

Transfer pricing e royalties: la sentenza della Corte di cassazione n. 9615/2019

di **Piergiorgio Valente**

L'approfondimento

Nella sentenza del 5 aprile 2019, n. 9615 la Suprema Corte ha affermato, in applicazione dell'art. 110, comma 7, del T.U.I.R., la necessità di verificare la sostanza economica dell'operazione intervenuta tra le imprese e di metterla a confronto con analoghe operazioni realizzate, in circostanze comparabili, in condizioni di libero mercato tra soggetti indipendenti. Esclusa ogni qualificazione dell'art. 110 del T.U.I.R. come norma antielusiva, la ratio della disciplina di cui alla citata disposizione va individuata nel principio di libera concorrenza.

Con la sentenza n. 9615 del 5 aprile 2019 la Suprema Corte ha ribadito importanti principi relativi alla disciplina del *transfer pricing* di cui al comma 7, dell'art. 110, del T.U.I.R. in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi in materia¹.

Nella pronuncia in esame i giudici di legittimità affermano che la normativa sul *transfer pricing* non rappresenta una disciplina antielusiva in senso proprio, ma è volta alla repressione del fenomeno economico in sé considerato, da intendersi come spostamento d'imponibile fiscale a seguito di operazioni infragruppo e soggette a normative nazionali differenti.

In relazione al profilo della ripartizione dell'onere della prova, l'Amministrazione finanziaria

non è tenuta a dimostrare il concreto vantaggio fiscale conseguito dal contribuente, ma solo l'esistenza di transazioni, tra imprese collegate, ad un prezzo apparentemente inferiore al valore normale mentre spetta al contribuente, in forza del principio di vicinanza della prova di cui all'art. 2697 c.c., dimostrare che tali transazioni siano intervenute a valori di mercato da considerarsi normali ai sensi di quanto stabilito dal comma 3, dell'art. 9, del T.U.I.R.

Secondo i giudici di legittimità la *ratio* della disciplina del *transfer pricing* si rinviene nell'*arm's length principle* contenuto nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE il quale attribuisce agli Stati contraenti la possibilità di assoggettare a tassazione anche gli utili che sarebbero stati realizzati se le imprese avessero regolato le loro relazioni commerciali o finanziarie in base alle condizioni che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti.

La fattispecie sottoposta all'esame della Corte di cassazione

Nel caso di specie l'Agenzia delle entrate aveva notificato alla società ricorrente un avviso di accertamento IReS/IRAP relativo all'anno di

Piergiorgio Valente - Valente Associati GEB Partners/Crowe Valente

Nota:

- 1 Per un esame approfondito della materia del *transfer pricing* a livello nazionale e internazionale, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, IV edizione, IPSOA, Milano, 2018.

Transfer pricing

imposta 2005 per violazione dell'art. 110, comma 7 e dell'art. 9 del T.U.I.R. ritenendo che i costi dedotti dalla stessa a titolo di *royalties*, dovute alla controllante per l'utilizzo del marchio e quale contributo all'immagine e determinate in misura del 3,5% dell'intero fatturato di vendita, fossero superiori al valore normale.

In primo luogo l'Amministrazione finanziaria contestava alla società ricorrente l'inclusione nel fatturato delle vendite effettuate con le società dello stesso gruppo e situate fuori del territorio italiano, nonché di non aver tenuto conto dei *bonus* sulle vendite riaccreditati ai clienti.

In considerazione di ciò l'Ufficio procedeva a rideterminare la percentuale del 3,5% nella misura del 2% ritenendo, dunque, la prima percentuale eccessiva in relazione al rapporto tra controllante e controllata, al contenuto della controprestazione, nonché superiore al valore normale.

Il ricorso proposto dalla società contribuente avverso l'avviso di accertamento veniva accolto dai giudici di prime cure, la cui sentenza veniva successivamente riformata dalla Commissione tributaria regionale della Lombardia (di seguito, C.T.R.).

Diversamente da quanto sostenuto dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, nella sentenza impugnata dalla società ricorrente la C.T.R. affermava che la disciplina del *transfer pricing* costituisce una norma diretta ad evitare pratiche elusive all'interno del gruppo realizzate attraverso trasferimenti di utili da imprese italiane ad imprese residenti in Paesi con fiscalità vantaggiosa.

In particolare, la C.T.R. ha accolto l'appello proposto dall'Amministrazione finanziaria avverso la sentenza di primo grado favorevole alla società contribuente sulla base delle seguenti motivazioni:

- nella fattispecie in esame ricorrono i presupposti richiesti per l'applicazione della norma di cui al

comma 7, dell'art. 110, del T.U.I.R., ovvero la situazione di controllo societario e il superamento del valore normale delle prestazioni rese tenendo conto di quanto previsto dalla circolare n. 32/1980 la quale recepisce le Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento;

- la percentuale del 3,5% applicata dalla contribuente, cui deve aggiungersi l'ulteriore percentuale dell'1,6% quale contributo sugli investimenti di promozione e sviluppo dell'immagine della società licenziante, non trova giustificazione in considerazione di una serie di elementi quali: assetto verticistico del gruppo, partecipazione per oltre il 99% della cedente svizzera nella società concessionaria (poi ricorrente nel giudizio di legittimità), contenuto del contratto (che prevedeva solo la concessione di un limitato diritto di esclusiva all'utilizzo del marchio);
- la società ricorrente non ha assolto all'onere probatorio volto a dimostrare la sussistenza di determinate condizioni (relative ai dati tecnici dell'impresa, al contenuto del contratto e all'effettiva utilità del licenziatario) che avrebbero consentito di ritenere normale un valore superiore al 2%, secondo quanto chiarito dalla circolare n. 32/1980.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, il citato documento di prassi delinea tre livelli per valutare il **valore normale delle royalties** al fine di bilanciare, da un lato, l'esigenza di certezza per il contribuente e, dall'altro, la necessità di garantire un rapido accertamento per l'Amministrazione. Trattasi, nel dettaglio:

- i canoni fino al 2% del fatturato possono essere accettati dall'Amministrazione qualora la transazione risulti da un contratto redatto per iscritto e anteriore al pagamento del canone e qualora sia sufficientemente documentata, l'inerenza del costo sostenuto;
- il valore compreso tra il 2% e il 5% può essere ritenuto congruo, oltre che in presenza delle condizioni definite nel punto precedente, qualora sia giustificato da dati tecnici e giuridici connessi all'effettiva utilità conseguita dal licenziatario;
- il superamento della percentuale del 5% può invece essere riconosciuto solo in casi eccezionali giustificati dall'alto livello tecnologico del settore economico di riferimento o da altre circostanze.

Alla luce di ciò, secondo i giudici di appello, l'Ufficio aveva dunque correttamente rideterminato il valore delle prestazioni entro il 2%,

tenendo conto dei parametri contenuti nella circolare.

La decisione della Suprema Corte

Avverso la sentenza pronunciata dalla C.T.R. la società contribuente ha proposto ricorso per Cassazione sostenendo, con il primo motivo di ricorso, che l'Ufficio ha proceduto all'accertamento analitico induttivo di cui all'art. 39, comma 1, D.P.R. n. 600/1973 in mancanza di elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti limitandosi ad operare un rinvio ai parametri individuati dalla circolare n. 32/1980 rideterminando così il valore normale dei canoni nella misura del 2% del fatturato.

Con il secondo motivo, la ricorrente adduceva il mancato esame della documentazione dalla stessa prodotta a dimostrazione della congruità delle *royalties*, tra cui:

- un contratto dal quale risultava una percentuale pari al 13% a titolo di *royalties* per la realizzazione stilistica, lo sfruttamento del marchio e il contributo;
- i dati contabili da cui emergevano i risultati economici raggiunti per mezzo delle licenze;
- la certificazione di un revisore indipendente.

Inoltre lamentava la mancata valutazione da parte del giudice di appello delle specifiche caratteristiche del settore economico.

Nel rigettare il ricorso proposto dalla società contribuente, la Suprema Corte ha ritenuto legittima la decisione della C.T.R. in quanto, nel caso di specie, ricorrevano specifici elementi che, unitamente considerati, concorrevano a delineare un quadro indiziario idoneo a legittimare l'accertamento dell'Amministrazione finanziaria basato sulla disciplina dei prezzi di trasferimento di cui al comma 7, dell'art. 110, del T.U.I.R.

All'epoca dei fatti, la suddetta disposizione stabiliva che “i componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente

controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento di reddito”².

Secondo la Suprema Corte è legittimo assumere le percentuali indicate nella circolare n. 32/1980 quale parametro oggettivo per la determinazione del “valore normale”, in mancanza di elementi di prova contrari o diversi forniti dalla contribuente. Peraltro, la soluzione adottata dalla C.T.R. Lombardia risulta in linea con un principio consolidato in giurisprudenza secondo cui, in tema di accertamento delle imposte sui redditi, l'onere della prova dei presupposti dei costi ed oneri deducibili, concorrenti alla determinazione del reddito d'impresa, ivi compresa la loro inerenza e la loro diretta imputazione ad attività produttive di ricavi, incombe sul contribuente (sul punto, la Cassazione richiama le precedenti sentenze Cass. 25 febbraio 2010, n. 4554; 30 luglio 2007, n. 11240).

In particolare, il giudice d'appello, pur avendo tenuto presente il contratto sopra menzionato, i dati contabili e le specifiche caratteristiche del settore economico, non li ha considerati decisivi, valorizzando invece le argomentazioni dell'Ufficio per ciò che

Nota:

² L'art. 110, comma 7, del T.U.I.R., come modificato dal D.L. n. 50/2017 (convertito in Legge 21 giugno 2017, n. 96) prevede che la determinazione dei prezzi di trasferimento deve avvenire “sulla base delle condizioni e dei prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili”, in luogo del riferimento al principio del “valore normale” contenuto nella vigente formulazione della norma. Con la citata modifica normativa l'ordinamento giuridico interno ha recepito quanto raccomandato in ambito OCSE, con particolare riguardo alla validità del principio dell'*arm's length* richiamato dall'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE e dalle *Transfer Pricing Guidelines*. Per ulteriori approfondimenti, cfr. A. Della Rovere, F. Vincenti, “Dal principio del ‘valore normale’ al concetto di ‘libera concorrenza’: la nuova disciplina dei prezzi di trasferimento”, in questa *Rivista*, n. 8-9/2017.

concerne l'organizzazione verticistica del gruppo, la partecipazione quasi totalitaria della controllata da parte della controllante, il contenuto del contratto, (che prevedeva la concessione di un diritto di esclusiva limitato), le peculiari caratteristiche del settore, che non consentivano di inquadrarlo nell'ambito di quelli ad alto livello tecnologico, pur riconoscendo il pregio dei prodotti.

Nella sentenza in esame viene infine richiamato il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui la Corte di cassazione non ha il potere di riesaminare e valutare il merito della causa, ma solo quello di controllare, sotto il profilo logico-formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione condotta dal giudice del merito.

I principi espressi dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 9615/2019

Ripartizione dell'onere della prova in materia di transfer pricing

Nella pronuncia in commento la Suprema Corte ha rigettato il ricorso proposto dalla società contribuente, atteso che la sentenza impugnata risulta in linea con quanto disposto dal comma 7, dell'art. 110, del T.U.I.R., quale norma volta alla repressione del fenomeno economico del *transfer pricing* in sé considerato.

In tema di ripartizione dell'onere probatorio, l'Amministrazione finanziaria è tenuta a contestare non il concreto vantaggio fiscale conseguito dal contribuente ma solo l'esistenza di transazioni, tra imprese di un gruppo, ad un prezzo apparentemente inferiore a quello normale.

Di contro, grava sul contribuente l'onere di provare la congruità dei prezzi di trasferimento, in conformità:

- al principio generale di vicinanza della prova di cui all'art. 2697 c.c., secondo cui l'onere probatorio è ripartito avendo riguardo delle concrete possibilità di ciascuna parte di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è

ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte rispetto alla quale è più vicino il fatto da provare;

- al principio consolidato in giurisprudenza in forza del quale, in presenza di componenti negativi di reddito, è a carico del contribuente l'onere di fornire la prova di tutti gli enunciati fattuali (sostenimento dei costi nell'esercizio di un'attività di impresa, sostenimento di spese che danno diritto a detrazioni oppure a oneri deducibili) che comportano una riduzione del carico fiscale³.

L'Amministrazione finanziaria non è dunque tenuta a dimostrare la finalità elusiva perseguita dal contribuente che effettua la transazione infragruppo e pertanto il conseguimento di un concreto vantaggio fiscale.

Risulta dunque superato il precedente indirizzo giurisprudenziale secondo cui il comma 7, dell'art. 110, del T.U.I.R. costituisce una "clausola antielusiva", volta ad impedire che, attraverso la manipolazione dei prezzi di trasferimento, l'impresa eluda la normativa al fine di ottenere un vantaggio fiscale indebito⁴.

Sulla base di tale impostazione spetterebbe pertanto all'Amministrazione finanziaria provare che le modalità di determinazione dei prezzi di trasferimento sono effettuate al fine di ottenere un vantaggio fiscale complessivo, consistente nell'aver spostato reddito imponibile in un Paese caratterizzato da una fiscalità vantaggiosa.

L'attuale orientamento giurisprudenziale appare dunque orientato a considerare la normativa sul *transfer pricing* come uno strumento di repressione del fenomeno economico, avente ad oggetto lo spostamento d'imponibile fiscale a seguito di

Note:

3 Cfr., *ex plurimis*, Cass. 27 gennaio 2001, n. 1181; Cass. 22 marzo 2002, n. 4119; Cass. 24 luglio 2002, n. 10802.

4 Per una più ampia disamina sulla ripartizione dell'onere della prova nelle controversie sul *transfer pricing*, cfr., P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pag. 1663 ss.; cfr., inoltre, CNDCEC, *Documento di ricerca, Il transfer pricing. Profili tecnici e spunti operativi*, 19 dicembre 2018, pag. 9.

operazioni tra società appartenenti al medesimo gruppo e soggette a normative nazionali differenti, in sé considerato⁵.

Pertanto, l'Amministrazione finanziaria non è tenuta a provare il più elevato livello di tassazione cui sarebbe stata soggetta l'impresa nazionale qualora, in luogo della transazione infragruppo, avesse posto in essere una transazione con un soggetto indipendente.

Transfer pricing e principio di libera concorrenza

La pubblicazione della sentenza in questione costituisce anche l'occasione per ribadire la rilevanza dell'*arm's length principle* quale principio posto a fondamento della disciplina del *transfer pricing*.

In ambito internazionale si evidenzia come obiettivo dell'*arm's length principle* sia quello di garantire che il prezzo praticato e le condizioni stabilite in transazioni tra soggetti collegati siano le medesime previste nei rapporti tra soggetti terzi indipendenti.

In particolare, nelle *OECD Transfer Pricing Guidelines*⁶ l'adozione del principio di libera concorrenza è riconducibile alla più ampia strategia attuata dai Paesi membri dell'OCSE volta, da un lato, ad assicurare la corretta determinazione della base imponibile e, dall'altro lato, ad evitare la doppia imposizione in Stati diversi, limitando in tal modo i conflitti tra le diverse Amministrazioni tributarie e incentivando gli investimenti internazionali.

Come affermato nel paragrafo 1.6 delle *Transfer Pricing Guidelines* l'"analisi di comparabilità" rappresenta il cuore dell'applicazione del principio di libera concorrenza⁷.

Al fine di giungere ad un giudizio circa la conformità del prezzo di trasferimento con il prezzo di libera concorrenza (ed eventualmente apportare gli eventuali aggiustamenti), è necessario che le transazioni siano comparabili.

Le *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE affermano che le transazioni, per essere comparabili,

devono presentare un determinato grado di affinità, in relazione al profilo dei c.d. **cinque fattori di comparabilità**.

I fattori di cui occorre tenere presente ai fini della comparabilità sono:

- le condizioni contrattuali della transazione;
- le funzioni svolte da ciascuna delle parti della transazione, tenendo in considerazione i beni impiegati e i rischi assunti. Occorre valutare anche il modo in cui queste funzioni si collegano alla più ampia generazione del valore in relazione al gruppo multinazionale cui le parti appartengono;
- le circostanze che caratterizzano la transazione, le consuetudini del settore e le caratteristiche dei beni trasferiti o dei servizi prestati;
- le condizioni economiche delle parti e del mercato in cui esse operano;
- le strategie aziendali seguite dalle parti.

Note:

- 5 Cfr. tra le altre, Cass. 18 settembre 2015, n. 18392; Cass. 15 aprile 2016, n. 7493; Cass. 30 giugno 2016, n. 13387; Cass. 15 settembre 2017, n. 21410; Cass. ord., 22 novembre 2017, n. 27787 in cui si afferma che "(...) è ben vero che secondo una giurisprudenza più risalente, seguita invero anche da un isolato più recente arresto (v. Cass. n. 15642/2015), la norma veniva ricondotta ad una clausola elusiva ma tale orientamento, ormai superato, non può essere condiviso tenuto conto che la *ratio* della normativa va rinvenuta 'nel principio di libera concorrenza enunciato nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE' e che, quindi, la valutazione in base al valore normale investe la 'sostanza economica dell'operazione' che va confrontata con analoghe operazioni realizzate in circostanze comparabili in condizioni di libero mercato tra soggetti indipendenti"; Cass. 15 novembre 2017, n. 27018 che, nel delineare le diverse opzioni interpretative emerse nella giurisprudenza di legittimità, ha affermato che "(...) la *ratio* della disciplina di cui all'art. 110, comma 7 T.U.I.R. va individuata nel principio di libera concorrenza, esclusa ogni qualificazione della stessa come norma antielusiva".
- 6 Le *Transfer Pricing Guidelines* sono volte a orientare le Amministrazioni fiscali dei Paesi membri (e non membri) dell'OCSE e le imprese multinazionali rispetto all'applicazione del principio di libera concorrenza nei casi di *transfer pricing*, tenendo conto della necessità di garantire un corretto bilanciamento tra gli interessi dei contribuenti e quelli delle Amministrazioni fiscali, secondo modalità eque per tutti i soggetti interessati. Per approfondimenti sulla versione aggiornata delle Linee Guida sui prezzi di trasferimento pubblicata in data 10 luglio 2017, cfr. A. Della Rovere, F. Vincenti, "*Transfer pricing: le nuove Guidelines dell'OCSE*", in questa *Rivista*, n. 10/2017.
- 7 "Such an analysis of the controlled and uncontrolled transactions, which is referred to as a "comparability analysis", is at the heart of the application of the arm's length principle" (OECD, *Transfer Pricing Guidelines*, 2017).

Transfer pricing

Stante l'importanza che il principio di libera concorrenza, di cui all'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, assume nell'ambito della materia del *transfer pricing*, la Corte di cassazione, con la sentenza n. 9615/2019, ha ribadito la necessità di verificare la sostanza economica dell'operazione intervenuta tra le

imprese e di metterla a confronto con analoghe operazioni effettuate in circostanze comparabili, in condizioni di libero mercato tra soggetti indipendenti nonché di valutarne la conformità a queste⁸.

Nota:

⁸ In senso conforme, cfr. Cass. 7 novembre 2018, n. 28335.