



# Il *Transactional net margin method* nella disciplina *transfer pricing* OCSE e nella circ. n. 58/E del 2010

di Piergiorgio Valente

Il *Transactional net margin method* (Tnmm) può essere utilizzato quale metodo che consente di approssimare le condizioni *at arm's length*. Pregio del Tnmm è la possibilità di utilizzarlo anche quando risulta non agevole l'applicazione dei metodi tradizionali, in presenza di differenze nelle transazioni e nelle funzioni che non possono essere eliminate attraverso aggiustamenti; infatti, i margini netti risultano poco influenzati da differenze riscontrabili nelle transazioni (che incidono sui prezzi) e nelle funzioni (che incidono sui margini lordi).

## 1. Il *Transactional net margin method* (Tnmm) e le *Guidelines* OCSE del 1995

Il *Transactional net margin method* (Tnmm) consente di esaminare l'utile netto riferito ad una base appropriata – costi, vendite, attività – che l'impresa realizza in una **transazione infragruppo** o in un **gruppo di transazioni** (qualora sia possibile procedere all'aggregazione delle transazioni secondo quanto previsto dai paragrafi 1.42 e seguenti delle *Guidelines* OCSE)<sup>1</sup>.

Con riferimento all'applicazione di tale metodo valgono i medesimi concetti alla base del metodo del prezzo di rivendita e del costo maggiorato poiché i principi di funzionamento sono simili. Infatti:

- il margine netto di una transazione controllata è confrontato con quello che l'impresa realizza in transazioni comparabili con soggetti terzi (trattasi, pertanto, del **confronto interno**);
- ove ciò non fosse possibile, il margine netto realizzato in transazioni simili tra **oggetti indipendenti** può servire da guida.

Il maggior pregio del Tnmm risiede nella possibilità di utilizzarlo anche quando risulta non agevole l'applicazione dei metodi tradizionali, in presenza di **differenze nelle transazioni e nelle funzioni** che non possono essere eliminate attraverso aggiustamenti; infatti, i margini netti risultano poco influenzati da differenze riscontrabili nelle transazioni (che incidono sui prezzi) e nelle funzioni (che incidono sui margini lordi).

Le diversità funzionali si riflettono spesso in variazioni delle spese operative: ne consegue che, per funzioni distinte, a margini lordi diversi possono corrispondere margini netti uguali.

Per converso, il maggiore svantaggio del Tnmm consiste nella difficoltà di determinare il valore di libera concorrenza poiché i margini netti sono influenzati da fattori che non incidono sui prezzi o sui margini lordi. Infatti:

- i margini netti sono influenzati dalle **spese operative** che variano considerevolmente da un'impresa all'altra;
- i margini netti sono soggetti agli effetti prodotti dalle **forze attive** nel settore economico in cui opera l'impresa: "*(n)et margins may be directly affected by such forces operating in the industry as follows: threat of new en-*

<sup>1</sup> Cfr. OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 1995.

*trants, competitive position, management efficiency and individual strategies, threat of substitute products, varying cost structures (as reflected, for example, in the age of plant and equipment), differences in the cost of capital (e.g. self financing versus borrowing), and the degree of business experience (e.g. whether the business is in a start-up phase or is mature). Each of these factors in turn can be influenced by numerous other elements. For example, the level of the threat of new entrants will be determined by such elements as product differentiation, capital requirements, and government subsidies and regulations. Some of these elements also may impact the application of the traditional transaction methods<sup>2</sup>.*

Nell'applicare il Tnmm, è necessario:

- calcolare correttamente gli **indici finanziari** da confrontare;
- selezionare **transazioni comparabili** a quelle oggetto di analisi;
- scegliere, per la verifica, una società del gruppo che non possieda **beni (immateriali) unici**.

Il metodo può essere utilizzato per valorizzare **funzioni di routine** (i.e., funzioni a basso valore aggiunto) come ad esempio la produzione, la distribuzione, eccetera e si fonda sulla comparabilità dei fattori produttivi impiegati piuttosto che su quella delle funzioni svolte, dei rischi assunti o dei prodotti oggetto della transazione (fermo restando che un certo grado di comparabilità delle funzioni e dei prodotti è comunque richiesto).

Il principio economico su cui si basa il Tnmm è il seguente: se il mercato dei fattori produttivi è in equilibrio, il **rendimento del capitale** (o di fattori produttivi simili) – in relazione alle diverse tipologie di attività e tenendo in considerazione il diverso livello di rischio – dovrebbe **tendere ad eguagliarsi**.

Ai fini dell'applicazione del metodo si richiede la comparabilità in:

- capacità imprenditoriale;
- composizione del capitale;
- dimensione delle operazioni;

<sup>2</sup> Cfr. OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 1995, paragrafi 3.35-3.36.

- efficienza manageriale;
- struttura dei costi;
- posizione nel ciclo produttivo<sup>3</sup>.

Le **varianti** applicative più frequenti del Tnmm sono le seguenti:

- la più generale confronta i **rendimenti dei capitali investiti** (utile operativo/attivo investito = ROI);
- una seconda variante confronta i **marginari operativi** (utile operativo/vendite) ed è utilizzabile soprattutto quando i fattori produttivi non sono efficacemente riflessi nell'attivo di bilancio;
- una terza confronta i **rapporti tra utili lordi e spese operative** e richiede una corretta e coerente divisione tra costi di produzione (o del venduto) e spese operative.

In termini generali, il metodo può essere utilizzato quando:

- non sono rinvenibili prodotti strettamente comparabili a quelli in verifica;
- una delle società del gruppo svolge **funzioni routinarie** (produzione, distribuzione, eccetera);
- siano comunque identificabili transazioni effettuate da società, simili in termini di prodotti e funzioni svolte.

Nelle transazioni aventi ad oggetto **intangibles**, il Tnmm può essere utilizzato per determinare l'utile operativo del licenziatario con l'accortezza di verificare che lo stesso non sostenga significativi rischi imprenditoriali<sup>4</sup>.

Pur partendo dall'osservazione secondo la quale, in linea di principio, il metodo Tnmm non può essere generalmente utilizzato per la valutazione dell'*arm's length principle* delle transazioni infragruppo aventi ad oggetto la cessione di "unique intangibles", il documento OCSE "Transactional Profit Methods" del 25 gennaio 2008 ("draft") individua tre circostanze in cui risulterebbe vantaggioso applicare il metodo in commento:

<sup>3</sup> Aggiustamenti nei rendimenti netti possono essere effettuati al fine di tenere conto delle differenze nei citati fattori, secondo i principi esposti dall'OCSE con riferimento all'applicazione dei metodi tradizionali.

<sup>4</sup> A tale proposito, si rileva che il *draft for public comments*, "Transactional Profit Methods", del 25 gennaio 2008 ha proposto un utilizzo "alternativo" del Tnmm in relazione a transazioni aventi ad oggetto la cessione di beni immateriali.

1. “a one-side method (traditional transaction method or transactional net margin method) may be applicable in cases where one of the two parties makes all unique contributions and in particular uses all the key intangibles involved in the controlled transaction, while the other party does not make any unique contribution. In such a case, the tested party shall be the less complex one”<sup>5</sup>;
2. “there are also many cases where a party to a transaction makes contributions that are not unique e.g. uses non-unique intangibles such as non unique business processes or non-unique market knowledge. In such cases, it may still be possible to meet the comparability requirements to apply a traditional transaction method or a transactional net margin method because the comparables would be expected to also use a comparable mix of non-unique contributions”;
3. “a transactional net margin method could be useful as a sanity check to test the outcome of a primary method to value the license fee”<sup>6</sup>.

Con riferimento a quanto precede, si osserva che il *draft* non contiene alcuna distinzione in ordine alle possibili tipologie di beni immateriali; si rileva solamente che la modalità di determinazione del valore normale basata sul Tnmm non può essere applicata ai c.d. “*unique intangibles*”.

Da un punto di vista metodologico si evidenzia che la determinazione del valore normale per le transazioni aventi ad oggetto *intangibles* è sempre bilaterale: “*arm’s length pricing for intangible property must take into account for the purposes of comparability the perspective of both the transferor of the property and the transferee*”<sup>7</sup>.

Il ricorso a modalità di determinazione del valore normale che considerano l’analisi del margine di utile netto ottenuto da una sola parte della transazione potrebbe non riflettere la complessità delle relazioni contrattuali (anche implicite) relative ad un’operazione avente ad oggetto un bene immateriale. In particolare, si fa riferimento alla potenziale esistenza di eventuali vantaggi compensativi che, sebbene non contrattualmen-

te previsti, possono influenzare la comparabilità del margine riscontrato in capo alla società da “testare”.

È ipotizzabile che un utilizzo del Tnmm possa non essere opportuno qualora, ai fini della comparabilità dei margini netti, sia selezionato un **Profit level indicator** (Pli) il cui denominatore non rifletta il **rischio effettivo** insito nello **sviluppo e utilizzo del bene immateriale**. Peraltro, in tale ipotesi, la selezione della grandezza da porre quale denominatore della formula dovrebbe essere effettuata in ragione del valore delle immobilizzazioni immateriali nonché in modo consistente rispetto all’analisi funzionale. Tuttavia, l’impiego di un denominatore basato sul valore delle attività investite implica la potenziale comparabilità dei valori delle attività iscritte fra le immobilizzazioni immateriali del *comparable* e della società oggetto di analisi che, nel caso di transazioni aventi ad oggetto *intangibles*, non è facilmente riscontrabile.

## 2. Il Tnmm e le *Guidelines* OCSE del 2010

### 2.1. Definizione

Nella nuova versione delle *Guidelines* OCSE del 22 luglio 2010, il Tnmm può essere utilizzato, al pari del *Transactional profit split method*, quale metodo che consente di **approssimare le condizioni at arm’s length**.

<sup>5</sup> OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008, *Chapter 4*, paragrafo B-1.

<sup>6</sup> OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008, *Chapter 4*, paragrafo B-2.

<sup>7</sup> OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 1995, paragrafo 6.13.

Secondo l'OCSE,

“(the transactional net margin method examines the net profit relative to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets) that a taxpayer realises from a controlled transaction (or transactions that are appropriate to aggregate (...)). Thus, a transactional net margin method operates in a manner similar to the cost plus and resale price methods. This similarity means that in order to be applied reliably, the transactional net margin method must be applied in a manner consistent with the manner in which the resale price or cost plus method is applied (...)”<sup>8</sup>.

Secondo le nuove *Guidelines* OCSE, il metodo non dovrebbe essere applicato nel caso in cui i soggetti partecipanti alle transazioni apportino “**valuable and unique contributions**”. In tali circostanze, si ritiene più opportuna la selezione e applicazione di un *Transactional profit split method*. Tuttavia, occorre osservare che l'inesistenza (nell'ambito della transazione) di “*valuable and unique contributions*” non induce necessariamente a ritenere che il Tnmm possa essere utilizzato come “*the most appropriate method*”<sup>9</sup>.

## 2.2. L'analisi di comparabilità e il Tnmm

L'applicazione di metodi per la determinazione del *transfer pricing* quali il costo maggiorato, il prezzo di rivendita e il margine netto della transazione richiede il compimento di attività volte ad identificare le transazioni comparabili. Secondo l'OCSE, le fasi sono essenzialmente le seguenti:

- *step 1*: identificazione degli anni (di riferimento delle transazioni) oggetto di analisi;
- *step 2*: un'analisi generale (*broad-based analysis*) relativa alle circostanze afferenti il contribuente;
- *step 3*: *understanding* delle transazioni controllate, in relazione all'analisi funzionale svolta, al fine di selezionare la *tested party*, “*the most appropriate transfer pricing method to the circumstances of the case*”, gli indicatori finanziari, nonché al fine di identificare i fattori di comparabilità oggetto di valutazione;
- *step 4*: *review* dei comparabili interni nel caso in cui esistano;
- *step 5*: identificazione delle fonti di informazione relative ai *comparables* esterni;
- *step 6*: scelta del *transfer pricing method* in relazione alle circostanze del caso di specie e conseguente selezione degli indicatori finan-

ziari (in caso di applicazione del Tnmm, determinazione del *net profit indicator*);

- *step 7*: identificazione dei potenziali comparabili, con particolare riferimento alle caratteristiche delle transazioni indipendenti, rilevate secondo lo *step 3* e conformemente a quanto previsto dalle *Guidelines* OCSE, ai paragrafi 1.38-1.63;
- *step 8*: effettuazione degli aggiustamenti, ove richiesti;
- *step 9*: “interpretazione” dei dati ottenuti e determinazione della remunerazione *at arm's length*.

L'OCSE chiarisce che l'ordine degli *steps* ha carattere illustrativo; in particolare, gli *steps* da 5 a 7 possono essere ripetuti più di una volta e sino a quando il contribuente non raggiunga una soluzione soddisfacente. Occorre inoltre considerare che tale processo è considerato “*good practice*” per il contribuente, ma non riveste alcun carattere di obbligatorietà: conseguentemente, il contribuente può procedere alla selezione di *comparables* adottando processi diversi da quello illustrato dalle *Guidelines* OCSE, considerando l'importanza riconosciuta alla *reliability* del processo di selezione.

L'applicazione del **Tnmm** richiede la selezione di opportuni **net profit indicators** che, tuttavia, possono introdurre elementi di “volatilità” nella determinazione dei prezzi di trasferimento; essi infatti risultano influenzati da fattori che non producono un effetto diretto sui prezzi e sui margini lordi. Nell'applicazione dei metodi tradizionali (Cup, prezzo di rivendita e costo maggiorato) l'incidenza di tali fattori può essere eliminata come naturale conseguenza di un'analisi di comparabilità focalizzata sulle caratteristiche dei prodotti e sulla similarità nelle funzioni svolte.

I *net profit indicators* possono rivelarsi **meno “sensibili”** – rispetto ai margini lordi – alla complessità delle funzioni e al livello di rischio: tale affermazione deve essere ponderata in relazione alle circostanze del caso di specie e, in particolare, agli effetti prodotti dalle (eventuali)

<sup>8</sup> OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 22 luglio 2010, paragrafo 2.68.

<sup>9</sup> Per approfondimenti sulla versione 2010 delle *Guidelines* OCSE, cfr. P. Valente, *Le novità del transfer pricing*, Milano, 2010, pagg. 101 e seguenti.

differenze funzionali sulla struttura dei costi e dei ricavi.

Per converso, avendo riguardo alla struttura dei costi fissi e variabili, il Tnmm può rivelarsi più “sensibile” – rispetto al prezzo di rivendita e al

costo maggiorato – alle differenze nella *capacity utilisation*.

L'OCSE raccomanda una certa cautela nell'utilizzo del Tnmm in quanto:

“(…) *The transactional net margin method should not be used unless the net profit indicators are determined from uncontrolled transactions of the same taxpayer in comparable circumstances or, where the comparable uncontrolled transactions are those of an independent enterprise, the differences between the associated enterprises and the independent enterprises that have a material effect on the net profit indicator being used are adequately taken into account.* (...)”<sup>10</sup>.

Con riferimento a quanto precede, l'Annex I al nuovo Capitolo II delle *Guidelines* OCSE – deno-

minato “*Sensitivity of Gross and Net Profit Indicators*” – fornisce i seguenti esempi.

<sup>10</sup> OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing*

*Guidelines*, Parigi, 22 luglio 2010, paragrafo 2.74.

### Esempio 1

#### Effetti della differenza in complessità della funzione di *marketing* svolta da un distributore

	Caso 1 Il distributore svolge una funzione di <i>marketing</i> limitata	Caso 2 Il distributore svolge una funzione di <i>marketing</i> significativa
Vendite di prodotti (Si presume che entrambi vendano il medesimo quantitativo, sul medesimo mercato e al medesimo prezzo)	1.000	1.000
Prezzo di acquisto dal produttore (tiene conto della rilevanza della funzione di <i>marketing</i> con riferimento all'analisi funzionale)	600	480 <sup>(*)</sup>
<i>Gross margin</i>	400 (40%)	520 (52%)
Spese di <i>marketing</i>	50	150
Altri costi ( <i>overheads</i> )	300	300
<i>Net profit margin</i>	50 (5%)	70 (7%)

<sup>(\*)</sup> In tale ipotesi, la differenza di 120 nel prezzo della transazione corrisponde alla differenza in complessità della funzione di *marketing* svolta dal distributore.

Se la transazione viene effettuata con un *associated manufacturer*, come nel Caso 2, mentre terze parti comparabili vengono in considerazione nel Caso 1, supponendo che la differenza in complessità della funzione di *marketing* non possa essere individuata in considerazione delle insufficienti informazioni sulle terze parti comparabili, la probabilità di errore nell'applicazione del *gross margin method* potrebbe corrispondere a 120 (12% x 1,000), mentre corrisponderebbe a 20 (2% x 1,000) in caso di applicazione di un *net margin method*.

### Esempio 2

#### Effetti della differenza nel livello di rischio assunto dal distributore

	Caso 1 Il distributore non assume il rischio di obsolescenza dei prodotti, in quanto l'inventario viene riacquisito dal <i>manufacturer</i> (“ <i>buy-back clause</i> ”)	Caso 2 Il distributore assume il rischio di obsolescenza dei prodotti, in quanto non opera la “ <i>buy-back clause</i> ”
Vendite di prodotti (Si presume che entrambi vendano il medesimo quantitativo, sul medesimo mercato e al medesimo prezzo)	1.000	1.000

Prezzo di acquisto dal produttore (tiene conto della rilevanza della funzione di <i>marketing</i> con riferimento all'analisi funzionale)	700	640 <sup>(*)</sup>
<i>Gross margin</i>	300 (30%)	360 (36%)
<i>Loss on obsolete inventory</i>	0	50
Altri costi ( <i>overheads</i> )	250	250
<i>Net profit margin</i>	50 (5%)	60 (6%)

<sup>(\*)</sup> In tale ipotesi, la differenza di 60 nel prezzo della transazione corrisponde alla differenza nell'allocatione del rischio di obsolescenza tra il *manufacturer* e il distributore (*i.e.* il prezzo per la "*buy-back clause*"). Se la transazione effettuata è una transazione controllata nel Caso 1, mentre terze parti comparabili vengono in considerazione nel Caso 2, supponendo che la differenza nel livello di rischio non possa essere individuata in considerazione delle insufficienti informazioni sulle terze parti comparabili, la probabilità di errore nell'applicazione del *gross margin method* potrebbe corrispondere a 60 (6% x 1,000), mentre corrisponderebbe a 10 (1% x 1,000) in caso di applicazione di un *net margin method*.

Conseguentemente, imprese che svolgono funzioni diverse possono presentare un ampio *range* di *gross profit margin* sebbene realizzino livelli di *net profits* sostanzialmente simili. Mentre il *Transactional Net Margin Method* potrebbe essere meno sensibile alle differenze in volume e complessità delle funzioni, il medesimo metodo può apparire più sensibile del *cost plus* o del *resale price* alle differenze in *capacity utilisation*, dal momento che le differenze "*in the levels of absorption of indirect fixed costs (e.g. fixed manufacturing costs or fixed distribution costs) would affect the net profit but may not affect the gross margin or gross mark-up on costs if not reflected in price differences (...)*".

### Esempio 3 Effetti della differenza in *capacity utilisation* del *manufacturer*

In unità monetaria (u.m.)	Caso 1 Il <i>manufacturer</i> opera in <i>full capacity</i> : 1,000 unità all'anno	Caso 2 Il <i>manufacturer</i> opera in <i>excess capacity</i> : 800 unità all'anno
Vendite di prodotti (Si presume che entrambi abbiano la medesima <i>total capacity</i> , producano e vendano i medesimi prodotti sullo stesso mercato e per il prezzo di 1 u.m. per prodotto).	1.000	800
Costo dei beni venduti: costi diretti più <i>standard allocation</i> dei costi indiretti di produzione. (Si presume che entrambi sopportino i medesimi costi per unità prodotta: 0.75 u.m. per prodotto e costi fissi di personale pari a 50).	<i>Variable</i> : 750 <i>Fixed</i> : 50 <i>Total</i> : 800	<i>Variable</i> : 600 <i>Fixed</i> : 50 <i>Total</i> : 650
<i>Gross mark-up</i> sul costo dei beni venduti	200 (25%)	150 (23%)
Costi indiretti	150	150
<i>Net profit margin</i>	50 (5%)	<i>Breakeven</i>

Se la transazione effettuata è una transazione controllata nel Caso 1, mentre terze parti comparabili vengono in considerazione nel Caso 2, supponendo che la differenza in *capacity utilisation* non possa essere individuata in considerazione delle insufficienti informazioni sulle terze parti comparabili, la probabilità di errore nell'applicazione del *gross margin method* potrebbe corrispondere a 16 (2% x 800), mentre corrisponderebbe a 50 (5% x 1,000) in caso di applicazione di un *net margin method*.

#### 2.3. La selezione dei *net profit indicators*

L'applicazione del Tnm presuppone la selezione di "*most appropriate net profit indicators*" la cui valutazione deve essere effettuata considerando i criteri previsti per la scelta del metodo più idoneo in relazione alle circostanze del caso

di specie, di cui al capitolo II, Parte I delle *Guidelines* OCSE del 2010.

Allo stesso modo, la selezione di tali indicatori deve tenere conto dei punti di forza e di debolezza degli stessi ed essere coerente con la natura delle transazioni oggetto di analisi, con le fun-

zioni svolte dai soggetti coinvolti e con la ripartizione dei rischi.

Ai fini della corretta applicazione degli indicatori bisogna procedere all'individuazione delle voci che, direttamente o indirettamente, afferiscono alla transazione oggetto di analisi e che presentano natura operativa. Le *Guidelines* OCSE stabiliscono che non devono essere considerati, nella determinazione del **net profit indicator**, i seguenti fattori:

- costi e ricavi non direttamente connessi alla transazione in verifica, qualora influenzino il

grado di comparabilità con le transazioni indipendenti;

- proventi/oneri finanziari e imposte sul reddito;
- proventi/oneri straordinari.

L'OCSE riconosce la necessità di procedere ad una segmentazione dei dati finanziari del contribuente quando occorre testare il **profitto netto derivante da transazioni controllate** (o da transazioni che sono state aggregate coerentemente con i principi espressi nei paragrafi 3.9-3.12 delle *Guidelines* OCSE):

*“Ideally, in order to arrive at the most precise approximation of arm’s length conditions, the arm’s length principle should be applied on a transaction-by-transaction basis. However, there are often situations where separate transactions are so closely linked or continuous that they cannot be evaluated adequately on a separate basis. Examples may include 1. some long-term contracts for the supply of commodities or services, 2. rights to use intangible property, and 3. pricing a range of closely-linked products (e.g. in a product line) when it is impractical to determine pricing for each individual product or transaction. Another example would be the licensing of manufacturing know-how and the supply of vital components to an associated manufacturer; it may be more reasonable to assess the arm’s length terms for the two items together rather than individually. Such transactions should be evaluated together using the most appropriate arm’s length method. A further example would be the routing of a transaction through another associated enterprise; it may be more appropriate to consider the transaction of which the routing is a part in its entirety, rather than consider the individual transactions on a separate basis.*

*Another example where a taxpayer’s transactions may be combined is related to portfolio approaches. A portfolio approach is a business strategy consisting of a taxpayer bundling certain transactions for the purpose of earning an appropriate return across the portfolio rather than necessarily on any single product within the portfolio. For instance, some products may be marketed by a taxpayer with a low profit or even at a loss, because they create a demand for other products and/or related services of the same taxpayer that are then sold or provided with high profits (e.g. equipment and captive aftermarket consumables, such as vending coffee machines and coffee capsules, or printers and cartridges). Similar approaches can be observed in various industries. Portfolio approaches are an example of a business strategy that may need to be taken into account in the comparability analysis and when examining the reliability of comparables. (...) However, (...) these considerations will not explain continued overall losses or poor performance over time (...).*

*While some separately contracted transactions between associated enterprises may need to be evaluated together in order to determine whether the conditions are arm’s length, other transactions contracted between such enterprises as a package may need to be evaluated separately. An MNE may package as a single transaction and establish a single price for a number of benefits such as licences for patents, know-how, and trademarks, the provision of technical and administrative services, and the lease of production facilities. This type of arrangement is often referred to as a package deal (...). In such cases, after determining separate transfer pricing for the separate elements, the tax administration should nonetheless consider whether in total the transfer pricing for the entire package is arm’s length.*

*Even in uncontrolled transactions, package deals may combine elements that are subject to different tax treatment under domestic law or an income tax convention. For example, royalty payments may be subject to withholding tax but lease payments may be subject to net taxation. In such circumstances, it may still be appropriate to determine the transfer pricing on a package basis, and the tax administration could then determine whether for other tax reasons it is necessary to allocate the price to the elements of the package. In making this determination, tax administrations should examine the package deal between associated enterprises in the same way that they would analyze similar deals between independent enterprises (...).”*

La selezione del **denominatore dell'indicatore di profitto** deve essere coerente con l'analisi di comparabilità effettuata e, soprattutto, con il valore delle funzioni svolte nella transazione in

verifica, tenendo in considerazione gli *assets* utilizzati e i rischi assunti.

Con riferimento alle caratteristiche del denominatore, le *Guidelines* OCSE specificano:

“(t)he denominator should be one that is capable of being measured in a reliable and consistent manner at the level of the taxpayer's controlled transactions. In addition, the appropriate base should be one that is capable of being measured in a reliable and consistent manner at the level of the comparable uncontrolled transactions (...). Further, the taxpayer's allocation of indirect expenses to the transaction under review should be appropriate and consistent over time”<sup>11</sup>.

A seguito dell'applicazione del Tnmm, il contribuente può procedere alla selezione dei seguenti **indicatori di profitto**:

- indicatori basati sulle **vendite**, utilizzati al fine di determinare il prezzo *at arm's length* degli acquisti di beni da imprese associate per la successiva rivendita a soggetti indipendenti (*i.e.*, non appartenenti al gruppo). In tali circostanze, il denominatore è rappresentato dalle rivendite dei beni acquistati nelle transazioni oggetto di analisi;
- indicatori basati sui **costi**, i quali possono essere utilizzati quando i costi rappresentano un indice rilevante delle funzioni svolte, dei rischi assunti e degli *assets* della *tested party*. La selezione delle voci di costo da considerare nella determinazione del denominatore deve tenere conto delle circostanze del caso concreto;
- indicatori basati sugli **assets** (o sul capitale impiegato), che possono essere utilizzati al fine di identificare il valore aggiunto creato o apportato dalla *tested party* nella transazione in analisi;
- **Berry ratio**, vale a dire l'indice tra il **margin lordo** e le **spese** operative. Una criticità applicativa dello stesso è data dalla “sensibilità” alla classificazione in bilancio dei costi e, conseguentemente, ai riflessi in termini di comparabilità. Al fine di considerare il **Berry ratio** appropriato a testare la remunerazione derivante dalle transazioni controllate è necessario:
  - che il valore delle funzioni svolte (tenendo in considerazione gli *assets* utilizzati e i rischi assunti) sia proporzionale alle spese operative;
  - che il valore delle funzioni svolte (tenendo in considerazione gli *assets* utilizzati e i rischi assunti) non sia influenzato dal valore dei prodotti distribuiti;

- che nella transazione controllata il contribuente non svolga altre funzioni suscettibili di essere valutate mediante ricorso ad altro indicatore.

### 3. La predisposizione della documentazione e il Tnmm

L'OCSE raccomanda alle imprese l'adozione di un approccio diligente nella predisposizione della **documentazione**. In tal senso, secondo le *Guidelines* OCSE è senz'altro opportuno che il gruppo predisponga un *set* di documenti, in grado:

1. di comprovare le **attività poste in essere** per garantire la conformità dei prezzi di trasferimento al principio del valore normale;
2. di individuare **dati, informazioni e criteri** presi in considerazione a tal fine.

In particolare, ogni *set* documentale dovrebbe essere in grado di **evidenziare** almeno:

- le caratteristiche dell'attività economica svolta dal gruppo multinazionale;
- la struttura organizzativa delle singole imprese del gruppo;
- i rapporti di proprietà e di controllo;
- le funzioni svolte e i rischi assunti dalle diverse parti di ciascuna transazione;
- la tipologia e l'oggetto delle operazioni infragruppo;
- le condizioni applicate alle operazioni infragruppo;
- l'andamento delle vendite e dei margini nel corso degli esercizi;
- i flussi finanziari nell'ambito del gruppo;
- le condizioni applicate alle transazioni similari a quelle infragruppo, con soggetti indipendenti;
- il/i metodo/i utilizzato/i per la determinazione dei prezzi di trasferimento;
- le circostanze che hanno, eventualmente, influito sull'applicazione del principio di libera concorrenza;

<sup>11</sup> OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 22 luglio 2010, paragrafo 2.89.

- la tipologia dei processi di negoziazione posti in essere.

Con riferimento alla documentabilità del metodo selezionato, particolare menzione merita l'ordinamento australiano. In termini generali, le indicazioni relative alla documentazione da predisporre con riferimento alle transazioni *inter-company* sono contenute nel TR 98/11 dell'*Australian Taxation Office* ("Ato")<sup>12</sup>.

In particolare, l'Ato riconosce notevole importanza alla seguente documentazione:

- *budget, business plans* e proiezioni di natura finanziaria;
- determinazione delle politiche di prezzo, documenti relativi all'individuazione della redditività per prodotto, informazioni relative al mercato di riferimento, contributi apportati da ciascuna società partecipante alla transazione;
- documenti a supporto delle transazioni intraprese con altre società appartenenti al gruppo;
- documenti a supporto della selezione di un metodo per la determinazione del *transfer pricing*;
- nel caso in cui siano stati esaminati altri metodi, i dettagli ad essi relativi incluse le motivazioni a sostegno della loro esclusione;
- documenti relativi alla struttura della società e del gruppo multinazionale cui appartiene;
- documenti relativi alle vendite effettuate dal contribuente, al risultato operativo conseguito e alla natura delle transazioni poste in essere con altre società del gruppo;
- strategie di *business*;
- posizione contrattuale del contribuente nel corso delle transazioni con altre consociate;
- documenti predisposti in relazione alla presentazione della dichiarazione dei redditi annuale e rilevante ai fini della determinazione dell'*arm's length consideration*.

Inoltre il TR 98/11 contiene chiarimenti relativi alla documentazione che il contribuente deve predisporre in relazione alla selezione e applicazione di uno dei metodi previsti per la determinazione dell'*arm's length consideration*.

#### 4. Le recenti normative italiane sul *transfer pricing* e il Tnmm

Con l'art. 26 del D.L. n. 78/2010<sup>13</sup>, il legislatore

<sup>12</sup> Elliott J., *Transfer Pricing: Lessons from Australia. "Striking of a Balance"*, Paper 97-135, University of Southampton; Markham M., *Complying with Australian and PATA transfer pricing documentation rules - A Sisyphean task?*, su <http://www.austlii.edu.au/au/journals/RevenueLJ/2004/8.pdf>.

ha inteso introdurre specifiche misure finalizzate a incrementare l'efficacia e l'efficienza dell'azione di controllo dell'Amministrazione finanziaria sulle operazioni infragruppo di cui all'art. 110, comma 7, del Tuir. In Italia, il varo di un provvedimento inerente la **documentazione dei prezzi di trasferimento** era atteso da tempo; pertanto, l'introduzione della citata disposizione consente al Paese di allinearsi alla maggior parte degli altri Stati industrializzati, anche se con modalità differenti<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> "1. A fini di adeguamento alle direttive emanate dalla Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico in materia di documentazione dei prezzi di trasferimento ed ai principi di collaborazione tra contribuenti ed amministrazione finanziaria, all'articolo del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, dopo il comma 2-*bis*, è inserito il seguente: '2-*ter*. In caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'articolo 110, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, da cui derivi una maggiore imposta o una differenza del credito, la sanzione di cui al comma 2 non si applica qualora, nel corso dell'accesso, ispezione o verifica o di altra attività istruttoria, il contribuente consegni all'Amministrazione finanziaria la documentazione indicata in apposito provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati. Il contribuente che detiene la documentazione prevista dal provvedimento di cui al periodo precedente, deve darne apposita comunicazione all'Amministrazione finanziaria secondo le modalità e i termini ivi indicati. In assenza di detta comunicazione si rende applicabile il comma 2'.

2. Ai fini dell'immediata operatività delle disposizioni di cui al comma 1, il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate deve essere emanato entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. La comunicazione concernente periodi d'imposta anteriori a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, deve essere comunque effettuata entro novanta giorni dalla pubblicazione del provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate". Il D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (c.d. "Manovra correttiva") è stato pubblicato nel S.O. n. 114 alla *Gazzetta Ufficiale* 31 maggio 2010, n. 125 ed è entrato in vigore il giorno stesso. È stato successivamente convertito dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, pubblicata nel S.O. n. 174 alla *Gazzetta Ufficiale* 30 luglio 2010, n. 176.

<sup>14</sup> Il Decreto *de quo*, a differenza di quanto accaduto in altri Paesi, introduce una facoltà e non un obbligo di documentazione dei prezzi di trasferimento. Si rimanda, *inter alia*, a: P. Valente, *Transfer pricing: ambito di applicazione dell'art. 26 del D.L. n. 78/2010 e suoi effetti*, in "il fisco" n. 11/2011, fascicolo n. 1, pag. 1687; *Transfer pricing: primi chiarimenti in materia di oneri documentali in Italia*, in "il fisco" n. 2/2011, fascicolo n. 1, pag. 219; *Transfer pricing: i nuovi oneri di documentazione in Italia*, in "il fisco" n. 39/2010, fascicolo n. 1, pag. 6330 e *La documentazione in materia di transfer pricing*, in "il fisco" n. 34/2010, fascicolo n. 1, pag. 5481. Per approfondimenti, si vedano anche P. Valente, *Le novità del transfer pricing*,

L'obiettivo della nuova norma è, in particolare, quello di prevedere una documentazione *standard* che consenta di verificare la conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati dalle imprese nelle operazioni infragruppo internazionali. Tale verifica, caratterizzata da rilevante complessità tecnica, risulta, evidentemente, ancor meno agevole se manca un'adeguata collaborazione da parte del contribuente.

La nuova disposizione ha, quindi, una duplice utilità in quanto:

- da un lato, consente alle imprese multinazionali di fruire di un **regime di esonero dalle sanzioni** per la violazione amministrativa di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471 (dichiarazione infedele) derivanti da eventuali rettifiche dei prezzi di trasferimento adottati;
- dall'altro, permette all'Amministrazione finanziaria di disporre, in sede di controllo, di un **valido supporto documentale** al fine di **verificare la corrispondenza dei prezzi praticati** nelle operazioni infragruppo dalle imprese associate con quelli adottati in regime di libera concorrenza.

Il nuovo comma *2-ter* dell'art. 1 del D.Lgs. n. 471/1997 (introdotto dall'art. 26 del D.L. n. 78/2010) sembra rispondere a un'esigenza di certezza e di trasparenza da parte dei contribuenti e, in particolare, delle imprese estere che effettuano investimenti sul territorio italiano. In tal modo, dovrebbe essere garantita alle imprese la conoscibilità di tutti gli elementi informativi indispensabili per la realizzazione della propria politica di *transfer pricing*, in conformità alle norme di legge.

L'esonero dalle sanzioni amministrative tributarie costituisce, pertanto, un chiaro incentivo per le imprese residenti appartenenti a gruppi multinazionali ad adeguarsi al nuovo "onere documentale" introdotto dalla norma in commento<sup>15</sup>.

In data 29 settembre 2010 è stato emanato il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle

Milano, 2010; P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, Milano, 2009.

<sup>15</sup> Tale previsione appare, altresì, coerente con i principi fondamentali che disciplinano il rapporto tra contribuente e Fisco e, in particolare, con il principio di collaborazione e buona fede sancito dall'art. 10 della L. 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. "Statuto dei diritti del contribuente"). Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Le novità del transfer pricing*, op. cit., pagg. 6 e seguenti; P. Valente, *La documentazione in materia di transfer pricing*, in "il fisco" n. 34/2010, fascicolo n. 1, pag. 5481.

Entrate contemplato dall'art. 26 del D.L. n. 78/2010 ("Provvedimento"). Coerentemente con le informazioni contenute nel "Code of Conduct on transfer pricing documentation for associated enterprises in the EU", il Provvedimento identifica le seguenti "tipologie" di documentazione:

- un *set* denominato *Masterfile*;
- un *set* denominato Documentazione Nazionale (nella sostanza speculare al documento denominato "Country-specific documentation" nel Codice di Condotta UE)<sup>16</sup>.

Con riferimento al contenuto della Documentazione Nazionale, esso prevede, al paragrafo 5.1.3, che il contribuente giustifichi il ricorso ad un metodo reddituale (*i.e.*, applicazione del Tnmm o del *Transactional Profit Split Method*) e, conseguentemente, la mancata applicazione di un metodo tradizionale (Cup, prezzo di rivendita, costo maggiorato)<sup>17</sup>.

La circ. n. 58/E del 15 dicembre 2010<sup>18</sup> ("Circolare") fornisce un utile chiarimento tecnico in merito all'adozione del metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento (nel contesto della Documentazione Nazionale). In particolare, rileva che il paragrafo 5.1.3 della Documentazione Nazionale, rubricato "Metodo adottato per la determinazione dei prezzi di trasferimento delle operazioni" deve descrivere il processo di selezione, e relativi esiti, del metodo che il contribu-

<sup>16</sup> Sul Provvedimento, cfr. P. Valente, *Le novità del transfer pricing*, op. cit., pagg. 61 e seguenti; P. Valente, *Transfer pricing - I nuovi oneri di documentazione in Italia*, in "il fisco" n. 39/2010, fascicolo n. 1, pagg. 6330 e seguenti.

<sup>17</sup> "5.1.3 Metodo adottato per la determinazione dei prezzi di trasferimento delle operazioni.

a) Enunciazione del metodo prescelto e delle ragioni della sua conformità al principio di libera concorrenza [in questa sezione dovranno essere anche richiamati gli esiti dell'analisi di comparabilità che hanno determinato la qualificazione del metodo adottato come metodo più appropriato alle circostanze del caso. Nel caso di selezione di un metodo transazionale reddituale, in presenza del potenziale utilizzo di un metodo transazionale tradizionale, occorrerà dare conto delle motivazioni di esclusione di tale ultimo metodo. Stesso discorso vale in caso di selezione di un metodo diverso dal metodo del confronto del prezzo, in presenza di potenziale utilizzo di tale ultimo metodo]

b) Criteri di applicazione del metodo prescelto [in cui, in particolare, dovrà essere accuratamente riprodotta la procedura di selezione di transazioni comparabili e, se del caso, dovrà parimenti essere data chiara indicazione delle ragioni di identificazione dell'intervallo di risultati conformi al principio del valore normale]

c) Risultati derivanti dall'applicazione del metodo adottato".

<sup>18</sup> In "il fisco" n. 48/2010, fascicolo n. 1, pag. 7834.

ente ritiene, sulla base dell'analisi di comparabilità e delle informazioni disponibili, essere quello più appropriato alle circostanze del caso.

Nella prima delle tre sezioni del citato paragrafo (“*Enunciazione del metodo prescelto e delle ragioni della sua conformità al principio di libera concorrenza*”) occorre dare contezza degli esiti dell'**analisi di comparabilità**, nonché delle informazioni disponibili, e dei relativi effetti in ordine alla **scelta del metodo**. Più precisamente, tale sezione deve illustrare le ragioni che hanno portato a qualificare il metodo prescelto per la determinazione dei prezzi di trasferimento come il metodo più appropriato alle circostanze del caso.

La Circolare rileva, altresì, che, qualora sulla base delle informazioni desumibili dall'analisi di comparabilità, dovesse emergere la possibilità di utilizzare un **metodo transazionale reddituale** (Tnmm e *Transactional profit split method*) e, in maniera egualmente affidabile, anche il potenziale utilizzo di un **metodo transazionale tradizionale** (*Comparable uncontrolled price method*, *Resale price method* e *Cost plus method*), il Provvedimento recepisce i principi di cui alle *Guidelines* OCSE, prevedendo l'utilizzo di tale ultimo metodo. Per tale ragione, in presenza delle condizioni suddette (vale a dire, possibilità di applicazione di un metodo transazionale reddituale e di un metodo transazionale tradizionale), qualora il contribuente non dovesse optare per l'adozione del metodo tradizionale – in ipotesi applicabile – lo stesso dovrà fornire **adeguate motivazioni**<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> La circolare aggiunge che (cap. 5):

“Tali motivazioni, di contro, non devono essere addotte, laddove l'analisi di comparabilità non dovesse fornire evidenze in merito al potenziale utilizzo di un metodo tran-

La seconda sezione del citato paragrafo (“*Criteri di applicazione del metodo prescelto*”) deve illustrare i **criteri di applicazione del metodo prescelto**, ivi incluso il procedimento di selezione delle operazioni e/o dei soggetti comparabili e i singoli passaggi intermedi del procedimento, corredati dei relativi esiti. In tale contesto, si deve dare conto puntuale anche della fonte di dati e informazioni eventualmente utilizzati e, se del caso, dovrà parimenti essere data chiara indicazione dell'eventuale intervallo di risultati ritenuti conformi al principio del valore normale e delle ragioni sottese alla sua identificazione.

Infine, la terza sezione (“*Risultati derivanti dall'applicazione del metodo adottato*”) deve illustrare il confronto tra la **valorizzazione attribuita alle operazioni infragruppo** realizzate nel periodo d'imposta di riferimento e i **valori riscontrati** in esito alla **procedura di selezione** delle operazioni e/o dei soggetti comparabili<sup>20</sup>.

zionale tradizionale in misura altrettanto affidabile. Stesso discorso vale in caso di selezione di un metodo diverso dal metodo del confronto del prezzo (*Comparable uncontrolled price*), in presenza di potenziale utilizzo di tale ultimo metodo. Il Provvedimento, su tale aspetto, introduce un elemento di esplicita coerenza con l'impostazione adottata dall'OCSE con la nuova versione delle Linee Guida approvate nel 2010, assicurando in tal modo l'adozione di principi utili alla rimozione o minimizzazione di rischi di doppia imposizione. È di tutta evidenza, comunque, che l'eventuale sindacato in sede di verifica della scelta del metodo e/o delle ragioni addotte dal contribuente a difesa delle proprie scelte, in nessun caso costituisce presupposto autonomamente idoneo all'esclusione dal regime premiale stabilito dalla norma”.

<sup>20</sup> Per approfondimenti sulla circ. n. 58/E del 2010, cfr. P. Valente, *Transfer pricing - Primi chiarimenti in materia di oneri di documentazione in Italia*, in “*il fisco*” n. 2/2011, fascicolo n. 1, pagg. 219 e seguenti.