



di Emanuela Fusa*

Transfer Pricing e beni intangibili, le ultime novità dall'Ocse

Considerando oggi l'organizzazione delle imprese multinazionali si può rilevare come, generalmente, si sia di fronte ad una struttura dove l'attività delle singole entità del gruppo si svolge a livello internazionale con un'unica "catena del valore".

Si assiste così alla creazione di un valore consolidato a livello globale che dovrebbe essere ripartito tra tutti gli attori tenendo conto delle funzioni svolte e della gestione delle operazioni.

L'Amministrazione Finanziaria è naturalmente interessata a capire, ai fini di una corretta imposizione, dove il valore aziendale si origina e come dovrebbe essere imputato tra i soggetti che contribuiscono alla sua creazione. Tale interesse è tanto più rilevante quando questo processo coinvolge operatori che, pur appartenendo ad uno stesso gruppo, risiedono in Paesi diversi.

Questi aspetti non possono poi che ripercuotersi anche sulle problematiche inerenti il *Transfer pricing* (prezzo di trasferimento tra operatori appartenenti a società dello stesso gruppo) a causa dell'influenza sulle strategie del gruppo e sui necessari controlli fiscali che ne conseguono.

Occorre quindi determinare i prezzi relativi ai trasferimenti infragruppo dei beni e dei servizi sulla base dei valori di mercato (libera concorrenza), secondo l'*Arm's Length Principle*, nel rispetto dell'articolo 9 del Modello di Convenzione fiscale e dalle Linee guida OCSE.

In questo modo si cercherebbe sostanzialmente di evitare ogni abuso sulla determinazione dei prezzi infragruppo volto a trasferire (o

mantenere) i redditi nei Paesi a più bassa imposizione fiscale.

Tuttavia si deve subito rilevare come l'applicazione del principio menzionato sia certamente di difficile applicazione per determinate categorie di beni come gli *intangibles* proprio a causa della loro principale caratteristica: l'unicità che difficilmente rende possibili le necessarie comparazioni con il mercato.

Il problema è rilevante in quanto spesso, al fine di perseguire un'ottimizzazione dell'imposizione fiscale consolidata, le imprese perseguono politiche di Transfer Pricing "manovrando" i prezzi di trasferimento infragruppo.

Da qui l'importanza della lotta all'evasione da parte dell'Amministrazione Finanziaria che ha portato la dottrina internazionale a cercare di migliorare le Linee guida emanate dall'Ocse.

Da qui ha tratto spunto, nel 2013, su mandato del G-20, il progetto promosso dall'Ocse: *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) anche con particolare riferimento alla gestione delle transazioni relative ai beni immateriali.

In genere la disciplina del *Transfer Pricing* è stata affrontata per la prima

volta dall'Ocse nel 1996. Nel 2010 è stata poi elaborata una sezione interamente dedicata ai beni intangibili, prevedendo un'analisi di comparabilità e l'uso dei metodi tradizionali e reddituali per la determinazione dei prezzi di trasferimento.

In ogni caso, relativamente ai beni immateriali, sono state egualmente evidenziate proprio le difficoltà per la corretta applicazione delle metodologie, utili alla determinazione dei prezzi, a causa della difficile comparabilità dovuta alle loro caratteristiche.

Siamo infatti di fronte a risorse importanti che spesso in modo rilevante contribuiscono alla creazione del valore aziendale; risorse identificabili nel:

- capitale intellettuale (insieme di competenze, know-how),
- capitale umano (abilità manageriali possedute dall'organizzazione),
- capitale strutturale (relazioni interne all'azienda, processi aziendali e relazioni esterne, immagine e rapporto con i clienti).

I beni immateriali sono purtroppo costituiti da elementi difficilmente valutabili.

Nelle linee guida del 2010 l'OCSE classificava i beni intangibili in *Commercial intangibles, Marketing intangibles e Intellectual property*.

In particolare i primi sono

NOTA

- * Socio AIAF dal 2010, Studio di Finanza e Fiscalità Dottore Commercialista e Pubblicista



Transfer Pricing e beni intangibili, le ultime novità dall'Ocse



rappresentati da brevetti, *know-how*, design e modelli, usati per la produzione di beni o servizi. Trattasi di Intangibili che presentano quindi rischi dovuti a costi elevati per le correlate attività di ricerca e sviluppo.

A loro volta i *Marketing intangibles* funzionali alla promozione dei beni e servizi, sono rappresentati da liste clienti, canali di distribuzione, marchi che aggiungono valore ai prodotti e servizi a cui vengono associati. Il loro valore dipende da diversi fattori ed è spesso il risultato dell'attività dell'organizzazione e della comunicazione, attraverso il proprio capitale umano, all'ambiente esterno.

Rientrano infine negli *Intellectual property* il *know-how* e i *trade secrets*, conoscenze, informazioni ed esperienze identificate e legalmente protette.

Fiscalmente il valore dei beni immateriali emergerebbe attraverso il trasferimento della proprietà sia in modo pieno sia attraverso il diritto al loro sfruttamento.

Per l'Ocse al fine di stimare il valore dei beni intangibili sono adottabili le stesse metodologie già previste per i beni materiali.

Le *Guidelines* 2010 suggeriscono in pratica l'uso dei seguenti metodi:

- il CUP (*Comparable Uncontrolled Price*) per la vendita o la concessione in licenza del bene immateriale quando comparabile a transazioni analoghe poste in essere da imprese indipendenti;
- il metodo CUP oppure il metodo *Resale Minus* (prezzo di rivendita) per la vendita di beni che includono beni immateriali;
- il *Profit Split* (ripartizione del profitto) per le transazioni di beni immateriali

ad elevato valore in presenza di eventuali difficoltà per l'applicazione dei metodi tradizionali.

In ogni caso l'OCSE, a seguito della pubblicazione delle *Guidelines* 2010, ha fornito alcuni aggiornamenti e chiarimenti sul tema.

Nel giugno del 2012 ed in seguito nel luglio 2013, è stata pubblicata la "*Revised discussion draft on transfer pricing aspects of intangibles*", elaborato ripreso dal programma BEPS con il documento pubblicato il 5 ottobre 2015 ("*Final Reports*", all'interno delle Action 8-10 "*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*").

Si è così cercato di rimediare al fatto che le *Guidelines* 2010 potevano favorire l'abuso in quanto non consentivano di contrastare in modo ottimale l'allocazione dei profitti non in linea con le attività economiche.

Per l'Action 8-10 BEPS i soggetti appartenenti ad uno stesso gruppo multinazionale, devono essere remunerati per il valore che hanno contribuito a creare guardando a:

- funzioni svolte;
- risorse impiegate;
- rischi assunti nello sviluppo, nel mantenimento, nello sfruttamento e protezione del bene intangibile.

L'analisi funzionale, assume così una fondamentale importanza nell'applicazione del *Arm's Length Principle*. È rilevante comprendere l'uso del bene immateriale per capire e determinare la creazione di valore aggiunto sull'intera catena del valore.

A tal fine occorre considerare:

- l'identificazione dei beni intangibili;
- la loro proprietà, lo sviluppo, il mantenimento e la protezione;

– la natura della transazione avente ad oggetto il bene e il suo contributo alla creazione di valore.

Prima di tutto occorre quindi identificare il bene.

Considerandone pertanto la definizione il bene immateriale non deve rientrare nella categoria dei beni materiali o nelle attività finanziarie, dovrebbe inoltre essere trasferibile in modo autonomo o in combinazione con altri beni in quanto posseduto o controllato.

Tale bene potrebbe anche non essere esposto in bilancio pur avendo un rilevante valore.

In ogni caso, a differenza delle *Guidelines* del 2010, per l'Action 8-10 BEPS non esiste una lista esaustiva dei beni intangibili, il documento si limita ad approfondire alcuni tipi di beni immateriali.

Identificato il bene intangibile si passa quindi a considerarne la proprietà legale, lo sviluppo, il mantenimento e la protezione

I soggetti del gruppo che svolgono tali attività di sviluppo, miglioramento, mantenimento, protezione e sfruttamento del bene dovrebbero essere compensati per il loro contributo al valore che dal bene si origina.

Ne consegue come il rendimento ritraibile dallo sfruttamento dell'intangibile dovrebbe essere ripartito come remunerazione per lo svolgimento di queste funzioni (*Arm's Length Principle*).

Rilavata quindi la proprietà contrattuale del bene si deve procedere con l'analisi funzionale in modo tale da:

- Identificare le funzioni svolte dagli operatori, le risorse impiegate ed i

- rischi assunti legati allo sviluppo, mantenimento, miglioramento, protezione e sfruttamento del bene;
- accertare la coerenza dei rapporti tra le parti e i termini contrattuali relativi al bene intangibile;
- determinare il valore *Arm's Length* della transazione, corrispondente alla contribuzione da parte di ogni soggetto coinvolto;
- ridefinire la transazione per rispettare l'*Arm's Length Principle*.

Considerando l'identificazione della proprietà contrattuale del bene intangibile deve tenersi presente come l'aspetto contrattuale debba necessariamente lasciare il posto all'aspetto sostanziale: il principio da rispettare è infatti quello del *Substance-over-form* (prevalenza della sostanza sopra la forma).

Si considera proprietario il soggetto che sostanzialmente controlla le decisioni inerenti lo sfruttamento del bene.

Identificato in tal modo il proprietario occorre stimare il reddito prodotto dal bene che gli si dovrebbe attribuire in base alle funzioni svolte ed i rischi effettivamente assunti (retribuzione legittima).

Per il *Transfer Pricing*, la sola proprietà legale del bene intangibile, di per sé, non conferisce nessun diritto alla remunerazione, derivante dallo sfruttamento del bene.

Il diritto alla remunerazione del valore creato dall'intangibile, è identificato solo grazie all'analisi funzionale utile ad individuare il soggetto che effettivamente:

- svolge le funzioni;
- impiega le risorse;
- assume i rischi dovuti allo sviluppo

del bene intangibile (rischi nei costi di ricerca e sviluppo, nelle attività di Marketing, nell'affidabilità dei prodotti e servizi le possibili conseguenze sul bene intangibile, per l'obsolescenza dei prodotti, per il compimento di infrazioni, ecc.).

L'assunzione del rischio, vale a dire l'effetto dell'incertezza sul realizzo degli obiettivi prefissati, incide significativamente sul valore della transazione infragruppo e, pertanto, ha un ruolo molto importante per il rispetto del principio dell'*Arm's Length*.

E' poi importante rilevare che chi assume i rischi deve avere i mezzi finanziari per poterlo fare ed il controllo effettivo.

Per L'Action 8-10 BEPS il controllo del rischio rappresenta la capacità di prendere decisioni per assumere, autorizzare o rifiutare l'assunzione del rischio stesso.

La capacità finanziaria è così data dalla capacità di un soggetto di accedere a finanziamenti per la gestione del rischio e far fronte alle conseguenze finanziarie in caso di risultati sfavorevoli.

Considerando ora le transazioni relative ai beni intangibili si deve rilevare come le stesse solitamente si suddividano in:

- trasferimenti del bene immateriale o del diritto relativo;
- utilizzo del bene immateriale legato alla vendita dei beni e/o dei servizi.

Per i trasferimenti occorre tener conto della natura del l'intangibile e delle difficoltà dovute sia al riuscire a rilevare transazioni comparabili tra soggetti indipendenti sia all'applicazione dei metodi indicati dall'OCSE (*Guidelines* 2010).

La difficoltà nella rilevazione di

comparables a causa dell'unicità del bene immateriale, porta alla necessaria applicazione del *Profit Split Method*.

Tale metodologia può trovare altresì applicazione anche quando i beni intangibili non trasferiti attribuiscono, grazie al loro utilizzo nello sviluppo, maggior valore ai beni e servizi.

L'importanza dell'analisi funzionale ai fini della corretta attribuzione della creazione di valore per i soggetti del gruppo emerge anche e soprattutto dagli ultimi documenti OCSE in tema di *Transfer Pricing* dei beni immateriali.

In particolare, considerando funzioni svolte, risorse impiegate e rischi assunti, fattori determinanti per la gestione del bene immateriale, è stata ampliata la definizione della proprietà con particolari riflessi sul concetto di proprietà economica rispetto alla proprietà legale (*Substance-over-form*)

L'analisi funzionale considerando le funzioni ed i rischi assunti consente di identificare il soggetto economicamente proprietario del bene, titolare quindi del maggior valore.

Un'analisi funzionale sostanzialmente valida potrebbe quindi prevenire il possibile abuso relativo allo spostamento dei profitti in strutture a fiscalità privilegiata, che potrebbero avere la sola proprietà legale dei beni immateriali.

Rilevanza assume anche l'assunzione del rischio, fattore chiave, secondo il principio *Arm's Length*, che influenza significativamente il valore della transazione infragruppo.

L'assunzione del rischio accompagnata da un'adeguata e correlata capacità finanziaria sostanzialmente determina il controllo di fatto sulla gestione dei beni



Transfer Pricing e beni intangibili, le ultime novità dall'Ocse



immateriali.

In merito alle metodologie, anche le ultime indicazioni dell' OCSE, confermano la preferenza nell'utilizzo dei metodi reddituali, in particolare attraverso l'applicazione del *Profit Split Method*, in situazioni di attività fortemente integrate oppure in situazioni in cui si presentano beni intangibili unici.

Considerando l'applicazione pratica di questa metodologia dobbiamo rilevare come si basi sulla determinazione di un profitto di gruppo.

Determinato il profitto si deve ripartirlo tra i soggetti interessati alla transazione utilizzando chiavi di allocazione che, solitamente considerano *assets/capital* ("operating assets, fixed assets, intangible assets, capital employed") o costi ("relative spending and/or investment in key areas such as R&D, engineering, marketing").

Poiché i parametri utili per la ripartizione guardano sia agli aspetti quantitativi sia a quelli qualitativi di difficile misurazione (si pensi all'aspetto qualitativo degli investimenti, ecc.) anche l'applicazione del profit split può essere abbastanza complessa.

L'Action 8-10 BEPS evidenzia comunque l'efficienza potenziale del metodo per allineare i profitti di gruppo alla creazione di valore nel rispetto dell'*Arm's Length*, da qui l'importanza, come evidenziato nel rapporto finale del 5 ottobre 2015 di chiarire, migliorarne e rafforzarne l'applicazione mediante lo sviluppo di opportune linee guida.

In merito l'OCSE ha confermato un ulteriore approfondimento dell'argomento sul metodo, previsto nel 2016/2017.

In tale ambito sarebbe opportuno che venisse affrontato anche il problema della valenza nel tempo delle informazioni.

Il profit split viene infatti applicato attraverso una stima dei profitti di gruppo attesi tenendo conto di quanto conosciuto prima dell'operazione e dell'analisi funzionale per l'allocazione del profitto in capo ai soggetti coinvolti.

Ma le informazioni e le variabili presenti, conosciute al momento della determinazione del prezzo, potrebbero nel tempo cambiare e portare a dei risultati diversi rispetto alle previsioni con variazioni a favore o a sfavore del contribuente.

Ma, in una simile situazione, l'amministrazione finanziaria potrebbe, riprendere i valori solo in presenza di abuso (art. 9 Modello OCSE, libera concorrenza) dimostrando sostanzialmente che tali variabili erano già conosciute in sede di determinazione dei prezzi ex-ante dal contribuente o che, a causa della rilevante incertezza, terzi indipendenti si sarebbero "coperti" attraverso adeguati aggiustamenti contrattuali.

In questo senso anche l'Action 8-10 BEPS.

Si deve poi considerare anche la questione del *Transfer Pricing Documentation* (Action 13 del progetto BEPS), vale a dire di regole che rappresentano un supporto fondamentale alle pratiche di *Transfer Pricing*, per garantire nel rapporto tra contribuente e amministrazione fiscale, un livello di trasparenza delle informazioni che permettono una corretta applicazione e valutazione delle operazioni infragruppo.

In pratica con gli ultimi sviluppi sulla

disciplina del *Transfer Pricing* l'OCSE, ha ulteriormente valorizzato l'analisi funzionale, fattore chiave anche per la determinazione dei valori attribuibili alle operazioni infragruppo aventi ad oggetto beni intangibili, enfatizzando ulteriormente l'applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Imposizione quindi del maggior valore derivante dai beni immateriali nel Paese dove sono localizzati i fattori per la loro produzione.

In conclusione si deve rilevare come gli sviluppi delle disposizioni dell'Ocse in merito alle problematiche del *Transfer pricing* anche e soprattutto relativamente ai beni intangibili potranno avere una notevole influenza sulle attività delle imprese multinazionali che potrebbero essere costrette ad una pesante riorganizzazione della loro struttura.

In futuro si cercherà quindi di contrastare meglio il fenomeno dello spostamento dei profitti, al solo fine di ottenere un risparmio fiscale, tuttavia deve rilevarsi come ancora il *Transfer Pricing* dei beni immateriali resti un tema di difficile applicazione e che richiederà notevoli chiarimenti e sviluppi da parte della normativa fiscale.

(riproduzione riservata)