

M



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE
DI ROMA

riunita con l'intervento dei Signori:

- | | | | |
|--------------------------|-----------|---------|------------|
| <input type="checkbox"/> | VARRONE | CLAUDIO | Presidente |
| <input type="checkbox"/> | LUNERTI | FRANCO | Relatore |
| <input type="checkbox"/> | TERRINONI | PAOLA | Giudice |
| <input type="checkbox"/> | | | |
| <input type="checkbox"/> | | | |
| <input type="checkbox"/> | | | |
| <input type="checkbox"/> | | | |

ha emesso la seguente

SENTENZA

- sull' appello n° 8147/10 depositato il 03/11/2010
- avverso la sentenza n° 224/63/2010 emessa dalla Commissione Tributaria Provinciale di ROMA contro: AG. ENTRATE DIR. PROVIN. UFF. CONTROLLI ROMA 1

proposto dal ricorrente:

[REDACTED]

difeso da:

LENZI DR. GUIDO
DR. ANDREA VERNIER
PIAZZALE DELL'INDUSTRIA, 20 00100 ROMA RM

Atti impugnati:

AVVISO DI ACCERTAMENTO n° RCB030100324 IRAP 2004

SEZIONE

N° 1

REG.GENERALE

N° 8147/10

UDIENZA DEL

SEZIONE 1

05/07/2011

ore 15:00

SENTENZA

N°

580/01/11

PRONUNCIATA IL:

05/07/11

DEPOSITATA IN
SEGRETERIA IL

19/09/11

Il Segretario

[Signature]

[Signature]

FATTO

[REDACTED] (di seguito BMF) ricorre contro accertamento per l'anno 2004 che determina una minore perdita ai fini IRES per €. 748.108 e una maggiore IRAP per €. 39.726 sulla base della contestazione della correttezza dei prezzi di trasferimento applicati alla consociata [REDACTED] (di seguito BHSA) per l'esecuzione di un contratto di lavorazione per conto terzi. Nella specie i prezzi suddetti venivano determinati in modo da assicurare alla BMF una redditività del capitale investito (ROCE) pari al 9% a condizione di un minimo garantito mentre l'Ufficio ha ritenuto incongruo l'utilizzo del ROCE quale parametro di riferimento. Contesta la società ricorrente l'insussistenza di motivazione nell'operato dell'Ufficio relativamente al disconoscimento della validità del ROCE quale indicatore di profittabilità ed illegittimità del metodo di confronto utilizzato dall'ufficio per ricostruire la maggiore base imponibile. Eccepisce inoltre l'inapplicabilità delle sanzioni per mancanza di qualsiasi comportamento doloso o colposo nella determinazione dei prezzi di trasferimento utilizzati.

La Commissione tributaria provinciale di ROMA ha parzialmente accolto il ricorso annullando le sanzioni irrogate nel rilievo che l'operato dell'Ufficio non fosse censurabile ancorché opinabile in vari punti, ritenendo pertanto corretta la ricostruzione dei prezzi di trasferimento con il metodo utilizzato dall'Ufficio.

Propone appello la BMF sostenendo carenza di motivazione nella sentenza impugnata insistendo nel merito sulla correttezza dell'indice di profittabilità utilizzato e sull'incongruità e mancanza di motivazione dell'indice utilizzato dall'ufficio. Chiede quindi la riforma della sentenza impugnata e l'annullamento dell'accertamento.

Si costituisce nel giudizio di appello la Direzione Provinciale 1 di ROMA dell'Agenzia delle entrate sostenendo che la decisione di primo grado è congruamente motivata; svolge inoltre appello incidentale quanto all'annullamento delle sanzioni disposto dai primi giudici.

Replica la BMF contestando l'infondatezza dell'appello incidentale proposto dall'Ufficio sulla materia sanzionatoria.

DIRITTO

Deve innanzitutto rilevarsi che la sentenza impugnata risulta immune dal vizio di carenza di motivazione denunciato dall'appellante. La motivazione infatti ha lo scopo di rendere evidente il percorso logico seguito dai giudici nella formazione del proprio libero convincimento. Nella specie i primi giudici hanno esplicitato tale percorso

rendendo ben evidenti i motivi di fatto che li hanno fatti propendere per la loro conclusione.

Deve quindi ritenersi, che la motivazione della sentenza impugnata sia esaustiva e completamente logica dando pienamente conto di tutti i motivi posti a base della decisione senza alcun rinvio né utilizzo di clausole di stile idonee ad essere riferite ad ogni stato di fatto che secondo la Corte di Cassazione sono, per la loro astrattezza indefinita, indizi sintomatici della presenza di un vizio di motivazione.

Il vizio di motivazione sussiste soltanto se nel ragionamento del giudice risultante dalla sentenza, ovvero negli stessi richiami delle argomentazioni di parte recepite, sia ravvisabile il mancato o deficiente esame di punti decisivi della controversia ed esso non può certo essere attribuito al caso di un apprezzamento dei fatti e delle prove in senso difforme a quello preteso da una delle parti ovvero in senso conforme a quanto diligentemente rappresentato da una delle parti.

Inoltre sul punto soccorre la specificità del contenzioso tributario, in questo, infatti, l'analiticità delle posizioni contrapposte in rapporto alla norma tributaria della cui applicazione si discute comporta di per sé che l'accettazione indubitabile, da parte del giudice, di una tesi motivata, tra quelle prospettate dalle parti in dibattito, possa considerarsi in via presuntiva ed automatica quale recepimento intrinseco della stessa tesi, e di tutti i passaggi intermedi relativi. Ciò proprio perché gli stessi risultano chiari ed espliciti negli atti e dunque possono analiticamente sindacarsi con l'impugnazione mirata di ciascuno di essi.

I primi giudici hanno ritenuto che l'operato dell'Ufficio anche se opinabile in vari punti fosse sostanzialmente corretto e quindi ne potesse essere condivisa la ricostruzione annullando peraltro le sanzioni irrogate "considerato che alcuni aspetti della questione non sono mai stati compiutamente chiariti dall'amministrazione finanziaria e che sussiste la possibilità di effettuare scelte operative diverse".

Peraltro la motivazione della sentenza pur non potendosi ritenere del tutto mancante si appesa quanto meno perplessa, essa infatti dopo un puntiglioso esame delle circostanze di fatto rappresentate dalle parti in causa si esprime in maniera da lasciare dubbi sull'effettivo convincimento dei giudici riguardo al corretto operato dell'Ufficio che viene poi integralmente confermato.

Mette conto quindi ripercorrere tutta la vicenda sottesa all'accertamento.

La BHSA in qualità di principal e BMF in qualità di toller hanno stipulato un contratto denominato "Toll Manufacturing Agreement" a tempo indeterminato con termine

iniziale il 2 gennaio 2003, che prevede la lavorazione di plasma umano e la produzione di plasmato derivati da parte del toller dietro fornitura della materia prima da parte del principal. I prodotti ottenuti vengono in parte retrocessi in conto lavorazione al fornitore BHSA e in parte materialmente ceduti a terzi in nome e per conto di [REDACTED]. Quale remunerazione del proprio servizio il toller applica al principal i prezzi del prodotto desunti dal listino allegato al tolling agreement. I prezzi unitari del prodotto includono il costo pieno del lavoro, i materiali e le spese generali e sono calcolati in modo tale da assicurare, mediante riconoscimento al toller di un mark-up, una redditività del capitale investito (ROCE) del 9%, a condizione che sia commissionato un determinato volume di materia prima da lavorare e un determinato portfolio prodotti.

In particolare, i prezzi applicati alle transazioni effettuate nell'esercizio 2004 hanno incluso un mark-up del 15,5%, calcolato con riferimento ai dati del 2001 e applicato a titolo provvisorio salvo conguaglio. Non avendo raggiunto l'attività del toller né i volumi, né il ritorno economico concordato nel 2004, il principal ha provveduto a corrispondere al toller un'integrazione di prezzo di € 2.850.855,00, nonché un'ulteriore integrazione di € 920.000,00 per consentire il raggiungimento del ROCE del 9%..

La verifica dell'Ufficio ha inteso quindi valutare se l'accordo così attuato rispettasse la normativa sul transfer price.

In proposito, il quinto comma dell'art. 76 (ora art. 110, comma 7) del DPR 22 dicembre 1986 n. 917 (TUIR), dispone, per quanto rileva, che "componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito".

La norma mira a contrastare, sempre che dal controllo derivi, come chiarito dal suo inciso finale, un "aumento del reddito" della società residente (ovvero, giusta la modifica apportata con l'art. 1 del DPR 4 febbraio 1988 n. 42, anche "una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi"), il fenomeno, oggetto specifico di interessamento da parte dell'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economici) che ha diretto agli stati aderenti apposite

"raccomandazioni" col "rapporto" del 1979 (successivamente rivisto ed integrato, ancora di recente nel 2010) intitolato "Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations" ("guidance on the application of the arm's length principle for the valuation, for tax purposes, of cross-border transactions between associated enterprises"), anche al fine di risolvere eventuali dispute (mediante le "procedure amichevoli" dette) tra le amministrazioni fiscali dei diversi stati (capitolo quarto: "Administrative Approaches to Avoiding and Resolving Transfer Pricing Disputes"), denominato "transfer pricing" (o "transfer price": prezzo di trasferimento), fenomeno dato dall'artificiale aggiustamento del prezzo di scambio di beni e/o di servizi (possibile tra le società considerate dalla norma in quanto facenti capo ad un unitario centro di interesse economico; quindi, sostanzialmente, ad un unico centro decisionale), teso, fondamentalmente (comunque nell'ottica del legislatore fiscale, non solo italiano) a spostare all'estero flussi di reddito prodotti nello Stato.

L'art. 110, comma 7, dPR n. 917/1986 non conferisce ulteriori poteri accertativi né conferisce al Fisco il potere di sindacare i prezzi che si siano formati nell'ambito delle operazioni infragruppo. Al contrario, essa è rivolta direttamente al contribuente, vale a dire alla società che, avendo intrattenuto rapporti commerciali con consociate estere, si ponga il problema di comporre la dichiarazione tributaria secondo i parametri fissati sul piano sostanziale.

Nel regolare queste particolari operazioni infragruppo, invero, il legislatore mira solamente alla quantificazione dell'imponibile secondo un modello che impedisca il pianificato travaso all'estero di ricchezza, in controtendenza rispetto all'andamento economico. Ricchezza che, laddove l'operazione avesse manifestato aderenza ai prezzi correnti sul mercato, si sarebbe incardinata nel nostro territorio per essere qui colpita dall'IRES. Muovendo in questa direzione, è agevole rilevare come l'art. 110, comma 7, T.U.I.R. non si presti affatto a reprimere comportamenti illeciti e come, invece, la disposizione in esame rappresenti nulla più che uno strumento di "auto-accertamento" dell'imponibile.

In tale evenienza l'ufficio per disattendere il calcolo del transfer pricing attraverso il ROCE utilizzato da BMF e BHSA a favore del metodo TNNM da esso utilizzato avrebbe dovuto in primo luogo dare chiara ed esaustiva prova della pretesa elusività del comportamento tenuto da BMF nonché dell'inapplicabilità del criterio da questa utilizzato.

Avrebbe in sostanza dovuto dimostrare: a) l'assenza di valide ragioni economiche sottostanti il comportamento posto in essere, con la conseguenza che deve riconoscersi l'insindacabilità del comportamento imprenditoriale che rientri nei parametri di normalità generalmente accettati; b) l'ottenimento di un risparmio d'imposta altrimenti indebito; c) la volontà di aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario.

Tutto ciò non risulta nella specie in quanto l'Ufficio non ha dimostrato che il criterio utilizzato dalla Società determini la fissazione di prezzi inferiori al valore normale, né tantomeno che l'operato della Società fosse preordinato all'allocazione elusiva di reddito presso la consociata estera al fine di ottenere un indebito risparmio d'imposta, e ancor meno che detto indebito risparmio d'imposta sia stato in concreto conseguito.

Peraltro l'indicatore di profittabilità ROCE utilizzato dalla BMF rientra a pieno titolo tra quelli indicati dall'OCSE nell'ambito delle Guidelines sopraddette, inoltre, tenuto conto che l'attività oggetto del contratto comporta un basso rischio imprenditoriale (sopportato quasi esclusivamente dal principal) e l'impiego di notevole capitale iniziale per la fase d'impianto e per le successive manutenzioni, il ROCE rappresenta sicuramente l'indicatore che meglio misura la remunerazione di tale specifico rischio in quanto analizza il modo in cui l'azienda utilizza i capitali per generare reddito.

Non si può inoltre aderire alla tesi dell'Ufficio secondo la quale un soggetto indipendente, sopportando notevoli costi di struttura e rischi imprenditoriali sarebbe portato a valutare la redditività di un investimento in termini di ricarico sui costi di produzione. E' infatti riconosciuto in ambito OCSE che il margine di profittabilità sui costi sostenuti trova applicazione nei confronti di prestatore di servizi generici, ma non è affidabile quando, come nel caso di specie, vengano impiegati impianti produttivi di notevole valore e il toller manufacturer non ha la proprietà delle materie prime per cui non deve farsi carico di una buona parte dei costi di produzione variabili.

L'Ufficio propone come alternativa l'utilizzo del metodo TNMM (transactional net margin method) utilizzato in alternativa alle metodologie di valutazione più comunemente utilizzate che risulta attualmente al centro di un vivace dibattito in ambito Ocse. il Tnm si applica comparando il margine netto (relativo a una base appropriata, quale, ad esempio, costi totali, vendite, attivo investito) conseguito da una impresa associata nelle transazioni infragruppo con il margine netto realizzato da soggetti indipendenti in transazioni comparabili. In sostanza, l'adozione di tale metodo è fondata sul concetto che l'utile conseguito da imprese che operano nello stesso

settore e in condizioni analoghe dovrebbe tendere a essere simile entro un ragionevole periodo.

A differenza di altre metodologie incentrate sulla singola transazione, dove alla base della comparazione vi è il prezzo (confronto del prezzo o Cup) o i margini lordi di contribuzione (prezzo di rivendita e costo maggiorato), nel TNMM il confronto riguarda invece i margini netti. Uno dei vantaggi del TNMM è che il margine netto risulta meno sensibile, rispetto al prezzo utilizzato nel Cup, alle differenze intercorrenti tra le varie transazioni; i margini netti, inoltre, possono essere anche più tolleranti, verso certe differenze funzionali tra transazioni controllate e transazioni sul libero mercato, dei margini lordi.

Al fine dell'applicazione del metodo del TNMM occorre però individuare soggetti (comparables) aventi caratteristiche simili (dal punto di vista economico-funzionale) alle imprese associate del gruppo multinazionale. Sia la prassi ministeriale (c.m. 32/9/2267 del 22 settembre 1980) sia le linee-guida Ocse (paragrafi 3.26 e 3.34-3.40) sottolineano l'importanza della corretta determinazione del mercato di riferimento al fine di rispettare il principio della comparabilità delle transazioni.

L'esame di comparabilità deve essere condotto, utilizzando anche le visure camerali, al fine di rintracciare le informazioni circa l'indice di indipendenza (assenza di società partecipanti e partecipate), l'attività esercitata (considerazione delle società svolgenti attività nello stesso settore del soggetto verificato, esclusione di attività di produzione) nonché provvedendo alla analisi puntuale dei bilanci relativi agli stessi esercizi presi in considerazione per la società accertata. Una volta individuati i comparables va calcolato l'operating margin su una media di tre anni, determinando un range di percentuali di margini di profitto con cui confrontare quello proposto dall'accertata.

Il cardine del metodo TNMM è quindi l'individuazione dei "comparables" e nella specie quelli proposti dall'Ufficio non possono ritenersi adeguati in quanto costituiti da società operanti in settori farmaceutici sostanzialmente diversi rispetto a BMF (che svolge la propria attività nell'ambito particolarissimo del settore del trattamento del sangue umano a fini medicinali), se non addirittura in settori parafarmaceutici, con processi produttivi alquanto dissimili e comunque connotati dalla circostanza di svolgere la propria attività a favore di più clienti contrariamente a BMF che opera esclusivamente in favore di BHSA. In particolare il set dei comparables proposto è formato da: [REDACTED] che opera nel settore cosmetico e dell'igiene e non è quindi confrontabile; [REDACTED], operante nell'ambito dei prodotti nutrizionali,

parimenti non confrontabile; [redacted] che appartiene a un gruppo multinazionale e che quindi deve essere scartata a priori non potendo essere considerata soggetto indipendente; [redacted] che è un produttore di pillole ed opera pertanto in un settore ben diverso rispetto a quello di BMF, la quale opera nel campo delle bioscienze.

Quindi anche a voler considerare il TNMM uno strumento maggiormente affidabile del ROCE, o altri metodi, nella determinazione del transfer price, circostanza questa sulla quale è tuttora in corso un vivace dibattito in ambito OCSE, si deve rilevare come nella specie il panel dei comparables proposto non risulta idoneo a supportare la ricostruzione dell'Ufficio.

Ne deriva che l'utilizzo da parte della BMF del sistema del ROCE al fine di determinare il transfer pricing risulta del tutto legittimo, e pertanto l'accertamento impugnato deve essere annullato. All'annullamento dell'accertamento consegue anche l'integrale annullamento delle sanzioni con conseguente rigetto dell'appello incidentale proposto in materia dall'ufficio.

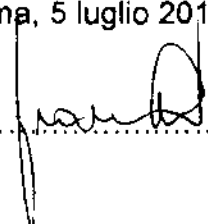
La complessità della materia trattata costituisce giusto motivo per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

La commissione accoglie l'appello del contribuente. Respinge l'appello incidentale dell'Ufficio. Spese compensate.

Così deciso in Roma, 5 luglio 2011

IL RELATORE.....



IL PRESIDENTE.....

