

Andrea Musselli

Milano, lì 21 Marzo 2018

Gentili signori del Ministero dell'Economia e Finanze ,

ringrazio Il Ministero dell'Economia per potere esprimere una opinione sul progetto di decreto Ministeriale e Direttoriale sul transfer pricing. Preciso , se del caso , di esprimere opinioni puramente personali con la mera finalità di dare un (modesto) contributo per la certezza del diritto.

In generale ritengo una lodevole e "coraggiosa" posizione quella espressa dal Ministero dell'Economia italiano (e dagli altri soggetti pubblici del progetto), che intende dare "proprie" linee guida sul transfer pricing . Non essendo io più giovane ricordo ancora quando la posizione governativa rimandava alle vecchie circolari ministeriali del 1980 (del Ministero delle Finanze) , per giunta "fondate " sulle direttive OCSE del 1978. La spiegazione del silenzio era che la posizione "italiana" doveva essere conforme a quella OCSE e che perciò non andava aggiunto niente alle direttive che potesse far "emergere" eventuali differenze .

Il diritto vivente era costruito con la prassi delle "scarne" e datate istruzioni ministeriali e con la giurisprudenza.

Oggi pare anche a me opportuno cambiare impostazione e cercare di dare certezza a questa normativa (anche con un decreto Ministeriale) , dato che è ancora forte la soggettività interpretativa delle direttive OCSE.

Trovo veramente molto appropriata anche la traduzione in italiano delle direttive OCSE (assieme ad un editore ,nel 2011, abbiamo ottenuto la licenza per allegare in un libro in italiano il testo delle direttive OCSE del 2010, testo però che era solo in Inglese); con la traduzione in italiano senza che sia necessario il pagamento della pubblicazione si consente una più semplice "propagazione" dei contenuti delle direttive OCSE per tutti gli operatori , superando finalmente i risultati del primo tentativo di traduzione e pubblicazione a pagamento , avvenuta ad opera del Poligrafico dello Stato nel 1997 , che non ebbe largo seguito.

Tre brevissimi punti vorrei osservare :

- 1) Applicazione del metodo basato sull'utile della transazione (cd TNMM) ed estrazione dei comparabili da banche dati pubbliche.

Nel nostro Paese molti litigi tra Amministrazione e imprese non nascono sulla allocazione dei beni immateriali del business ; i litigi sono spesso relativi al

momento successivo, quando si è già qualificata una impresa di gruppo quale parte più semplice della transazione e della quale stimare la remunerazione per comparazione (*tested party*), e occorre applicare il metodo basato sull'utile netto della transazione (TNMM). Il metodo nasce perché i metodi delle *Regulations* statunitensi del 1968 (trasposti nelle direttive OCSE del 1978), risultano in gran parte inapplicabili quando un gruppo di imprese è integrato al punto che ciascuna impresa svolge una sola fase del processo integrato e scambia beni o servizi solo nell'ambito di gruppo. Questa è oramai la normalità nei gruppi, che guadagnano efficienza proprio in questo modo.

Sarebbe utile conoscere l'orientamento applicativo "italiano" del TNMM o come regolamento (via decreto Ministeriale) o anche come istruzione agli organi verificatori (via Circolare dell'Agenzia delle Entrate).

Tanti sono gli aspetti di precisazione sull'applicazione del metodo del margine netto, contenuti in vari documenti, come le direttive OCSE ma anche i verbali delle riunioni del Joint Transfer Pricing Forum (istituito dalla Commissione UE). Una ricapitolazione/precisazione sul tipo di qualità richiesta per l'estrazione dei comparabili dalle Banche "dati pubbliche" sarebbe opportuna; la ricerca del comparabile "perfetto" è processo teoricamente senza fine, ma ovviamente ragioni di economicità devono limitare la ricerca ad azioni predeterminate.

E' opportuna una raffinazione dei comparabili estratti con determinati "filtri" dalle Banche dati con una ulteriore ricerca sul web per ottenere ulteriori informazioni? I dati di imprese in perdita possono fare "campione"? Occorre anche una ricerca sui bilanci effettivamente depositati in Tribunale – Camera di commercio, quando si tratti di soggetti italiani (con un campione numeroso, già così la ricerca diventa molto onerosa e quasi impossibile)?

Il metodo basato sull'utile possiede "anticorpi" ad una imperfetta comparabilità purchè le imprese campione non posseggano intangibili: la numerosità del campione associata all'applicazione di una tecnica statistica (come l'applicazione del range interquartile) sopperisce a difetti di funzionalità dando idea di una remunerazione di "tendenza" per imprese analoghe per uso di fattori produttivi. D'altra parte ciò è l'unica alternativa possibile in certi casi.

Chi si occupa di transfer pricing conosce la dialettica impresa versus Amministrazione sulla ricerca di comparabili, ma ora questo lodevole progetto del ministero dell'Economia potrebbe portare più "trasparenza", facendo conoscere a tutti (anche a coloro che si accostano da poco alla materia) e

preventivamente , quale è il tipo di qualità “standard” che si aspetta l’Amministrazione o il Regolatore per il metodo del margine netto.

## 2) Art . 4 comma 6 dello schema di decreto ministeriale

Trovo molto appropriata la determinazione dell’art 4 comma 6 del decreto Ministeriale , che impone all’Amministrazione finanziaria di basarsi sul metodo scelto dal contribuente : la ulteriore esplicitazione sulla qualità richiesta per le estrazioni di comparabili consentirebbe all’impresa (che ha l’onere di determinare prima i propri prezzi di trasferimento) di conoscere la qualità richiesta della ricerca di comparabili.

Fosse per me ampliarei pure il disposto dell’art .4 comma 6 , fino a comprendere un nuovo comma per il quale solo la totale incongruità di applicazione del metodo del margine netto da parte dell’impresa determina la possibilità per l’Amministrazione di rigettarlo , applicando altri comparabili distinti da quelli scelti (incongruamente) dalla stessa impresa.

## 3) Le importanti funzioni non delegabili per l’attribuzione della proprietà degli intangibili (paragrafo 6.56 delle direttive OCSE)

Vengo ora ad un punto più complicato che necessita di una breve premessa.

Col progetto BEPS le direttive OCSE sono cambiate su un punto rilevante che è l’acquisto del possesso dei beni immateriali ; col nuovo testo non è sufficiente il “finanziamento” (a fondo perduto) del loro sviluppo per acquisire il diritto ad appropriarsi dei relativi ricavi ; occorre anche che il “finanziatore” controlli , tramite il proprio personale, lo svolgimento delle funzioni “importanti” relative agli intangibili.

La regola è “dichiaratamente” in funzione antiabuso, perché i Governi OCSE sono molto preoccupati in questa fase storica che cosiddette scatole vuote (pure cash boxes) , società senza funzionalità, possano diventare proprietarie di beni immateriali, locandosi in Paradisi fiscali e finanziando lo sviluppo degli stessi immateriali.

A dirla tutta le operazioni di cosiddetta pianificazione aggressiva, alla ricerca “esasperata” di vantaggi fiscali non hanno riguardato principalmente “Gruppi italiani” (non mi constano casi pubblicati dalla stampa di controversie di questo tipo per Gruppi italiani se non alcuni che si contano forse sulle dita di una mano) bensì Gruppi di altra “provenienza” .

Personalmente ho sempre pensato che fosse la sostanza economica delle operazioni a dover determinare la proprietà dei beni immateriali , non certo la strutturazione “legale” delle operazioni.

Ho pensato e sostenuto che i profitti integrati di gruppo dovessero essere riconosciuti alla affiliata che in passato avesse sopportato “realmente” i rischi del business<sup>1</sup> , ma mettendo il proprio capitale in “gioco e non solo con una allocazione “contrattuale” dei citati rischi !

Per alcuni le nuove regole antiabuso scaturenti dal progetto BEPS cambiano il principio di libera concorrenza ”<sup>2</sup> perché la norma sul controllo delle funzioni relative agli intangibili prevede qualcosa in più della cosiddetta “*economic substance*” e si applica indistintamente per transazioni con società di qualunque Paese e non solo di Paradisi fiscali ; secondo la dottrina che possiamo chiamare *dell’economic substance* la proprietà dei beni immateriali , nel libero mercato , spetta comunque al “finanziatore” del loro sviluppo, quando esso realmente sostiene i rischi connessi allo sviluppo e quando esso è dotato di adeguata struttura operativa ; ciò avviene a prescindere dal controllo esercitato sulle funzioni intangibili , purchè il finanziatore abbia appropriata “sostanza” e cioè sia un soggetto con veri organi decisionali tali da configurare un “investment center” come potrebbe essere un soggetto indipendente in analoghe circostanze.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Così Hines , Jr., *The Transfer Pricing Problem: Where the Profits Are* NBER Working Paper No. w3538 Dec. 1990, available online at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=226838>

<sup>2</sup> Si vedano ad esempio , *P. Barnes, S. Foley, M. Frank, G. Korenko, M. Martin, S. Maruca and C. Sharon*, KPMG International, R. Tremblay , A.-Nawaz Nanji, con commenti contenuti in OECD, *Public comments received on discussion draft on Actions 8, 9 and 10: revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including risk, recharacterisation and special measures) of the BEPS Action Plan (2015)*, at the OECD website <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing>; concorde sul cambio del principio di libera concorrenza anche M. Herzfeld, *The Case against BEPS: Lessons for Tax Coordination*, 42 Florida. Tax Rev. 1, p. 42 (2017), R. Hafkenscheid , *The BEPS Report on Risk Allocation: Not So Functional* , INTERNATIONAL TRANSFER PRICING JOURNAL JANUARY/FEBRUARY 2017 “, e J. Hey , *Taxation Where Value is Created*” and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative , Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), No. 4/5; tra coloro che credono cambiato il principio di libera concorrenza mi ci metto , più modestamente degli autori prima citati , anche io.

<sup>3</sup> Ad esempio questa posizione è sostenuta autorevolmente da *P. Barnes, S. Foley, M. Frank, G. Korenko, M. Martin, S. Maruca and C. Sharon* “ , in OECD, *Public comments received on discussion draft on Actions 8, 9 and 10: revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including risk, recharacterisation and special measures) of the BEPS Action Plan (2015)*, at the OECD website <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing>; essi distinguono un caso patologico di “pure” cash box senza funzionalità da una società realmente operativa nel modo seguente:

“As we have discussed, in extreme circumstances it may be appropriate for tax authorities to non-recognize a pure “cash box” structure, i.e., where the entity does not have or exercise the capability to oversee risks managed by another, but in transactions characterized by good corporate governance practices, where the low-functioning entity has the capability to manage investment risk, normal transfer pricing approaches

Personalmente resto convinto che la “illegale” erosione della base imponibile dei Paesi industrializzati via transfer pricing sia un vecchio problema , potenzialmente dovuto a specifiche operazioni , che per essere valorizzate necessitano di una determinazione sulla aspettativa di profitti futuri derivanti dall’uso di beni immateriali.

La valutazione degli immateriali ,quando si attua un loro trasferimento, è necessariamente fondata sulle aspettative di profitti futuri ,ma nel transfer pricing non c’è conflitto di interessi tra venditore e compratore e lo Stato può “sospettare” che tali aspettative da parte dei managers aziendali siano “divulgate”al solo fine di avere una tassazione minore .

A mio modesto avviso l’unico modo di mantenere il principio di libera concorrenza senza che si determini una “ingiusta” erosione delle basi imponibili dei Paesi ad alta tassazione sarebbe di rendere obbligatori *rulings* tra Amministrazioni e imprese , con eventuale soluzione arbitrale , proprio sulla valutazione di queste operazioni. Ovviamente anche le regole valutative degli Hard to value intangibles (HTVI) devono essere chiarite e rese più stringenti, come si cerca di fare nel relativo progetto OCSE, tenendo conto della impostazione americana di lungo corso.

La corretta valutazione delle operazioni di *buy in* nei *cost share agreements* o delle vendite di immateriali in fase precoce di sviluppo è operazione imprescindibile se si vuole mantenere il principio di libera concorrenza; solo *rulings* arbitrali obbligatori su queste specifiche operazioni può evitare che possa essere mossa alle imprese l’accusa di avere “prefabbricato” aspettative di futuri profitti in modo da ottenere una tassazione agevolata; tuttavia temo che ,come in passato ,gli Stati non raggiungano un consenso così profondo sulle procedure per evitare litigi durante queste complesse “valutazioni” ; il consenso li priverebbe della loro sovranità fiscale (e forse è giusto che essi la mantengano in questa fase storica) : la soluzione arbitrale dei conflitti sul transfer pricing è vigente solo nell’ Unione Europea e la clausola arbitrale introdotta nella cosiddetta convenzione multilaterale OECD MLI stenta molto a decollare.

D’altra parte gli Stati Uniti con la riforma fiscale del Presidente Trump e il drastico abbassamento delle aliquote sui redditi d’impresa hanno probabilmente cambiato parte di gioco nel game del *transfer pricing* ed infatti non consentono a

---

should be sufficient to address mis-pricing through, for example, overcompensation of the investor and under-compensation of the project manager”. Ancora, “[a] typical investor in the marketplace controls and manages investment risk by deciding how much to invest, in what, on what terms, and for how long. Many investors don’t have meaningful control beyond these matters yet no one questions their right to the full residual return

generalizzate clausole arbitrali per i litigi con altre Amministrazioni e sembrano sfilarsi dal progetto BEPS.

Dopo questa breve digressione per capire di cosa stiamo trattando , torno comunque alla regola positiva attuale ,con funzione antiabuso ,contenuta nelle direttive OCSE post BEPS : l'acquisto del possesso dei beni immateriali richiede che si debbano (finanziare e) controllare almeno le attività importanti connesse alla scoperta ,sviluppo , protezione , mantenimento , sfruttamento di tali beni.

Per dare certezza del diritto sul punto dell'acquisto del possesso dei beni immateriali anche entro il lodevole progetto del MEF le Autorità italiane potrebbero individuare con maggior precisione le importanti funzioni appena ricordate .

Il testo delle direttive OCSE e l'esempio 17 annesso al capitolo degli intangibili fa riferimento alle importanti e indelegabili funzioni che sono illustrate al paragrafo 6.56 che riporto in nota<sup>4</sup>.

Prendiamo un caso classico che si può riscontrare nella realtà.

In caso di marketing finanziato dall'estero quali sarebbero queste funzioni indelegabili svolte all'estero per mantenere lo sviluppo dell'intangibile di vendita appunto all'estero (individuando così ,*a contrario*, quando lo sviluppo è invece svolto in Italia)? Si tratterebbe di mantenere nella consociata estera alcuni managers che diano "istruzioni" per l'attività strategica di marketing svolta dalla consociata locale italiana sotto queste istruzioni?

---

<sup>4</sup> Paragrafo 6.56 delle direttive OCSE

Nel determinare la remunerazione di libera concorrenza per i contributi funzionali apportati dalle varie entità di un gruppo multinazionale, alcune importanti funzioni avranno un significato particolare. La natura di queste importanti funzioni in ogni specifico caso dipenderà dai fatti e dalle circostanze. Per i beni immateriali sviluppati internamente o per quelli sviluppati o acquisiti che servono da piattaforma per ulteriori attività di sviluppo, queste funzioni più importanti possono includere, tra l'altro, la progettazione e il controllo dei programmi di ricerca e marketing, la direzione e la definizione di attività creative, tra cui la determinazione della ricerca di base, il controllo sulle decisioni strategiche relative ai programmi di sviluppo dei beni immateriali e la gestione e il controllo dei budget. Per qualsiasi bene immateriale (sia sviluppato internamente che acquistato sul mercato) altre importanti funzioni possono includere le decisioni in materia di difesa e protezione dei beni immateriali e un continuo controllo di qualità sulle funzioni svolte da imprese indipendenti o associate che possono avere un effetto significativo sul valore del bene immateriale. Queste importanti funzioni solitamente contribuiscono in modo significativo al valore del bene immateriale e, se le stesse sono esternalizzate dal titolare giuridico ad imprese collegate, la loro esecuzione dovrà essere compensata con una quota adeguata dei rendimenti ottenuti dal gruppo multinazionale per lo sfruttamento dei beni immateriali.

Penso che chiarimenti in qualunque forma (con decreto o circolare) anche su questi aspetti sarebbero opportuni : non vi è chi non veda come una nozione soggettiva di “importanza” delle funzioni relative agli intangibili possa rendere molto problematico (e soggettivo) l’adempimento delle direttive OCSE; si badi bene che qui si sta trattando un punto ben più importante dell’estrazione dei comparabili, poiché relativo all’attribuzione della parte più rilevante degli eventuali profitti integrati di gruppo in quanto connessa al possesso degli intangibili.

Dato il livello di eccellenza dei funzionari pubblici incaricati del progetto italiano sul transfer pricing , penso si potrebbero raggiungere ottimi risultati anche sotto questo aspetto.

\*\*\*\*\*

Infine una considerazione , mi sia permesso, non di tecnica fiscale ; non va dimenticato che il problema delle multinazionali non è solo fiscale ; le multinazionali possono raggiungere straordinari livelli di efficienza economica, che però finiscono per cambiare la natura dei mercati dei fattori produttivi (come il mercato del lavoro) e dei prodotti nei quali operano.

Aspetti regolamentari sarebbero opportuni anche e soprattutto in questi campi per contrastare monopoli in grado di dominare il contesto economico-sociale.

\*\*\*\*\*

Sperando di avere dato qualche spunto utile in queste brevi osservazioni auguro buon lavoro ai proponenti del progetto e saluto cordialmente.

Dott.Andrea Musselli



[a.musselli@studiomusselli.it](mailto:a.musselli@studiomusselli.it)

Corso Garibaldi 73 ,20121 Milano

Tel 0272001227