

IL PUNTO SU...

Pillar One - Amount B: incertezze nell'applicazione pratica del principio di libera concorrenza nell'ambito dell'approccio semplificato

di Daniele Galimberti e Raffaele Iervolino - 31 luglio 2024

A. Nell'ottobre 2021, il c.d. *Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting* dell'OCSE (nel prosieguo "Inclusive Framework"), ha concordato un approccio a due pilastri volto ad affrontare le sfide derivanti dalla tassazione dell'economia digitale. Nello specifico, il Pillar One (o primo pilastro) si concentra sull'allocazione degli utili e sul concetto di *nexus*, ed è composto dal c.d. Amount A, incentrato sullo sviluppo dei diritti di tassazione a favore delle *market jurisdictions*, e dal c.d. Amount B che prevede l'allocazione di un profitto minimo per le funzioni routinarie connesse alle attività di *marketing* e distribuzione. Il punto focale del Pillar Two (o secondo pilastro) è l'introduzione di un'aliquota fiscale minima globale del 15%.

In tale contesto generale, il 19 febbraio 2024 l'OCSE ha pubblicato il *report* Pillar One - Amount B (nel prosieguo "Rapporto OCSE"). Tale documento, di carattere innovativo e per alcuni aspetti con caratteristiche di discontinuità rispetto ai principi e alle modalità di analisi riportati nelle Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le Amministrazioni fiscali (nel prosieguo "Linee Guida OCSE"), rappresenta la sintesi di un lungo percorso che ha visto, i partecipanti dell'Inclusive Framework, definire un approccio semplificato per l'applicazione del principio di libera concorrenza che, al termine dei lavori, verrà incluso delle Linee Guida OCSE. Detto approccio è attualmente applicabile alle sole attività di *marketing* e distribuzione all'ingrosso definite come "di base" e rappresenta una modalità di analisi opzionale che i membri dell'Inclusive Framework possono scegliere di implementare a livello domestico.

Le principali motivazioni alla base di tale metodologia di analisi semplificata possono essere individuate nella volontà (a) di ridurre gli oneri di *compliance* per i gruppi multinazionali, e (b) di fornire una metodologia di analisi semplificata alle Amministrazioni fiscali dei Paesi a bassa capacità e/o con problemi legati all'identificazione di fonti informative affidabili. In particolare, per i Paesi che scelgono di adottare l'approccio semplificato, quest'ultimo sarà considerato come un risultato di libera concorrenza, mentre per le giurisdizioni che scelgono di non implementare tale approccio, quest'ultimo non sarà necessariamente considerato

come un risultato di libera concorrenza. Segue, pertanto, che la conclusione raggiunta da un Paese in base all'approccio semplificato non è vincolante per la giurisdizione della controparte nel caso in cui quest'ultima non lo abbia implementato a livello nazionale.

In base al Rapporto OCSE, i Paesi che scelgono di adottare l'approccio semplificato potrebbero implementarlo tramite due opzioni, ossia, in prima ipotesi, consentendo ai soggetti residenti di scegliere se applicarlo (operando in tal modo, di fatto, come un *safe harbour* su base volontaria) oppure, in seconda ipotesi, richiedendo alle imprese la sua applicazione qualora ne ricorrano i presupposti.

B. Le attività di distribuzione oggetto dell'approccio semplificato includono: (a) l'attività di commercializzazione all'ingrosso di beni materiali, (b) l'attività di agente di vendita, e (c) l'attività di commissionario alla vendita (nel prosieguo definite in modo congiunto "Operazioni qualificate").

In particolare, la commercializzazione all'ingrosso comprende l'attività di vendita verso qualsiasi tipo di cliente indipendente (*unrelated*), ad eccezione dei consumatori finali. Segue, pertanto, che è esclusa dal perimetro di applicazione l'attività di vendita di beni al dettaglio svolta in qualsiasi forma. Quest'ultima è definita dal Rapporto OCSE come la commercializzazione di beni verso i consumatori finali sia mediante negozi fisici che *online*. Tuttavia, un distributore che svolge sia attività di distribuzione all'ingrosso che al dettaglio può rientrare nel perimetro di applicazione nel caso in cui i ricavi medi triennali derivanti dalle vendite al dettaglio non superino il 20% dei suoi ricavi totali nello stesso periodo.

Come anticipato, le attività che rientrano nel perimetro di applicazione dell'approccio semplificato sono le attività "di base" tipicamente svolte dai distributori *buy-sell*, agenti di vendita o commissionari. Queste possono includere (ma non sono limitate a): (a) l'acquisto di beni per la rivendita, (b) l'identificazione di nuovi clienti, (c) la gestione dei rapporti con i clienti attuali, (d) la prestazione di determinate tipologie di servizi post-vendita, (e) l'implementazione di attività promozionali, pubblicitarie o di *marketing*, (f) lo stoccaggio dei beni, (g) l'elaborazione di ordini, (h) l'attività logistica, e (i) le attività di fatturazione e incasso. Dette funzioni possono variare in intensità e complessità a seconda del settore industriale di appartenenza e del modello di *business* adottato dal gruppo multinazionale. A titolo esemplificativo, sono Operazioni qualificate per l'approccio semplificato le transazioni di *marketing* e distribuzione di tipo *buy-sell*, in cui il distributore acquista beni da una o più imprese associate per la distribuzione all'ingrosso a parti non correlate, e le attività di agente e di commissionario alla vendita in cui l'agente o il commissionario contribuiscono alla distribuzione all'ingrosso di merci da parte di una o più imprese associate a soggetti terzi.

C. In base a quanto riportato dal Rapporto OCSE, prima di procedere con l'implementazione dei passaggi applicativi volti all'adozione dell'approccio semplificato, occorre svolgere l'accurata delineazione dell'Operazione qualificata, in

conformità con i principi del Capitolo I delle Linee Guida OCSE, svolgendo, quindi, l'esame di tutti e cinque i fattori di comparabilità e delle caratteristiche economicamente rilevanti della transazione infragruppo oggetto di analisi. Devono, pertanto, essere adeguatamente esaminate (i) le condizioni contrattuali della transazione, (ii) le funzioni svolte da ciascuna delle parti della transazione, prendendo in considerazione i beni impiegati e i rischi assunti, inclusi il modo in cui queste funzioni si collegano alla più ampia generazione del valore all'interno del gruppo multinazionale cui le parti appartengono, le circostanze che caratterizzano la transazione e le normali pratiche operative e di funzionamento del settore industriale di appartenenza, (iii) le caratteristiche dei beni trasferiti, (iv) le condizioni economiche delle parti e del mercato in cui esse operano, e (v) le strategie aziendali perseguite.

Affinché un'operazione possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'approccio semplificato quest'ultima deve presentare caratteristiche economicamente rilevanti tali da poter essere analizzata in modo accurato e affidabile con un metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento unilaterale (*one-sided transfer pricing method*), in cui (a) il distributore, l'agente o il commissionario di vendita siano la c.d. *tested party*, e (b) detta entità sottoposta ad analisi rispetti determinati parametri quantitativi relativi alle spese operative sostenute. Nello specifico, la parte sottoposta a verifica non deve sostenere spese operative annuali inferiori al 3% o superiori a un limite superiore compreso tra il 20% e il 30% dei ricavi netti annuali. Difatti, un rapporto molto alto (o molto basso) tra spese operative e ricavi di vendita potrebbe sottendere lo svolgimento da parte della parte testata di funzioni aggiuntive (o di mancate funzioni), conducendo a un'affidabilità ridotta in caso di applicazione dell'approccio semplificato. Non è inconsueto, infatti, che società distributive svolgano anche attività complementari al processo di vendita. Nel caso in cui si verifici tale circostanza, l'Operazione qualificata può rientrare nel perimetro di applicazione dell'approccio semplificato solo se, sulla base di un'accurata delineazione della transazione, quest'ultima può essere adeguatamente distinta da qualsiasi altra funzione non di distribuzione e, quindi, può essere accuratamente analizzata in modo separato in base ai principi generali delle Linee Guida OCSE.

Al fine di verificare se il distributore si occupi anche attività aggiuntive rispetto alla distribuzione è possibile esaminare specifici indicatori. Ad esempio, verificare la presenza: (a) di rimanenze di magazzino relative a prodotti in corso di lavorazione, (b) di costi di manodopera diretta o relativi a impianti e macchinari, (c) di spese relative ad attività di ricerca e sviluppo (anche se rimborsate), (d) di ricavi da commissioni di appalto, (e) di tempi di incasso significativamente dilazionati nel tempo (e che quindi sottendono la presenza di finanziamenti impliciti verso i clienti)¹. Non rientrano, quindi, nell'ambito di applicazione le attività di distribuzione all'ingrosso in cui il distributore svolge altre funzioni in aggiunta all'Operazione

¹ A questo proposito è bene sottolineare che il Rapporto OCSE ha introdotto un meccanismo di rettifica in funzione del capitale circolante impiegato dalla *tested party* (cfr. para. 5 e 29 del Rapporto OCSE).

qualificata, a meno che quest'ultima non possa essere adeguatamente osservata su una base separata e, quindi, analizzata in modo attendibile e isolato rispetto alle altre attività non di distribuzione. In merito, il Rapporto OCSE presenta tre casistiche in cui non è possibile utilizzare l'approccio semplificato in quanto non è, generalmente, possibile applicare un metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento unilaterale in modo attendibile (in modo del tutto coerente con il dettato delle Linee Guida OCSE). La prima è quando i contributi dei soggetti parte dell'Operazione qualificata sono "unici e di valore", ad esempio quando sono impiegati beni immateriali. La seconda è quando il distributore e le sue controparti svolgono funzioni, utilizzano beni e assumono rischi nell'Operazione qualificata con un tale grado di integrazione che i loro contributi non possono essere valutati separatamente in modo affidabile l'uno dall'altro. La terza è quando il distributore e le sue controparti condividono l'assunzione di uno o più rischi economicamente significativi con riferimento all'Operazione qualificata, oppure quando i rischi legati all'Operazione qualificata sono assunti in modo separato dalle parti, ma sono così strettamente correlati che non possono essere isolati in modo affidabile.

Come anticipato, al fine della corretta applicazione dell'approccio semplificato, sarà, quindi, necessario effettuare un'accurata delineazione dell'Operazione qualificata in linea con i dettami delle Linee Guida OCSE. Di conseguenza, le imprese saranno chiamate ad analizzare le caratteristiche rilevanti dell'Operazione qualificata e a valutare se quest'ultima presenta connotazioni tali da poter essere analizzata accuratamente in modo isolato. A titolo esemplificativo, dovranno essere dovutamente attenzionate le strategie di prodotto-servizio quando presentano una logica di portafoglio e/o di complementarità prodotto-mercato (*cfr.* Matrice di Ansoff). Difatti, al fine di valutare se una transazione possa essere valutata in modo isolato, non è sufficiente la sola possibilità di predisporre un conto economico segregato per l'operazione in analisi, bensì è richiesta l'assenza di logiche di *business* (o di strategie d'impresa) a carattere compensativo e/o di portafoglio che interessano detta transazione, la cui evidenza dovrebbe anche trasparsi nell'analisi dell'OAS e dell'OES (per ulteriori dettagli in merito si rinvia alle sezioni successive).

D. La c.d. *Pricing matrix* descritta al Capitolo 5 del Rapporto OCSE è utilizzata per determinare l'approssimazione del rendimento di libera concorrenza nell'ambito dell'approccio semplificato sulla base dell'incrocio delle due dimensioni della matrice. In dettaglio, i rendimenti sono presentati in forma tabellare, dove in colonna sono riportati i raggruppamenti per comparti industriali (tre gruppi merceologici con caratteristiche considerate similari, almeno dal punto di vista delle attività di *marketing* e vendita considerate "di base") e in riga il fattore di intensità funzionale, suddiviso in (a) fattore di intensità delle attività operative nette (OAS) e (b) fattore di intensità delle spese operative (OES). Nello specifico, l'OAS rappresenta il rapporto tra il valore delle attività operative nette e i ricavi, e l'OES rappresenta il rapporto tra le spese operative e i ricavi. La *ratio* sottostante alla *Pricing matrix* è che il rendimento per le attività di *marketing* e vendita "di base" è influenzato, da un lato, dal settore di

appartenenza (tanto più “ricco” è il settore, tanto maggiore sarà la remunerazione per tutti gli attori coinvolti) e, dall’altro lato, dalla c.d. intensità funzionale, vale a dire l’*effort* speso dalla società nello svolgimento di tali attività.

Dal punto di vista procedurale, in base a quanto riportato nel Rapporto OCSE, devono essere svolte tre fasi distinte al fine individuare il rendimento applicabile al caso di specie:

Step 1 - Determinare il raggruppamento industriale applicabile alla parte sottoposta a verifica e individuare la colonna di riferimento in base a tale raggruppamento. In merito, nel caso in cui i prodotti distribuiti rientrino in più di un raggruppamento industriale, si dovrà calcolare la percentuale di vendite che rientra in ciascun raggruppamento. Nel caso in cui almeno l’80% delle vendite rientri in un unico raggruppamento industriale e quindi meno del 20% delle vendite rientri in uno o più raggruppamenti industriali diversi, quest’ultimo non sarà determinante per l’individuazione del rendimento della matrice e il rendimento sarà invece fissato facendo riferimento solo alla cella della matrice pertinente per il raggruppamento industriale in cui rientra la maggior parte delle vendite. Nel caso in cui più del 20% delle vendite provenga da prodotti che rientrano in un secondo e/o terzo raggruppamento industriale, si dovrà calcolare un rendimento medio ponderato.

Step 2 - Determinare la classe di intensità dei fattori OAS e OES della parte sottoposta a verifica e individuare la riga di rendimento che corrisponde a tale classificazione. In merito, la classe di intensità dei fattori OAS e OES della parte sottoposta a verifica deve essere calcolata sulla base della media ponderata dei tre anni precedenti.

Step 3 - Individuare l’intersezione della matrice tra il raggruppamento industriale e la classificazione di intensità dei fattori della parte analizzata.

In relazione ai passaggi sopra-individuati si evidenzia che il Rapporto OCSE presenta diversi meccanismi di controllo e rettifica che devono essere svolti qualora si realizzino le circostanze applicative.² Il Rapporto OCSE evidenzia, inoltre, che la *Pricing matrix* è soggetta a revisione annuale e ad aggiornamento periodico qualora necessario.

E. Alla luce di quanto sopra si riportano di seguito i principali punti per cui sarebbe auspicabile una più dettagliata e puntuale guida applicativa al fine di (a) facilitare l’implementazione da parte delle imprese, e di (b) evitare possibili discrezionalità interpretative in fase di revisione da parte delle Amministrazioni fiscali dei Paesi che scelgono di adottare l’approccio semplificato. Tali chiarimenti sono, in particolar modo, opportuni stante la dichiarata volontà, da parte dell’Inclusive Framework, di semplificare l’applicazione pratica del principio di libera concorrenza per le attività di *marketing* e distribuzione, e di ridurre le controversie fiscali transfrontaliere per tali attività.

² In merito si evidenzia che l’analisi dei meccanismi di controllo e rettifica non è parte del presente approfondimento. Per maggiori dettagli si rinvia al Capitolo 5 ss. del Rapporto OCSE.

a) *Transactions in scope*

Un primo punto di attenzione attiene ai requisiti necessari affinché la transazione in esame rientri nello *scope* del regime in esame. In particolare, al para. 13 del Rapporto OCSE viene indicato che:

“The qualifying transaction must exhibit economically relevant characteristics that mean it can be reliably priced using a one-sided transfer pricing method, with the distributor, sales agent or commissionaire being the tested party.”

A questo proposito, nonostante interessanti spunti vengano presentati nel documento (*ref.* para. 3.3 del Rapporto OCSE), che richiama anche specifici passaggi ed esempi delle Linee Guida OCSE, sarebbe auspicabile avere una guida più dettagliata e pragmatica alla luce della *ratio* del regime in oggetto (*“Amount B was intended to simplify and streamline the application of the arm’s length principle to baseline marketing and distribution activities, with a focus on the specific needs of low-capacity jurisdictions”*) così da evitare possibili elementi di discrezionalità da parte delle singole giurisdizioni nella caratterizzazione dell’operazione.

Si pensi, ad esempio, alla posizione cinese che identifica l’attività di *promotion* come funzione aggiuntiva alle c.d. funzioni *DEMPE* relative agli intangibili. In questo senso, un distributore che promuove i prodotti sul mercato potrebbe portare *unique and valuable contribution*, facendo probabilmente venire meno l’applicazione del regime in esame.

b) *Coesistenza tra CUP e approccio semplificato*

Come riportato in precedenza i criteri di *scoping* dell’Amount B limitano l’applicazione dell’approccio semplificato alle casistiche in cui una transazione è analizzabile in modo affidabile applicando un metodo unilaterale e il distributore è la parte sottoposta a verifica, con un’eccezione nei casi in cui il metodo del confronto di prezzo (*comparable uncontrolled price method* o CUP) può essere applicato in modo attendibile tramite l’utilizzo di elementi comparabili interni e le informazioni necessarie sono prontamente disponibili. Tuttavia, nessuna indicazione è fornita per le casistiche in cui il metodo CUP è potenzialmente applicabile ma non tutte le informazioni sono immediatamente reperibili o presentano lo stesso livello di accuratezza. In tale circostanza, è generalmente visto l’utilizzo del CUP e di un secondo metodo corroborativo basato sull’utile della transazione (normalmente il metodo del margine netto della transazione) a supporto dei risultati dell’analisi. Sarebbero, quindi, auspicabili maggiori chiarimenti in relazione a tale specifica casistica in cui potrebbe essere applicabile sia il metodo CUP che il metodo del margine netto della transazione. Tali chiarimenti sarebbero, altresì, utili nelle casistiche in cui, essendo potenzialmente applicabili sia il CUP che l’approccio semplificato, il contribuente e l’Amministrazione Fiscale addivengano a conclusioni divergenti su quale metodo sia maggiormente appropriato in relazione al caso di specie. Difatti, in tale specifica casistica, restituendo entrambi i metodi valori puntuali, si potrebbero generare difficoltà di interpretazione dei risultati che, in assenza di chiarimenti, potrebbero tradursi in contenziosi con le Amministrazioni fiscali.

c) *Identificazione dei conti economici e delle poste contabili rilevanti*

Alla luce dei meccanismi applicativi dell'Amount B, basati su una serie di criteri quantitativi, la costruzione dei conti economici della *tested party* riveste particolare rilevanza. Diversi, infatti, sono i punti per cui sarebbero auspicabili chiarimenti che riguardano questo tema:

- *Accounting standard* di riferimento. Stante la necessità di avere un dettaglio puntuale delle poste economiche e patrimoniali, queste ultime dovranno essere riconciliate in base ai principi contabili consentiti come base per la redazione del bilancio nella giurisdizione della *tested party* per eliminare margini di discrezionalità. Questo richiederebbe un *effort* significativo da parte delle aziende, che non hanno spesso a disposizione tale livello di dettaglio nelle già stringate tempistiche di chiusura del bilancio (viene, in genere, effettuata una riconciliazione solo a livello *Sales-EBIT*). L'uso di dati consolidati (c.d. *reporting package*) potrebbe probabilmente aiutare da questo punto di vista.
- *Struttura* del conto economico e del contenuto delle singole voci. Come noto, i principi contabili di riferimento possono influenzare la classificazione delle singole voci fra costo del venduto (*cost of goods sold* - COGS) e spese operative (*operating expense* - OPEX), si pensi per esempio al confronto fra la prassi italiana e quella di matrice anglosassone. Inoltre, in molte giurisdizioni (fra cui l'Italia) la dicotomia fra COGS e OPEX non è presente nella struttura di conto economico e deve essere, quindi, necessariamente derivata. A livello pratico, una possibile soluzione, sebbene non priva di difetti, potrebbe essere quella di derivare delle tabelle di corrispondenza da base dati pubbliche (ad esempio quelle pubblicate dalle banche dati usate per le analisi di *benchmark*).
- *Criteri* di costruzione dei conti economici *in-scope*. In termini generali, quando un'entità presenta più profili funzionali è necessario, attraverso un *carve-out* delle poste non *in-scope*, costruire il conto economico segregato relativo alla transazione oggetto di esame. Dovendo, quindi, spesso ricorrere a chiavi di allocazione per la ripartizione di determinate poste economiche, il rischio è che i criteri individuati dal contribuente vengano contestati dalle Amministrazioni fiscali. Anche con riferimento a tale aspetto, sarebbero auspicabili delle linee guida ispirate a criteri di pragmaticità e semplificazione in coerenza con la *ratio* e la finalità dichiarata dell'Amount B di facilitare l'applicazione del principio di libera concorrenza.

d) *Test delle spese operative*

In base al meccanismo di applicazione dell'approccio semplificato, il controllo incrociato delle spese operative funge da barriera corroborativa atta a verificare che il rendimento delle vendite fornito dalla *Pricing matrix* sia appropriato e non siano, quindi, necessarie ulteriori rettifiche. Nello specifico, nel caso in cui l'applicazione dell'indicatore di redditività produca un risultato al di fuori dell'intervallo predefinito di spese operative, quest'ultimo sarà sottoposto ad ulteriori aggiustamenti. Tuttavia, sia gli indici di intensità e che il meccanismo di *cap-and-collar*, sembrerebbero valorizzati e strutturati in modo tale da potersi attivare solo in un numero limitato di casistiche riducendone, difatti, la portata applicativa e, conseguentemente, correttiva.

e) Interazione fra Amount B e APA esistenti

In relazione a quei contribuenti che dovessero già avere in essere degli accordi uni o bilaterali (c.d. APA) vigenti, è stato chiarito che i termini di tali accordi continuano a rimanere validi (*cf.* para. 80 del Rapporto OCSE). Non è chiaro però cosa accada qualora un APA unilaterale sia in contrasto con (o in ogni caso fornisca un risultato diverso da) le regole fornite nel Rapporto OCSE e la giurisdizione non interessata dall'APA intenda adottare l'approccio semplificato. Sotto questo profilo non sono fornite particolari indicazioni e se ne dovrebbe desumere che il contribuente debba utilizzare i canonici strumenti per l'eliminazione delle doppie imposizioni.

F. A differenza delle altre azioni del BEPS 2.0, l'Amount B non è soggetto a una specifica soglia di ricavi, pertanto, tutte le imprese multinazionali che hanno in essere Operazioni qualificate rientrano potenzialmente nel suo perimetro applicativo. Al riguardo, la *Pricing matrix* proposta dall'OCSE mantiene la semplicità e facilità d'uso delle precedenti bozze di proposta, compresi i tre gruppi di settori industriali e l'uso di criteri quantitativi oggettivi per la selezione della categoria della matrice da applicare in base al caso di specie. Sono, inoltre, previsti dei meccanismi di protezione per garantire che il rendimento determinato attraverso tale metodologia non impatti eccessivamente sulle imprese con un'attività locale limitata. È, quindi, applicato un controllo incrociato delle spese operative (*cap-and-collar*) che funge da barriera entro la quale deve essere contenuto l'indicatore di profitto. Stante, quindi, la portata innovativa del meccanismo di funzionamento dell'Amount B e il suo ampio spettro di applicabilità si auspica la pubblicazione di linee guida applicative di dettaglio con riferimento agli aspetti maggiormente operativi su cui potrebbero sorgere criticità per via di potenziali aspetti "interpretativi" da parte delle Amministrazioni fiscali locali che sarebbero, tra l'altro, in aperto contrasto con la volontà dell'Inclusive Framework di semplificare l'applicazione del principio di libera concorrenza e di ridurre i contenziosi legali. Altro aspetto per cui sarebbe auspicabile un più ampio coordinamento è relativo all'adozione effettiva dell'approccio semplificato, in quanto, come riportato in precedenza, i risultati determinati in base a tale approccio sono considerati di libera concorrenza solo da quei Paesi che hanno optato per la sua implementazione non essendo, quindi, vincolanti per la giurisdizione controparte qualora quest'ultima abbia scelto di non adottarlo. Tale ultimo aspetto, potrebbe, difatti, limitare indirettamente l'applicabilità effettiva dell'Amount B.