

Introduzione

di *Sergio Marchese*

La valutazione degli *intangibles* ai fini del *transfer pricing* è una tematica che ha assunto, e assumerà sempre più, una grande rilevanza nell'ambito sia delle attività di verifica condotte dalle Amministrazioni fiscali dei vari Paesi nei confronti dei gruppi multinazionali sia della definizione, da parte di questi ultimi, delle proprie *policy* di *transfer pricing*.

I motivi della centralità di questa tematica possono essere riassunti come segue.

1. Cambiamento dei modelli di business delle imprese multinazionali

Come è stato efficacemente sottolineato¹, negli ultimi decenni la globalizzazione e la digitalizzazione hanno creato una vera e propria “mutazione genetica” della struttura dei gruppi multinazionali, offrendo nuove opportunità di specializzazione delle funzioni aziendali, lo sfruttamento delle quali ha radicalmente modificato i loro modelli di *business*.

Attraverso la specializzazione i gruppi societari multinazionali si sono trasformati, per quanto concerne le modalità di svolgimento del business, in un'unica grande impresa globale con funzioni aziendali altamente specializzate attribuite alle sue diverse diramazioni territoriali, siano esse *legal entities* o stabili organizzazioni, ciascuna delle quali svolge solo una parte del *business* globale: solo la ricerca o la produzione di alcuni elementi, o la distribuzione, o la logistica o il marketing o la gestione degli *intangibles*.

¹ Assonime, Note e Studi n. 15/2017.

Questi processi evolutivi – che hanno caratterizzato tutti i gruppi multinazionali, compresi i gruppi manifatturieri della *old economy* – si sono manifestati con particolare rilevanza nell’ambito delle imprese della *new economy*: nel caso di attività completamente digitali le imprese sono riuscite ad operare nei vari Paesi senza più la necessità di una, anche minima, presenza fisica, realizzando i propri ricavi “da remoto” (*i.e.* da un qualsiasi Stato estero) senza la necessità di costituire nello Stato in cui si trova il loro mercato né una *legal entity* né una stabile organizzazione.

2. Aumentata importanza dei beni immateriali nel processo di creazione del valore

Tale accresciuta (per non dire estremizzata) “mobilità” del business, che ha comportato il venir meno della tendenziale coincidenza tra Stato di produzione e Stato di consumo dei beni/servizi, si è accompagnata ad un significativo aumento dell’importanza, nell’ambito del processo di creazione del valore, dei beni immateriali e al loro accresciuto utilizzo in tale processo.

A ciò occorre aggiungere che il processo di creazione dei beni immateriali ha assunto, nell’ambito della *digital economy*, caratteristiche del tutto peculiari: i nuovi modelli di *business*, fondati su piattaforme digitali, “catturano valore dai mercati” in due modi:

- da un lato, come accennato, consentono la fruizione di prodotti e servizi richiesti dai consumatori senza che sia necessario stimolare la domanda mediante politiche di marketing tradizionali;
- dall’altro, attraverso la “partecipazione attiva” degli utilizzatori, consentono la creazione di “dati di massa” (i cosiddetti “*big data*”), che costituiscono un *intangible asset* fondamentale nell’ambito della catena del valore.

L’aumentata importanza dei beni immateriali nell’ambito del processo di creazione del valore ha messo fortemente in crisi i sistemi fiscali dei singoli Stati.

Numerosi gruppi multinazionali hanno infatti:

- creato società *offshore* di mera intestazione degli *intangible assets* alle quali vengono attribuiti i profitti derivanti dalla proprietà giuridica di tali beni a prescindere dal contributo offerto dalle società stesse al loro sviluppo e mantenimento;
- utilizzato strutture contrattuali che, nell’ambito dei ricavi generati dall’attività d’impresa, distinguono tra (i) la quota di essi riconducibile alle attività “tipiche” di gestione del business, che, essendo tali attività asseritamente qualificate come “a basso valore aggiunto”, costituisce una minima parte dei ricavi complessivi; e (ii) la quota di essi riconducibile allo sfruttamento degli *intangible assets*, che, attraverso schemi di pianificazione fiscale aggressiva, viene dirottata verso Stati a ridotta imposizione o, addirittura,

viene trasformata in un “reddito apolide”, non assoggettato a tassazione in alcuna giurisdizione.

3. Gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva

Come è stato illustrato in maniera assai acuta ed efficace² gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva utilizzati dai gruppi multinazionali presentano dei tratti comuni ricorrenti, così sintetizzabili:

- riduzione dell'imposizione negli Stati della fonte: si minimizza la tassazione negli Stati in cui si svolgono le attività economiche e vengono venduti beni/servizi; tale minimizzazione avviene trasferendo in altri Stati i redditi mediante lo spostamento in tali Stati, in maniera artificiosa (*rectius* dando prevalenza alla forma giuridico-contrattuale rispetto alla sostanza economica), dei “rischi” e della proprietà degli *intangible assets*;
- minimizzazione, attraverso l'utilizzo combinato delle normative interne e del network di convenzioni contro le doppie imposizioni, delle ritenute applicate sulle *royalties* in entrata e in uscita dagli Stati che si interpongono tra lo Stato della fonte e quello di destinazione finale del flusso reddituale;
- riduzione della tassazione nello Stato di destinazione dei redditi “distolti” dallo Stato della fonte attraverso *ruling* con l'Amministrazione fiscale di tale Stato o utilizzazione di strutture societarie ibride.

Un esempio di schema di pianificazione fiscale aggressiva è quello posto in essere dalla società Starbucks EMEA BV (“Starbucks”)³ – facente parte dell'omonimo gruppo statunitense che si occupa di torrefazione e rivendita di caffè e altri prodotti – mediante un *ruling* stipulato nel 2008 con l'Amministrazione finanziaria dei Paesi Bassi.

Starbucks ha uno stabilimento di torrefazione situato ad Amsterdam. L'Amministrazione Finanziaria locale, stipulando il *ruling*, aveva accettato che (i) il reddito imponibile annuo di tale società fosse determinato applicando una percentuale di ricarico su una base di costi molto limitata rispetto ai costi complessivamente sostenuti e (ii) dall'utile di esercizio fosse deducibile, in via extracontabile, un ammontare a titolo di *royalty* figurativa “pagata” a una società del gruppo con residenza fiscale in Inghilterra (“UKCo”) per l'utilizzo in licenza della proprietà intellettuale; tale ammontare non era soggetto ad alcuna ritenuta fiscale.

UKCo era una società priva di dipendenti qualificabile come “società ibrida” dal punto di vista fiscale: trasparente ai sensi della normativa dello Stato di residenza fiscale (UK) e opaca ai sensi della normativa dello Stato

² Si veda il già citato documento Note e Studi n. 15/2017 di Assonime.

³ Decisione (UE) 2017/502 della Commissione del 2 ottobre 2015.

di residenza dei suoi soci (USA). Per effetto di ciò il suo reddito non era assoggettato a tassazione né nel primo né nel secondo Stato.

Tale schema di pianificazione fiscale aggressiva, come altri assurdi all'onore delle cronache in questi anni (si vedano ad esempio gli schemi adottati da Apple da Google, o da Amazon), è stato contestato da parte della Commissione Europea.

In particolare la contestazione si è fondata sulla qualificazione del *ruling* come “aiuto di Stato”; in quanto – attraverso la non corretta applicazione dei prezzi di trasferimento e la conseguente generazione di redditi imponibili non conformi al principio di libera concorrenza – ha inciso sul mercato europeo distorcendo gli scambi attraverso l'attribuzione di un vantaggio selettivo (il mancato assoggettamento a imposizione di una quota rilevante del reddito generato dall'attività).

Più in dettaglio la Commissione ha contestato:

- la qualificazione come *royalty* dell'ammontare di reddito attribuito ai fini fiscali a UKCo: la contestazione si è fondata sull'assenza di relazione tra l'ammontare di tale *royalty* e il valore della proprietà intellettuale cui essa si riferiva; in altri termini, secondo la Commissione la *royalty* - il cui ammontare corrispondeva a una percentuale assai variabile dei ricavi (tra il 10% e il 30-40%) - costituiva in realtà l'extraprofitto realizzato da Starbucks, che in tal modo veniva sottratto a imposizione, tanto nei Paesi Bassi, quanto in UK e negli Stati Uniti d'America;
- la quantificazione del reddito attribuito a Starbucks con il metodo TNMM: la contestazione si è fondata sul fatto che secondo la Commissione non era Starbucks l'entità meno complessa in quanto i rischi imprenditoriali erano stati trasferiti formalmente a una società (UKCo) che non aveva personale e che non svolgeva effettivamente alcuna funzione.

In definitiva, secondo la Commissione Starbucks non avrebbe dovuto dedurre alcuna *royalty* dal proprio reddito imponibile.

4. La reazione dell'OCSE: l'Action Plan BEPS

In reazione al mutamento dei modelli di *business* delle imprese multinazionali e agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva da esse implementati l'OCSE ha, come noto, avviato un progetto (cosiddetto *Action Plan BEPS*) finalizzato a contrastare i fenomeni di erosione della base imponibile e di “sviamento” dei redditi vero Stati a ridotta imposizione (o, addirittura, di trasformazione degli stessi in “redditi apolidi”, non assoggettati a tassazione in alcuna giurisdizione).

Una delle linee fondanti dell'*Action Plan BEPS* è il superamento dei formalismi giuridici che contribuiscono in maniera significativa alla dissociazione tra lo Stato a cui viene allocato il reddito imponibile e lo Stato in cui effettivamente si svolgono le attività che contribuiscono alla creazione di valore.

In tale ambito uno dei documenti chiave è quello denominato *BEPS Actions 8-10 Aligning Transfer Pricing Outcomes With Value Creation* («BEPS Actions 8-10»), che si occupa, tra l'altro, dell'identificazione e allocazione dei rischi ai fini del *transfer pricing* e dei prezzi di trasferimento dei beni immateriali⁴.

Il contenuto di tale documento (unitamente al contenuto dell'*Action 13* in materia di *Transfer Pricing Documentation* e *Country-by-Country Reporting*) è stato incorporato nelle «Linee guida sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali» («Linee Guida OCSE») pubblicate a luglio 2017.

In estrema sintesi, per quanto qui interessa la *BEPS Action 8-10*:

- ha confermato l'adozione dell'*arm's length principle* e il rifiuto del *formulary apportionment*;
- si è occupato dell'identificazione e dell'allocazione dei rischi: l'allocazione contrattuale dei rischi è solo il punto di partenza dell'analisi da svolgere, che deve portare all'identificazione dell'entità o delle entità del gruppo che controllano il rischio e hanno la capacità finanziaria di sopportare le conseguenze economiche del suo eventuale verificarsi; in tal modo è possibile contrastare le situazioni in cui a una società del gruppo sono attribuiti redditi eccessivi per il solo fatto che essa (a) ha contrattualmente assunto rischi che, in realtà, non «controlla» e/o non ha la «capacità finanziaria» di sopportare; (b) ha fornito le risorse finanziarie necessarie per lo sviluppo di *assets* strategici, senza tuttavia controllare il suddetto processo di sviluppo;
- ha fornito indicazioni innovative (che hanno comportato l'integrale sostituzione del capitolo VI delle Linee Guida OCSE) per quanto concerne la determinazione dei prezzi di trasferimento dei beni immateriali; tali indicazioni sono finalizzate a individuare, nell'ambito dei gruppi multinazionali, la reale «fonte» del reddito derivante dallo sfruttamento economico dei beni immateriali, indipendentemente da quali siano le entità del gruppo cui è attribuita la proprietà legale dei beni stessi; in estrema sintesi le indicazioni contenute nel documento *BEPS Actions 8-10* con riferimento ai beni immateriali sono le seguenti:

⁴ Per approfondimenti su tali tematiche si rinvia ai seguenti scritti: AA.VV. (a cura di M. Lang - A. Storck - R. Petruzzi), *Transfer pricing in a post-BEPS world*, Kluwer Law International 2016; S.K. Bilaney, *Understanding risk in the era of the OECD/G20 base erosion and profit shifting initiative*, Bulletin for International Taxation, October 2016, pp. 576 e segg.; A. Storck - R. Petruzzi - M. Pankiv - R.J.S. Tavares, *Global transfer pricing conference "Transfer pricing in a post-BEPS world"*, International Transfer Pricing Journal, May-June 2016, pp. 216 e segg.; O. Fedusiv, *Transactions with hard-to-value intangibles: is BEPS action 8 based on the arm's length principle?*, International Transfer Pricing Journal, November-December 2016, pp. 483 e segg.; M. Pankiv, *Post-BEPS application of the arm's length principle to intangibles structures*, International Transfer Pricing Journal, November-December 2016, p. 463 e segg.

- (i) la proprietà giuridica di un bene immateriale da parte di una società del gruppo in sé e per sé non attribuisce a tale società il diritto ai redditi generati dallo sfruttamento economico del bene immateriale;
- (ii) le società del gruppo diverse da quella che ha la proprietà giuridica del bene immateriale che svolgono funzioni di sviluppo, miglioramento, mantenimento, sfruttamento e protezione di tale bene (cosiddette funzioni “DEMPE”, da *development, enhancement, maintenance, protection, exploitation*) che hanno un significativo impatto sul suo valore devono essere adeguatamente remunerate;
- (iii) una società del gruppo che assume rischi relativi allo sviluppo, miglioramento, mantenimento, sfruttamento e protezione di un bene immateriale deve esercitare il “controllo” su tali rischi ed avere la capacità finanziaria di assumerli;
- (iv) i redditi/perdite pari alla differenza tra i redditi che si prevede un bene immateriale genererà e i redditi/perdite da tale bene effettivamente generati devono essere allocati alla società (o alle società) del gruppo che si è assunta i rischi il cui verificarsi ha determinato tale differenza;
- (v) una società del gruppo che fornisce le risorse finanziarie per lo svolgimento delle attività di sviluppo, miglioramento, mantenimento, sfruttamento e protezione di un bene immateriale senza svolgere alcuna delle suddette attività: (a) se si assume il rischio finanziario ha diritto a un reddito pari al rendimento da attribuirsi a tali risorse finanziarie tenendo conto del rischio; (b) se non si assume il rischio finanziario ha diritto a un reddito pari al rendimento *risk free* da attribuirsi a tali risorse finanziarie;
- (vi) nel caso manchino *comparables* è possibile utilizzare le tecniche di valutazione dei beni immateriali elaborate dalla dottrina aziendalistica;
- (vii) vi è una sezione appositamente dedicata ai cosiddetti *hard-to-value intangible*.

5. Conclusioni

Come visto il cambiamento dei modelli di *business* dei gruppi multinazionali ha comportato la possibilità di operare nei diversi Stati con una presenza fisica estremamente ridotta o, nel caso delle imprese della *new economy*, addirittura in assenza di presenza fisica.

All'accresciuta “mobilità” del business si è accompagnata una crescente importanza dei beni immateriali nell'ambito del processo di creazione del valore.

D'altra parte i beni immateriali (*rectius* i prezzi di trasferimento delle transazioni aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà o del diritto di

uso dei beni immateriali) sono uno dei fattori principali – in combinazione con l'utilizzazione di strumenti finanziari o strutture societarie ibride, con costruzioni finalizzate a prevenire l'insorgere di stabili organizzazioni o con tecniche di abuso dei trattati contro le doppie imposizioni – utilizzati nei più diffusi schemi di pianificazione fiscale aggressiva.

In tale contesto, come accennato, il nuovo approccio OCSE – contenuto nel *BEPS Action 8-10* e incorporato nell'ultima versione delle Linee Guida OCSE – considerata l'estrema rilevanza, ai fini del *transfer pricing*, della valutazione degli *intangibles* e la difficoltà di applicazione, a tal fine, dei metodi proposti dalle stesse Linee Guida, ammette per la prima volta l'utilizzabilità dei metodi di valutazione dei beni immateriali elaborati dalla dottrina aziendalistica.

È, quindi, con grande favore che accolgo la pubblicazione del testo di Giorgio Guatri e Marco Villani, che – considerato il giusto equilibrio tra dissertazione teorica e indicazioni operative – sono certo sia destinato a diventare uno strumento operativo fondamentale per chi, *tax manager* di aziende o professionisti della consulenza fiscale, si occupa della tematica del *transfer pricing*.