolgono funzioni, utilizzano beni e assumono rischi in relazione allo sviluppo, al miglioramento, alla manutenzione, alla protezione e allo sfruttamento di beni immateriali è solitamente distribuita su base *ex-ante*. Ciò significa, in altre parole, che il compenso erogato all'entità che esercita le suddette funzioni è calcolato basandosi su ipotesi preventive (*ex ante*) sulla redditività attesa che l'*intangible* produrrà. Come è noto, tuttavia, non è raro che la redditività effettiva differisca significativamente da quella prevista. Per quanto riguarda i beni immateriali, è compito delle amministrazioni fiscali capire se l'eventuale differenza sia dovuta a

[87] Ibidem.
[88] Ibidem.

un errore umano, fatto in buona fede, o a una manipolazione volontaria. Questo tema si aggiunge agli altri finora citati, ossia:

a) l'identificazione del soggetto che svolge le funzioni;
b) l'identificazione della parte che utilizza i beni strumentali;
c) l'identificazione della parte che si assume i rischi,

in relazione allo sviluppo, al miglioramento, alla manutenzione, alla protezione e allo sfruttamento di beni immateriali. Nei paragrafi che seguono, ciascuno di questi aspetti sarà trattato in dettaglio.

3.1.2. Lo svolgimento delle funzioni

I principi sanciti nelle Linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento affermano che ogni membro di un'impresa multinazionale dovrebbe ricevere un compenso adeguato alle funzioni che svolge, in relazione allo sviluppo, al miglioramento, alla manutenzione, alla protezione e allo sfruttamento di beni immateriali[89], ossia in relazione alle funzioni DEMPE. Il proprietario legale, nonostante i termini specifici previsti da un contratto, ha il diritto di trattenere tutti i profitti derivanti da un bene immateriale, se e solo se svolge le funzioni sopra menzionate. Tuttavia, non è necessario che tutte le funzioni relative agli intangibili siano svolte dal titolare legale. Infatti, se si considerano i rapporti di mercato tra parti indipendenti, è normale che alcune funzioni DEMPE possano essere esternalizzate. Ciò che è fondamentale è che ciascuna delle funzioni eventualmente esternalizzate alle imprese associate sia remunerata in base al principio di libera concorrenza. La determinazione dell'*arm's length* dovrebbe considerare la disponibilità di transazioni comparabili non controllate, l'importanza delle funzioni svolte per la creazione del bene immateriale e le opzioni disponibili per le imprese associate. Inoltre, l'identificazione della parte che esercita il controllo è uno dei punti fondamentali dell'analisi.

Nell'esternalizzazione di funzioni tra imprese non correlate, la parte che concede le funzioni connesse a un bene immateriale di solito mantiene il controllo sull'impresa che opera sul bene. Tuttavia, un'operazione speculare che avviene tra imprese associate ha caratteristiche diverse. In quest'ultimo caso, il proprietario legale solitamente cede il controllo di alcune o talvolta anche tutte le funzioni connesse all'*intangible*, e di solito l'entità di controllo è diversa da quella che esercita le funzioni. Pertanto, il proprietario legale dovrebbe remunerare adeguatamente anche l'entità di controllo, ovviamente in base al principio di libera

[89] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 6.48

concorrenza. Qualsiasi beneficio economico derivante dalle funzioni DEMPE esternalizzate non deve essere attribuito al proprietario legale, bensì all'entità che le esercita.

Come per tutte le fasi di un'analisi di *transfer pricing* che coinvolge i beni immateriali, la chiara identificazione delle parti che esercitano funzioni e controllo può risultare estremamente complessa. L'analisi del *business*, del mercato e delle circostanze è fondamentale, al di là di qualsiasi raccomandazione e definizione. In questo caso specifico è fondamentale riconoscere che, a seconda delle circostanze, alcune funzioni sono più importanti di altre. Ad esempio, per quanto riguarda i beni immateriali sviluppati in proprio, queste funzioni più importanti possono includere "*la progettazione e il controllo dei programmi di ricerca e di marketing, la direzione e la definizione delle priorità per le imprese creative, il controllo delle decisioni strategiche relative ai programmi di sviluppo dei beni immateriali e la gestione e il controllo dei bilanci*"[90]. Per altre categorie di *intangible*, invece, possono essere importanti anche la difesa e la protezione, il controllo continuo della qualità delle funzioni svolte da imprese indipendenti o associate. Le funzioni sopra citate sono solitamente tra quelle che contribuiscono in misura più rilevante al valore finale del bene immateriale. Al fine di valutare le funzioni esternalizzate in base al principio di libera concorrenza, risulta spesso difficile trovare transazioni comparabili; per tale motivo, il metodo del *Profit Split* e l'utilizzo di tecniche di valutazione finanziaria possono essere molto utili per stimare quale dovrebbe essere la remunerazione appropriata per le imprese associate che esercitano le funzioni connesse allo sviluppo, alla manutenzione, alla protezione e allo sfruttamento dei beni immateriali.

3.1.3. L'utilizzo dei beni strumentali

Come già detto in precedenza, l'OCSE, nelle sue Linee guida sui prezzi di trasferimento, afferma che le imprese associate che utilizzano beni per lo sviluppo, il miglioramento, la manutenzione, la protezione e lo sfruttamento di un bene immateriale dovrebbero ricevere un'adeguata compensazione[91]. Le attività possono essere, senza limitazioni, beni immateriali, beni materiali e finanziamenti. Il trattamento dei finanziamenti, nell'esercizio delle funzioni sopra menzionate, è particolarmente interessante. L'OCSE ha infatti introdotto una nuova formulazione dell'*Arm's Length Principle*, sottolineando l'importanza di

[90] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 6.56.
[91] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, pag. 265-267.

compensare le parti effettivamente coinvolte nel corso della "vita utile" dell'*intangible*. Di conseguenza, alla parte che fornisce fondi per sviluppare, mantenere, migliorare, proteggere e sfruttare il bene immateriale non può più essere attribuita la quota residuale dei profitti (ossia qualsiasi profitto netto derivante dal bene immateriale che residua dopo la remunerazione delle parti che sostengono le attività per la sua creazione, sviluppo e protezione). L'OCSE, così facendo, manifesta la sua attenzione per le società altamente capitalizzate e tassate in misura minore che diventano proprietarie di beni immateriali con l'intento di ricavarne un rendimento sostanziale. Pertanto, il soggetto che finanzia l'esercizio delle funzioni relative a un bene immateriale ha diritto a ricevere esclusivamente un rendimento adeguato al rischio[92]. La motivazione economica alla base del cambiamento del principio di libera concorrenza è la discriminazione tra il rischio finanziario e il rischio operativo. Infatti, se il rischio finanziario è certamente presente e riconosciuto dall'OCSE, il punto chiave è il rischio operativo. La nuova formulazione dell'*Arm's Length Principle* relativa alle attività di finanziamento implica che se il finanziatore non è coinvolto nello sviluppo, nel miglioramento, nella manutenzione, nella protezione e nello sfruttamento di un bene immateriale, allora quest'ultimo non affronta il rischio operativo relativo a tale bene immateriale e quindi non ha diritto ad alcun profitto superiore al rendimento adeguato al rischio (*risk-adjusted*) del finanziamento. La possibilità di convergenza tra questi due tipi di rischio può essere rappresentata da un finanziamento contingente, ad esempio collegando la valutazione delle decisioni chiave relative allo sviluppo del bene immateriale alle *tranche* di finanziamenti. Poiché i rischi legati al successo economico di un bene immateriale sono spesso elevati, il finanziatore sarà probabilmente disposto ad occuparsi delle decisioni strategiche relative allo sviluppo, allo sfruttamento o alla commercializzazione dell'*asset*, delegando quindi il controllo a una terza parte.

3.1.4. L'assunzione dei rischi

I principali rischi che possono essere sostenuti in relazione ai beni immateriali sono:

a) Rischio di sviluppo: rischio che le spese di R&D e di marketing non producano i risultati attesi, rischio di investimenti operativi non adeguatamente finanziati, rischio di errata valutazione delle tempistiche relative al processo di sviluppo del bene immateriale;

[92] Ibidem.

b) Rischio di obsolescenza: rischio che l'innovazione tecnologica dei concorrenti renda il bene immateriale obsoleto prima che avvenga la sua commercializzazione;
c) Rischio di violazione: rischio che la protezione relativa agli *intangibles* venga violata, incluso il rischio che le forme di difesa adottate possano dimostrarsi inefficaci e dispendiose in termini di tempo e fondi;
d) Rischio di prodotto: rischio legato ai prodotti e ai servizi basati sull'*intangibles*, che potrebbero manifestare difetti o non garantire le prestazioni attese;
e) Rischio di sfruttamento: rischio legato alla volatilità della tempistica e dell'entità dei rendimenti attesi dal bene immateriale.

Se il titolare legale del bene immateriale affida l'assunzione di questi rischi a un'impresa associata, quest'ultima deve ricevere un compenso adeguato. L'assunzione dei rischi sopra elencati implica il riconoscimento delle conseguenze che possono verificarsi se qualcosa va storto. A questo proposito, è particolarmente importante assicurarsi che la parte che afferma di essere esposta ai suddetti rischi se ne assuma effettivamente la responsabilità e sia quindi in grado di sostenere i costi derivanti dal verificarsi in tutto o in parte di tali rischi. Se il soggetto che sostiene il rischio è diverso dal soggetto responsabile delle eventuali conseguenze, si dovrà procedere a un aggiustamento in base al principio di libera concorrenza, in modo da trasferire i costi alla parte responsabile dell'assunzione dei rischi e remunerare l'impresa associata che sostiene effettivamente i costi economici.

3.1.5. Rendimenti effettivi e rendimenti previsti

Spesso la redditività effettiva (*ex post*) non coincide con quella prevista (*ex ante*). Ciò è dovuto dalla presenza di un numero incalcolabile di variabili che possono manifestarsi al di fuori di quanto era stato inizialmente stimato: il verificarsi di eventi imprevisti, riguardanti l'evoluzione del mercato, della società, delle normative, o ad esempio lo scoppio di una pandemia, un disastro naturale, un attacco terroristico, possono cambiare radicalmente il quadro della valutazione. Inoltre, poiché la stima non è una scienza esatta, ma bensì un approccio basato su ipotesi umane, i fattori chiave della valutazione possono spesso rivelarsi errati. Ad esempio, il rischio è stato mal rappresentato nel costo del capitale, la crescita delle vendite è stata sovrastimata o l'aliquota fiscale media è stata calcolata in modo errato. Tutti questi elementi, combinati tra loro, fanno emergere delle differenze tra i rendimenti *ex-ante* (stimati) e quelli *ex-post* (effettivi), che

possono manifestarsi come una sovrastima o a una sottostima dei profitti previsti. In tal caso risulta necessario determinare in che modo si debbano ripartire i profitti o le perdite tra le entità del gruppo multinazionale che hanno contribuito allo sviluppo, al miglioramento, al mantenimento, alla protezione e allo sfruttamento dell'*intangible* in questione. Secondo quanto affermato dall'OCSE, la parte che sostiene effettivamente i rischi economici dovrebbe avere diritto al sovra o sotto-rendimento. Come descritto al precedente paragrafo, tali rischi potrebbero essere sostenuti dal proprietario legale oppure potrebbero essere sostenuti un'altra impresa associata, in base a determinati accordi tra le parti o alle specifiche circostanze. L'identificazione dei ruoli e delle responsabilità deve avvenire ancora una volta attraverso l'analisi dei contratti e dei comportamenti effettivi delle parti coinvolte. Oltre a questa analisi, bisogna prestare attenzione all'ammontare dei contributi versati alle imprese associate, sulla base delle valutazioni *ex-ante*, per compensare le funzioni svolte, i beni utilizzati e i rischi sostenuti nello sviluppo, nel miglioramento, nella manutenzione, nella protezione e nello sfruttamento di un bene immateriale. I suddetti contributi sono pagati anticipatamente e si basano sulla redditività attesa generata dal bene immateriale. Tuttavia, poiché la valutazione *ex-ante* può rivelarsi spesso errata, anche i relativi contributi possono risultare sbagliati. È importante sottolineare che, come meglio discusso al paragrafo 3.3.2 del presente elaborato, anche l'OCSE ammette un corridoio del 20% sopra e sotto il prezzo di trasferimento nella valutazione degli *Hard-to-Value Intangibles*. Il corridoio del 20%, sebbene non sia giustificato da alcuna ragione economico-fiscale, è considerato dall'OCSE come una soglia al di sopra della quale è presumibilmente evidente che la transazione non è avvenuta a condizioni di libera concorrenza. Spetta all'amministrazione fiscale, in ogni caso, stabilire se l'errore è stato commesso volontariamente, al fine di ottenere un reddito imponibile inferiore attraverso specifiche policy di *transfer pricing*, oppure se si è trattato di un errore umano commesso in buona fede.

3.1.6. Applicazione dei principi OCSE a casi concreti

I principi esposti nei precedenti paragrafi in merito agli *intangibles* devono essere applicati in una varietà di contesti relativi allo sviluppo, al miglioramento, alla manutenzione, alla protezione e allo sfruttamento di beni immateriali. Una considerazione fondamentale in ciascun caso è che le imprese associate che contribuiscono allo sviluppo, al miglioramento, alla manutenzione, alla protezione o allo sfruttamento di beni immateriali legalmente posseduti da un altro membro del gruppo devono ricevere un compenso conforme all'*Arm's Length*

Principle per le funzioni svolte, i rischi assunti e i beni strumentali utilizzati. A tal proposito, è necessario considerare sia la natura dell'attività svolta, sia l'ammontare e la forma del compenso corrisposto.

Di seguito si espone l'applicazione di tali principi ad alcuni casi concreti.

- **Sviluppo e valorizzazione dei marchi**: spesso un'impresa che svolge funzioni di vendita e di marketing, può generare un incremento del valore dei marchi dei prodotti che distribuisce, apportando un beneficio a favore dell'impresa associata che è titolare legale del marchio. In questi casi, è necessario determinare in che modo il distributore debba essere compensato per le sue attività e se questo debba essere compensato solo per la fornitura di servizi di promozione e distribuzione, o se debba essere compensato anche per l'aumento del valore dei marchi in virtù delle funzioni svolte, dei beni utilizzati e dei rischi assunti. L'analisi di questo problema richiede una valutazione (i) degli obblighi e dei diritti impliciti negli accordi tra le parti; (ii) delle funzioni svolte, dei beni utilizzati e dei rischi assunti dalle parti; (iii) del valore che si prevede verrà generato attraverso le attività svolte dal distributore; e (iv) del compenso previsto per le funzioni svolte dal distributore (tenendo conto dei beni utilizzati e dei rischi assunti). Un caso relativamente semplice è quello in cui un distributore agisce esclusivamente come agente, venendo quindi rimborsato per le spese promozionali e coordinato dal proprietario legale del marchio. In questo caso, il distributore avrebbe diritto a un compenso adeguato esclusivamente alle sue attività di agenzia. Non si assume i rischi associati all'ulteriore sviluppo dei marchi e quindi non avrebbe diritto a una remunerazione aggiuntiva. Quando il distributore sostiene effettivamente il costo delle sue attività di marketing (ad esempio, quando non esiste un accordo per il rimborso delle spese da parte del titolare legale del marchio), l'analisi deve concentrarsi sulla misura in cui il distributore è in grado di condividere i potenziali benefici derivanti dalle funzioni svolte, dai beni utilizzati e dai rischi assunti. In generale, nelle transazioni che avvengono in condizioni di libera concorrenza, un soggetto distributore può essere in grado di ottenere benefici dalle funzioni svolte, dai beni utilizzati e dai rischi assunti nello sviluppo e nella valorizzazione di un marchio posseduto da un altro soggetto indipendente, quando le parti hanno stipulato un contratto a lungo termine che prevede diritti di distribuzione esclusiva per il prodotto con tale marchio. In questa situazione, gli sforzi del distributore

possono aver accresciuto il valore dei propri beni immateriali, ossia i diritti di distribuzione. Per determinare quindi la quota di benefici spettanti all'impresa associata che ricopre il ruolo di distributore è necessario basarsi sul beneficio che riceverebbe un distributore indipendente in circostanze analoghe.

- **Ricerca e Sviluppo**: in molti casi può accadere che un membro di un'impresa multinazionale svolga attività di R&D per conto di un'impresa associata, che è il proprietario legale del bene immateriale (eventualmente) risultante. In base al principio di libera concorrenza, è fondamentale che venga riconosciuto un compenso alla parte che svolge le attività di R&D e, nel caso in cui agli accordi contrattuali sottoscritti dalle parti prevedano una remunerazione, questa deve essere adeguata ai fatti e alle circostanze. Ad esempio, se il gruppo di ricerca possiede competenze ed esperienze uniche rilevanti per la ricerca, se assume rischi, se utilizza i propri beni immateriali o se è controllato e gestito da un'altra parte. Per questo, l'attribuzione di un compenso standard, basato sul rimborso dei costi più un margine di ricarico, può risultare non conforme all'ALP in molteplici circostanze.
- **Compenso per l'uso del nome della società**: in linea generale, non dovrebbe maturare alcun compenso per la semplice caratteristica di far parte di un gruppo o di usare il nome del gruppo per fare affari. I problemi sorgono quando il titolare legale di un marchio, nome commerciale o brand, fornisce, con l'uso di questi loghi, un beneficio finanziario a un altro membro del gruppo, che non riconosce alcun compenso al titolare. In questo caso, è necessario prevedere una remunerazione adeguata al titolare legale, e l'importo di tale remunerazione deve essere conforme *all'Arm's Length Principle*. Nel determinare l'*arm's length* per tale transazione, occorre prestare attenzione all'ammontare del beneficio finanziario per l'utilizzatore del nome attribuibile all'uso del nome stesso nome, ai costi e ai benefici associati ad altre alternative e ai contributi relativi al valore del nome apportati dal proprietario legale e dall'entità che utilizza il nome sotto forma di funzioni svolte, beni utilizzati e rischi assunti[93]. Un'ulteriore circostanza comune si verifica quando, all'interno dello stesso gruppo multinazionale, un membro del gruppo titolare dell'avviamento collegato all'uso di un marchio non registrato concede ad un'altra impresa associata

[93] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 6.82

l'utilizzo di tale bene immateriale. In questo caso, poiché tale situazione porterebbe ad una rappresentazione economico/contabile non veritiera, risulta necessario effettuare un pagamento appropriato, in conformità con l'ALP.

3.2. La determinazione del prezzo nelle transazioni di beni immateriali

Il presente capitolo ha l'obiettivo di affrontare il problema della determinazione del prezzo dei beni immateriali nelle transazioni tra imprese associate. Come già menzionato al paragrafo 1.3 del presente elaborato, l'OCSE adotta il "principio di libera concorrenza" (*Arm's Length Principle* o *"ALP"*) come standard di riferimento per la determinazione dei prezzi di trasferimento nelle transazioni tra imprese appartenenti allo stesso gruppo multinazionale. Tale principio si applica anche nella determinazione dei prezzi nelle transazioni che coinvolgono gli *intangibles*.

3.2.1. L'Arm's Length Principle

Il principio dell'*Arm's Length* stabilisce che, al fine di determinare il valore delle transazioni (commerciali o finanziarie) tra imprese associate, è necessario valutarle come se suddette transazioni fossero avvenute tra soggetti indipendenti, ciascuno dei quali operante nel proprio interesse. Tale principio è stato introdotto con l'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE al fine di combattere la pratica, adottata dalle imprese appartenenti al medesimo gruppo multinazionale, che consiste nello spostamento dei profitti verso le giurisdizioni fiscali con le aliquote più basse, riducendo artificialmente il reddito imponibile nelle giurisdizioni fiscali con l'aliquota più alta. Ciò può avvenire attraverso la manipolazione dei prezzi a cui avvengono le transazioni tra le imprese associate, i cosiddetti prezzi di trasferimento (o "*transfer price"*). Le Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento forniscono cinque metodi per determinare l'ALP. I primi tre metodi sono i "metodi tradizionali", mentre gli ultimi due sono chiamati "metodi reddituali". Di seguito si analizzano brevemente i metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento di libera concorrenza:

- **Confronto di prezzo ("*Comparable Uncontrolled Price"* o "CUP")**: Il metodo CUP si basa sul confronto tra il prezzo praticato per i beni o i servizi trasferiti in una transazione controllata (ossia tra imprese associate) con il prezzo praticato in una transazione non controllata (tra soggetti indipendenti) che risulti comparabile e sia avvenuta in circostanze analoghe. Nel caso in cui emergano delle differenze da tale confronto, è presumibile che la transazione controllata non sia avvenuta a normali

condizioni di mercato. In tal caso, il prezzo applicato nella transazione tra parti correlate dovrebbe essere adeguato a quello della transazione comparabile avvenuta tra imprese indipendenti. Il metodo CUP può basarsi sia su transazioni non controllate comparabili "interne" (ossia transazioni di vendita di beni o prestazione di servizi dall'impresa associata verso altre imprese terze), sia su transazioni non controllate comparabili "esterne" (ovvero avvenute esclusivamente tra imprese terze indipendenti). Nell'applicazione pratica di questo metodo, risulta spesso difficile individuare delle transazioni comparabili che siano totalmente analoghe all'operazione in esame, in particolare nel caso di transazioni non controllate comparabili "esterne" in quanto la disponibilità di informazioni necessarie a valutarne la comparabilità risulta spesso limitata;

- **Prezzo di rivendita ("*Resale Price Method*" o "RPM"):** Il RPM si basa sul prezzo di un prodotto/servizio che è stato acquistato da un'impresa associata e rivenduto a un soggetto terzo indipendente. Il prezzo di rivendita viene ridotto di un adeguato margine lordo, determinato confrontando i margini lordi di transazioni comparabili effettuate tra l'impresa e soggetti terzi indipendenti (oppure tra due soggetti tra loro indipendenti) in circostanze analoghe. Successivamente, si deducono i costi associati all'acquisto del prodotto, ottenendo così un'approssimazione del prezzo che dovrebbe essere pagato, in condizioni di libera concorrenza, all'impresa associata per l'acquisto del prodotto/servizio;
- **Costo maggiorato ("*Cost Plus Method*" o "CPM"):** Nell'applicazione del CPM è necessario per prima cosa individuare il prezzo a cui un bene/servizio è stato trasferito da un fornitore terzo indipendente ad un'impresa associata. L'impresa associata, dopo aver svolto delle attività di trasformazione, trasferisco tale bene/servizio ad un'altra impresa appartenente allo stesso Gruppo. A questo punto il prezzo sostenuto dall'impresa associata rappresenta la base di calcolo a cui dovrà essere successivamente aggiunta un'appropriata percentuale di ricarico sui costi sostenuti (c.d. *Cost Plus Mark-up*), determinata in considerazione delle specifiche condizioni del mercato, delle funzioni svolte, dei beni utilizzati e dei rischi assunti. Il *Mark-up* dovrà poi essere confrontato con quello realizzato in transazioni non controllate comparabili al fine di determinare se l'impresa associata ha realizzato un profitto appropriato e conforme al principio di libera concorrenza;

- **Margine Netto della Transazione ("Transactional Net Margin Method" o "TNMM"):** Il TNMM è il primo tra i metodi cosiddetti "reddituali". Tale metodo si fonda sulla valutazione del rapporto tra l'utile netto realizzato dal contribuente in una transazione controllata ed una "base appropriata" (ad esempio il fatturato o il totale attivo). Nel rispetto dell'ALP, il contribuente dovrebbe realizzare un margine netto coincidente con il margine che avrebbe realizzato nel caso in cui tale transazione fosse avvenuta con un soggetto terzo indipendente. A tal fine, il contribuente può utilizzare dati comparabili per determinare il margine netto che sarebbe stato realizzato da imprese indipendenti in transazioni comparabili. Per valutare l'effettiva comparabilità delle transazioni, il contribuente è tenuto ad effettuare un'attenta analisi funzionale.
- **Ripartizione degli utili ("Profit Split Method" o "Profit Split")**, Il Profit Split è il secondo metodo "reddituale" e si fonda sull'attribuzione di una quota di utile a ciascuna impresa associata che partecipa ad una transazione controllata. Partendo quindi dalla determinazione del profitto complessivo originato dalla transazione controllata, si procede quindi a determinare la quota spettante a ciascuna impresa associata, basandosi sulla ripartizione che sarebbe stata concordata nel caso in cui la stessa transazione fosse avvenuta tra imprese indipendenti, tenendo conto del contesto economico, delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni strumentali utilizzati da ciascuna delle parti. Per maggiori dettagli in merito al metodo del Profit Split si rinvia a quanto indicato al Capitolo 2.

L'applicabilità dei suddetti metodi al fine della determinazione dei prezzi delle transazioni infragruppo in conformità con il principio di libera concorrenza è stata inoltre confermata dal Decreto 14 maggio 2018 del Min. Economie e Finanze, contenente le linee guida per l'applicazione delle disposizioni previste dall'articolo 110, comma 7, del TUIR, in materia di prezzi di trasferimento.

Riguardo la selezione del metodo "più appropriato" per la determinazione dei prezzi di trasferimento, secondo le Linee Guida OCSE:

"La selezione di un metodo per la determinazione dei prezzi di trasferimento si pone sempre l'obiettivo di trovare quello più appropriato ad un caso particolare. A questo scopo, nel processo di selezione andranno presi in considerazione i rispettivi vantaggi e svantaggi dei metodi riconosciuti dall'OCSE: la coerenza del metodo considerato con la natura della transazione tra le imprese associate,

determinata in particolar modo attraverso l'analisi funzionale; la disponibilità di informazioni affidabili (in particolar modo sui comparabili indipendenti) necessaria all'applicazione del metodo selezionato e/o degli altri metodi; il grado di comparabilità tra le transazioni tra le imprese associate e quelle tra parti indipendenti, compresa l'affidabilità degli aggiustamenti di comparabilità necessari per eliminare le differenze significative tra dette transazioni. Nessun metodo è utilizzabile in tutte le situazioni possibili, né è necessario dimostrare la non applicabilità di un dato metodo alle circostanze del caso di specie"[94].

A tal proposito è intervenuta anche la Corte di Cassazione la quale, nella sentenza n. 15668 del 17 maggio 2022, ha espressamente richiamato le indicazioni della prassi ministeriale in merito alla scelta del metodo più appropriato necessario a determinare la congruità dei prezzi di trasferimento infragruppo, chiarendo che, affinché l'applicazione di un determinato metodo sia affidabile, occorre condurre un'analisi di comparabilità che passa attraverso i due momenti della scelta della parte testata e dell'identificazione delle società comparabili. In tale occasione la Corte ha affermato che tale prospettiva interpretativa è coerente con quanto previsto dalle Linee Guida OCSE sul *transfer pricing*, a cui si ispira la disciplina nazionale[95].

Sebbene i metodi precedentemente elencati siano generalmente in grado di risolvere il problema della corretta valutazione delle transazioni di beni immateriali tra imprese associate, possono presentarsi situazioni reali in cui risulta complicato effettuare una valutazione oggettiva della transazione. La crescente globalizzazione e la rapida innovazione tecnologia degli ultimi vent'anni hanno generato una maggiore diversificazione, con un incremento dei casi di transazioni che coinvolgono beni immateriali unici/altamente innovativi, per i quali non è possibile trovare dei comparabili affidabili. Considerando che tra i cinque metodi forniti dalle Linee Guida OCSE il metodo del *Profit Split* è l'unico che non necessita della ricerca di transazioni comparabili, risulta evidente che sono pochi gli strumenti a disposizione di contribuenti e autorità fiscali nel determinare la corretta valutazione di una transazione di beni immateriali altamente innovativi.

3.2.2. La determinazione dell'ALP

La determinazione dell'*arm's length* per le transazioni che consistono nel trasferimento di beni immateriali, risulta essere attualmente tra le questioni più

---

[94] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, sezione B, paragrafo 2.2.
[95] Corte di Cassazione, Sez. 5, Sentenza n. 15668 del 17 maggio 2022.

complesse che caratterizzano il diritto tributario internazionale. Seppure l'OCSE negli ultimi anni abbia dedicato tempo e risorse alla risoluzione di questo problema, l'utilizzo pratico dei metodi previsti dalle Linee Guida per determinare l'*arm's length* non ha ancora del tutto risolto la questione.

La complessità nell'affrontare tale questione è attribuibile principalmente ai seguenti fattori:

a) Mancanza di comparabilità con le transazioni avvenute tra imprese indipendenti.
b) Mancanza di comparabilità tra i beni immateriali in questione.
c) Possesso/uso di diversi beni immateriali da parte di diverse imprese associate all'interno della stessa multinazionale.
d) Difficoltà ad isolare l'impatto di un bene immateriale.
e) Il livello di integrazione può essere talmente elevato da rendere impossibile l'attribuzione.
f) I contributi dei vari membri all'impresa multinazionale possono avvenire nel corso di molti anni.
g) Il fatto che le strutture dei contribuenti possano essere basate su termini contrattuali tra imprese associate che separano la proprietà dallo svolgimento di funzioni importanti, dal controllo del rischio e dalle decisioni relative agli investimenti in modi che non si osservano nelle transazioni tra imprese indipendenti.[96]

Poiché il grado di complessità, dovuto essenzialmente ai fattori critici sopra citati, può diventare estremamente elevato, i soggetti (contribuenti o autorità fiscali) che intendono determinare il valore di una transazione di beni immateriali dovrebbero, prima di tutto, cercare un comparabile adeguato. Nel caso in cui risulti possibile identificare una transazione comparabili adeguata, avvenuta tra parti indipendenti, la determinazione dell'*arm's length* risulta semplice e diretta. Tuttavia, se dopo una lunga e complicata ricerca non sia stato possibile identificare transazioni comparabili adeguate, risulta necessario ricorrere all'utilizzo di metodi di t*ransfer pricing* che non si basano su transazioni comparabili o, in alternativa, di tecniche di valutazione finanziaria. I paragrafi che seguono illustrano il metodo per la ricerca di transazioni comparabili, con particolare attenzione ai fattori di comparabilità e ai metodi di t*ransfer pricing* applicabili nelle transazioni che coinvolgono beni immateriali. Successivamente, si illustreranno i metodi

[96] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, sezione B, paragrafo 6.33.

alternativi per la determinazione del valore di libera concorrenza nelle transazioni di beni immateriali, con particolare attenzione alle tecniche di valutazione finanziaria.

Il primo passo nella determinazione dell'*arm's length* consiste quindi nel ricercare transazioni comparabili avvenute tra imprese indipendenti. Questa risulta essere la via più breve ed efficiente, in particolare nelle analisi di transfer pricing relative ai beni immateriali, dove la valutazione del prezzo del bene può essere molto soggettiva e incerta.

Di seguito si descrivono alcune delle caratteristiche specifiche dei beni immateriali particolarmente rilevanti per la corretta attuazione di un'analisi di comparabilità, secondo quanto definito dalle Linee Guida OCSE:

- **Esclusività**: ai fini dell'analisi di comparabilità è importante considerare la presenza di diritti esclusivi o non esclusivi sui beni immateriali oggetto di trasferimento. Una transazione che prevede il trasferimento di un determinato bene, coperto da un brevetto pluriennale, comporterà il trasferimento di un bene potenzialmente in grado di generare un vantaggio competitivo. Al contrario, un soggetto che riceve un bene immateriale non coperto da brevetto non sarà in grado di escludere i concorrenti e in genere non otterrà un vantaggio competitivo sul mercato. Di conseguenza, si dovrà considerare la natura esclusiva o non esclusiva dei beni immateriali o dei diritti sui beni immateriali nell'ambito dell'analisi di comparabilità.
- **Estensione e durata della protezione legale:** strettamente legata all'esclusività, anche l'estensione e la durata della protezione legale sono importanti nel contesto della ricerca. I trasferimenti di beni immateriali con una protezione legale breve e trascurabile, come il *know-how*, non possono essere paragonati al trasferimento di un brevetto sviluppato in proprio che è protetto legalmente per 5-10 anni. Inoltre, i beni con una protezione legale di 1 anno non possono essere paragonati a beni analoghi con una protezione di 10 anni.
- **Mercato di riferimento**: l'estensione del mercato geografico di riferimento è rilevante e influisce sul valore dei beni immateriali. Ad esempio, una licenza che consente a un'azienda di operare in un solo Paese avrà sicuramente meno valore rispetto a un'altra licenza che consente di operare in molteplici Paesi.
- **Vita utile**: Molti beni immateriali hanno una vita utile limitata. La vita utile residua di un bene immateriale può essere influenzata da diversi fattori, ad

esempio dalla durata della protezione legale ad esso collegata, dal tasso di sviluppo tecnologico, o ancora dallo sviluppo e dalla commercializzazione di nuovi e più efficienti prodotti. La durata della vita utile è ovviamente correlata positivamente al valore del bene immateriale; pertanto, le transazioni che coinvolgono beni immateriali con vite utili diverse potrebbero non essere comparabili ai fini di *transfer pricing*.

- **Stadio di sviluppo**: lo stato di avanzamento in cui i beni immateriali si trovano al momento del trasferimento può influenzare il valore della transazione. Il fatto che un bene immateriale sia trasferito in combinazione con un prodotto/servizio pronto per essere commercializzato o che necessita invece di un ulteriore livello di sviluppo può determinare delle differenze sostanziali nel valore della transazione, secondo l'ALP. In generale, i trasferimenti di beni immateriali in relazione a prodotti/servizi finali, pronti per essere lanciati sul mercato, hanno un valore maggiore rispetto a beni immateriali simili relativi a prodotti/servizi semilavorati. Nel valutare i beni immateriali parzialmente sviluppati, occorre prestare attenzione alla probabilità che l'ulteriore sviluppo generi dei benefici economici futuri significativi.
- **Diritti su miglioramenti, revisioni e aggiornamenti**: poiché l'economia digitale produce sempre più innovazione tecnologica, la possibilità che un prodotto diventi non competitivo in un orizzonte di breve termine non è trascurabile. La possibilità di disporre di beni immateriali che consentono l'accesso a miglioramenti, revisioni e aggiornamenti di un prodotto può fare la differenza tra la costruzione di un vantaggio competitivo sostenibile a breve o a lungo termine. Un ragionamento simile vale per il trasferimento di beni immateriali in relazione alla ricerca che può portare alla creazione di un altro bene immateriale, migliorato e più innovativo.
- **Sfruttamento dei benefici futuri**: i benefici economici futuri che si prevede possano derivare dall'uso o dalla commercializzazione del bene immateriale possono variare significativamente, a seconda delle ipotesi. Nell’effettuare un’analisi di comparabilità affidabile è quindi necessario tenere conto delle diverse prospettive di redditività dei beni immateriali. Infatti, non può esistere una comparabilità adeguata se si prevede che i beni immateriali diano un rendimento totalmente diverso dal loro sfruttamento. La valutazione ex-ante dei benefici futuri è inevitabilmente influenzata da ipotesi soggettive. Per effettuare una valutazione affidabile, è fondamentale utilizzare le stesse ipotesi teoriche nel valutare i benefici dei diversi beni

immateriali, senza trascurare le differenze che possono essere legate a ciascuna delle caratteristiche sopra menzionate.

Dopo aver individuato una transazione comparabile potrebbe essere necessario effettuare delle "rettifiche di comparabilità" al fine di correggere l'effetto delle differenze di valore tra un bene immateriale e il suo comparabile. In alcune situazioni però, le differenze tra i beni immateriali possono generare conseguenze economiche significative, talvolta impossibili da rettificare in modo affidabile. In particolare, nei casi in cui gli importi attribuibili alle rettifiche di comparabilità rappresentano un'ampia percentuale del compenso per l'*intangible*, si potrebbe ritenere, a seconda dei casi specifici, che il calcolo dell'aggiustamento non sia affidabile e che i beni immateriali confrontati non siano in realtà sufficientemente comparabili per sostenere una valida analisi di *transfer pricing*. Se non è possibile effettuare rettifiche di comparabilità affidabili, potrebbe essere necessario selezionare un metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento che risulti meno dipendente dall'identificazione di beni immateriali comparabili[97].

Se i fattori di comparabilità, precedentemente menzionati, risultano presenti e fondati nella pratica, allora uno dei cinque metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento può essere utilizzato per determinare *l'arm's length* della transazione in esame. Tuttavia, nel particolare contesto del Transfer Pricing legato ai beni immateriali, occorre prestare ulteriore attenzione ad alcuni metodi. I metodi unilaterali, come il TNMM e il metodo del prezzo di rivendita, non sono generalmente metodi affidabili per valutare direttamente i beni immateriali[98]. La complessità dei meccanismi che generalmente si verificano nello sviluppo, nel miglioramento, nella manutenzione, nella protezione e nello sfruttamento dei beni immateriali non consente l'utilizzo di meccanismi che semplificano drasticamente gli eventi. Le situazioni sono in genere difficilmente standardizzabili ed estremamente diverse l'una dall'altra, per cui l'utilizzo di assunzioni predeterminate sui margini può completamente svalutare la transazione. Inoltre, anche l'uso del metodo del costo maggiorato non risulta affidabile, quando si tratta di beni immateriali. La correlazione tra il costo di sviluppo dei beni immateriali e il loro valore o prezzo di trasferimento è spesso trascurabile[99]. Nonostante l'uso dei metodi finora descritti sia fortemente sconsigliato, nessuna disposizione ne vieta l'uso in rare situazioni, come nel caso di transazioni che comportano il

[97] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, sezione D, paragrafo 6.33.
[98] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, sezione D.2.6., paragrafo 6.141.
[99] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 6.142.

trasferimento di beni immateriali standardizzati, la cui percentuale di margine sia ben nota. In tali situazioni, anche se molto rare, l'uso di metodi unilaterali può rendere più facile e veloce il processo di determinazione del prezzo di trasferimento. Come sempre, un elevato grado di giudizio è lasciato ai soggetti coinvolti nell'analisi. Il metodo di *transfer pricing* preferenziale da utilizzare, nel caso in cui esista la comparabilità, è comunque il metodo CUP (*Comparable Uncontrolled Price*). Questo metodo, dopo aver individuato la transazione comparabile avvenuta tra imprese indipendenti, sostituisce semplicemente il prezzo in esame con quello deciso dalle forze di mercato. Naturalmente, questo metodo richiede un'analisi approfondita dei fattori di comparabilità, al fine di stabilire la connessione tra il prezzo controllato e quello non controllato.

In alcune situazioni un'azienda, parte di un'impresa multinazionale, acquista un bene immateriale da una terza parte indipendente e lo trasferisce immediatamente a un'altra impresa associata, appartenente allo stesso gruppo. In questo caso, se non vengono effettuate ulteriori operazioni di sviluppo, miglioramento, manutenzione, protezione e sfruttamento del bene immateriale in questione, non può essere giustificata la presunzione di un'eventuale differenza tra i due prezzi considerati. Pertanto, è possibile applicare il prezzo della transazione non controllata a quello concordato tra le imprese associate. Tuttavia, queste situazioni avvengono molto raramente e nella maggior parte dei casi risulta complicato individuare delle transazioni con un sufficiente grado di comparabilità, complice l'elevato grado di unicità di alcuni beni immateriali. Nel prossimo paragrafo verranno illustrati i metodi da utilizzare nel caso in cui non vi siano transazioni comparabili, sottolineando la rilevanza che le tecniche di valutazione possono avere in un simile contesto.

3.2.3. La determinazione del prezzo in assenza di comparabili

Nel caso in cui la ricerca di transazioni comparabili si riveli infruttuosa, l'unico metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento che può essere utilizzato risulta essere il *Profit Split*. In particolare, questo metodo può rivelarsi molto utile quando vengono apportati contributi unici e di valore nello sviluppo, nel miglioramento, nella manutenzione, nella protezione e nello sfruttamento del bene immateriale. Per maggiori dettagli in merito all'applicazione del metodo del *Profit Split* si rinvia a quanto indicato al Capitolo 2.

Per utilizzare efficacemente il *Profit Split*, tuttavia, è fondamentale la disponibilità di "*dati affidabili e adeguati relativi al totale dei profitti combinati, alle spese*

adeguatamente allocabili e all'affidabilità dei fattori utilizzati per ripartire il profitto combinato"[100].

Inoltre, è importante prestare attenzione alla distinzione tra risultati (*ex post*) e stime (*ex ante*). Una situazione classica in cui risultati e stime possono non differire riguarda l'applicazione del *Profit Split* per stimare il contributo delle parti al profitto generato da un bene immateriali diversi anni dopo il verificarsi del trasferimento. In questo caso, i contributi alla generazione di valore stimati prima del trasferimento possono essere scarsamente correlati con i profitti futuri derivanti dal bene immateriale. Diversi fattori possono contribuire a complicare la stima dei profitti e dei contributi futuri. Più fattori entrano in gioco, maggiore sarà la soggettività richiesta alle autorità fiscali e più alta sarà la probabilità di incorrere in controversie con i contribuenti. Una situazione in cui è frequente l'utilizzo del *Profit Split* si verifica nei casi di trasferimento di diritti di proprietà su beni immateriali completamente sviluppati, soprattutto quando non è possibile trovare transazioni comparabili affidabili. In questo caso, la valutazione del contributo alla generazione del profitto da parte del cedente è solo una parte della valutazione che deve essere effettuata. Infatti, come di consueto, deve essere effettuata un'analisi approfondita delle funzioni svolte, dei beni utilizzati e dei rischi assunti dal cessionario/licenziatario nello sviluppo, miglioramento, manutenzione, protezione e sfruttamento del bene immateriale.

Inoltre, è fondamentale svolgere un'attenta analisi delle concessioni che vengono trasferite al licenziatario, nonché "*la valutazione dei contributi del licenziatario agli incrementi di valore dei beni immateriali concessi in licenza*".[101] Gli accordi di licenza devono essere analizzati in combinazione con l'analisi funzionale, al fine di determinare la quota di profitto da assegnare rispettivamente al licenziante e al licenziatario.

3.3. Gli Hard-to-Value Intangibles

Poiché in determinati contesti, i metodi di *transfer pricing* non possono essere utilizzati in modo affidabile per determinare l'*arm's length*, oppure risultano inadatti ad effettuare una valutazione sufficientemente oggettiva, l'unico metodo possibile per valutare una transazione che coinvolge un bene immateriale è utilizzando tecniche di valutazione finanziaria. Questo problema è particolarmente rilevante quando l'analisi dei prezzi di trasferimento riguarda beni

[100] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, sezione D.2.6.2, paragrafo 6.148.
[101] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 6.1.5.2.

immateriali particolarmente difficili da valutare. Tale tipologia di beni, denominati *Hard-to-Value Intangibles* (*HTVI*) rappresentano quindi una categoria di beni immateriali ("*Intangibles*") che risultano di difficile valutazione ("*Hard-to-Value*") a causa della mancanza di transazioni comparabili affidabili e per cui al momento della transazione le proiezioni dei flussi di cassa attesi sono altamente incerte in quanto strettamente legate al verificarsi di eventi o sviluppi futuri.

La maggior parte degli *HTVI* è perciò caratterizzato da uno o più elementi critici che ne complicano il processo di valutazione, ad esempio:

- il fatto che il bene immateriale sia stato solo parzialmente sviluppato al momento della transazione;
- la possibilità di sfruttamento del bene immateriale esclusivamente dopo diversi anni dal momento dell'acquisizione;
- la presenza di un *Cost Contribution Arrangement* (CCA), ossia un accorto di condivisione dei costi e dei rischi tra imprese associate, all'interno del quale il bene immateriale viene sviluppato;
- la forte componente innovativa del bene immateriale che rende impossibile trovare dei potenziali comparabili che consentano di fare delle previsioni affidabili sui flussi di cassa futuri.[102]

A causa di tali elementi critici che rendono difficile la valutazione degli *Hard-to-Value Intangibles* ed in particolare a causa della presenza di una forte asimmetria informativa tra amministrazione e contribuente, le Linee Guida OCSE hanno previsto la possibilità per l'amministrazione di considerare i risultati *ex-post* come prove presunte circa l'adeguatezza degli accordi sui prezzi *ex-ante* della transazione di HTVI. Al contribuente spetta dunque l'onere di dimostrare che le differenze tra i risultati realizzati *ex-post* e quelli stimati *ex-ante* non siano attribuibili ad un suo errore di valutazione ma derivino effettivamente da eventi imprevedibili o successivi alla determinazione del prezzo.

3.3.1. Determinazione del valore degli HTVI

Per determinare il valore "equo" di tali beni immateriali, nella maggior parte dei casi l'unica possibilità è quella di utilizzare tecniche di valutazione basate su metriche contabili e finanziarie. Utilizzando questi modelli finanziari, sia i contribuenti che le amministrazioni fiscali possono ricavare direttamente il valore equo dei beni immateriali in questione, senza ricorrere ad altri metodi indiretti.

[102] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, sezione D.4., paragrafo 6.190.

Secondo gli *International Valuation Standards* (IVS), si possono elencare tre macro-gruppi di tecniche di valutazione:

1. Quelle "basate sui costi" (*Cost-based*), che presuppongono che un agente razionale non sarebbe disposto a pagare un prezzo superiore al costo dell'autoriproduzione[103];
2. Quelle "basate sul mercato", (*Market based*) che presuppongono che il valore possa essere ricavato facendo riferimento a transazioni di mercato relative ad attività identiche o simili;
3. Quelle "basate sul reddito", (*Income based*) che presuppongono che il valore dipende dai benefici attesi generati dall'attività, opportunamente corretti per il rischio.[104]

L'OCSE consente l'utilizzo di suddette tecniche di valutazione, in particolare quelle *Cost-based*. Le tecniche di valutazione utilizzate, in quanto collegate a finalità di *transfer pricing*, devono soddisfare le disposizioni previste dall'ALP, ossia devono considerare le questioni relative alla proprietà, alla rischiosità e all'eventuale aggregazione delle transazioni. Lo scopo della valutazione è importante per fondare le ipotesi di base del modello. Infatti, una valutazione effettuata a fini esclusivamente contabili o a fini fiscali dovrebbe essere vista in un'ottica differente. Le valutazioni dei beni immateriali effettuate a fini contabili, per esempio nel contesto di una PPA (*Purchase Price Allocation*)[105], sono solitamente basati su ipotesi conservative, in quanto si tratta di stime del valore delle attività riflesse nel bilancio di un'azienda. Al contrario, le valutazioni effettuate in un contesto di *transfer pricing* possono basarsi su ipotesi diverse e più lungimiranti, quindi meno conservative. Pertanto, le valutazioni dei beni immateriali effettuate a fini contabili non influiscono sull'analisi indipendente effettuata ai fini del *transfer pricing*. Al fine di eseguire una corretta valutazione, è fondamentale selezionare il metodo di valutazione più appropriato, identificare i parametri chiave per la valutazione, effettuare gli "*stress test*" sulle assunzioni ed infine verificare la correttezza del risultato.

---

[103] Petronella G., Valuations for Transfer Pricing of Intangibles: A Comparative Analysis of the Excess Earning Method and Residual Profit Split, International Transfer Pricing Journal, 2019, paragrafo 2.
[104] Ibidem.
[105] La PPA è una pratica in cui l'acquirente alloca il prezzo d'acquisto alle attività e alle passività della società target acquisita nella transazione. La rivalutazione delle attività esistenti deve avvenire al Fair Value, così come la valutazione delle nuove attività e la determinazione dell'eventuale avviamento. La valutazione delle attività nel contesto di un PPA è esplicitamente citata dall'OCSE come non vincolante ai fini del *transfer pricing*.

L'OCSE consente l'utilizzo di metodi di valutazione basati sul reddito, ovvero il valore del bene immateriale in questione deve essere stimato attraverso la previsione dei benefici futuri attesi legati allo sfruttamento/commercializzazione del bene. Il modello di valutazione finanziaria basato sul reddito più utilizzato è senza dubbio il *Discounted Cash Flows* (di seguito, DCF). Questo metodo presenta alcuni vantaggi. Il primo consiste nell'essere logicamente e matematicamente coerente, in quanto si basa su modelli e assunti teorici e non semplicemente sull'empirismo. Altri metodi di valutazione sono invece più concentrati sull'empirico e mancano di coerenza logica. Il secondo vantaggio del metodo DCF è che il risultato finale si basa su alcuni parametri, che sono i principali *driver* di valore. Di conseguenza, l'analisi si basa principalmente su elementi strategici ed economici che ne caratterizzano la solidità e la capacità di stimare i risultati futuri, riducendo il *focus* sulle performance presenti o passate. Il risultato del modello DCF è il Valore attuale (*Present Value o "*PV*"*) del bene immateriale al momento della valutazione, che si ottiene sommando tutti i flussi di cassa (*Cash Flow* o "CF") attualizzati che si prevede l'attività genererà nel corso della sua vita utile. Nel caso in cui venga stimata una vita utile del bene immateriale infinita, a partire da un determinato anno in poi (di solito dopo il quinto anno di previsione), si assume che i flussi di cassa generati dal bene immateriale siano costanti e perpetui. La rendita perpetua è chiamata "*Terminal Value" (TV)*, nel contesto dei modelli basati sul reddito. La formula chiave e le relative variabili del DCF sono illustrate di seguito:

$$PV_0 = \sum_{t=0}^{t=N} \frac{CF_t}{(1+i)^t} + \frac{TV}{(1+i)^{N+1}}$$

Dove:

PV = Valore attuale;
t = anno fiscale;
CF = Flusso di cassa generato dal bene immateriale;
i = tasso d'interesse utilizzato per scontare i flussi di cassa;
N = ultimo anno del periodo di previsione;
TV = Termina Value, ossia la rendita perpetua dopo l'ultimo anno di previsione, calcolata come:

$$TV = \frac{CF_{N+1}}{i}$$

Il primo termine rappresenta la somma dei flussi di cassa attualizzati nel periodo di previsione puntuale, o fase di *budgeting*. Il secondo termine stima invece il valore attuale del *Terminal Value*, ossia dell'ammontare perpetuo dei flussi di cassa generati a partire dalla fine della fase di *budgeting*. Tutti i flussi di cassa attesi dal bene immateriale vengono attualizzati utilizzando un fattore di sconto, che si basa sul tasso di interesse dell'anno considerato. Le principali criticità, in merito alla solidità del modello, sono rappresentate dall'accuratezza delle proiezioni finanziarie (ossia il modo in cui vengono stimati i CF futuri) e dalle ipotesi sui tassi di crescita, sui tassi di sconto e sulle imposte. I CF previsti sono altamente incerti, in quanto consistono in proiezioni di entrate e uscite derivate dallo sfruttamento dell'HTVI e altrettanto incerto è il tasso di interesse applicato per un determinato anno all'interno del periodo di valutazione.

Il modello DCF si basa su una serie di fattori chiave di valore e la sensibilità del risultato della valutazione a questi parametri è elevata. Ad esempio, una leggera variazione del tasso di sconto può ribaltare completamente il valore attuale, anche se le proiezioni finanziarie rimangono invariate. È quindi fondamentale eseguire un'analisi dello scenario, con l'assegnazione di diverse probabilità di realizzazione a ciascuna prospettiva. A causa della volatilità del risultato, le ipotesi economiche alla base del modello assumono una particolare importanza. Tali ipotesi riguardano le seguenti aree, che rappresentano il cuore del modello DCF:

Proiezioni finanziarie: i CF derivanti dallo sfruttamento e dalla commercializzazione del bene immateriale sono alla base del processo di valutazione. La previsione dei ricavi e dei costi futuri può essere molto speculativa, poiché le dinamiche di mercato sono generalmente sconosciute e volatili. Anche l'isolamento dei profitti derivanti esclusivamente dal bene immateriale può essere molto soggettivo. Pertanto, è essenziale che i contribuenti e le amministrazioni fiscali esaminino attentamente le ipotesi alla base delle proiezioni dei ricavi e dei costi futuri. Le ragioni per cui i contribuenti valutano i beni immateriali possono essere rilevanti per l'analisi *ex-post* delle autorità fiscali. Infatti, se la valutazione è stata fatta a fini di pianificazione aziendale, potrebbe essere più affidabile di una seconda valutazione fatta esclusivamente a fini fiscali (effettuata per minimizzare l'onere fiscale complessivo del gruppo). Le proiezioni finanziarie sono più affidabili quando il periodo di previsione è più breve, mentre più lungo è il tempo delle proiezioni e più ampio è lo spazio di manovra concesso alla speculazione. Inoltre, la disponibilità di dati registrati relativi alla performance finanziaria del bene immateriale può essere importante ai fini della

valutazione. Possono essere utili come punto di riferimento; tuttavia, le performance future possono non avere alcuna correlazione con quelle passate. Nel valutare l'affidabilità delle valutazioni fatte dai contribuenti, o nel costruire un proprio modello DCF, le autorità fiscali devono possedere una sufficiente conoscenza delle condizioni del mercato, e una sensibilità al concetto di incertezza e rischio. Per tale motivo le amministrazioni fiscali sono chiamate a svolgere un'analisi a 360 gradi.

Tassi di crescita: il tasso di crescita dei ricavi è un parametro cruciale nel modello DCF, poiché influisce sui flussi di cassa attualizzati puntuali e sul *Terminal Value*. Questo valore è molto difficile da prevedere, soprattutto quando non ci sono riferimenti passati e il prodotto è molto particolare. Pertanto, le probabilità che i contribuenti speculino su di esso sono elevate. Le autorità fiscali dovrebbero quindi concentrarsi su alcuni segnali chiave di errata valutazione, come le ipotesi di linearità dei tassi di crescita. I cicli di vita dei prodotti sono generalmente costituiti da quattro fasi: introduzione, crescita, maturità e declino. Pertanto, la crescita delle vendite dovrebbe avere una prima fase di crescita, anche esponenziale se il lancio sul mercato ha molto successo, e una seconda fase di stagnazione e declino. Anche se il momento in cui si verificano queste fasi può variare molto da caso a caso, l'ipotesi di un tasso di crescita costante su un lungo periodo di previsione è di solito un indicatore di una valutazione speculativa, che le autorità fiscali dovrebbero prendere in considerazione.

Tasso di sconto: un altro fattore chiave del processo di valutazione è dato dal tasso di sconto, che viene utilizzato per tenere conto dell'incertezza e dei rischi dei profitti netti derivanti dallo sfruttamento/commercializzazione del bene immateriale, nonché del valore temporale del denaro. È fondamentale sottolineare che "*non esiste un'unica misura per il tasso di sconto che sia appropriata ai fini dei prezzi di trasferimento in tutti i casi*"[106]. Le Linee Guida OCSE riconoscono la specificità di ciascuna società e di ciascun bene. Tuttavia, sia i contribuenti che le autorità fiscali dovrebbero considerare che i beni immateriali, soprattutto se ancora in fase di sviluppo, sono probabilmente le attività più rischiose. Pertanto, il tasso di sconto dovrebbe riflettere questa caratteristica. Fattori di sconto eccessivamente vicini al tasso di interesse privo di rischio (al momento

[106] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, sezione D.2.6.4.3., paragrafo 6.171.

dell'analisi) possono essere un chiaro segnale di errata valutazione, nella specifica questione della valutazione dei beni immateriali nel contesto del Transfer Pricing.

Terminal Value: questa parte è probabilmente la più speculativa del modello DCF, a causa di due aspetti. Il primo è dato dalla vita utile del bene immateriale. Questa deve essere valutata caso per caso e può essere influenzata da fattori facilmente identificabili, come la durata della protezione legale concessa al bene immateriale, ma anche da fenomeni difficilmente prevedibili come il tasso di innovazione tecnologica del mercato in questione o il contesto macroeconomico. L'ipotesi di una vita utile indefinita di un bene immateriale aumenta drasticamente il valore attuale delle attività oggetto di valutazione. Il secondo aspetto è la sensibilità del *Terminal Value* ai tassi di crescita e al fattore di sconto. Poiché la rendita è perpetua, anche una variazione quasi trascurabile del tasso di crescita e del fattore di sconto può portare a un'enorme variazione del valore stimato del bene immateriale.

Imposte: poiché si prevede che il bene immateriale in esame crei profitti, questi dovrebbero essere soggetti a tassazione. Gli effetti fiscali possono modificare l'ammontare degli utili netti, cambiando così il risultato della valutazione. Questi effetti possono essere sintetizzati nell'onere fiscale derivante dai flussi di cassa previsti, dai "*benefici di ammortamento fiscale previsti per il cessionario*"[107] e, infine, dalle imposte da imporre al cedente dopo la realizzazione della transazione.

Poiché né il *transfer pricing* né le valutazioni finanziarie sono scienze esatte, per rendere il processo più realistico è utile che i contribuenti e le autorità fiscali eseguano un'analisi di scenario. Ciò è particolarmente consigliato se la valutazione è molto volatile nei suoi fattori chiave. La volatilità e il "*livello di incertezza dovuto ai fattori sopra descritti possono essere affrontati applicando diversi scenari*"[108].

Quest'analisi può essere condotta in molti modi diversi, ma di solito consiste nello sviluppo di almeno tre diversi scenari, il peggiore, quello di base e quello migliore. In ognuno di questi scenari le ipotesi cambiano, sia in senso più scettico che più ottimistico. La modifica delle ipotesi di base si traduce in una variazione dei parametri chiave, illustrati nel paragrafo precedente. Ad esempio, nello scenario peggiore un'innovazione tecnologica dirompente porta all'obsolescenza

---

[107] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, sezione D.2.6.4.5., paragrafo 6.178.
[108] Hoffmann S., *Hard-to-Value Intangibles and the Pricing of Uncertainty, International Transfer Pricing Journal*, 2020, paragrafo 5.2.

precoce di un prodotto tutelato da un brevetto, per cui il brevetto perde gran parte del suo valore. Viceversa, nello scenario migliore il prodotto si diffonde sul mercato a una velocità inaspettata, grazie alla pubblicità sui *social media*. A ciascuno di questi scenari, che di solito sono tre ma possono essere di più, viene assegnata una probabilità di accadimento. È consigliabile, nell'ipotizzare gli scenari, essere pessimisti piuttosto che ottimisti. In questo modo il soggetto che esegue la valutazione, sia esso il contribuente o l'amministrazione fiscale, sarà preparato all'ipotesi peggiore piuttosto che adagiarsi sullo scenario migliore. I vantaggi di un'analisi di scenario sono i seguenti:

- **pianificazione futura**: consente di formulare un'idea dell'intervallo di possibili risultati di un progetto finanziario;
- **proattività**: permette di essere preventivi e non solo reattivi.

D'altra parte, l'analisi di scenario tende a essere un processo impegnativo e lungo che richiede capacità e competenze di alto livello e, nonostante ciò, la probabilità che un risultato non rientri nell'intervallo previsto è ancora molto rilevante. Tuttavia, poiché la valutazione dei beni immateriali risulta estremamente incerta, ogni strumento in grado di ridurre la volatilità dell'analisi è fondamentale.

3.3.2. L'approccio agli HTVI

L'approccio agli HTVI presenta ulteriori problemi rispetto agli altri beni immateriali. Come già illustrato nel paragrafo precedente, poiché non hanno elementi di confronto affidabili, richiedono di essere valutati attraverso un modello finanziario adeguato, nella maggior parte dei casi il DCF. L'utilizzo di questa tecnica richiede più tempo rispetto ad altri metodi di determinazione dell'ALP e richiede inoltre l'utilizzo di personale con elevate competenze economiche e finanziarie. Esiste inoltre una notevole asimmetria informativa tra i contribuenti e le amministrazioni fiscali con riferimento agli HTVI. Le società che sviluppano autonomamente i beni immateriali, al momento della valutazione, hanno conoscenze specialistiche, competenze e intuizioni sull'ambiente commerciale in cui il bene immateriale è sviluppato. Le suddette informazioni, fondamentali per la valutazione del bene immateriale, sono interne all'azienda e di conseguenza non accessibili alle autorità fiscali. A causa della mancanza di tali informazioni le autorità fiscali non hanno la possibilità di ricorrere agli stessi strumenti di valutazione che sono in possesso della società multinazionale per con riferimento a tali beni immateriali.

Per risolvere questa disparità, le Linee Guida OCSE hanno previsto uno specifico approccio agli HTVI con l'obiettivo di proteggere le amministrazioni fiscali dalla

suddetta asimmetria informativa, garantendo loro la possibilità di considerare i risultati *ex post* come prove presuntive sull'adeguatezza degli accordi di determinazione dei prezzi *ex ante*. Tale approccio consente alle autorità fiscali di determinare in quali situazioni gli accordi sui prezzi stabiliti dai contribuenti siano avvenuti in conformità con il principio di libera concorrenza e in quali situazioni ciò non avviene. Infatti, qualora emerga una notevole differenza tra la valutazione effettuata dal contribuente prima dello sfruttamento del bene immateriale, ai fini della determinazione del prezzo di trasferimento, e la redditività effettiva generata dal bene dopo il trasferimento, l'autorità fiscale potrebbe giustamente ritenere che i prezzi non siano stati determinati in conformità con il principio di libera concorrenza.

Tuttavia, qualora venisse concessa la possibilità di effettuare aggiustamenti di prezzo in tutti i casi in cui emergono tali differenze, si andrebbe incontro al rischio di eventuali abusi da parte delle autorità fiscali. Il motivo risiede nel fatto che la valutazione *ex ante*, in quanto previsione di un risultato futuro, si basa su ipotesi umane ed è quindi per definizione caratterizzata da un certo grado di soggettività. Ciò causerebbe un'elevata incertezza fiscale per i contribuenti ed un aumento del rischio di doppia imposizione.

L'OCSE ha quindi previsto alcune eccezioni, che si applicano nei casi elencati di seguito:

a) Il contribuente fornisce:
    i. Dettagli sulle proiezioni *ex-ante* utilizzate al momento del trasferimento del bene per determinare le modalità di determinazione del prezzo, comprese le modalità in cui i rischi sono stati presi in considerazione nei calcoli per la determinazione del prezzo (ad esempio, ponderazione della probabilità), e l'adeguatezza della considerazione di eventi ragionevolmente prevedibili e di altri rischi, e la probabilità di accadimento; e,
    ii. Prove attendibili che qualsiasi differenza significativa tra le proiezioni finanziarie e i risultati effettivi sia dovuta a: 1) sviluppi o eventi imprevedibili che si sono verificati dopo la determinazione del prezzo e che non potevano essere previsti dalle imprese associate al momento della transazione; o 2) la stima delle probabilità di accadimento degli esiti prevedibili e che tali probabilità non siano state significativamente sopravvalutate o sottovalutate al momento della transazione;

b) Il trasferimento dell'HTVI è coperto da un accordo APA (*Advance Pricing Arrangements*) bilaterale o multilaterale in vigore per il periodo in questione tra le giurisdizioni del cessionario e del cedente;
c) Qualsiasi differenza significativa tra le proiezioni finanziarie e i risultati effettivi di cui al punto a)ii. non abbia l'effetto di ridurre o aumentare il compenso per l'HTVI di oltre il 20% del compenso determinato al momento della transazione.
d) È trascorso un periodo di commercializzazione di cinque anni dall'anno in cui l'HTVI ha generato per la prima volta ricavi da parti non correlate per il cessionario e nel corso del quale qualsiasi differenza significativa tra le proiezioni finanziarie e i risultati effettivi di cui al punto a)ii. non è stata superiore al 20% delle proiezioni per quel periodo[109].

Con l'introduzione di queste esenzioni il contribuente ha quindi la possibilità di dimostrare la sua buona fede, dando quindi prova che la differenza tra le previsioni *ex ante* e i risultati *ex post* siano stati determinati da eventi imprevedibili su cui non aveva alcun potere decisionale al momento della transazione del bene immobile. Queste esenzioni riducono quindi il rischio di doppia imposizione per le imprese facenti parte di un gruppo multinazionale.

In aggiunta, al fine di garantire una maggiore certezza fiscale ai contribuenti e di delineare una guida per le amministrazioni fiscali, l'OCSE è intervenuto attraverso il report BEPS sugli Hard-to-Value Intangibles, il quale fornisce un insieme di principi guida a tutti i soggetti coinvolti nell'approccio agli HTVI.

3.4. Il report BEPS sugli Hard-to-Value Intangibles

Nel 2018, il report BEPS "*Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles*" ha introdotto una serie di principi alla base dell'applicazione dell'approccio agli HTVI[110]. Nel prossimo paragrafo verranno descritti nel dettaglio tali principi, sottolineando l'obiettivo principale a cui mirano e i problemi che intendono superare.

3.4.1. I principi del report BEPS sugli HTVI

Con il primo principio, il report ribadisce la possibilità per le amministrazioni fiscali di considerare i risultati *ex post* come prova presuntiva della ragionevolezza delle ipotesi effettuate dal contribuente nella determinazione dei prezzi *ex ante*, al

[109] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 6.193.
[110] OCSE, Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles - BEPS Actions 8-10, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, 2018, Paris.

fine di garantire una forma di protezione alle amministrazioni fiscali dall'asimmetria informativa presente tra loro e i contribuenti.

Il secondo principio afferma tuttavia che le autorità fiscali, nel verificare la correttezza della valutazione del contribuente, devono tenere in considerazione qualsiasi informazione rilevante ai fini della determinazione della profittabilità del bene immateriale, la quale avrebbe dovuto essere ragionevolmente nota al contribuente. L'obiettivo di questo principio è di evitare che le autorità fiscali si focalizzino esclusivamente sul risultato effettivo (*ex post*) senza tenere in considerazione il processo di valutazione intrapreso dal contribuente, incluse le informazioni a lui note al momento della determinazione dei prezzi *ex ante.*

Il terzo principio prevede invece che, nel caso in cui dalla differenza tra le due valutazioni (quella effettuata dal contribuente e quella effettuata dalle autorità fiscali) sia emerso che il bene immateriale è stato trasferito a un valore inferiore o superiore rispetto al prezzo di libera concorrenza, l'aggiustamento del prezzo dell'HTVI trasferito può essere sottoposto a tassazione tenendo conto delle clausole di aggiustamento, indipendentemente dai profili di pagamento affermati dal contribuente. Questo principio consente alle amministrazioni fiscali di cambiare la forma di pagamento della transazione, se questa non è considerata conforme all'ALP. In altre parole, se le autorità fiscali ritengono che un pagamento forfettario al momento della transazione non sia conforme alle normali circostanze di mercato, possono cambiare tala forma di pagamento con quella che sarebbe stata effettivamente adottata da imprese indipendenti in circostanze comparabili.

Il quarto principio contenuto nel report afferma che le autorità fiscali dovrebbero ricorrere alle pratiche di *audit* (ossia attività di controllo di natura fiscale e contabile), in modo tale da individuare tempestivamente le transazioni di HTVI e raccogliere gli elementi di prova basati sui risultati *ex post*, così da poter essere nella posizione di valutare l'appropriatezza dei prezzi *ex ante* adottati dal contribuente. Tale principio risulta particolarmente importante poiché spesso il tempo che intercorre tra il trasferimento dell'HTVI e l'emergere dei risultati *ex post* (comunemente detto "periodo di incubazione") non coincide con i cicli di *audit*. Questo sfasamento temporale porta ad effettuare la valutazione della transazione del bene immateriale dopo diversi anni, rendendo ancora più difficile l'analisi effettuata dalle autorità fiscali, in particolare nei casi di HTVI con periodi di incubazione molto lunghi.

In aggiunta ai quattro principi sopra elencati, il report ha voluto anche ricordare che l'approccio agli HTVI dovrebbe essere applicato nell'ottica di promuovere la certezza fiscale per i contribuenti e ridurre il rischio di doppia imposizione. Sarebbe quindi auspicabile che le autorità fiscali adottino un approccio coerente nella valutazione di ciascun caso specifico di transazione infragruppo di HTVI. Considerando che gli Hard-to-Value Intangibles sono beni immateriali per i quali non esistono dei comparabili affidabili, la possibilità di riuscire ad effettuare degli aggiustamenti di prezzi facendo riferimento a transazioni comparabili tra soggetti indipendenti risulta estremamente remota.

Il report BEPS fornisce inoltre una serie di esempi al fine di illustrare l'applicazione pratica di una rettifica dei prezzi di trasferimento derivante dall'applicazione della guida sugli HTVI.

Di seguito si riporta uno dei suddetti esempi, con l'intento di dare un'attuazione pratica ai principi teorici.

3.4.2. Esempio di applicazione dell'approccio agli HTVI

La società A, residente nel Paese A, ha brevettato un composto farmaceutico. La società ha portato il prodotto con successo attraverso le fasi I e II della sperimentazione clinica. All'anno 0, il brevetto viene trasferito a un'impresa associata appartenente allo stesso gruppo multinazionale, la società S, residente nel Paese S. La società S sarà responsabile della fase III della sperimentazione. Il prezzo di trasferimento della transazione è stato stimato con il modello DCF e la somma dei benefici futuri attualizzati è risultata pari a 700. Le controparti hanno concordato per un pagamento forfettario, avvenuto all'anno 0. Le ipotesi di base del contribuente erano:

- I ricavi delle vendite non dovrebbero superare l'importo di 1000 all'anno;
- La commercializzazione del prodotto non dovrebbe iniziare prima del 6° anno;
- Il tasso di sconto viene stabilito utilizzando dati esterni, ovvero il rischio medio di insuccesso per farmaci simili in categorie analoghe.

Possono presentarsi due scenari:

Scenario A: Nel 4° anno, l'autorità fiscale del Paese A effettua un controllo nei confronti della società A, per le annualità che vanno dall'anno 0 fino al 2 e ottiene informazioni sul fatto che la fase III ha richiesto meno tempo di quanto pianificato; quindi, la commercializzazione è iniziata nell'anno 3 invece che nell'anno 6. Pertanto, gli anni 6-7 della valutazione originale si sono in realtà

verificati anticipatamente, ossia negli anni 3-4 e di conseguenza, anche i risultati delle valutazioni si sono manifestati in anticipo. L'amministrazione fiscale, basandosi sul risultato *ex post*, applica l'approccio HTVI. Il contribuente non risulta in grado di dimostrare che questo evento era imprevedibile al momento della valutazione e di conseguenza, l'amministrazione fiscale del Paese A procede con una revisione del modello di valutazione, ottenendo un Valore Attuale del brevetto pari a 1000 (e non di 700 come previsto dal contribuente). L'adeguamento alle condizioni di libera concorrenza è pari a 300 e il reddito imponibile del contribuente nell'anno del trasferimento viene aggiustato di conseguenza.

Scenario B: Considerate ferme le ipotesi e le caratteristiche in merito al controllo effettuato dall'autorità fiscale e il verificarsi in anticipo dei risultati *ex post*, in questo scenario la revisione del modello di valutazione determina un Valore Attuale di 800 (invece che 700 come previsto dal contribuente). L'aggiustamento di prezzo è quindi di 100. Tuttavia, in questo caso la rettifica non può essere effettuata, poiché la variazione è inferiore al 20% del valore previsto dal contribuente (700x20%=140). Questa regola è prevista dall'esenzione al punto c) dell'approccio agli HTVI, precedentemente descritta al paragrafo 3.3.2. del presente elaborato.

3.4.3. Ulteriori raccomandazioni per la risoluzione delle controversie

A conclusione del report, l'OCSE ha voluto ribadire l'obiettivo di questa guida, ossia favorire la coerenza dell'approccio adottato dalle giurisdizioni nei confronti degli HTVI, riducendo così il rischio di doppia imposizione per i contribuenti.

In aggiunta, ha voluto ricordare che oltre a questa guida esistono ulteriori strumenti a disposizione dei contribuenti per evitare situazioni di doppia imposizione. In particolare, suggerisce il ricorso agli *Advance Pricing Arrangements* (APA), ossia accordi preventivi sui prezzi di trasferimento che possono essere stipulati bilateralmente o multilateralmente fra il contribuente e le autorità competenti nelle giurisdizioni coinvolte, favorendo una maggiore certezza fiscale ed evitando preventivamente le possibili controversie sui prezzi di trasferimento. In aggiunta, nei casi in cui l'applicazione dell'approccio all'HTVI sia la causa di una doppia imposizione, la guida sottolineata l'importanza di consentire la risoluzione di tali casi attraverso l'accesso alla procedura amichevole (*Mutual Agreement Procedure* o "MAP") prevista dal trattato applicabile.

4. Financial Transactions

4.1. Panoramica sulle Financial Transactions

Con il termine "*Financial Transactions*" si fa riferimento alle transazioni finanziarie, ossia alle transazioni con le quali le imprese ottengono finanziamenti, liquidità e garanzie finanziarie, necessarie a soddisfare le proprie esigenze operative e fiscali.

Ciascun gruppo multinazionale ha la necessità di pianificare la propria gestione finanziaria, di controllare le proprie disponibilità liquide e di allocare efficientemente i fondi tra le varie imprese che appartengono al gruppo, al fine di garantire che ciascuna impresa associata operi con le risorse necessarie e in modo più efficiente possibile. La funzione finanziaria ha quindi l'obiettivo di massimizzare il benessere dell'impresa nel lungo periodo, attraverso l'uso di finanziamenti o investimenti. Le opportunità finanziarie per i gruppi multinazionali dipendono in buona parte dai mercati finanziari dei Paesi in cui il gruppo opera, i quali possono avere importanti differenze in termini di costo del capitale. Tale fattore influisce sulle decisioni del gruppo, che dovrà scegliere la forma di finanziamento più appropriata e conveniente per lo svolgimento delle sue attività.

I gruppi multinazionali possono inoltre centralizzare la funzione finanziaria, al fine di migliorare il coordinamento e la gestione dei fondi delle singole imprese, nonché del gruppo nel suo complesso. Attraverso la gestione centralizzata il gruppo è in grado di ottimizzare le risorse interne e ridurre la sua dipendenza da fonti esterne. Difatti, in seguito alla crisi scoppiata nel 2008, la quale aveva causato una perdita di fiducia verso i finanziatori esterni, molti gruppi multinazionali hanno deciso di affidarsi prevalentemente alla gestione delle disponibilità finanziarie interne attraverso l'uso di transazioni finanziarie infragruppo[111].

L'accentramento della funzione finanziaria può essere definito come la ripartizione di responsabilità e di ruoli organizzativi fra l'impresa "centrale" e le altre imprese appartenenti al gruppo, nell'ambito dei processi di Pianificazione Finanziaria, di *Cash Management* e di Controllo Finanziario[112]. Oltre ai vantaggi

---

[111] Avolio D., Bognandi S., Transfer pricing, principio di libera concorrenza e transazioni finanziarie, Corriere Tributario, 2019, pag. 946-953.

[112] Valente P., Finanziamenti infragruppo. Modelli di centralizzazione e problematiche connesse al transfer pricing. Strumenti Finanziari e Fiscalità, 2016, pag. 27-36.

precedentemente citati, la gestione finanziaria centralizzata consente di reperire capitale a condizioni più favorevoli, di incrementare la competenza nella gestione delle risorse e di fornire servizi finanziari comuni alle singole entità del gruppo.

Nella scelta del grado di centralizzazione e dei tipi di transazioni finanziarie infragruppo, i gruppi multinazionali devono prestare attenzione agli aspetti fiscali che possono interessare le diverse entità del gruppo. Difatti, la pianificazione fiscale internazionale tiene in considerazione anche le diverse operazioni di allocazione del reddito volte a sfruttare le deduzioni ed esenzioni dei diversi sistemi fiscali al fine di incrementare gli oneri deducibili nelle giurisdizioni con alti livelli impositivi e spostare le basi imponibili nei Paesi con tassazione agevolata[113]. Il gruppo multinazionale può difatti scegliere tra le diverse forme di finanziamento (ad esempio capitale di debito piuttosto che capitale proprio) al fine di minimizzare l'onere fiscale. Di conseguenza, risulta estremamente importante per le imprese multinazionali effettuare un'attenta pianificazione delle transazioni finanziarie infragruppo. Allo stesso tempo, anche le autorità fiscali devono prestare maggiore attenzione alle suddette transazioni, in quanto possono essere uno strumento volto allo spostamento dei profitti e all'erosione della base imponibile da parte dei gruppi multinazionali.

Tra le principali tipologie di *Financial Transactions* troviamo i finanziamenti infragruppo, gli accordi di *cash pooling*, le garanzie finanziarie e le *captive insurances*. Di seguito verranno descritte le principali caratteristiche delle suddette tipologie di transazioni finanziarie:

a) Finanziamenti infragruppo: le transazioni di finanziamento consistono in contratti stipulati tra entità appartenenti allo stesso gruppo multinazionale nei quali un'impresa ("*lender*") concede un prestito ad un'impresa associata ("*borrower*"). Le imprese appartenenti ai gruppi multinazionali hanno infatti la possibilità di anticipare o richiedere delle somme sotto forma di finanziamento senza la necessità di ricorrere a fonti esterne. Le condizioni applicate ai finanziamenti infragruppo possono variare a seconda delle finalità e delle *policy* stabilite centralmente dal gruppo.
b) *Cash Pooling*: Il *cash pooling* consiste in uno spostamento periodico dei saldi bancari di ciascuna impresa appartenente al gruppo verso il conto bancario gestito centralmente dal "*cash pool leader*" (ossia l'impresa del

[113] Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., Manuale di Fiscalità Internazionale (Edizione: VII), IPSOA, 2016, Milano.

gruppo che gestisce il suddetto conto bancario)[114]. Tale strumento rappresenta quindi una forma di accentramento finanziario che consente di gestire in modo efficiente la liquidità disponibile a livello di gruppo. Esistono due principali tipologie di *cash pooling*, ossia il *cash pooling* fisico ed il *cash pooling* nozionale. Il *cash pooling* fisico prevede il trasferimento giornaliero di tutti i fondi presenti nei conti bancari delle imprese associate verso il conto bancario centrale gestito dal *cash pool leader*, il quale a sua volta trasferirà delle somme ad ogni conto in deficit al fine di portarli ad un saldo obiettivo, solitamente zero. In tal modo, tutti i saldi dei conti gestiti dalle imprese associate avranno saldo pari a quello obiettivo (o zero) al termine della giornata. Con riferimento al *cash pooling* nozionale invece, i saldi dei singoli conti vengono aggregati "virtualmente", senza effettuare alcun trasferimento di fondi fra i vari conti delle imprese appartenenti al gruppo. Successivamente, la banca corrisponderà o addebiterà interessi in base al saldo netto dato dalla somma di tutti i singoli saldi delle imprese appartenenti al gruppo.

c) Garanzie finanziarie: attraverso le garanzie infragruppo è possibile migliorare il *credit rating* di impresa associata affinché possa ottenere finanziamenti da terzi a condizioni migliori. Le garanzie infragruppo consistono dunque nella prestazione di garanzie finanziarie da parte di un'impresa verso un'impresa beneficiaria appartenente al medesimo gruppo. Tale strumento presenta però alcuni svantaggi, in particolare l'aumento del rischio per l'impresa garante, in quanto sarà tenuta a pagare il terzo creditore in caso di insolvenza dell'impresa beneficiaria.

d) *Captive insurance*: con "*captive insurance*" si fa riferimento a un'impresa di assicurazione la cui attività consiste sostanzialmente nel fornire polizze assicurative sui rischi potenzialmente sostenuti dalle altre imprese appartenenti al gruppo multinazionale[115]. Tra i principali vantaggi derivanti dalle *captive insurance* vi sono la possibilità di ottenere una copertura assicurativa personalizzata, prezzi più vantaggiosi rispetto a quelli praticati da compagnie assicurative esterne al gruppo e possibilità di accesso diretto ai mercati della riassicurazione. Inoltre, dal punto di vista fiscale vi è un

[114] Valente P., Finanziamenti infragruppo. Modelli di centralizzazione e problematiche connesse al transfer pricing. Strumenti Finanziari e Fiscalità, 2016, pag. 27-36.
[115] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, sezione E, paragrafo E.1

importante vantaggio determinato dalla deducibilità del premio assicurativo.

In Italia, anche dopo il recepimento del D.M. 14 maggio 2018 dove viene fatto esplicito riferimento alle Linee Guida OCSE, le transazioni finanziarie sono guidate dalla Circolare 32 del 22/09/1980 del Ministero delle Finanze. In particolare, al fine di determinare la conformità al principio di libera concorrenza, la Circolare suggerisce di fare riferimento il tasso d'interesse corrente sul mercato del finanziatore, in quanto (i) è l'impresa finanziata a rivolgersi al mercato del finanziatore e (ii) a parità di condizioni, l'impresa finanziata non influenza la transazione. In aggiunta al tasso d'interesse esistente sul mercato del finanziatore, la suddetta Circolare individua una serie di ulteriori fattori di comparabilità, di seguito elencati:

i. l'ammontare del prestito;
ii. la durata;
iii. il titolo, la natura e l'oggetto della transazione;
iv. la posizione finanziaria del finanziatore;
v. la moneta di computo;
vi. il rischio di cambio;
vii. le garanzie finanziarie esistenti.

Infine, con riferimento ai finanziamenti infruttiferi, la Circolare prevede che il contribuente fornisca una giustificazione economica che ne legittimi la gratuità. I finanziamenti infruttiferi verranno approfonditi al paragrafo 4.2.2.1. del presente elaborato.

4.2. Il report BEPS sulle transazioni finanziarie

In considerazione della notevole diffusione e del ruolo sempre più rilevante ricoperto dalle transazioni finanziarie infragruppo, l'OCSE ha pubblicato in data 11 febbraio 2020 una guida sugli aspetti di *transfer pricing* relativi alle transazioni finanziare, intitolata "*Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS: Actions 4, 8-10*". Tale pubblicazione risulta particolarmente importante per le autorità fiscali e per i gruppi multinazionali, in quanto favorisce un approccio coerente nell'applicazione dei prezzi di trasferimento nelle transazioni finanziarie.

Difatti, l'ultimo report pubblicato dall'OCSE in cui venivano fornite informazioni specifiche su tali tipologie di transazioni risale al 1979[116], nel quale venivano affrontati al Capitolo V i finanziamenti infragruppo. In tale occasione, l'OCSE si focalizzò prevalentemente sulla distinzione tra finanziamenti e contribuzioni di capitale e sulla determinazione del tasso di interesse di libera concorrenza, senza tuttavia fornire indicazioni specifiche per il calcolo del suddetto tasso. Tuttavia, nelle edizioni 1995 e 2010 delle Linee Guida OCSE, tale capitolo venne rimosso[117].

Con i report pubblicati dall'OCSE relativi al pacchetto di Azioni del Progetto BEPS era stato previsto uno specifico approfondimento sulla tematica del *transfer pricing* per le transazioni finanziarie. In particolare, le Azioni orientate all'approfondimento di tale tematica sono *l'Action 4* (incentrata sull'elaborare raccomandazioni relative alle migliori pratiche nella progettazione di norme volte a prevenire l'erosione della base imponibile attraverso l'uso di interessi passivi); e le *Action 8-10* (volte a sviluppare specifiche norme per garantire che i risultati dei prezzi di trasferimento siano allineati alla creazione di valore generata dalle attività svolte in relazione alle transazioni infragruppo).

A luglio 2018, l'OCSE pubblicò dunque il "*Public Discussion Draft BEPS Actions 8-10 Financial Transactions*" ("*Discussion Draft*") allo scopo di raccogliere le osservazioni e i commenti da parte di tutti gli operatori con riferimento alla determinazione delle condizioni di libera concorrenza nelle transazioni finanziarie tra imprese associate. In seguito a quanto emerso dal *Discussion Draft*, l'OCSE decise di pubblicare il report finale "*Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS Actions 4, 8-10*". Il contenuto del suddetto report venne poi inserito nel Capitolo I (nuova sezione D.1.2.2) e in un nuovo Capitolo X dell'edizione 2022 delle Linee Guida OCSE. Il report in questione affronta tre macro-argomenti:

i. nella Sezione B tratta l'applicazione dei principi di accurata delineazione di una transazione finanziaria;
ii. nella Sezione C affronta le transazioni relative alla funzione di tesoreria, comprese le operazioni correlate quali i prestiti infragruppo, il cash pooling

[116] OCSE, Transfer Pricing and Multinational Enterprises, OECD Publishing, 1979, Paris.
[117] Avolio D., Bognandi S., Approvato il Report dell'OCSE sulle transazioni finanziarie, Il Fisco, 2020, pag. 1157-1164.

e le coperture finanziarie, mentre le Sezioni D-E approfondiscono i termini e le condizioni delle garanzie infragruppo e delle *captive insurances*;

iii. nella Sezione F vengono delineati i princìpi per la determinazione dei tassi di rendimento *free-risk* e *risk-adjusted*.

In particolare, le Sezioni da B ad E sono state incluse nelle Linee Guida OCSE all'interno del nuovo Capitolo X, mentre la Sezione F relativa alla determinazione del tasso di interesse costituisce parte integrante del Capitolo I (nuova sezione D.1.2.2) e riguarda quindi non solo le transazioni finanziarie, ma tutte le situazioni nelle quali è necessario determinare un adeguato tasso di rendimento conforme al principio di libera concorrenza.

Nei prossimi paragrafi verranno approfonditi i contenuti relativi alle diverse sezioni del report.

4.2.1. Accurata delineazione delle transazioni finanziarie

Il report pubblicato dall'OCSE sulle transazioni finanziarie infragruppo prevede che, al fine della corretta applicazione del principio di libera concorrenza, sia necessario in *primis* determinare la corretta struttura del capitale ("*balance of debt and equity*") dell'impresa associata che riceve il finanziamento, in modo tale da determinare se detto finanziamento sia da considerare più propriamente come un apporto di capitale.

In particolare, nell'ambito di una transazione finanziaria, si osserva come il rapporto tra capitale di debito e capitale proprio di un'impresa appartenente ad un gruppo multinazionale sia sostanzialmente diverso da quello esistente per un'impresa indipendente in circostanze comparabili. Tale differenza influisce sull'ammontare degli interessi passivi e di conseguenza sui profitti generati dall'impresa in una determinata giurisdizione.

In questo caso, l'OCSE fa specifico riferimento al contenuto del Commentario OCSE all'articolo 9 del Modello di Convenzione, secondo cui il principio di libera concorrenza risulta rilevante sia per la determinazione dell'adeguato tasso di interesse del finanziamento, sia per la determinazione della tipologia di transazione (finanziamento o apporto di capitale).

Al fine di delineare correttamente una transazione e determinare se si è in presenza di un prestito infragruppo o di un apporto di capitale, l'OCSE ha elencato una serie di caratteristiche che possono rappresentare degli utili indicatori della natura finanziaria della transazione:

- la presenza o meno di una data di rimborso fissa;
- l'obbligo di pagamento degli interessi;
- il diritto di esigere il pagamento del capitale e degli interessi;
- lo status del finanziatore rispetto ai normali creditori aziendali;
- l'esistenza di garanzie;
- la fonte dei pagamenti degli interessi;
- la capacità del beneficiario dei fondi di ottenere prestiti da istituti di credito non correlati;
- la misura in cui l'anticipo viene utilizzato per acquisire beni strumentali;
- il mancato rimborso da parte del presunto debitore alla data di scadenza o la mancata richiesta di un rinvio[118].

Successivamente il report illustra, con l'aiuto di un esempio, la corretta analisi della struttura del capitale, affermando che l'importo del debito dovrebbe essere valutato in relazione all'ammontare massimo che un finanziatore indipendente sarebbe stato disposto a concedere a prestito e dell'ammontare massimo che un debitore indipendente sarebbe stato disposto a ricevere. Di conseguenza, nel caso in cui l'importo del finanziamento infragruppo sia eccedente, tale eccedenza non dovrebbe essere considerata un debito ai fini fiscali ma piuttosto un apporto di capitale.

L'OCSE prevede tuttavia la possibilità di adottare approcci differenti per la determinazione della struttura del capitale in base alle specifiche legislazioni nazionali di ciascun Paese.

Per quanto riguarda l'Italia, occorre fare riferimento ai chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate in merito alle transazioni di acquisizione con indebitamento, nel caso di finanziamenti erogati da soci esteri ("*shareholder loan"*). In particolare, si precisa come tali finanziamenti possano essere riqualificati come apporti di capitale, qualora ci si trovi in presenza dei seguenti elementi:

- il rimborso del capitale ed il pagamento degli interessi sono rinviati a data successiva al rimborso integrale del capitale ed al pagamento integrale degli interessi dovuti ai terzi finanziatori;
- gli indici finanziari definiti nei *financial covenants*, che definiscono le condizioni di *default*, non comprendono nella definizione di debito ed in

[118] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 10.12.

quella di interessi il debito per finanziamento soci e gli interessi per finanziamento soci;

- il pagamento degli interessi ed i rimborsi di capitale sono sottoposti alle medesime restrizioni cui sono sottoposti i dividendi e le riduzioni del capitale e delle riserve di capitale[119].

In merito alla corretta delineazione delle transazioni finanziarie, il report ribadisce la necessità di effettuare un'attenta analisi funzionale. Come per le altre tipologie di transazioni, la suddetta analisi richiede di esaminare i termini contrattuali della transazione, le funzioni svolte, i rischi assunti e i beni strumentali utilizzati dalle parti, nonché le caratteristiche degli strumenti finanziari, le circostanze economiche e le condizioni di mercato del settore in cui opera il gruppo multinazionale. In particolare, occorre tenere conto dei tassi di interessi correnti sul mercato, dell'andamento delle valute, delle eventuali normative in vigore e del livello di intensità del capitale in quel determinato settore. Inoltre, sarà necessario esaminare le strategie aziendali perseguite dalle parti, nonché le *policy* di prezzo stabilite a livello di gruppo. Nell'applicazione del principio di libera concorrenza si dovrà dunque tenere in considerazione i suddetti fattori e verificare la comparabilità con le condizioni che sarebbero state concordate tra soggetti indipendenti.

Infine, occorre prestare particolare attenzione alla valutazione delle opzioni realisticamente disponibili, in quanto un'impresa indipendente, in circostanze comparabili, effettuerà una specifica transazione finanziaria soltanto nel caso in cui tale operazione costituisca l'alternativa più vantaggiosa e in linea con gli obiettivi strategici dell'impresa. Inoltre, nel considerare le opzioni realisticamente disponibili, si dovranno considerare le prospettive di entrambe le imprese associate che partecipano alla transazione. Ad esempio, per l'impresa che concede il finanziamento potrebbe risultare più conveniente una forma di investimento alternativa, mentre per l'impresa che riceve il finanziamento potrebbe risultare svantaggioso indebitarsi a causa dell'effetto negativo sul suo *rating* creditizio, con conseguente aumento del costo del capitale.

Seppure lo scenario ideale preveda l'individuazione di una transazione finanziaria tra soggetti indipendenti perfettamente comparabile, è evidente che tale situazione sia estremamente rara nella pratica, mentre risulteranno più frequenti i casi in cui

[119] Agenzia delle Entrate, Circolare 30 marzo 2016, n. 6/E.

le transazioni comprabili differiscano in tutto o in parte con la transazione finanziaria infragruppo. In presenza di tali differenze sarà dunque necessario valutarne l'impatto sul prezzo ed eventualmente considerare la possibilità di apportare rettifiche di comparabilità al fine di migliorare l'affidabilità della transazione comparabile.

4.2.2. Funzione di tesoreria e garanzie finanziarie

All'interno dei gruppi multinazionali, la funzione di tesoreria si occupa della supervisione delle transazioni finanziarie attraverso il monitoraggio delle attività, delle passività e dei flussi di cassa. Tuttavia, l'organizzazione di tale funzione può dipendere dalla struttura di un determinato gruppo multinazionale, il quale può avere una funzione di tesoreria più o meno centralizzata e impegnata in attività con diversi gradi di complessità. Ad esempio, i gruppi multinazionali composti da più divisioni che operano in diversi settori o regioni, possono presentare una struttura di tesoreria prevalentemente decentralizzata. Al contrario, un gruppo multinazionale con una funzione di tesoreria centralizzata concentra il controllo di tutte le disponibilità finanziarie in mano ad una singola impresa del gruppo, la quale si occupa di gestire tutte le questioni finanziarie e garantire che ciascuna impresa del gruppo abbia sufficiente liquidità per svolgere le proprie attività operative.

Mentre la funzione di tesoreria e di gestione della liquidità si occupa delle operazioni quotidiane, la gestione finanziaria aziendale si occupa dello sviluppo di strategie e della pianificazione delle decisioni di investimento a lungo termine[120]. Attraverso la gestione dei rischi finanziari (in particolare rischio di tasso d'interesse, rischio di cambio, rischio di liquidità e rischio di credito) è possibile ottimizzare il costo del capitale a vantaggio di tutte le imprese appartenenti al gruppo multinazionale.

Con riferimento ai diversi gradi di complessità delle attività svolte dalla tesoreria, si distinguono principalmente due tipologie di funzioni, ossia le funzioni di supporto, volte a favorire la creazione di valore da parte di altre transazioni commerciali, e le funzioni complesse, nelle quali la tesoreria assume rischi economicamente significativi e per cui dovrà essere adeguatamente remunerata.

Di conseguenza, l'analisi di tali funzioni e rischi dovrà essere accuratamente dettagliata all'interno della documentazione di *transfer pricing*.

---

[120] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 10.42.

4.2.2.1. Finanziamenti infragruppo

Per quanto riguarda l'analisi di *transfer pricing* dei finanziamenti infragruppo, il report pubblicato dall'OCSE prevede una prima fase di delineazione puntuale della transazione, la quale consiste nell'individuare le caratteristiche economicamente rilevanti della transazione tenendo in considerazione sia la prospettiva del *lender* che quella del *borrower*.

Dal punto di vista del *lender*, la valutazione della convenienza a concedere il prestito dipenderà da diversi fattori, tra cui il merito creditizio del debitore, le circostanze economiche e le opzioni realisticamente disponibili per l'utilizzo dei fondi. Nel caso di un finanziatore indipendente, verrà effettuata un'attenta valutazione del merito creditizio del potenziale debitore per identificare e monitorare i rischi connessi al prestito, andando in particolare a comprendere l'attività svolta dal *borrower*, lo scopo e la struttura del finanziamento e la capacità del debitore di far fronte alle obbligazioni. Nel caso di un finanziamento infragruppo tali informazioni potrebbero già essere disponibili all'interno del gruppo multinazionale. Tuttavia, l'OCSE sottolinea l'importanza, anche per le imprese associate, di effettuare le medesime considerazioni, ossia la valutazione del merito creditizio, del rischio di credito e delle circostanze economiche, al fine di determinare la conformità del finanziamento infragruppo con l'*arm's length principle.*

Con riferimento al rischio di credito, esso riguarda la possibilità che il *borrower* non sia in grado di adempiere al pagamento degli interessi o del capitale nei termini previsti dal finanziamento. Nel valutare le circostanze economiche il *lender* dovrà considerare il potenziale impatto sul debitore derivante da cambiamenti di mercato, quali ad esempio l'aumento dei tassi di interesse o l'esposizione del *borrower* alle variazioni dei tassi di cambio.

Analogamente, anche il debitore effettuerà le suddette considerazioni, valutando il potenziale impatto delle variazioni delle condizioni economiche sulla sua capacità di pagare tempestivamente le proprie obbligazioni, nonché il rischio di aumento del costo del capitale.

Tra i principali fattori presi in considerazione da un finanziatore indipendente nella determinazione delle condizioni del finanziamento vi è poi il merito creditizio del *borrower*. Ai fini della valutazione del merito creditizio è possibile utilizzare i *rating* di credito, i quali misurano il grado di affidabilità di un debitore e la sua capacità di adempiere alle obbligazioni. Tale misura può essere utilizzata

come elemento di confronto o come fattore da applicare nei modelli economici per l'analisi delle transazioni infragruppo.

I *rating* di credito possono essere determinati sia a livello di gruppo multinazionale, valutando quindi la solvibilità complessiva, sia a livello di singola impresa associata o di singolo finanziamento. L'appartenenza ad un gruppo rappresenta quindi un fattore economicamente rilevante nelle transazioni finanziarie. La determinazione del *rating* richiede una valutazione sia di fattori qualitativi (quali ad esempio il settore o il Paese in cui opera il gruppo multinazionale) sia di fattori quantitativi (ossia le informazioni finanziarie).

Poiché il *rating* di un gruppo multinazionale rappresenta una forma di classificazione del suo merito creditizio e della sua capacità di adempiere alle obbligazioni finanziarie, una classificazione di *rating* più bassa indica un maggior rischio di insolvenza e di conseguenza un tasso di interesse più elevato applicato dai finanziatori. Nella valutazione delle transazioni finanziarie infragruppo è importante che il gruppo multinazionale documenti in modo appropriato le scelte del *rating* utilizzato e le ragioni che hanno portato a tale scelta, in quanto determinanti per la valutazione del tasso d'interesse applicato[121].

Il *rating* di un gruppo multinazionale, se pubblicato da un'agenzia di *rating* indipendente, può rappresentare un'informazione utile ai fini dell'analisi della transazione finanziaria. Tuttavia, tali *rating* sono in genere disponibili solamente con riferimento al gruppo multinazionale nel suo complesso e non sono disponibili per la singola impresa appartenente al gruppo. In questi casi sarà quindi necessario effettuare un'analisi quantitativa e qualitativa delle singole caratteristiche dell'impresa associata attraverso l'uso di strumenti (in genere *software* commerciali) o modelli sviluppati da agenzie di *rating* al fine di determinare il *rating* della singola impresa appartenente al gruppo. Tale approccio dovrà inoltre considerare l'impatto del cosiddetto "supporto implicito" in relazione all'appartenenza dell'impresa al gruppo multinazionale.

In particolare, il supporto implicito può influire sul *rating* della singola impresa e sulle condizioni del finanziamento a seconda del ruolo e delle funzioni da essa svolte. Qualora l'impresa ricopra un ruolo fondamentale per la strategia del gruppo e operi nel "*core business*", le probabilità di ricevere un supporto dalle altre imprese associate sono più elevate e di conseguenza il suo rating sarà

[121] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 10.68.

strettamente legato a quello del gruppo nel suo complesso. Al contrario, se l'impresa non ricopre alcun ruolo fondamentale e può essere ragionevole supporre che non riceverà alcun supporto dal resto del gruppo, sarebbe più appropriato considerare esclusivamente il *rating* individuale di tale impresa.

Inoltre, una considerazione fondamentale riguarda le possibili conseguenze per le altre imprese associate in relazione al sostengo implicito verso il *borrower*. Tra i principali fattori da considerare vi sono i potenziali impatti sulla reputazione, gli effetti negativi sull'intero gruppo multinazionale, il livello di integrazione tra le imprese associate ed eventuali obblighi legali. La rilevanza di suddetti fattori può variare a seconda del settore in cui opera il gruppo multinazionale.

Il report pubblicato dall'OCSE suggerisce inoltre di valutare l'effettiva affidabilità dell'approccio basato sul *rating* individuale dell'impresa appartenente al gruppo. Qualora l'analisi quantitativa e qualitativa della singola impresa nonché l'analisi del supporto implicito portino a risultati non affidabili, potrebbe essere consigliabile utilizzare il *rating* del gruppo multinazionale ai fini della determinazione del prezzo (ossia del tasso d'interesse) del finanziamento. Difatti, il *rating* del gruppo non è influenzato dalle transazioni interne tra imprese associate e di conseguenza è in grado di riflettere l'effettiva condizione a cui il gruppo può chiedere prestiti a finanziatori esterni indipendenti.

Per quanto riguarda la determinazione del tasso di interesse dei finanziamenti infragruppo, occorre individuare il metodo di *transfer pricing* più adatto e coerente con la transazione accuratamente delineata attraverso l'analisi funzionale. Tra i metodi previsti dall'OCSE (descritti al paragrafo 3.2.1. del presente elaborato) il più semplice da applicare alle transazioni finanziarie è in genere il metodo CUP, data l'ampia disponibilità di informazioni e la frequenza di tali transazioni sui mercati finanziari. L'applicazione del CUP prevede dunque la possibilità di confrontare il tasso di interesse di un finanziamento infragruppo con i tassi di interesse applicati a finanziamenti comparabili (ossia erogati a soggetti con il medesimo *rating* e con termini e condizioni sufficientemente simili), al fine di determinarne la conformità al principio di libera concorrenza. In alternativa, è possibile basarsi sul rendimento di altre tipologie di transazioni con caratteristiche comparabili, ad esempio le emissioni obbligazionarie. Seguendo questo approccio potrebbero essere necessari degli aggiustamenti di comparabilità al fine di eliminare gli effetti generati da eventuali differenze tra la transazione finanziaria infragruppo e le transazioni comparabili in termini di durata, valuta, *rating* del debitore, liquidità o garanzie.

Il metodo CUP potrebbe essere anche applicato utilizzando transazioni comparabili interne, ossia avvenute tra imprese associate all'interno del medesimo gruppo. Tuttavia, tale approccio deve tenere in considerazione il fatto che raramente il tasso di interesse del finanziamento infragruppo sarà comparabile al costo medio del debito del gruppo in quanto quest'ultimo è rappresentativo di una varietà di strumenti finanziari aventi durata, valuta e condizioni differenti.

In assenza di transazioni comparabili, il report suggerisce di utilizzare il metodo del costo della raccolta ("*cost of funds*"). Tale metodo consente di determinare il tasso d'interesse sulla base degli oneri finanziari sostenuti dal finanziatore nel raccogliere i fondi e nella gestione del finanziamento, a cui si aggiungono un premio al rischio e un adeguato margine di profitto. In merito a tale approccio occorre tenere in considerazione le opzioni realisticamente disponibili per il *borrower,* il quale dovrà confrontare il *cost of funds* dell'impresa associata con il costo sostenuto da altri finanziatori indipendenti, al fine di determinare l'alternativa più conveniente (ossia al tasso d'interesse inferiore). Poiché l'unico modo per stimare il *cost of funds* di finanziatori indipendenti è quello di assumere che tale costo sia basato su tassi d'interesse di libera concorrenza, il suddetto metodo riconduce di fatto al CUP, trovando quindi applicazione pratica soltanto nei casi di transazioni *back-to-back* (ossia di finanziamento reciproco tra le parti)[122].

Successivamente, il report introduce importanti novità con riferimento ai "*credit default swap".* Tali strumenti finanziari consentono al creditore di coprirsi dal rischio di eventuale insolvenza del debitore, a fronte del pagamento di un premio periodico. I contribuenti e le amministrazioni fiscali possono utilizzare gli *spread* dei *credit default swap* per stimare il premio al rischio associato ad un finanziamento infragruppo. Tuttavia, l'elevato grado di volatilità di tali strumenti finanziari può compromettere l'affidabilità dei *credit default swap* nel misurare il rischio di credito associato ad un particolare finanziamento, in quanto il loro *spread* potrebbe riflettere non solo il rischio di insolvenza ma anche altri fattori quali la liquidità di mercato o il volume dei contratti negoziati. In tali circostanze, è possibile dunque che lo stesso strumento abbia diversi *spread.* Di conseguenza,

[122] Avolio D., Bognandi S., Approvato il Report dell'OCSE sulle transazioni finanziarie, Il Fisco, 2020, pag. 1157-1164.

occorrerà effettuare un'attenta considerazione dei suddetti fattori, al fine di individuare un premio al rischio adeguato al finanziamento infragruppo.

Un'ulteriore novità introdotta dal report riguarda l'utilizzo di modelli economici per stimare il tasso di interesse di libera concorrenza. In particolare, attraverso una combinazione di un tasso privo di rischio ("*risk-free*") e un numero di premi al rischio associati ai diversi aspetti del finanziamento (rischio di *default*, rischio di liquidità, inflazione attesa o maturità) è possibile calcolare il tasso di interesse conforme al principio di libera concorrenza. Uno dei modelli economici più diffusi è il *Capital Asset Pricing Model* ("CAPM").

Il metodo CAPM consente infatti di calcolare il rendimento di libera concorrenza per un investimento (R_i), basandosi su tre fattori:

- Il tasso privo di rischio (*risk-free* o R_f);
- La correlazione tra l'investimento e l'andamento del mercato (Beta o β_i);
- Il tasso di rendimento del mercato (*market risk* R_m).

La formula per calcolare il rendimento di libera concorrenza per un investimento è dunque la seguente:

$$R_i = R_f + \beta_i(R_m - R_f)$$

L'utilizzo di modelli economici può essere utile nel caso in cui non è possibile individuare transazioni comparabili tra soggetti indipendenti, ma occorre in ogni caso effettuare un confronto con le condizioni prevalenti sul mercato ed eventualmente effettuare degli aggiustamenti di comparabilità.

Una questione particolarmente rilevante nell'ambito dei finanziamenti infragruppo riguarda la circostanza in cui non è previsto il pagamento di interessi sul prestito concesso da un'impresa associata ad un'altra appartenente al medesimo gruppo. Tale forma di finanziamento (cosiddetto "infruttifero") rappresenta una scelta del tutto razionale sul piano imprenditoriale in quanto può essere riconducibile a situazioni di "*start-up*", nelle quali un'impresa di nuova costituzione necessita di ingenti investimenti al fine di avviare la propria attività. Di conseguenza, un'impresa associata (solitamente una controllante) può considerare opportuno concedere un finanziamento infruttifero laddove non si voglia vincolare tali somme nella forma di capitale sociale e al tempo stesso si voglia evitare di caricare eccessivi costi (oneri finanziari) nel conto economico del *borrower*.

Al fine di esaminare la suddetta questione dal punto di vista della normativa italiana, occorre fare riferimento all'articolo 45 comma 2 del DPR n.917/86, il quale prevede una presunzione dell'onerosità dei capitali concessi a mutuo, salva la possibilità di fornire prova contraria sottoforma di contratto o accordo scritto.

Potrebbero tuttavia sorgere problematiche di fiscalità internazionale nel caso di finanziamenti infragruppo tra imprese situate in Paesi differenti, in quanto troverebbe applicazione la disciplina del *transfer pricing* di cui all'art. 110 comma 7 del TUIR. Difatti, applicando le regole sul *transfer pricing*, si dovrebbe procedere ad una rettifica in aumento del reddito della società italiana che concede il finanziamento alla consociata estera, in misura pari agli interessi che avrebbe percepito un finanziatore indipendente dalla concessione di un prestito con caratteristiche comparabili.

Come osservato da Valente[123], la Corte di Cassazione ha assunto nel tempo posizioni contrastanti sul tema dei finanziamenti infruttiferi. In particolare, con le sentenze n. 27087/2014 e 15005/2015 aveva giudicato inapplicabile la disciplina del *transfer pricing* in relazione alla concessione di un finanziamento infruttifero da parte di una società controllante italiana verso una controllata estera. Successivamente, con la sentenza n. 13387/2016 la Corte di Cassazione ha dichiarato non condivisibile il principio espresso nelle precedenti pronunce, osservando come la qualificazione di finanziamento infruttifero concordata tra le parti risultava non idonea ad escludere l'applicazione del principio di libera concorrenza. Recentemente, con ordinanza n. 15761/2021 la Corte di Cassazione ha ribadito la natura di presunzione legale di onerosità dei finanziamenti effettuati dai soci a favore della società, secondo quanto previsto dall'art. 43 del TUIR. Tale presunzione può essere superata solo con le modalità espressamente previste dalla legge, fornendo la prova che il suddetto versamento fosse avvenuto a titolo diverso dal mutuo. Si può dunque concludere che, secondo l'ordinamento italiano, l'erogazione di un prestito infruttifero costituisce un'operazione legittima e sostenibile dal punto di vista imprenditoriale. Tuttavia, sul piano fiscale occorre prestare attenzione ai finanziamenti infruttiferi tra una controllante italiana e una controllata estera, in quanto la potenziale applicazione della disciplina del *transfer pricing* potrebbe determinare la necessità per il contribuente italiano di dichiarare gli interessi attivi derivanti dal suddetto finanziamento in misura pari al tasso

[123] Valente P., Finanziamenti infragruppo. Modelli di centralizzazione e problematiche connesse al transfer pricing. Strumenti Finanziari e Fiscalità, 2016, pag. 27-36.

d'interesse di libera concorrenza, sebbene tali interessi non siano stati effettivamente percepiti. La suddetta questione non viene trattata nell'ultimo report pubblicato dall'OCSE. Tuttavia, al fine di ridurre i rischi di doppie imposizioni e favorire la certezza fiscale per i contribuenti, ci si attende in futuro la pubblicazione di adeguati chiarimenti in merito.

4.2.2.2. Cash pooling

Il cash pooling rappresenta una forma di accentramento finanziario molto diffusa tra i gruppi multinazionali, in grado di ottimizzare la gestione della liquidità delle singole imprese appartenenti al gruppo. I contratti di *cash pooling* sono in genere complessi in quanto devono regolare sia le transazioni tra le imprese del gruppo, sia le transazioni con soggetti terzi (in particolare le banche). Una struttura comune prevede infatti che tutte le imprese appartenenti al gruppo multinazionale stipulino un contratto con una banca, la quale si occuperà di fornire servizi di *cash pooling* ai membri del gruppo.

Come esposto in precedenza al paragrafo 4.1., esistono principalmente due tipologie di *cash pooling*, ossia il *cash pooling* fisico e il *cash pooling* nozionale. In base alla tipologia di *cash pooling* adottata dal gruppo sarà differente il ruolo svolto dal *cash pool leader*. Nel caso di *cash pooling* fisico, *il cash pool leader* dovrà svolgere sia una funzione di coordinamento che di gestione dei saldi, mentre nel caso di *cash pooling* nozionale il *cash pool leader* ricoprirà semplicemente un ruolo di intermediario tra la banca e i membri del gruppo. Le suddette differenze in merito alle funzioni svolte influiranno sui rendimenti da allocare al *cash pool leader*.

Il *cash pooling* viene utilizzato di rado dalle imprese indipendenti e di conseguenza potrebbe risultare difficile applicare il principio di libera concorrenza ad una transazione infragruppo di *cash pooling*. Ai fini della corretta delineazione di un accordo di *cash pooling* è importante considerare i fatti e le circostanze dei saldi trasferiti, nonché le condizioni dell'accordo stesso. Inoltre, occorre valutare le opzioni realisticamente disponibili per ciascuna impresa associata che partecipa al *cash pooling* e determinare l'effettiva convenienza a prendere parte alla transazione infragruppo. Uno dei possibili vantaggi offerti da un accordo di *cash pooling* può consistere in una riduzione degli interessi passivi o un aumento degli interessi attivi, generati da una compensazione tra i saldi a credito e quelli a debito.

Poiché la delineazione della transazione infragruppo sottostante il *cash pooling* può differire dagli accordi contrattuali stabiliti tra le parti, è fondamentale effettuare un'attenta analisi delle funzioni svolte e dei rischi sostenuti da ciascuna impresa associata. In particolare, al fine di determinare il tasso d'interesse di libera concorrenza delle transazioni di *cash pooling* è fondamentale identificare:

- la natura del vantaggio o dello svantaggio per l'impresa che partecipa all'accordo di cash pooling;
- l'ammontare del beneficio ricevuto o dell'onere sopportato;
- le modalità di ripartizione del beneficio o dell'onere tra le imprese associate appartenenti al medesimo gruppo.

Il punto di partenza consiste nel determinare la remunerazione appropriata per il *cash pool leader*. Tale remunerazione dipenderà dai fatti e dalle circostanze, dalle funzioni svolte, dai beni strumentali utilizzati e dai rischi sostenuti nel fornire una struttura di *cash pooling* a favore del gruppo.

Successivamente, si procede a determinare la remunerazione appropriata per le altre imprese associate che partecipano al *cash pooling*, ossia del tasso di interesse applicabile alle loro posizioni di debito, il quale dipenderà dai fatti e dalle circostanze specifiche e dalle funzioni svolte, dai beni strumentali utilizzati e dai rischi sostenuti da ciascuna impresa associata, nonché dei benefici delle sinergie derivanti dall'accordo di *cash pooling*.

Dal punto di vista delle autorità fiscali, una potenziale difficoltà nell'analisi di un accordo di *cash pooling* è rappresentata dalla difficoltà nel reperire le informazioni in merito a tutti i partecipanti dell'accordo, in quanto tali imprese possono avere residenza fiscale in diverse giurisdizioni. Al fine di risolvere questa asimmetria informativa, è importante che i gruppi multinazionali forniscano informazioni dettagliate sulla struttura del *cash pooling* e sui rendimenti realizzati all'interno della documentazione sui prezzi di trasferimento (in particolare, nella sezione sulle transazioni finanziarie all'interno del *Master File* del gruppo).

4.2.2.3. Garanzie finanziarie

Una garanzia finanziaria consiste nell'impegno giuridicamente rilevante da parte del garante ad assumere un'obbligazione finanziaria in caso di inadempienza del debitore garantito[124]. Nel contesto dei gruppi multinazionali, il caso più frequente consiste nella garanzia fornita da un'impresa associata su un prestito contratto da

[124] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 10.155.

un'altra impresa appartenente al medesimo gruppo, al fine di ottenere la concessione del prestito a condizioni più favorevoli. Difatti, come anticipato al paragrafo 4.1., le garanzie finanziarie infragruppo hanno l'obiettivo di migliorare il *credit rating* dell'impresa associata che intende ottenere un prestito da un finanziatore esterno.

Ai fini dell'accurata delineazione di una garanzia finanziaria infragruppo, è necessario tenere in considerazione sia l'effetto sul merito creditizio del beneficiario, sia gli eventuali effetti aggiuntivi, quali la riduzione del tasso d'interesse applicato e l'aumento della capacità di ottenere fondi a prestito. Nei suddetti casi occorrerà dunque effettuare un'attenta valutazione in merito al rispetto del principio di libera concorrenza e considerare una possibile qualificazione come quota di capitale per la parte di fondi in eccedenza rispetto a quanto avrebbe ottenuto un soggetto indipendente in circostanze comparabili.

Le garanzie finanziarie prevedono il sostenimento di un rischio aggiuntivo da parte del garante. Per un'impresa appartenente ad un gruppo multinazionale, l'esistenza di una garanzia esplicita (formalizzata in un contratto) potrebbe non essere sufficiente a giustificare il pagamento di una commissione nei confronti del garante, qualora l'impresa beneficiaria non ottenga alcun ulteriore beneficio rispetto al semplice sostegno implicito derivante dalla sua appartenenza al gruppo. Ad esempio, possono esistere specifici vincoli legali, finanziari o operativi che determinano l'impossibilità per il gruppo di "abbandonare" un'impresa associata in caso di difficoltà. Nelle suddette circostanze, il gruppo multinazionale e l'impresa associata sono finanziariamente interdipendenti a prescindere dall'esistenza o meno di un accordo di garanzia esplicito. Di conseguenza, il garante non avrà diritto ad alcuna commissione di garanzia, in quanto non sostiene effettivamente un rischio aggiuntivo. Sarà dunque necessario effettuare un'attenta valutazione dei fatti e delle circostanze e un'analisi funzionale specifica al fine di determinare una remunerazione conforme al principio di libera concorrenza.

La determinazione della remunerazione conforme all'*arm's length principle*, può avvenire attraverso l'uso del metodo CUP (sia interno che esterno). Tuttavia, occorre tenere in considerazione le possibili difficoltà nell'applicazione del CUP, causate della mancanza di transazioni comparabili tra soggetti indipendenti. In questi casi si dovrà quindi fare affidamento su dati esterni di mercato (tramite una banca dati) oppure su modelli finanziari (ad esempio il metodo CAPM, descritto al paragrafo 4.2.2.1.). Il report pubblicato dall'OCSE suggerisce inoltre alcune possibili soluzioni alternative, quali l'analisi del rendimento dello spread (*yield*

approach), l'approccio del costo (*cost approach*) e il metodo del supporto del capitale (*capital support method*).

4.2.3. Tassi di rendimento risk-free e risk-adjusted

Il paragrafo F del report si occupa di fornire una guida sulla determinazione dei tassi di rendimento *risk-free* e *risk-adjusted* (ossia corretti per il rischio) qualora un'impresa associata abbia diritto a uno dei suddetti rendimenti. Il suddetto paragrafo è stato aggiunto alla Sezione D.1.2.1 delle Linee Guida OCSE in quanto può riguardare sia le transazioni finanziarie che le transazioni commerciali.

Con riferimento alle transazioni finanziarie, qualora l'accurata delineazione della transazione abbia rilevato che l'impresa finanziatrice non esercita un controllo effettivo sul rischio associato al prestito concesso, essa non avrà diritto ad un rendimento superiore al tasso *risk-free*, in conformità con il principio di libera concorrenza[125].

Il tasso *risk-free* corrisponde al rendimento di un investimento per il quale non vi è rischio di perdita (o per il quale il rischio è minimo). Ai fini della determinazione del tasso *risk-free* di un finanziamento è dunque possibile fare riferimento ai titoli di Stato, in quanto sono generalmente considerati privi di un significativo rischio di *default*. Occorre tuttavia considerare l'effettiva comparabilità di tali strumenti finanziari. In particolare, la data di emissione, la valuta e la durata devono essere comparabili a quelli del finanziamento infragruppo, al fine di eliminare eventuali differenze che potrebbero causare effetti distorsivi sul tasso di rendimento.

In alternativa, per determinare il tasso *risk-free* è possibile anche fare riferimento ai tassi interbancari, ai tassi di *interest rate swap* e agli accordi di riacquisto di titoli emessi da governi con *rating* elevato, basandosi in ogni caso sull'analisi dei fatti e delle circostanze specifiche.

Il report prevede inoltre che, nel caso in cui il finanziatore abbia diritto ad un tasso di rendimento *risk-free*, l'impresa associata che riceve il prestito avrebbe comunque diritto alla deduzione di un tasso di interesse di libera concorrenza. In questo caso, la differenza tra i due tassi sarà allocata all'impresa che esercita il controllo effettivo sul rischio derivante dall'investimento.

Per quanto riguarda la determinazione del rendimento *risk-adjusted*, occorre prima di tutto fare una distinzione tra due tipologie di rischio, ovvero:

---

[125] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 1.108

- Rischio finanziario, ossia il rischio sostenuto dal finanziatore associato alla possibilità che il debitore non sia in grado di adempiere alle obbligazioni nei termini previsti;
- Rischio operativo, ossia il rischio legato alle incertezze delle attività operative aziendali, il quale è connesso all'utilizzo dei fondi ed è in genere sostenuto dall'impresa che riceve il finanziamento.

Le Linee Guida OCSE specificano che, "qualora il finanziatore eserciti esclusivamente il controllo sul rischio finanziario associato all'erogazione del prestito, senza assumersi nessun altro rischio, ivi incluso il relativo controllo, allora tale impresa avrà diritto ad un rendimento adeguato al rischio (*risk-adjusted*) associato a quel finanziamento"[126]

Al fine di determinare il tasso *risk-adjusted* sono in genere necessari due componenti, ossia il tasso *risk-free* e un adeguato premio associato al rischio sostenuto dal finanziatore.

Le modalità di determinazione del tasso *risk-adjusted* prevedono diverse possibili alternative. Ad esempio, è possibile basarsi su una transazione finanziaria comparabile tra soggetti indipendenti (emissione obbligazionaria o prestito) oppure, partendo da un tasso *risk-free*, aggiungere un premio al rischio sulla base delle informazioni di mercato relative a strumenti finanziari emessi in condizioni e circostanze simili. In alternativa, è possibile utilizzare il metodo del *cost of funds*, il quale prevede di determinare il tasso *risk-adjusted* aggiungendo un margine di profitto ai costi sostenuti dal finanziatore nell'attività di raccolta dei fondi concessi in prestito.

4.2.4. Questioni irrisolte

Il report OCSE, pur avendo fornito numerosi chiarimenti e indicazioni utili a favorire la corretta determinazione dei prezzi di trasferimento delle *Financial Transactions*, lascia tuttavia irrisolte alcune questioni che possono generare rischi di doppia imposizione per i contribuenti. Difatti, come visto al paragrafo 4.2.2.1., l'OCSE non ha fornito istruzioni in merito al trattamento dei finanziamenti infruttiferi, con conseguente aumento del rischio di doppia imposizione per le controllanti italiane che concedono finanziamenti a titolo gratuito verso le loro controllate estere. Con riferimento alla struttura del capitale (*balance of debt and equity)*, il report ha previsto la possibilità per ciascuna Giurisdizione di adottare

[126] OCSE, Linee Guida OCSE 2022, OECD Publishing, Parigi, paragrafo 6.61

approcci differenti rispetto a quello proposto dall'OCSE, in base alle specifiche legislazioni nazionali. Tale differenza potrebbe dunque determinare un incremento del rischio di doppia imposizione. Inoltre, il report non affronta la questione relativa alla determinazione dei tassi di rendimento ex post (effettivi) per un finanziatore che controlla anche il rischio operativo di un investimento. Difatti, all'interno del report viene trattata la determinazione del rendimento ex post per un finanziatore che sostiene soltanto il rischio finanziario di un investimento, evidenziando come, nel caso di aumento/riduzione di valore dell'attività finanziaria, quest'ultimo non abbia diritto a rendimenti più alti/bassi rispetto a quelli previsti (ex ante). Tuttavia, non viene fornita alcuna indicazione in merito alle modalità di determinazione dei rendimenti ex post per un finanziatore che controlla anche il rischio operativo.

Considerando dunque l'obiettivo dell'OCSE, attraverso il Progetto BEPS, di combattere ed eliminare i fenomeni di elusione fiscale e garantire che i profitti delle imprese multinazionali siano tassati nella giurisdizione in cui sono stati effettivamente realizzati, ci si attende un approfondimento delle suddette questioni, nonché la pubblicazione di una guida volta a chiarire e risolvere le problematiche che ancora oggi sono causa di doppie imposizioni e di controversie tra contribuenti e autorità fiscali.

4.3. Le transazioni finanziarie secondo la disciplina UE

Le raccomandazioni OCSE in materia di *transfer pricing* rappresentano un importante riferimento per le istituzioni dell'Unione Europea, sia per quanto riguarda il processo decisionale che per l'elaborazione delle direttive. In particolare, l'UE ha l'obiettivo di contrastare la cosiddetta "concorrenza fiscale dannosa" e di favorire lo sviluppo delle imprese ed il buon funzionamento del mercato unico. Tale scopo risulta allineato con quanto perseguito dall'OCSE attraverso il Progetto BEPS, ossia la protezione delle basi imponibili e la prevenzione dell'evasione fiscale e dello spostamento dei profitti verso Paesi con fiscalità più bassa. Tuttavia, tale obiettivo trova un importante ostacolo nella mancanza di armonizzazione tra le politiche fiscali nazionali adottate dai Paesi membri. Difatti, le imprese multinazionali potrebbero scegliere di stipulare accordi con Paesi a fiscalità privilegiata, con conseguente spostamento dei profitti ed erosione della base imponibile negli altri Stati membri in cui l'impresa opera. Al fine di risolvere tale problema, la Commissione raccomanda l'inserimento di specifiche clausole contro la doppia non-imposizione all'interno delle convenzioni internazionali, nonché l'introduzione di una norma antiabuso, con

l'intento di favorire un approccio comune tra gli Stati membri[127]. Inoltre, è necessario che tutti gli Stati membri dell'UE adottino gli standard internazionali previsti dalle Linee Guida OCSE.

Con riferimento alle transazioni finanziarie, un caso particolarmente rilevante ha riguardato la contestazione da parte della Commissione nell'applicazione del principio di libera concorrenza ai prezzi definiti nell'accordo APA tra Fiat Chrysler Finance Europe (di seguito "FTT") e il Granducato del Lussemburgo[128]. Tale accordo definiva i prezzi (ossia i tassi d'interesse) da utilizzare nelle transazioni finanziare relative ai servizi di *cash pooling* forniti da FTT alle altre società del gruppo con sede in Europa, per il periodo d'imposta 2012-2016. Tuttavia, con decisione del 21 ottobre 2015, la Commissione ha contestato la scelta del metodo di determinazione dei prezzi, ossia il metodo TNMM con calcolo dei profitti attraverso il CAPM, in quanto riteneva più corretta l'applicazione del metodo CUP. La Commissione ha quindi determinato il prezzo di libera concorrenza attraverso l'applicazione del CUP e ha successivamente qualificato come "aiuto di Stato" la differenza rispetto al prezzo concordato in sede di APA, ritenendo che tale sgravio fiscale costituisse un vantaggio selettivo in capo alla FTT. In seguito a tale decisione, sia il contribuente che lo Stato del Lussemburgo hanno proposto ricorso dinanzi al Tribunale dell'Unione europea che, con sentenza del 24 settembre 2019, ha respinto i ricorsi e confermato la validità della decisione della Commissione. Tuttavia, a seguito di impugnazione da parte del contribuente, la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha annullato la sentenza pronunciata dal Tribunale nonché la decisione della Commissione, constatando l'errata analisi del sistema di riferimento e, per estensione, dell'esistenza di un vantaggio selettivo concesso alla FFT. In particolare, la Corte ha ricordato che la qualificazione di una misura nazionale come "aiuto di Stato" richiede la presenza di quattro requisiti:

- Origine pubblica, ossia deve essere concessa da uno Stato o mediante risorse statali;
- Determinazione di un vantaggio in capo al destinatario, ad esempio attraverso l'erogazione di contributi, l'abbattimento dell'onere fiscale o l'esenzione fiscale;

[127] Bolis S., Quando il ruling preventivo diviene aiuto di stato: il caso Fiat Chrysler Finance Europe Ltd, Eurojus, 2020, pag. 22-36.
[128] Corte di Giustizia Europea, Sentenza nelle cause riunite C-885/19 P e C-898/19 P, 2022

- Carattere selettivo, ossia il trattamento dei contribuenti in modo discrezionale con conseguente determinazione di un vantaggio selettivo in capo al beneficiario.
- Minaccia di falsare la concorrenza, in quanto il vantaggio selettivo genera un beneficio esclusivamente nei confronti di determinate categorie di imprese, con conseguente distorsione della libera concorrenza.

Al fine di determinare il carattere selettivo di una misura nazionale occorre tuttavia individuare il sistema di riferimento applicabile nello Stato interessato. Nel caso specifico, occorreva dunque fare riferimento al principio di libera concorrenza secondo quanto previsto dal codice delle imposte lussemburghese e dalla rispettiva circolare n. 164/2. Di conseguenza, l'errore in cui è incorsa la Commissione nell'applicare un principio di libera concorrenza distinto da quello definito dal diritto lussemburghese, senza procedere ad un confronto con il sistema di tassazione normale applicabile nello Stato interessato, ha inficiato tutto il ragionamento relativo all'esistenza di un vantaggio selettivo. La Corte ha quindi annullato la sentenza impugnata nonché la decisione della Commissione, sottolineando l'importanza di individuare correttamente il sistema di riferimento applicabile al fine di determinare l'effettiva esistenza di un vantaggio selettivo in capo ad un contribuente.

Conclusioni

In conclusione, l'elaborato ha discusso nel dettaglio le novità introdotte dall'OCSE nell'edizione delle Linee Guida sui prezzi di trasferimento del gennaio 2022. In particolare, sono stati analizzati i nuovi report relativi al *Transactional Profit Split Method*, all'approccio ai beni immateriali di difficile valutazione e alle transazioni finanziarie. Inoltre, è stato esplorato il contesto storico della materia del *transfer pricing*, partendo dagli aspetti gestionali fino alle più recenti questioni fiscali. Nell'elaborato è stato inoltre presentato il Progetto BEPS e il relativo pacchetto di Azioni, avviato dall'OCSE al fine di combattere l'elusione fiscale e garantire che i profitti delle imprese multinazionali siano tassati nella giurisdizione in cui sono stati effettivamente realizzati. In generale, l'elaborato ha cercato di fornire una comprensione dettagliata delle indicazioni e dei chiarimenti introdotti dall'OCSE con la pubblicazione dei recenti report, nonché le implicazioni per le imprese multinazionali e le autorità fiscali.

Alla luce di quanto esposto, è possibile affermare che il *transfer pricing* rappresenta una delle questioni più importanti e complesse nell'ambito della fiscalità internazionale, sia per quanto riguarda le imprese multinazionali che per le autorità fiscali. In particolare, negli ultimi anni abbiamo assistito ad una rapida globalizzazione e ad un crescente sviluppo del commercio internazionale che hanno fatto emergere nuove opportunità ma al tempo stesso anche nuove questioni fiscali. Il lavoro svolto dall'OCSE attraverso il Progetto BEPS risulta essenziale in questo contesto in continua evoluzione. Tuttavia, nonostante le Linee Guida e i report pubblicati dall'OCSE abbiano fornito importanti chiarimenti in merito alla determinazione dei prezzi infragruppo e all'applicazione del principio di libera concorrenza, ad oggi risultano ancora irrisolte numerose questioni. In particolare, come osservato al paragrafo 4.2.4, non sono state fornite dall'OCSE sufficienti indicazioni in merito al trattamento dei finanziamenti infruttiferi e alla determinazione dei tassi di rendimento ex post per un'impresa finanziatrice che controlla anche il rischio operativo dell'investimento. Inoltre, con riferimento alla possibilità di riqualificazione del debito in capitale proprio a seguito del riscontro di un disequilibrio della struttura di capitale (*balance of debt and equity*) di un'impresa associata, l'OCSE ha riconosciuto la facoltà dei singoli Paesi di adottare posizioni differenti, con conseguente rischio di doppia imposizione per i contribuenti. Risulta dunque evidente che la risoluzione delle controversie relative ai prezzi di trasferimento richiede anche un approccio coerente ed omogeneo da

parte dei singoli Paesi con riferimento alle normative locali in materia di *transfer pricing*.

In conclusione, le Linee Guida pubblicate dall'OCSE rappresentano un passo importante nella lotta contro l'elusione fiscale e lo spostamento dei profitti verso Paesi a fiscalità privilegiata. In particolare, esse forniscono un importante punto di riferimento per l'applicazione del principio di libera concorrenza nella determinazione dei prezzi di trasferimento. Tuttavia, considerando la continua evoluzione del contesto globale nonché la persistenza di questioni irrisolte, sarà fondamentale che le Linee Guida vengano costantemente aggiornate e adattate per garantire la loro efficacia nel contrastare l'elusione fiscale e nel ridurre i rischi di doppia imposizione. Con la prosecuzione del Progetto BEPS ci si attende infatti la pubblicazione di nuovi report e la cooperazione di un numero sempre maggiore di Paesi, con l'obiettivo di creare un sistema fiscale globale più equo.

Bibliografia

Dottrina

Arrow K. J., *Optimisation, Decentralisation, and Internal Pricing in Business Firms*, Contributions to Scientific Management, 1959, pag. 9-18.

Avi-Yonah R. S., *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, Harvard Law Review, 2000, pag. 1573-1676.

Avolio D., Bognandi S., *Transfer pricing, principio di libera concorrenza e transazioni finanziarie*, Corriere Tributario, 2019, pag. 946-953.

Avolio D., Bognandi S., *Approvato il Report dell'OCSE sulle transazioni finanziarie*, Il Fisco, 2020, pag. 1157-1164.

Baldenius T., Melumad N. D., & Reichelstein S., *Integrating Managerial and Tax Objectives in Transfer Pricing*, The Accounting Review, 2004, pag. 591-615.

Bolis S., *Quando il ruling preventivo diviene aiuto di stato: il caso Fiat Chrysler Finance Europe Ltd*, Eurojus, 2020, pag. 22-36.

Cook P. W., *Decentralization and the Transfer-Price Problem*, The Journal of Business, 1955, pag. 87-94.

Copithorne L. W., *International Corporate Transfer Prices and Government Policy*, The Canadian Journal of Economics, 1971, pag. 324-341.

D'Alessano P., Thione M., *Transfer Pricing nei Finanziamenti Infragruppo: il valore normale dei tassi di interesse*, Il Fisco, 2011, pag. 868-883.

De Mooij R., Liu L., *IMF Working Paper No. 18/69 Fiscal Affair Department – At a Cost: The Real Effects of Transfer Pricing Regulations*, International Monetary Fund, 2018.

Dean J., *Decentralization and Intracompany Pricing*, Harvard Business Review, 1955, pag. 65-74.

Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., *Manuale di Fiscalità Internazionale (Edizione: VII)*, IPSOA, 2016, Milano.

Göx R. F., Schiller U., *An Economic Perspective on Transfer Pricing*, Handbook of Management Accounting Research, 2007, pag. 673-695.

Gould J. R., *Internal Pricing in firms when there are costs of using an outside market*, The Journal of Business, 1964, pag. 61-67.

Hamaekers, H., *International and Comparative Taxation: Essays in Honour of Klaus Vogel*, Kluwer Law International, 2002, London, pag. 29-52

Hirshleifer J., *On the Economics of Transfer Pricing*, The Journal of Business, 1956, pag. 172-184.

Hoffmann S., *Hard-to-Value Intangibles and the Pricing of Uncertainty*, International Transfer Pricing Journal, 2020, paragrafo 5.2.

Horst T., *The Theory of the Multinational Firm: Optimal Behavior under Different Tariff and Tax Rates*, Journal of Political Economy, 1971, pag. 1059-1072.

Joubert B., *Transfer pricing - Important considerations for minority shareholders*, Deloitte Touche Tohmatsu Limited, 2020.

Kopp C.M., *Product Life Cycle*, Investopedia, 2020.

Lagarden M., *Intangibles in a Transfer Pricing context: where does the road lead?*, International Transfer Pricing Journal, 2014, pag.331-346.

Light L., *The Economics of Brand Value*, 2019, Forbes

League of Nations Fiscal Committee, *Report to the Council on the fourth session of the committee held at Geneva from June 15th to 26th, 1933*. Draft Convention adopted for the Allocation of Business Income between States for the Purposes of Taxation, Ginevra.

Martini J. T., *Managerial versus financial transfer pricing*, Working Paper presented at the IX Symposium on the Economic Advancement of the Company, 2008, Augsburg.

Novikovas M., *Evaluation of theoretical and empirical researches on transfer pricing*, Ekonomika, 2011, pag. 128-143.

Papotti R., Molinari F., *I finanziamenti infruttiferi infragruppo nell'ambito del transfer pricing*. Corriere Tributario, 2017, pag. 1341-1348.

Paredes A., Crespillo R., *Transfer pricing as a supplement to corporate governance*, International Tax Review, 2017.

Petronella G., *Valuations for Transfer Pricing of Intangibles: A Comparative Analysis of the Excess Earning Method and Residual Profit Split*, International Transfer Pricing Journal, 2019, paragrafo 2.

Raimondos-Møller P., Scharf K., *Transfer pricing rules and competing governments*, Oxford Economic Papers, 2002, pag. 230-246.

Rixen T., *Tax Competition and Inequality: The Case for Global Tax Governance*, Global Governance: A Review of Multilateralism and International Institutions, 2011, pag. 447-467.

Schjelderup G., Sørgard L., *Transfer Pricing as a Strategic Device for Decentralized Multinationals*, International Tax and Public Finance, 1997, pag. 277-290.

Smith M., *Tax and Incentive Trade-Offs in Multinational Transfer Pricing*, Journal of Accounting, 2002, Auditing & Finance.

Valente P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Wolters Kluwer, 2016, pag. 3-33

Valente P., *Finanziamenti infragruppo. Modelli di centralizzazione e problematiche connesse al transfer pricing*. Strumenti Finanziari e Fiscalità, 2016, pag. 27-36.

Vaysman I., *A Model of Cost-based Transfer Pricing*, Review of Accounting Studies, 1996, pag. 73-108.

Prassi

Agenzia delle Entrate, *Provvedimento del 23 novembre 2020*, Roma.

Agenzia delle Entrate, *Circolare N. 15/E*, 26 novembre 2021, Roma.

Agenzia delle Entrate, *Circolare N. 6/E*, 30 marzo 2016, Roma

Corte di Cassazione, *Sentenza n. 15668 del 17 maggio 2022*, Roma.

Corte di Giustizia Europea, *Sentenza nelle cause riunite C-885/19 P e C-898/19 P*, 2022.

Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Decreto 14 maggio 2018*, Roma

Ministero delle Finanze, *Circolare n.32 del 22 settembre 1980*, Roma

OCSE, *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*, OECD Publishing, 1963, Paris.

OCSE, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, OECD Publishing, 1979, Paris.

OCSE, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Three Taxation Issues*, OECD Publishing, 1984, Paris.

OCSE, *Thin Capitalisation*, OECD Publishing, 1986, Paris.

OCSE, *The Taxation of Global Trading of Financial Instruments*, OECD Publishing, 1998, Paris.

OCSE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, Paris.

OCSE, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, Paris.

OCSE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*, OECD Publishing, 2017, Paris.

OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, 2017, Paris.

OCSE, *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 Publishing, 2018, Paris.

OCSE, *Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles* - BEPS Actions 8-10, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, 2018, Paris.

OCSE, *Public comments received on BEPS discussion draft on the transfer pricing aspects of financial transactions*, OECD Publishing, 2018, Paris.

OCSE, *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS Progress report July 2018 ± May 2019*, OECD Publishing, 2019, Paris.

OCSE, *What is BEPS*?, OECD Publishing, 2019, Paris.

OCSE, *Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions*: Inclusive Framework on BEPS Actions 4, 8-10, OECD Publishing, 2020, Paris.

OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*, OECD Publishing, 2022, Paris.

Sitografia

https://www.bollettinotributario.com/

https://dejure.it/#/home

https://www.eutekne.it/Default.aspx

https://www.ibfd.org/

https://sistemailfisco.leggiditalia.it/

https://www.ipsoa.it/

https://www.oecd.org/

https://www.treccani.it/enciclopedia/

https://www.fiscooggi.it/

https://uibm.mise.gov.it/

https://www.wipo.int/madrid/en/

https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/home/

https://www.wolterskluwer.com/en/

https://www.internationaltaxreview.com/article/b1f7n99m6spg94/transfer-pricing-as-a- supplement-to-corporate-governance