



Metodi di transfer pricing: preferenza del CUP interno da parte della Cassazione

Alessandro Valente
Federico Vincenti



Articolo pubblicato su *Amministrazione & Finanza* n. 7/2023

Metodi di transfer pricing: preferenza del CUP interno da parte della Cassazione

di Federico Vincenti (*) e Alessandro Valente (**)

Con la sentenza n. 11625 del 4 maggio 2023 la Corte di cassazione si è soffermata su principi rilevanti sia in ambito transfer pricing che in ambito processuale. Con riferimento al primo aspetto è stata rilevata l'erroneità, nel caso di specie, del CUP esterno (c.d. del confronto esterno) impiegato dall'Agenzia delle entrate per l'individuazione del valore di libera concorrenza e conseguente legittimità del metodo CUP interno, con riferimento agli interessi passivi dedotti da una società italiana in relazione a un finanziamento erogato dalla società capogruppo tedesca. Con riferimento all'aspetto processuale la Corte di cassazione si è pronunciata in merito agli effetti della formazione del giudicato interno.

Premessa

I metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento, propedeutici alla valutazione e all'analisi delle condizioni negoziate (o imposte) nei rapporti tra imprese associate, sono volti all'individuazione dei valori di libera concorrenza (1), vale a dire all'individuazione dei valori che sarebbero stati patuiti tra imprese indipendenti non vincolate dal rapporto di partecipazione al medesimo gruppo multinazionale.

Ai fini della scelta della "migliore" metodologia applicabile, occorre valorizzare quanto evidenziato dalle *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE (2).

Con l'aggiornamento delle *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE del 2010, è stata eliminata la c.d. gerarchia dei metodi che prevedeva l'applicazione dei metodi tradizionali e solo, in caso di non possibile applicazione degli stessi, il ricorso ai metodi reddituali.

A partire dal 2010, occorre procedere alla selezione e applicazione del principio del c.d. *best method*, vale a dire è necessario selezionare il metodo più appropriato alle specifiche circostanze del caso oggetto di analisi, considerando:

- i vantaggi e svantaggi dei singoli metodi;
- la disponibilità di informazioni affidabili;
- la coerenza del metodo considerato con la natura della transazione controllata.

Il capitolo II delle *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE del 2022 (parr. da 2.14 a 2.61) descrive i c.d. metodi tradizionali per la determinazione del prezzo di trasferimento basati sulla transazione (*traditional transaction methods*):

- *Comparable Uncontrolled Price* (CUP);
- metodo del prezzo di rivendita (*Resale Minus*);
- metodo del costo maggiorato (*Cost Plus*).

Il capitolo II delle *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE del 2022 (parr. da 2.62 a 2.187) descrive i c.d. metodi reddituali per la determinazione del prezzo di trasferimento basati sulla transazione (*transactional profit methods*):

- metodo della ripartizione dei profitti (*Profit Split*);
- metodo del margine netto della transazione (TNMM).

Il c.d. *Comparable Uncontrolled Price* (di seguito anche "CUP" o "metodo del confronto del prezzo") si concretizza mediante la

Note:

(*) Crowe Valente/Valente Associati GEB Partners/Crowe UAE

(**) Crowe Valente/Valente Associati GEB Partners/Crowe UAE

(1) In linea con le *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE, si delinea una distinzione tra metodi c.d. tradizionali, basati sulla transazione, e metodi c.d. alternativi, basati sugli utili.

(2) Per ulteriori approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, 2022, IPSOA, Milano.

comparazione tra i prezzi dei beni e dei servizi trasferiti nelle transazioni oggetto di verifica con quelli applicati a transazioni comparabili effettuate da/con imprese indipendenti; qualora ricorrano le condizioni di comparabilità, il prezzo praticato va sostituito con quello di libera concorrenza (3).

Il Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 14 maggio 2018, recante le Linee Guida per l'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 110, comma 7, del T.U.I.R., in conformità a quanto previsto dalle Linee Guida OCSE, abbandona la gerarchia dei metodi prevista dalla C.M. n. 32/1980 disponendo, all'art. 4, che "la valorizzazione di un'operazione controllata in base al principio di libera concorrenza è determinata applicando il metodo più appropriato alle specifiche circostanze del caso", il quale dovrà essere selezionato (in linea con quanto previsto dalle *Guidelines* OCSE) tenendo conto:

- dei punti di forza e di debolezza di ciascun metodo a seconda delle circostanze del caso;
- dell'adeguatezza del metodo in considerazione delle caratteristiche economicamente rilevanti dell'operazione controllata;
- della disponibilità di informazioni affidabili, in particolare, in relazione a operazioni non controllate comparabili;
- del grado di comparabilità tra l'operazione controllata e l'operazione non controllata, considerando anche l'affidabilità di eventuali rettifiche di comparabilità necessarie per eliminare gli effetti delle differenze tra le predette operazioni.

Il comma 2 dell'art. 4 del predetto decreto:

- indica i cinque metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento conformi al principio di libera concorrenza (4) in linea con quanto previsto dalle *Guidelines* OCSE; e
- definisce il CUP come il metodo "basato sul confronto tra il prezzo praticato nella cessione di beni o nelle prestazioni di servizi resi in un'operazione controllata con il prezzo praticato in operazioni non controllate comparabili".

Il CUP nelle transfer pricing guidelines: la distinzione tra "confronto interno" e "confronto esterno"

In relazione a quanto disposto dalle Linee Guida OCSE, il metodo CUP "confronta il prezzo di beni o servizi trasferiti nel corso di

una transazione tra imprese associate con il prezzo applicato a beni o servizi trasferiti nel corso di una transazione comparabile sul libero mercato in circostanze comparabili" (5). Tale metodologia si fonda sull'analisi della congruità del prezzo applicato in una transazione "controllata" rispetto al prezzo che sarebbe stato stabilito per analoghe transazioni intercorse tra entità indipendenti, nelle medesime condizioni di mercato.

Si definisce "confronto interno" il metodo, fondato sull'individuazione del valore di una transazione tra una società ed una sua parte correlata rispetto ad una transazione comparabile posta in essere tra la medesima società (o dalla parte correlata) ed una parte terza.

Il metodo risulta di immediata fruibilità operativa laddove vi sia la possibilità di individuare transazioni infragruppo comparabili rispetto a transazioni poste in essere con terze parti.

Il disposto dell'art. 9 del T.U.I.R., nella previgente disciplina sui prezzi di trasferimento prevista dall'art. 110, comma 7, del T.U.I.R., prevedeva di far riferimento (ai fini della determinazione del c.d. valore normale) ai "listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi".

La nuova formulazione dell'art. 110, comma 7 del T.U.I.R. elimina il riferimento al c.d. valore normale prevedendo espressamente che i componenti di reddito derivanti da transazioni infragruppo devono essere determinati "(...) alle condizioni ed ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza ed in circostanze comparabili (...)".

Note:

(3) "Il metodo CUP confronta il prezzo di beni o servizi trasferiti nel corso di una transazione tra imprese associate con il prezzo applicato a beni o servizi trasferiti nel corso di una transazione comparabile sul libero mercato in circostanze comparabili. Se vi è una differenza tra i due prezzi, ciò può indicare che le condizioni delle relazioni commerciali e finanziarie delle imprese associate non sono concorrenziali, risultando pertanto necessario sostituire il prezzo applicato nel corso di una transazione controllata con il prezzo della transazione sul libero mercato" (OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*, 2022, par. 2.14).

(4) Metodo del confronto di prezzo, Metodo del prezzo di rivendita, Metodo del costo maggiorato, Metodo del margine netto della transazione, Metodo transazionale di ripartizione degli utili.

(5) OCSE, *Transfer Pricing Guidelines*, op. cit., par. 2.14.

Qualora dovesse essere impossibile procedere con il confronto interno si può optare per l'applicazione del confronto che si riferisca alla medesima transazione, benché avvenuta fra due imprese completamente indipendenti. Questa tipologia di approccio è definita come "confronto esterno".

Il confronto esterno, rispetto a quello interno, impone di valutare diversi elementi, ai fini della "bontà" della comparazione effettuata.

Più nel dettaglio occorre prendere in considerazione i seguenti fattori:

- il mercato rilevante: è necessario verificare l'esistenza di un mercato che presenti transazioni comparabili con quelle esaminate. La "somialianza" deve tener conto:

- di fattori meramente competitivi;
- della regolamentazione dei prezzi;
- dei tassi di cambio;
- dei costi di distribuzione locali.

È necessario prendere in esame un mercato in cui sono venduti gli stessi prodotti o, se definiti, i prezzi indicati dall'Amministrazione fiscale estera per operazioni comparabili;

- la qualità del prodotto: sia l'aspetto esteriore che quello più sostanziale possono influenzare il prezzo stabilito, ne consegue che diventa necessario tenere in considerazione tali aspetti nella valutazione dei beni oggetto delle transazioni;

- altri requisiti: fra le variabili da tenere in considerazione, vi sono elementi riconducibili a:

- trasporto;
- imballaggio;
- pubblicità;
- commercializzazione;
- garanzia;
- tassi di cambio (fatturazioni in valute diverse);
- condizioni generali di vendita;
- vendita accompagnata da diritti immateriali;
- tempo della vendita;
- vendite promozionali;
- sconti sulla quantità.

La presenza di eventuali differenze fra i prezzi esaminati, tenendo conto dei fattori evidenziati, possono essere agevolmente quantificabili laddove siano immediatamente riconducibili a particolari condizioni di trasporto, ad eventuali dazi doganali e prelievi all'importazione, ovvero a differenti termini di pagamento.

La verifica delle suindicate condizioni consente di "depurare" il prezzo della transazione esaminata dall'effetto prodotto dai citati

fattori, in modo tale da ottenere un valore significativamente raffrontabile con quello praticato (c.d. valore differenziale).

Come indicato dal par. 2.18 delle *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE, il metodo del confronto del prezzo, nella sua versione esterna, è un metodo particolarmente appropriato per determinare il prezzo di libera concorrenza per il trasferimento tra imprese associate di beni fungibili offerti sul mercato senza differenze qualitative (ad esempio *commodities*). Il riferimento alle *commodities* deve essere inteso in modo da includere tutti i beni tangibili per i quali parti indipendenti, nel fissare il prezzo delle transazioni con soggetti terzi, utilizzano un prezzo di borsa.

Il termine "prezzo di borsa" fa riferimento al prezzo delle *commodities* nel periodo di pertinenza ottenuto su un mercato internazionale o domestico. In tale contesto, il prezzo di borsa fa riferimento anche ai prezzi ottenuti da listini o agenzie statistiche riconosciute e trasparenti, ovvero da agenzie governative dedite alla fissazione dei prezzi, a condizione che tali indici siano utilizzati da parti indipendenti come punto di riferimento per determinare i prezzi delle relative transazioni.

In pratica, i prezzi di borsa delle *commodities* generalmente riflettono l'accordo, tra compratori e venditori indipendenti presenti sul mercato, sul prezzo di uno specifico tipo e quantità di *commodities*, negoziate sulla base di specifiche condizioni in un preciso momento.

A prescindere dall'applicazione del confronto interno o esterno, è necessario valutare la comparabilità delle transazioni oggetto di analisi con quelle utilizzate per il confronto.

L'utilizzo, nella definizione di cui alle *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE, del termine "comparabile" in luogo di "uguale" permette di osservare che la condizione richiesta per l'utilizzo del metodo del confronto del prezzo non è l'"uguaglianza" tra transazioni, bensì la loro "comparabilità" (6).

Per quanto attiene al requisito di comparabilità, le *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE

Nota:

(6) La scelta di un criterio meno selettivo, quello appunto della comparabilità, non è affatto casuale, in quanto - diversamente dalla condizione di uguaglianza che avrebbe reso impossibile individuare due operazioni tra loro perfettamente identiche - consente una più agevole identificazione delle operazioni.

individuano due condizioni alternative, al verificarsi delle quali un'operazione sul libero mercato si ritiene comparabile con l'operazione in essere tra imprese associate (7):

- nessuna delle differenze (qualora esistenti) può effettivamente incidere in modo rilevante sul prezzo di libero mercato;
- è possibile effettuare correzioni economicamente significative che eliminino gli effetti essenziali delle differenze.

L'attendibilità di tale alternativa è molto influenzata dalla corretta individuazione di transazioni simili per qualità, tempi, luoghi e metodi di scambio (8).

La comparabilità tra due transazioni deve essere valutata tenendo conto di cinque fattori di comparabilità (c.d. caratteristiche economicamente rilevanti):

1) caratteristiche dei beni e dei servizi: a fronte di transazioni aventi ad oggetto beni materiali, andranno individuate le caratteristiche fisiche del bene, la qualità ed affidabilità, la disponibilità e reperibilità sul mercato, nonché il volume delle forniture; viceversa, nel caso di transazioni attinenti prestazioni di servizi, sarà importante analizzare l'effettività, la natura, l'estensione e lo scopo del servizio (9);

2) analisi funzionale: le imprese indipendenti coinvolte in transazioni con soggetti esterni tendono a stabilire il proprio compenso in relazione alle funzioni effettivamente svolte nella produzione di un bene o nella realizzazione di un servizio oggetto della transazione.

Tale analisi influisce inoltre sulla conseguente valutazione delle risorse utilizzate (impianti, attrezzature, utilizzo di beni immateriali) e dei rischi assunti.

In altri termini, per determinare se una transazione "controllata" ed una transazione tra imprese indipendenti sono comparabili, è necessario identificare e confrontare le funzioni svolte e le responsabilità assunte dalle imprese in esame;

3) condizioni contrattuali: l'analisi delle condizioni contrattuali sottostanti la transazione controllata contribuisce a determinare la ripartizione delle responsabilità, dei rischi e dei benefici tra le parti (10).

I rapporti contrattuali devono comunque essere desunti dall'attività effettivamente svolta (vale a dire dall'effettiva condotta delle parti) e dai principi economici generali riconosciuti in genere da imprese indipendenti;

4) circostanze economiche: con riguardo all'analisi dei profili di comparabilità delle transazioni, è necessario procedere ad una verifica circa l'omogeneità dei mercati nei quali l'impresa del gruppo e l'impresa indipendente operano.

Quanto detto al fine di appurare se e come le eventuali differenze esistenti non abbiano

Note:

(7) "(...) una transazione sul libero mercato è comparabile ad una transazione tra imprese associate (cioè, una transazione non controllata comparabile) ai fini del metodo CUP se una delle due seguenti condizioni viene soddisfatta: a) nessuna delle differenze (nel caso ve ne siano) tra le transazioni comparate o tra le imprese che avviano dette transazioni può influenzare in modo rilevante il prezzo di libero mercato; oppure b) si possono apportare delle correzioni sufficientemente accurate allo scopo di eliminare gli effetti essenziali di dette differenze. Quando è possibile individuare transazioni comparabili sul libero mercato, il metodo CUP è il più diretto ed affidabile al fine di applicare il principio di libera concorrenza. Di conseguenza, in questi casi detto metodo è preferibile a qualsiasi altro metodo" (OCSE, *Transfer Pricing Guidelines*, op. cit., par. 2.16).

(8) Nel valutare se transazioni tra imprese associate e transazioni sul libero mercato siano comparabili, si dovrebbe fare riferimento all'effetto che hanno sul prezzo funzioni commerciali più ampie e non solo alla semplice possibilità di confrontare il prodotto (ossia, i fattori relativi alla determinazione della comparabilità come previsto dal capitolo I). Nel caso in cui esistano differenze tra transazioni controllate e transazioni sul libero mercato, oppure tra imprese che effettuano tali transazioni, può essere difficile determinare correzioni ragionevolmente accurate per eliminare l'effetto sul prezzo. Tali difficoltà non precluderanno, di norma, l'eventuale applicazione del metodo CUP. Considerazioni pratiche suggeriscono un approccio più flessibile per consentire che il metodo CUP sia utilizzato ed integrato, se necessario, da altri metodi appropriati, ciascuno dei quali dovrebbe essere valutato conformemente alla propria adeguatezza. Bisognerebbe compiere ogni possibile sforzo per correggere i dati, in modo tale che essi possano essere utilizzati in maniera appropriata quando si applica il metodo CUP. Così come per qualsiasi metodo, l'affidabilità del metodo CUP viene influenzata dal grado di precisione con il quale possono essere effettuate le correzioni, al fine di ottenere una giusta comparabilità" (OCSE, *Transfer Pricing Guidelines*, op. cit., par. 2.17).

(9) Nel caso di transazioni aventi ad oggetto beni immateriali (c.d. *intangibles*), occorrerà valutare:

- la tipologia della transazione (con un'analisi anche dal punto di vista contrattuale);
- il tipo di bene (brevetto, marchio, *know-how*);
- i vantaggi conseguiti o previsti dall'utilizzazione del bene;
- la durata e il grado di protezione.

Per approfondimenti in merito alla valorizzazione degli intangibili cfr. A. Valente: "Valorizzazione degli *intangibles* mediante l'analisi DEMPE", in *Fiscaltà & Commercio Internazionale*, n. 4/2023.

(10) Le condizioni, oltre che da un contratto scritto, possono anche essere desumibili da comunicazioni o corrispondenza

(segue)

effetti rilevanti sul prezzo di libera concorrenza o possano essere eliminate (11);

5) strategie commerciali: ultimo fattore di comparabilità riguarda le strategie commerciali adottate dall'impresa appartenente al gruppo (12).

Le Amministrazioni finanziarie, nell'eseguire i controlli sull'esatta determinazione dei prezzi di trasferimento, dovrebbero tenere in considerazione situazioni in cui il contribuente, ad esempio, abbia attuato una politica (di gruppo) volta alla penetrazione su un nuovo mercato ovvero tendente ad incrementare la sua presenza su un mercato maturo. In questo caso, l'impresa potrebbe essere disposta ad applicare un prezzo più basso o a sostenere costi più elevati di quelli stabiliti per prodotti comparabili nello stesso mercato riconducibili ad imprese indipendenti.

Analogamente, le Amministrazioni finanziarie dovrebbero esaminare i comportamenti effettivi delle imprese, per verificare se essi siano in linea con le strategie di mercato dichiarate, nonché accertare l'esistenza di una "plausibile" aspettativa, che, secondo la strategia di mercato adottata, dovrebbe produrre, in un periodo di tempo accettabile, un profitto tale da giustificare i costi sostenuti.

Vantaggi e svantaggi del CUP

L'applicazione del metodo CUP presenta vantaggi e svantaggi.

Per quanto riguarda i vantaggi, si evidenzia che il metodo in commento:

- è la metodologia più diretta per la rappresentazione del prezzo di mercato (13);
- nel caso di possibile applicazione (con particolare riferimento alla sua versione interna), potrebbe ridurre gli oneri di *compliance* per la società data la diretta disponibilità delle informazioni;

Con riferimento agli svantaggi si sottolinea che:

- il CUP trova fondamento nella comparabilità delle transazioni. Esso risulta condizionato dai seguenti fattori:
 - mercato rilevante;
 - qualità del bene oggetto di scambio;
 - trasporto;
 - imballaggio;
 - altri servizi commerciali;
 - potrebbe risultare non agevole l'acquisizione di dati oggettivi nel caso in cui il mercato rilevante sia estero;

– il valore dell'elemento differenziante, a volte, non può rendere simili le due transazioni.

Nonostante il Capitolo II (*Transfer Pricing Methods*) delle *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE, nella versione pubblicata nel 2010 e confermata nella versione del 2017 e del 2022, abbia abbandonato la c.d. gerarchia dei metodi (prevista fino al 2010), il paragrafo 2.3 delle *Transfer Pricing Guidelines* OCSE afferma che qualora dovesse essere possibile applicare in maniera ugualmente affidabile uno dei metodi tradizionali ed un metodo reddituale, è preferibile l'applicazione dei primi.

Note:

(continua nota 10)

informali, potendo non esservi tra imprese associate ipotesi di conflitto di interessi (*divergence of interests*), usualmente rinvenibili nei rapporti tra parti indipendenti.

(11) Secondo quanto indicato nel Rapporto OCSE, le condizioni economiche, che possono rilevarsi pertinenti nel determinare la comparabilità di mercato, sono essenzialmente l'ubicazione geografica, l'ampiezza, il grado di concorrenza e le relative posizioni dei *competitors*, la disponibilità e i rischi per l'utilizzo di beni e servizi succedanei, i livelli di offerta e di domanda, le regolamentazioni amministrative, i costi di trasporto e quelli dei fattori produttivi, la data e la durata delle transazioni.

(12) Possono individuarsi differenze anche rilevanti nella comparabilità delle transazioni derivanti da strategie di mercato *ad hoc* adottate dalle imprese associate, rispetto a quelle indipendenti, quali l'innovazione, lo sviluppo ed il lancio di un nuovo prodotto, il grado di diversificazione, l'avversione (ovvero la tendenza) ad assumere rischi, la valutazione dei cambiamenti politici, l'impatto delle normative sul lavoro ed altri fattori che influenzano l'attività dell'impresa.

(13) "Il metodo in questione è particolarmente affidabile nel caso in cui un'impresa indipendente vende lo stesso prodotto che è venduto tra due imprese associate. Ad esempio, un'impresa indipendente vende caffè colombiano, non di marca, di tipo, qualità e quantità simili a quello venduto tra due imprese associate, presumendo che le transazioni controllate e sul libero mercato si effettuino più o meno nello stesso momento, allo stesso stadio della catena di produzione/distribuzione, ed in condizioni simili. Se la sola transazione sul libero mercato disponibile includesse caffè brasiliano non di marca, sarebbe opportuno accertare se la differenza a livello di prodotto abbia una conseguenza sostanziale sul prezzo. Ad esempio, si potrebbe accertare se l'origine stessa del prodotto esiga generalmente un sovrapprezzo o richieda uno sconto sul libero mercato. Tale informazione può essere ottenuta dai mercati delle materie prime o dedotta dai prezzi dei venditori al minuto. Se la differenza incide effettivamente sul prezzo, sarà opportuno apportare alcune correzioni. Nel caso vi siano delle difficoltà nell'operare una correzione ragionevole e sufficientemente esatta, l'affidabilità del metodo CUP risulterà ridotta e potrebbe essere necessario combinarlo con altri metodi meno diretti, o utilizzare piuttosto tali metodi" (OCSE, *Transfer Pricing Guidelines*, op. cit., par. 2.24).

Inoltre, laddove si possa applicare in maniera ugualmente affidabile, il metodo del confronto del prezzo (CUP) e un altro metodo di determinazione del prezzo di trasferimento, è preferibile applicare il metodo CUP (14).

Al proposito, è opportuno evidenziare come la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 15/E del 26 novembre 2021 specifica che all'interno delle sezioni della Documentazione Nazionale riguardanti il metodo adottato per la determinazione dei prezzi di trasferimento delle operazioni, devono essere forniti elementi informativi riguardanti il metodo prescelto, secondo le indicazioni contenute nell'art. 4 del Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 14 maggio 2018 il quale, in conformità a quanto disposto dalle Linee Guida OCSE dispone:

“Se, tenendo conto dei criteri di cui al comma 1, può essere applicato con uguale grado di affidabilità un metodo descritto dalle lettere da a) a c) del comma 2, e un metodo descritto dalle successive lettere d) ed e), il metodo descritto dalle citate lettere da a) a c), è preferibile. In ogni caso, se, tenendo conto dei criteri di cui al comma 1, può essere applicato con lo stesso grado di affidabilità il metodo del confronto di prezzo scritto dalla lettera a) del comma 2, e ogni altro metodo descritto dalle successive lettere da b) ad e), il metodo del confronto di prezzo è preferibile”.

Ne consegue che, in presenza delle suddette condizioni (e cioè, potenziale applicazione di un metodo transazionale reddituale e di un metodo transazionale tradizionale in maniera ugualmente affidabile), qualora il contribuente si dovesse discostare dall'adozione del metodo tradizionale in ipotesi applicabile, lo stesso dovrà fornire adeguate motivazioni (15).

Come disposto nel Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 23 novembre 2020 nella Documentazione Nazionale deve essere contenuto quanto di seguito:

“2.1.3 Metodo adottato per la determinazione dei prezzi di trasferimento delle operazioni

a) Enunciazione del metodo prescelto e delle ragioni della sua conformità al principio di libera concorrenza [in questa sezione dovranno essere anche richiamati gli esiti dell'analisi di comparabilità che hanno determinato la qualificazione del metodo adottato come metodo più appropriato alle circostanze del caso. Nel caso di selezione di un metodo

transazionale reddituale, in presenza del potenziale utilizzo di un metodo transazionale tradizionale, occorrerà dare conto delle motivazioni di esclusione di tale ultimo metodo. Stesso discorso vale in caso di selezione di un metodo diverso dal metodo del confronto del

Note:

(14) Cfr. OCSE, *Transfer Pricing Guidelines*, op. cit., par. 2.3. “I metodi tradizionali basati sulla transazione sono considerati i mezzi più diretti per stabilire se le condizioni delle relazioni commerciali e finanziarie fra imprese associate siano fondate sul principio di libera concorrenza. In effetti, qualsiasi differenza tra il prezzo di una transazione controllata e il prezzo di una transazione comparabile sul libero mercato può normalmente essere direttamente imputata alle relazioni commerciali e finanziarie stabilite o imposte tra le imprese, e le condizioni di libera concorrenza possono essere determinate sostituendo direttamente il prezzo della transazione comparabile sul libero mercato al prezzo della transazione controllata. Qualora, prendendo in considerazione i criteri descritti nel paragrafo 2.2, sia possibile applicare in maniera ugualmente affidabile un metodo tradizionale basato sulla transazione e un metodo basato sull'utile delle transazioni, il metodo tradizionale basato sulla transazione è preferibile al metodo basato sull'utile delle transazioni. Inoltre, laddove si possa applicare in maniera ugualmente affidabile, prendendo in considerazione i criteri descritti nel paragrafo 2.2, il metodo del confronto del prezzo sul libero mercato (CUP) e un altro metodo di determinazione del prezzo di trasferimento, il metodo CUP è preferibile”.

(15) In tal senso si è espressa recentemente anche la giurisprudenza italiana. La Comm. trib. reg. Lombardia 12 aprile 2018, n. 1648 ha evidenziato che Nella determinazione dei prezzi di trasferimento di cui all'art. 110 comma 7 del T.U.I.R. l'utilizzo, da parte dell'Amministrazione finanziaria, del metodo del margine netto della transazione (TNMM), in luogo del metodo del confronto del prezzo (CUP), debba essere adeguatamente motivato.

Nel caso di specie, non era stata soddisfacentemente dimostrata l'impossibilità di applicare il preferibile metodo del CUP; in aggiunta, la selezione dei comparables effettuata da parte dell'Agenzia risultava inadeguata per difetto di assimilabilità, considerato lo svolgimento di attività produttive di beni diversi.

Di diverso avviso invece è stata la Corte di cassazione che con sentenza del 17 maggio 2022, n. 15668 dopo aver richiamato il principio di “metodo più appropriato” ha censurato l'operato dei giudici di secondo grado, per aver respinto l'uso del TNMM senza congrue motivazioni. Vengono inoltre precisate le condizioni per l'utilizzo del TNMM vale a dire “a condizione che sia selezionato il periodo di indagine, siano identificate le società comparabili, siano apportate le appropriate rettifiche contabili al bilancio della parte testata, siano tenute in debito conto le differenze tra la parte testata e le società comparabili in termini di rischi assunti o di funzioni svolte e sia assunto un indicatore affidabile del livello di profitto di redditività” (Cass. n. 15668/2022). I giudici di secondo grado avrebbero, invece, “omesso totalmente gli accertamenti di fatto” degli

(segue)

prezzo, in presenza di un potenziale utilizzo di tale ultimo metodo]” (16).

Tali motivazioni non devono essere addotte laddove l’analisi di comparabilità non dovesse fornire evidenze in merito al potenziale utilizzo di un metodo transazionale tradizionale in misura altrettanto affidabile. Le medesime considerazioni devono essere effettuate nel caso di selezione di un metodo diverso dal confronto del prezzo, in presenza di potenziale utilizzo di tale ultimo metodo. Tale approccio trova giustificazione nella circostanza che il metodo del confronto del prezzo costituisce la metodologia più diretta per dimostrare la conformità delle politiche di *transfer pricing* al principio di libera concorrenza. Ne deriva che nell’ambito delle analisi di *transfer pricing* dovrà essere sempre verificata la possibile applicazione di tale metodo, valutando la presenza di transazioni interne e/o esterne comparabili a quella oggetto di analisi.

La Tavola 1 riepiloga quanto esposto sin qui.

Il punto della Corte di cassazione in merito alla preferenza del CUP interno

Con la sentenza n. 11625 del 04 maggio 2023 la Corte di cassazione si è espressa in merito alla preferenza di applicazione del metodo “confronto interno” (c.d. CUP interno) rispetto al “confronto esterno” (c.d. CUP esterno).

Il contenzioso trova origine in un avviso di accertamento emesso dall’Agenzia delle entrate - Direzione Regionale della Lombardia, avente ad oggetto la ripresa a tassazione, per l’anno d’imposta 2005, di una parte degli interessi

passivi (per l’importo di 242.778,55 euro) dedotti da una società italiana relativi a un finanziamento erogato dalla società capogruppo tedesca, in violazione dell’art. 110, comma 7, T.U.I.R.

Il ricorso per cassazione proposto dalla società controllata, che in primo grado aveva visto accolte le proprie difese mentre in grado di appello era risultata soccombente, riportava otto motivi di censura.

Con riferimento al *transfer pricing* i giudici di legittimità si soffermano sulla doglianza avente ad oggetto la violazione e falsa applicazione dell’art. 2909 c.c., dell’art. 112 c.p.c. e art. 329, comma 2, c.p.c., in relazione all’art. 360,

Note:

(continua nota 15)

elementi indicati, rigettando il metodo senza adeguate motivazioni.

Per ulteriori approfondimenti cfr. D. Avolio, “Per il *transfer pricing* controllo ‘a maglie larghe’ con attenzione all’affidabilità dei metodi”, in *Corr. Trib.*, n. 8-9/2022.

(16) Merita di essere evidenziato che il Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate del 23 novembre 2020 e la circolare n. 15/E del 26 novembre 2021 (recanti le istruzioni per la predisposizione della documentazione sui prezzi di trasferimento a partire dal periodo di imposta 2020) hanno mantenuto la medesima impostazione della disciplina previgente (dettata dal Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate del 29 settembre 2010 e dalla circolare n. 58/E del 15 dicembre 2010). Per ulteriori approfondimenti cfr. P. Valente: “La determinazione dell’“intervallo di libera concorrenza”: tra le indicazioni delle TP *Guidelines* e la circolare n. 16/2022”, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 1/2023; A. Valente, “Le novità introdotte nelle *Transfer Pricing Guidelines 2022*”, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 10/2022.

Tavola 1 - Il CUP: sintesi applicativa

Definizione	Consente la determinazione del prezzo della transazione con riguardo al prezzo praticato in transazioni comparabili con, o tra, terze parti indipendenti.
Vantaggi	- è la metodologia più diretta per la rappresentazione del prezzo di mercato; - nel caso di possibile applicazione (in particolare nella sua versione “interna”), potrebbe ridurre gli oneri di <i>compliance</i> per la società data la diretta disponibilità delle informazioni.
Svantaggi	- si basa sulla comparabilità delle transazioni. In altri termini, risulta condizionato da fattori quali: - mercato rilevante, qualità del bene oggetto di scambio, trasporto, imballaggio ed altri servizi commerciali; - risulta difficile l’acquisizione di dati oggettivi nel caso in cui il mercato rilevante sia estero; - il valore dell’elemento differenziante, a volte, non può rendere simili le due transazioni.
Aggiustamento	- risulta possibile per differenze riconducibili a termini delle transazioni e periodo nel quale avvengono le transazioni; - risulta difficile (e talvolta impossibile) per differenze relative a qualità dei beni oggetto della transazione e mercati di riferimento.

comma 1, n. 4) c.p.c., in quanto il giudice di secondo grado avrebbe dovuto dichiarare inammissibile l'appello dell'Agenzia, per il fatto che non era stata censurata una delle due autonome *rationes decidendi* della sentenza di primo grado.

Secondo la Corte di cassazione, i giudici di primo grado avevano individuato l'infondatezza dell'avviso di accertamento sulla base di due distinte *rationes decidendi*:

1) l'erroneità del criterio (c.d. del confronto esterno) impiegato dall'Agenzia delle entrate per l'individuazione del "valore normale" e, per converso, la legittimità del criterio (c.d. del confronto interno) applicato dalla società e della conseguente deducibilità degli interessi, in quanto il tasso preso di riferimento dall'Agenzia non era confrontabile con il tasso di interesse infragruppo oggetto di verifica. Più nel dettaglio, i giudici di primo grado avevano affermato che: "il disposto al D.P.R. n. 917 del 1986, art. 9 orienta la fattispecie in modo preferenziale per la comparazione dei tassi di interesse verso il confronto c.d. interno. Il diverso procedimento del confronto c.d. esterno, applicato nella fattispecie, avrebbe dovuto dall'Agenzia venire accompagnato dalla motivazione ed argomentato con la valutazione della affidabilità del mutuatario tenuto conto che la ricorrente chiude il bilancio d'esercizio con una significativa perdita (...)";

2) assenza di trasferimento di reddito dall'Italia verso la Germania, ciò in quanto l'indebitamento (e quindi l'onere del finanziamento), che gravava sulla controllante, era maggiore dell'onere gravante sulla controllata ricorrente. I giudici di primo grado evidenziavano, infatti, come nel caso di cui trattasi "... l'onere del finanziamento che grava sulla controllante è maggiore dell'onere che ha gravato la ricorrente e questa diversità di oneri consente di verificare l'assenza di trasferimento di reddito dall'Italia verso la Germania". Da ciò, secondo la sentenza di primo grado, sarebbe derivata la mancata sussistenza di una delle condizioni di applicabilità dell'art. 110, comma 7, T.U.I.R. con la conseguenza delle non applicabilità della disciplina di *transfer pricing*.

Entrambe le considerazioni sono state accolte dai giudici di legittimità.

L'Amministrazione finanziaria aveva impugnato la sentenza di primo grado eccependone l'erroneità, essenzialmente su due punti:

1) la comparazione tra il c.d. CUP esterno e quello interno nonché l'asserzione secondo cui l'Ufficio non avrebbe assolto all'onere della prova in merito all'anomalia dei tassi praticati rispetto a operazioni similari eseguite con soggetto esterni;

2) le conseguenze del giudicato esterno costituito dalla sentenza della Suprema Corte n. 22010 del 25 settembre 2013, avente ad oggetto solo la prima delle predette *rationes decidendi*. La sentenza citata si soffermava solo sulle tematiche della rilevanza del tasso di interesse di mercato e dell'assolvimento dell'onere probatorio a carico dell'Ufficio. Nulla dice in merito al differenziale tra interessi passivi e attivi, da cui discenderebbe l'assenza di ogni trasferimento di ricchezza verso la Germania.

I giudici di legittimità, nella sentenza in commento, hanno pertanto ritenuto essersi formato il giudicato interno in merito all'annullamento dell'atto impositivo stante il consolidato orientamento della stessa Corte di cassazione secondo il quale: "(...) quando la sentenza del giudice del merito è fondata su più ragioni autonome, ciascuna della quali logicamente e giuridicamente idonea a sorreggerla, l'omessa impugnazione anche di una soltanto di tali ragioni determina l'inammissibilità, per carenza di interesse, di quella proposta avverso l'altra o le altre ragioni, in quanto l'eventuale accoglimento del ricorso, così come proposto non incide sulla *ratio decidendi* non censurata, con la conseguenza che la sentenza impugnata resterebbe pur sempre fondata su questa (Cass. 11 maggio 2022, n. 14869; Cass. 6 agosto 2019, n. 21020; Cass. 30 dicembre 2014, n. 27480; Cass. 22 marzo 2013, n. 7334; Cass. 30 marzo 2010, n. 7626; Cass. 12 ottobre 2007, n. 21431; Cass. 18 maggio 2006, n. 11670; Cass., Sez. Un., 8 agosto 2005, n. 16602)".

Pertanto, dice la Suprema Corte, non può ritenersi applicabile al caso in esame il principio secondo il quale "il giudizio di appello, anche se limitato all'esame delle sole questioni oggetto di gravame, si estende ai punti della sentenza di primo grado che siano, anche implicitamente, connessi a quelli censurati, sicché non violerebbe il principio del *tantum devolutum quantum appellatum* il giudice di secondo grado che fondi la propria decisione su ragioni diverse da quelle svolte dall'appellante nei suoi motivi, ovvero esamini questioni non specificamente

da lui proposte o sviluppate le quali, però, appaiono in rapporto di diretta connessione con quelle espressamente dedotte nei motivi stessi e, come tali, comprese nel *thema decidendum* del giudizio”.

Infatti, è indubbio che il secondo motivo di illegittimità dell'atto impositivo (*i.e.*, il mancato trasferimento di ricchezza dall'Italia alla Germania) non può considerarsi direttamente connesso con il primo motivo (*i.e.*, erroneità del criterio impiegato dall'Agenzia per l'individuazione del c.d. valore normale) e le censure proposte con l'appello relative solo a quest'ultimo, non possono estendersi all'altro.

Considerazioni conclusive

In relazione a quanto sin qui esposto, appare evidente che la scelta del metodo appropriato dipende dal contesto specifico e dalle caratteristiche economiche rilevanti sottostanti le transazioni intercorse tra società collegate. È necessario considerare attentamente i principi delle TP *Guidelines* dell'OCSE al fine di effettuare una corretta analisi funzionale che garantisca la corretta applicazione del metodo selezionato.

Sebbene sia il metodo del confronto interno che quello del confronto esterno siano entrambi ammissibili, il primo presenta alcuni

vantaggi che in alcune occasioni potrebbero far propendere per l'applicazione dello stesso:

a) maggiore accesso alle informazioni interne: le società collegate all'interno di un gruppo multinazionale hanno accesso diretto alle informazioni sulle transazioni interne e sui costi sostenuti. Risulta, dunque, maggiormente facile ottenere dati accurati e completi per l'applicazione del metodo del confronto interno;

b) specificità delle transazioni interne: le transazioni tra società collegate possono essere altamente specifiche e dotate di caratteri peculiari modellate sulle esigenze del gruppo multinazionale. I beni o i servizi forniti internamente possono differire significativamente da quelli scambiati nel mercato aperto. In tali casi, il metodo del confronto interno può offrire una valutazione più accurata e appropriata dei prezzi di trasferimento;

c) riduzione dei rischi di comparabilità: la ricerca di transazioni comparabili tra società indipendenti può essere complesso. Potrebbero esserci differenze significative tra le transazioni interne e quelle esterne in termini di condizioni, rischi assunti e altre variabili rilevanti. Utilizzando il metodo del confronto interno, tali differenze possono essere meglio considerate, riducendo i rischi di comparabilità e fornendo una base più solida per determinare i prezzi di trasferimento.