



# Raccomandazioni OCSE su economia digitale, abuso dei trattati e *transfer pricing*

di Piergiorgio Valente<sup>(\*)</sup>

L'erosione della base imponibile rappresenta un rilevante rischio per l'esercizio della potestà impositiva da parte degli Stati e per l'equità dei sistemi fiscali mondiali. L'azione dell'OCSE in materia costituisce una risposta coordinata e condivisa a livello internazionale alle strategie di pianificazione fiscale aggressiva poste in essere dalle imprese multinazionali, al fine di "spostare artificialmente" i profitti in giurisdizioni caratterizzate da una fiscalità vantaggiosa. Molti sono i settori coinvolti, tra cui l'economia digitale, l'applicazione dei trattati fiscali internazionali e il *transfer pricing*.

## 1. Premessa

In data 16 settembre 2014, a seguito della pubblicazione di diversi *Discussion Drafts* e delle numerose consultazioni tenute nel corso degli ultimi due anni, l'OCSE ha presentato un primo "pacchetto di misure" per la prevenzione e il contrasto

dell'erosione della base imponibile mediante lo spostamento dei profitti (cd. BEPS).

Nel documento "OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Explanatory Statement – Deliverables 2014", si illustra il primo set di reports e raccomandazioni presentati con riferimento a sette delle quindici azioni (*Actions*) previste dal *BEPS Action Plan*, approvato dall'OCSE nel luglio 2013<sup>1</sup>:

- **economia digitale** (*Action 1*), con riferimento alla quale si evidenzia la necessità di un coordinamento con gli ulteriori lavori BEPS<sup>2</sup>;
- **strumenti ibridi** (*Action 2*), i quali richiedono modifiche sia nelle legislazioni nazionali sia nel Modello OCSE, per contrastarne l'uso non appropriato<sup>3</sup>;
- **regimi fiscali dannosi** (*Action 5*), con riferimento ai quali è necessaria una revisione dell'attuale *framework* e il rafforzamento dei requisiti di "sostanza economica" e "trasparenza"<sup>4</sup>;
- **abuso dei trattati** (*Action 6*), con riguardo al quale è opportuno assicurare che gli Stati includano, nelle proprie convenzioni contro le doppie imposizioni, clausole che prevedano un "livello minimo di protezione"<sup>5</sup>;

<sup>(\*)</sup> Chairman del Comitato Fiscale della *Confédération Fiscale Européenne* (CFE).

<sup>1</sup> Cfr. P. Valente, *Base Erosion e Profit shifting. L'Action plan dell'OCSE*, in "il fisco" n. 37/2013, pag. 5744.

<sup>2</sup> Cfr. OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, 16 settembre 2014.

<sup>3</sup> Cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014.

<sup>4</sup> Cfr. OCSE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, 16 settembre 2014.

<sup>5</sup> Cfr. OCSE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 16 settembre 2014.

- **transfer pricing**, nel cui contesto sollevano criticità il trattamento dei beni immateriali (*Action 8*)<sup>6</sup> e i requisiti documentali (*Action 13*)<sup>7</sup>;
- **strumenti multilaterali** (*Action 15*), per l'implementazione delle misure di contrasto al fenomeno dell'erosione della base imponibile<sup>8</sup>.

Si riportano di seguito alcune considerazioni critiche con riferimento ad economia digitale, abuso dei trattati e *transfer pricing*, alla luce delle raccomandazioni OCSE del 16 settembre 2014.

## 2. Economia digitale: questioni aperte e prospettive future

Le questioni connesse alla tassazione dell'economia digitale si presentano alquanto complesse e una loro compiuta definizione richiede studi e approfondimenti da effettuarsi in un arco temporale significativo<sup>9</sup>.

È quanto emerge dal documento "*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*", pubblicato dall'OCSE il 16 settembre 2014, il quale fornisce alcune raccomandazioni preliminari per la disciplina delle transazioni digitali, detta le linee per lo svolgimento dell'attività di studio a livello

internazionale sul tema, precisando che questa sarà condotta durante tutto l'anno 2015.

Il lavoro svolto dalla *Task Force ad hoc* costituita consente di fissare alcuni principi sui quali dovrebbe essere imperniata l'attività futura.

Sul versante dell'imposizione indiretta, l'**Iva nelle transazioni cd. business-to-consumer (B2C)**<sup>10</sup> è ritenuta una "*pressing issue*" la quale richiede un intervento immediato al fine di proteggere le entrate erariali ed assicurare un *level playing field* tra fornitori esteri e fornitori nazionali.

Gli studi effettuati nel contesto dell'*Action 7* del *BEPS Action Plan* ("*preventing the artificial avoidance of PE Status*") dovranno tenere in considerazione l'eventualità che le attività, già ritenute a carattere preparatorio o ausiliario, potrebbero non beneficiare delle eccezioni alla regola generale sulla definizione di stabile organizzazione, in quanto componenti *core* dell'attività d'impresa<sup>11</sup>. Non meno importante appare la caratterizzazione, secondo le vigenti disposizioni convenzionali, di determinati pagamenti effettuati nel contesto dei nuovi modelli di *business* tipici dell'economia digitale<sup>12</sup>, in particolare i cd. **cloud computing payments** (inclusi i "*payments for infrastructure-as-a-service, software-as-a-service, and platform-as-a-service transactions*")<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. OCSE, *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, 16 settembre 2014.

<sup>7</sup> Cfr. OCSE, *Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, 16 settembre 2014.

<sup>8</sup> Cfr. OCSE, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 16 settembre 2014.

<sup>9</sup> Cfr. P. Valente, *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE "Addressing Base Erosion and Profit Shifting"*, in "il fisco" n. 12/2013, pag. 1802; Id., *BEPS e transazioni finanziarie: erosione ed elusione internazionale delle basi imponibili*, ivi n. 6/2014, pag. 560; Id., *Base Erosion e Profit shifting. L'Action plan dell'OCSE*", cit., op. loc. cit.; Id., *Digital economy: no ad un regime fiscale ad hoc*, in "Il Quotidiano Ipsoa" del 4 giugno 2014.

<sup>10</sup> "Business-to-consumer (B2C) models were among the earliest forms of e-commerce. A business following a B2C business model sells goods or services to individuals acting outside the scope of their profession. B2C models fall into several categories, including, for example, so-called «pureplay» online vendors with no physical stores or offline presence, «click-and-mortar» businesses that supplemented existing consumer-facing business with online sales, and manufacturers that use online business to allow customers to order and customise directly.

The goods or services sold by a B2C business can be tangible (such as a CD of music) or intangible (i.e. received by consumers in an electronic format). Through digitisation of information, including text, sound, and visual images, an increasing number of goods and services can be delivered digitally

to customers increasingly remote from the location of the seller. B2C e-commerce can in many cases dramatically shorten supply chains by eliminating the need for many of the wholesalers, distributors, retailers, and other intermediaries that were traditionally used in businesses involving tangible goods" (Cfr. OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, 16 settembre 2014, pag. 74).

<sup>11</sup> In siffatta eventualità, è da valutare se una *reasonable, administrable rule* dovrà essere all'uopo introdotta.

<sup>12</sup> "The digital economy has given rise to a number of new business models. Although many of these models have parallels in traditional business, modern advances in ICT have made it possible to conduct many types of business at substantially greater scale and over longer distances than was previously possible. (...) Some of these business models may complement each other and in some cases overlap with each other (for example, payment services could be described under e-commerce or under cloud computing)" (Cfr. OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, 16 settembre 2014, pag. 73).

<sup>13</sup> "Cloud computing is the provision of standardised, configurable, on-demand, online computer services, which can include computing, storage, software, and data management, using shared physical and virtual resources (including networks, servers, and applications). Because the service is provided online using the provider's hardware, users can typically access the service using various types of devices wherever they are located, provided they have a suitable Internet connection. The resources to which cloud computing customers are granted

A livello OCSE, vi è la consapevolezza che la tematica definita nel luglio 2013 nel *BEPS Action Plan*, così come le necessarie interazioni tra i diversi contesti di studio del progetto BEPS, potrebbero rendere poco agevole una previsione in ordine alla effettività delle soluzioni che il progetto medesimo potrà fornire alle criticità dell'economia digitale<sup>14</sup>.

Ciò nonostante, in considerazione della rilevanza delle questioni da questa poste, la *Task Force*, nel corso del 2015, dovrebbe:

- continuare ad analizzare le sfide di carattere fiscale della *digital economy*, procedendo eventualmente a una **ri-definizione dei dettagli tecnici relativi** alle possibili opzioni a disposizione (con particolare attenzione ai *multi-sided business models* e alla partecipazione di *users e consumers* nella creazione del valore);
- operare quale “**centro di competenze**” della *digital economy* per tutta la durata del progetto BEPS, con l'obiettivo di assicurare che il lavoro svolto in tutte le altre aree possa essere in grado di risolvere, altresì, le criticità poste dal settore in commento;
- verificare in che modo i risultati raggiunti negli **altri settori di studio del progetto BEPS** possano essere utilizzati per far fronte alle questioni sollevate dall'economia digitale;
- valutare l’**“incidenza economica” dell’Iva** e della tassazione diretta, così come il loro impatto sulle questioni poste dalla *digital economy*.

Qualora ulteriori interventi dovessero rendersi necessari nell'area dell'**imposizione diretta**, potrà risultare opportuno restringere l'ambito di applicazione delle misure eventualmente già adottate (nel contesto delle disposizioni convenzionali o della normativa nazionale) a situazioni quali quelle che coinvolgono la doppia non-imposizio-

ne del reddito derivante dalla vendita di prodotti digitali e servizi.

Ciò richiederà approfondimenti relativi al *nexus*, ai dati, ai *multi-sided business models*, alla caratterizzazione delle transazioni, alle potenziali soluzioni alle criticità poste dalla *digital economy*, con l'obiettivo di garantire che queste ultime siano “*viable and fair*”, in grado di **evitare i fenomeni di doppia imposizione** e che vengano implementate senza eccessivi **costi amministrativi e di compliance**.

L'attività svolta nelle altre aree interessate dal progetto BEPS dovrà necessariamente prendere in considerazione ed affrontare le *key features* dell'economia digitale che sollevano le maggiori preoccupazioni sul versante dell'erosione della base imponibile. Pertanto, si renderà opportuno un attento e costante monitoraggio.

### 3. Criticità e soluzioni in tema di abuso dei trattati

La necessità di contrastare i fenomeni di *treaty shopping* e di *treaty abuse* è stata ribadita dall'OCSE nel documento “*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*”, pubblicato il 16 settembre 2014, con il quale la medesima organizzazione fornisce agli Stati precise raccomandazioni in materia.

Diversi sono gli approcci i quali possono essere adottati al fine di combattere i fenomeni di *treaty shopping*<sup>15</sup>.

Un primo approccio prevede l'inclusione, nel titolo e nel preambolo di ciascuna convenzione contro le doppie imposizioni, di una **chiara statuizione** secondo cui gli Stati contraenti, nella stipula dell'accordo, hanno intenzione di evitare la creazione di “opportunità di non-imposizione o

*access are not stored on a single computer. Instead, they are on many networked computers that are available to everyone who has access to that «cloud» of computing resources (which, depending on the cloud, could be a single organisation, a community of organisations, the general public, or some combination thereof)”* (Cfr. OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, 16 settembre 2014, pag. 80).

<sup>14</sup> Dato, tuttavia, l'impatto delle suindicate criticità, l'OCSE reputa fondamentale procedere nella discussione e nell'approfondimento del tema, anche in coordinamento con gli altri settori di studio, con particolare *focus* su quelle che sono state definite le “*broader tax challenges and potential options related to nexus, data, and characterisation*” dell'economia di-

digitale, al fine di valutare in che modo l'*outcome* dell'intero progetto BEPS potrà influire sulla loro “*relevance, urgency, and scope*”.

<sup>15</sup> Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Ipsoa, 2012, pag. 80 ss.; P. Valente, L. Davidson, L. Oster, *Usa-Paesi Bassi: una convenzione contro il “treaty shopping”*, in “*Commercio Internazionale*” n. 8/1994, pag. 458; P. Valente, *L'elusione nelle operazioni di riorganizzazione societaria: problemi esecutivi dell'art. 10, legge 408/1990 e confronto con esperienze straniere*, in “*Rivista diritto finanziario e sc. fin.*” n. 1/1997, I, pag. 115-147; P. Valente, *Commissione motivazionale e concatenazione esecutiva nella disciplina anti-elusione*, in “*il fisco*” n. 42/1997, pag. 12252.

di ridotta tassazione” attraverso i cd. *treaty shopping arrangements*.

Un secondo approccio suggerisce di inserire nelle convenzioni contro le doppie imposizioni una **disposizione antiabuso specifica** sul modello delle *LOB clauses* contemplate nei trattati sottoscritti dagli Stati Uniti. Tale disposizione avrebbe l’obiettivo di contrastare un numero molto elevato di situazioni di *treaty shopping*, fondate sulla natura giuridica, la proprietà e, in generale, sulle attività svolte dai soggetti residenti di uno Stato contraente.

In terzo luogo, con l’obiettivo di combattere ogni altra forma di abuso, incluse quelle forme le quali non rientrano nell’ambito di applicazione delle *LOB clauses*, dovrebbe essere prevista, in ciascuna convenzione contro le doppie imposizioni, una **norma anti-abuso generale** basata sul *principal purposes of transactions or arrangements* (cd. *principal purposes test*).

Ciascuna soluzione presenta vantaggi e svantaggi, mentre le singole disposizioni di attuazione dovrebbero essere differenziate adatte al fine di tenere conto di eventuali limiti posti dal diritto comunitario o dal diritto costituzionale interno degli Stati interessati<sup>16</sup>.

In generale, quale requisito minimo, gli Stati dovrebbero raggiungere un accordo diretto ad includere nei trattati bilaterali una dichiarazione espressa secondo la quale è loro comune intenzione eliminare la doppia imposizione senza creare opportunità “for non-taxation or reduced taxation (...) including through treaty shopping arrangements”<sup>17</sup>. Essi inoltre dovrebbero espressamente dichiarare che intendono attuare la suindicata proposizione attraverso un **approccio “combinato”** o mediante l’adozione di una disposizione che preveda il cd. *principal purposes test* o di una *LOB clause*, eventualmente supportata da una misura in grado di contrastare i cd. “*conduit arrange-*

*ments*”, non altrimenti previsti nella convenzione medesima.

La *LOB clause* suggerita dall’OCSE restringe l’ambito di applicazione delle disposizioni convenzionali, le quali generalmente interessano i soggetti residenti di uno Stato contraente. In particolare, il par. 1 della *LOB clause* prevede che un residente di uno Stato contraente “shall not be entitled to the benefits of the Convention unless it constitutes a *qualified person*” (secondo la definizione fornita nel paragrafo 2), a meno che i benefici convenzionali non siano applicati in virtù dei restanti paragrafi della *LOB clause* medesima.

La definizione di *qualified person* viene fornita facendo riferimento alla natura o alle caratteristiche delle diverse categorie di persone. In tal modo, beneficerebbero delle disposizioni convenzionali tutti i soggetti i quali ricadranno nell’ambito di applicazione del suindicato paragrafo 2.

Una persona può godere dei benefici convenzionali - con riferimento ad una data categoria di reddito - nonostante non si caratterizzi quale *qualified person* nei limiti in cui il suindicato reddito sia connesso con una effettiva attività economica svolta nello Stato di residenza.

Rilevante è altresì la cd. **derivative benefits provision**, la quale consente a determinate entità possedute da residenti di altri Stati di godere dei medesimi benefici convenzionali che questi ultimi avrebbero potuto ricevere se avessero investito direttamente nei Paesi interessati.

Rimane ferma la possibilità, per ciascuno Stato contraente, di concedere comunque i benefici convenzionali qualora l’applicazione delle disposizioni della *LOB clause* portasse ad un loro diniego.

La disposizione sul cd. **principal purposes test** si ispira ai principi già delineati nel Commentario all’art. 1 del Modello OCSE. Essa individua “a more general way” di contrastare i casi di abuso dei trattati, incluse quelle situazioni di *treaty shop-*

<sup>16</sup> Nei limiti in cui vengano adottate, da parte di ciascun Paese, efficaci misure antiabuso, una certa flessibilità può essere senz’altro riconosciuta nella fase di implementazione delle suindicate raccomandazioni OCSE.

<sup>17</sup> “9. The terms «arrangement or transaction» should be interpreted broadly and include any agreement, understanding, scheme, transaction or series of transactions, whether or not they are legally enforceable. In particular they include the creation, assignment, acquisition or transfer of the income itself, or of the property or right in respect of which the income accrues. These terms also encompass arrangements concerning the establishment, acquisition or maintenance of a person who derives the income, including the qualification of that

person as a resident of one of the Contracting States, and include steps that persons may take themselves in order to establish residence. An example of an “arrangement” would be where steps are taken to ensure that meetings of the board of directors of a company are held in a different country in order to claim that the company has changed its residence. One transaction alone may result in a benefit, or it may operate in conjunction with a more elaborate series of transactions that together result in the benefit. In both cases the provisions of paragraph 7 may apply” (cfr. OCSE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 16 settembre 2014, pag. 69).

ping che non rientrano nell'ambito di applicazione della *LOB clause* (tra le quali rientrano i cd. "conduit financing arrangements")<sup>18 19</sup>.

L'OCSE raccomanda di prevedere, nelle convenzioni bilaterali, una disposizione che statuisca che "tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation". Tale statuizione implica una riformulazione del titolo e del preambolo del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE, diretta a dichiarare che l'**intento comune delle parti contraenti** è quello di eliminare i fenomeni di doppia imposizione senza tuttavia creare le condizioni per agevolare situazioni di evasione ed elusione fiscale.

In considerazione della notevole preoccupazione che i *treaty shopping arrangements* suscitano negli Stati, tali schemi dovrebbero essere espressamente menzionati quali esempi di comportamenti elusivi, da contrastarsi da parte delle norme convenzionali<sup>20</sup>.

Con riferimento all'interazione tra disposizioni convenzionali e norme antiabuso domestiche, si dovrebbe:

- in primo luogo, adottare una disposizione con-

venzionale la quale si fondi sulla cd. "saving clause", tipica delle convenzioni sottoscritte dagli Stati Uniti;

- in secondo luogo, precisare che i trattati non escludono l'applicazione delle cd. "departure or exit taxes"<sup>21</sup>.

Va da sé che una efficace azione *anti-treaty shopping* può essere svolta dagli Stati, se viene da questi adottata una politica diretta a limitare fortemente la negoziazione e stipula di accordi contro le doppie imposizioni con Paesi a fiscalità privilegiata e/o non cooperativi<sup>22</sup>.

#### **4. Le raccomandazioni in tema di beni immateriali**

Con la pubblicazione, il 16 settembre 2014, del documento "Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles", l'OCSE ha proposto specifici cambiamenti ai capitoli 1 e 6 delle Linee Guida dell'OCSE ("Guidelines OCSE") sui **prezzi di trasferimento**<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Il documento include raccomandazioni relative a disposizioni antiabuso convenzionali specifiche "that seek to address strategies, other than treaty shopping, aimed at satisfying treaty requirements with a view to obtain inappropriately the benefit of certain provisions of tax treaties. These targeted rules, which are supplemented by the PPT rule described above, address (1) certain dividend transfer transactions; (2) transactions that circumvent the application of the treaty rule that allows source taxation of shares of companies that derive their value primarily from immovable property; (3) situations where an entity is resident of two Contracting States, and (4) situations where the State of residence exempts the income of permanent establishments situated in third States and where shares, debt-claims, rights or property are transferred to permanent establishments set up in countries that do not tax such income or offer preferential treatment to that income" (cfr. OCSE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 16 settembre 2014, pag. 13).

<sup>19</sup> La suindicata disposizione potrebbe avere il seguente tenore: "Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention".

<sup>20</sup> Siffatta chiara disposizione sul comune intento delle parti potrebbe assumere una significativa rilevanza ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione di tutte le restanti disposizioni convenzionali.

<sup>21</sup> "The report also addresses two specific issues related to the interaction between treaties and specific domestic anti-abuse rules. The first issue relates to the application of tax treaties to restrict a Contracting State's right to tax its own residents. The report recommends that the principle that treaties do not restrict a State's right to tax its own residents (subject to certain exceptions) should be expressly recognized through the addition of a new treaty provision based on the so-called «saving clause» already found in United States tax treaties. The second issue deals with so-called «departure» or «exit» taxes, under which liability to tax on some types of income that has accrued for the benefit of a resident (whether an individual or a legal person) is triggered in the event that the resident ceases to be a resident of that State" (cfr. OCSE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 16 settembre 2014, pag. 15).

<sup>22</sup> L'Action 6 del BEPS Action Plan prevede la necessità di identificare "the tax policy considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country". The policy considerations (...) should help countries explain their decisions not to enter into tax treaties with certain low or no-tax jurisdictions; these policy considerations will also be relevant for countries that need to consider whether they should modify (or, ultimately, terminate) a treaty previously concluded in the event that a change of circumstances (such as changes to the domestic law of a treaty partner) raises BEPS concerns related to that treaty" (cfr. OCSE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 16 settembre 2014, pag. 18).

<sup>23</sup> Cfr. P. Valente, E. Fusa, F. Ghiselli, A. Tron, *Marchi, Brevetti e Know-how. Gestione internazionale degli intangibili*, Milano, 2014; P. Valente, A. Della Rovere, P. Schipani, *Analisi di comparabilità nel transfer pricing. Metodologie applicative*, Milano, 2013; P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Mila-

In particolare, il capitolo 1 delle *Guidelines* OCSE è stato modificato al fine di introdurre considerazioni in merito a specifiche tematiche, quali i *location savings*, l'*assembled workforce* e le sinergie di gruppo.

Al fine di stabilire le modalità di **ripartizione dei location savings** tra due o più società consociate è necessario considerare fattori quali:

- l'effettiva sussistenza dei *location savings*;
- l'ammontare di ciascun *location saving*;
- condizioni e limiti dell'eventuale trasferimento dei *location savings*, da un membro del gruppo a un "customer or supplier" indipendente;
- nel caso di non trasferimento dei *location savings* a soggetti terzi, le modalità attraverso le quali imprese indipendenti, le quali operano in circostanze analoghe, "would allocate any retained net location savings"<sup>24</sup>.

Nel caso in cui un'*assembled workforce* venga trasferita, nel contesto di un'operazione di riorganizzazione, da una società all'altra appartenente allo stesso gruppo, il *transferee* beneficia del fatto che né tempo, né risorse verranno investiti al fine di costituire e formare una nuova *workforce*. In tali circostanze, risulta pertanto opportuno, considerato altresì il metodo di determinazione del prezzo di trasferimento applicato, "riflettere" tale risparmio, in termini di tempo e costi, negli aggiustamenti apportati al prezzo di libera concorrenza "otherwise charged with respect to the transferred assets"<sup>25</sup>.

In alcune circostanze, vantaggi e svantaggi connessi all'appartenenza a un gruppo possono derivare da **azioni concertate** e comportare un "material, clearly identifiable structural advantage or disadvantage" sul mercato con riferimento ad altri

operatori non appartenenti al gruppo, ma che sono tuttavia coinvolti in transazioni comparabili. Una puntuale valutazione in ordine:

- alla sussistenza di siffatti vantaggi/svantaggi,
- alla loro natura e origine,
- alla loro relazione con azioni di gruppo deliberatamente concertate,

può essere effettuata esclusivamente mediante un'accurata analisi funzionale e di comparabilità. Di rilievo appare, nel capitolo 6 delle *Guidelines* OCSE, la più precisa definizione di beni immateriali nell'ambito del *transfer pricing*. A tal fine, si precisa che il termine "**intangibile**" è da intendersi riferito a qualcosa che non è "a physical asset or a financial asset", in grado di essere posseduto per farne uso nello svolgimento di attività commerciale e il cui utilizzo o trasferimento è soggetto a remunerazione nei rapporti tra terzi indipendenti.

Lungi dal focalizzare l'attenzione su definizioni di carattere legale o contabile, una analisi di *transfer pricing* in tema di beni immateriali dovrebbe piuttosto mirare a determinare le condizioni che parti indipendenti normalmente applicano a transazioni comparabili<sup>26</sup>.

In tema di **analisi di comparabilità** e selezione del metodo più idoneo in transazioni aventi ad oggetto *intangibles*, si evidenzia che questi presentano caratteristiche uniche e, conseguentemente, possono generare profitti e comportare vantaggi, anche futuri, i quali differiscono sostanzialmente. Nello svolgimento dell'analisi di comparabilità, è importante, quindi, tenere in considerazione siffatte peculiarità. Ciò risulta essenziale laddove il metodo CUP sia ritenuto il metodo di *transfer pricing* più appropriato<sup>27</sup>.

no, 2012; P. Valente, *Transfer pricing e beni immateriali: il Discussion Draft OCSE del 6 giugno 2012 sui cd. "safe harbours"*, in "il fisco" n. 34/2012, pag. 5486; Id., *Transfer pricing e beni immateriali: il Discussion Draft OCSE del 6 giugno 2012*, in "il fisco" n. 33/2012, pag. 5321; P. Valente, S. Mattia, *Principi e criticità nella selezione del metodo per determinare il transfer pricing*, in "Corr. Trib." n. 3/2011, pag. 197.

<sup>24</sup> Cfr. OCSE, *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, 16 settembre 2014, pag. 13.

<sup>25</sup> "In other situations, the transfer of the assembled workforce may result in limitations on the transferee's flexibility in structuring business operations and create potential liabilities if workers are terminated. In such cases it may be appropriate for the compensation paid in connection with the restructuring to reflect the potential future liabilities and limitations" (cfr. OCSE, *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, 16 settembre 2014, pag. 17).

<sup>26</sup> "Intangibles that are important to consider for transfer pricing

purposes are not always recognised as intangible assets for accounting purposes. For example, costs associated with developing intangibles internally through expenditures such as research and development and advertising are sometimes expensed rather than capitalised for accounting purposes and the intangibles resulting from such expenditures therefore are not always reflected on the balance sheet. Such intangibles may nevertheless be used to generate significant economic value and may need to be considered for transfer pricing purposes. Furthermore, the enhancement to value that may arise from the complementary nature of a collection of intangibles when exploited together is not always reflected on the balance sheet" (cfr. OCSE, *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, 16 settembre 2014, pag. 29).

<sup>27</sup> "This is particularly important where the CUP method is considered to be the most appropriate transfer pricing method, but also has importance in applying other methods that rely on comparables. In the case of a transfer of an intangible or rights in an intangible that provides the enterprise with a unique

## 5. La rilevanza della documentazione nel *transfer pricing*

I problemi che le tecniche di *transfer pricing* possono presentare sono significativi e richiedono un notevole investimento di risorse sia da parte delle Amministrazioni finanziarie, sia da parte delle società multinazionali, non solo a causa della elevata materia imponente coinvolta, ma anche a motivo della loro complessità e specializzazione<sup>28</sup>.

Obiettivo dell'Action 13 del BEPS Action Plan è il **rafforzamento della trasparenza** da parte del contribuente, il quale dovrà fornire all'Amministrazione finanziaria tutte le informazioni necessarie per un'accurata attività di *risk assessment* nel *transfer pricing* e per il contrasto dei fenomeni di erosione della base imponibile tramite lo spostamento dei profitti.

Questo viene confermato nel documento "Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting", pubblicato dall'OCSE il 16 settembre 2014, il quale contiene i **revised standards** per la **predisposizione della documentazione** sui prezzi di trasferimento (*Master File* e *Local File*) ed un *template* di *country-by-country reporting*.

Il suindicato Rapporto riporta gli aggiornamenti al capitolo 5 delle *Guidelines* OCSE in materia di documentazione sui prezzi di trasferimento il quale fornisce linee guida sia per l'Amministrazione finanziaria (nella sua attività di *auditor*) sia per il contribuente, che, attraverso tale docu-

mentazione, dovrà dimostrare il rispetto dell'*arm's length principle*.

Le transazioni *intercompany* poste in essere dalle società multinazionali non sempre sono direttamente comparabili con transazioni intercorse tra parti indipendenti, in particolare quando esse hanno ad oggetto la prestazione di **servizi altamente specializzati o beni immateriali** con caratteristiche particolari o talvolta uniche. I gruppi multinazionali che operano in un contesto internazionale trovano non agevole il rispetto delle *transfer pricing rules*; le Amministrazioni finanziarie, a loro volta, incontrano difficoltà nell'ottenere le informazioni necessarie per valutare le politiche del gruppo.

La predisposizione dei suddetti tre documenti consente all'Amministrazione finanziaria di conoscere la posizione di *transfer pricing* dei gruppi multinazionali, valutare eventuali rischi ed indirizzare in maniera efficiente le attività di *audit* verso le società che hanno posto in essere pratiche di *transfer pricing* al solo fine di spostare "artificialmente" profitti in Stati caratterizzati da una fiscalità vantaggiosa. Ciò, con innegabili vantaggi in termini di massimizzazione del rapporto tra l'utilizzo delle limitate risorse a disposizione e le entrate fiscali<sup>29</sup>.

Tuttavia, è necessario che la predisposizione di tale documentazione non comporti, per il contribuente, ulteriori costi di *compliance*, rendendosi pertanto necessaria la ricerca di un equilibrio tra le informazioni richieste dalle Amministrazioni finanziarie e le attività che le imprese multinazionali devono porre in essere per soddisfare tali richieste<sup>30</sup>.

*competitive advantage in the market, purportedly comparable intangibles or transactions should be carefully scrutinised. It is critical to assess whether potential comparables in fact exhibit similar profit potential"* (cfr. OCSE, *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, 16 settembre 2014, pag. 66).

<sup>28</sup> Cfr. P. Valente, A. Della Rovere, P. Schipani, *Analisi di comparabilità nel transfer pricing. Metodologie applicative*, Milano, 2013; P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, 2012; P. Valente, *Documentazione di transfer pricing e country-by-country reporting: il discussion draft dell'OCSE*, in "Il Quotidiano Ipsos" del 5 febbraio 2014; P. Valente, *La documentazione in materia di transfer pricing: il White Paper dell'OCSE*, in "il fisco" n. 43/2013, pag. 6689; Id., *La revisione della disciplina OCSE in materia di documentazione per il transfer pricing*, in "il fisco" n. 12/2014, pag. 1162.

<sup>29</sup> Nel corso degli ultimi anni, l'OCSE ha rilevato la necessità di ottimizzare l'attività dell'Amministrazione finanziaria in merito alle verifiche aventi ad oggetto il *transfer pricing*. A tal fine, è necessario definire un chiaro ed efficace *transfer pricing process* che abbia le seguenti caratteristiche:

- efficace identificazione e valutazione dei *transfer pricing risks* che porti alla selezione dei casi "rilevanti";
- definizione di una legislazione sulla predisposizione e il

possesso da parte delle società multinazionali di un'adeguata documentazione di *transfer pricing*;

- elevato grado di cooperazione e collaborazione con il contribuente;
- definizione di un approccio operativo da utilizzare nelle verifiche fiscali, da condividere con il contribuente;
- ricorso a *transfer pricing specialists* sia interni che esterni alla propria organizzazione;
- ricorso a tecniche di risoluzione delle controversie fiscali che prevedano la negoziazione tra Amministrazione finanziaria e contribuente.

Il processo di valutazione dei *transfer pricing risks* presuppone la verifica della:

- presenza di transazioni infragruppo;
- sussistenza di un potenziale rischio;
- convenienza ad effettuare una verifica sui prezzi di trasferimento.

<sup>30</sup> Il documento pubblicato in data 16 settembre 2014 dall'OCSE evidenzia le posizioni dei diversi Stati in merito al citato "equilibrio" tra le informazioni richieste dalle Amministrazioni finanziarie e i costi/oneri di *compliance* a carico delle imprese multinazionali per soddisfare tali richieste.

Obiettivo dell'OCSE diviene ora quello di garantire l'implementazione nei vari Stati dei nuovi *standard* di predisposizione della documentazione: per tale ragione, le attività previste nei prossimi mesi consistono nell'identificazione dei mezzi più idonei per il *filing* delle informazioni richieste e delle tempistiche di invio, nonché nell'individuazione di disposizioni a garanzia della riservatezza delle informazioni fornite.

L'implementazione di tale sistema può permettere alle Amministrazioni finanziarie di focalizzare l'attenzione sugli aspetti rilevanti di una verifica sui prezzi di trasferimento, riducendo in tal modo i tempi della verifica, i costi e l'utilizzo inefficiente di risorse.

Tutto ciò gioverebbe anche alle imprese multinazionali, soprattutto in termini di maggior certezza riguardo, ad esempio, a tematiche come la documentazione di *transfer pricing* da predisporre, la cooperazione con l'Amministrazione finanziaria, ed altri aspetti in grado di favorire la trasparenza e la *compliance*.

Il documento del 16 settembre 2014 ribadisce la necessità di predisporre tre documenti:

- **Master File**, il quale dovrà fornire un'*overview* del gruppo multinazionale a livello globale, illustrando le politiche di *transfer pricing* di gruppo, i vari *agreements* tra le società del gruppo, l'allocazione degli *intangibles* e dei profitti<sup>31</sup>;
- **Local File**, il quale dovrà fornire specifiche informazioni in merito alle transazioni infragruppo con particolare riferimento alla società "locale" cui si riferisce;
- **Country-by-Country Reporting**, il quale dovrà contenere una serie di informazioni relative all'allocazione globale del reddito, alle imposte pagate e a determinati indicatori economici che consentano all'Amministrazione finanziaria di valutare eventuali rischi di *transfer pricing*. È fondamentale sottolineare come tale documento non possa essere utilizzato dall'Amministrazione finanziaria per eventuali *transfer pricing adjustments*, i quali dovranno

necessariamente fondarsi su specifiche analisi funzionali e di comparabilità, in linea con la prassi internazionale in materia di prezzi di trasferimento<sup>32</sup>.

Data la rilevanza di tale ultimo documento, l'OCSE ha provveduto ad aggiornare le istruzioni specifiche al *Country-by-Country Reporting* già fornite con il *Discussion Draft* del 30 gennaio 2014 in materia di documentazione sui prezzi di trasferimento. In sintesi, la società dovrà indicare una serie di informazioni tra le quali:

- **Tax Jurisdiction**, vale a dire una lista di tutte le giurisdizioni nelle quali le società del gruppo sono residenti ai fini fiscali; nel caso in cui una società risulti residente ai fini fiscali in due o più Stati si procede all'applicazione delle regole previste nei trattati contro le doppie imposizioni;
- **Fatturato**: dovranno essere indicate, nelle rispettive colonne del modello di *Country-by-Country Reporting*, il fatturato di tutte le società del gruppo generato da transazioni poste in essere con parti correlate, quello derivante da transazioni con parti indipendenti e la somma di entrambi<sup>33</sup>;
- **Profit (Loss) Before Income Tax**: dovrà essere indicata la somma di profitti/perdite *ante* imposte di tutte le società del gruppo;
- **Income Tax Paid (on Cash Basis)**: dovrà essere riportato l'ammontare delle imposte sui redditi effettivamente pagato nel periodo di riferimento da tutte le società del gruppo;
- **Numero dei dipendenti**: dovrà essere indicato il numero dei dipendenti di ogni società del gruppo, prendendo come riferimento quello medio alla fine dell'esercizio; è consentita una certa approssimazione la quale non dovrà tuttavia pregiudicare la correttezza delle informazioni relative alla distribuzione dei dipendenti tra le varie società del gruppo;
- **Tangible Assets**: dovrà essere indicata la somma dei valori netti di bilancio dei beni tangibili delle società del gruppo, escludendo da tale in-

<sup>31</sup> "The information required in the master file provides a «blueprint» of the MNE group and contains relevant information that can be grouped in five categories: a) the MNE group's organisational structure; b) a description of the MNE's business or businesses; c) the MNE's intangibles; d) the MNE's inter-company financial activities; and (e) the MNE's financial and tax positions" (cfr. OCSE, Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, 16 settembre 2014).

<sup>32</sup> Il capitolo 5 delle *Guidelines* OCSE, come aggiornato dal do-

cumento del 16 settembre 2014, contiene tre allegati che evidenziano la struttura del *Master File* e del *Local File* ed un template di *Country-by-Country Reporting*.

<sup>33</sup> "Revenues should include revenues from sales of inventory and properties, services, royalties, interest, premiums and any other amounts. Revenues should exclude payments received from other Constituent Entities that are treated as dividends in the payor's tax jurisdiction" (cfr. OCSE, Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, 16 settembre 2014).



dicazione valori monetari, finanziari e intangibili.

Infine, è importante evidenziare anche il ruolo

funzionale in termini di attività svolta da ogni singola società del gruppo, mediante la compilazione di apposita tavola<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Le istruzioni fornite dall'OCSE nel documento pubblicato in data 16 settembre 2014 sottolineano come con il termine "Constituent Entity" debba considerarsi "any separate business unit of the MNE group (company, corporation, trust, partnership etc.) that is included in the consolidated group for financial reporting purposes".

Con particolare riferimento alle stabili organizzazioni, le istruzioni chiariscono che "the term Constituent Entity also includes permanent establishments of a member of the MNE group conducting business in a tax jurisdiction, provided such permanent establishment prepares a separate income

*statement for regulatory purposes, financial reporting, internal management or tax purposes. The permanent establishment data should be reported by reference to the tax jurisdiction in which it is situated and not by reference to the tax jurisdiction of residence of the Constituent Entity of which the permanent establishment is a part. Residence tax jurisdiction reporting for the Constituent Entity of which the permanent establishment is a part should exclude financial data related to the permanent establishment" (cfr. OCSE, Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, 16 settembre 2014).*