

Civile Sent. Sez. 5 Num. 15668 Anno 2022

Presidente: CIRILLO ETTORE

Relatore: D'ANGIOLELLA ROSITA

Data pubblicazione: 17/05/2022

2020, conv. con mod. l. n. 176 del 2020, la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 28185/2013 R.G. proposto da:

348
2012

PROMGAS S.P.A., in persona del legale rapp.te p.t., rapp.ta e difesa,
con procura speciale per notaio Domenico Avendola di Milano,
dall'Avv.to Leonardo Perrone, dall'Avv.to Giuseppe Marini, dall'Avv.to
Gianmarco Tardella e dall'Avv.to Eugenio della Valle, elettivamente
domiciliata in Roma, Via ^{Giovanni Nicotera} ~~Giacomo Puccini~~, n.29, presso lo studio dell'
avvocato ~~Gianmarco Tardella e Leonardo Perrone~~

- Ricorrente -

contro



AGENZIA DELLE ENTRATE, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12

- Controricorrente -

avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale Lombardia, n. 112/34/13, depositata in data 12/07/2013, non notificata;

udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 9 marzo 2022 dal Consigliere Rosita D'Angiolella;

viste le conclusioni del Sostituto Procuratore Generale, Giuseppe Fichera, rese ex art. 23, comma 8-*bis*, d.l. n. 137 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 176 del 2020, di rigetto del primo, secondo, terzo e quarto motivo di ricorso, di accoglimento del quinto e sesto motivo di ricorso, assorbito il settimo.

FATTI DI CAUSA

1. Con avviso di accertamento n. TMB034G00889/2010, l'Agenzia delle entrate, Ufficio "Grandi Contribuenti" della Direzione regionale della Lombardia, rettificava, sulla base dei rilievi contenuti nel processo verbale di constatazione del 7 ottobre 2010, la dichiarazione presentata, in relazione all'anno d'imposta 2005, dalla società Promgas s.p.a. Secondo l'ipotesi dei verificatori la società contribuente - società partecipata dalla società italiana Eni s.p.a. per il 50% del capitale sociale e dalla società russa Gazprom Export per il restante 50% del capitale sociale - «si occupa della compravendita di gas naturale di origine russa destinato al mercato italiano» (v. foglio 7 del processo verbale di constatazione (p.v.c.), allegato al doc. n. 3 del ricorso), e vende il gas «ad un unico soggetto italiano non appartenente al gruppo: Edison spa sulla base di un contratto stipulato in data 24 gennaio 2000» (foglio 7 del p.v.c., sub doc n. 3 del ricorso). In buona sostanza, si accertava che la Promgas s.p.a. svolgeva una mera funzione di intermediazione tra la società russa Gazprom Export

Fury

(esportatore del gas) e la società italiana Edison s.p.a. (acquirente finale del gas). Il verbale di verifica, come riportato in seno al ricorso e dal controricorso, evidenziava, altresì, che tale attività commerciale seguiva ad una serie di accordi contrattuali che riguardavano il percorso della distribuzione del gas dalla Russia fino all'Italia (vedi pagina 3-5 del ricorso e pagine 2-11 del controricorso).

1.1. Con l'avviso di accertamento, dunque, l'Agenzia delle entrate muoveva alla società Promgas rilievi ai fini Ires ed Irap, per costi non deducibili per operazioni di *transfer pricing* di cui all'art. 110, comma 7, comma 9 e comma 3, t.u.i.r., per euro 3.426.803,00, ritenendo realizzato il requisito soggettivo (esistenza di un rapporto di controllo di uno dei contraenti rispetto all'altro) poiché la Gazexport forniva alla Promgas la totalità del prodotto da essa commercializzato in Italia, con conseguente impossibilità di funzionamento della Promogas senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica della Gazexport; quanto al requisito oggettivo (transazioni svolte ad un prezzo inferiore al valore normale) l'ipotesi erariale, fondata sull'utilizzo del cosiddetto Metodo del Margine Netto della Transazione, riteneva che poiché il margine operativo realizzato dalla società verificata era dello 0,23 per cento nel 2025 e dello 0,06 per cento del 2006, tali coefficienti non erano in linea con i risultati realizzabili dalla società se avesse acquistato il prodotto da soggetti terzi. Così, applicando il margine operativo dell'1,39 per cento, risultava un utile "normale", come rideterminato, pari ad euro 4.227.438,07, per l'anno 2005, superiore a quello dichiarato dalla società.

2. La società propose ricorso avverso l'avviso di accertamento che veniva accolto dalla Commissione tributaria provinciale di Milano, con sentenza n. 356/44/11, notificata in data 23/12/2011, per carenza del presupposto oggettivo.

July

3. L'Agenzia delle entrate proponeva appello avverso tale sentenza innanzi alla Commissione tributaria regionale della Lombardia che, con la sentenza in epigrafe, accoglieva l'appello principale dell'Agenzia delle entrate e respingeva quello incidentale della società, compensando integralmente tra le parti le spese di lite.

4. Promgas s.p.a. ha proposto ricorso per Cassazione, affidato a sette motivi.

5. La Agenzia delle entrate ha resistito con controricorso.

6. La società contribuente, a ridosso dell'udienza, ha presentato memoria telematica.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso la società contribuente deduce, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4), cod. proc. civ., la nullità della sentenza impugnata per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., avendo la CTR omesso di esaminare l'appello incidentale condizionato proposto avverso la sentenza di primo grado, la quale aveva ritenuto sussistente il requisito soggettivo per rendere applicabile la disciplina di cui all'art. 110, comma 7, t.u.i.r., per le operazioni di *transfer pricing*.

1.2. Con il secondo motivo denuncia, la nullità della sentenza per violazione dell'art. 132, n. 4), cod. proc. civ., e dell'art. 111, comma sesto, Cost., là dove i giudici di appello hanno omesso di motivare sulle ragioni del rigetto dell'appello incidentale condizionato proposto avverso la sentenza di primo grado, la quale aveva ritenuto sussistente il requisito soggettivo per rendere applicabile la disciplina del *transfer pricing*.

1.3. Con il terzo, censura la decisione di cui in epigrafe sotto il profilo della violazione e falsa applicazione dell'art. 110, comma 7, t.u.i.r., nella parte in cui ha recuperato a tassazione i ricavi da operazioni infragruppo trascurando di considerare che era del tutto assente il requisito soggettivo richiesto dalla norma in parola.



1.4. I primi tre motivi di ricorso si esaminano congiuntamente deducendosi con essi censure connesse, riguardanti vari *errores in procedendo* di cui sarebbe affetta la sentenza impugnata per non aver considerato le doglianze di cui all'appello incidentale e, quindi, la carenza del requisito soggettivo di cui all'art. 110, comma 7, t.u.i.r.

1.2. La CTR, dopo aver dato atto della proposizione dell'appello incidentale (v. pag. 1 della sentenza «[...] propone atto di appello incidentale condizionato relativamente al capo della sentenza di primo grado che ha riconosciuto esistente il controllo della società estera su quella italiana elemento contrastante con il ruolo, si ribadisce, di mero intermediario svolto dalla società contribuente»), ha risposto alla questione ivi posta affermando, in primo luogo, che «la Promgas è una società controllata da due particolari soci in misura egualitaria - Gazexport, unica fornitrice della stessa del gas acquistato; ENI, unica fornitrice del servizio di trasporto con metanodotto esistente nel territorio austriaco del gas acquistato da Promgas a tale confine e rivenduto a ENI allo stesso prezzo di acquisto»; ha, poi, aggiunto che «Il gas veniva da Promgas poi riacquistato da Eni al prezzo maggiorato del costo di trasporto». In base a tali considerazioni ha, dunque, dedotto, in via logica, che Promgas fungeva da «da strumento di attuazione delle politiche e strategie commerciali internazionali dei due soci che in concreto ne condizionavano ogni attività, compresa quella di realizzazione del proprio reddito fiscale».

1.3. Tale semplice motivazione fuga ogni questione dedotta nei motivi di censura, essendo evidente che la CTR non solo ha pronunciato sull'appello incidentale condizionato, ma ha anche reso adeguata motivazione di rigetto, esprimendo compiutamente le ragioni del suo convincimento sul ruolo di Promgas quale soggetto controllato dalle società infragruppo, identificandola quale mero strumento di



attuazione delle politiche e delle strategie economiche commerciali dei due soci, Gazexport ed ENI.

1.4. Né tale *ratio decidendi* è erronea (come assunto nel terzo motivo di ricorso), considerato che i giudici di appello - sulla base di un accertamento in fatto, congruamente argomentato sotto il profilo logico, come tale non sindacabile in questa sede - hanno individuato la sussistenza dell'elemento soggettivo sulla circostanza che Gazexport, società russa socia in misura pari al 50% delle azioni di Promgas, esercitava un controllo indiretto sull'impresa italiana essendo unica fornitrice del gas acquistato da quest'ultima. In proposito, la giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che l'art. 110, comma 7, t.u.i.r. (che nel testo applicabile *ratione temporis*, 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» - la cui definizione è fornita dall'art. 9 t.u.i.r. - «dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito») individua il requisito soggettivo per l'applicazione di tale regime nella circostanza che tra i due soggetti - la società estera e l'impresa residente - esista un rapporto di controllo, diretto od indiretto, sebbene non ne fornisca una definizione. Ed invero, il "controllo" in esame non coincide con quello di cui all'art. 2359 cod. civ. che, difatti, non è espressamente richiamato ma si estende ad ogni ipotesi d'influenza economica, potenziale o attuale, desumibile da singole circostanze (tra cui, ad esempio, la vendita esclusiva, da parte di un'impresa, dei prodotti dell'altra o l'impossibilità di funzionamento di un'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra) sicché «non può non tenersi conto, nell'interpretazione della norma, dell'esigenza di



assegnare alla stessa un tasso di elasticità che la renda capace di attagliarsi alle varie ipotesi in cui, indipendentemente dalla ricorrenza dei rigidi requisiti civilistici, possa apprezzarsi l'influenza di un'impresa sulle decisioni imprenditoriali di un'altra» (v. Cass. 22/04/2016, n. 8130, in motivazione; *id.*, Cass., 15/11/2017, n. 27018).

1.5. Tale prospettiva interpretativa è coerente con quanto previsto con le Linee Guida sul *transfer pricing* dell'OCSE del 1995 (ma anche con quelle precedenti e successive), a cui si ispira la disciplina nazionale, non vincolante, ma rilevante sul piano interpretativo [l'art. 9 del Modello OCSE prende in considerazione - e ne deriva conseguenze sul piano della tassazione degli utili - il caso in cui la relazione sia tra due imprese (associate) e il vincolo derivi da condizioni accettate o imposte diverse da quelle che sarebbero state convenute da imprese indipendenti].

1.6. Correttamente, dunque, la CTR ha apprezzato in autonomia la nozione di società controllante e di società controllata prevista dalla norma tributaria, ritenendo soddisfatto il requisito soggettivo previsto dall'art. 110, comma 7, t.u.i.r.

2. Col quarto mezzo, la società contribuente deduce la violazione degli artt. 9 e 110, comma 7, t.u.i.r. in relazione all'art. 2697 cod. civ. e dell'art. 24 Cost., laddove il giudice di appello ha fatto gravare su essa contribuente l'onere di esibire la documentazione relativa al contratto stipulato tra terzi (ENI e Gazexport) di cui non poteva avere disponibilità.

2.1. La questione è agevolmente risolvibile alla luce dei principi affermati da questa Corte secondo cui la normativa di cui all'art. 110, comma 7, t.u.i.r. non integra una disciplina antielusiva in senso proprio, ma è finalizzata alla repressione del fenomeno economico del *transfer pricing* in sé considerato (spostamento d'imponibile fiscale a seguito di operazioni tra società appartenenti al medesimo gruppo e soggette a



normative nazionali differenti) con la conseguenza che 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 cod. civ. 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 dall'art. 9, comma 3, del menzionato decreto (v. Cass., 19/04/2019 n. 9615, non massimata; Cass., 19/04/2018 n. 9673; Cass., 15/11/2017, n. 27018; Cass., 15/04/2016, n. 7493; Cass., 18/09/2015, n. 18392); pertanto, alcuna violazione delle regole di riparto dell'onere probatorio hanno commesso i secondi giudici nel porre a carico della società contribuente la dimostrazione del valore delle transazioni.

3. Con il quinto mezzo la società contribuente denuncia il vizio di motivazione, ex art. 360, comma primo, n. 5), cod. proc. civ., nel testo anteriore alle modifiche apportate dall'art. 54, comma 1, lett. b), d.l. del 22/06/2012 n. 83, convertito con modificazioni dalla legge del 07/08/2012 n. 143, avendo il giudice di merito ommesso di prendere in esame il fatto storico, controverso e decisivo per il giudizio, che le aziende considerate *comparables* per l'utilizzo del metodo del margine operativo netto delle transazioni ("*Transactional Net Margin Method*" cd. TNMM), non possedevano i requisiti richiesti, in relazione all'attività d'impresa svolta e all'indipendenza. Deduce, in proposito, che i giudici della CTR hanno ommesso di esaminare: a) che le società Enoi s.p.a., Plurigas s.p.a., Elettrogas s.p.a., Italtrading s.p.a. non avrebbero potuto essere assunte come *comparables* perché avevano un codice di attività diverso da Promgas s.p.a.; b) che la società Utilità s.p.a.



manca del requisito dell'indipendenza; c) che la società Blugas s.p.a. svolge nella sostanza un'attività completamente diversa da quella della Promgas; d) che l'unica società avente caratteristiche economico - imprenditoriali simili alla Promgas s.p.a. è la Energy Trade s.p.a. la quale nel triennio 2003-2005, aveva ritratto un margine negativo pari allo - 0,10 per cento.

3.1. Il vizio di motivazione, ex art. 360, comma primo, n. 5), cod. proc. civ., è denunciato anche col sesto mezzo, per omesso esame del fatto storico, decisivo e controverso, riguardante la scelta delle aziende considerate comparabili aventi un codice di attività diverso (e cioè, il codice NACE 352) da quello della Promgas (che, invece, reca il numero 4671); deduce, inoltre, che se fosse stato considerato l'effettivo codice di attività attribuito a Promgas, il numero delle società comparabili si sarebbe ridotto da sette a tre, con conseguente rideterminazione del margine operativo netto da applicare alla società contribuente; rileva, infine, che delle tre società comparabili rimaste, una, la Energy Trade s.p.a., aveva realizzato profitti inferiori a quelli di essa società comparata, un'altra, Blugas s.p.a., svolgeva la differente attività di importazione, esportazione, coltivazione e vendita di gas ed energia per tutti gli usi, all'ingrosso ed al consumo e non quella di estrazione del gas dal sottosuolo, svolta dalla contribuente, e l'altra ancora, Utilità s.p.a., non era un soggetto indipendente in quanto controllata al 65 per cento da altra società.

3.2. L'Ufficio ha controdedotto che la scelta del metodo cd. TNMM, era l'unica praticabile a causa della mancata collaborazione della società contribuente nel fornire i prezzi di compravendita, rendendo in concreto inutilizzabile i metodi di stima del valore normale delle transazioni; in dichiarata applicazione dei metodi approvati dall'OCSE nelle sue direttive in materia di *transfer pricing*, miranti a prevenire l'elusione fiscale attraverso lo spostamento artificioso della materia



imponibile tra le società del gruppo, aventi sede legale nei diversi Stati, ha evidenziato che l'analisi economica del valore delle transazioni è stata condotta utilizzando valori medi calcolati nell'orizzonte temporale del triennio 2003-2005, in base ai dati dei bilanci delle società comparabili ed arrivando a calcolare il margine di utile netto, anche attraverso aggiustamenti volti all'eliminazione dei componenti non correlabili alle cessioni di gas. Quanto alla individuazione delle società comparabili, ha dedotto che la scelta è ricaduta non solo sulle società che distribuiscono gas a terzi, ma anche sulle società che fungono da centrali di acquisto per le società socie (Energy Trade, Blugas e Purigas) che, non subendo l'influenza dominante di alcuna società partecipante al capitale, hanno come fine ultimo l'ottenimento di costi vantaggiosi per i soci, così come nel caso della Promgas. Ha contestato la valenza della non corrispondenza tra il codice identificativo della società sottoposta a verifica e le società *comparables*, sostenendo che si tratta di comparabili importatori o venditori all'ingrosso di gas naturale e presenti nelle liste stilate dall'Authority per l'Energia Elettrica ed il Gas (AEEG, ora ARERA).

3.3. Nella memoria telematica, la difesa della società ha ribadito le difese esposte in ricorso sottolineando che l'esame dei rilievi documentati in atti – debitamente localizzati in ricorso – se presi in considerazione, avrebbe consentito ai Giudici del gravame di verificare che il margine operativo della società contribuente (pari allo 0,23 per cento) era in linea con il mercato (e che, anzi, era superiore al margine negativo del -0.10 per cento dichiarato dalla Energy Trade s.p.a.) e che, quindi, non vi era alcuna difformità tra il corrispettivo pattuito per l'acquisto del gas naturale ed il suo "valore normale", con conseguente insussistenza del requisito oggettivo del *transfer pricing*.

4. Le censure di cui ai motivi quinto e sesto - che si esaminano congiuntamente per evidente connessione di censure - sono fondate.



5. L'individuazione dei criteri guida per la scelta del metodo per la determinazione dei prezzi di trasferimento tra imprese multinazionali e delle regole della sua applicazione, implica un necessario inquadramento delle norme che disciplinano la materia e dell'interpretazione che ne è derivata tenendo conto dei criteri indicati dall'OCSE nelle Linea Guida sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali.

5.1. La normativa nazionale è contenuta nell'art. 110, comma 7, t.u.i.r. che, nella formulazione *ratione temporum* vigente, stabilisce: «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 "valore normale" dei componenti è definito dall'art. 9, comma 3, t.u.i.r., secondo cui: «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 ed alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio ed 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.».

5.2. L'art. 110, comma 7, t.u.i.r. è stato modificato dall'art. 59, comma 1, d.l. 24/04/2017 n. 50 (entrato in vigore il 4 giugno 2017)



ed integrato con il D.M. 14 maggio 2018, contenente le linee guida interne per l'applicazione delle nuove disposizioni. Il nuovo art. 110, comma 7, t.u.i.r. richiama in maniera espressa il principio di libera concorrenza in luogo del valore normale contenuto nella previgente formulazione della norma, stabilendo, all'ultimo periodo che «con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per l'applicazione del presente comma».

5.3. Tale decreto ministeriale, nel dettare le linee guida per l'applicazione della normativa in parola, individua sei metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento conformi al principio di libera concorrenza (metodo del confronto di prezzo; metodo del prezzo di rivendita; metodo del costo maggiorato; metodo del margine netto della transazione; metodo transnazionale di ripartizione degli utili), ponendoli sullo stesso piano e prevedendo, nel contempo, che il contribuente possa applicare un metodo diverso «qualora dimostri che nessuno di tali metodi può essere applicato in modo affidabile (...) e che tale diverso metodo produce un risultato coerente (...)».

6. La modifica legislativa ha risposto, pertanto, all'esigenza di adeguare l'ordinamento giuridico nazionale alle pratiche internazionali e, segnatamente, ai criteri di individuazione dei prezzi di trasferimento tra imprese multinazionali delineati dall'OCSE.

6.1. Ma già prima della novella legislativa e, quindi, con riguardo alla normativa applicabile alla fattispecie, la prospettiva interpretativa della dottrina e della giurisprudenza si è posta in linea col principio di libera concorrenza enunciato nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, il quale 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 fra imprese



indipendenti, in transazioni comparabili effettuate sul libero mercato, tra soggetti indipendenti.

6.2. Ed invero, secondo le Linee Guida OCSE (OECD, *Guidelines*, 1995), «La selezione di un metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento si pone sempre l'obiettivo di trovare il metodo più appropriato ad un particolare caso. A questo scopo, nel processo di selezione andrebbero presi in considerazione: i rispettivi vantaggi e svantaggi dei metodi riconosciuti dall'OCSE; la coerenza del metodo considerato con la natura della transazione controllata, determinata in particolar modo attraverso l'analisi funzionale; la disponibilità di informazioni affidabili (in particolar modo sugli elementi comparabili indipendenti) necessaria all'applicazione del metodo selezionato e/o degli altri metodi; il grado di comparabilità tra transazioni controllate e transazioni tra imprese indipendenti, compresa l'affidabilità degli aggiustamenti di comparabilità che siano necessari per eliminare le differenze significative tra di loro. Nessun metodo è utilizzabile in tutte le eventualità e non è necessario dimostrare la non applicabilità di un dato metodo alle circostanze del caso concreto».

6.3. D'Altro canto, già la stessa circolare 42/IIDD/1981 precisava che l'adeguatezza di un metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento si valuta caso per caso.

7. Nell'indicare i criteri di selezione dei metodi cd. reddituali - cioè di quei metodi di determinazione del prezzo di trasferimento che analizzano gli utili derivanti dalle transazioni tra imprese associate, le linee guida OCSE si soffermano - per quel che interessa la presenta trattazione - oltre che sul metodo di ripartizione dell'utile (cd. *Profit Split*), sul metodo del margine netto della transazione (cd. *Transactional Net Margin Method*, o TNMM). In particolare, la Sezione B della Parte III del Capitolo II delle Linee Guida OCSE del 2010 - così



come le stesse linee nell'edizione del 2017 - disciplina il metodo del margine netto della transazione.

7.1. Tale metodo, raggruppato nella categoria più generale dei metodi reddituali che analizzano gli utili delle imprese associate, «esamina l'utile netto relativo a una base adeguata (ad esempio costi, vendite, attivi) che un contribuente realizza da una transazione con imprese associate (o da transazioni che è opportuno aggregare secondo i principi di cui paragrafi 3.9-3.12» (v. paragrafo 2.58 OECD 2010 e paragrafo 2.62 OECD 2017).

7.2. L'adozione del TNMM risulta particolarmente affidabile quando l'analisi funzionale mostra l'esistenza di una parte (parte testata o *tested party*) della transazione controllata che svolge funzioni più semplici ed assume i rischi limitati rispetto all'altra parte della transazione (par. 2.64 e ss. OECD). In analogia con il metodo RPM (*Resale Price Method*, metodo del prezzo di rivendita) o CPM (*Cost Plus Method*, metodo del costo maggiorato), esso si focalizza sulla redditività della parte testata nella transazione controllata, mentre se ne discosta poiché opera a livello di marginalità netta e non di marginalità lorda.

7.3. Dal punto di vista applicativo il livello del margine netto, a libere condizioni di mercato (*arm's length principle*), realizzato dalla parte testata, può essere determinato attraverso un "confronto interno" (il margine netto realizzato dal contribuente in transazione comparabile poste in essere con soggetti indipendenti), oppure con il "confronto esterno" (il margine netto realizzato nel libero mercato da soggetti indipendenti transazioni comparabili) [v. "Report on the use of comparables in the EU", EU Joint Transfer Pricing Forum, DOC: JTPF/007/2016/FINAL/EN.]. Qualora siano presenti comparabili interni in grado di soddisfare i cinque fattori di comparabilità (caratteristiche di beni e servizi; analisi funzionale; termini contrattuali sottostanti la



transazione infragruppo; strategie di business; condizioni economiche), le Linee Guida OCSE li indicano come preferibili, in quanto le informazioni sulle transazioni con comparabili interni sono più complete ed affidabili, nonché meno costose. Qualora non siano presenti comparabili interni, la ricerca dei comparabili esterni dovrà basarsi sui cinque fattori di comparabilità che dovranno essere definiti in modo tale a soddisfare la comparabilità con la transazione controllata e con le caratteristiche della *tested party*, ovvero attraverso il metodo additivo (il soggetto che esegue la ricerca elabora una lista di parti terze che effettuano transazioni ritenute comparabili) o il metodo deduttivo (ricerca su banche dati). I due approcci possono essere utilizzati in combinazione tra di loro aggiungendo alla ricerca da banche dati concorrenti noti al contribuente che non sarebbero stati identificati attraverso i criteri di selezione adottati, ad esempio in quanto classificati con codici settoriali diversi (OECD 2010, par. 3.45).

7.4. Le Linee Guida OCSE attribuiscono particolare rilievo ai vantaggi e agli svantaggi del metodo TNMM (v. par. 2.62 in OECD 2010 e par. 2.68 OECD 2017), sottolineando che l'utilizzo dei margini netti, rispetto ai margini lordi o ai prezzi, spesso presentano notevoli vantaggi applicativi, in quanto i margini netti risultano tipicamente meno sensibili alle differenze nelle caratteristiche tecnico-qualitative dei prodotti e dei servizi oggetto della transazione controllata e della transazione non controllata. Al contempo, si è spesso riscontrato nella pratica che, a causa di diversi *reporting requirement* (obblighi di rendicontazione), in alcuni Paesi, la mancanza di chiarezza nei dati finanziari pubblicamente disponibili (ad esempio una classificazione dei costi) crea notevoli problemi nella valutazione della comparabilità dei margini lordi; di contro la (diversa) classificazione contabile dei costi operativi non complica la determinazione di indicatori di utili netto. Le Linee Guida sottolineano, altresì, che l'altro vantaggio applicativo



deriva dal fatto che l'utilizzo del TNMM richiede unicamente l'analisi dei risultati finanziari di una sola delle imprese associate (*tested party*) eliminando, così, possibili difficoltà dovute all'analisi dei risultati finanziari di entrambi le parti della transazione su base uniforme.

7.5. Una Sezione apposita delle Linee Guida OCSE (Sezione B.3 del Capitolo II) è dedicata alle regole di applicazione del TNMM, così individuate: 1) *standard* di comparabilità da applicare nell'utilizzo nel metodo (Sezione B.3.1); 2) selezione dell'indicatore di utile netto (Sezione B.3.2); 3) determinazione dell'utile netto (Sezione B.3.3.); 4) ponderazione dell'utile netto (Sezione B.3.4).

7.6. Con riferimento agli *standard* di comparabilità da applicare, in tale sezione, si evidenzia l'importanza delle analisi di comparabilità per la selezione del metodo con la tipica procedura di identificazione delle transazioni comparabili e di utilizzo delle informazioni di rilievo per garantire solidità all'analisi e conformità al principio di libera concorrenza; fondamentale, per l'applicazione del TNMM, è individuare i fattori che possano influenzare in modo significativo gli indicatori di utile netto nei termini che seguono: «in base ai fatti e alle circostanze del caso di specie, in particolare alla proporzione dei costi fissi e variabili il TNMM può essere più sensibile dei metodi tradizionali (CPM e RPM) alle differenze di utilizzazione degli impianti, in quanto le differenze tra i livelli di assorbimento dei costi fissi indiretti (come i costi di produzione fissi o i costi di distribuzione fissi) verrebbero a incidere sugli indicatori di utile netto, ma potrebbero non incidere sul margine lordo o sul ricarico lordo sui costi se non si traducono in differenze di prezzi» (v. allegato I, del Capitolo II, OECD). Pertanto, l'identificazione della società comparabili alla *tested party*, hanno un ruolo chiave, in quanto le possibili differenze tra le caratteristiche delle imprese confrontate (posizione concorrenziale, efficienza gestionale, prodotti sostitutivi, etc.) possono creare effetti sostanziali sugli



indicatori di utile netto presi in considerazione, tanto che può non risultare opportuno applicare il TNMM senza apportare idonei aggiustamenti di comparabilità (OECD 2017, par. 3.47-3.54).

7.7. Con riferimento alla selezione dell'indicatore dell'utile netto, le Linee Guida OCSE avvertono che è necessario prendere in esame gli aspetti positivi e negativi di ciascun indicatore, l'adeguatezza in base all'analisi funzionale e la disponibilità di informazioni e al contempo determinare l'affidabilità di possibili aggiustamenti. La scelta del componente al denominato del PLI (*Profit Level Indicator*) deve essere in linea con le funzioni esercitate dalla *tested party* nella transazione analizzata, prendendo in considerazione anche i rischi assunti e i beni strumentali impiegati.

7.8. Quanto all'indicatore di redditività, le Linee Guida indicano le diverse casistiche più frequenti nella scelta di tale indicatore, quali: l'utile netto ponderato rispetto al fatturato; l'utile netto ponderato rispetto ai costi; l'utile netto ponderato rispetto all'attivo.

7.9. L'importanza che ha assunto nella pratica il TNMM, quale mezzo di determinazione dei prezzi di trasferimento più utilizzato, lo ha reso oggetto di interesse dall'organo *Eu Joint Transfer Pricing Forum (JTPF)*, istituito dalla Commissione Europea, che, nel 2019 ha redatto un documento (*EU JOINT TRANSFER PRICING FORUM, DOC: JTPF/002/2019/EN, SECTION 2*), in cui ne descrive le caratteristiche essenziali, tra cui, ricalcando sostanzialmente le Linee Guida Ocse, evidenzia: «*A residual analysis divides the relevant profits from controlled transactions into two types. The first type (the initial remuneration) consists of profits attributable to contributions for which a benchmark exists (typically less complex contributions for which comparables can be found). This is done by applying one of the traditional transactional methods or the transactional net margin method (TNMM). The second type (the residual) consists of profits (or*



losses) that relate to unique and valuable contributions, the shared assumption of economically significant risks (or the separate assumption of closely related risks) and/or a high level of business integration and remain after the first type». (n.d.r. «Un'analisi residuale divide i profitti rilevanti delle transazioni controllate in due tipi. La prima tipologia (la remunerazione iniziale) è costituita da utili attribuibili a contributi per i quali esiste un comparabile (tipicamente contributi meno complessi per i quali si possono trovare elementi comparabili). Questo viene fatto applicando uno dei metodi transazionali tradizionali o il metodo del margine netto transazionale (TNMM). La seconda tipologia (il residuo) è costituita da utili (o perdite) che riguardano contributi unici e di valore, l'assunzione condivisa di rischi economicamente significativi (o l'assunzione separata di rischi strettamente correlati) e/o un elevato livello di integrazione aziendale e restano dopo il primo tipo»).

8. I giudici di secondo grado hanno ritenuto corretta la scelta dell'Amministrazione finanziaria di determinare il prezzo normale del gas secondo il metodo del Margine Netto della Transazione facendo leva sull'impraticabilità dei metodi indicati come preferibili dalla società contribuente, a causa della scarsa collaborazione di quest'ultima nel fornire i prezzi di compravendita e, per questa via, concludendo nel senso che l'individuazione della "mediana" del margine operativo dell'1,39 per cento, individuata attraverso "otto comparabili indipendenti" inserite nelle liste dell'Autorità dell'Energia e del Gas negli anni 2005 e 2006, ha legittimato la determinazione dell'utile operativo di Promogas in euro 4.277.434, con conseguente indebita deduzione, in violazione dell'art. 110, comma 7, e 9, comma 3, t.u.i.r., di costi di acquisto di gas naturale per euro 3.426.803, per l'anno 2005. Nella motivazione della decisione impugnata non v'è alcun riferimento alle ragioni di inattendibilità dei comparabili utilizzati dall'Ufficio, quali



evidenziate nelle difese della società contribuente e riguardanti la carenza dei requisiti di comparabilità delle società selezionate in relazione all'attività d'impresa svolta e all'indipendenza, la diversità - di tre delle società assunte a comparabili - del codice di attività, e la mancata valutazione del margine negativo ritratto dall'unica società che, in concreto, aveva caratteristiche economico-imprenditoriali simili a Promgas s.p.a. (Energy Trade s.p.a.).

8.1. L'omesso esame dei fatti eccepiti dalla società contribuente per contrastare il *set* di *comparables* identificato dall'Agenzia delle entrate ha comportato il vizio del complessivo impianto argomentativo della sentenza impugnata, come denunciato dalla società ricorrente nel quinto e nel sesto motivo di censura.

8.2. Come è evidente dai criteri indicati dalle linee Guida OCSE sopra richiamati, affinché l'applicazione del TNMM sia affidabile, occorre condurre un'analisi di comparabilità che passa attraverso i due momenti della scelta della parte testata e dell'identificazione delle società comparabili, identificazione che, a libere condizioni di mercato (*arm's length principle*), presuppone un "confronto" (interno o esterno) tra parte testata e società comparabili che soddisfi i cinque fattori di comparabilità indicati dai criteri OCSE (caratteristiche di beni e servizi; analisi funzionale; termini contrattuali sottostanti la transazione infragruppo; strategie di business; condizioni economiche). E' attraverso tale confronto che si individuano i fattori che possono influenzare in modo significativo gli indicatori di utile netto (v. infra, par. 7.9) in base ai fatti e alle circostanze del caso di specie.

8.3. Ed invero, l'affidabilità di tale metodo, secondo la prassi e l'interpretazione prevalente, deve passare attraverso i seguenti passaggi:

- scelta della parte testata per l'analisi;



- determinazione dei risultati finanziari relativi alle transazioni controllate;
- selezione del periodo di indagine;
- identificazione delle società comparabili;
- rettifiche contabili al bilancio della parte testata e differenze nelle prassi contabili, purché tali adeguamenti siano appropriati e possibili;
- valutazione delle opportunità o necessità di effettuare eventuali adeguamenti per tenere conto delle differenze tra la parte testata e le società comparabili identificate in termini di rischi assunti o funzioni svolte;
- selezione di un indicatore affidabile del livello di profitto di redditività (cosiddetto *Profit Level Indicator*, o PLI).

8.4. La mancata verifica da parte della CTR delle circostanze allegare dalla contribuente, ha determinato, in sostanza, la pretermissione dell'analisi di comparabilità per la selezione del TNMM applicato alla fattispecie, e quindi, della procedura di identificazione delle transazioni comparabili e di utilizzo delle informazioni di rilievo per garantire l'affidabilità dell'analisi e la conformità del principio di libera concorrenza, ovvero, l'affidabilità del TNMM prescelto.

9. Il settimo motivo di ricorso - con il quale si contesta la violazione dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. 18/12/1997, n. 472, per aver la Commissione tributaria regionale ritenuto legittime le sanzioni pecuniarie applicate dall'Ufficio, escludendo, erroneamente, la presenza di una causa di non punibilità, senza verificare in concreto quale fosse la percentuale di scostamento tra il dichiarato dalla società (0,23 per cento) e l'accertato dall'Amministrazione (1,39 per cento) - rimane assorbito per effetto dell'accoglimento del quinto e del sesto motivo di ricorso.



10. In conclusione, il ricorso va accolto limitatamente ai motivi quinto e sesto, con assorbimento del settimo e rigetto dei restanti. La sentenza va cassata in relazione ai motivi accolti, con rinvio alla CTR, in diversa composizione, per un nuovo esame del merito della controversia sotto il profilo attinente agli *standard* di comparabilità relativi al metodo prescelto e del profilo sanzionatorio anche alla luce dello *ius superveniens* più favorevole.

Il giudice di rinvio è tenuto a provvedere anche in ordine alle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Accoglie i motivi quinto e sesto, con assorbimento del settimo e rigetto dei restanti. Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti, con rinvio alla CTR, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche in ordine alle spese del presente giudizio.

Così deciso, nella camera di consiglio della Quinta sezione civile, del 9 marzo 2022.