



Dipartimento
delle Finanze



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE
DI LOMBARDIA

SEZIONE 19

riunita con l'intervento dei Signori:

- | | | | |
|--------------------------|-----------|----------------|------------|
| <input type="checkbox"/> | BORGONOVO | DANIELA | Presidente |
| <input type="checkbox"/> | SCARCELLA | ALESSIO | Relatore |
| <input type="checkbox"/> | MONFREDI | MARIANTONIETTA | Giudice |
| <input type="checkbox"/> | | | |

ha emesso la seguente

SENTENZA

- sull'appello n
depositato il 31/08/2017

- avverso la pronuncia sentenza n. 924/2017 Sez.3 emessa dalla Commissione
Tributaria Provinciale di MILANO
contro:

difeso da:

proposto dall'appellante:
DIREZIONE REGIONALE LOMBARDIA UFFICIO CONTENZIOSO

Atti impugnati:
AVVISO DI ACCERTAMENTO n°

IRES-ALTRO 2010

SEZIONE

N° 19

REG.GENERALE

N°

UDIENZA DEL

19/11/2018 ore 15:00

N°

5005/2018

PRONUNCIATA IL:

19/11/2018

DEPOSITATA IN
SEGRETARIA IL

21/11/2018

Il Segretario

R. Funzionario

(A. Scarano)

Autentico Scarano

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. L'Agenzia delle Entrate, come in atti rappresentata e difesa, propone appello avverso la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Milano n. 924/3/17, pronunciata in data 30.01.2017 e depositata in data 30.01.2017, con cui è stato parzialmente accolto il ricorso proposto dalla società contribuente - avente ad oggetto l'impugnativa di un avviso di accertamento emesso a seguito di PVC del - , annullando il rilievo relativo al *transfer pricing*, compensando le spese di lite.

2. In particolare, dagli atti è emerso quanto segue.

Con l'avviso di accertamento oggetto di impugnazione, emesso a seguito di PVC l'Ufficio grandi contribuenti della DR della Lombardia contestava alla società contribuente (di cui in avanti Trinseo): a) l'omessa dichiarazione di componenti positivi di reddito a fronte di politiche di *transfer pricing*, in violazione dell'art. 9, comma 3 e dell'art. 110, comma 7, TUIR 917/86, per complessivi € ; b) l'indebita deduzione di costi relativi ad operazioni Intercoarse con paesi a fiscalità privilegiata, in violazione dell'art. 110, comma 10, TUIR 917/86, per complessivi € .

L'Ufficio, pertanto, accertava in capo alla società una maggiore IRES pari ad € : (con conseguenti interessi e sanzioni, ex art. 1, comma 2, D.Lgs 471/97).

In data 14 gennaio 2016 la società presentava istanza di accertamento con adesione, che aveva esito negativo, pertanto, la stessa, rappresentata e difesa dall'Avv. dal dott. con gravame del 22 aprile 2016 avanti alla CTP, contestava la legittimità dell'avviso di accertamento, chiedendo l'integrale annullamento dell'atto impugnato con vittoria di spese e onorari di giudizio.

In primo luogo la società evidenziava come in relazione al periodo accertato, la stessa ha predisposto e consegnato ai verificatori la documentazione relativa agli oneri documentali in materia di prezzi di trasferimento (il cui possesso è stato ritualmente comunicato mediante indicazione nella relativa dichiarazione dei redditi) ai sensi dell'art. 26 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Come motivi di ricorso la società in particolare rilevava la nullità del rilievo n. 1, in tema di prezzi di trasferimento, sostenendo l'adeguatezza e correttezza, formale e sostanziale, della documentazione nazionale sopra citata. L'infondatezza dei motivi adottati dall'Ufficio circa l'asserita inadeguatezza della Documentazione Nazionale. L'infondatezza dell'analisi economica svolta dall'Ufficio, a base dell'accertamento di maggior reddito imponibile (valore normale). L'inapplicabilità delle sanzioni amministrative.

In ordine al secondo rilievo la società riteneva di aver offerto adeguata dimostrazione dello svolgimento di un'attività commerciale effettiva, nonché dell'effettivo interesse economico, sicché la deducibilità dei costi di cui trattasi era, in ogni caso, pienamente legittima ed il relativo rilievo doveva essere annullato.

Da ultimo la società evidenziava come, in forza del principio del *favor rei*, la sanzione minima applicabile in caso di infedele dichiarazione non è più quella del 100% bensì quella del 90% (art. 15, comma 1, lett. a) del D.lgs. 24 settembre 2014, n 158).

L'Ufficio, di contro, atteso che il Masterfile e la documentazione non risultavano tradotti in lingua italiana e non risultavano siglati in ogni pagina dal rappresentante legale della società (o da un suo delegato) e firmati in calce all'ultimo foglio dal medesimo, dal punto di vista formale non riteneva idonea la documentazione presentata. Contestava detta documentazione anche dal punto di vista sostanziale poiché nello studio TP non vi era alcuna evidenza oggettiva atta a comprovare le funzioni, i rischi, la redditività dei "soggetti del gruppo che partecipano alla catena del valore", informazioni particolarmente rilevanti in un contesto come quello in cui opera la società in cui i ruoli di produttore e distributore sono frammentati in modo complesso e articolato tra i vari soggetti del gruppo. Dal punto di vista del calcolo del valore normale dei prezzi

di trasferimento riteneva legittimo il proprio operato e chiedeva, pertanto la conferma dell'atto impugnato.

Riteneva valido l'accertamento anche in ordine al secondo rilievo relativo al recupero dei costi sostenuti con operatori residenti in paesi a fiscalità privilegiata, in violazione dell'art. 5 D.lgs. n. 446/1997. Ciò in considerazione del fatto che la società non aveva provato la sussistenza delle esimenti di cui all'art. 110, comma 11, del TUIR.

3. La CTP, con l'impugnata sentenza, ha ritenuto parzialmente fondato il ricorso.

In particolare, i giudici di prime cure, hanno ritenuto fondato il ricorso quanto al rilievo n. 1 relativo al *transfer pricing*.

Ai sensi dell'art. 110, comma 7, del TUIR, i componenti di reddito (costi e ricavi) che derivano da operazioni con società collegate non residenti in Italia sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti o dei servizi prestati, se ne deriva un aumento del reddito imponibile. Ai fini della determinazione del valore normale bisogna far riferimento al prezzo mediamente praticato in condizione di libera concorrenza (art. 9 del TUIR), vale a dire al prezzo che sarebbe stato concordato tra imprese indipendenti per transazioni simili sul libero mercato. Ai sensi dell'art. 9 comma 3 del TUIR si definisce "valore normale": il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e servizi della stessa specie o similari in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquistati o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo prossimi. Vari sono i metodi previsti per calcolare il valore normale dei beni o dei servizi prestati. Nel caso di specie entrambe le parti in causa hanno applicato per il calcolo del valore normale il metodo TNMM, pertanto, la legittimità o meno dell'applicazione di detto metodo non è oggetto del contendere.

In primo luogo, si osserva nella sentenza impugnata, bisogna evidenziare che la società ha un profilo di rischio molto limitato in virtù degli accordi commerciali con [redacted], la quale ultima sopporta la maggior parte dei rischi connessi alle due attività esercitate, quelle di produzione e distribuzione. Ciò significa che i rendimenti delle attività di produzione e distribuzione della contribuente sono contrattualmente garantiti, sicché la stessa [redacted] è protetta dal rischio di perdite. Quanto detto è dimostrato dal fatto che mentre la società nel 2010 aveva ritorni economici e profitti garantiti, i profitti dell'intero gruppo erano sotto pressione per via della negativa situazione del settore. È evidente per la CTP che in ragione della predetta limitazione del rischio, i margini di [redacted] sono inferiori a quelli di imprese apparentemente comparabili - operanti nello stesso settore di attività - che, diversamente dalla [redacted] sopportano interamente il rischio di impresa.

Inoltre, l'Ufficio, per la CTP ha errato nella scelta dei comparabili. Oltre a negare l'utilizzo di comparabili paneuropei, ha individuato dei comparabili domestici la cui attività è diversa da quella svolta dalla società. Quest'ultima opera come distributore leggero, svolgendo funzioni più limitate rispetto ai *comparables* individuati dall'Ufficio. La maggioranza dei *comparables* selezionati dall'Ufficio producono e commercializzano beni finiti e non materie prime, operando in un diverso grado della catena del valore, ed, inoltre, svolgono funzioni più ampie rispetto a quelle svolte dalla [redacted]. A quanto sopra bisogna aggiungere per la CTP che l'Ufficio, inoltre, ha erroneamente escluso dai comparabili, le società che hanno registrato perdite contabili in almeno due degli esercizi ricompresi nel triennio di riferimento. Ciò in quanto anche le società che chiudono l'esercizio sociale in perdita devono essere considerate, perché la perdita, secondo i principi aziendalistici e civilistici, è un risultato d'esercizio, a fine anno. L'Ufficio per la CTP non può scartare *tout court*, le società che chiudono con segno negativo, che, viceversa devono essere considerate, per avere un quadro più completo e realistico delle società esaminate. Anche il periodo preso a riferimento dall'Ufficio (2008-2010) non sembra per la CTP il più opportuno. Ciò in quanto la maggior parte dei bilanci relativi all'annualità 2010, alla data della predisposizione della documentazione per il 2010 (inizio 2011) non erano neppure stati inseriti nella banca dati da cui la società ha selezionato i soggetti comparabili.



Conclusivamente ha ritenuto il Collegio di prime cure che la ripresa a tassazione in tema di *transfer pricing* fosse illegittima, dovendosi disattendere i risultati dell'analisi compiuta in sede di verifica dall' Ufficio.

Diversamente, la CTP ha ritenuto infondato il ricorso introduttivo quanto al rilievo relativo al recupero operato dall'Ufficio a fronte di costi sostenuti con operatori residenti in paesi a fiscalità privilegiata, in violazione dell'art. 110, comma 10, legge n. 917/86.

Al fini della deducibilità dei costi sostenuti con imprese residenti in paesi c.d. *black list*, il contribuente deve, alternativamente, dimostrare o che il soggetto estero svolga attività commerciale effettiva (prima esimente), o che, riesca a dimostrare un effettivo interesse economico all'effettuazione di ciascuna operazione intrattenuta con i fornitori (seconda esimente). Nel caso di specie per la CTP la prima esimente non risulta dimostrata. A tal fine il contribuente si è limitato, con la documentazione prodotta (certificato registro delle imprese, copia fatture utenze telefoniche e elettriche, documentazione relativi agli immobili adibiti ad ufficio, organigramma del lavoratori, copia contratti di assicurazione sulle proprietà per responsabilità aziendale, ricevuta della Cassa di previdenza a fronte di contributi previdenziali relativi al periodo 1 gennaio 2009- 31 dicembre 2011) a provare l'esistenza della società svizzera da un punto di vista meramente formale, ma non ha provato che il fornitore svolgesse come sua attività principale un'attività commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c., avvalendosi di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della citata attività (a tal fine per la CTP sarebbe stato necessario produrre una più completa documentazione comprovante l'esistenza di tale struttura organizzativa nel paese *black list*, dedicata all'attività sopraindicata). Anche la seconda esimente non risulta per la CTP dimostrata. In effetti, si legge in sentenza, il contribuente non ha dimostrato l'effettivo interesse economico all'effettuazione dell'operazione intrattenuta con il fornitore. È utile sottolineare secondo la CTP come detta scelta imprenditoriale deve essere sorretta da una valida giustificazione di tipo economico a beneficio della specifica attività imprenditoriale, connessa - In modo particolare - con l'entità del prezzo praticato, la qualità dei prodotti forniti e la tempestività e puntualità della consegna. Nulla di tutto questo risulterebbe essere stato dimostrato dalla società che si sarebbe limitata ad evidenziare che l'attività svolta con la società residente in paese a fiscalità privilegiata origina da una cessione di ramo d'azienda su scala mondiale nel corso del 2010. Di qui il naturale proseguimento, dei rilevanti rapporti commerciali tra il gruppo e il gruppo. Ma nulla sarebbe stato prodotto per dimostrare l'effettivo interesse economico all'operazione (competitività dei prezzi, qualità dei prodotti, tempestività e puntualità nella consegna), con conseguente legittimità del recupero operato dall'Ufficio ai sensi dell'art. 110, comma 10, del TUIR.

4. Con l'atto di appello, l'agenzia delle Entrate ha tempestivamente proposto impugnazione avverso la predetta sentenza della CTP, limitatamente all'annullamento del rilievo relativo al *transfer pricing*, articolando un unico motivo con cui deduce la legittimità del recupero operato dall'Ufficio a fronte dell'omessa dichiarazione dei componenti positivi di reddito derivanti da operazioni di *transfer pricing*, in violazione dell'art. 9, comma terzo, e 110, comma settimo, TUIR n. 917/1986.

In sintesi, l'Ufficio - non condividendo i contenuti dell'analisi sul TP svolta dalla Società - ha presentato, nel proprio accertamento e ribadito in sede di appello, una autonoma analisi di *benchmark*, sia con riferimento all'attività di produzione che con riferimento a quella di distribuzione. L'Ufficio ritiene che il metodo adottato dalla Società (TNMM) sia "non il più adeguato" al caso di specie, in quanto era applicabile al caso in esame il metodo del *Profit Split*. L'Ufficio contesta l'ambito territoriale, esteso ai territori europei, preso a riferimento dalla Società ai fini della selezione delle società comparabili, accettando unicamente società italiane. L'Ufficio ritiene poi che l'arco temporale preso come riferimento dalla Società ai fini dell'analisi TP (2006-2008 per l'attività di produzione; 2007-2009 per l'attività di distribuzione), non sia appropriato in quanto non ricomprende l'annualità in contestazione (2010) ed ha quindi compiuto la propria analisi TP sulla base del periodo di riferimento 2008-2010, al fine, appunto di includere

l'annualità 2010 nello studio di *benchmark*. L'Ufficio ha sostenuto che correttamente i verificatori hanno utilizzato, ai fini della loro analisi TP, un approccio cd. *a posteriori*, utilizzando una versione della banca dati commerciale "Orbis" (versione 2013) non disponibile alla Società al momento della predisposizione della documentazione di *transfer pricing* per il periodo d'imposta 2010. L'Ufficio ha ancora considerato legittima l'effettuazione della rettifica ai fini dei prezzi di trasferimento per l'esercizio 2010 ai fini IRES e IRAP, individuando quale reddito imponibile *arm's length* unicamente ed esclusivamente quello derivante dall'applicazione ai dati contabili del valore mediano del *range interquartile*, considerando tale valore mediano quale l'unico punto della distribuzione statistica in grado di garantire la corretta applicazione del valore normale.

L'appellante conclude chiedendo che questa CTR, in parziale riforma della sentenza impugnata, dichiari la legittimità del rilievo relativo al *transfer pricing*, con condanna della società contribuente alla rifusione delle spese di lite.

5. La società contribuente si è costituita in giudizio deducendo sul motivi di impugnazione quanto segue:

1) inammissibilità dell'appello per mancanza di motivi specifici di impugnazione ex art. 53, d. lgs. n. 546 del 1992 (si sostiene che in sede di appello l'Ufficio si è limitato ad una pedissequa riproposizione delle medesime argomentazioni contenute nell'avviso di accertamento "originario", senza una effettiva analisi critica della sentenza appellata, con ciò venendo meno all'onere dell'appellante di individuare ed esporre i vizi della sentenza; conseguentemente la Società in sede di controdeduzioni ha riproposto gli argomenti esposti in primo grado, accolti dal giudice);
2) nel merito, l'atto di controdeduzioni è stato suddiviso in tre parti, nella prima delle quali vengono ribadite le criticità che contraddistinguono, rendendola inattendibile l'analisi di *benchmark* compiuta dall'Ufficio, con citazione della giurisprudenza più significativa in materia; nella seconda parte, è riproposta l'analisi critica delle società comparabili individuate e selezionate dall'Ufficio esclusivamente in ambito domestico, evidenziando per ciascuna società comparabile le differenze tra l'attività svolta da ciascuna di esse e quella svolta dalla società, dimostrativa dell'approssimazione e della strumentalità del metodo ricostruttivo seguito dall'Ufficio; nella terza parte, infine, vengono ribadite le ragioni per le quali l'Ufficio non avrebbe potuto né dovuto applicare le sanzioni amministrative previste per la fattispecie di infedele dichiarazione dei redditi.

Quanto controdedotto dalla è stato peraltro oggetto di una memoria riepilogativa di sintesi e di aggiornamento normativo, dottrinario e giurisprudenziale sulle questioni controverse, depositata dalla società appellata in data 8.11.2018, con allegati (Nota dell'Assonime n. 4 del 2018 recante la "Risposta alla consultazione pubblica in materia di prezzi di trasferimento, relativamente all'attuazione delle disposizioni previste dall'art. 110, comma 7, del TUIR e dall'art. 31-quater del D.P.R.n. 600 del 1973"; Decreto Ministeriale del 14 maggio 2018, recante le linee Guida per l'applicazione delle disposizioni in tema di prezzi di trasferimento; sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Milano n. 5233 del 7 settembre 2017).

In estrema sintesi, si eccepisce nelle controdeduzioni, tenuto conto anche della memoria di cui sopra, che l'Ufficio avrebbe commesso una serie di errori molto gravi che inficiano *in toto* l'attendibilità dell'analisi, errori così di seguito individuabili per aver: 1) selezionato imprese comparabili che, contrariamente alla Società, non operano come distributore "leggero" né producono e commercializzano materie prime (bensì prodotti "finiti"); 2) utilizzato una versione della banca dati commerciale "Orbis" (versione 2013) oggettivamente non disponibile, e pertanto non accessibile, alla Società al tempo della predisposizione della documentazione sul *transfer pricing* per il periodo d'imposta 2010, utilizzazione di tale banca dati che avrebbe consentito all'Ufficio di estendere l'analisi all'annualità 2010, operazione impossibile per la Società all'epoca dei fatti; 3) escluso i comparabili pan-europei (ossia non italiani); 4) escluso le società (potenzialmente comparabili) con perdite contabili in almeno due esercizi ricompresi nel periodo 2008-2011; 5) operato esclusivo riferimento - ai fini della determinazione del maggior reddito

imponibile - al valore mediano del *range* interquartile, erroneamente considerando tale valore mediano quale unico punto in grado di garantire la corretta applicazione del criterio del valore normale.

Si sostiene, con analitica esposizione, come la sentenza di primo grado sia in linea con la giurisprudenza di merito formatasi negli ultimi anni innanzi alle Commissioni Tributarie milanesi di primo e secondo grado, le cui decisioni sono state allegare agli atti in primo grado di giudizio e richiamate in sede di controdeduzioni all'appello dell'Ufficio.

Quanto alla applicazione delle sanzioni amministrative da parte dell'Ufficio, la Società rileva - nella denegata ipotesi di accoglimento, nel merito, della tesi dell'Ufficio - che andrebbero disapplicate le sanzioni amministrative comminate con l'avviso di accertamento impugnato, sussistendo plurimi profili di illegittimità: a) in quanto sussistono i presupposti per l'applicazione del regime premiale previsto dall'articolo 1, comma 6, del D.Lgs n. 471 del 1997 (attendibilità ed idoneità della Documentazione Nazionale); ai sensi dell'articolo 10 della legge n. 212 del 2000 (Statuto del Contribuente) "le sanzioni non sono comunque irrogate quando la violazione si traduce in una mera violazione formale senza alcun debito di imposta"; c) per violazione del principio di buona fede e collaborazione tra il Fisco e il contribuente; d) sulla base del c.d. principio della proporzionalità.

6. Con il medesimo atto di controdeduzioni, l'appellata ha proposto altresì appello incidentale con riferimento al capo della sentenza che ha confermato il rilievo quanto al recupero operato dall'Ufficio a fronte di costi sostenuti con operatori residenti in paesi a fiscalità privilegiata, in violazione dell'art. 110, comma 10, legge n. 917/86.

Sul punto l'appellata sostiene di aver provato l'effettivo interesse economico delle operazioni cui i costi di riferiscono, avendo già fornito risposta al questionario rimesso dall'Ufficio; segnatamente, sostiene che la prova della sussistenza dell'interesse economico discenderebbe proprio dai rapporti con la *Società*, atteso che l'attività svolta dalla società origina da una cessione di ramo d'azienda su scala mondiale da parte del gruppo *Società* a favore del gruppo *Società* nel corso del 2010; da qui il naturale proseguimento negli anni successivi alla cessione d'azienda di rilevanti rapporti commerciali tra i due gruppi, avendo in particolare la *Società* reso all'altra società servizi di consulenza nell'area delle risorse umane, della finanza e del marketing; quanto poi alla sussistenza dell'elemento costituito dall'effettivo svolgimento di un'attività economica da parte della società estera, si richiama la documentazione prodotta dalla *Società* richiamata dalla sentenza impugnata, censurandosi la motivazione della stessa laddove si afferma che la *Società* non avrebbe provato che il fornitore svolgesse come sua attività principale un'attività commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c., avvalendosi di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della citata attività; sul punto si sostiene che detta prova sarebbe rappresentata dal bilancio della società elvetica fornitrice già in possesso dell'Ufficio ma non della *Società*, a tal proposito instando affinché si richieda all'Ufficio conferma dell'avvenuta acquisizione del bilancio della *Società* che sarebbe stato trasmesso in data 4.05.2015 a mezzo p.e.c. in risposta ad un questionario, senza che nessuna contestazione fosse stata poi mossa alla società controllata; quanto sopra rilevarebbe anche la violazione del principio di correttezza e buona fede da parte dell'Ufficio ex art. 6, co. 4, legge n. 212 del 2000, per essere tale documento già in possesso dell'Ufficio.

7. Conclusivamente, l'appellata - previa richiesta, prospettata nella memoria depositata *in limine litis*, della riunione, ai sensi dell'articolo 29 del D.lgs. n. 546/1992, del presente procedimento pendente in materia di IRES (RGA n. 4534/2017) con il procedimento pendente in materia di IRAP (RGA n.4536/2017), per identità delle parti nonché per identità di *causa petendi* - chiede di rigettare l'appello dell'Ufficio con riferimento all'annullamento del rilievo in materia di *transfer pricing*, e che, in accoglimento dell'appello incidentale, riformi la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto legittimo il rilievo quanto al recupero operato dall'Ufficio a fronte di costi sostenuti con operatori residenti in paesi a fiscalità privilegiata, in violazione

dell'art. 110, comma 10, DPR n. 917/86; In subordine, in caso di accoglimento dell'appello dell'Ufficio, chiede di disapplicare le sanzioni amministrative comminate con l'avviso di accertamento impugnato o la loro rideterminazione; con vittoria di spese del grado.

8. All'odierna udienza pubblica, svolta l'illustrazione da parte del giudice relatore, sentite le parti presenti come da verbale, la causa è stata posta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

9. L'appello dell'Ufficio e quello incidentale della società contribuente sono infondati, salvo che per la rideterminazione delle sanzioni applicabili, atteso che in forza del principio del *favor rei*, la sanzione minima applicabile in caso di infedele dichiarazione non è più quella del 100% bensì quella del 90% (art. 15, comma 1, lett. a) del D.lgs. 24 settembre 2014, n 158).

10. Quanto alla richiesta di riunione, trattandosi di appelli proposti avverso sentenze diverse, non ricorrono le condizioni di legge per la riunione dei due procedimenti, venendo comunque assicurata l'omogeneità della valutazione attesa la decisione dei due appelli nel corso della medesima udienza da parte dello stesso collegio giudicante.

11. Venendo anzitutto all'esame dell'appello dell'Ufficio, lo stesso è infondato. Ed invero, l'Ufficio - non condividendo i contenuti dell'analisi sul TP svolta dalla Società - ha presentato, nel proprio accertamento, una autonoma analisi di *benchmark*, sia con riferimento all'attività di produzione che con riferimento a quella di distribuzione. Nel procedere ha tuttavia commesso una serie di errori puntualmente individuati e censurati dalla Commissione Tributaria Provinciale nella sentenza di primo grado, oggetto dell'impugnazione da parte dell'Ufficio. Il giudice di prime cure, infatti, ha disatteso tutti i punti chiave (annualità di riferimento, scelta dei comparabili, etc.) su cui si fonda la "contro-analisi" economica proposta dall'Ufficio, accogliendo senza riserve la tesi difensiva esposta dalla società. La sentenza di primo grado è in linea con la giurisprudenza di merito maturata negli ultimi anni innanzi alle Commissioni Tributarie milanesi di primo e secondo grado, decisioni allegare agli atti in primo grado di giudizio e richiamata in sede di controdeduzioni all'appello dell'Ufficio.

12. Corretto è anzitutto il metodo TNMN adottato dalla Società. L'Ufficio ritiene che il metodo adottato dalla Società (TNMM) sia "non il più adeguato" al caso di specie: al tempo stesso, contraddicendosi lo applica di fatto al caso in esame. Tanto ciò è vero che il giudice di primo grado ha osservato come tale metodo è stato comunque applicato dall'Ufficio al fine della propria analisi. Il metodo applicato dalla società è comunque corretto ed in linea con le linee Guida OCSE e, contrariamente a quanto affermato dall'Ufficio, il metodo del *Profit Split* non era applicabile nel caso qui in esame. Esso è considerato appropriato dall'OCSE solo nei casi in cui le attività delle parti hanno contribuito allo sviluppo degli asset immateriali impiegati nella transazione, laddove, nel caso di specie, le funzioni svolte dalle parti sono assolutamente distinte e in nessun momento si è avuto alcun investimento congiunto per lo sviluppo di asset immateriali.

Quanto sopra, del resto, è confermato dalle indicazioni di cui al Decreto Ministeriale del 14 maggio 2018. Il Decreto Ministeriale include espressamente, tra i metodi applicabili dai contribuenti ai fini dell'analisi di Transfer Pricing, il metodo TNMN (metodo transnazionale di ripartizione degli utili) applicato dalla società. Inoltre, si osserva come il metodo del *Profit Split* invocato dall'Ufficio sia l'ultimo della lista indicata nel comma 2 dell'art. 4 del Decreto: tale circostanza non è in effetti casuale, avendo la dottrina ritenuto che l'ordine di esposizione dei vari metodi rifletta una sorta di implicita "gerarchia" di preferibilità, da parte dell'Amministrazione finanziaria, dei metodi medesimi. Di fondamentale importanza, infine, la disposizione secondo cui qualora un'impresa abbia utilizzato uno dei metodi espressamente indicati nel Decreto (ivi incluso, quindi, il TNMN) la verifica da parte dell'Amministrazione finanziaria si deve basare sul

metodo applicato dall'Impresa (art. 4, comma 6, del Decreto). Di qui l'infondatezza delle doglianze dell'Ufficio.

13. Corretto è poi l'ambito territoriale di riferimento (Europa) ai fini della individuazione delle società comparabili.

La società ha infatti incluso nella propria analisi talune società europee, laddove l'Ufficio accetta unicamente società italiane. Ebbene, tale limitazione, disattesa dal giudice di primo grado, è priva di senso economico, soprattutto ove si consideri la natura di *commodity* dei prodotti distribuiti dalla (prodotti, cioè, privi di particolari specificità rispetto a quelli analoghi offerti dagli altri produttori). Contrariamente a quanto afferma l'Ufficio, l'utilizzo di comparabili paneuropei è in linea con il Codice di Condotta in materia di *Transfer Pricing*. In senso favorevole si è anche espressa la giurisprudenza di merito (cfr. sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Milano n. 8301 del 2016).

A ciò va aggiunto che la correttezza dell'operato della contribuente è confermata dalla nota dell'Assonime n. 4 del 2018, in cui si legge: "... sarebbe necessario disciplinare le modalità di identificazione dei soggetti comparabili avendo riguardo al loro fattore dimensionale nonché alla natura, nazionale o meno, del loro business anche, tra l'altro, in relazione allo svolgimento dell'attività sul mercato nazionale, europeo o Internazionale". Orbene, nel caso in esame, la natura multinazionale dell'impresa - e del suo business - comporta, evidentemente, la piena legittimità e fondatezza del ricorso a comparabili pan-europei. Da qui la correttezza della sentenza di primo grado e la conseguente infondatezza dell'appello dell'Ufficio.

14. Corretto è poi il periodo di riferimento adottato dalla società.

L'Ufficio ritiene che l'arco temporale preso come riferimento dalla società ai fini dell'analisi TP (2006-2008 per l'attività di produzione; 2007-2009 per l'attività di distribuzione), non sia appropriato in quanto non ricomprende l'annualità in contestazione (2010). L'Ufficio ha quindi compiuto la propria analisi TP sulla base del periodo di riferimento 2008-2010, al fine, appunto di includere l'annualità 2010 nello studio di *benchmark*.

Il periodo di riferimento assunto dalla società ai fini dell'analisi economica è corretto, laddove quello adottato dall'Ufficio è oggettivamente illegittimo.

Ed invero, l'OCSE insegna che l'analisi di comparabilità deve porsi l'obiettivo di trovare gli elementi comparabili più affidabili. Ebbene, considerando che la maggior parte dei bilanci relativi all'annualità 2010, alla data della predisposizione della Documentazione Nazionale per il 2010 (inizio 2011) non erano neppure stati inseriti nella banca dati da cui la Società ha selezionato i soggetti comparabili (Amadeus - Data update -), risulta evidente l'illegittimità del *modus operandi* dell'Ufficio che assume a riferimento le transazioni avvenute tra il 2008 ed il 2010. Conseguentemente, corretta è sul punto la sentenza di primo grado.

15. Illegittimo è l'utilizzo di una versione delle banche dati (versione) oggettivamente non disponibile alla società all'epoca della effettuazione dell'analisi.

L'Ufficio ha utilizzato, ai fini dell'analisi TP, un approccio c.d. *a posteriori*, utilizzando una versione della banca dati commerciale "Orbis" non disponibile - e pertanto non accessibile - alla società al momento della predisposizione della documentazione di *transfer pricing* per il periodo d'imposta 2010.

Tale approccio è illegittimo. Questa CTR ha infatti in precedenti occasioni confermato la illegittimità dell'utilizzo, da parte dell'Ufficio, di dati estratti da versioni di banche dati temporalmente successive rispetto a quelle disponibili al contribuente al tempo del compimento della propria analisi. In tal senso, si è espressa la sentenza n. 173 del 18.01.2016 della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia nonché la decisione, richiamata dalla contribuente nella più recente sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Milano n. 5233 del 7 settembre 2017, in cui, nel decidere circa l'impugnazione di un avviso di accertamento per l'annualità 2011, si è affermato che "non è accettabile che una verifica fiscale, quale quella attualmente in



esame, basata sulla contestazione dei *comparables* originariamente scelti dalla società, sia condotta dai verificatori utilizzando dati ed informazioni nonché un gruppo di potenziali *comparables* che mai il ricorrente avrebbe potuto trovare, tenuto conto che lo fonte dei dati utilizzati dai verificatori è di ben tre anni successiva rispetto a quella che risultava disponibile alla data di presentazione della dichiarazione Mod. SC/2012".

La correttezza della tesi sostenuta dalla società e dalla giurisprudenza di questa Commissione Tributaria trova ulteriore conferma nella citata nota dell'Assonime n. 4 del 2018 ove testualmente si afferma: " ... andrebbe chiarita la necessità di condurre l'analisi di comparabilità tendenzialmente sulla base dei dati che erano nella disponibilità dell'impresa nel periodo in cui l'operazione sottoposta al controllo è stata posta in essere: stabilire un range temporale valevole per il contribuente e per il fisco ci sembra essenziale. Infatti l'assenza di coincidenza temporale in ordine alla disponibilità dei dati può produrre un gap informativo tra Amministrazione finanziaria e impresa sottoposta a verifica e, quindi, condurre ad analisi falsate e, a tutto concedere, ad un risultato che l'operatore economico non avrebbe potuto mal ricavare con i dati a propria disposizione all'epoca dell'operazione".

16. Errata è stata poi la selezione delle società comparabili domestiche da parte dell'Ufficio per l'esclusione delle società in perdita.

L'Ufficio ha negato l'impiego di comparabili europei ed ha individuato dei comparabili domestici la cui attività è profondamente diversa da quella svolta dalla società (la maggioranza dei soggetti selezionati dall'Ufficio producono o commercializzano beni finiti e non materie prime, operando quindi in un diverso stadio della catena del valore); l'Ufficio ha inoltre escluso le società comparabili in perdita.

Orbene, con riferimento alla illegittima esclusione delle società in perdita, giova evidenziare, oltre alla giurisprudenza di merito (cfr. *ex multis*: Commissione Tributaria Provinciale di Milano, sentenze nn. 7996/2014, 1108/2016; n. 2052/2016; Commissione Tributaria Regionale di Milano n. 3165/2015, n. 1670/2015, n. 173/2016), la già citata Nota Assonime n. 4, ove si legge: "sembrerebbe anche necessario fosse chiarito espressamente che nel perimetro dei soggetti comparabili non devono essere esclusi automaticamente tutte le società che, per occasionali periodi d'imposta, si presentino fisiologicamente in perdita - qualora, ovviamente, la perdita non sia "sistematica" e, cioè, espressione di un fenomeno "patologico" - in armonia con quanto rivelano anche le linee guida OCSE...". Come correttamente rilevato dalla difesa della società contribuente, i risultati negativi, al pari degli utili, rappresentano una realtà economica che in un periodo di recessione come quello che ha interessato gli esercizi dal 2009 al 2011, potrebbe rispecchiare la misura più veritiera del risultato *arm's length* del periodo osservato. Le circostanze economiche rappresentano infatti uno dei cinque fattori fondamentali da prendere in considerazione nello svolgimento dell'analisi di comparabilità e che inevitabilmente influiscono tanto sui profitti delle società appartenenti a un gruppo quanto sui profitti delle società indipendenti.

17. Errata è poi l'individuazione del reddito imponibile c.d. *arm's length* per via dell'applicazione - da parte dell'Ufficio - del solo valore mediano del *range* interquartile.

L'Ufficio ha effettuato la rettifica ai fini dei prezzi di trasferimento per l'esercizio 2010 ai fini IRES e IRAP, individuando quale reddito imponibile *arm's length* unicamente ed esclusivamente quello derivante dall'applicazione ai dati contabili del valore mediano del *range* interquartile, erroneamente considerando tale valore mediano quale l'unico punto della distribuzione statistica in grado di garantire la corretta applicazione del valore normale.

Tale *modus operandi* è infatti contrario ai principi OCSE, come ben rilevato dalla difesa della contribuente. Le Linee Guida OCSE specificano (cfr. OECD Guidelines, paragrafo 3.62) che, qualora la gamma di prezzi di libera concorrenza comprenda risultati affidabili, qualunque punto in essa ricompreso è idoneo a rappresentare una situazione di mercato *arm's length*, ovvero un valore di libera concorrenza.

Sul punto anche i giudici della Commissione Tributaria Provinciale di Milano nella sentenza n. 5233 del 2017, citata ed allegata nelle memorie dell'8.11.2018, affermano che *"le stesse linee guida dell'OCSE sono a suggerire l'utilizzo dell'intervallo interquartile al fine di determinare il range di valori ritenuti tutti equamente accettabili ed affidabili al fine dell'analisi di comparabilità"*. Inoltre, conformemente a quanto statuito sul punto dall'OCSE (pagine 70-73 delle controdeduzioni) il D.M. 14 maggio 2018 ha confermato l'approccio di considerare conforme al principio dell'*arm's length* l'intero intervallo di valori risultante dall'indicatore finanziario selezionato dal contribuente. Il comma 2 dell'articolo 6 stabilisce infatti che un'operazione si considera realizzata in conformità al principio di libera concorrenza allorché il relativo indicatore finanziario sia compreso nell'intervallo di valori che risulta dall'applicazione del metodo più appropriato.

Tale impostazione è del resto in linea con le osservazioni contenute nella più volte citata nota dell'Assonime n. 4/2018, in cui si ribadisce che *"il principio di carattere generale per cui tutti i valori dell'intervallo sono - tutti, ugualmente - considerati valori di libera concorrenza comporta il superamento della discutibile prassi dell'amministrazione finanziaria secondo cui, invece, il posizionamento del contribuente avrebbe dovuto attestarsi sulla c.d. "mediana"*.

Si deve quindi ribadire come nel caso in esame ogni punto della gamma interquartile situato al di sotto del valore mediano individuato dagli studi di *benchmark* predisposti dai verificatori, risulta maggiormente rappresentativo - rispetto al valore mediano - della marginalità di una società che, come Trinseo, svolge attività di *tolling manufacturing* e di *limited risk distribution* senza lo svolgimento di funzioni complesse, l'impiego di beni materiali ed immateriali significativi e l'assunzione di rischi rilevanti.

18. Parimenti infondato, infine, è l'appello incidentale della contribuente.

La sentenza ha confermato il rilievo quanto al recupero operato dall'Ufficio a fronte di costi sostenuti con operatori residenti in paesi a fiscalità privilegiata, in violazione dell'art. 110, comma 10, legge n. 917/86.

Sul punto l'appellata sostiene di aver provato l'effettivo interesse economico delle operazioni cui i costi si riferiscono, avendo già fornito risposta al questionario rimesso dall'Ufficio; segnatamente, sostiene che la prova della sussistenza dell'interesse economico discenderebbe proprio dai rapporti con la *_____* atteso che l'attività svolta dalla società origina da una cessione di ramo d'azienda su scala mondiale da parte del gruppo *_____* a favore del gruppo *_____* nel corso del 2010; da qui il naturale proseguimento negli anni successivi alla cessione d'azienda di rilevanti rapporti commerciali tra i due gruppi, avendo in particolare la *_____* reso all'altra società servizi di consulenza nell'area delle risorse umane, della finanza e del marketing; quanto poi alla sussistenza dell'esimente costituita dall'effettivo svolgimento di un'attività economica da parte della società estera, si richiama la documentazione prodotta dalla *_____* (richiamata dalla sentenza impugnata), censurandosi la motivazione della stessa laddove si afferma che la *_____* non avrebbe provato che il fornitore svolgesse come sua attività principale un'attività commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c., avvalendosi di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della citata attività; sul punto si sostiene che detta prova sarebbe rappresentata dal bilancio della società elvetica fornitrice già in possesso dell'Ufficio ma non della *_____*, a tal proposito instando affinché si richieda all'Ufficio conferma dell'avvenuta acquisizione del bilancio della *_____* che sarebbe stato trasmesso in data 4.05.2015 a mezzo p.e.c. in risposta ad un questionario senza che nessuna contestazione fosse stata poi mossa alla società controllata; quanto sopra rileverebbe anche la violazione del principio di correttezza e buona fede da parte dell'Ufficio ex art. 6, co. 4, legge n. 212 del 2000, per essere tale documento già in possesso dell'Ufficio.

19. Rileva il Collegio che quanto argomentato dalla contribuente sul punto non ha pregio.

Ed infatti, quand'anche si provasse l'avvenuta acquisizione del bilancio della *_____* (che sarebbe stato trasmesso alle Autorità fiscali italiane in data 4.05.2015 a mezzo p.e.c.) al fine



di ritenere provato l'effettivo svolgimento di un'attività economica da parte della società estera, resterebbe tuttavia pur sempre sprovvista di prova la sussistenza della seconda esimente. Il contribuente, come evidenziato in sentenza, non ha dimostrato l'effettivo interesse economico all'effettuazione dell'operazione intrattenuta con il fornitore. Detta scelta imprenditoriale deve essere sorretta da una valida giustificazione di tipo economico a beneficio della specifica attività imprenditoriale, connessa - in modo particolare - con l'entità del prezzo praticato, la qualità dei prodotti forniti e la tempistica e puntualità della consegna. Nulla di tutto questo è stato in effetti dimostrato dalla società che si è limitata ad evidenziare che l'attività svolta con la società residente in paese a fiscalità privilegiata origina da una cessione di ramo d'azienda su scala mondiale nel corso del 2010, donde il naturale proseguimento dei rilevanti rapporti commerciali tra il gruppo e il gruppo, come ribadito anche nelle controdeduzioni. Nulla tuttavia è stato prodotto per dimostrare l'effettivo interesse economico all'operazione (competitività dei prezzi, qualità dei prodotti, tempistica e puntualità nella consegna), con conseguente legittimità del recupero operato dall'Ufficio ai sensi dell'art. 110, comma 10, del TUIR ed infondatezza dell'appello incidentale sul punto.

20. Per le motivazioni suesposte ed ogni altra eccezione disattesa restando assorbita da quanto prefato, l'appello principale e quello incidentale devono essere respinti, conseguendone, pertanto l'integrale conferma dell'appellata sentenza, salvo che per la rideterminazione delle sanzioni applicabili, atteso che in forza del principio del *favor rei*, la sanzione minima applicabile in caso di infedele dichiarazione non è più quella del 100% bensì quella del 90% (art. 15, comma 1, lett. a) del D.lgs. 24 settembre 2014, n 158).

21. Tenuto conto della soccombenza reciproca, può essere disposta la compensazione delle spese del presente grado.

P.Q.M.

La Commissione Tributaria Regionale di Milano, sezione 19, definitivamente pronunciando, respinge l'appello dell'Ufficio e quello incidentale della - salvo che con riferimento all'ammontare della sanzione, oggi applicabile nella misura del 90% -, e, per l'effetto, conferma nel resto la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Milano n. 924/3/17, pronunciata in data 30.01.2017 e depositata in data 30.01.2017.

Spese compensate.

Così deciso in Milano, il 19 novembre 2018

Il Componente est.
Alessio Scarcella



Il Presidente
Daniela Borgonovo

