

Civile Ord. Sez. 5 Num. 13850 Anno 2021

Presidente: CIRILLO ETTORE

Relatore: GUIDA RICCARDO

Data pubblicazione: 20/05/2021

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 9010/2018 R.G. proposto da
AGENZIA DELLE ENTRATE, in persona del direttore *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio
legale in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, presso l'Avvocatura Generale
dello Stato.

- ricorrente -

contro

GI GROUP SPA, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Salvarani e dall'avv.
Stefano Di Meo, elettivamente domiciliata in Roma, via Pisanelli n. 2,
presso lo studio dell'avv. Stefano Di Meo.

- controricorrente -

Avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale della
Lombardia, sezione n. 02, n. 3773/02/17, pronunciata il 29/05/2017,
depositata il 26/09/2017.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 12 maggio 2021 dal
Consigliere Riccardo Guida.

Rilevato che:

1. l'Agenzia delle entrate ricorre, con un motivo, contro GI Group Spa,
che resiste con controricorso, illustrato con una memoria, avverso la
sentenza della Commissione tributaria regionale ("C.T.R.") della

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

3258
2021

Lombardia, indicata in epigrafe, nella quale, in controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un avviso di accertamento, che recuperava a tassazione IRES, per il 2008, interessi attivi (nella misura di euro 106.968,75) su finanziamenti erogati a favore della società "veicolo" Goldfinger Limited (di Hong Kong), in accoglimento dell'appello della contribuente, ha riformato la sentenza (n. 3050/2016) della Commissione tributaria provinciale di Milano che, dal canto suo, aveva rigettato il ricorso introduttivo;

2. la C.T.R. premette che GI Group Spa aveva finanziato la società "veicolo" Goldfinger HK Ltd al fine di acquisire, in via indiretta, una partecipazione (del 56%) nella società cinese Ningbo Gi Human Resources Co. Limited (società *target*); indi, la Commissione regionale, sul tema delle operazioni di finanziamento infruttifero infragruppo, menziona i principi enunciati da Cass. 15/04/2016, n. 7493, e soggiunge che, nella fattispecie concreta, l'operazione di finanziamento della consociata di Hong Kong si è resa necessaria per l'impossibilità, da parte di GI Group Spa, di acquisizione diretta di partecipazioni in compagini cinesi. Ad avviso della C.T.R., inoltre, l'ufficio non ha indicato quale sarebbe stato l'interesse della Goldfinger Ltd, quale società "veicolo", ad ottenere e a remunerare il finanziamento e, infine, neppure è persuasiva la tesi erariale per cui (vedi pag. 5 della sentenza impugnata) «tale finanziamento doveva necessariamente essere remunerato perché risultavano altre operazioni che, invece, prevedevano un tasso di interesse, giacché non risulta che l'ufficio abbia esaminato il contenuto delle "altre" operazioni e verificato se fossero comparabili ad operazioni simili a quelle [...] in discussione.»;

Considerato che:

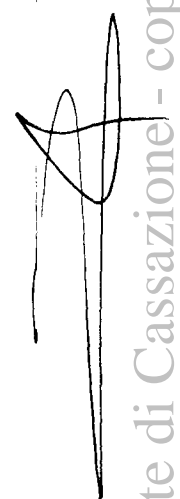
a. preliminarmente, va disattesa l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, per violazione del principio di autosufficienza, sollevata dalla contribuente, nel controricorso e nella memoria, in quanto in sostanza l'Agenzia si attiene al fatto così come accertato dalla C.T.R. per muovere le sue (fondate, come si dirà tra poco) critiche in punto di diritto;

1. con l'unico motivo di ricorso [«1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 110, co. 7, del d.p.r. n. 917/1986 e dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360, co. 1, n. 3 c.p.c.»], l'Agenzia assume che, nei periodi di imposta 2008 e 2009, GI Group Spa ha finanziato le proprie consociate (italiane ed estere) a un tasso d'interesse, pari all'Euribor a un anno, oltre

a uno *spread* variabile (dall'1% al 2%); il prestito originariamente sottoscritto con Goldfinger Ltd prevedeva, anch'esso, inizialmente, un tasso di interesse che, tuttavia, "poco dopo", con una lettera di variazione della concedente, è stato azzerato; le operazioni della contribuente con tutte le altre consociate, invece, fissavano un tasso d'interesse (un corrispettivo) inferiore al valore di mercato. Ciò detto, l'A.F., richiamati gli art. 110, comma 7, t.u.i.r., 2697, cod. civ., e la giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 7493/2016, cit.), addebita alla C.T.R., da un lato, di avere erroneamente affermato che incombesse sull'ufficio l'onere di dimostrare circostanze ulteriori rispetto a quelle (pacifiche in causa) della sussistenza di un'operazione infragruppo, e dell'erogazione di un finanziamento gratuito (a fronte di analoghi finanziamenti concessi dalla contribuente ad altre società del gruppo a un tasso d'interesse attivo, pari all'Euribor a un anno, maggiorato di uno *spread* variabile tra l'1% e il 2%); dall'altro, di avere ritenuto che le giustificazioni addotte dalla contribuente circa l'azzeramento del tasso d'interesse originariamente pattuito con la consociata di Hong Kong fossero sufficienti a integrare la prova contraria spettante alla società, prova che, nella fattispecie in questione, deve consistere nella dimostrazione che la mancanza di un corrispettivo per i finanziamenti infragruppo corrisponde ai valori economici che il mercato attribuisce a tale tipo di operazione;

il motivo è fondato;

1.1. è utile delineare la cornice normativa e giurisprudenziale di riferimento. L'art. 110, comma 7, t.u.i.r., sul c.d. *transfer pricing*, prevede che «I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito»; il comma 2 richiama l'art. 9 del t.u.i.r., che, al comma 3, dispone che «Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i 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 acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e



nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore»;

1.2. Cass. n. 7493/2016, appena citata, ha precisato che questa normativa «non integra una disciplina antielusiva in senso proprio, ma è finalizzata alla repressione del fenomeno economico del *transfer pricing* (spostamento d'imponibile fiscale a seguito di operazioni tra società appartenenti al medesimo gruppo e soggette a normative nazionali differenti) in sé considerato, sicché la prova gravante sull'Amministrazione finanziaria non riguarda la maggiore fiscalità nazionale o il concreto vantaggio fiscale conseguito dal contribuente, ma solo l'esistenza di transazioni, tra imprese collegate, ad un prezzo apparentemente inferiore a quello normale, incombendo, invece, sul contribuente, giusta le regole ordinarie di vicinanza della prova ex art. 2697 c.c. ed in materia di deduzioni fiscali, l'onere di dimostrare che tali transazioni siano intervenute per valori di mercato da considerarsi normali alla stregua di quanto specificamente previsto dal citato art. 9, comma 3, del TUIR (da ult., Cass. n. 18392 del 2015).» La stessa pronuncia riconduce la *ratio* della normativa al principio di libera concorrenza enunciato nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, che prevede la possibilità di sottoporre a tassazione gli utili derivanti da operazioni infragruppo che siano state regolate da condizioni diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti in transazioni comparabili effettuate sul libero mercato. Da tale nucleo concettuale, a giudizio della S.C., deriva che «la valutazione "in base al valore normale" prescinde dalla capacità originaria dell'operazione di produrre reddito e, quindi, da qualsivoglia obbligo negoziale delle parti attinente al pagamento del corrispettivo (cfr. Linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali, paragrafo 1.2). Si tratta, infatti, di esaminare la sostanza economica dell'operazione intervenuta e confrontarla con analoghe operazioni realizzate, in circostanze comparabili, in condizioni di libero mercato tra soggetti indipendenti e valutarne la conformità a queste (cfr., sui criteri di individuazione del valore normale, Cass. n. 9709 del 2015): pertanto, la

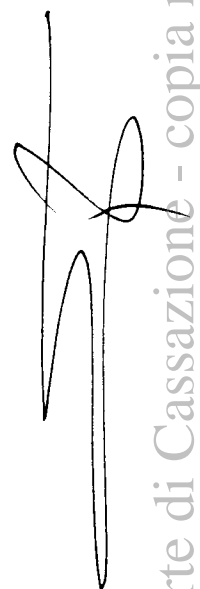
qualificazione di infruttuosità del finanziamento, eventualmente operata dalle parti (sulle quali incombe il relativo onere probatorio, dato il carattere normalmente oneroso del contratto di mutuo, ai sensi dell'art. 1815 cod. civ.), si rivela ininfluyente, essendo di per sé inidonea ad escludere l'applicazione del criterio di valutazione in base al valore normale. Va aggiunto che sarebbe chiaramente irragionevole, e fonte di condotte agevolmente dirette a sottrarsi alla normativa *de qua*, ritenere che l'amministrazione possa esercitare tale potere di rettifica in caso di operazioni con corrispettivo inferiore a quello normale ed anche irrisorio, mentre ciò le sia precluso nell'ipotesi di contratti a titolo gratuito.»;

1.3. la giurisprudenza successiva, che si è occupata del *transfer pricing* internazionale in materia di mutui, ha rafforzato tale approdo nomofilattico. Infatti, già Cass. 30/06/2016, n. 13387 stabilisce che «In tema di reddito d'impresa, la stipula di un mutuo gratuito tra una società controllante residente e una controllata estera soggiace all'art. 76, comma 5 (ora 110, comma 7), del d.P.R. n. 917 del 1986, finalizzato alla repressione del cd. "transfer pricing", che deve trovare applicazione non solo quando il prezzo pattuito sia inferiore a quello mediamente praticato nel comparto economico di riferimento, ma anche quando sia nullo»; in termini simili Cass. 15/11/2017, n. 27018, per la quale «In tema di reddito d'impresa, l'art. 110, comma 7, del d.P.R. n. 917 del 1986, va inteso come attuativo del principio di libera concorrenza, esclusa ogni qualificazione dello stesso come norma antielusiva, sicché la valutazione del valore normale delle operazioni poste in essere postula l'esame della loro sostanza economica, in una prospettiva di comparazione con analoghe operazioni effettuate tra imprese indipendenti e in libera concorrenza, con la conseguenza che sono soggetti alla medesima disciplina i finanziamenti infruttiferi internazionali tra imprese controllate e controllanti attesa l'esigenza, in funzione dell'unitaria *ratio* dell'istituto, di oggettivare il valore delle operazioni ai soli fini fiscali, senza che ne siano alterati gli equilibri civilistici tra i contraenti.», nonché Cass. 29/01/2019, n. 2387, per cui la disciplina del *transfer pricing* (ex art. 110, comma 7, t.u.i.r.) «opera anche nell'ipotesi di prestito ad una società del gruppo, fattispecie nella quale, essendo il costo rappresentato dal saggio di interesse, questo deve essere determinato in relazione al prezzo normale di mercato, ossia al tasso mediamente praticato nel tempo e nel luogo dell'operazione.»;

1.4. analoghi concetti giuridici sono stati ripresi e ulteriormente sviluppati, da ultimo, da Cass. 21/01/2021, n. 1232, nella lite fiscale avente ad oggetto la determinazione del prezzo normale di cessione delle *royalties* sul marchio tra controllante italiana e controllata estera; in primo luogo, la Corte ha ricordato che la *ratio* della normativa fiscale interna in materia di operazioni con società infragruppo, ma non residenti nel territorio dello Stato, dettata dagli artt. 110, comma 7, e 9, comma 3, del d.P.R. n. 917 del 1986, consiste nella salvaguardia del principio di libera concorrenza, e comporta la sottoposizione a tassazione, al c.d. "valore normale", degli utili derivanti da operazioni infragruppo concluse a condizioni diverse da quelle che sarebbero state convenute fra imprese indipendenti in transazioni comparabili effettuate sul libero mercato. Mantenendosi esplicitamente entro il binario dei precedenti sezionali (Cass. 02/03/2020, n. 5645; 18/9/2015, n. 18392), in punto di regola di giudizio del canone di normalità del prezzo di fissazione della transazione e di relativo onere probatorio, quindi, la S.C. ha (nuovamente) chiarito che l'art. 110, comma 7, t.u.i.r., non integra una disciplina antielusiva, in senso proprio, perché non prevede che l'Amministrazione finanziaria debba provare il presupposto della maggiore fiscalità nazionale ed è, perciò, applicabile anche in difetto di prova del conseguimento di un concreto vantaggio fiscale da parte del contribuente. In conclusione, ad avviso della Corte, «tale disciplina, essendo finalizzata alla repressione del fenomeno economico del *transfer pricing*, cioè dello spostamento di imponibile fiscale a seguito di operazioni tra società appartenenti al medesimo gruppo e soggette a normative nazionali differenti, non richiede di provare, da parte dell'amministrazione, la funzione elusiva, ma solo l'esistenza di «transazioni» tra imprese collegate ad un prezzo apparentemente inferiore a quello normale, gravando invece sul contribuente, secondo le regole ordinarie di vicinanza della prova, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ. ed in tema di deduzioni fiscali, l'onere di dimostrare che tali transazioni sono intervenute per valori di mercato da considerarsi normali alla stregua dell'art. 9, comma 3, dello stesso decreto (Cass. n. 18392 del 2015, cit.; Cass. n. 7493 del 15/4/2016; Cass. n. 13387 del 30/6/2016; Cass. n. 27018 del 15/11/2017; Cass. 9673 del 19/4/2018; Cass. n. 28335 del 7/11/2018).»;

1.5. nel "Report" dell'OCSE pubblicato l'11/02/2020, sulle transazioni finanziarie, si ribadisce (come già affermato nel Commentario OCSE all'art. 9 del Modello di Convenzione) che, nelle operazioni di finanziamento *intercompany*, la corretta applicazione del principio di libera concorrenza è rilevante non soltanto nella determinazione del valore di mercato dei tassi di interessi applicati, ma anche per valutare se un'operazione di finanziamento debba essere effettivamente considerata un prestito o, in alternativa, un apporto di capitale proprio. Si sottolinea altresì che, al fine di distinguere un finanziamento dall'apporto di capitale, tra gli altri "utili indicatori", assume autonoma rilevanza "l'obbligo di pagare gli interessi". Con riferimento all'Italia, comunque, in base alla prassi applicativa dell'Agenzia delle entrate (circolare 30 marzo 2016, n. 6/E, in tema di *leveraged buy-out*), la riqualificazione del debito (o di parte di esso) in apporto di capitale dovrebbe rappresentare una "misura eccezionale". Non si esclude, inoltre, che i finanziamenti gratuiti infragruppo possano avere cittadinanza nell'ordinamento laddove sia dimostrabile che lo scostamento rispetto al principio di libera concorrenza sia dipeso da "ragioni commerciali" interne al gruppo, connesse al ruolo che la controllante assume a sostegno delle altre società del gruppo;

1.6. tutto ciò premesso, tornando all'esame del motivo di ricorso, la Commissione regionale non si è attenuta ai (menzionati) principi di diritto riguardanti l'oggetto della prova e il criterio di ripartizione dell'onere della prova, tra fisco e contribuente, in tema di *transfer price* internazionale. In sostanza, lo scrutinio del giudice di merito doveva orientarsi lungo due direttrici: primo, si doveva verificare se l'ufficio avesse o meno fornito la prova, ad esso spettante, che la controllante italiana aveva compiuto un'operazione di finanziamento a favore della controllata estera, quale legittimo presupposto della ripresa a tassazione degli interessi attivi del mutuo, in base al tasso di mercato osservabile in relazione a finanziamenti aventi caratteristiche sufficientemente "comparabili" ed erogati a soggetti con il medesimo *credit rating* dell'impresa debitrice associata (vedi il Report dell'OCSE 2020), la cui determinazione è *quaestio facti* rimessa al giudice di merito; secondo, una volta acclarato tale profilo preliminare, anche in base al principio di non contestazione, si doveva verificare se, dal canto suo, la società avesse dimostrato che il finanziamento infruttifero era dovuto a ragioni commerciali interne al gruppo, o comunque era coerente



con le normali condizioni di mercato o se, al contrario, risultasse che quel tipo di transazione (cioè il prestito di denaro) tra imprese indipendenti operanti nel libero mercato sarebbe avvenuta a condizioni diverse. Invece, come dianzi precisato (vedi p. 2 del "Rilevato che"), la C.T.R. ha richiesto all'ufficio la dimostrazione di fatti e circostanze estranei all'*onus probandi* dell'Amministrazione, quali l'esistenza di un interesse della Goldfinger Ltd a ottenere e a remunerare il finanziamento e, ancora, che vi erano stati altri analoghi finanziamenti onerosi infragruppo;

2. il giudice del rinvio, dunque, dovrà riesaminare la vicenda tributaria uniformandosi al seguente principio di diritto: «In materia di *transfer pricing* internazionale (art. 110, comma 7, t.u.i.r.) e in applicazione del criterio di riparto dell'onere della prova (art. 2697, cod. civ.), in caso di finanziamento infragruppo, erogato dalla controllante italiana a una società "veicolo" estera, l'Amministrazione finanziaria deve fornire la prova della transazione ad un tasso d'interesse apparentemente inferiore a quello "normale", quale presupposto della ripresa a tassazione degli interessi attivi sul finanziamento, in tutto o in parte non corrisposti, quantificati in base al tasso d'interesse di mercato (osservabile in relazione a finanziamenti aventi caratteristiche sufficientemente comparabili, erogati a soggetti con il medesimo *credit rating* dell'impresa debitrice associata), la cui determinazione è *quaestio facti* demandata al giudice di merito; dopodiché, spetta alla società contribuente fornire la prova contraria, dimostrando l'aderenza del tasso d'interesse applicato ai tassi di mercato, nel senso che identica transazione tra imprese indipendenti operanti nel libero mercato sarebbe avvenuta alle stesse condizioni finanziarie; oppure, dimostrare che il finanziamento gratuito è dipeso da "ragioni commerciali" interne al gruppo, connesse al ruolo assunto dalla controllante a sostegno delle consociate»;

3. in definitiva, accolto l'unico motivo di ricorso, la sentenza è cassata, con rinvio alla Commissione tributaria regionale della Lombardia, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità;



P.Q.M.

accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata, e rinvia alla Commissione tributaria regionale della Lombardia, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, in data 12 maggio 2021

Il ~~P~~Presidente