

UN Practical manual on transfer pricing for developing countries: novità ed elementi chiave della terza edizione

di **Alessandro Valente** e **Ilaria Viola**

L'approfondimento

Le Nazioni Unite (ONU) hanno recentemente pubblicato la terza edizione del Manuale pratico delle Nazioni Unite sui prezzi di trasferimento per i Paesi in via di sviluppo. Nella sua terza edizione, il Manuale delle Nazioni Unite migliora le Linee guida esistenti e introduce nuovi elementi in risposta ad alcuni dei *cutting-edge issues* in materia di prezzi di trasferimento. In particolare, il Manuale ONU, pubblicato il 27 aprile 2021, introduce un nuovo capitolo sulle transazioni finanziarie, ulteriori indicazioni sulle funzioni di *procurement* centralizzate e una revisione delle Linee guida sul *profit split*. Come l'edizione del 2017, l'edizione del 2021 include sezioni sui principali mercati emergenti di Brasile, Cina, India, Messico e Sudafrica. Nel Manuale è stato inoltre aggiunto anche un nuovo *country practices profile* riguardante le pratiche nazionali del Kenya.

Il presente articolo intende analizzare la terza edizione dello *United Nations Practical manual on transfer pricing for developing countries*, focalizzandosi sulle novità introdotte rispetto alle versioni precedenti. Inoltre, verrà attentamente esaminata la coerenza, in quanto a contenuti, del

Manuale ONU sul *transfer pricing* rispetto alle *Guidelines* dell'OCSE.

Preme anzitutto evidenziare che, in linea generale, il Manuale elaborato dalle Nazioni Unite, contenente 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 fondamentali¹.

Criticità nel transfer pricing per i Paesi in via di sviluppo

Nei Paesi in via di sviluppo, le normative nazionali in materia di *transfer pricing* sollevano alcune criticità specifiche dovute principalmente all'inadeguatezza delle stesse e alla mancanza di un regime che permetta un effettivo scambio di informazioni.

Autorità fiscali e contribuenti (soprattutto con riferimento alle imprese multinazionali) incontrano notevoli difficoltà nella determinazione della remunerazione da applicare alle transazioni

Alessandro Valente - Crowe UAE Valente/Valente Associati GEB Partners

Ilaria Viola - Valente Associati GEB Partners/Crowe Valente

Nota:

¹ Per ulteriori approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, IPSOA, 2018; S. Mahalingham, "Head to head - OECD and UN transfer pricing standards", in *Tax management transfer pricing report* dell'11 luglio 2019.

infragrupo. Quanto detto trova la propria ragion d'essere, da un lato, nella mancanza, da parte delle Amministrazioni finanziarie locali, delle necessarie competenze tecniche e, dall'altro, nella disponibilità di strumenti inadeguati all'elaborazione dei dati disponibili².

Ulteriore ostacolo all'acquisizione di informazioni in relazione a ciascun contribuente è rappresentato dall'assenza di obblighi di documentazione delle transazioni *intercompany* ovvero dall'incapacità del loro *enforcement*.

Al fine di fornire indicazioni sui principi e sugli aspetti amministrativi rilevanti per l'esecuzione di una *transfer pricing analysis* le organizzazioni internazionali, nello specifico OCSE e ONU, sono particolarmente impegnate nella predisposizione di Linee guida in materia di prezzi di trasferimento.

Con specifico riferimento ai Paesi in via di sviluppo, le Nazioni Unite, in data 27 aprile 2021, hanno pubblicato la terza edizione del Manuale ONU sui prezzi di trasferimento, con la quale si intende attingere all'esperienza della prima edizione (2013) e della seconda edizione (2017), incluso il *feedback* su quest'ultima versione, ma si intende anche riflettere gli ultimi sviluppi nell'ambito della *transfer pricing analysis*.

Obiettivi e novità della terza edizione del Manuale ONU

Il Manuale ONU rappresenta la risposta alla necessità, più volte espressa 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.

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 dai gruppi multinazionali.

Lo scopo primario della terza edizione del Manuale ONU sul *transfer pricing* è quello di contribuire a una comprensione comune della corretta applicazione del principio di libera concorrenza al fine di evitare la doppia imposizione e prevenire o risolvere le controversie sui prezzi di trasferimento, come evidenziato nel paragrafo 4 del Commentario all'art. 9 del *UN Model double taxation convention*³.

L'adozione di strumenti idonei - di carattere normativo, fiscale, di controllo ecc. - persegue 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: da un lato, riconoscendo a ciascuno Stato il legittimo reddito da transazioni infragrupo; dall'altro, prevenendo i rischi di doppia imposizione per i gruppi multinazionali.

Il Manuale ONU 2021 (che aggiorna quello del 2017) è strutturato in **4 parti**:

1. "parte A": l'analisi del *transfer pricing* in una visione globale;
2. "parte B": una guida con riferimento ai principi, alle *policy* e alle differenti considerazioni aventi ad oggetto tale tematica;

Note:

- 2 Tra le ulteriori criticità, che si rinvengono nei Paesi in via di sviluppo in merito all'applicazione della disciplina del *transfer pricing*, si rinvengono:
 - la mancanza di *training* ed esperienza da parte delle Amministrazioni finanziarie dei Paesi in via di sviluppo in ambito *transfer pricing* e nella negoziazione della risoluzione delle controversie;
 - la necessità dell'introduzione o del rafforzamento della *transfer pricing legislation*;
 - la complessa identificazione e valutazione del rischio e conseguente allocazione ottimale delle risorse;
 - le difficoltà di accesso alle informazioni commerciali e la complessa identificazione di *comparables* (ciò obbliga le Autorità fiscali ad usare *non-domestic comparables* e apportare di conseguenza *specific adjustments* per le differenze tra il mercato nazionale e il mercato estero).
- 3 Il Manuale ONU non intende imporsi ai c.d. *Developing countries*, bensì proporsi ad essi, i quali saranno liberi di adottare le soluzioni che riterranno più adeguate, predisponendo piani di breve, medio e lungo termine.

3. "parte C": indicazioni pratiche per l'implementazione di regimi pratici nei Paesi in via di sviluppo;
4. "parte D": le *practices* dei singoli Paesi (Brasile, Cina, India, Messico, Sud Africa, Kenya).

Preme evidenziare che la parte B presenta nuovi contenuti sulle funzioni di approvvigionamento centralizzato nelle sezioni da 5.6 a 5.13. Le Linee guida spiegano che la maggior parte delle multinazionali gestisce una qualche forma di funzione di approvvigionamento centralizzato, ma che le attività sottostanti e la loro sostanza economica possono variare ampiamente. Il Manuale ha dunque lo scopo di aiutare i Paesi in via di sviluppo a identificare le caratteristiche degli accordi sostanziali rispetto a quelli privi di sostanza economica. Il Manuale ONU comprende una revisione delle Linee guida sul *transactional profit-split method* (cap. 3.3.) avente l'obiettivo di allinearle i risultati ottenuti nel contesto dell'*Inclusive framework* relativo al progetto BEPS. Fornisce, inoltre, un maggior numero di utili esempi pratici di applicazione del suddetto metodo.

La parte D del Manuale relativa alle pratiche dei Paesi include nuove informazioni rispetto al Kenya: ad esempio, elenca le modalità in cui il Kenya ha migliorato le norme sui prezzi di trasferimento al fine di implementare le raccomandazioni delineate dall'OCSE all'interno dei *report* BEPS. Queste includono un ampliamento della definizione di transazioni controllate al fine di includere le imprese in giurisdizioni *low tax* anche quando non sono parti correlate. Dalla lettura del *report* emerge che il Kenya, inoltre, sta procedendo a delineare una migliore definizione di stabile organizzazione come raccomandato nei *report* BEPS e sta emanando estese regole sulla **documentazione** al fine di includere:

- il *country by country reporting*;
- il concetto di *beneficial ownership*;
- la documentazione sulle transazioni nazionali; e
- le sanzioni per mancata conservazione della documentazione sui prezzi di trasferimento.

Il Manuale ONU evidenzia anche l'impegno del Kenya nel miglioramento delle procedure di risoluzione delle controversie fiscali e nella revisione delle *policy* inerenti la stipula e la negoziazione dei trattati contro le imposizioni. È stato sviluppato infine un *framework* per gli APA e ci sono proposte per includerli nella legislazione.

Infine, il nuovo capitolo sulle transazioni finanziarie, di seguito analizzato più in dettaglio, affronta la tematica dell'importanza delle decisioni di *corporate financing* all'interno dei gruppi multinazionali.

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 Manuale ONU, presuppone la sussistenza di alcune condizioni:

- condizioni economiche e politiche (*i.e.*, crescita economica e diversificazione, *open economy*, investimenti esteri diretti ecc.);
- quadro giuridico (*i.e.*, presenza di un'esauritiva legislazione fiscale e di un adeguato *network* convenzionale ecc.);
- caratteristiche dell'Amministrazione finanziaria (*i.e.*, livello di specializzazione e delle competenze delle Autorità fiscali locali).

Analisi del contenuto del Manuale ONU vs transfer pricing Guidelines OCSE

Prima di evidenziare alcune delle differenze chiave tra i due *standard* internazionali sui prezzi di trasferimento è importante sottolineare che tra i Modelli ONU e le Linee guida OCSE sussiste un significativo livello di coerenza.

Più in dettaglio, in entrambi i documenti vengono stabiliti *standard* che stabiliscono un'analisi lineare principalmente nelle seguenti aree: ristrutturazioni aziendali, beni immateriali, *cost contribution agreements* e transazioni finanziarie.

Con particolare riferimento ai **metodi**, sulla falsa riga delle Linee guida OCSE, il Manuale ONU indica che la scelta del TP *method* deve

basarsi sull'adozione del "most appropriate method for a particular case"⁴.

Esattamente come per le Linee guida OCSE, anche il Manuale ONU presenta la distinzione tra metodi di *transfer pricing* tradizionali basati sulla transazione e metodi basati sul profitto.

Dopo aver precisato che non viene data preferenza a nessun metodo in particolare, e che in ogni caso il metodo più adeguato deve essere scelto tenendo in considerazione "the facts and circumstances"⁵, il Manuale ONU stabilisce, allo stesso modo delle Linee guida OCSE, che i **metodi più significativi** per la determinazione dei prezzi di trasferimento sono i seguenti:

1. *comparable uncontrolled price*;
2. *resale price method*;
3. *cost plus method*;
4. *transactional net margin method*;
5. *profit-split method*.

Inoltre, il Manuale ONU prevede un sesto metodo (c.d. *commodity rule*), già adottato da vari Stati⁶, riguardante le operazioni infragruppo aventi ad oggetto *commodities*. In caso di adozione del sesto metodo, il prezzo (*quoted price*) da applicare alle transazioni infragruppo deve tenere conto delle informazioni pubblicamente disponibili e basate su accordi standardizzati: ad esempio, la qualità e quantità delle *commodities* commercializzate. Ciò rende quest'ultimo metodo vantaggioso in termini di certezza e facilità di applicazione. Tuttavia, uno dei principali svantaggi della sua applicazione, riguarda la possibilità che non venga riconosciuto quale valido metodo di *transfer pricing* dallo Stato della controparte estera.

La terza edizione del Manuale ONU affronta anche il tema dell'**analisi di comparabilità**⁷ sulla falsariga delle Linee guida OCSE. L'analisi di comparabilità viene infatti delineata in due distinti passaggi:

1. in primo luogo è necessario identificare le caratteristiche economicamente significative delle transazioni controllate, quali, ad esempio, la natura della transazione e le funzioni svolte dalle parti;
2. in secondo luogo, vengono confrontate le condizioni stabilite nelle transazioni infragruppo tra entità correlate con quelle esistenti in operazione intercorse con e/o tra entità non correlate.

In linea con le *Guidelines* dell'OCSE, il Manuale ONU 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.

Note:

- 4 Al fine di operare la scelta del metodo più adeguato è necessario effettuare le seguenti considerazioni:
 - analisi dei punti di forza e di debolezza di ogni metodo;
 - analisi della tipologia di transazione in oggetto;
 - disponibilità di "reliable information" necessarie ai fini dell'applicazione del metodo prescelto e riferite in particolare modo a transazioni intercorse tra parti indipendenti;
 - grado di comparabilità tra la transazione *intercompany* (*controlled transaction*) e transazioni intercorse tra parti indipendenti (*uncontrolled transactions*).
- 5 Il par. B.4.1.3.2. del *Practical manual on transfer pricing for developing countries*, 2021 dispone: "No preference for particular methods is advocated in this Manual. The most suitable method should be chosen taking into consideration the facts and circumstances. The taxpayer should e.g. take into account the type of transaction, the functional analysis, comparability factors, availability of comparable transactions and the possibility of making adjustments to the data to improve comparability".
- 6 "B.4.7.2. At the date of drafting this section, the sixth method has been adopted in countries such as Argentina, Bolivia, Brazil, Costa Rica, Dominican Republic, Guatemala, Honduras, Peru, Uruguay and some Caribbean countries. Practical experience with the rule exists mainly in Argentina, Brazil, Ecuador and Uruguay.⁴⁵ However, it should be noted that the method is not applied unequivocally in the same manner in all these countries. In Argentina, the method was first introduced in 2004. Other countries have followed in implementing (a version of) the sixth method since its first implementation in Argentina" (ONU, *Practical manual on transfer pricing for developing countries*, 2021).
- 7 Per approfondimenti in materia di analisi di comparabilità, cfr. P. Valente - A. Della Rovere - P. Schipani, *Analisi di comparabilità nel transfer pricing: metodologie applicative*, IPSOA, Milano, 2013; P. Valente - A. Della Rovere - S. Mattia - P. Schipani - F. Vincenti, *Guida pratica al transfer pricing. Comparabilità, benchmarking, prassi applicativa*, IPSOA, Milano, 2021; E. Muyaa, "Transfer pricing comparability adjustments: The pursuit of exact comparables", in *International Transfer Pricing Journal*, n. 5/2014, vol. 21.

L'analisi verte su verifiche inerenti i c.d. cinque fattori di determinazione della comparabilità, vale a dire: caratteristiche dei beni e dei servizi trasferiti, analisi funzionale (funzioni, *assets*, rischi), condizioni contrattuali, condizioni economiche e strategie commerciali.

Secondo il par. B.3.5 del Manuale ONU 2021 un tipico procedimento di **analisi di comparabilità** dovrebbe seguire i seguenti passaggi:

1. identificazione delle caratteristiche economicamente rilevanti con riferimento all'attività economica svolta dal contribuente, al settore in cui opera e alla *controlled transaction*;
2. analisi di comparabilità basata sui cinque fattori di comparabilità sopra menzionati;
3. selezione dell'entità da testare;
4. identificazione dei potenziali *comparables* (interni ed esterni);
5. effettuazione dei c.d. *comparables adjustments*, se necessari;
6. selezione del *transfer pricing method* più appropriato;
7. determinazione del prezzo secondo l'*arm's length principle*;
8. documentazione dell'analisi di comparabilità e monitoraggio.

In merito all'attività di identificazione dei potenziali *comparables*, il Manuale ONU del 2021 prevede, come le Linee guida OCSE, la distinzione tra *additive* e *deductive approach* ma non esprime alcuna preferenza tra i due, stabilendo che i contribuenti sono liberi di adottare l'approccio più adeguato al caso specifico e anche valutare di ricorrere ad entrambi gli approcci.

Inoltre, uno specifico paragrafo del Manuale ONU affronta la situazione, frequente per i contribuenti durante l'analisi di *benchmark* in particolare nei Paesi in via di sviluppo, di mancanza di *reliable comparables*.

Come le Linee guida OCSE, il Manuale ONU prevede la disciplina specifica riguardante la **documentazione** dei prezzi di trasferimento e stabilisce i principi da considerare ai fini della sua predisposizione.

Poter disporre di una documentazione adeguata, completa e corretta è infatti fondamentale in caso di verifiche da parte di Amministrazioni finanziarie, anche se quest'ultime non sono autorizzate a richiedere ai contribuenti più informazioni del "minimo ritenuto necessario per agevolare il controllo".

Relativamente alla disciplina del *transfer pricing* dei **beni immateriali**, il nuovo Manuale ONU riconosce la complessità dal punto di vista di un'analisi di comparabilità delle transazioni infragruppo effettuate dai gruppi multinazionali aventi ad oggetto *intangibles*. In tali fattispecie, infatti, le specifiche caratteristiche dei beni immateriali rendono particolarmente difficile individuare transazioni simili comparabili.

Una definizione di bene immateriale, anch'essa in linea con le Linee guida OCSE, è prevista al par. B.6.2.1.3. della terza edizione del Manuale ONU.

Dopo aver descritto alcuni esempi di beni intangibili che possono essere considerati tali ai fini del *transfer pricing* (pur non volendo effettuare nessuna specifica categorizzazione ed enfatizzando la necessità di valutare caso per caso), il Manuale ONU tratta la tematica dei c.d. *marketing intangibles*⁸ e fa riferimento alla loro rilevanza (ad esempio nel caso dei distributori) nelle analisi dei prezzi di trasferimento.

La più recente edizione del Manuale ONU affronta inoltre il tema della proprietà degli *intangibles* e l'effettiva condotta delle parti rispetto a quanto previsto contrattualmente.

Nota:

8 "Marketing intangibles may be created by marketing activities, can aid in the commercial exploitation of a product or service, and/or may have an important promotional value for the product concerned. Depending on the facts and circumstances of the case marketing intangibles may include, e.g., trademarks, trade names, customer lists and customer relationships as well as proprietary market and customer data that is deployed in marketing activities and in selling goods or services to customers" (cfr. Manuale ONU 2021, par. B.6.2.4.1).

Come previsto dal Manuale ONU, l'**analisi degli intangibles** deve essere svolta esaminando e individuando le funzioni (DEMPE)⁹ di seguito elencate, correlate ai beni immateriali:

- *development* (o *acquisition* da parte di terzi);
- *enhancement*;
- *maintenance*;
- *protection*;
- *exploitation*.

La *functional analysis* ha dunque lo scopo di delineare dettagliatamente la transazione *intercompany*, identificando i soggetti che svolgono le funzioni DEMPE e assumono i relativi rischi (intesi come controllo del rischio e capacità finanziaria di gestirlo).

Primaria importanza riveste l'analisi dei cinque fattori di comparabilità dal momento che la rilevanza delle funzioni (DEMPE) dipende dalla tipologia di bene intangibile, dal settore di riferimento, dal ciclo di vita dell'*intangible* e dalla catena di valore dell'impresa multinazionale.

Tutto ciò ha un rilevante impatto anche sulla selezione del metodo di *transfer pricing* più appropriato al caso di specie.

Focus: transfer pricing e financial transaction

La disciplina del *transfer pricing* relativa alle transazioni finanziarie contenuta nel Manuale ONU 2021 costituisce una novità rispetto alle edizioni precedenti.

La terza edizione del Manuale ONU contiene infatti un capitolo specificatamente dedicato alle **transazioni infragruppo aventi natura finanziaria**.

In primo luogo, il Manuale fornisce una descrizione delle transazioni finanziarie tipicamente previste nell'ambito di gruppi multinazionali e le modalità di gestione della tesoreria da parte degli stessi.

In secondo luogo, viene evidenziata la necessità di verificare la corretta determinazione dell'*arm's length price* rispetto a tali transazioni infragruppo. A tal fine si prescrive lo stesso procedimento

utilizzato per le transazioni *intercompany* aventi ad oggetto beni, servizi o *intangibles*. Pertanto, è necessario procedere a delineare accuratamente la transazione analizzando le caratteristiche economicamente rilevanti della stessa per poi procedere alla selezione del metodo maggiormente appropriato al caso di specie.

Particolare rilevanza assume il merito creditizio delle parti coinvolte nelle transazioni. Generalmente, le società madri dei gruppi multinazionali hanno a disposizione i *credit rating* forniti da agenzie indipendenti specializzate. Tuttavia, laddove tale ipotesi non si verifichi, il par. 9.8.7 del Manuale ONU 2021 prevede alcuni metodi ai fini della determinazione del *credit rating*. Nello specifico:

- inizialmente si potrebbe considerare il *creditrating* della capogruppo e successivamente effettuare un aggiustamento per ottenere il *credit rating* del *borrower*;
- utilizzare *credit scoring tools* per determinare il *credit rating* del *borrower*.

In ogni caso l'analisi dovrà considerare il c.d. supporto implicito fornito dalla *parent company*. Ai fini del calcolo del *credit rating* del *borrower* va tenuta in considerazione la rilevanza strategica di tale entità nel contesto dell'impresa multinazionale. A tal proposito, il Manuale ONU 2021 fornisce esempi di "*top down*" e "*bottom up*" *approaches* da applicare per individuare tale rilevanza strategica nel contesto del gruppo (definita, ad esempio, *core, highly strategic, non-strategic*). Infine, il Manuale ONU 2021 fa riferimento ai **metodi da applicare** relativamente alla disciplina sul *transfer pricing* delle transazioni finanziarie. In particolare:

Nota:

⁹ L'OCSE fa invece riferimento alle funzioni DEMPE. A tal proposito, il Manuale ONU afferma che: "*Technical note: 'DAEMPE' and 'DEMPE' By referring to 'DAEMPE' in the U. N. Manual there is no intention to diverge from the G20/OECD guidance contained in the Final report on BEPS Actions 8-10, but rather to clarify that intangibles can be acquired by an MNE group either through development activities or by an acquisition from a third party. See for instance para. 6.49 of the G20/OECD October 2015 Final report on BEPS Actions 8-10*".

- il CUP è il metodo più utilizzato nei finanziamenti *intercompany*;
- il *cost plus* o TNMM basati sui costi sono i metodi maggiormente utilizzati per remunerare i servizi di tesoreria.

Data la complessità delle analisi dei prezzi di trasferimento aventi ad oggetto le transazioni finanziarie, alcuni Stati, tra cui Singapore, hanno introdotto *safe harbours* al fine di individuare tassi di interesse da considerare in linea con l'*arm's length principle*.