



## APPROFONDIMENTO

# Il *transfer pricing* dei Paesi in via di sviluppo Il Manuale dell'Onu

di Piergiorgio Valente

Nei Paesi in via di sviluppo, le normative nazionali in materia di prezzi di trasferimento – il più delle volte inadeguate per arretratezza o, addirittura, connivenza di interessi tra i governi locali e le imprese multinazionali – e la mancanza di un sistema che consenta un effettivo scambio di informazioni sollevano particolari criticità. Il Manuale dell'Onu sul *transfer pricing* si propone di fornire linee guida di carattere operativo per l'applicazione delle disposizioni sul *transfer pricing* in conformità al principio dell'*arm's length*, nonché per l'individuazione e implementazione di “*platforms*” per le amministrazioni finanziarie, dirette ad agevolare la cooperazione e lo scambio di *best practices* nella materia dei prezzi di trasferimento.

### 1. Premessa

La materia del *transfer pricing* riveste particolare rilevanza in ambito internazionale in considerazione dell'elevato numero di transazioni *inter-company* poste in essere.

Nel Rapporto “*Transfer pricing and developing countries*”, pubblicato nel giugno 2011<sup>1</sup>, si rileva che, a livello globale, circa i due terzi delle transazioni economiche sono effettuate tra membri appartenenti al medesimo gruppo<sup>2</sup>. Ciò è parti-

colarmente significativo per i **Paesi in via di sviluppo**, dal momento che le relative economie hanno di recente attratto un considerevole numero di **investimenti esteri diretti**, da parte delle imprese multinazionali<sup>3</sup>.

In assenza di un'adeguata normativa vigente sui prezzi di trasferimento, sia le amministrazioni finanziarie sia i contribuenti-imprese multinazionali incontrano notevoli difficoltà nella determinazione della remunerazione da applicare alle transazioni tra parti correlate.

Nei Paesi in via di sviluppo, generalmente, la materia del *transfer pricing* solleva alcune criticità.

Le amministrazioni finanziarie locali vantano un'esperienza poco significativa nella materia e in non pochi casi si riscontra una certa carenza anche nella comprensione dei principi di base applicabili. A titolo esemplificativo, si rileva che l'**identificazione dei comparables** risulta scarsamente agevole per la presenza, nelle varie aree di attività, di un numero esiguo di “*organised companies*”.

Inoltre, non vi sono *databases* che consentono di acquisire **informazioni sulle transazioni comparabili**, al fine di verificare i prezzi di trasferimento applicati alle transazioni tra parti correlate. Un ulteriore ostacolo all'acquisizione di infor-

*dei Paesi in via di sviluppo: criticità e raccomandazioni secondo la Commissione europea*, in “*il fisco*” n. 45/2011, fascicolo n. 1, pag. 7324.

<sup>1</sup> Redatto da *PriceWaterhouseCoopers* su incarico della Commissione europea.

<sup>2</sup> Per approfondimenti sul Rapporto “*Transfer pricing and developing countries*” cfr. P. Valente, *Il transfer pricing*

<sup>3</sup> Cfr. P. Valente, *Linee Guida OCSE sulle multinazionali: 'tax compliance' e rispetto dello spirito della legge*, in “*Corriere Tributario*” n. 41/2011; P. Valente, *Tax governance: la gestione del rischio fiscale nelle imprese*, in “*Amministrazione & Finanza*” n. 2/2011.

mazioni in relazione a ciascun contribuente è rappresentato dall'**assenza di obblighi di documentazione** ovvero dall'incapacità del loro *enforcement*<sup>4</sup>.

Le amministrazioni finanziarie dei Paesi in via di sviluppo, a volte, non sono in grado di elaborare e valutare le informazioni acquisite, in parte per mancanza delle necessarie competenze tecniche, in parte per l'inadeguatezza degli strumenti necessari all'elaborazione dei dati disponibili<sup>5</sup>.

Le organizzazioni internazionali sono particolarmente impegnate nella predisposizione di **linee guida** in materia di *transfer pricing*. Alcune di queste riguardano, in particolar modo, i Paesi in via di sviluppo.

Le Nazioni Unite, in data 31 maggio 2011, hanno pubblicato un *working draft* del *Practical manual on transfer pricing for developing countries* (di seguito, "*Draft manual*"). Una seconda versione del *Draft manual* è stata pubblicata nel mese di ottobre del 2011<sup>6</sup>.

Il *Draft manual*, in particolare, si propone di fornire linee guida di carattere operativo per l'applicazione delle disposizioni sul *transfer pricing* in conformità al principio dell'*arm's length*<sup>7</sup>,

<sup>4</sup> Per approfondimenti sugli oneri documentali nel *transfer pricing* secondo l'ordinamento italiano, cfr. P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, Milano, 2010, pagg. 5 e seguenti; P. Valente, *Transfer pricing - I nuovi oneri di documentazione in Italia*, in "*il fisco*" n. 39/2010, fascicolo n. 1, pag. 6330; P. Valente, *La documentazione in materia di transfer pricing*, in "*il fisco*" n. 34/2010, fascicolo n. 1, pag. 5481; P. Valente, *Transfer pricing: oneri documentali per le imprese*, in "*Commercio internazionale*" n. 20/2010.

<sup>5</sup> Cfr. P. Valente, *Il transfer pricing dei Paesi in via di sviluppo: criticità e raccomandazioni secondo la Commissione europea*, op. cit. Cfr. inoltre S. Lall, *Transfer pricing and developing countries: Some problems of investigation*, *World Development*, volume 7, issue 1, January 1979, pages 59-71; S. Borkowski, *The transfer pricing concerns of developed and developing countries*, *The International Journal of Accounting*, volume 32, issue 3, 1997, pages 321-336.

<sup>6</sup> Cfr. [http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd\\_tp.htm](http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm). Il *Draft manual* dovrebbe essere definitivamente approvato nell'ottobre 2012. Esso dovrebbe comporsi di n. 11 capitoli.

<sup>7</sup> "*The TP Manual is designed to respond to the specific needs of developing countries and offers a step-by-step approach to adopting and implementing TP legislation in developing countries. The different sections of the guide*

nonché per l'individuazione e implementazione di "*platforms*" per le amministrazioni finanziarie, dirette ad agevolare la cooperazione e lo scambio di *best practices* nella materia dei prezzi di trasferimento<sup>8</sup>.

## **2. Il *Practical manual on transfer pricing for developing countries*: generalità**

Il *Draft manual* rappresenta la risposta al bisogno, più volte espresso dai Paesi in via di sviluppo, di avere indicazioni chiare in merito all'applicazione dei prezzi di trasferimento nelle **operazioni intercompany** effettuate da **imprese multinazionali**.

Le linee guida in esso contenute intendono promuovere politiche responsabili da parte del *management* delle imprese multinazionali, agevolare le complesse questioni concernenti i prezzi di trasferimento e altresì indirizzare contribuenti e Amministrazioni finanziarie nella gestione dei loro rapporti.

Sia il Modello di convenzione contro le doppie imposizioni delle Nazioni Unite sia quello dell'OCSE costituiscono il punto di riferimento per la stipula dei trattati bilaterali tra Stati e prevedono l'applicazione del principio dell'*arm's length* alle transazioni effettuate dalle imprese multinazionali.

In particolare, l'art. 9, par. 1 del *UN Model convention* prevede:

*deal with the basic questions regarding TP, and provide information on how to draft TP legislation and set up special TP units, how to identify and work with TP databases, how to pursue simplified strategies for verifying the arm's length nature of a related-party transaction plus compliance strategies for different sized companies. In its draft, the UN Expert Committee establishes a clear reference to existing guidelines and endorses the various elements of the principles stated in the OECD Guidelines (e.g. the arm's length principle)*" (cfr. Commissione europea, "*Transfer pricing and developing countries*", giugno 2011, par. 5.2).

Per approfondimenti sul principio dell'*arm's length* cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, Milano, 2009, pagg. 50 e seguenti.

<sup>8</sup> "*(...) the transactions between two related parties must be based on the 'arm's length principle'*" (cfr. *Draft manual*, chapter 1, par. 4.2).

“Where

(a) an enterprise of a Contracting State participates directly or in - directly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or

(b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State,

and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would have been made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of these conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly”<sup>9</sup>.

L'adozione di tale principio viene propugnato al fine di **uniformare le normative nazionali** dei singoli Stati, rendere omogenea la materia e agevolare le transazioni, riducendo di conseguenza i casi di conflittualità.

L'adozione di una normativa comune dei flussi di transazioni consente di prevenire i **fenomeni elusivi**. Nel *Draft manual* si rileva come la differenza di imposizione tra i vari Paesi potrebbe indurre le imprese multinazionali a compiere operazioni in cui “*profits might appear to be earned in low or no-tax jurisdictions (thereby serving to reduce tax rates on taxable profits/incomes and associated tax obligations), and losses might appear to be incurred in high-tax jurisdictions (thereby increasing allowable deductions for tax purposes)*”<sup>10</sup>. Ne conseguirebbe una riduzione delle entrate di alcuni Stati, ottenuta in maniera illegittima, da cui potrebbero derivare rilevanti problemi economici per i Paesi in condizioni di sottosviluppo ed un ingiusto profitto per le imprese multinazionali.

Non vi sono dati certi sull'entità delle perdite dovute alle transazioni in commento; considerato che è possibile stimare in quasi un terzo del valore globale delle transazioni quelle effettuate

tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo, tale entità appare rilevante<sup>11</sup>.

Nei Paesi in via di sviluppo, le normative nazionali in materia di prezzi di trasferimento – il più delle volte inadeguate per arretratezza o, addirittura, connivenza di interessi tra i governi locali e le imprese multinazionali – e la mancanza di un sistema che consenta un effettivo scambio di informazioni sollevano particolari criticità.

Il *Draft manual* non intende imporsi ai Paesi in via di sviluppo, bensì proporsi ad essi, che saranno liberi di adottare le soluzioni che riteranno più adeguate, predisponendo piani di breve, medio e lungo termine.

L'obiettivo è di realizzare un sistema sui prezzi di trasferimento che operi in maniera efficiente ed equa, riconoscendo a ciascuno Stato il legittimo reddito da transazioni *intercompany*, e nel contempo prevenendo i rischi di doppia imposizione per le imprese multinazionali.

L'adozione di strumenti idonei – di carattere normativo, fiscale, di controllo, eccetera – ha l'obiettivo di assicurare la *compliance* da parte dei soggetti passivi di imposta e di migliorare i rapporti tra questi ultimi e le Amministrazioni finanziarie locali, in un ambiente che è diretto a garantire benefici ad entrambi.

Il *Draft manual* dovrebbe ispirarsi ai seguenti **principi**:

- deve essere redatto in forma **chiara, semplice ed esaustiva**;
- redatto inizialmente in lingua inglese, sarà tradotto anche nelle altre lingue ufficiali dell'Onu;
- deve affrontare i **problemi concreti** dei Paesi in via di sviluppo, affinché possa diventare utile strumento pratico di *problem solving*;

<sup>9</sup> “The term ‘arm’s length principle’ itself is not a term specifically used in Article 9, but is well accepted by countries as encapsulating the approach taken in Article 9, with some differing interpretations as to what this means in practice. The principle laid out above in the UN Model has also been reiterated in the OECD Model Convention and the OECD’s 1995 and now 2010 Transfer Pricing Guidelines.

Thus, the ‘arm’s length principle’ is generally currently the accepted guiding principle in establishing an acceptable ‘transfer price’. Note that the arm’s length principle by itself is not new – it has its origins in contract law to arrange an equitable agreement that will stand up to legal scrutiny, even though the parties involved may have shared interests” (cfr. *Draft manual*, Chapter 1, par. 4.2 e 4.3).

Per approfondimenti sull’art. 9 del Modello OCSE, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 815 e seguenti.

<sup>10</sup> Cfr. *Draft manual*, Foreword.

<sup>11</sup> “There are as yet no figures which clearly indicate the amount of revenue lost to transfer mispricing which might otherwise be directed to development, but with intra-firm trade generally regarded as comprising more than 30% of global trade, there is reason to believe that the figures are large” (*Draft manual*, Foreword).

- deve riconoscere le **diversità dei singoli Stati** e valorizzare quelli che hanno predisposto sistemi equi ed efficaci, in un’ottica di sviluppo sostenibile;
- deve migliorare il flusso di informazioni, soprattutto in quei Paesi in cui il sistema di scambio delle informazioni appare carente, anche per effetto delle limitate risorse a disposizione<sup>12</sup>.

Il *Draft manual*, che contiene le linee guida in merito – tra gli altri – ai metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento, all’analisi di comparabilità, alla documentazione da predisporre, si ispira alle *Transfer pricing guidelines* dell’OCSE, riproponendone i principi<sup>13</sup>.

È evidente che l’implementazione, a livello dei singoli Paesi in via di sviluppo, di un’adeguata disciplina dei prezzi di trasferimento, in linea con le indicazioni contenute nel *Draft manual*, presuppone la sussistenza di alcuni presupposti:

- condizioni economiche e politiche (*i.e.*, crescita economica e diversificazione, *open economy*, investimenti esteri diretti, eccetera);
- quadro giuridico (*i.e.*, presenza di un’esaustiva legislazione fiscale e di un adeguato *network* convenzionale, eccetera);
- caratteristiche dell’amministrazione finanziaria (*i.e.*, livello di specializzazione e delle competenze delle autorità fiscali locali).

Con riguardo alle caratteristiche della legislazione sui prezzi di trasferimento esistente in alcuni Paesi in via di sviluppo, nonostante sia rinvenibile una certa affinità con gli *standards* previsti dall’OCSE (ai quali il *Draft manual* fa riferimento), l’ambito di applicazione di tale normativa si

<sup>12</sup> “ (...) a key ‘value added’ of the Manual is to be its practicality - addressing real issues for developing countries (and of course those dealing with such countries) in a practical and problem-solving way. It therefore seeks to reflect the developing country realities, not just the theory, of transfer pricing; (...)

- helpful guidance in this complex area must, in particular, be geared to the inevitable limitations in some countries’ administrations, and deficits in information and skills that many countries are affected by in this area. Issues of building and retaining capability, focus and efficiency in dealing with limited resources, in particular, bear strongly on the approach taken in the Manual (...)” (*Draft manual*, Foreword).

<sup>13</sup> Per approfondimenti sulle *Transfer Pricing Guidelines* dell’OCSE, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 71 e seguenti; P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, op. cit., pagg. 101 e seguenti.

presenta particolarmente “ampio”, ad esempio in rispetto alla definizione di “parti correlate”.

Vi sono significative differenze tra i Paesi in via di sviluppo per quanto riguarda la sussistenza dei presupposti necessari per qualsiasi riforma in materia di *transfer pricing*; tali divergenze influiscono considerevolmente sugli interventi da effettuarsi a livello di ciascuno Stato.

Ad ogni modo, risultano di fondamentale importanza, lo sviluppo:

- di un **network convenzionale** sufficientemente ampio; e
- di adeguate competenze in seno all’**amministrazione finanziaria locale**.

### **3. Il *Practical manual on transfer pricing for developing countries*: i metodi**

Nell’individuare i metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento, il *Draft manual* propone la distinzione, presente delle *Transfer pricing guidelines* dell’OCSE, tra “*traditional transaction methods*” e “*profit-based methods*”.

Dopo aver precisato che “*no single method is considered suitable in every situation and the taxpayer must select the method that provides the best estimate of an arm’s length price for the transaction in question*”<sup>14</sup>, il *Draft manual* stabilisce, in linea con le *Transfer pricing guidelines* dell’OCSE, che i cinque più importanti metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento sono i seguenti<sup>15</sup>:

- *Comparable uncontrolled price*;
- *Resale price method*;
- *Cost plus method*;
- *TNMM*;
- *Profit-split method*.

<sup>14</sup> Cfr. *Draft manual*, chapter 1, par. 5.1.

<sup>15</sup> “All these transfer pricing methods rely directly or indirectly on the comparable profit, price or margin information of similar transactions. This information may be an ‘internal (comparable)’ based on similar uncontrolled transactions between the entity and a third party or an ‘external (comparable)’ involving independent enterprises in the same market or industry” (cfr. *Draft manual*, Chapter 1, par. 5.1).

Per approfondimenti sui metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 93 e seguenti; P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, op. cit., pagg. 193 e seguenti; P. Valente, *Il metodo Transactional profit split nella disciplina OCSE del transfer pricing*, in “*il fisco*” n. 16/2011, fascicolo n. 1, pag. 2537.

Il primo metodo descritto (*Comparable uncontrolled price - Cup*) realizza la **comparazione** tra i prezzi dei beni e dei servizi trasferiti nelle transazioni oggetto di verifica con quelli di transazioni simili effettuate da imprese indipendenti e, qualora ricorrano le condizioni, il prezzo praticato va sostituito con quello di libera concorrenza<sup>16</sup>.

Il secondo metodo è quello del **prezzo di rivendita** (*Resale price method*). Esso si basa sul prezzo al quale il prodotto, che è stato acquistato da un'impresa associata, è rivenduto ad un'impresa indipendente. Tale prezzo di rivendita viene poi ridotto di un adeguato margine lordo – c.d. “margine del prezzo di rivendita” – con il quale l'imprenditore dovrebbe coprire i costi e le altre spese operative ed ottenere un utile. Il metodo fornisce risultati attendibili soprattutto quando le transazioni sono riferibili ad operazioni di carattere commerciale o ad attività di *marketing*<sup>17</sup>.

Il terzo metodo è quello del **costo maggiorato** (*Cost plus method*). Esso si basa sui costi sostenuti dal fornitore di beni e servizi in una transazione tra imprese associate, ai quali deve essere aggiunta un'adeguata percentuale di ricarico (*mark up*) al fine di ottenere un utile compatibile con le funzioni svolte e con le condizioni di mercato. L'attendibilità del metodo è riscontrabile nelle transazioni aventi ad oggetto lo scambio di beni semilavorati ovvero la fornitura a lungo termine di servizi<sup>18</sup>.

È indispensabile applicare un margine comparabile ad una base di costo altrettanto comparabile, controllando che le eventuali differenze nelle spese siano giustificate rispetto alle funzioni svolte e alle transazioni in oggetto. Ai fini della comparabilità, non dovrebbe essere trascurata la coerenza tra i dati contabili.

Il metodo TNMM (*Transactional net margin method*) si basa sul **margine netto della transazione**. Esso fa riferimento alla comparazione del margine netto realizzato in una transazione tra imprese associate e il margine netto realizzato in una transazione simile dalla stessa impresa associata presa in considerazione con un'impresa indipendente<sup>19</sup>.

Con l'applicazione del *Profit split method* viene identificato il **profitto complessivo** conseguito dalle imprese associate in una specifica transazione e successivamente viene ripartito tra le medesime imprese in base ad un'analisi economica che è riconducibile alla suddivisione che sarebbe stata posta in essere tra soggetti indipendenti<sup>20</sup>.

Con riguardo alla selezione del migliore tra i suindicati metodi, il *Draft manual* precisa che:

*The cost plus method 'begins with the costs incurred by the supplier of property (or services) in a controlled transaction for property transferred or services provided to a related purchaser. An appropriate cost plus mark up is then added to this cost, to make an appropriate profit in light of the functions performed, risks assumed, assets used and market conditions' (cfr. Draft manual, chapter 5, par. 2.3.1).*

<sup>16</sup> “The CUP method compares the price charged for a property or service transferred in a controlled transaction to the price charged for a comparable property or service transferred in a comparable uncontrolled transaction in comparable circumstances” (cfr. *Draft manual, chapter 1, par. 5.4*).

“When applying the CUP method, an uncontrolled transaction is considered comparable to a controlled transaction if:

- There are no differences in the transactions being compared that materially affect the price; or
- Reasonable [Reliable] adjustments can be performed to account for product and other differences that are material” (cfr. *Draft manual, chapter 5, par. 2.1.2*).

<sup>17</sup> “The resale price method is one of the traditional transaction methods that can be used to apply the arm's length principle. The resale price method focuses on the related sales company which performs marketing and selling functions as the tested party in the transfer pricing analysis” (cfr. *Draft manual, chapter 5, par. 2.2.1*).

<sup>18</sup> “In a controlled transaction involving tangible property, the cost plus method focuses on the related manufacturing company as the tested party in the transfer pricing analysis. The cost plus method may also be used in the case of services rendered.

<sup>19</sup> “The TNMM examines the net profit margin relative to an appropriate base (e.g., costs, sales, assets) that a taxpayer realizes from a controlled transaction (or transactions that are appropriate to be aggregated).

*The TNMM compares the net profit margin (relative to an appropriate base) that the tested party earns in the controlled transactions to the same net profit margins earned by the tested party in comparable uncontrolled transactions or alternatively, by independent comparable companies. As such, the TNMM is a more indirect method than the cost plus / resale price method that compares gross margins. It is also a much more indirect method than the CUP method that compares prices, because it uses net profit margins to determine (arm's length) prices. One should bear in mind that many factors may affect net profit margins, but may have nothing to do with transfer pricing” (cfr. *Draft manual, chapter 5, par. 2.1.1*).*

<sup>20</sup> “The profit split method seeks to eliminate the effect on profits of special conditions made or imposed in a controlled transaction (or in controlled transactions that are appropriate to aggregate) by determining the division of profits that independent enterprises would have expected to realize from engaging in the transaction or transactions” (cfr. *Draft manual, chapter 5, par. 3.1*).

*“Though the OECD in the past preferred using transactional methods over profit methods, the ‘best-method-rule’ (originally found in the USA Transfer Pricing regulations) which allows any of the methods which best represent the transfer price to be chosen and the taxpayer is not required to disprove the use of other methods has now been commonly accepted and adopted in transfer pricing guidelines and regulations worldwide in one form or the other”<sup>21</sup>.*

#### **4. Il *Practical manual on transfer pricing for developing countries*: l’analisi di comparabilità**

In linea con le *Transfer pricing guidelines* dell’OCSE, il *Draft manual* rileva che la determinazione del **grado di comparabilità** e le operazioni volte all’effettuazione delle opportune correzioni di prezzo necessitano di un lavoro di confronto delle caratteristiche intrinseche alle transazioni esaminate e alle imprese che le pongono in essere. Tale analisi verte su verifiche inerenti i c.d. “cinque fattori di determinazione della comparabilità”:

1. caratteristiche dei beni e dei servizi trasferiti;
2. analisi funzionale (funzioni, *assets*, rischi);
3. condizioni contrattuali;
4. condizioni economiche;
5. strategie commerciali<sup>22</sup>.

Con riguardo al primo fattore (**caratteristiche dei beni e dei servizi trasferiti**), si rileva che, a fronte di transazioni aventi ad oggetto beni materiali, devono essere individuate le caratteristiche fisiche del bene, la sua qualità ed affidabilità, la sua disponibilità e reperibilità sul mercato, nonché il volume delle forniture. A fronte, invece, di transazioni attinenti prestazioni di servizi, è importante analizzare l’effettività, la natura, l’estensione e lo scopo del servizio.

Infine, nel caso di transazioni aventi ad oggetto beni immateriali (c.d. *intangibles*), occorre valutare la tipologia della transazione (con un’analisi anche dal punto di vista contrattuale), il tipo di bene (brevetto, marchio, *know-how*), i vantaggi conseguiti o previsti dall’utilizzazione del bene, la durata e il grado di protezione<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. *Draft manual*, chapter 1, par. 5.17).

<sup>22</sup> Per approfondimenti sull’analisi di comparabilità, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 1645 e seguenti.

<sup>23</sup> “Property, tangible or intangible, as well as services, may have different characteristics which may lead to a difference in their values in the open market. Therefore, these differences must be accounted for and considered in any comparability analysis of controlled and uncontrolled transactions.

Characteristics that may be important to consider are:

Per quanto concerne il secondo fattore (**analisi funzionale**), si rileva che le imprese indipendenti coinvolte in transazioni con soggetti esterni tendono a stabilire il proprio compenso in relazione alle funzioni effettivamente svolte nella produzione di un bene o nella prestazione di un servizio. Tale analisi influisce sulla valutazione degli *assets* utilizzati (impianti, attrezzature, utilizzo di beni immateriali) e dei rischi assunti. In altri termini, per determinare se una transazione “controllata” ed una transazione tra imprese indipendenti sono comparabili, è necessario identificare e confrontare le funzioni svolte e le responsabilità assunte dalle imprese in esame<sup>24</sup>. Nel libero mercato, l’assunzione di maggiori rischi determina una corrispondente aspettativa di maggiore reddito (il c.d. “rendimento previsto”). I rischi da considerare, ai fini di una corretta analisi comparativa, includono, in particolare, i rischi di mercato, come le fluttuazioni del costo dei fattori produttivi o del prezzo del prodotto, i rischi di perdite collegate all’investimento e all’uso di beni, impianti e macchinari, i rischi connessi al successo o al fallimento di investimenti in ricerca e sviluppo, i rischi finanziari (variabilità dei tassi di cambio e del tasso di interesse) e i rischi di credito. Funzioni e rischi sono strettamente connessi tra di loro, tanto che le prime influenzano fortemente la diversa allocazione dei secondi tra le parti della transazione<sup>25</sup>.

- i. *In case of tangible property, the physical features, quality, reliability and availability and volume of supply;*
- ii. *In the case of services, the nature and extent of such services; and*
- iii. *In case of intangible property, the form of the transaction (e.g. licensing or sale) and the type and form of property, duration and degree of protection and anticipated benefits from use of property. For example, comparability analysis should take into account the differences between trademarks and trade names that aid in commercial exploitation (marketing intangibles) as opposed to patents and know-how (trade intangibles)”* (cfr. *Draft manual*, chapter 7, par. 3.2.1).

<sup>24</sup> Un elenco, non esaustivo, delle funzioni rinvenibili in tale tipo di analisi, potrebbe comprendere le funzioni di: progettazione, produzione, assemblaggio, ricerca e sviluppo, prestazione di servizi, acquisti, distribuzione, marketing, pubblicità, trasporto, finanziamento, management.

<sup>25</sup> Nel libero mercato, l’assunzione di un rischio maggiore deve essere compensata da un accrescimento del rendi-

Con riferimento al terzo fattore (**condizioni contrattuali**), si evidenzia come l'analisi delle condizioni contrattuali che regolano la transazione controllata contribuisce a determinare la ripartizione delle responsabilità, dei rischi e dei benefici tra le parti. Le condizioni, oltre che da un contratto scritto, possono essere desumibili anche da comunicazioni o corrispondenza informali, potendo non esservi tra imprese associate ipotesi di conflitto di interessi (*"divergence of interests"*), usualmente rinvenibili nei rapporti tra parti indipendenti. In tal caso, i rapporti contrattuali potranno essere desunti dall'attività effettivamente svolta e dai principi economici generali riconosciuti in genere da imprese indipendenti<sup>26</sup>.

Il quarto fattore di comparabilità (**condizioni economiche**) richiede di procedere ad una verifica dell'omogeneità dei mercati nei quali l'impresa del gruppo e l'impresa indipendente operano. Ciò al fine di appurare se, e come, le eventuali differenze esistenti non abbiano effetti rilevanti sul prezzo di libera concorrenza o possano essere eliminate. Secondo quanto indicato nel *Draft manual*, le condizioni economiche, che possono rilevarsi pertinenti nel determinare la comparabilità di mercato, sono essenzialmente:

- l'ubicazione geografica;

- le regolamentazioni legislative e amministrative;
- il livello di mercato;
- altre condizioni di mercato<sup>27</sup>.

L'ultimo fattore di comparabilità attiene alle **strategie commerciali adottate dall'impresa** appartenente al gruppo.

Possono rinvenirsi differenze anche rilevanti nella comparabilità delle transazioni derivanti da strategie di mercato *ad hoc* adottate dalle imprese associate, rispetto a quelle adottate da imprese indipendenti (quali l'innovazione, lo sviluppo ed il lancio di un nuovo prodotto, il grado di diversificazione, l'avversione o la tendenza ad assumere rischi, la valutazione dei cambiamenti politici, l'impatto delle normative sul lavoro ed altri fattori che influenzano l'attività dell'impresa).

Se, ad esempio, a livello di gruppo viene posta in essere una politica volta alla penetrazione su un nuovo mercato ovvero tendente ad incrementare la sua presenza su un mercato maturo, l'impresa potrebbe essere disposta ad applicare un prezzo più basso o a sostenere costi più elevati di quelli stabiliti per prodotti comparabili nello stesso mercato riconducibili ad imprese indipendenti. Analogamente, è opportuno esaminare i comportamenti effettivi delle imprese, per verificare se essi siano in linea con le strategie di mercato dichiarate, nonché accertare l'esistenza di una "plausibile" aspettativa, che, secondo la strategia di mercato adottata, dovrebbe produrre, in un periodo di tempo accettabile, un profitto tale da giustificare i costi sostenuti<sup>28</sup>.

mento previsto, sebbene il risultato reale "possa aumentare o meno a seconda del livello effettivo di rischio".

*"Functional analysis is the cornerstone of any transfer pricing exercise and its purpose is to gain an understanding of the operations of an enterprise with its associated enterprises and of the respective roles of the parties to the controlled transaction under examination, as these will affect the determination of an arm's length remuneration for the transaction. This is because in transactions between two independent enterprises, compensation usually will reflect the functions that each enterprise performs, taking into account assets used and risks assumed. The more valuable those functions, assets and risks, the greater the expected remuneration."*

*Functional analysis is also essential to the identification of potential comparables, as the latter will generally be searched for among uncontrolled transactions that present a similar allocation of functions, assets and risks between the parties"* (cfr. *Draft manual*, chapter 7, par. 3.2.2).

<sup>26</sup> *"One important point to note in this regard is that associated enterprises may not hold each other fully to the terms of the contract as they have common overarching interests, unlike independent enterprises, who are expected to hold each other to the terms of the contract. Thus, it is important to figure out whether the contractual terms between the associated enterprises are a 'sham' (something that appears genuine, but when looked at more closely lacks reality, and is not valid under many legal systems) and/or have not been followed in reality"* (cfr. *Draft manual*, chapter 7, par. 3.2.3).

<sup>27</sup> *"Some other market conditions which influence the transfer price include costs of production (including costs of land, labour and capital), availability of substitutes (both goods and services), level of demand/supply, transport costs, size of the market, the extent of competition"* (cfr. *Draft manual*, chapter 1, par. 4.41).

<sup>28</sup> *"On a general level business strategies are one of important factors in comparability analysis. However, what constitutes a legitimate business strategy depends on facts and circumstances of each case. Business strategy of an MNE is dependent upon structural characteristics of an industry. Nonetheless, MNEs with different business strategy do exist within the same industry. In fact, business strategy of MNE may vary due to their different global integration, local responsiveness pressure, different corporate histories, internal efficiencies and competitive advantages. Business strategies would take into account many aspects of an enterprise, such as innovation and new product development, degree of diversification, risk aversion, assessment of political changes, input of existing and planned labour laws, duration of arrangements, and other factors bearing upon the daily conduct of business. Such business strategies may need to be taken into account"*

## 5. Il *Practical manual on transfer pricing for developing countries*: la documentazione da predisporre

Una delle questioni maggiormente rilevanti, relative alle politiche di *transfer pricing*, riguarda la **documentazione** da predisporre al fine di giustificare i prezzi infra-gruppo praticati, garantendo, in caso di verifica da parte dell'Amministrazione finanziaria, la veridicità dei dati e delle operazioni sottoposte ad accertamento.

In linea con le *Transfer pricing guidelines* dell'OCSE, il *Draft manual* fornisce un quadro dei principi da seguire ai fini della predisposizione di un'adeguata documentazione – a supporto delle politiche inerenti i prezzi di trasferimento adottate dalle imprese multinazionali – da esibirsi in caso di verifica sul *transfer pricing*<sup>29</sup>.

In linea generale, si rileva come le Amministrazioni finanziarie non possono pretendere dai contribuenti più documentazione del “**minimo ritenuto necessario per agevolare il controllo**”. In sostanza, l'esigenza delle Amministrazioni finanziarie di ottenere dall'impresa sottoposta a verifica un *set* di documentazione completa non deve tramutarsi in un onere eccessivo per l'impresa, derivante dalla difficoltà:

- di reperire in tempi ristretti la documentazione delle consociate estere;
- (e onerosità) di ricercare situazioni ovvero transazioni comparabili.

Con riguardo al primo ordine di problemi, l'OCSE, nelle *Transfer pricing guidelines*, chiarisce che le richieste, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di idonea documentazione non devono riguardare documenti che l'impresa non possiede, ovvero che non sia in grado di ottenere<sup>30</sup>.

*when determining the comparability of controlled and uncontrolled transactions of the enterprises. However, ultimate objective of a business strategy of a MNE is to improve market share and overall profitability” (cfr. Draft manual, chapter 7, par. 3.2.5).*

<sup>29</sup> Per approfondimenti sulla documentazione secondo l'OCSE, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 84 e seguenti.

<sup>30</sup> Si pensi, ad esempio, alla situazione nella quale vi siano notevoli differenze in tema di obblighi di documentazione vigenti nei diversi Paesi nei quali sono presenti imprese associate all'impresa oggetto di accertamento (basti pensare ai differenti limiti di tempo previsti dalle varie legislazioni per la preparazione della stessa).

*“It is important that the documentation rules are broad enough to give a true picture of the related party transaction, without being excessively burdensome on the chance, though unlikely, that a particular piece of information may be relevant.*

Secondo l'OCSE, i documenti e le informazioni che le imprese multinazionali dovrebbero essere in grado di produrre a fronte di apposita richiesta da parte delle Amministrazioni finanziarie includono:

- descrizione delle **transazioni similari** a quelle infragruppo fra l'impresa e i soggetti indipendenti;
- descrizione dell'**attività economica svolta**;
- descrizione della **struttura organizzativa** del gruppo;
- descrizione dei **rapporti di proprietà** all'interno del gruppo;
- indicazioni circa l'ammontare del **fatturato** e dei conseguenti impatti economici degli anni precedenti la transazione, nonché del peso delle transazioni infragruppo rispetto all'attività con soggetti terzi;
- descrizione e motivazione circa le **metodologie** utilizzate per la determinazione dei prezzi di trasferimento;
- indicazione di eventuali particolari circostanze che potrebbero influire sul principio dell'*arm's length*;
- descrizione delle **condizioni commerciali**, nonché **industriali**, del gruppo;
- descrizione delle diverse **funzioni aziendali** e dei possibili rischi assunti dalle imprese associate coinvolte nelle transazioni infragruppo;
- descrizione dei **flussi finanziari** all'interno del gruppo;
- descrizione dei processi di negoziazione posti in essere per determinare ovvero “aggiustare” i prezzi nelle transazioni infragruppo.

Nel far riferimento principalmente alle indicazioni dell'OCSE in materia di documentazione, il *Draft manual* non omette tuttavia di considerare quanto previsto, in particolar modo con riferimento alle transazioni che intercorrono tra i Paesi in via di sviluppo e gli Stati membri dell'UE, dal Codice di Condotta dell'UE sui requisiti documentali, adottato nel giugno 2006<sup>31</sup>. Que-

*More importantly, however, the burden of proof should not be misused by the tax administration or taxpayers as justification for making assertions about transfer pricing, which may be very difficult to substantiate through an ordinary level of TP documentation. In other words, both the tax administration and the taxpayer should make a good faith showing through reasonable documentation that their determinations on transfer pricing are consistent with the arm's length principle regardless of where the burden of proof lies” (cfr. Draft manual, chapter 9, par. III.1).*

<sup>31</sup> “Developing countries that consider the introduction of TP documentation rule in their TP regime need to under-



st'ultimo suggerisce l'adozione di due diversi *set* documentali:

- il *masterfile*, il quale include la documentazione relativa al gruppo;
- il *Country-specific documentation*, il quale contempla le informazioni relative a ciascuna consociata.

Il *Draft manual* sottolinea l'importanza, per l'impresa multinazionale, di predisporre e conservare la c.d. "*contemporaneous documentation*", la quale viene definita quale documentazione "*existing or occurring in the same period of time*". In sostanza, la c.d. "*contemporaneous documen-*

*tation*" non può essere predisposta "*after the transaction is effected*". La c.d. "*contemporaneous documentation*" deve presentare inoltre le seguenti caratteristiche<sup>32</sup>:

- *completeness*;
- *accuracy*;
- *timeliness*.

Infine, il *Draft manual* rileva che la documentazione da predisporre in relazione alle transazioni che intercorrono con consociate situate nei Paesi in via di sviluppo dovrebbe includere le seguenti tre categorie di informazioni:

*“(i) enterprise - related documents (for example the ownership / shareholding pattern of the taxpayer, the business profile of the MNE, industry profile etc);*  
*(ii) transaction - specific documents (for example the details of each international transaction, functional analysis of the taxpayer and associated enterprises, record of uncontrolled transactions for each international transactions etc), and*  
*(iii) computation - related documents (for example the nature of each international transaction and the rationale for selecting the method for each international transaction, actual computation of the arm's length price, factors and assumptions influencing the determination of the arm's length price etc.)”.*

*stand the fact that European MNEs, due to EU's code of conduct on TP documentation, may have a master file in their parent companies (or headquarters) and a country-specific information containing a detailed description of the business and the business strategy, information on country-specific controlled transactions, a comparability analysis, motivation for the choice for a specific transfer pricing method. They also need to understand the that code of conduct is aimed at simplifying transfer pricing for cross-border activities within*

*the EU, relieving unreasonable costs or administrative burdens on enterprises when requesting for documentation, and ensuring that there is no public disclosure of confidential information contained in the documentation” (cfr. Draft manual, chapter 9, par. II.4).*

Per approfondimenti sul Codice di Condotta dell'UE sui requisiti documentali, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, *op. cit.*, pag. 130.

<sup>32</sup> Cfr. *Draft manual*, chapter 1, par. 6.4.

<sup>33</sup> Cfr. *Draft manual*, chapter 1, par. 6.3.