

TRANSFER PRICING: PER LA NOZIONE DI CONTROLLO VALE UN SIGNIFICATO “AMPIO” (Commento alla sentenza della Cassazione n. 8130 del 22 aprile 2016)

di Francesco Brandi

Ai fini della disciplina di cui all'articolo 110, comma 7, del Tuir (*transfer pricing*), non è applicabile la nozione di controllo societario prevista all'articolo 2359 del codice civile poiché, in assenza di un richiamo espresso nella norma, vale un'interpretazione più ampia riferita all'impresa e non solo alla società.

L'assenza di qualunque riferimento alla nozione di controllo societario costituirebbe la prova della precisa volontà del legislatore di non vincolare la suddetta nozione valida ai fini fiscali ai rigidi requisiti civilistici.

Lo ha stabilito la Cassazione con la sentenza 8130 del 22 aprile 2016, in linea quanto affermato dall'amministrazione finanziaria con la circolare n. 32 del 1980.

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale e la pronuncia della Cassazione. – 2. La disciplina del transfer pricing: natura e relative conseguenze pratiche – 3. La nozione di controllo nella disciplina del transfer pricing. – 4. Conclusioni

1. La vicenda processuale e la pronuncia della Cassazione

La vicenda riguarda il ricorso proposto da una società avverso alcuni atti di accertamento IRES ed IRAP con i quali l'Agenzia delle entrate recuperava, per gli anni dal 2003 al 2006, costi ritenuti ineducibili - connessi a prestazioni infragruppo rese da una società sanmarinese - in quanto riferibili ad operazioni riconducibili al fenomeno elusivo del *transfer pricing*.

Il ricorso veniva respinto, sia in primo grado che in appello, nella considerazione della legittima riconduzione delle operazioni effettuate nell'alveo del *transfer pricing*, sussistendo entrambi i presupposti richiesti dall'art. 110, comma 7, del T.U.I.R., ossia l'esistenza di una situazione di controllo societario (requisito soggettivo), esercitato dalla società sanmarinese, nonché l'eccedenza dei costi dichiarati rispetto al valore normale delle prestazioni rese (requisito oggettivo).

Nell'articolato ricorso in Cassazione, la società eccepisce l'insussistenza del presupposto soggettivo richiesto per l'applicazione della disciplina sul *transfer pricing*, in quanto, benché la norma del T.U.I.R. non richiami espressamente l'art. 2359 c.c., la nozione di controllo cui essa fa riferimento deve desumersi comunque dalla citata disposizione civilistica, senza che assuma rilievo, al riguardo, l'interpretazione ministeriale di cui alla circolare n. 32/1980.

La Suprema Corte rigetta la doglianza, ritenendo sussistere, nella specie, tutti gli elementi del *transfer pricing*, la cui disciplina è volta ad evitare che i corrispettivi delle operazioni commerciali risultino alterati in danno dell'Erario, come nel caso degli scambi transnazionali tra soggetti i cui processi decisionali sono condizionati, poiché funzionali ad un unitario centro di interessi. In questa ipotesi, i corrispettivi medesimi sono sostituiti *ex lege* dal valore normale dei beni oggetto dello scambio, qualora tale sostituzione ricada, in concreto, a vantaggio del Fisco italiano.

Al riguardo, la Corte precisa che, ai fini dell'applicazione della disciplina sul *transfer pricing*, è necessario che l'operazione sia posta in essere tra imprese in rapporto di controllo, di cui, tuttavia, né la norma nazionale né i modelli OCSE forniscono una definizione.

Per colmare tale lacuna, parte della

dottrina e della giurisprudenza, fanno riferimento alla nozione civilistica di controllo, contenuta nell'art. 2359, comma 1, c.c., mentre, altra parte, ritiene tale definizione troppo limitativa.

I giudici di legittimità propendono per quest'ultima soluzione, in quanto, partendo dal fatto che la norma fiscale non rinvia espressamente all'art. 2359 c.c., sono dell'avviso che non bisogna limitarsi a verificare la sussistenza dei presupposti richiesti dal citato art. 2359, ma è necessario indagare le situazioni economiche di fatto.

Da tali premesse, la Cassazione conclude che, nel caso di specie, sussiste una situazione di controllo in quanto la società ricorrente, priva di un'autonoma struttura commerciale, aveva affidato alla società estera, titolare del 24% del proprio capitale, l'incarico di provvedere in esclusiva alla commercializzazione dei propri prodotti, realizzando, in tal modo, l'ipotesi contemplata nella citata interpretazione ministeriale che, fra le circostanze ritenute sintomatiche dell'influenza anche solo potenziale di una società sulle decisioni imprenditoriali di altra società, indica anche la vendita di prodotti fabbricati dall'altra impresa e l'impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione dell'altra.

2. La disciplina del *transfer pricing*: natura e relative conseguenze pratiche.

Nell'interessante pronuncia n. 8130 del 22 aprile 2016 la Cassazione fornisce una chiara e precisa definizione del concetto di "controllo", nell'ambito del contrasto del fenomeno dei prezzi di trasferimento (c.d. *transfer pricing*), in linea, peraltro, con l'interpretazione resa dall'Amministrazione finanziaria nella datata ma evidentemente ancora attuale circolare n. 32/1980.

Partendo dal dato testuale, secondo l'articolo 110, comma 7 del T.U.I.R., "*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 ai sensi dell'art. 9 del TUIR, "*se ne deriva aumento del reddito*" e, quindi, di materia imponibile in Italia.

Come rilevano i giudici di legittimità, tale disciplina "*ha la finalità di consentire all'Amministrazione finanziaria un controllo dei corrispettivi applicati alle operazioni commerciali e/o finanziarie intercorse tra società collegate e/o controllate residenti in nazioni diverse, al fine di evitare che vi siano aggiustamenti artificiali di tali prezzi, determinati dallo scopo di ottimizzare il carico fiscale di gruppo, ad esempio, canalizzando il reddito verso le società dislocate in aree o giurisdizioni caratterizzate da una fiscalità più mite*".

La suddetta norma costituisce una deroga al principio per cui, nel sistema delle imposte dirette, il reddito viene determinato sulla base dei corrispettivi pattuiti dalle parti nella singola operazione commerciale. La presenza di transazioni connotate, anziché da un contrasto, da una comunanza di interessi tra le parti contraenti ha indotto il legislatore tributario a derogare, per la misurazione della capacità economica dei singoli contribuenti, ai corrispettivi contrattuali. Manca infatti la garanzia che tali corrispettivi esprimano gli effettivi sottostanti spostamenti di ricchezza, poiché gli stessi possono essere fissati con altri obiettivi, ed *in primis* in funzione della minimizzazione del carico fiscale di gruppo.

Quando si parla di «manipolazione» dei corrispettivi intragruppo, non si vuole evocare alcuna ipotesi di simulazione

o dissimulazione degli stessi: il corrispettivo pattuito tra parti correlate è un corrispettivo effettivo e realmente voluto dalle parti (che potrebbero appunto fissarlo a quel livello in funzione di un obiettivo di minimizzazione del carico fiscale di gruppo). La situazione è dunque ben diversa rispetto a quella che si verifica tra parti indipendenti, dove la divergenza tra il prezzo contrattuale e il «valore di mercato» può nascondere una controdi chiarazione avente ad oggetto il corrispettivo reale: quando la controparte contrattuale è realmente «terza», cioè non stretta da alcun vincolo di appartenenza al gruppo o da vincoli di altra natura in grado di determinare una comunanza di interessi nella fissazione dei corrispettivi, una significativa discrepanza tra il corrispettivo pattuito e il valore di mercato del bene potrebbe sottendere un'ipotesi di simulazione o parziale occultamento di corrispettivo, che va invece in linea di massima esclusa nei rapporti tra imprese emanazione di un unico soggetto economico.

La disciplina, all'inizio, era stata interpretata in chiave "antielusiva" in linea con i principi comunitari in tema di abuso del diritto, in quanto finalizzata ad evitare che all'interno del gruppo di società vengano effettuati trasferimenti di utili mediante l'applicazione di prezzi inferiori o superiori al valore normale dei beni ceduti, al fine di sottrarli all'imposizione fiscale in Italia a favore di tassazioni estere inferiori (cfr. Cass. n. 22023 del 2006, n. 11226 del 2007 e n. 11949 del 2012).

In particolare i giudici contestavano all'Amministrazione finanziaria di non dare prova del fatto che nello Stato di residenza della consociata estera vi fosse una tassazione più favorevole rispetto a quella italiana, trattandosi, nel caso di specie di "*clausola antielusiva che trova, non solo, radici nei principi comunitari in tema di abuso del diritto (cioè strumentalmente piegato in*

funzione anomala e/o eccedente il suo normale esercizio) richiamati soprattutto in materia doganale per contrastare operazioni compiute al solo scopo di trarre benefici dalle agevolazioni daziarie (così Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 2000, in causa C-110/99, Emsland-Starke GmbH) ma anche immanenza in diversi settori del diritto tributario nazionale essendo consentito all'Amministrazione finanziaria di disconoscere - ad esempio - i vantaggi fiscali conseguiti da operazioni societarie (art. 10 della L. n. 408/1990) poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta. Questa Corte ha già avuto modo di precisare che l'onere della prova della ricorrenza dei presupposti dell'elusione grava in ogni caso sull'Amministrazione che intenda operare le conseguenti rettifiche".

Di seguito la Cassazione, mutando decisamente rotta (ed alleggerendo in tal modo l'onere probatorio gravante sull'Amministrazione finanziaria), ha precisato che la funzione della normativa sul *transfer pricing* ha un duplice obiettivo: quello di ripartire la potestà impositiva tra gli Stati contraenti e di prevenire la doppia imposizione.

Di conseguenza, in *subiecta materia*, l'onere dell'Amministrazione finanziaria resta limitato alla dimostrazione dell'esistenza di transazioni tra imprese collegate e dello scostamento evidente tra il corrispettivo pattuito e quello di mercato (valore normale), non essendo tale onere esteso alla prova della funzione elusiva dell'operazione; di contro, in base al principio di vicinanza della prova, il contribuente deve provare non soltanto l'esistenza e l'inerenza dei costi dedotti, ma anche ogni altro elemento che consenta all'Ufficio di ritenere che la transazione sia intervenuta per valori di mercato da considerarsi normali alla stregua del disposto di cui al D.P.R. n. 917 del 1986, art. 9, comma 3 (cfr. Cass.

n. 11949 del 2012 e n. 22010 del 2013).

In particolare con l'emblematica sentenza n. 10739 del 2013, la Suprema Corte distinguendo nettamente i fenomeni di *transfer pricing* da quelli elusivi, ha affermato che *“la disciplina italiana del transfer pricing, come negli altri Paesi, prescinde dalla dimostrazione di una più elevata fiscalità nazionale. Se si vuole, la disciplina in parola rappresenta una difesa più avanzata di quella direttamente repressiva della 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. Difatti, tra gli elementi costitutivi della fattispecie repressiva del transfer pricing di cui dal D.P.R. n. 917 del 1986, art. 76, comma 5 (oggi art. 110, comma 7), non si rinviene quello della maggiore fiscalità nazionale. Non occorre, si ripete, provare la elusione”*.

Gli stessi giudici dunque precisano che, una volta constatato lo scostamento tra corrispettivo pattuito e valore di mercato, *«è pertanto necessario, da parte dell'Amministrazione, soltanto dimostrare l'esistenza di transazioni tra imprese collegate. Spetta invece al contribuente, secondo le regole ordinarie di vicinanza della prova di cui all'art. 2697 c.c., dimostrare che le transazioni sono intervenute per valori di mercato da considerarsi normali à sensi del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 9, comma 3. Disposizione per la quale, come noto, son da intendersi normali i prezzi di beni e servizi praticati “in condizioni di libera concorrenza” con riferimento, “in quanto possibile”, a listini e tariffe d'uso. Ciò che, quindi, non esclude altri mezzi di prova documentali”*¹.

¹ Con sentenza 13 luglio 2012, n. 11949, la Cassazione è intervenuta con riferimento ad una fattispecie in cui l'Amministrazione aveva disconosciuto costi, sostenuti per l'acquisto - da parte di una società italiana - di prodotti “software” da una consorella inglese, in quanto superiori al “valore normale” dei beni ceduti; in particolare, la

Con tale posizione, la Corte si è avvicinata ai principi internazionali in tema di *transfer pricing*, individuati nelle *Guidelines* dell'OCSE secondo cui la funzione della normativa sul *transfer pricing* ha un duplice obiettivo: quello di ripartire la potestà impositiva tra gli Stati contraenti e di prevenire la doppia imposizione, con ciò senza attribuire alcuna finalità antielusiva alla disciplina in esame. Analogamente la Corte di Giustizia UE (Sentenza del 21 gennaio 2010, causa C-311/08), chiamata a pronunciarsi sulla legittimità comunitaria della disciplina belga in materia di *transfer pricing*, ne ha giustificato l'utilizzo, e quindi la sua compatibilità con le disposizioni del Trattato UE, in ragione della natura di disciplina diretta in via principale alla *“tutela della ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri”*.

società inglese aveva proceduto all'“addebito alla società italiana di consistenti rettifiche in aumento dei prezzi in precedenza applicati, in relazione ad alcuni prodotti software dalla medesima acquistati nel corso dell'esercizio”. I giudici di legittimità affermano al riguardo che l'art. 110, c. 7 del TUIR “costituisce (...) una deroga al principio per cui, nel sistema di imposizione sul reddito, questo viene determinato sulla base dei corrispettivi pattuiti dalle parti della singola transazione commerciale (D.P.R. n. 917 del 1986, art. 109). Nelle ipotesi in cui tali corrispettivi risultano scarsamente attendibili e possono essere manipolati in danno del Fisco italiano, come nel caso degli scambi transnazionali tra soggetti i cui processi decisionali sono condizionati, poiché funzionali ad un unitario centro di interessi, i corrispettivi medesimi sono - per vero - sostituiti, per volontà di legge, dal “valore normale” dei beni o dei servizi oggetto dello scambio, qualora tale sostituzione ricada, in concreto, a vantaggio del Fisco italiano. Sotto il profilo in esame, dunque, può dirsi che la previsione in parola completa il catalogo delle garanzie offerte dalla legislazione a favore dell'Erario, con riferimento a tutte quelle ipotesi nelle quali il corrispettivo pattuito - data la sostanziale unicità del soggetto economico, trattandosi di rapporti commerciali tra articolazioni dello stesso gruppo - può non riflettere il reale valore dei beni e dei servizi scambiati. La disposizione di cui al D.P.R. n. 917 del 1986, art. 110, comma 7, pertanto, (...) ha la finalità ulteriore di evitare che, mediante fenomeni non simulatori come l'alterazione del prezzo di trasferimento, l'Erario italiano abbia a subire comunque un concreto pregiudizio”.

3. La nozione di controllo nella disciplina del *transfer pricing*.

Da una interpretazione letterale del comma 7 dell'articolo 110 si evince che l'elemento fondamentale, sotto il profilo soggettivo, per l'applicazione della disciplina in esame è il rapporto di controllo in essere tra le imprese, ma per tale concetto né la normativa interna né l'articolo 9 del modello di convenzione Ocse, alle cui linee guida si ispira la disposizione nazionale, forniscono una espressa definizione.

Per colmare tale vuoto legislativo, una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito fanno riferimento alla nozione di controllo societario "civilistico", di cui all'articolo 2359, secondo il quale sono considerate "*società controllate*,

1) *le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*
2) *le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*

3) *le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi".

Secondo la tesi in esame², la nozione di

2 Tale soluzione di individuare il concetto di controllo valevole ai fini del *transfer pricing* facendo perno sulla nozione civilistica offerta dall'art. 2359 c.c. era stata in passato fatta propria da parte della dottrina (S. MAYR, Il valore normale nei rapporti tra società italiane e controllate estere, in *Corr. Trib.*, 1990, 1993), nonché della giurisprudenza di merito (Comm. Trib. Prov. di Alessandria n. 1416 del 28 novembre 1995) ma tale tesi, come dimostrato dalla pronuncia in commento, risulterebbe definitivamente superata (in argomento, si vedano P. VALENTE, *Manuale del transfer Pricing*, 2012, 226- 227, per il quale, peraltro, la nozione di

controllo "ampio" non è accettabile, in quanto il comma 7 dell'articolo 110 si riferisce al concetto di controllo e non a quello di influenza dominante. Tale minoritaria interpretazione è stata, tuttavia, superata sia dalla prassi ministeriale sia dalla più recente giurisprudenza di legittimità, che ritengono tale tesi troppo restrittiva del concetto di controllo societario.

Con la ancora attuale circolare 32/1980, l'amministrazione finanziaria ha espressamente escluso che, ai fini dell'applicazione della normativa in tema di *transfer pricing*, il controllo esercitato sull'impresa sia riconducibile nei limiti previsti dall'articolo 2359 cc. E, invero, un'impostazione civilistica del concetto di controllo, secondo sempre il citato documento di prassi, oltre che sottrarre alla disciplina del prezzo di trasferimento transazioni spesso praticate nel commercio internazionale, risentirebbe negativamente della stessa disciplina deficitaria dell'articolo 2359 cc.

Insostanza, il concetto di controllo in esame differisce da quello civilistico in quanto contrassegnato da esigenze di elasticità e trova collocazione in un contesto economico dinamico, tenendo presente, cioè, che le variazioni di prezzo nelle transazioni commerciali trovano spesso il loro presupposto fondamentale nel potere di una parte di incidere sull'altrui volontà non in base al meccanismo del mercato, ma in dipendenza degli interessi di una sola delle parti contraenti o di un gruppo. Pertanto, il criterio di collegamento che determina l'alterazione dei prezzi di trasferimento è spesso costituito dall'influenza di un'impresa sulle controllo di cui alla circ. n. 32 del 1980 sarebbe in linea con la direttiva n. 83/349/CE del Consiglio UE del 13 giugno 1983 in tema di bilanci consolidati ove si riconosce che l'esercizio effettivo del controllo può realizzarsi anche in presenza di partecipazioni minoritarie, nonché E. DELLA VALLE, *Commento all'art. 110, co. 7-12-bis del TUIR*, in G. Tinelli (a cura di), *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009, 1033).

decisioni imprenditoriali dell'altra, che va ben oltre i vincoli contrattuali o azionari, sconfinando in considerazioni di fatto di carattere meramente economico. Ne discende che il concetto di "controllo", così come inteso nella prassi ministeriale, deve essere esteso a ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale desumibile dalle singole circostanze, quali, in particolare:

- vendita esclusiva di prodotti fabbricati dall'altra impresa
- impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa (fattispecie comprensiva delle *joint venture*)
- diritto di nomina dei membri del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi della società
- membri comuni del consiglio di amministrazione
- relazioni di famiglia tra le parti
- concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria
- partecipazione da parte delle imprese a centrali di approvvigionamento o vendita
- partecipazione delle imprese a cartelli o consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione di prezzi
- controllo di approvvigionamento o di sbocchi
- serie di contratti che modellino una situazione monopolistica
- in generale, tutte le ipotesi in cui venga esercitata potenzialmente o attualmente un'influenza sulle decisioni imprenditoriali.

Ne consegue che la disciplina contenuta nell'articolo 110, comma 7, del Tuir,

trova applicazione non solo nelle ipotesi di controllo previste dall'articolo 2359 cc, ma in tutti quei casi in cui emergono commistioni di interessi tali da far presupporre l'unicità di governo delle imprese interessate. Occorre, tra l'altro, evidenziare che il concetto di controllo, così come inteso dalla prassi ministeriale, trova conferma anche in ambito europeo: e invero, secondo la settima direttiva del Consiglio dell'Ue (direttiva n. 83/349/Cee), l'esercizio effettivo del controllo può realizzarsi anche in presenza di partecipazioni minoritarie.

Del resto, già prima dell'interpretazione fornita dalla pronuncia in commento si sosteneva che nell'ambito della disciplina sul *transfer pricing* non si potesse fare esclusivo riferimento al concetto civilistico di "controllo" – o di "influenza dominante", secondo il dato testuale offerto dal previgente art. 75 del D.P.R. n. 597 del 1973 – perché fuorviante rispetto ad una disposizione che "*nasce dall'esigenza di evitare manipolazioni delle componenti reddituali*" e si auspicava, pertanto, una modifica normativa che permettesse di ricomprendere nell'ambito applicativo della disposizione "*tutte le fattispecie in cui il rapporto giuridico o economico tra i soggetti è di tale rilievo da presupporre un'alterazione dei valori negli scambi commerciali, con una pratica assimilazione all'ipotesi di comunanza di interessi*"³

4. Conclusioni

Con la sentenza in esame, i giudici, nell'esprimere il proprio convincimento hanno espressamente aderito a uno dei due diversi orientamenti interpretativi emersi sul tema e, cioè, a quello che riconosce la sufficienza dell'"influenza economica" per l'applicabilità della disciplina fiscale in questione.

³ cfr. G. MAISTO, *Il transfer price nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova, 1984, p. 69.

Pertanto, l'assenza di qualunque riferimento alla nozione di controllo societario nella disciplina del *transfer pricing* è la prova della precisa volontà del legislatore di non vincolare la suddetta nozione valida ai fini fiscali ai rigidi requisiti civilistici.

Tale interpretazione trova, tra l'altro, conferma nell'utilizzo del termine di "impresa", di cui all'articolo 110, comma 7, del Tuir, concetto sicuramente più esteso rispetto a quello di "società", facendo questo riferimento esclusivamente a rapporti tra due o più società.

Del resto, tale conclusione sembra maggiormente coerente con la più recente impostazione teorica sul principio di capacità contributiva, sempre più associata al concetto di potenzialità economica. Tale concetto ricomprende anche situazioni (o "posizioni di mercato") che esprimono una idoneità ad influire sull'acquisto o sullo scambio di beni o servizi o comunque una "capacità di comando" dei fattori produttivi e che appaiono dunque qualificabili come assetti funzionali a realizzare interessi economici e a soddisfare esigenze ed obiettivi valutabili in termini economici. Evidentemente, seguendo tale recente impostazione il presupposto dei tributi può essere esteso anche a fattispecie che non prevedono elementi patrimoniali (come ad esempio nell'IRAP o nei tributi ecologici). La capacità di concorrere alle spese pubbliche non è più individuata secondo criteri meramente formali (la consistenza numerica del patrimonio), ma è ricostruita in relazione ad aspetti sostanziali del circuito economico, venendo attribuito rilievo ad elementi di fatto apparentemente intangibili (il dominio dei fattori produttivi o il condizionamento della domanda), che però esprimono la "forza" effettiva di un soggetto sul mercato⁴.

Di qui il riconoscimento da parte della

⁴ Cfr. Boria P., Diritto Tributario, Capitolo II, paragrafo 4.3.

commentata pronuncai, ai fini della individuazione della nozione di controllo nell'ambito della disciplina sul *transfer pricing*, della validità ed attualità delle indicazioni fornite dalla circolare ministeriale 32/1980.