

Principi e criticità nella selezione del metodo per determinare il transfer pricing

di Piergiorgio Valente e Salvatore Mattia

Con la circolare n. 58/E del 2010, l'Agenzia delle entrate fornisce chiarimenti, «inter alia», anche in tema di selezione del metodo per la determinazione dei prezzi di trasferimento e **rappresentazione** - nell'ambito della «transfer pricing documentation» - delle **ragioni della scelta** da parte del **contribuente**. In linea con i nuovi orientamenti di fonte internazionale, l'Agenzia sembra riconoscere, in presenza di determinate condizioni, **pari dignità ai metodi transazionali reddituali rispetto ai tradizionali metodi transazionali**, superando così di fatto le precedenti, rigorose posizioni interpretative.

Con la circolare n. 58/E del 2010 (1), l'Agenzia delle entrate, nell'ambito dei chiarimenti circa gli oneri documentali con riferimento ai prezzi di trasferimento dei beni o servizi rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 110, comma 7, del T.U.I.R., affronta nel par. 5. il tema della selezione ed applicazione del *transfer pricing method* e della sua qualificazione come il metodo più appropriato al caso del contribuente onerato.

Trattasi di chiarimenti che consentono di svolgere alcune riflessioni soprattutto circa l'ordine gerarchico secondo il quale il contribuente deve prendere in considerazione (e, in ultima analisi, applicare) i metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento tra quelli individuati, in ambito internazionale, dall'OCSE.

La selezione del «transfer pricing method» nella circolare n. 58/E del 2010

Secondo l'Amministrazione finanziaria, nella sezione 5.1.3. della Documentazione nazionale (il cui contenuto è individuato e descritto dal provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate 29 settembre 2010) il contribuente dovrà «dare contezza degli esiti dell'analisi di comparabilità, nonché delle informazioni disponibili, e dei relativi effetti in ordine alla scelta del metodo». Più in dettaglio, l'Agenzia chiarisce che nella suindicata sezione dovranno essere illustrate le ragioni che hanno portato

il contribuente a qualificare il metodo prescelto come quello più appropriato per la determinazione del *transfer pricing* nella fattispecie concreta (2).

Particolarmente rilevante è il chiarimento offerto dall'Amministrazione finanziaria in ordine al rapporto tra i ccdd. metodi reddituali, quali il *Transactional Net Margin Method* («TNMM») e il *Transactional Profit Split Method* («TPSM»), e i metodi considerati «tradizionali», quali il *Comparable Uncontrolled Price Method* («CUP»), il *Resale Price Method* («Resale Minus») e il *Cost Plus Method* («Cost Plus»).

Nell'ipotesi in cui, in via potenziale, uno dei metodi transazionali reddituali risulti applicabile alle transazioni descritte nella Documentazione nazionale in maniera ugualmente affidabile rispetto all'applicazione di uno dei metodi tradizionali, e il contribuente scelga di discostarsi da quest'ultimo, dovrà essere fornita adeguata motivazione della scelta.

Per contro, le motivazioni della scelta non dovranno essere fornite nell'ipotesi (contraria a quella sopra considerata) in cui l'applicazione di un metodo tradizionale non risulti altrettanto affidabile rispetto all'applicazione di uno dei metodi transa-

Piergiorgio Valente e Salvatore Mattia - Centro Studi Internazionali GEB Partners

Note:

(1) In Banca Dati BIG, IPSOA.

(2) Cfr. circolare in commento, par. 5.

zionali reddituali (*TNMM* o *TPSM*). L'Agenzia chiarisce che, in maniera analoga, non dovrà essere fornita dal contribuente adeguata giustificazione in caso di selezione di un metodo diverso dal *CUP*, in presenza del potenziale utilizzo dello stesso metodo. Trattasi di importanti (anche se sintetici) chiarimenti i quali:

— superano la (rigorosa) posizione dell'Amministrazione finanziaria in tema di selezione del *transfer pricing method* per le transazioni controllate, così come espresse in passato (3);

— allineano la disciplina italiana all'impostazione adottata in ambito internazionale dall'OCSE in occasione della revisione delle *Transfer Pricing Guidelines* del 22 luglio 2010.

Altrettanto rimarchevole è il chiarimento dell'Agenzia circa i rapporti tra l'eventuale sindacato in sede di verifica fiscale sulla scelta del metodo e/o sulle motivazioni offerte dal contribuente e il sistema premiale previsto dall'art. 26 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (4). L'Agenzia precisa, infatti, che il sindacato (eventuale) sindacato «in nessun caso costituisce presupposto autonomamente idoneo all'esclusione (del contribuente - *N.d.R.*) dal regime premiale stabilito dalla norma». Tale esclusione potrà dipendere solo dal sindacato di «inidoneità» della *transfer pricing documentation* predisposta dal contribuente, il quale dovrà fondarsi su di un giudizio sulla completezza e conformità dei relativi contenuti alle disposizioni previste nel provvedimento 29 settembre 2010.

La selezione del «transfer pricing method» nella precedente prassi

Come sopra accennato, i chiarimenti dell'Agenzia delle entrate contenuti nella circolare in commento sembrano superare la posizione interpretativa, invero rigorosa, contenuta nella prassi precedente di riferimento in materia.

LA PRASSI AMMINISTRATIVA

Eventuale sindacato sulla scelta del «transfer pricing method»

L'Agenzia delle entrate, con la circolare n. 58/E del 2010, ha precisato che l'eventuale sindacato in sede di verifica fiscale sulla scelta del «transfer pricing method» e/o sulle motivazioni offerte dal contribuente in nessun caso costituisce presupposto autonomamente idoneo all'esclusione dal regime premiale stabilito dalla norma. Tale esclusione potrà dipendere solo dal sindacato di «inidoneità» della «transfer pricing documentation» predisposta dal contribuente, il quale dovrà fondarsi su di un giudizio sulla completezza e conformità dei relativi contenuti alle disposizioni previste nel provvedimento dell'Agenzia delle entrate 29 settembre 2010.

La C.M. n. 32/1980

Secondo quanto chiarito nella C.M. 22 settembre 1980, n. 32 (5), per la determinazione del valore normale dei beni o servizi scambiati si può fare riferimento a due diverse categorie di metodi:

— metodi base:

- metodo del confronto del prezzo (6);
- metodo del prezzo di rivendita (7);

Note:

(3) Cfr., in particolare, la C.M. 12 dicembre 1981, n. 42, di cui si dirà *infra*.

(4) Convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Cfr. P. Valente, «La documentazione in materia di transfer pricing», in *il fisco* n. 34/2010, pag. 5481; Id., «Transfer pricing - I nuovi oneri di documentazione in Italia», *ivi* n. 39/2010, pag. 6330.

(5) In *Banca Dati BIG*, IPSOA. Cfr., *amplius*, P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2009, pagg. 236 ss.; Id., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2008.

(6) In base al metodo del confronto del prezzo, la congruità della transazione viene accertata confrontando il prezzo in verifica con quello che verrebbe praticato per transazioni comparabili tra imprese indipendenti (confronto esterno), ovvero tra una delle imprese che effettuano la transazione e un'impresa indipendente (confronto interno).

Lo stesso art. 9 del T.U.I.R. accorda la preferenza al confronto interno («listini o tariffe del soggetto che ha fornito i beni o servizi»), mentre il confronto esterno ha carattere sussidiario («e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio»). La circolare in commento precisa che il confronto interno è preferibile dal momento che rende probabile il riscontro con transazioni simili, mentre, ove il mercato di riferimento sia estero, il confronto esterno solleva alcune criticità nella ricerca di tali obiettivi. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pagg. 413 ss.

(7) Nell'ipotesi in cui, per le caratteristiche delle transazioni in esame, non sia possibile applicare tale metodo si potrà fare ricorso al metodo del prezzo di rivendita.

Il valore normale equivale al prezzo al quale la merce, che è stata acquistata da un'impresa del gruppo, viene rivenduta ad un operatore indipendente, diminuita di un margine di utile lordo.

L'adozione di tale metodo potrà rivelarsi utile nei casi in cui l'acquirente/rivenditore provvede alla sola commercializzazione dei beni acquisiti e quindi si tratti di operazioni di distribuzione. Il suo utilizzo sarà, invece, da ritenersi poco opportuno se i beni, prima di essere rivenduti, subiscono un'ulteriore fase di lavorazione o sono incorporati in un prodotto più complesso.

(segue)

- metodo del costo maggiorato (8);
— metodi alternativi:
- comparazione dei profitti;
- ripartizione dei profitti;
- margini lordi del settore economico;
- redditività del capitale investito.

Secondo la C.M. n. 32/1980 l'utilizzo dei metodi alternativi è sussidiario rispetto ai metodi base: essi vengono utilizzati per eliminare le incertezze sorte dall'applicazione dei metodi base o nel caso in cui questi non siano applicabili.

Se nessuno dei tre metodi base può essere applicato, per la mancanza di situazioni comparabili o per l'impossibilità di creare un confronto tra la cessione controllata ed un'altra conclusa tra soggetti indipendenti, la C.M. n. 32/1980 prevede l'applicazione dei seguenti metodi alternativi.

Il metodo della ripartizione dei profitti globali

Consiste nella ripartizione dell'utile derivante dalle transazioni tra due imprese collegate in maniera proporzionale ai costi sopportati dalle stesse. Per una corretta applicazione, è necessario che tra i due Stati siano in vigore convenzioni internazionali che consentano il coordinamento con le attività delle Amministrazioni fiscali dello Stato estero, per un'equa ripartizione dei profitti globali tra le due entità interessate.

Il metodo della comparazione dei profitti

Secondo tale criterio, i profitti globali dell'impresa, calcolati come percentuali dell'utile in relazione alle vendite o ai costi d'esercizio (saggi di profitto lordi), vengono comparati con quelli conseguiti da un'altra entità operante nello stesso settore economico.

Si deve precisare che occorre comparare:

- (esclusivamente) gli utili realizzati attraverso la vendita di beni, senza l'estensione ai profitti globali dell'impresa;
- le imprese del settore specifico in cui opera l'impresa verificata;
- (anche) i profitti realizzati da imprese situate in altri Paesi;
- più esercizi fiscali per apprezzare l'incidenza di fluttuazioni cicliche;
- imprese con caratteristiche dimensionali e di struttura analoghe a quelle dell'impresa in verifica;
- le funzioni svolte dall'impresa verificata con analoghe funzioni svolte dalle imprese simili.

I margini lordi del settore economico

Il margine lordo dell'impresa viene confrontato con quello del settore economico di appartenenza. In tutte le situazioni di applicazione dei metodi alternativi si determinerà un utile normale piuttosto che il giusto prezzo di trasferimento.

Note:

(segue nota 7)

Il margine di utile da sottrarre deve essere calcolato, percentualmente, in relazione al prezzo di rivendita e può essere definito o tramite confronto interno, facendo riferimento a transazioni comparabili con lo stesso rivenditore, oppure tramite confronto esterno, facendo riferimento a transazioni comparabili tra operatori indipendenti.

Nella ricerca della transazione similare (rilevante per determinare il margine di utile) dovrà tenersi conto dei seguenti fattori:

- tipo di prodotto oggetto della vendita;
- funzioni esercitate dal rivenditore in relazione al bene oggetto di rivendita;
- effetto di funzioni particolari sul prezzo di rivendita (quale la incorporazione di diritti immateriali);
- mercato geografico in cui le funzioni sono svolte anche in relazione alle politiche commerciali dell'impresa.

In alcune fattispecie, l'acquirente/rivenditore assumerà funzioni economiche poco significative limitandosi, ad esempio, a ricevere od emettere fatture per consegne effettuate direttamente dalla casa madre estera al terzo. In tali casi il margine di utile sarà molto ridotto a meno che non sia provato dal rivenditore l'onere di spese relative, ad esempio, ad indagini di mercato tali da accrescere il valore aggiunto del prodotto.

(8) Il metodo del costo maggiorato può essere utilizzato quando l'impresa controllata non si limiti alla commercializzazione, bensì trasformi il prodotto.

Il margine di utile lordo è calcolato moltiplicando il costo di produzione per una percentuale, e viene determinato:

- 1) comparando il margine di utile della transazione in verifica con quello ricavato dalla stessa impresa, in vendite a terzi di prodotti similari sullo stesso mercato, e con funzioni identiche a quelle delle cessioni oggetto di valutazione (confronto interno);
- 2) in assenza di vendite a terzi, il margine di utile sarà uguale a quello ricavato da terzi indipendenti impegnati in vendite similari con uguali funzioni;
- 3) in assenza di vendite similari tra terzi indipendenti, potrà farsi ricorso ad una comparazione delle funzioni esercitate dal produttore con quelle esercitate da terzi.

Come per il metodo del prezzo di rivendita, i fattori rilevanti per la determinazione della similarità della transazione sono:

- le funzioni esercitate dal produttore;
- gli effetti sul prezzo di funzioni particolari;
- il mercato geografico.

Il costo di produzione può subire aggiustamenti quando la transazione comparabile presenta funzioni aggiuntive.

La complessità e la natura delle valutazioni da effettuare secondo il metodo del costo maggiorato ne sconsigliano l'applicazione nei casi di transazioni avvenute tra una controllante estera e la società-figlia italiana: non sarebbe, infatti, possibile disporre di una conoscenza adeguata in merito ai sistemi di costo, alle funzioni svolte e ai margini di utilità praticati nello Stato estero.

Il metodo della redditività del capitale investito

Si basa sul tasso di rendita del capitale investito dell'impresa verificata. L'Amministrazione riconosce l'arbitrarietà della determinazione, in quanto i saggi di profitto reali variano a seconda dei rischi e dei fattori economici.

La C.M. n. 32/1980 conclude affermando che il metodo alternativo si applica:

— sussidiariamente, qualora a seguito dell'adozione di uno dei tre metodi base sorgano incertezze o occorra individuare l'elemento differenziale tra due transazioni ai fini dell'applicazione di uno dei tre metodi principali;

— alternativamente, se nessuno dei tre metodi base risulta applicabile.

La C.M. n. 42/1981

Il medesimo criterio gerarchico è stato affermato nella C.M. 12 dicembre 1981, n. 42 (par. III) (9), la quale sottolinea, in particolare, che l'applicazione del prezzo di libera concorrenza comporta l'adozione in via preferenziale del metodo del confronto del prezzo, ma «nella eventualità di una scelta alternativa tra gli altri due metodi base (rivendita e costo maggiorato) né l'amministrazione né il contribuente devono ritenersi vincolati alla osservanza di un rigido iter cronologico obbligatorio in quanto l'idoneità e l'adeguatezza di un metodo piuttosto che di un altro non possono essere valutati che in relazione al singolo caso».

Lo stesso Rapporto OCSE, del resto, suggerisce l'applicazione del metodo che garantisca le «prove più complete, decisive e più facili da ottenersi» (10). Infine, la circolare da ultimo indicata sottolinea che possono utilizzarsi anche altri metodi alternativi, purché siano rispettati i principi posti a base del prezzo di libera concorrenza e che, nella maggior parte dei casi, l'utilizzazione di tali metodi accerterà l'«utile normale» piuttosto che la congruità del prezzo di trasferimento.

È probabile che, per uno o più prodotti fabbricati e venduti da imprese diverse, queste ultime concludano accordi per la ripartizione degli utili globali sulla base di percentuali fisse attribuibili ai due diversi stadi di produzione e di commercializzazione dei prodotti (11).

La revisione delle «Transfer Pricing Guidelines»

Il 22 luglio 2010 l'OCSE ha emanato la nuova

versione delle *Transfer Pricing Guidelines* ed, in particolare, dei capitoli I («*The Arm's Length Principle*»), II («*Transfer Pricing Methods*»), III («*Comparability Analysis*») (12).

I principali cambiamenti intervenuti nei capitoli I-III delle *Guidelines* possono essere riassunti - per quanto qui di interesse - come segue:

— gerarchia nell'applicazione dei metodi previsti per la determinazione del *transfer pricing*: nel capitolo II, ai paragrafi da 2.1. a 2.49 delle *Guidelines* del 1995, vengono descritti i ccdd. metodi tradizionali per la determinazione del prezzo di trasferimento basati sulla transazione (*Traditional Transaction Methods*). In particolare, dopo una brevissima introduzione, il documento fornisce un'analisi dettagliata dei citati metodi, partendo dal collegamento con l'art. 9 del modello di Convenzione OCSE (da par. 2.2 a par. 2.5) e proseguendo con la rassegna dei diversi metodi consigliati. Il successivo capitolo III, ai paragrafi da 3.1 a 3.57, analizza i metodi reddituali (*Transactional Profit Methods*), il metodo di ripartizione degli utili (*Transactional Profit Split Method*) e il metodo basato sul margine netto della transazione (*Transactional Net*

Note:

(9) In *Banca Dati BIG*, IPSOA. Cfr., *amplius*, P.Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, cit., pag. 246 ss.

(10) Così, ad esempio, nelle ipotesi di prodotti sperimentali ceduti a consociate estere per la loro commercializzazione al fine di valutare le reazioni del mercato al nuovo prodotto, il metodo della rivendita potrà ritenersi più adeguato rispetto a quello del costo maggiorato, mentre in altri casi la fattispecie concreta potrà suggerire l'adozione del metodo del costo maggiorato.

In tali fattispecie, il prezzo di immissione sul mercato prescinde, infatti, dal costo di produzione che risulta più elevato rispetto a quello di vendita, sia per le limitate quantità prodotte sia in quanto i relativi impianti per la produzione su larga scala non sono ancora, in tale fase, realizzati. Il prezzo di cessione è così determinato in base al valore al quale il prodotto potrà essere venduto nell'ipotesi di una sua definitiva immissione sul mercato. Il metodo della rivendita sembrerebbe pertanto il più idoneo a determinare il prezzo di trasferimento.

(11) Così, ad esempio, un giudizio di congruità potrebbe essere espresso nell'ipotesi in cui ad un'impresa che cura tutto il processo produttivo di un determinato prodotto venisse assegnata una percentuale pari ai due terzi dell'utile globale, mentre la restante terza parte resta di pertinenza dell'impresa che provvede alla commercializzazione.

(12) Per maggiori informazioni si rimanda al sito dell'OCSE: http://www.oecd.org/document/4/0,3343,en_2649_33753_45690_500_1_1_1_1,00.html. Cfr. anche P.Valente, *Le novità del Transfer Pricing*, IPSOA, 2010, pagg. 101 ss.

Margin Method) (13). Avendo riguardo all'esperienza pratica, l'OCSE ha proposto l'abolizione del carattere di eccezionalità rivestito dall'applicazione dei metodi reddituali in favore del nuovo *standard* basato sulla selezione e applicazione del «*most appropriate method to the circumstances of the case*»; — linee guida relative all'applicazione dei metodi tradizionali: in relazione al nuovo *standard* di applicazione dei metodi, le nuove *Guidelines* forniscono informazioni di dettaglio sull'applicazione del *Transactional Profit Split Method* (14) e del *Transactional Net Margin Method (TNMM)*, nel capitolo II nella nuova parte III.

I metodi

Secondo l'OCSE, la determinazione del prezzo di libera concorrenza per le transazioni aventi ad oggetto beni materiali può essere conseguita mediante l'applicazione di uno dei seguenti metodi:

— metodo del prezzo comparabile di libero mercato (*CUP*): si basa sul confronto del prezzo applicato ai beni materiali oggetto di transazione tra imprese associate con il prezzo applicato ai beni materiali trasferiti nel corso di una transazione comparabile sul libero mercato e realizzata in circostanze simili;

— metodo del prezzo di rivendita (*Resale Minus*): fa riferimento al prezzo a cui un prodotto - che è stato acquistato da un'impresa associata - è rivenduto ad un'impresa indipendente. Tale prezzo, detto anche «prezzo di rivendita», è successivamente ridotto di un adeguato margine lordo («margine lordo del prezzo di rivendita») che consente al rivenditore di coprire i costi di vendita ed altre spese di gestione e di ricavare un profitto adeguato. L'importo che si ottiene sottraendo il predetto margine lordo può essere considerato come il prezzo di libera concorrenza per il trasferimento originario del bene tra imprese associate. Detto metodo risulta particolarmente utile nel caso di imprese che si occupano prevalentemente di distribuzione;

VALUTAZIONI DI CONVENIENZA

Metodo di determinazione del prezzo di beni materiali

Con riferimento al metodo di determinazione del prezzo di libera concorrenza per le transazioni aventi ad oggetto beni materiali, nell'ottica dell'**analisi di comparabilità** richiesta per le **transazioni controllate**, nella pratica, possono verificarsi situazioni in cui l'applicazione dei **metodi reddituali** può risultare **più appropriata** rispetto a quella dei metodi **tradizionali**. L'**OCSE** chiarisce che i **metodi** basati sulla **transazione** sono sempre **da preferire** rispetto agli altri, tuttavia, nell'**impossibilità** di **utilizzarli**, lascia, comunque, la possibilità di far ricorso a quelli basati sull'**utile**.

— metodo del costo maggiorato (*Cost Plus*): considera i costi (diretti e indiretti) sopportati dal fornitore dei beni materiali nel corso di una transazione controllata tra imprese associate. Al costo di produzione è successivamente aggiunto un margine di ricarico appropriato (*Cost Plus Mark Up*) calcolato in relazione alle funzioni svolte e alle condizioni di mercato, in modo tale da determinare il prezzo di libera concorrenza. Secondo l'OCSE, tale metodo risulta più attendibile nelle transazioni aventi ad oggetto la fornitura a lungo termine di prodotti semilavorati nei con-

fronti società appartenenti al medesimo gruppo.

Qualora l'applicazione dei metodi tradizionali basati sulla transazione non fornisca risultati attendibili l'OCSE prevede l'adozione di metodi alternativi basati sull'utile derivante dalle transazioni poste in essere tra imprese associate.

In particolare, i metodi reddituali (*Transactional Profit Methods*) sono considerati nelle *Guidelines* OCSE del 1995 come *last resort methods* (15); la loro applicazione è limitata a situazioni di carattere eccezionale ove non è possibile rilevare informazioni sufficienti in merito alle transazioni indipendenti, ovvero quando tali informazioni sono considerate inattendibili o ancora quando la natura delle circostanze di *business* non consente l'applicazione dei metodi tradizionali: «in such cases of last resort, practical considerations may suggest application of a transactional profit method either

Note:

(13) Le *Guidelines* del 1995 rilevano che «in those exceptional cases in which the complexities of real life business put practical difficulties in the way of the application of the traditional transaction methods and provided all the safeguards set out in this Chapter are observed, application of the transactional profit methods (profit split and transactional net margin method) may provide an approximation of transfer pricing in a manner consistent with the arm's length principle». OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 1995, par. 3.2.

(14) Nuova denominazione del *Profit Split Method*.

(15) OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, cit., par. 3.50.

in conjunction with traditional transaction methods or on its own» (16).

Con riferimento allo *status of last resorts methods* dei *Transactional Profit Methods*, il *Working Party* (17) dell'OCSE ha chiarito quanto segue:

— la selezione di un metodo è volta alla corretta determinazione di una metodologia appropriata per la determinazione del *transfer pricing* per ogni caso di specie;

— la selezione deve essere effettuata tenendo in considerazione le caratteristiche di ogni metodo previsto dall'OCSE, l'adeguatezza del metodo rispetto all'analisi di comparabilità (e all'analisi funzionale) delle transazioni controllate, la disponibilità delle informazioni relative a transazioni comparabili indipendenti al fine di applicare il metodo selezionato, il grado di comparabilità esistente tra le transazioni controllate e le transazioni indipendenti e l'affidabilità degli aggiustamenti da (eventualmente) applicare al fine di eliminare le differenze esistenti tra le transazioni in verifica (18).

Con riferimento all'adeguatezza del metodo selezionato, nell'ottica dell'analisi di comparabilità richiesta per le transazioni controllate, occorre rilevare che, nella pratica, possono verificarsi situazioni in cui l'applicazione dei metodi reddituali può risultare più appropriata rispetto a quella dei metodi tradizionali. Tali situazioni possono includere, ad esempio:

— casi in cui, a seguito dell'analisi di comparabilità e della valutazione delle transazioni indipendenti, un'analisi a livello di *net profit margin* può essere considerata più affidabile di un'analisi a livello *gross margin*;

— casi in cui la presenza di *non-benchmarkable intangibles* (19) utilizzati dalle società coinvolte nelle transazioni comporta l'applicazione di un *Transactional Profit Split*.

In sostanza, mentre i metodi tradizionali si basano sull'identificazione del prezzo congruo, i criteri alternativi presuppongono la ripartizione dell'utile dell'operazione.

L'OCSE chiarisce, in ogni caso, che i metodi basati sulla transazione sono sempre da preferire rispetto agli altri, tuttavia, nell'impossibilità di utilizzarli, lascia, comunque, la possibilità di far ricorso a quelli basati sull'utile.

Posto che i metodi alternativi devono essere presi in considerazione solo in casi eccezionali, si osserva che l'OCSE considera compatibili con il principio di libera concorrenza solo i seguenti criteri:

— il metodo della ripartizione dell'utile (*Transactional Profit Split Method* o *TPSM*);

— il metodo del margine netto delle transazioni (*Transactional Net Margin Method* o *TNMM*).

Tale era l'impostazione delle *Guidelines* del 1995; come anticipato, il nuovo *standard* delle *Guidelines* emanate il 22 luglio 2010 è volto alla selezione del metodo più idoneo considerando il caso di specie e le transazioni oggetto di analisi.

In merito all'applicazione dei metodi, l'OCSE rileva che nella pratica possono verificarsi situazioni in cui i metodi reddituali possono rivelarsi più appropriati dei metodi basati sulla transazione: ad esempio, ciò può verificarsi quando i soggetti coinvolti nelle transazioni effettuano *valuable and unique contributions*, quando le parti sono coinvolte nelle cd. *highly integrated transactions* o, ancora, quando non sono disponibili informazioni sui margini lordi di soggetti terzi comparabili.

I metodi reddituali non possono comunque essere applicati solamente perché non sono disponibili o non possono essere ottenute tutte le informazioni sulle transazioni indipendenti. Si ricorda che i metodi basati sull'utile della transazione possono essere selezionati e applicati in quanto compatibili con l'art. 9 del modello di Convenzione OCSE.

La selezione del *most appropriate method for each particular case* non comporta l'onere per il contribuente di analizzare in dettaglio ogni metodologia prevista dalle *Guidelines*. In tal senso l'OCSE ha chiarito che la selezione del metodo ritenuto più appropriato alle circostanze del caso deve essere documentato nel processo di selezione dei *comparables*.

Le nuove *Guidelines* riconoscono inoltre la possibilità per il contribuente di applicare metodi non espressamente previsti dall'OCSE (*i.e.*, «*other methods*») che consentano di verificare il carattere *at arm's length* delle transazioni. Con riferimento a

Note:

(16) OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, cit., par. 3.50. Cfr. P. Valente, *Le novità del Transfer Pricing*, cit., pag. 110.

(17) Gruppo di lavoro sulla fiscalità internazionale.

(18) OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25.1.2008, par. 5.

(19) Ad oggi non esiste alcuna definizione nelle *Guidelines* OCSE del termine «*non-benchmarkable*». Il *Working Party* ha proposto l'inserimento nel Glossario della seguente definizione: «*benchmarkable functions, assets and risks are functions, assets and risks for which reasonably reliable comparables exist*». OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008, nota n. 3.

tali metodi è specificato che «such other methods should however not be used in substitution for OECD-recognised methods where the latter are more appropriate to the facts and circumstances of the case. In cases where other methods are used, their selection should be supported by an explanation of why OECD-recognised methods were regarded as less appropriate or non-workable in the circumstances of the case and of the reason why the selected other method was regarded as providing a better solution. A taxpayer should maintain and be prepared to provide documentation regarding how its transfer prices were established» (20). Per i criteri di selezione dei metodi per la determinazione del prezzo di trasferimento nelle nuove *Guidelines*, si veda la Tabella n. 1.

Considerazioni conclusive

I chiarimenti contenuti nella circolare in commento (e, in particolare, quelli posti al par. 5), allineati alla posizione interpretativa da ultimo assunta dall'OCSE in sede di revisione delle *Guidelines* del 22 luglio 2010, sembrano superare i rigorosi orientamenti della precedente prassi, rappresentata dalle CC.MM. n. 32/1980 e n. 42/1981, nonché dal provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 29 settembre 2010 (21).

In particolare, l'interpretazione secondo la quale i metodi alternativi possono trovare applicazione:

— sussidiariamente, qualora a seguito dell'adozione di uno dei tre metodi base sorgano incertezze o occorra individuare l'elemento differenziale tra due transazioni ai fini dell'applicazione di uno dei tre metodi principali;

— alternativamente, se nessuno dei tre metodi base risulta applicabile;

risulta superata, con la conseguenza che il contribuente potrà scegliere di applicare un metodo reddituale in luogo di un metodo tradizionale nell'ipotesi in cui, in via potenziale, uno dei metodi transazionali reddituali risulti applicabile alle transazioni descritte nella *transfer pricing documentation* in maniera ugualmente affidabile rispetto all'applicazione di uno dei metodi tradizionali, salvo fornire idonea, esaustiva e convincente giustificazione in sede documentale e - si ritiene - di verifica.

Note:

(20) Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, par. 2.9. Cfr. P.Valente, *Le novità del Transfer Pricing*, cit., pagg. 116 ss.

(21) Il quale dispone che «(n)el 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».

Tabella n. 1 - Metodi per la determinazione del prezzo di trasferimento nelle nuove Guidelines - Criteri di selezione

Selezione del metodo	
Confronto del Prezzo (CUP)	Nel caso in cui sia possibile identificare comparable uncontrolled transactions, il CUP è considerato come "the most direct and reliable method way to apply the arm's length principle". In tali casi, il CUP è preferibile a tutti gli altri metodi.
Prezzo di Rivendita (Resale Minus)	L'applicazione di tale metodo è consigliata in presenza di marketing operations.
Costo Maggiorato (Cost Plus)	L'applicazione di tale metodo è consigliata: - in presenza di cessione di semilavorati tra società appartenenti al gruppo; - quando le società del gruppo hanno stipulato joint facility agreement o long-term by-and-supply arrangements; - quando le transazioni sono relative alla prestazione di servizi.
Margine Netto della Transazione (TNMM)	L'applicazione di tale metodo (che opera in maniera simile al Cost Plus e al Resale Price) è sconsigliata quando un soggetto della transazione apporta valuable, unique contributions.
Transactional Profit Split Method	L'applicazione del metodo è consigliata in presenza di highly integrated operations.
Altri metodi	Tali metodi non devono essere utilizzati in sostituzione dei precedenti. In caso di loro utilizzo deve fornirsi evidenza delle ragioni a supporto dell'esclusione dei metodi riconosciuti dall'OCSE.