



Il metodo *Transactional profit split* nella disciplina OCSE del *transfer pricing*

di Piergiorgio Valente

Il *Transactional profit split method* (Tpsm) può essere utilizzato quale metodo che consente di approssimare le condizioni *at arm's length*. La ratio del Tpsm risiede, *in primis*, nella circostanza per la quale possono sussistere differenze tra le transazioni controllate e le transazioni indipendenti, dovute all'esistenza di un'integrazione verticale tra le società appartenenti a un gruppo multinazionale. Infatti, nella pratica, la rilevazione di margini elevati tra società appartenenti a un gruppo multinazionale è riconducibile alla riduzione dei costi connessi alle transazioni, all'integrazione tra i diversi processi (*management, planning, administration*), alla centralizzazione del *risk management* conseguente all'integrazione verticale tra le varie entità che compongono il gruppo (*i.e. upstream entities e downstream entities*).

1. Premessa

Nelle *Transfer Pricing Guidelines* del 1995¹, l'OCSE accordava una netta preferenza all'applicazione dei metodi tradizionali (*Cup, Resale minus e Cost plus*) rispetto ad altri metodi per la determinazione del *transfer pricing*. In particolare, i **metodi reddituali** (*Transactional profit methods*) erano considerati dall'OCSE come "*last resort me-*

thods"²; la loro applicazione limitata a situazioni di carattere eccezionale ove non era possibile rilevare **informazioni sufficienti** in merito alle **transazioni indipendenti**, ovvero quando tali informazioni erano considerate **inattendibili** o ancora quando la natura delle circostanze di *business* non consentiva l'applicazione dei metodi tradizionali³.

Con riferimento allo *status* di "*last resort methods*" del Tpsm, il *Working Party* dell'OCSE aveva 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 accettato 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 verifica⁴.

² OCSE, *op. cit.*, paragrafo 3.50.

³ "In such cases of last resort, practical considerations may suggest application of a transactional profit method either in conjunction with traditional transaction methods or on its own" (OCSE, *op. cit.*, paragrafo 3.50).

⁴ OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008, paragrafo 5.

¹ OCSE, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, Parigi, 1995. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Le novità del transfer pricing*, Milano, 2010; *Id.*, *Manuale del transfer pricing*, Milano, 2009.

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 tradizionali⁵. Tali situazioni possono includere, ad esempio:

- casi in cui, a seguito dello studio 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 di *gross margin*;
- casi in cui la presenza di "**non-benchmarkable intangibles**"⁶ utilizzati dalle società coinvolte nelle transazioni comporta l'applicazione di un Tpsm.

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.

Scopo del presente lavoro è analizzare il **Transactional profit split method** (Tpsm) con particolare riferimento ai profili seguenti.

- caratteristiche generali del metodo;
- **modalità applicative** del metodo (*contribution analysis* vs. *residual analysis*) e relativa *reliability*;

⁵ "Traditional transaction methods are regarded as the most direct means of establishing whether conditions in the commercial and financial relations between associated enterprises are arm's length. This is because any difference in the price of a controlled transaction from the price in a comparable uncontrolled transaction can normally be traced directly to the commercial and financial relations made or imposed between the enterprises, and the arm's length conditions can be established by directly substituting the price in the comparable uncontrolled transaction for the price of the controlled transaction. As a result, where, taking account of the criteria described at paragraph 2.2, a traditional transaction method and a transactional profit method can be applied in an equally reliable manner, the traditional transaction method is preferable to the transactional profit method. Moreover, where, taking account of the criteria described at paragraph 2.2, the comparable uncontrolled price method (CUP) and another transfer pricing method can be applied in an equally reliable manner, the CUP method is to be preferred". Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.3.

⁶ 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.

- **allocation keys** per la ripartizione dei profitti tra le società coinvolte in transazioni *inter-company* di beni.

2. Rationale dei Transactional Profit Methods

Rispetto ai metodi tradizionali "that are used to apply the arm's length principle"⁷, i metodi reddituali possono essere utilizzati secondo l'OCSE "to approximate arm's length conditions where such methods are the most appropriate to the circumstances of the case"⁸.

Gli unici metodi reddituali che soddisfano l'*arm's length principle*, così come delineato nelle *Transfer pricing guidelines* dell'OCSE, sono il **Transactional profit split method** (Tpsm) e il **Transactional net margin method** (Tnmm)⁹.

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/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 OCSE¹⁰.

3. Il Transactional profit split method

Le nuove *Guidelines* OCSE definiscono il Tpsm come segue:

⁷ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.12.

⁸ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.56.

⁹ Nuova denominazione del *Profit Split Method*. Si veda P. Valente, *Il Transactional net margin method nella disciplina transfer pricing OCSE e nella circ. n. 58/E del 2010*, in "il fisco" n. 12/2011, fascicolo n. 1, pag. 1883.

¹⁰ Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2008, pagg. 413 e seguenti.

“The transactional profit split method seeks to eliminate the effect on profits of special conditions made or imposed in a controlled transaction (or in controlled transactions that are appropriate to aggregate (...)) by determining the division of profits that independent enterprises would have expected to realize from engaging in the transaction or transactions. The transactional profit split method first identifies the profits to be split for the associated enterprises from the controlled transactions in which the associated enterprises are engaged (the “combined profits”). References to “profits” should be taken as applying equally to losses. (...) It then splits those combined profits between the associated enterprises on an economically valid basis that approximates the division of profits that would have been anticipated and reflected in an agreement made at arm’s length.(...)”^{11 12}.

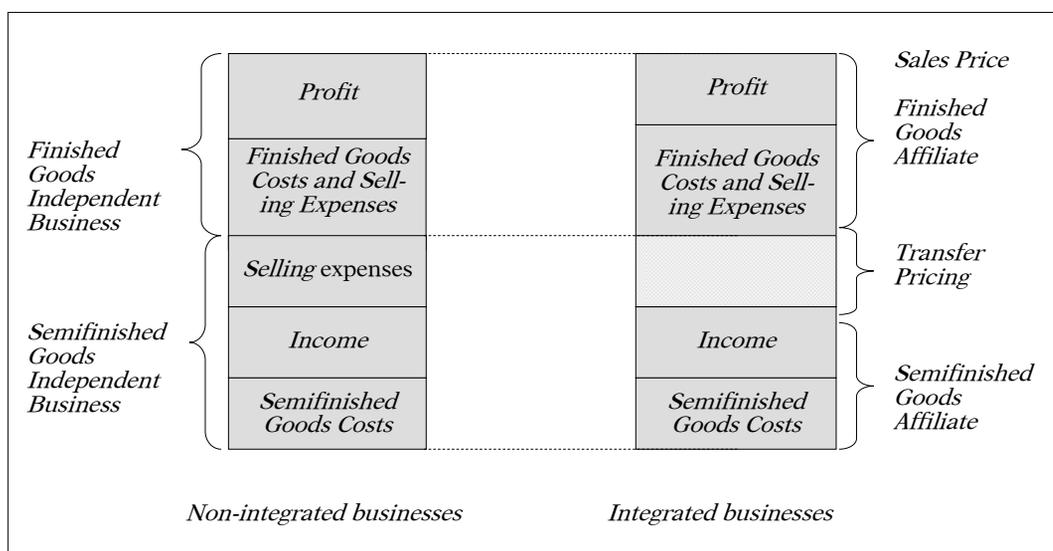
La *ratio* del Tpsm risiede, *in primis*, nella circostanza per la quale possono sussistere differenze tra le transazioni controllate e le transazioni indipendenti, dovute all’esistenza di un’**integrazione verticale** tra le società appartenenti ad un gruppo multinazionale. Infatti, nella pratica, la rilevazione di margini elevati tra società appartenenti ad un gruppo multinazionale è riconducibile alla riduzione dei costi connessi alle transazioni, all’integrazione tra i diversi processi (*management, planning, administration*), alla

centralizzazione del *risk management* conseguente all’integrazione verticale tra le varie entità che compongono il gruppo (*i.e. upstream entities e downstream entities*).

Inoltre, occorre rilevare che la sussistenza di un’integrazione verticale tra le società che compongono il gruppo implica una forte **dipendenza** del **best internal transfer pricing** ai **costi marginali** dell’*upstream company*.

La tavola 1 evidenzia le differenti strutture di costi e profitti in gruppi integrati e non.

Tavola 1 - Integrazione del business¹³



¹¹ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.108.

¹² La *ratio* dell’applicazione del *Profit Split Method* riportata nelle *Guidelines* OCSE è simile a quella identificata dalle *Treas. Regs. 1.482-6 (a)* dell’*Internal revenue code* (Irc) americano secondo il quale “(t)he profit split method evaluates whether the allocation of the combined operating profit or

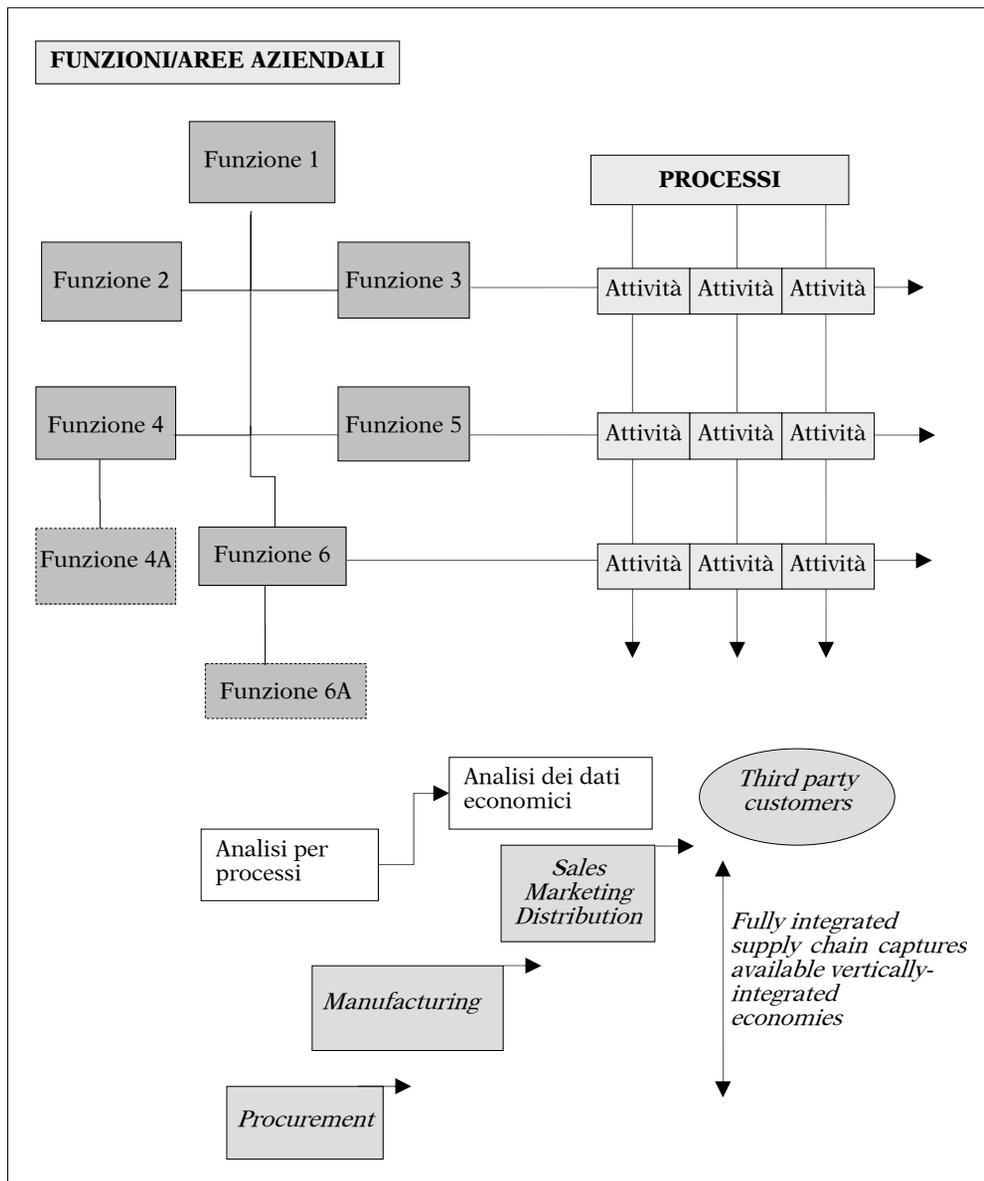
loss attributable to one or more controlled transactions is arm’s length by reference to the relative value of each controlled taxpayer’s contribution to that combined operating profit or loss (...)”.

¹³ Rappresentazione grafica tratta da N.H. Higinbotham, *The Profit Split Method: Effective Application for Precision and Administrability*, in *Tax Management Transfer Pricing Report*, 2 ottobre 1996.

L'analisi della struttura e del livello di integrazione verticale del *business* riveste importanza anche per ciò che concerne l'identificazione dei costi, dei ricavi e del capitale impiegato.

La tavola 2 rappresenta la distribuzione dei principali **processi operativi** in un ambiente integrato e la relazione tra le variabili economiche e i processi della *value chain*.

Tavola 2 - Value chain, *integrazione del business e analisi dei dati economici*¹⁴



L'applicazione del metodo risulta consigliata in presenzadi quelle che possono essere definite come **highly integrated operations** o transazioni in cui tutte le parti coinvolte apportano *unique and valuable contributions*.

Per converso, l'OCSE osserva che tale metodo non può essere utilizzato qualora i soggetti coinvolti nelle transazioni svolgano *routine functions* o non possiedano beni intangibili unici: in tali ipotesi si rende consigliabile l'applicazione di un **metodo tradizionale** (Cup, prezzo di rivendita, costo maggiorato).

¹⁴ Rielaborazione grafica basata su N.H. Higinbotham, *op. cit.*

4. *Transactional profit split method e arm's length principle*

L'applicazione concreta del metodo dipende dalle circostanze del caso di specie, ma la stessa deve approssimare la suddivisione di utili (o perdite) che sarebbe stata concordata tra soggetti indipendenti sul libero mercato. Come rilevato dall'OCSE, tale suddivisione deve fondarsi su una base economica che consenta di approssimare condizioni *at arm's length*.

A tale proposito si rileva che le **allocation keys** selezionate dovrebbero essere *compliant* con i seguenti requisiti:

- **comparabilità delle transazioni** oggetto di analisi e coerenza con le funzioni svolte e i rischi assunti dalle parti;
- **consistency** con le **condizioni** che sarebbero state accordate in transazioni comparabili tra soggetti indipendenti in circostanze simili;
- **consistency** con l'**approccio di ripartizione del profitto adottato** (e.g. *contribution analysis, residual analysis*, analisi *ex ante* e analisi *ex post*);
- **affidabilità dei risultati**¹⁵.

Inoltre,

- nel caso in cui il metodo sia utilizzato per la definizione dei prezzi di trasferimento è opportuno procedere alla definizione *ex ante* degli *agreements* e delle *allocation keys* da utilizzare ai fini della suddivisione degli utili;
- il soggetto (sia l'Amministrazione finanziaria che il contribuente) che utilizza il *Transactional profit split method* deve essere in grado di **supportare** la selezione di tale metodo come "*most appropriate method*" nonché i criteri utilizzati per la ripartizione dei profitti;

- la **determinazione degli utili** oggetto di ripartizione tra i soggetti coinvolti nelle transazioni e dei criteri utilizzati per tale ripartizione devono essere *consistent* nell'arco temporale considerato (anche in presenza di perdite). Cambiamenti nei criteri di ripartizione o negli accordi dovranno essere valutati in un'ottica *at arm's length*.

Una caratteristica dell'applicazione del metodo consiste nel fatto che non si fonda su transazioni indipendenti strettamente comparabili. Pertanto, nell'analisi della ripartizione dell'utile le informazioni relative a soggetti terzi sono valide per accertare il valore della partecipazione di ciascuna impresa associata alle transazioni e non per determinare direttamente la ripartizione degli utili.

Occorre inoltre considerare che – ai fini della comparabilità (nonché per l'applicazione di qualsiasi metodo per la determinazione del *transfer pricing*) – è possibile ipotizzare un modello economico caratterizzato dalla presenza di **società integrate** verticalmente i cui costi e ricavi possono essere definiti come **equal** ai costi e ai ricavi delle società *at arm's length* (i.e. delle società indipendenti).

5. Applicazione del *Transactional Profit Split Method: contribution analysis vs. residual analysis*

Da un punto di vista metodologico, le *Guidelines* OCSE individuano due diversi approcci per l'applicazione del Tpsm:

- **contribution analysis;**
- **residual analysis.**

L'OCSE rileva infatti che:

"There are a number of approaches for estimating the division of profits, based on either projected or actual profits, as may be appropriate, to which independent enterprises would have agreed (...). These approaches – contribution analysis and residual analysis – are not necessarily exhaustive or mutually exclusive"¹⁶.

Contribution analysis

Con riferimento a quanto previsto dall'OCSE, una *contribution analysis* è uno studio di tipo **quantitativo** il cui obiettivo è di pervenire ad una determinazione, in termini economici, del-

le *contributions* di ogni società coinvolta nelle transazioni infragruppo al fine di identificare un'*arm's length allocation* del **combined profit**.

¹⁵ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.116.

¹⁶ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.118.

“Under a contribution analysis, the combined profits, which are the total profits from the controlled transactions under examination, would be divided between the associated enterprises based upon a reasonable approximation of the division of profits that independent enterprises would have expected to realize from engaging in comparable transactions. This division can be supported by comparables data where available. In the absence thereof, it is often based on the relative value of the functions performed by each of the associated enterprises participating in the controlled transactions, taking account of their assets used and risks assumed. In cases where the relative value of the contributions can be measured directly, it may not be necessary to estimate the actual market value of each participant's contributions”¹⁷.

L'OCSE sottolinea che nella pratica può rivelarsi molto complesso valutare il **“valore” delle contribuzioni** apportate da ogni entità partecipante alla transazione e, in ogni caso, l'approccio adottato dipende dalle circostanze del caso di specie. Particolari criticità si ritrovano nel caso in cui le transazioni coinvolgono soggetti che svolgono **unique contributions**¹⁸: l'analisi funzionale de-

ve essere svolta avendo riguardo alla selezione di possibili comparabili interni.

L'analisi dei rischi va inoltre adeguatamente supportata da un esame dei contratti in essere per la verifica del rispetto dell'*arm's length principle* nell'allocazione degli stessi (rischi) tra le società del gruppo. Al riguardo, valgono le considerazioni espresse nelle *Guidelines*, al paragrafo 1.49:

“An additional factor to consider in examining the economic substance of a purported risk allocation is the consequence of such an allocation in arm's length transactions. In arm's length transactions it generally makes sense for parties to be allocated a greater share of those risks over which they have relatively more control. For example, suppose that Company A contracts to produce and ship goods to Company B, and the level of production and shipment of goods are to be at the discretion of Company B. In such a case, Company A would be unlikely to agree to take on substantial inventory risk, since it exercises no control over the inventory level while Company B does. Of course, there are many risks, such as general business cycle risks, over which typically neither party has significant control and which at arm's length, could therefore be allocated to one or the other party to a transaction. Analysis is required to determine to what extent each party bears such risks in practice”.

Nell'ambito dell'analisi dei rischi sostenuti dalle parti, occorre verificare che la condotta delle so-

cietà controllate sia conforme a quanto previsto nelle clausole contrattuali:

“In arm's length transactions, the contractual terms of a transaction generally define explicitly or implicitly how the responsibilities, risks and benefits are to be divided between the parties. As such, an analysis of contractual terms should be a part of the functional analysis discussed above. The terms of a transaction may also be found in correspondence/communications between the parties other than a written contract. Where no written terms exist, the contractual relationships of the parties must be deduced from their conduct and the economic principles that generally govern relationships between independent enterprises”¹⁹.

“In transactions between independent enterprises, the divergence of interests between the parties ensures that they will ordinarily seek to hold each other to the terms of the contract, and that contractual terms will be ignored or modified after the fact generally only if it is in the interests of both parties. The same divergence of interests may not exist in the case of associated enterprises, and it is therefore important to examine whether the conduct of the parties conforms to the terms of the contract or whether the parties' conduct indicates that the contractual terms have not been followed or are a sham. In such cases, further analysis is required to determine the true terms of the transaction”²⁰.

¹⁷ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.119.

¹⁸ “The phrase «unique contributions» is used throughout this document to designate non-benchmarkable functions, as-

sets or risks for which no sufficiently reliable comparable data are available” (OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008).

¹⁹ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 1.52.

Nel caso in cui due o più soggetti delle transazioni controllate siano titolari, ad esempio, di **unique intangibles**, l'analisi di comparabilità potrebbe essere influenzata dall'impossibilità di reperire soggetti terzi comparabili. In assenza di informazioni relative a soggetti indipendenti, volte a supportare la ripartizione del *combined profit*, possono essere applicati diversi approcci:

- una ripartizione del *combined profit* basata su un indicatore che rifletta gli investimenti effettuati da una società controllata nella creazione e nello sviluppo di un *intangible* utilizzato nel corso della transazione (i.e. *capital employed* o costi sostenuti dalle parti). Tale approccio è evidenziato chiaramente nelle *Guidelines*: “the determination might be made by comparing the nature and degree of each party's contribution of differing types (for example, provision of services, development expenses incurred, capital invested) and assigning a percentage based upon the relative comparison and external market data”²¹. Nella prassi si evidenzia che un approccio **capital employed** può essere applicato in determinate circostanze:
 - individuazione dell'intangibile e dei soggetti **owners** del bene immateriale;
 - esistenza di un'effettiva connessione tra il *capital employed* e le *contributions* delle società coinvolte nelle transazioni;
 - esistenza di uno stesso “livello” di **capital expenditures**. Nel caso in cui sia dato individuare due diversi *high-value intangibles*, un'analisi *capital-based* non risulterebbe agevole a causa della diversità della natura delle *capital expenditures* sostenute;
 - evidenza in bilancio dei costi sostenuti dalla **transaction party**;
 - una valutazione basata su tecniche non direttamente connesse al capitale investito o ai costi sostenuti;
 - un'analisi di tipo soggettivo volta ad evidenziare e a descrivere le *contributions* delle parti²².

Residual analysis

Questo approccio prevede un'applicazione in due distinti *steps*:

- 1) determinazione della **remunerazione** da ri-

²⁰ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 1.53.

²¹ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 1.49.

²² OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008, paragrafo 70.

conoscere ad ogni entità partecipante alla transazione mediante selezione di un metodo tradizionale (Cup, prezzo di rivendita, costo maggiorato) o del Tnmm²³;

- 2) gli utili (o le perdite) che **residuano** dalla prima fase sono ripartiti tra le parti delle transazioni in relazione all'analisi dei fatti e delle circostanze che possono indicare come detto residuo sarebbe stato ripartito tra **soggetti non controllati** in relazione alle circostanze del caso di specie.

Con riferimento al secondo *step*, le *Guidelines* OCSE riconoscono che un approccio alla *residual analysis* tenderebbe a riprodurre il risultato della contrattazione tra imprese indipendenti sul libero mercato: “In this context, in the first stage, the initial remuneration provided to each participant would correspond to the lowest price an independent seller reasonably would accept in the circumstances and the highest price that the buyer would be reasonably willing to pay (...)”²⁴. L'esistenza di qualsiasi differenziale tra i prezzi concordati tra terze parti produce l'utile residuo, oggetto della contrattazione tra imprese indipendenti: “the residual analysis therefore could divide this pool of profit based on an analysis of any factors relevant to the associated enterprises that would indicate how independent enterprises might have split the difference between the seller's minimum price and the buyer's maximum price”²⁵. In questo tipo di analisi risulta fondamentale il ricorso alla **bargaining theory**²⁶ al fine di definire l'*arm's length range*.

L'OCSE rileva inoltre che, nell'ambito della **ripartizione dell'utile residuo**, si potrebbe effettuare un'analisi del flusso di cassa attualizzato ricevuto dalle società coinvolte nelle transazioni. Da un punto di vista pratico, la determinazione dei flussi di cassa e la conseguente identificazione degli utili oggetto di ripartizione dovrebbe com-

²³ Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Il Transactional net margin method nella disciplina transfer pricing OCSE e nella circ. n. 58/E del 2010*, in “il fisco” n. 12/2011, fascicolo n. 1, pagg. 1883 e seguenti.

²⁴ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.122.

²⁵ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.122.

²⁶ La *bargaining theory* formulata da Lloyd Shapley può essere considerata come una derivazione della teoria dei giochi elaborata da John Nash. La teoria di Shapley si fonda sulla necessità di risolvere il problema della distribuzione del *surplus* tra i *players*, tenendo in considerazione il valore di ogni coalizione.

portare l'**equalizzazione dei tassi di rendimento interni** (considerando anche le differenze esistenti a livello *country* in termini di costo del capitale).

Il metodo potrebbe risultare efficace al verificarsi delle seguenti circostanze:

- esistenza di attività in fase di *start-up*;
- realizzazione di proiezioni di flussi di cassa al fine di verificare la "vitalità" di un progetto;
- valutazione degli investimenti di capitale e delle vendite.

Tuttavia, l'affidabilità di tale approccio risulta fortemente condizionata dalla selezione di un appropriato **tasso di attualizzazione**, basato su parametri di mercato.

6. Applicazione del *Transactional Profit Split Method*: individuazione del *combined profit*

Il *combined profit*²⁷ è pertanto da considerarsi come un *pool of profits* che copre l'intera transazione: è ovviamente escluso l'utile derivante da transazioni (che rappresentano una "fase" della transazione complessa) poste in essere con soggetti indipendenti (che sono per loro natura *at arm's length*): "the combined profit to be split should only be that arising from the controlled transaction(s) under review. In determining that profit, it is essential to first identify the relevant transactions to be covered by the profit split"²⁸.

Sulla base di quanto precede, nel caso in cui un *manufacturer* acquisti da un *supplier* correlato e proceda ad una successiva rivendita ad un distributore controllato, il *combined profit* oggetto di ripartizione con il *Profit split* deve includere gli utili realizzati dai tre soggetti coinvolti, nonostante ogni "fase" della transazione possa essere testata separatamente. Conformemente, anche l'OCSE rileva che "where a taxpayer has controlled transactions with more than one associated enterprise, it is also necessary to identify the parties in relation to those dealings and the profits to be split among them"²⁹.

Nel caso in cui l'applicazione di un *Cost plus* o di un *Tnmm* consenta di verificare che gli utili realizzati dal distributore controllato sono conformi

²⁷ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.124.

²⁸ OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008, paragrafo 179.

²⁹ OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008, paragrafo 180.

all'*arm's length principle*, l'applicazione del **Profit split** potrebbe essere limitata agli **utili del manufacturer e del supplier**³⁰.

Ai fini della corretta individuazione dell'utile da ripartire, è inoltre opportuno procedere ad una identificazione del livello di aggregazione delle transazioni oggetto di analisi, così come previsto dalle *Guidelines*. Risulta di precipua importanza procedere a una classificazione contabile uniforme dei bilanci delle parti correlate: "Because accounting standards can have significant effects on the determination of the profits to be split, accounting standards should be selected in advance of applying the method and applied consistently over the lifetime of the arrangement"³¹.

In termini generali, il *combined profit* oggetto di ripartizione tra le società del gruppo è l'**operating profit**³².

Inoltre, le caratteristiche delle transazioni possono richiedere che il *combined profit* sia determinato ad un livello intermedio, tra il *gross profit* e l'*operating profit*.

7. Applicazione del *Transactional profit split method*: suddivisione del *combined profit*

Le *Guidelines* contengono un'indicazione dettagliata sulle modalità attraverso le quali procedere ad un'*arm's length division* dei *combined profits* nell'applicazione pratica del *Transactional profit split method*.

In particolare, il paragrafo 2.133 stabilisce che uno dei possibili approcci ai fini della suddivisione "(...) is to split the combined profits based on the division of profits that actually results form comparable uncontrolled transactions (...)".

La suddivisione del *combined profit* tra le società partecipanti alle transazioni oggetto di analisi deve approssimare la suddivisione effettuata tra soggetti indipendenti in circostanze comparabili. Per tale ragione i dati esterni devono essere affidabili, anche se permane la constatazione di carattere generale secondo la quale non sempre i dati relativi a soggetti terzi sono accessibili.

³⁰ V. Amerkhail, *Functional Analysis and Choosing the Best Method*, in "Tax Management Transfer Pricing Report" del 16 maggio 2007.

³¹ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.125.

³² Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.131.

Possibili fonti per il reperimento di informazioni relative a soggetti indipendenti, a supporto dei criteri di selezione per la ripartizione degli utili includono “(...) *Joint-venture arrangements between unrelated parties under which profits are shared, such as development projects in the oil and gas industry; pharmaceutical collaborations, co-marketing or co-promotion agreements; arrangements between independent music record labels and music artists; uncontrolled arrangements in the financial services sector; etc. (...)*”.

In concreto, la suddivisione degli utili avviene mediante l'utilizzo di *allocation keys*: “(...) *Depending on the facts and circumstances of the case, the allocation key can be a figure (e.g. a 30% - 70% split based on evidence of a similar split achieved between independent parties in comparable transactions), or a variable (...)*”³³. Tali chiavi di allocazione

- devono essere basate su **dati oggettivi**;
- devono essere supportate da **dati relativi ai comparabili** (interni, esterni o da entrambi).

Poiché la selezione delle *allocation keys* deve approssimare la suddivisione dei profitti che sarebbe stata effettuata tra soggetti indipendenti in circostanze comparabili, “*considerable caution and judgment must be exercised in the use of allocation keys to ensure they remain appropriate to the particular circumstances of the case, provide a reasonably reliable approximation of the division of profits that would have been agreed between independent parties at arm's length, and do not become formulaic*”³⁴.

Talvolta, la selezione e l'accettabilità delle *allocation keys* devono essere valutate in relazione alle circostanze del caso di specie “*where allocation key(s) are used to split the combined profits in proportion to the relative contributions of the parties, they should appropriately reflect the main value driver(s) of the transaction, i.e. there should be a strong correlation between their base and the creation of the combined profit in the context of the controlled transaction. In practice, allocation keys based on assets/capital (operating assets, fixed assets, intangible assets, capital employed) or costs (relative spending and/or investment in key areas such as research and development, engineering, marketing) are the most common. Other allocation keys based for instance on*

³³ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.134.

³⁴ OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008, paragrafo 225.

incremental sales, headcounts (number of individuals involved in the key functions that generate value to the transaction), time spent by a certain group of employees if there is a strong correlation between the time spent and the creation of the combined profits, number of servers, data storage, square footage of retail points, etc. are also sometimes encountered”³⁵.

Le *Guidelines* OCSE prevedono espressamente le seguenti chiavi di allocazione:

- **asset-based allocation keys**: possono essere utilizzate “*where there is a strong correlation between tangible or intangible assets/capital employed and creation of value in the context of the controlled transaction*”³⁶. Inoltre, per rilevare la significatività di un'*allocation key*, è opportuno che la stessa sia applicata “*consistently*” a tutti i soggetti della transazione;
- **cost-based allocation keys**: possono essere utilizzate quando è possibile procedere all'identificazione di una forte correlazione tra i costi sostenuti e il valore aggiunto creato nel corso delle transazioni in analisi. Tuttavia, le *allocation keys* risultano sensibili alla classificazione contabile dei costi e all'esistenza di eventuali differenze (*i.e. high labour-cost country vs. low labour-cost country*).

La selezione delle *allocation keys* è influenzata anche dall'**arco temporale rilevante** per gli elementi di determinazione dei criteri di ripartizione (*i.e. assets*, costi, eccetera). Infatti, l'esistenza di un *time lag* tra il periodo in cui sono stati sostenuti i costi e il periodo in cui si è generato il valore può non rendere agevole la corretta definizione del periodo di riferimento.

Le *allocation keys* consentono inoltre di cogliere il *rationale* economico della **suddivisione degli utili in gruppi multinazionali integrati verticalmente** in relazione al capitale utilizzato.

La relazione economica fondamentale è quella esistente tra *operating profit* e *capital employed*.

La corretta strutturazione di tale relazione economica (*i.e.*, tra *operating profit* e *capital employed*) nell'ambito dell'applicazione dell'*Tpsm* si rileva coerente con l'*arm's length principle*.

Nel caso in cui i dati esterni non siano sufficientemente affidabili, a supporto delle *allocation keys* selezionate è possibile fare riferimento a **dati interni**. È il caso, ad esempio, del ricorso a cri-

³⁵ OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008, paragrafo 227.

³⁶ Cfr. OCSE, *Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, Parigi, 2010, paragrafo 2.136.

teri di ripartizione basati sugli *assets*: i dati di riferimento sono infatti “estratti” dalle voci patrimoniali dei bilanci delle società coinvolte nelle transazioni³⁷.

Le medesime considerazioni possono essere svolte anche con riferimento all'applicazione di **cost-based allocation keys**, per le quali è necessario procedere all'individuazione delle voci di conto economico rilevanti³⁸.

Da ultimo occorre rilevare che i dati di matrice interna sono essenziali al fine di determinare il *valore* delle *contributions* apportate da ogni società partecipante alla transazione. Per la determinazione di tale valore è opportuno procedere all'identificazione delle **funzioni svolte**, dei **rischi assunti** e degli **assets utilizzati** dalle *controlled companies* nonché del valore aggiunto lungo la *value chain* di gruppo.

8. Le recenti normative italiane sul transfer pricing e il Tpsm

Nella disciplina italiana, secondo l'Amministrazione finanziaria³⁹, nella sezione 5.1.3. della Documentazione nazionale⁴⁰ 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.

Particolarmente rilevante è il chiarimento offerto dall'Amministrazione finanziaria in ordine al rap-

porto tra i c.d. “metodi reddituali”, quali il Tnmm e il 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 transazionali 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 passato⁴¹;
- 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.

L'Agenzia precisa, infatti, che il suindicato (eventuale) sindacato “in nessun caso costituisce presupposto autonomamente idoneo all'esclusione [del contribuente, *n.d.A.*] 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 un giudizio sulla completezza e conformità dei relativi contenuti alle disposizioni previste nel Provvedimento del 29 settembre 2010⁴².

⁴¹ Cfr., in particolare la circ. n. 42/1981.

³⁷ L'OCSE rileva inoltre che “*it will also often be the case that not all the assets of the taxpayers relate to the transaction at hand and that accordingly some analytical work is needed for the taxpayer to draw a «transactional» balance sheet that will be used for the application of the transactional profit split method*” (OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008, paragrafo 241).

³⁸ “*It may also be necessary to draw «transactional» accounts that identify those expenses that are related to the controlled transaction at hand and those that should be excluded from the determination of the allocation key (...)*” (OCSE, *Transactional Profit Methods - Discussion Draft for Public Comment*, 25 gennaio 2008, paragrafo 242).

³⁹ Cfr. circ. n. 58/E del 15 dicembre 2010, in “*il fisco*” n. 48/2010, fascicolo n. 1, pag. 7834.

⁴⁰ Il contenuto è individuato e descritto dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010.

9. Esempi applicativi⁴³**Profit split example**

A e B sono due società appartenenti ad un gruppo multinazionale residenti rispettivamente nel

Paese Y e nel Paese Z.

A produce beni che vende alla propria consociata B, che a sua volta rivende a *wholesalers* indipendenti.

(A) Manufacturer		(B) Reseller	
<i>Sales to reseller</i>	100	<i>Sales to customers</i>	160
<i>Less:</i>		<i>Less:</i>	
<i>Direct materials labours</i>	50	<i>Purchase from the manufacturer (A)</i>	100
<i>Indirect costs</i>	10	<i>Indirect costs</i>	10
Gross Profit	40	Gross Profit	50
<i>Administration and other costs</i>	30	<i>Selling and other costs</i>	20
		<i>Administration and other costs</i>	10
Net Profit	10	Net Profit	20

Il *combined profit* della transazione è uguale a 30 e lo *split* è uguale a 20/10 a favore del *reseller*.

Contribution analysis example

Il precedente esempio può anche essere adattato all'ipotesi in cui il *combined profit* della transazione, uguale a \$ 30, è ripartito tra la società A e la società B in relazione alle *contributions*, agli *assets* utilizzati, alle funzioni svolte e ai rischi assunti.

Il valore delle *contributions* di ogni singola società deve essere determinato avendo riguardo ai dati relativi a società comparabili indipendenti.

Residual analysis example

ForCO 1 produce beni che vende alla propria con-

sociata ForCO 2, che procede ad una successiva rivendita a soggetti indipendenti. Il *combined profit* della transazione è uguale a \$ 1.000; ForCO 1 è remunerata con un ammontare pari a \$ 150 per il *marketing*, la distribuzione e altre funzioni rilevanti (sulla base di un'analisi della remunerazione tipica della *business activity*), mentre ForCO 2 è remunerata con un ammontare pari a \$ 250 (sulla base di un'analisi della remunerazione tipica per le *manufacturing companies*).

L'utile residuo di \$ 600 è successivamente ripartito sulla base della contribuzione apportata all'*intangible* Gamma da parte di ogni società coinvolta nella transazione, nella misura del 10% (i.e. \$ 60) per ForCO 1 e del 90% (i.e. \$ 540) per ForCO 2.

	ForCO 1	ForCO 2	Total profits
<i>Basic tangible assets, functions, risks</i>	150	250	400
<i>Intangibles</i>	60	540	600
TOTAL	210	790	1000

⁴² Per approfondimenti, 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. Si vedano anche P. Valente, *Le novità del transfer pricing*, Milano, 2010; P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, Milano, 2009.

⁴³ Esempi tratti da ATO, TR 95D/22 - *Income Tax: using arm's length transfer pricing methodologies in International dealings between associated enterprises*.

Il precedente esempio può anche essere adattato all'ipotesi in cui dalla transazione scaturisca una *combined loss* di \$ 500: ForCO 1 è remunerata con un ammontare pari a \$ 150 per il *marketing*, la distribuzione e altre funzioni rilevanti (sulla base di un'analisi della remunerazione tipica della *business activity*), mentre ForCO 2 è remunerata con un ammontare pari a \$ 250 (sulla

base di un'analisi della remunerazione tipica per le *manufacturing companies*).

La perdita residua di \$ 900 è successivamente ripartita sulla base della contribuzione di ogni società coinvolta nella transazione apportata all'*intangible* Gamma, nella misura del 10% (i.e. \$ 90) per ForCO 1 e del 90% (i.e. \$ 810) per ForCO 2.

	ForCO 1	ForCO 2	<i>Total profits</i>
<i>Basic tangible assets, functions, risks</i>	150	250	400
<i>Intangibles</i>	-90	-810	-900
TOTAL	60	-560	-500