

# TRANSFER PRICING: LEGITTIMA LA RIDETERMINAZIONE DEL VALORE DELLE ROYALTIES DELL'AMMINISTRAZIONE FINANZIARIA



Alessandro VALENTE

Valente Associati GEB Partners/Crowe Valente

*Con la sentenza del 5 aprile 2019 n. 9615 la Suprema Corte ribadisce che la ratio della disciplina sui prezzi di trasferimento è da rinvenirsi nel principio di libera concorrenza, esclusa ogni qualificazione dell'art. 110 comma 7 del TUIR come norma antielusiva. Ne consegue che la prova gravante sull'Amministrazione finanziaria riguarda l'esistenza di transazioni tra imprese collegate ad un prezzo inferiore a quello normale, mentre il contribuente è tenuto a dimostrare che le transazioni sono intervenute per valori di mercato da considerarsi normali.*

1

## PREMESSA

È prassi per le autorità fiscali porre precipua attenzione alle operazioni infragruppo che riguardano utilizzi in concessione di diritti immateriali, trasferimenti e/o altri impieghi degli stessi, anche a seguito di riorganizzazioni aziendali e/o societarie, specialmente in caso di *spostamento* di *asset* intangibili in giurisdizioni estere. Tra questi, tema critico nel rapporto Fisco-Contribuente sono i diritti

di utilizzazione dei cd. *intangibles* (che hanno come corrispettivo le *royalties*) e la loro valorizzazione (nel profilo qualitativo e nella dimensione quantitativa), in quanto espressione del valore degli intangibili sottostanti<sup>1</sup>.

L'OCSE disciplina gli *intangibles* nel capitolo VI delle "*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*" (di seguito altresì "*Linee Guida OCSE*"). Le Linee Guida OCSE tuttavia non forniscono una definizione precisa ed univoca di "*bene immateriale*"<sup>2</sup>, bensì una lista dei beni immateriali più comuni<sup>3</sup>. In particolare, l'OCSE

- 
- 1 In linea generale, l'ammontare delle *royalties* si parametrizza sul fatturato e sulla percentuale pattuita, con riferimento al mercato.
- 2 "*Transfer pricing and intangibles: scope of the OECD project*", in <http://www.oecd.org/dataoecd/10/50/46987988.pdf>. Si veda Silberstein C. "*Transfer pricing aspects of intangibles: the OECD project*", *International Transfer Pricing Journal*, No. 8/2011 (con riferimento al documento "*Transfer Pricing and Intangibles: Scope of the OECD Project*", WP6 TPI, 25.1.2011): "*The intention with this new project is not to re-open issues that we resolved in the 2010 revision of the TPG, particularly in Chapter IX on business restructuring. Rather, it is to develop guidance on issues that are specific to intangibles and in need of further elaboration or update. The scope of the project is confined to the examination of the transfer pricing aspects of transactions involving intangibles between associated enterprises [...]*". Cfr. inoltre Helderma L., Spork E., Okten R., Kanter M. "A new era in determining arm's length compensation for intangibles? A comparative overview of existing and possible future transfer pricing principles", *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 20, No. 6/2013.
- 3 "*The very notion of intangible has not given rise to a complete consensus among the TP community. While most definitions in governmental documents or in the Guidelines consist of list of examples, certain authors argue that the notion of intangible*

effettua una netta distinzione tra "beni immateriali commerciali" e "beni immateriali di marketing"<sup>4</sup>. Nel dettaglio:

- i **beni immateriali commerciali** ("commercial intangibles" o "trade intangibles") includono brevetti, know-how, modelli e disegni utilizzati per la produzione di beni o la prestazione di servizi, nonché i beni immateriali che costituiscono beni d'impresa (es. il software);
- i **beni immateriali di marketing** ("marketing intangibles") includono marchi di fabbrica e denominazioni commerciali (es. sfruttamento commerciale di prodotti o servizi, *client list*, canali distributivi, denominazioni, simboli o disegni).

2

## IL CASO

Nella fattispecie in esame l'Agenzia delle Entrate notificava ad una società italiana un avviso di accertamento IRES/IRAP per l'anno di imposta 2005 per violazione degli artt. 9 e 110 comma 7 del TUIR, in quanto riteneva **superiori al valore normale i costi** dalla stessa dedotti, **a titolo di royalties**, dovuti alla controllante svizzera nella misura del 3,5% dell'intero fatturato di vendita<sup>5</sup>, **per l'utilizzo**

**del marchio e quale contributo all'immagine.**

Nello specifico, l'Amministrazione finanziaria:

- contestava, in primo luogo, l'inclusione nel fatturato delle vendite effettuate con le società dello stesso gruppo e situate fuori del territorio italiano, nonché il fatto di non aver tenuto conto dei cd. "bonus" sulle vendite riaccreditate ai clienti;
- procedeva, in secondo luogo, a ridefinire la percentuale applicata del 3,5% nella misura del 2% (cui doveva aggiungersi un ulteriore 1,6% per promozione dell'immagine), considerata eccessiva con riferimento al rapporto tra controllante e controllata<sup>6</sup> e al contenuto della controprestazione, nonché superiore al valore normale.

La società ricorrente impugnava la sentenza della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia che aveva accolto l'appello dell'Ufficio, riformando la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale favorevole alla società contribuente. Sul punto il giudice d'appello riteneva legittimo l'accertamento dell'Amministrazione finanziaria sulla base delle seguenti motivazioni:

- nel caso di specie ricorrono i presupposti per l'applicazione della disciplina dei prezzi di trasferimento di cui al comma 7 dell'art. 110 del TUIR, secondo quanto previsto nel-

*in a TP context should remain as close as possible to that of legally protected intellectual property*" (Roberge C. "Transfer Pricing in the Pharmaceutical Industry: the Remuneration of Marketing Intangibles", in <http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/46019470.pdf>).

- 4 A queste definizioni fornite dalle Linee Guida OCSE si affiancano quelle indicate nello IAS 38 ("le conoscenze scientifiche o tecniche, la progettazione e l'attuazione di nuovi processi o sistemi, le licenze, il patrimonio intellettuale, le conoscenze di mercato e i marchi, inclusi i nomi del prodotto e i titoli editoriali. Esempi comuni di elementi compresi in queste ampie voci sono i software per computer, i brevetti, i diritti d'autore, i filmati cinematografici, le anagrafiche clienti, i diritti ipotecari, le licenze di pesca, le quote di importazioni, le concessioni in franchising, le relazioni commerciali con clienti o fornitori, la fidelizzazione della clientela, le quote di mercato e i diritti di marketing") e nel FASB 141 (che distingue tra *marketing-related intangible assets*, *customer-related intangible assets*, *arts-related intangible assets*, *contract-based intangible assets*, *technology-based intangible assets*).
- 5 Con riferimento alla percentuale da applicare si osserva che la cd. "informazione di mercato" è uno dei metodi più utilizzati, vale a dire le royalties annuali applicate nella cessione in uso di marchi e di brevetti (intangibili) ritenuti comparabili. In linea generale il metodo assume che il valore degli intangibili corrisponda alle royalties derivanti dalla loro cessione in uso a terzi. Presupposto del cd. "metodo del royalty rate" risiede nel fatto che i vantaggi dovuti alla presenza di un bene immateriale non possano risultare inferiori rispetto alla quantità che un imprenditore dovrebbe pagare a soggetti terzi per ottenerne l'uso. Per potere definire i termini della comparazione, è necessario tenere in considerazione la "forza" del marchio nelle transazioni che costituiscono i cd. *comparables*. Le royalties vengono valutate tenendo in considerazione una serie di criteri di giudizio (di norma una percentuale del fatturato) e il tasso di royalty si ricava tramite la comparazione con casi analoghi.
- 6 Cfr. il § 23 del cap. IX delle *Guidelines* OCSE ove si afferma che "control should be understood as the capacity to make decisions to take on the risk [...] and decisions on whether and how to manage the risk".

la C.M. 32/80<sup>7</sup> che recepisce le Linee Guida OCSE<sup>8</sup> (nello specifico, **la situazione di controllo societario e il superamento del valore normale delle prestazioni rese**);

- la percentuale del 3,5% risultava ingiustificata in considerazione dell'assetto verticistico del gruppo, della partecipazione per oltre il 99% della cedente svizzera nella società ricorrente (cessionaria), del contenuto del contratto; quest'ultimo prevedeva solo la concessione di un limitato diritto di esclusiva all'utilizzo del marchio della capogruppo che, tuttavia si riservava il diritto di produzione e commercializzazione diretta ed indiretta dei medesimi prodotti;
- la società ricorrente **non aveva dimostrato la sussistenza delle condizioni** (con riferimento ai dati tecnici dell'impresa, al contenuto del contratto e all'effettiva utilità del licenziatario utilità del licenziatario<sup>9</sup>) che, secondo i parametri contenuti nella citata circolare, **consentivano di ritenere normale un valore superiore al 2%**.

Al riguardo, la C.M. 32/80, in considerazione della difficoltà di individuare criteri analitici di determinazione del valore normale delle transazioni aventi ad oggetto beni im-

materiali<sup>10</sup> e considerata l'esigenza di certezza per il contribuente nonché la necessità di un rapido accertamento per l'Amministrazione, precisa che:

- i canoni fino al 2% del fatturato possono essere accettati dall'Amministrazione qualora: (i) la transazione risulti da un contratto redatto per iscritto e anteriore al pagamento del canone e (ii) 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 descritte 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 essere riconosciuto solo in casi eccezionali giustificati dall'alto livello tecnologico del settore economico di riferimento o da altre circostanze.

Secondo la Commissione Tributaria Regionale l'Amministrazione finanziaria aveva, quindi, correttamente rideterminato il valore delle prestazioni entro il 2% in conformità ai parametri delineati nel documento di prassi con riferimento alla cessione di beni immateriali.

---

7 Le principali fonti interpretative della normativa italiana sono la C.M. 22.9.1980 n. 32 e la C.M. 12.12.1981 n. 42. La disciplina italiana relativa ai prezzi di trasferimento nelle transazioni *intercompany* aventi ad oggetto beni immateriali è dettata dal cap. V della C.M. 32/80.

8 La C.M. 32/80 fu emanata a seguito delle *Guidelines* OCSE (16.5.1979) per garantire uniformità interpretativa ed applicativa alla luce delle esperienze acquisite in altri Paesi e degli orientamenti dell'OCSE.

9 Lo studio dei beni immateriali richiede le seguenti fasi:  
"(i) *identifying the legal owner of intangibles based on the terms and conditions of legal arrangements, including relevant registrations, licence agreements, other relevant contracts, and other indicia of legal ownership*;  
(ii) *identifying the parties performing functions [...], using assets, and assuming risks related to developing, enhancing, maintaining and protecting the intangibles by means of the functional analysis*;  
(iii) *confirming the consistency between the conduct of the parties and the terms of the relevant legal arrangements regarding intangible ownership through a detailed functional analysis*;  
(iv) *identifying the controlled transactions related to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles in light of the legal ownership of the intangibles under relevant registrations and contracts and the relevant contributions of functions, assets, risks and other factors contributing to value*;  
(v) *where possible, determining arm's length prices for these transactions consistent with each party's contributions of functions performed, assets used, and risks assumed*; and  
(vi) *in the exceptional circumstances described in paragraphs 1.64 – 1.68, re-characterising transactions as necessary to reflect arm's length conditions*" (OCSE "Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles", 30.7.2013). Cfr. anche Silberstein C., Bennett M.C., Lemein G.D. "The OECD discussion draft on the transfer of intangibles Detailed comments", *Intertax*, Vol. 41, No. 2, 2013; Ashley S. "The future of marketing intangibles in OECD guidance", *TPWeek*, 12.11.2013.

10 Si veda Dawson P.C., Miller S.M. "Optimal Negotiated Transfer Pricing and Its Implications for International Transfer Pricing of Intangibles", Working Paper 2009-06R, University of Connecticut, January 2009.

## LA PRONUNCIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

La società ricorrente impugnava la sentenza della Commissione Tributaria Regionale sostenendo, con il primo motivo di ricorso, che i giudici di appello avrebbero confuso i presupposti che legittimano il ricorso al metodo di accertamento analitico-induttivo, di cui all'art. 39 comma 1 del DPR 600/73, con i metodi per la determinazione del *quantum* della ripresa a tassazione.

Secondo la società ricorrente l'accertamento analitico-induttivo dell'Amministrazione finanziaria era basato esclusivamente sul mero rinvio ai parametri della C.M. 32/80, senza che vi fossero ulteriori elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti idonei a giustificare la rideterminazione del valore delle *royalties*.

Con il secondo motivo di ricorso la società contestava l'omesso esame dei documenti dalla stessa prodotti a dimostrazione della congruità delle *royalties*.

Si trattava, nello specifico, del contratto dal quale emergeva che le percentuali di *royalties* per la realizzazione stilistica, lo sfruttamento del marchio e il contributo all'immagine erano pari al 13%, dei dati contabili (da cui risultavano i risultati economici raggiunti grazie alle licenze), della certificazione di un revisore indipendente, delle specifiche caratteristiche del settore economico nel tipico contesto di riferimento<sup>11</sup>.

La Suprema Corte ha ritenuto infondato il ricorso in quanto nella fattispecie in esame ricorrono specifici elementi che, unitamente considerati, concorrono 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 TUIR.

Nel testo allora vigente il comma 7 dell'art. 110 del TUIR prevedeva 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*"<sup>12</sup>. In linea con il prevalente orientamento giurisprudenziale, la Corte di Cassazione afferma che la norma al comma 7 dell'art. 110 del TUIR non integra una disciplina antielusiva in senso proprio, ma che è finalizzata alla repressione del fenomeno economico del "*transfer pricing*" in sé considerato (spostamento d'imponibile fiscale a seguito di operazioni tra società appartenenti al medesimo gruppo e soggette a normative nazionali differenti).

Per quanto attiene l'**onere della prova**<sup>13</sup>, spetta all'Amministrazione finanziaria dimostrare l'esistenza di transazioni tra imprese collegate ad un prezzo apparentemente inferiore a quello normale senza che sia necessario provare il concreto vantaggio fiscale conseguito dal contribuente. Per converso, incombe sul contribuente, in forza del principio di vic-

11 Nel determinare la comparabilità delle transazioni, il quadro economico svolge un ruolo di primo piano: a parità di altre condizioni, i prezzi di libera concorrenza variano in funzione dei mercati. Le principali condizioni economiche che devono essere considerate nell'analisi di comparabilità di differenti mercati sono l'ubicazione geografica, l'ampiezza, il grado di concorrenza, le relative posizioni competitive di acquirenti e venditori, la disponibilità o il rischio di beni succedanei, i livelli di offerta e domanda, le regolamentazioni amministrative, i costi di trasporto e quelli dei fattori produttivi, la data e la durata delle transazioni.

12 L'art. 110 co. 7 del TUIR è stato modificato dal DL 50/2017 (conv. L. 96/2017), il quale ha sostituito il riferimento al criterio del "*valore normale*" con il principio di libera concorrenza recependo quanto raccomandato in ambito internazionale dalle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento.

13 La giurisprudenza in materia di onere della prova, nell'ambito delle controversie legate al *transfer pricing*, dimostra che i giudici si concentrano talvolta su fattispecie ritenute elusive, specialmente qualora vi sia *passaggio* di materia imponibile verso Stati esteri. In tali casi l'Amministrazione finanziaria dovrebbe dimostrare che le *manovre inter-company* avvengono con l'obiettivo di realizzare un censurabile vantaggio fiscale (trasferendo redditi in Stati caratterizzati da regimi fiscali "*più convenienti*"); solo in seguito, si renderebbe necessario riferirsi al valore normale.

nanza della prova ex art. 2697 c.c., l'onere di dimostrare che tali transazioni siano intervenute per valori di mercato<sup>14</sup>.

La *ratio* della normativa in esame, sottolinea la Corte di Cassazione, è da rinvenirsi nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, il quale prevede la possibilità di sottoporre a tassazione gli utili derivanti da operazioni infragruppo che siano state regolate da condizioni diverse da quelle che sarebbero state convenute fra imprese indipendenti in transazioni comparabili effettuate sul libero mercato. Occorre, quindi, verificare la sostanza economica dell'operazione intervenuta e metterla a confronto con analoghe operazioni realizzate, in circostanze comparabili, in condizioni di libero mercato tra soggetti indipendenti e di valutarne la conformità a queste. La Suprema Corte ha dunque ritenuto legittimo l'accertamento dell'Amministrazione finanziaria che, attenendosi alla C.M. 32/80, rideterminava i costi deducibili a titolo di *royalties*, nella misura del 2%.

Secondo gli ermellini il giudice d'appello avrebbe assunto le percentuali indicate nella C.M. 32/80, quale parametro oggettivo per la determinazione del valore normale, in mancanza di elementi di prova contrari o diversi forniti dalla società contribuente. La Commissione Tributaria Regionale, pur tenendo presente il contratto sopra menzionato, i dati contabili e le specifiche caratteristiche del settore economico, non li avrebbe considerati decisivi, valorizzando piuttosto le argomenta-

zioni dell'Ufficio per ciò che concerne l'organizzazione verticistica del gruppo, la partecipazione quasi totalitaria della controllata da parte della controllante, il contenuto del contratto, le peculiari caratteristiche del settore, che non consentivano di inquadrarlo tra quelli ad alto livello tecnologico, pur riconoscendone il pregio dei prodotti.

Al riguardo è richiamato il costante orientamento 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, l'esame e la valutazione operata dal giudice di merito.

4

#### NATURA E RATIO DELLA DISCIPLINA DEL TRANSFER PRICING E CRITERI DI RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

La Corte di Cassazione è tornata nuovamente a pronunciarsi in tema di *transfer pricing* ed ha ribadito importanti principi in materia, sia sotto il profilo sostanziale che per la conseguente ripartizione dell'onere probatorio<sup>15</sup>.

Per ciò che concerne la **natura della norma**, occorre premettere che, secondo una giurisprudenza più risalente<sup>16</sup>, la norma di cui al comma 7 dell'art. 110 del TUIR veniva ricondotta ad una clausola elusiva, avente l'obiettivo di evitare che all'interno del gruppo fossero effettuati trasferi-

14 "Arm's length pricing for intangible property must take into account for the purposes of comparability the perspective of both the transferor of the property and the transferee. From the perspective of the transferor, the arm's length principle would examine the pricing at which a comparable independent enterprise would be willing to transfer the property. From the perspective of the transferee, a comparable independent enterprise may or may not be prepared to pay such a price, depending on the value and usefulness of the intangible property to the transferee in its business. The transferee will generally be prepared to pay this license fee if the benefit it reasonably expects to secure from the use of the intangibles is satisfactory having regard to other options realistically available. Given that the licensee will have to undertake investments or otherwise incur expenditures to use the licence it has to be determined whether an independent enterprise would be prepared to pay a licence fee of the given amount considering the expected benefits from the additional investments and other expenditures likely to be incurred" (OCSE "Transfer Pricing Guidelines", cit., § 6.14). Cfr. Markham M.A. "The Transfer Pricing of Intangibles", *Kluwer Law International*, 2005.

15 In tema di ripartizione dell'onere della prova nella disciplina del *transfer pricing*, cfr. Cass. 16.1.2019 n. 898; Cass. 7.11.2018 n. 28335; Cass. 1.4.2016 n. 6331; Cass. 18.9.2015 n. 18392, in *Sistema Integrato Eutekne*; C.T. Reg. Lombardia 24.10.2017 n. 4243/6/17. In dottrina cfr. Valente P. "Manuale del transfer pricing", IV ed., Milano, 2018, p. 1663 ss.; Barocchieri F., Colombo A.M. "Transfer pricing documentation: finalità e interpretazioni giurisprudenziali", in *questa Rivista*, 3, 2018; Valente P. "Transfer pricing. Recenti orientamenti della Corte di Cassazione", *ivi*, 5, 2016.

16 Cfr., Cass. 13.10.2006 n. 22023; Cass. 16.5.2007 n. 11226, in *Sistema Integrato Eutekne*.

menti di utili tramite applicazione di prezzi superiori o inferiori al valore normale dei beni ceduti per sottrarli alla tassazione in Italia a favore di tassazioni estere inferiori.

Secondo questa impostazione la manipolazione dei prezzi delle transazioni comporterebbe un aggiramento delle norme applicabili al fine di determinare il reddito d'impresa, per ottenere un vantaggio fiscale consistente nella riduzione del carico impositivo sul gruppo<sup>17</sup>. Pertanto, spetterebbe all'Amministrazione finanziaria provare la presenza dei presupposti dell'elusione, vale a dire la finalità elusiva perseguita dal contribuente che effettua la transazione infragruppo e pertanto il conseguimento di un concreto vantaggio fiscale.

L'attuale orientamento giurisprudenziale appare viepiù diretto a considerare la normativa sul *transfer pricing* come uno **strumento di repressione del fenomeno economico in sé considerato**, che consiste nello spostamento d'imponibile fiscale a seguito di operazioni tra società appartenenti al medesimo gruppo e soggette a normative nazionali differenti<sup>18</sup>. In diverse pronunce la Suprema Corte ha ribadito che il precedente orientamento volto ad attribuire alla disciplina dei prezzi di trasferimento una finalità antielusiva non può più essere condiviso<sup>19</sup>.

La *ratio* della normativa si fonda infatti sul cd. "**principio di libera concorrenza**" di cui all'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE secondo cui "*Allorché [...] le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni, convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che, a causa di dette condizioni, non sono stati realizzati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza*".

La valutazione in base al valore normale si allinea dunque alla cd. "*sostanza economica dell'operazione*" che va confrontata con analoghe operazioni realizzate in circostanze comparabili in condizioni di libero mercato tra parti indipendenti<sup>20</sup>.

Pertanto **l'Amministrazione finanziaria non è tenuta a dimostrare la finalità elusiva perseguita dal contribuente** – ovvero 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 – **ma soltanto lo scostamento del prezzo di transizione dal valore normale**.

17 Al fine di dimostrare che i prezzi infragruppo praticati sono inferiori al valore normale, i giudici della Commissione Tributaria hanno l'onere di provare la violazione della normativa sul *transfer pricing*. Ciò viene fatto attraverso un'analisi dettagliata delle transazioni *inter-company* oggetto di verifica e delle relative condizioni di mercato. Inoltre, la disciplina del *transfer pricing* ha come obiettivo quello di non permettere che all'interno del gruppo multinazionale siano effettuati trasferimenti di utili tramite la rielaborazione dei prezzi di trasferimento con l'evidente fine di sottrarli alla tassazione in Italia, beneficiando al contrario Paesi esteri a fiscalità privilegiata. Tale impostazione prevede che le disposizioni sui prezzi di trasferimento rientrino tra le clausole antielusive costruite per impedire quei processi che hanno come fine quello di ottenere un risparmio di imposta in modo fraudolento tramite la messa in pratica di iniziative senza valide ragioni economiche.

18 Cfr. tra le altre, Cass. 8.5.2013 n. 10739, in *Sistema Integrato Eutekne*, in cui si afferma che "(l)la disciplina italiana del «transfer pricing», come negli altri Paesi, prescinde dalla dimostrazione di una più elevata fiscalità nazionale. La disciplina in parola rappresenta una difesa più avanzata di quella direttamente repressiva dell'elusione. Elusione che, per tale ragione, non occorre dimostrare. E questo, appunto, perché la disciplina di che trattasi è rivolta a reprimere il fenomeno economico in sé"; Cass. n. 18392/2015, cit.; Cass. 15.4.2016 n. 7493; Cass. 30.6.2016 n. 13387; Cass. 15.9.2017 n. 21410, *ivi*.

19 Le *Guidelines* dell'OCSE individuano la funzione della normativa sul *transfer pricing* in un duplice obiettivo: quello di ripartire la potestà impositiva tra gli Stati contraenti e di prevenire la doppia tassazione, non attribuendo espressamente alcuna finalità antielusiva alla disciplina. D'altro canto, la Corte di Giustizia dell'Unione europea individua nella normativa sul *transfer pricing* una funzione di ripartizione del potere impositivo tra gli Stati accompagnata, in via ausiliaria, da una finalità di prevenzione dell'elusione fiscale. Anche gli ultimi orientamenti della giurisprudenza italiana in materia di onere della prova dimostrano come non ci sia ancora univocità su tale tema.

20 Cfr. Cass. 22.11.2017 n. 27787; Cass. 15.11.2017 n. 27018, in *Sistema Integrato Eutekne*, in cui si afferma che "[...] la *ratio* della disciplina di cui all'art. 110, comma 7 TUIR va individuata nel principio di libera concorrenza, esclusa ogni qualificazione della stessa come norma antielusiva".

Spetta invece al 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.

In applicazione del suddetto principio, l'onere probatorio è ripartito avendo riguardo alle concrete possibilità di ciascuna parte di dimostrare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui risulta ragionevole gravare la parte rispetto alla quale è più vicino il fatto da provare.

La soluzione adottata risulta peraltro in linea con il principio consolidato, in tema di accertamento delle imposte sui redditi, secondo cui incombe sul contribuente l'onere di provare i 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<sup>21</sup>.

Ne consegue che, se da un lato l'Amministrazione finanziaria è chiamata a fornire un supporto alle proprie contestazioni dimostrando di aver selezionato le transazioni comparabili mediante un'accurata analisi funzionale e un'attendibile analisi di comparabilità<sup>22</sup> dall'altro lato il contribuente dovrà essere collaborativo fornendo all'Amministrazione finanziaria evidenze documentali e probatorie rilevanti<sup>23</sup>.

Nella sentenza in commento (n. 9615/2019) la Suprema Corte ribadisce la rilevanza del cd. *arm's length principle* quale principio posto a fondamento della disciplina del *transfer pricing*<sup>24</sup>. In particolare, il principio – riconosciuto a livello internazionale – dell'"*arm's length*" secondo il quale, ai fini fiscali, i soggetti "*collegati*", appartenenti al medesimo gruppo multinazionale, devono allocare il reddito in conformità a quanto si rinviene tra soggetti terzi indipendenti, operanti in circostanze comparabili. Finalità del principio dell'"*arm's length*" è dare garanzia che il prezzo effettuato e le condizioni statuite in transazioni tra soggetti collegati siano le medesime previste nei rapporti tra soggetti terzi indipendenti. Nelle relazioni economiche tra imprese indipendenti il compenso per la cessione di beni o la prestazione di servizi riverbera le funzioni che ciascuna impresa svolge<sup>25</sup>.

In questo contesto l'adozione del principio di libera concorrenza nelle *Guidelines* OCSE sui prezzi di trasferimento è riconducibile alla più ampia strategia attuata dai Paesi

21 Cfr., Cass. 17.9.2014 n. 19600; Cass. 25.2.2010 n. 4554; Cass. 30.7.2002 n. 11240, in *Sistema Integrato Eutekne*.

22 In linea generale, l'Amministrazione finanziaria non dovrebbe avere il potere di disconoscere la struttura della transazione; tuttavia, qualora la transazione differisca da quella che sarebbe stata convenuta tra parti indipendenti, l'Autorità fiscale può procedere a rettificare il *transfer price*. Secondo le Linee Guida OCSE (cap. IX, § 9.163), "*MNEs are free to organise their business operations as they see fit. Tax administrations do not have the right to dictate to an MNE how to design its structure or where to locate its business operations. MNE groups cannot be forced to have or maintain any particular level of business presence in a country. They are free to act in their own best commercial interest. In making this decision, tax considerations may be a factor. Tax administrations, however, have the right to determine the tax consequences of the structure put in place by an MNE, subject to the application of treaties and in particular of Article 9 of the OECD Model Tax Convention. This means that tax administrations may perform where appropriate transfer pricing adjustments in accordance with Article 9 of the OECD Model Tax Convention and/or other types of adjustments allowed by their domestic law, to the extent that such adjustments are compatible with their treaty obligations*".

23 L'art. 26 del DL 31.5.2010 n. 78 ("*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività*") ha introdotto in Italia l'onere di predisporre la documentazione necessaria a supportare la politica dei prezzi di trasferimento adottata e il contestuale obbligo di darne comunicazione all'Amministrazione finanziaria. La predisposizione della documentazione non rappresenta un (vero e proprio) obbligo, ma un onere in capo ai soggetti che pongono in essere operazioni *intercompany*, il cui assolvimento può consentire la non applicazione di eventuali sanzioni a seguito di controlli dell'Amministrazione finanziaria.

24 L'OCSE promuove lo sviluppo di regole che prevengano l'erosione della base imponibile mediante lo spostamento di beni immateriali tra società appartenenti ad un determinato gruppo localizzate in Stati diversi. Il trasferimento di beni intangibili può infatti favorire fenomeni di *base erosion and profit shifting* (BEPS), a causa della natura immateriale di tali beni.

25 Assume rilevanza lo studio dei rischi assunti dalle parti nell'espletamento delle proprie funzioni, dal momento che l'assunzione di maggiori rischi comporta in genere un aumento del ritorno economico previsto. Secondo le *Transfer Pricing Guidelines* OCSE, il rispetto del principio del valore normale implica che la remunerazione relativa a transazioni intercorse tra soggetti collegati debba rispecchiare le funzioni svolte, i rischi assunti e gli *assets* utilizzati. In sintesi: quanto minore è il rischio che una parte si assume, tanto minore dovrebbe essere il margine di profitto che ad essa è attribuito.

membri dell'OCSE, volta da un lato ad assicurare la corretta determinazione della base imponibile e dall'altro ad evitare la doppia imposizione in Stati diversi, limitando in tal modo i conflitti tra le diverse Amministrazioni tributarie e incentivando gli investimenti internazionali<sup>26</sup>.

Il capitolo I delle *Guidelines* contiene una chiara riaffermazione dell'*arm's length principle* come sancito dall'art. 9 del Modello OCSE: "*The arm's length principle is sound in theory since it provides the closest approximation of the workings of the open market in cases where property [...] is transferred or services are rendered between associated enterprises. While it may not always be straightforward to apply in practice, it does generally produce appropriate levels of income between members of MNE groups, acceptable to tax administrations. This reflects the economic realities of the controlled taxpayer's particular facts and circumstances and adopts as a benchmark the normal operation of the market.*"

Nel § 1.6 delle *Transfer Pricing Guidelines* l'"**analisi di comparabilità**" viene definita "*the heart of the application of the arm's length principle*" (punto focale dell'applicazione del principio *arm's length*). Nello specifico, le *Transfer Pricing Guidelines* affermano che le transazioni, per essere comparabili, devono presentare un determinato grado di affinità, in relazione al profilo

dei cd. "*cinque fattori di comparabilità*":

- i termini contrattuali delle operazioni;
- le funzioni svolte da ciascuna delle parti coinvolte nelle transazioni, tenendo in considerazione i beni impiegati e i rischi assunti<sup>27</sup>. Inoltre occorre valutare il modo in cui queste funzioni si collegano alla più ampia generazione del valore all'interno del gruppo multinazionale cui le parti appartengono, le circostanze che caratterizzano la transazione, le consuetudini del settore;
- le caratteristiche dei beni ceduti e dei servizi prestati<sup>28</sup>;
- le condizioni economiche delle parti e del mercato in cui esse operano;
- le strategie aziendali seguite dalle parti<sup>29</sup>.

## 6

### CONCLUSIONI

In considerazione della rilevanza che il principio di libera concorrenza riveste nella normativa sui prezzi di trasferimento, con la sentenza n. 9615/2019 la Suprema Corte ha sottolineato la necessità di verificare la sostanza economica della transazione intercorsa 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 queste<sup>30</sup>.

26 Il Rapporto BEPS dell'OCSE ("*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*", 12.2.2013) evidenzia che il principio riconosciuto a livello internazionale, in materia di *transfer pricing* è quello del cd. "*arm's length*" secondo il quale, ai fini fiscali, i soggetti "*collegati*", appartenenti al medesimo gruppo multinazionale, devono allocare il reddito in conformità a quanto si rinviera tra soggetti terzi indipendenti, operanti in circostanze comparabili. Cfr. Lagarden M. "Intangibles in a Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?", *International Transfer pricing Journal*, September/October 2014, p. 331 ss.

27 Linee Guida OCSE (cap. VI, §§ da 6.36 a 6.39). Cfr. Jarczyk D., Cozzo J. "OECD takes position on lack of intangible comparable data but only considers less than 20% of available data", *TPWeek*, 4.11.2013.

28 Il valore di mercato di beni e servizi è strettamente legato alle loro stesse caratteristiche, vero e proprio punto di partenza in sede di comparazione. Nel caso si traferiscano beni materiali, è necessario tenere presente le caratteristiche fisiche di tale bene, in aggiunta alla sua affidabilità, disponibilità, qualità e vendite. Per i beni immateriali è necessario considerare il tipo di transazione, la tipologia di bene, i potenziali vantaggi, la durata e il grado di protezione; nel caso di prestazioni di servizi è necessario considerare la natura, il tipo di servizio e l'estensione.

29 La strategia aziendale seguita da una o entrambe le imprese è determinante nello stabilire il corretto prezzo di trasferimento. Durante la verifica di congruità in relazione al principio di libera concorrenza, la strategia commerciale dell'impresa associata viene messa a confronto con quella proposta da parti autonome in circostanze simili.

30 In senso conforme, cfr. Cass. n. 28335/2018, cit.

Sul punto, le fonti OCSE ritengono necessaria l'analisi del "grado di comparabilità" delle transazioni<sup>31</sup>, asserendo che due transazioni sono comparabili allorquando vengano soddisfatte le seguenti condizioni:

– nessuna delle differenze tra le situazioni

oggetto del confronto può oggettivamente incidere sulla condizione da esaminare dal punto di vista del metodo utilizzato;

– correzioni economicamente accettabili possono essere effettuate al fine di eliminare le conseguenze dovute a tali differenze.

---

31 La locuzione "analisi di comparabilità" viene utilizzata al fine di designare due profili di analisi: (i) la necessaria comprensione delle caratteristiche economicamente rilevanti della cd. *controlled transaction* e del ruolo funzionale assunto dalle parti in essa coinvolte; (ii) il confronto tra le condizioni della cd. *controlled transaction* e quelle previste in transazioni effettuate tra soggetti indipendenti in condizioni di mercato similari.