



D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito

La documentazione in materia di *transfer pricing*

di Piergiorgio Valente^(*)

Nel presente lavoro s'intende analizzare il tema della documentazione dei prezzi di trasferimento nelle operazioni infragruppo realizzate con imprese non residenti, alla luce delle modifiche recentemente introdotte dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78. A tal fine si ritiene utile porre l'attenzione sull'evoluzione del dibattito svoltosi negli ultimi anni in ambito internazionale in merito alla necessità di prevedere obblighi documentali per giustificare, in sede di verifica da parte delle Autorità fiscali, l'adozione di determinati prezzi *intercompany*.

1. Premessa

Nonostante l'indiscussa utilità della c.d. *transfer pricing policy*¹, in Italia, a differenza di quanto accade in altri Paesi, **non sussiste** un vero e proprio "**obbligo**" di **documentazione dei prezzi di trasferimento**². Alcune modifiche normative

intervenute, di recente, hanno, di fatto, introdotto in Italia, in luogo del predetto obbligo, un "**onere documentale**" per il contribuente che pone in essere operazioni infragruppo in ambito internazionale e che intende prevenire eventuali conseguenze sanzionatorie che dovessero scaturire dai controlli dell'Amministrazione finanziaria.

Si tratta, nello specifico, dell'art. 26 del D.L. n. 78/2010³, il quale ha sancito la modifica della disciplina delle sanzioni amministrative tributarie mediante l'inserimento nell'art. 1 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471 del comma 2-ter, ai sensi del quale **non è irrogabile la sanzione** per infedele dichiarazione **se**, nel corso di accessi, ispezioni o verifiche o altre attività istruttorie, **l'impresa documenta i criteri di determinazione dei prezzi di trasferimento** praticati con le altre imprese del gruppo non residenti.

La suddetta documentazione è finalizzata all'esigenza di rendere più agevole il riscontro della **corrispondenza al valore normale** dei corrispettivi infragruppo praticati secondo quanto previsto dall'art. 110, comma 7, del Tuir, che di-

^(*) L'articolo - redatto con Claudio Melillo e Diletta Fuxa - è parte di un'opera più ampia in corso di pubblicazione.

¹ La *transfer pricing policy* è il documento che descrive in maniera analitica e dettagliata il procedimento seguito nella determinazione dei prezzi di trasferimento di un'impresa multinazionale.

² A tal proposito, va evidenziato che in ambito internazionale la situazione è sostanzialmente diversa. Ad esempio, nel 1992, attraverso l'emanazione di una serie di regolamenti *ad hoc*, sono stati, definiti dall'Amministrazione finanziaria statunitense specifici obblighi in tema di documentazione di supporto, necessaria alle imprese multinazionali per attestare la ragionevolezza delle transazioni

intercompany, nonché la conseguente giustificazione circa i prezzi adottati. Appare evidente, pertanto, la capacità del legislatore statunitense di essere precursore in una serie di indicazioni e valutazioni in ordine alla problematica dei prezzi di trasferimento che, solo con ritardo, vengono seguite (o imitate) a livello internazionale.

³ Il D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (c.d. "manovra correttiva") è stato pubblicato nel S.O. n. 114 alla *Gazzetta Ufficiale* 31 maggio 2010, n. 125 ed è entrato in vigore il giorno stesso. È stato successivamente convertito dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, pubblicata nel S.O. n. 174 alla *Gazzetta Ufficiale* 30 luglio 2010, n. 176 ed entrata in vigore in data 31 luglio 2010.

disciplina il *transfer pricing* sotto il profilo tributario.

2. Le novità introdotte dall'art. 26 del D.L. n. 78/2010

Con l'art. 26 del D.L. n. 78/2010⁴, il legislatore ha inteso introdurre specifiche misure finalizzate a incrementare l'efficacia e l'efficienza dell'azione di controllo dell'Amministrazione finanziaria sulle operazioni infragruppo di cui all'art. 110, comma 7, del Tuir. L'obiettivo della nuova norma è, in particolare, quello di prevedere una **documentazione standard**, che consenta di verificare la conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati dalle imprese nelle operazioni infragruppo internazionali.

Tale verifica, caratterizzata da rilevante complessità tecnica, risulta, evidentemente, ancor meno agevole se manca un'adeguata collaborazione da parte del contribuente.

La nuova disposizione ha, quindi, una duplice utilità in quanto, *da un lato*, consente alle imprese multinazionali di fruire di un regime di esonero dalle sanzioni per la violazione ammini-

strativa di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 471/1997 (**dichiarazione infedele**) derivanti da eventuali rettifiche dei prezzi di trasferimento adottati; dall'altro, permette all'Amministrazione finanziaria di disporre, in sede di controllo, di un valido supporto documentale al fine di verificare la corrispondenza dei prezzi praticati nelle operazioni infragruppo dalle imprese associate con quelli adottati in regime di libera concorrenza.

Il nuovo comma 2-ter dell'art. 1 del D.Lgs. n. 471/1997 sembra rispondere a un'esigenza di certezza e di trasparenza da parte dei contribuenti e, in particolare, delle imprese estere che effettuano investimenti sul territorio italiano. In tal modo dovrebbe essere garantita alle imprese la conoscibilità di tutti gli elementi informativi indispensabili per la realizzazione della propria politica di *transfer pricing*, in conformità alle norme di legge.

L'esonero dalle sanzioni amministrative tributarie costituisce, pertanto, un chiaro incentivo per le imprese residenti appartenenti a gruppi multinazionali ad adeguarsi al nuovo "*onere documentale*" introdotto dalla norma in commento, al fine di prevenire eventuali sanzioni che dovessero scaturire dai controlli dell'Amministrazione finanziaria.

Tale previsione appare, altresì, coerente con i principi fondamentali che disciplinano il rapporto tra contribuente e Fisco e, in particolare, con il **principio di collaborazione e buona fede** sancito dall'art. 10 della L. 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. "Statuto dei diritti del contribuente").

2.1. L'introduzione di un onere documentale in luogo di un obbligo

In Italia, l'adozione di un provvedimento inerente la documentazione dei prezzi di trasferimento era atteso da tempo; pertanto, l'introduzione della disposizione di cui alla L. n. 122/2010 consente al Paese di allinearsi alla maggior parte degli altri Stati industrializzati, anche se con modalità differenti⁵; infatti, dopo le norme introdotte da Spagna⁶ e Francia⁷, quella italiana restava l'uni-

⁴ "1. A fini di adeguamento alle direttive emanate dalla Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico in materia di documentazione dei prezzi di trasferimento ed ai principi di collaborazione tra contribuenti ed amministrazione finanziaria, all'articolo del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, dopo il comma 2-bis, è inserito il seguente:

2-ter. In caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'articolo 110, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, da cui derivi una maggiore imposta o una differenza del credito, la sanzione di cui al comma 2 non si applica qualora, nel corso dell'accesso, ispezione o verifica o di altra attività istruttoria, il contribuente consegna all'Amministrazione finanziaria la documentazione indicata in apposito provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati. Il contribuente che detiene la documentazione prevista dal provvedimento di cui al periodo precedente, deve darne apposita comunicazione all'Amministrazione finanziaria secondo le modalità e i termini ivi indicati. In assenza di detta comunicazione si rende applicabile il comma 2'.

2. Ai fini dell'immediata operatività delle disposizioni di cui al comma 1, il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate deve essere emanato entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. La comunicazione concernente periodi d'imposta anteriori a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, deve essere comunque effettuata entro novanta giorni dalla pubblicazione del provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate".

⁵ Il Decreto *de quo*, a differenza di quanto accaduto in altri Paesi, introduce una facoltà e non un obbligo di documentazione dei prezzi di trasferimento.

⁶ Il 9 luglio 2010 il Consiglio dei ministri spagnolo ha approvato un Decreto di modifica della disciplina dei prezzi di trasferimento. Il contenuto di tale Decreto è conforme a quanto era stato previsto dalla *Ley* 29 novembre 2006, n. 36 che aveva sottolineato la necessità di conformare l'ordi-

ca grande economia ancora priva di una specifica regolamentazione, benché indicazioni in merito potessero essere tratte dalla recente giurisprudenza.

È utile notare come il legislatore italiano non abbia voluto imporre alcun obbligo, bensì introdurre un sostanziale **incentivo** a documentare i prezzi di trasferimento infragruppo, eliminando, anche in ossequio alle raccomandazioni espresse nel Codice di condotta UE sui requisiti documentali in materia di prezzi di trasferimento⁸, le sanzioni amministrative nei confronti delle imprese che, nonostante l'accertamento di un maggior reddito imponibile, dimostrano di voler cooperare con l'Amministrazione finanziaria, mediante la consegna di un'ideale documentazione sui predetti prezzi. Tuttavia, affinché tale documentazione possa essere presa in considerazione, il suo possesso dovrà essere preventivamente comunicato all'Amministrazione, secondo modalità e termini indicati in un provvedimento che dovrà essere emanato dal Direttore dell'Agenzia delle Entrate entro 60 giorni dalla conversione in legge del decreto⁹. Tale provvedimento dovrà contenere anche indicazioni circa i contenuti della documentazione affinché essa possa essere ritenuta idonea secondo i termini di legge, sebbene l'esplicito riferimento dell'art. 26 del D.L. n. 78/2010 alle linee guida dell'OCSE in materia di *transfer pricing* faccia ritenere che queste ultime possano già fornire indicazioni attendibili in tal senso.

Secondo l'*iter* di attuazione previsto dal legislatore, il termine dei 90 giorni per la comunicazione del possesso della documentazione dovrebbe scadere, al più tardi, il 27 dicembre 2010, data imminente tenuto conto delle complessità che le imprese si troveranno ad affrontare; è di tutta evidenza, infatti, che fino a quando non verranno resi noti i requisiti richiesti dall'Agen-

namento spagnolo alle indicazioni contenute nel *Code of Conduct on Transfer Pricing Documentation for Associated Enterprises in the EU*.

⁷ L'art. 22 della *Loi* 30 dicembre 2009, n. 2009-1674 ha introdotto nell'ordinamento francese gli obblighi di documentazione dei prezzi di trasferimento per i gruppi multinazionali. Le nuove disposizioni hanno efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2010. In precedenza non esistevano indicazioni specifiche sulla documentazione da predisporre a supporto dei prezzi di trasferimento, se non nell'ambito degli obblighi generali imposti al contribuente in relazione alle procedure contemplate dall'art. 13 B del *livre des procédures fiscales*.

⁸ Approvato dal Consiglio nel giugno 2006.

⁹ La L. n. 122/2010 è stata approvata il 30 luglio 2010, pertanto, il termine dei 60 giorni decorre da tale data.

zia delle Entrate, non sarà evidentemente possibile per le imprese interessate verificare l'adeguatezza della propria documentazione¹⁰.

Ulteriore criticità potrebbe derivare dalla probabilità che, scaduto il termine dei 90 giorni per la citata comunicazione, l'Agenzia delle Entrate possa rivolgere l'attenzione, in particolare, sulle imprese appartenenti a gruppi multinazionali che non l'avranno inviata.

In ogni caso, pur in assenza di un regime sanzionatorio specifico per l'omissione della predetta comunicazione, è chiara l'importanza di predisporre la citata documentazione in quanto l'esclusione dall'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie in caso di possesso della stessa assume una valenza strategica per l'intero gruppo di imprese¹¹.

2.2. La conformità della disposizione con le direttive OCSE e dell'Unione europea e di altri organismi sovranazionali

Il dibattito finalizzato all'individuazione di una documentazione *standard* sui prezzi di trasferimento è stato condotto negli ultimi anni da alcuni organismi internazionali e sovranazionali (OCSE, UE, PATA¹², ICC¹³) che hanno proposto soluzioni e fornito indicazioni pratiche sul tema. Di seguito si esaminano le diverse posizioni.

La posizione dell'OCSE

L'OCSE ha elaborato, nel corso degli ultimi decenni, una serie di rapporti che hanno posto le basi per l'implementazione delle "*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*" (d'ora innanzi, *Guidelines*) del 1995¹⁴.

Nello specifico, gli obblighi di documentazione

¹⁰ Considerato che la pubblicazione del provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate potrebbe avvenire non prima di fine settembre, sono evidenti le difficoltà cui andranno incontro le imprese per cogliere questa notevole opportunità, soprattutto quelle di più ridotte dimensioni e con minori risorse.

¹¹ Ad oggi, nell'ordinamento italiano, non esistono altre disposizioni che consentano di rendere inapplicabili le sanzioni amministrative in caso di accertamento di una violazione tributaria.

¹² *Pacific Association of Tax Administrators*.

¹³ *International Chamber of Commerce*.

¹⁴ Per approfondimenti in merito all'evoluzione della disciplina del *transfer pricing* in ambito OCSE, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, Milano, 2008, pagg. 25 e seguenti. In data 22 luglio 2010, l'OCSE ha pubblicato la versione 2010 delle *Guidelines*.

sono trattati nel Capitolo V delle *Guidelines*, il quale mira:

- a) da un lato, a fornire alle Amministrazioni finanziarie locali suggerimenti utili circa l'adozione di una norma o di una procedura che individui la documentazione da presentare all'organo di controllo, in caso di verifica;
- b) dall'altro, ad assistere i contribuenti nell'individuare un livello adeguato di documentazione che consenta di dimostrare la conformità delle transazioni infragruppo al principio della libera concorrenza, evitando però di imporre un onere amministrativo sproporzionato.

Questa duplice prospettiva ha indotto l'OCSE a precisare che le richieste dell'Amministrazione finanziaria non possono riguardare documenti che l'impresa non possiede, ovvero che non è in grado di ottenere.

In altri termini, l'OCSE sostiene che le esigenze di controllo **non devono rappresentare** per il contribuente **un onere eccessivo**, derivante dalla difficoltà di reperire presso le consociate estere un *set* di documenti completo.

L'OCSE inoltre, raccomanda alle imprese l'adozione di un **approccio diligente** nella predisposizione della documentazione. In tal senso, secondo le *Guidelines* è assolutamente opportuno che il gruppo predisponga un *set* di documenti, in grado di comprovare tutte le attività poste in essere per garantire la conformità dei prezzi di trasferimento al principio del valore normale e di individuare tutti gli aspetti, le informazioni ed i criteri presi in considerazione a tal fine. In particolare, ogni *set* documentale dovrebbe essere in grado di evidenziare almeno:

- le caratteristiche dell'attività economica svolta dal gruppo multinazionale;
- la struttura organizzativa delle singole imprese del gruppo;
- i rapporti di proprietà e di controllo;
- le funzioni svolte e i rischi assunti dalle diverse parti di ciascuna transazione;
- la tipologia e l'oggetto delle operazioni infragruppo;
- le condizioni applicate alle operazioni infragruppo;
- l'andamento delle vendite e dei margini nel corso degli esercizi;
- i flussi finanziari nell'ambito del gruppo;
- le condizioni applicate alle transazioni similari a quelle infragruppo, con soggetti indipendenti;
- il/i metodo/i utilizzato/i per la determinazione dei prezzi di trasferimento;

- le circostanze che hanno, eventualmente, influito sull'applicazione del principio di libera concorrenza;
- la tipologia dei processi di negoziazione posti in essere.

Considerato il carattere generico delle indicazioni sopra elencate, l'OCSE ha indotto molti organismi a individuare elementi informativi più precisi e dettagliati.

Va, in ogni caso, evidenziata la notevole rilevanza del contributo dell'OCSE riguardo alla regolamentazione del *transfer pricing*, con particolare riferimento all'aspetto procedimentale; infatti, le *Guidelines* forniscono una serie di indicazioni molto utili in merito agli elementi documentali, stabilendo che essi devono supportare sia la comparabilità delle transazioni oggetto di esame, sia l'analisi funzionale relativa alle varie unità del gruppo¹⁵.

Con riguardo alla novella normativa recata dall'art. 26 del D.L. n. 78/2010 appare, dunque, chiaro che le intenzioni del legislatore italiano di introdurre un onere (in luogo di un obbligo) documentale per i prezzi di trasferimento sono del tutto coerenti con gli obiettivi espressi dall'OCSE e compendiate nel citato Capitolo V delle *Guidelines*.

La posizione dell'UE

Il tema della documentazione dei prezzi applicati alle transazioni infragruppo è stato trattato, e trova oggi un'adeguata regolamentazione, anche in ambito UE. Il dibattito comunitario in materia di *transfer pricing* si è in generale sviluppato secondo le seguenti tappe fondamentali:

1. nel 1990 è stata adottata la convenzione arbitrale 90/436/CEE;
2. nel 2001, la Commissione europea ha emanato la comunicazione n. 582;
3. nel 2002 è stato istituito il *Joint transfer pricing forum* (Jtpf);
4. nel 2004 è stato approvato il Codice di Condotta per l'effettiva implementazione della convenzione arbitrale 90/436/CEE;
5. nel 2006 è stato approvato il Codice di Condotta sui requisiti documentali richiesti in materia di *transfer pricing*;
6. nel 2007, la Commissione europea ha emanato la comunicazione n. 71 in materia di Apa;
7. nel 2009 è stato approvato il nuovo Codice di Condotta per l'effettiva implementazione della

¹⁵ Cfr. S. Capolupo, *Transfer pricing e prova di elusione*, in "il fisco" n. 28/2008, fascicolo n. 1, pag. 5017.

convenzione arbitrale 90/436/CEE.

La convenzione arbitrale 90/436/CEE

La convenzione arbitrale 90/436/CEE, approvata in data 23 luglio 1990 ha ad oggetto l'**eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate**¹⁶.

La convenzione arbitrale trova applicazione:

- quando, ai fini dell'imposizione, gli utili inclusi nei redditi di un'impresa di uno Stato contraente sono (o saranno) probabilmente inclusi anche nei redditi di un'impresa di un altro Stato contraente (art. 1, comma 1); tale disposizione si applica anche nel caso di perdite (art. 1, comma 3); inoltre le stabili organizzazioni di imprese UE sono equiparate alle imprese dello Stato in cui sono situate (art. 1, comma 2)¹⁷;
- con riguardo alle imposte sui redditi (art. 2)¹⁸.

Le disposizioni convenzionali poggiano sul principio al quale devono ispirarsi le imprese nella determinazione dei prezzi di trasferimento, vale a dire il principio di libera concorrenza, desumibile dal disposto dell'art. 4, il quale fa riferimento a "condizioni convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti".

Quanto alle fasi e ai tempi del procedimento di rettifica dei prezzi di trasferimento, la convenzione comunitaria dispone:

- l'obbligo dello Stato che intende procedere al-

¹⁶ *Gazzetta Ufficiale* n. L 225 del 20 agosto 1990. Nel 1999 è stato firmato il Protocollo di modifica che ne ha esteso l'efficacia per un altro quinquennio, prevedendo, altresì, una clausola di rinnovo automatico per gli anni successivi. L'ultimo Stato membro firmatario (il Portogallo) del Protocollo di estensione ha depositato gli strumenti di ratifica il 4 agosto 2004. La convenzione ha, pertanto, (ri)acquisito piena efficacia il 1° novembre 2004. I suoi effetti, tuttavia, si producono retroattivamente, a partire dalla data in cui l'applicazione era stata sospesa. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing, op. cit.*, pagg. 123 e seguenti, dove si rileva che la risoluzione delle controversie in materia di *transfer pricing* può avvenire mediante il ricorso alla giurisdizione nazionale, alla procedura prevista dalle convenzioni contro le doppie imposizioni ovvero a quella definita nella convenzione arbitrale.

¹⁷ Con riguardo al concetto di impresa di cui all'art. 1, comma 1, della convenzione si ritiene che esso debba essere rinvenuto:

- in primo luogo, nella convenzione contro le doppie imposizioni siglata tra i due Stati che devono applicare la procedura;
- in mancanza, nel Modello OCSE.

¹⁸ La convenzione arbitrale trova applicazione con riferimento sia alle imprese multinazionali sia alle imprese di piccole e medie dimensioni.

la rettifica degli utili di informare l'impresa interessata, cosicché questa abbia la possibilità di informare l'altra impresa, e quest'ultima possa informare a sua volta l'altro Stato contraente (art. 5);

- la possibilità che tra le imprese interessate e le relative Amministrazioni finanziarie si giunga direttamente a un accordo che consenta di evitare le doppie imposizioni;
- la possibilità di avvalersi di una procedura amichevole da instaurarsi in assenza di tale accordo (art. 6)¹⁹;
- la possibilità di utilizzare la procedura arbitrale, da attivare se entro due anni le Autorità competenti non raggiungono un accordo che elimini la doppia imposizione (art. 7 e 11)²⁰.

La Comunicazione n. 582 del 2001

Nella Comunicazione n. 582 del 23 ottobre 2001²¹, la Commissione evidenzia le criticità in materia di prezzi di trasferimento ed espone le relative auspicabili soluzioni. In particolare, la Commissione sottolinea la crescente diffusione, tra le imprese di grandi dimensioni, della pratica di adottare – nell'ambito degli scambi commerciali tra imprese comunitarie appartenenti allo stesso gruppo – prezzi di trasferimento *stan-*

¹⁹ A norma dell'art. 6 della convenzione 90/436/CEE, l'impresa ha la facoltà di sottoporre il caso all'Autorità competente dello Stato contraente di cui è residente o nel quale è situata la sua stabile organizzazione, indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale degli Stati contraenti interessati. Il caso deve essere sottoposto entro i tre anni che seguono la notifica della misura nazionale. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing, op. cit.*, pagg. 126 e seguenti.

²⁰ L'art. 7 della convenzione dispone che, entro due anni dalla data in cui il caso è stato sottoposto per la prima volta, le Autorità competenti istituiscono una Commissione Consultiva, chiamata a pronunciarsi sul modo di eliminare la doppia imposizione. Secondo quanto disposto dall'art. 11, la Commissione Consultiva è chiamata a pronunciarsi entro i sei mesi dalla data in cui è stata adita.

Entro i sei mesi dalla data in cui la Commissione Consultiva ha reso il suo parere, le Autorità competenti prendono una decisione volta ad eliminare la doppia imposizione, che non necessariamente deve essere conforme a quanto statuito dalla Commissione stessa. Se, invece, non raggiungono un accordo, sono tenute a conformarsi a detto parere. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing, op. cit.*, pagg. 126 e seguenti.

²¹ Commissione europea, comunicazione "*Towards an Internal Market without tax obstacles - A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*", del 23 ottobre 2001 - COM (2001)582. Cfr. P. Valente, *Fiscalità sovranazionale, op. cit.*, pagg. 211 e seguenti; P. Valente, *Manuale del transfer pricing, op. cit.*, pagg. 127 e seguenti.

dard, indipendentemente dall'impianto produttivo da cui i beni sono acquistati all'interno del gruppo.

Le procedure di composizione delle controversie relative ai prezzi di trasferimento, lunghe e costose, spesso inducono le imprese a desistere dal sottoporre il **caso di doppia imposizione** – derivante dall'aggiustamento dei prezzi da parte delle Amministrazioni finanziarie – all'Autorità competente. In considerazione di ciò, la Commissione, nella comunicazione in commento ha previsto di intraprendere talune iniziative atte a migliorare gli strumenti di determinazione dei prezzi di trasferimento e di risoluzione dei fenomeni di doppia imposizione ad essi connessi, tra cui l'istituzione di un *Forum* congiunto sui prezzi di trasferimento (Jtpf), con l'incarico di esaminare le questioni connesse al *transfer pricing* comunitario²².

Il Joint transfer pricing forum e il Codice di Condotta per l'effettiva implementazione della convenzione arbitrale

Nell'ottobre 2002, il Consiglio dell'UE, su proposta della Commissione europea, ha istituito il *Joint transfer pricing forum* (Jtpf), con il compito di analizzare le problematiche di carattere fiscale connesse alla doppia imposizione da aggiustamento dei prezzi di trasferimento. Il mandato del Jtpf, inizialmente di due anni, è stato in fasi successive esteso fino al marzo 2011²³.

Nel novembre 2004, sulla base dei lavori svolti dal Jtpf, è stato adottato il Codice di condotta sull'**effettiva implementazione della convenzione arbitrale**, il quale fissa regole procedurali comuni con riferimento ad alcune disposizioni convenzionali²⁴.

²² Per approfondimenti sul contenuto del mandato del Jtpf, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 129 e seguenti.

²³ Ai lavori del Jtpf prendono parte 27 rappresentanti degli Stati membri e 10 esperti in rappresentanza delle imprese, oltre, ma solo in qualità di osservatori, ai rappresentanti dei Paesi candidati ed al Segretario dell'OCSE. Dalla data della sua istituzione, il Jtpf ha affrontato le più importanti questioni relative alla doppia imposizione da aggiustamento dei prezzi di trasferimento. Cfr. per approfondimenti, P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 129 e seguenti.

²⁴ Le norme procedurali comuni riguardano:

- la determinazione del *dies a quo* del periodo di tre anni, vale a dire il termine entro il quale la società sottoposta a doppia imposizione per effetto dell'aggiustamento dei prezzi di trasferimento è tenuta a sottoporre il caso all'autorità competente. La decorrenza del periodo di tre anni coincide con la data della notifica del primo avviso

Il Codice di condotta sulla documentazione in materia di transfer pricing

In data 7 luglio 2005, la Commissione europea ha adottato una proposta per un Codice di condotta sulla documentazione richiesta in materia di *transfer pricing*²⁵, invitando gli Stati membri, previa adozione della stessa da parte del Consiglio dell'UE, a trasporre al più presto nei rispettivi ordinamenti interni le disposizioni contenute nel Codice di condotta²⁶. La proposta per un

di accertamento fiscale o misura equivalente che comporta o può comportare una doppia imposizione (art. 1);

- la determinazione del *dies a quo* del periodo di due anni durante il quale le amministrazioni fiscali degli Stati membri sono tenute ad effettuare un tentativo per il raggiungimento di un accordo reciproco sull'eliminazione della doppia imposizione oggetto di denuncia. Il caso può ritenersi sottoposto alle autorità competenti allorquando il soggetto di imposta fornisca dati identificativi certi e completi, i dettagli sui fatti rilevanti del caso, una completa documentazione (art. 2);
 - le regole da seguire durante la procedura amichevole, le disposizioni generali, lo svolgimento pratico, la trasparenza, lo scambio dei documenti e la partecipazione del soggetto d'imposta. Riguardo al funzionamento pratico e alla trasparenza, si invitano gli Stati ad utilizzare una comune lingua di lavoro al fine di abbreviare i tempi ed i costi della procedura ed a garantire la riservatezza delle informazioni qualora esista una convenzione fiscale o una normativa interna che lo preveda (art. 3);
 - le regole da seguire nel caso in cui si renda necessario l'avvio della fase arbitrale, per effetto del mancato raggiungimento di un accordo reciproco entro il termine dei due anni (art. 4);
 - la sospensione della riscossione dell'imposta in pendenza delle procedure previste dalla convenzione (art. 5).
- Cfr. P. Valente, *Fiscalità sovranazionale*, op. cit., pagg. 289 e seguenti; P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 129 e seguenti.

²⁵ Commissione europea, comunicazione "on the work of the EU Joint transfer pricing forum in the field of business taxation from October 2002 to December 2003 and on a proposal for a Code of Conduct for the effective implementation of the Arbitration Convention", del 23 aprile 2004 - COM(2004)297.

²⁶ Il Codice sui requisiti documentali è stato adottato dal Consiglio dell'UE in data 27 giugno 2006. Esso ha valore di impegno politico e non incide sui diritti ed obblighi degli Stati membri, né sulle rispettive sfere di competenza degli Stati e dell'UE.

Il Jtpf ha rilevato come le differenze nei requisiti/oneri documentali richiesti dai singoli Stati membri rappresentino, per le imprese, un ostacolo allo svolgimento di attività con consociate situate in Stati membri diversi. La predisposizione di *sets* di documentazione distinti e separati per ciascuno Stato membro di stabilimento avrebbe effetti economici negativi soprattutto sulle piccole e medie imprese. Quale possibile rimedio, il Jtpf ha individuato approcci diversi: "best practice", "standardized documentation", "centralized (integrated global) documentation", eccetera.

Codice di condotta individua **tipo e contenuto** della documentazione che i gruppi di imprese operanti a livello comunitario dovrebbero sottoporre alle rispettive autorità fiscali, ai fini della verifica dei prezzi praticati nello svolgimento di attività intragruppo transfrontaliere (di seguito, “DPT UE”).

In particolare:

- il *masterfile*, quale “*blue print*” della società, dovrebbe fornire informazioni riguardanti l’attività e le strategie di *business* di quest’ultima, le transazioni con le consociate e la relativa *transfer pricing policy*;
- il *country-specific documentation*, invece, dovrebbe fornire informazioni in merito alle transazioni *intercompany* nell’ambito del Paese di riferimento, i termini contrattuali e i metodi di determinazione del prezzo di trasferimento.

La DPT UE dovrebbe trovare applicazione nei confronti di tutte le entità del gruppo residenti nell’UE, comprese le transazioni controllate tra imprese comunitarie ed entità del gruppo aventi sede in Stati extra-UE²⁷.

Dopo aver valutato pro e contro degli approcci c.d. “*standardized*” e “*centralized*”, anche in termini di certezza legale e flessibilità, il Jtpf ha ritenuto opportuno sviluppare un approccio intermedio, il quale combina elementi di entrambi. Il nuovo approccio, c.d. “*EU Transfer Pricing Documentation*” implica l’adozione di:

- un *set* di documentazione contenente informazioni *standard*, comuni e rilevanti per tutte le società del gruppo (c.d. “*masterfile*”);
- più *sets* di documentazione *standard*, ciascun *set* contenente le informazioni relative allo specifico Paese di stabilimento (c.d. “*country-specific documentation*”).

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 130 e seguenti

²⁷ La DPT UE rileva sia ai fini della valutazione dei prezzi di trasferimento di un gruppo multinazionale, sia quale strumento di valutazione dei rischi del quale potrebbero avvalersi contribuenti ed amministrazioni finanziarie. In tal modo si favorisce l’osservanza, da parte dei contribuenti, degli obblighi documentali relativi ai prezzi di trasferimento negli Stati membri, con conseguente riduzione del rischio di doppia imposizione ed esposizione a sanzioni. La DPT UE dovrebbe trovare applicazione nei confronti di tutte le imprese appartenenti al gruppo. Nei casi in cui le società di un gruppo multinazionale non effettuino transazioni intragruppo, un unico *masterfile* relativo a tutte le società del gruppo residenti nell’UE potrebbe non rappresentare la soluzione più appropriata. In casi debitamente giustificati, un gruppo multinazionale dovrebbe, pertanto, essere autorizzato a presentare più *masterfiles* ovvero a dispensare determinate società del gruppo dall’applicazione della DPT UE. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 131 e seguenti.

Il *masterfile* riflette la **realtà economica dell’impresa** e fornisce una **rappresentazione del gruppo multinazionale e del suo sistema di fissazione dei prezzi** di trasferimento accessibile a tutti gli Stati membri interessati. Il *masterfile* contiene:

- a) una descrizione generale dell’impresa e della strategia d’impresa, compresi i cambiamenti di strategia rispetto all’esercizio precedente;
- b) una descrizione generale della struttura organizzativa, giuridica e operativa del gruppo multinazionale (compresi un organigramma, un elenco delle società del gruppo e una descrizione della partecipazione della società madre nelle consociate);
- c) i dati identificativi generali delle imprese associate che effettuano transazioni controllate in cui intervengono imprese residenti nell’UE;
- d) descrizione generale delle transazioni controllate in cui intervengono imprese associate residenti nell’UE, ossia una descrizione generale dei:
 - flussi di transazioni (*assets* materiali e immateriali, servizi, attività finanziarie);
 - flussi di fatturazione;
 - entità dei flussi di transazioni;
- e) una descrizione generale delle funzioni esercitate e dei rischi assunti, nonché dei cambiamenti intervenuti nelle funzioni e nei rischi rispetto all’esercizio precedente (ad esempio, cambiamento da società distributrice a pieno titolo a commissionario);
- f) *assets* immateriali detenuti (brevetti, marchi di fabbrica, *know-how* eccetera) e *royalties* pagate o riscosse;
- g) una descrizione della politica del gruppo multinazionale in materia di prezzi di trasferimento tra società ovvero del sistema di fissazione dei prezzi di trasferimento del gruppo che spieghi la conformità dei prezzi di trasferimento al principio di libera concorrenza;
- h) l’elenco degli accordi di contribuzione ai costi, degli Apa e delle decisioni riguardanti aspetti attinenti ai prezzi di trasferimento nella misura in cui interessino le società del gruppo residenti nell’UE;
- i) l’impegno, da parte di ciascun contribuente nazionale, a fornire informazioni supplementari su richiesta ed entro un periodo di tempo ragionevole, in conformità alle norme nazionali.

Il contenuto della documentazione nazionale integra il *masterfile*. Le due parti costituiscono la documentazione per lo Stato membro interessa-

to. A completamento del contenuto del *masterfile*, la documentazione nazionale include:

- a) una descrizione particolareggiata dell'impresa e della strategia d'impresa, compresi i cambiamenti di strategia rispetto all'esercizio precedente;
- b) informazioni, ossia descrizione e spiegazione, relative alle transazioni controllate nazionali, in particolare:
 - flussi di transazioni (*assets* materiali e immateriali, servizi, attività finanziarie);
 - flussi di fatturazione;
 - entità dei flussi di transazioni;
- c) un'analisi di comparabilità, ossia:
 - caratteristiche di beni e servizi;
 - analisi funzionale (funzioni esercitate, *assets* utilizzati, rischi assunti);
 - termini contrattuali;
 - condizioni economiche;
 - strategie d'impresa;
- d) indicazioni sulla scelta e applicazione del o del metodo (o dei metodi) di fissazione dei prezzi di trasferimento, ossia indicazione dei motivi per i quali è stato scelto un determinato metodo e della modalità con cui è stato applicato;
- e) informazioni sugli elementi comparabili interni e/o esterni, ove possibile;
- f) descrizione dell'attuazione e applicazione della politica del gruppo in materia di prezzi di trasferimento²⁸.

Negli ultimi anni molti Paesi dell'UE hanno deciso di adottare il Codice di condotta, introducendo norme o circolari che obbligano i contribuenti alla predisposizione della documentazione sui prezzi di trasferimento, contestuale o successiva alle transazioni effettuate tra le imprese del gruppo.

A titolo esemplificativo si riporta l'elenco dei Paesi comunitari che hanno già adottato norme o circolari sulla documentazione:

1. Francia (1° gennaio 1997);
2. Danimarca (1° gennaio 1999);
3. Regno Unito (1° luglio 1999);
4. Polonia (1° gennaio 2001);
5. Olanda (1° gennaio 2002);
6. Germania (1° gennaio 2003);
7. Portogallo (1° gennaio 2002);
8. Ungheria (1° gennaio 2005);
9. Spagna (1° gennaio 2006);

²⁸ Per approfondimenti in merito alle modalità di applicazione della DPT UE e agli obblighi generali per le imprese multinazionali e gli Stati membri, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing, op. cit.*, pagg. 134 e seguenti.

10. Repubblica Ceca (1° gennaio 2006);
11. Belgio (14 novembre 2006);
12. Svezia (1° gennaio 2007);
13. Romania (1° gennaio 2008);
- 14. Italia (in fase di recepimento)²⁹;**
15. Irlanda (in fase di recepimento; entrerà in vigore il 1° gennaio 2011);

e di quelli che, al contrario, non hanno ancora adottato alcun provvedimento in tal senso:

1. Austria;
2. Bulgaria;
3. Cipro;
4. Estonia;
5. Finlandia;
6. Grecia;
7. Lettonia;
8. Lituania;
9. Lussemburgo;
10. Malta;
11. Slovacchia;
12. Slovenia.

Il Codice, muovendo dalle medesime considerazioni che stanno alla base delle direttive OCSE, al fine di fornire, sia agli Stati membri che alle imprese comunitarie, un valido strumento per la predisposizione di un *set* documentale *standard* relativo ai prezzi di trasferimento, si articola in due parti distinte, la prima "di indirizzo" e la seconda, ovvero l'allegato³⁰, quale "traduzione operativa" dello schema suggerito dalle *Guidelines* dell'OCSE sul tipo di documentazione adottabile dal gruppo.

Gli orientamenti comunitari in materia di Apa

Il 26 febbraio 2007, la Commissione europea ha emanato una comunicazione con la quale sono state proposte le linee guida per evitare controversie in materia di prezzi di trasferimento e risolvere agevolmente quelle già sorte³¹. Attraverso la conclusione di un Apa, l'Amministrazione fiscale ed il contribuente possono concordare preventivamente il criterio più appropriato per individuare i prezzi di trasferimento relativi a specifiche tipologie di operazioni effettuate nel corso di un dato periodo. In tal modo, si raggiunge maggior certezza fiscale e, per tale ragione, gli

²⁹ Non è stato ancora emanato il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate.

³⁰ A sua volta suddiviso in cinque diverse sezioni.

³¹ Tale comunicazione è frutto del lavoro compiuto dal Jtpt e riguarda principalmente gli Apa, vale a dire gli accordi preventivi di determinazione dei prezzi, che sono ritenuti uno strumento importante per evitare controversie.

Apa possono essere considerati uno strumento importante per la gestione del rischio fiscale. Inoltre, la prevenzione delle controversie tributarie riduce il carico dei costi fiscali.

La comunicazione stabilisce le migliori prassi implementative per gli Apa all'interno dell'UE ed invita ad utilizzare gli Apa quando essi rappresentino lo strumento più idoneo per risolvere una data controversia. Sono indicate, inoltre, nel dettaglio le modalità per aderire ad un accordo preventivo di determinazione dei prezzi ed i relativi requisiti documentali, con individuazione delle varie fasi di conclusione dell'accordo e delle procedure da intraprendersi da parte dell'Amministrazione finanziaria e del contribuente al fine di giungere alla stipula³².

La procedura prende avvio dall'iniziativa del contribuente, al quale spetta l'individuazione delle transazioni da includere nella domanda di Apa. Essa si conclude con un accordo tra le Amministrazioni finanziarie coinvolte³³.

La Comunicazione n. 472 del 14 settembre 2009 e il nuovo Codice di condotta sulla effettiva implementazione della convenzione arbitrale

Nella comunicazione del 14 settembre 2009 n. 472, la Commissione europea illustra attività e proposte in materia di *transfer pricing* del Jtpf, nel periodo marzo 2007 – marzo 2009 e riporta, in allegato, un "*revised draft*" del Codice di condotta sull'effettiva implementazione della convenzione arbitrale (poi approvato il 22 dicembre 2009). In particolare, la Commissione rileva che nel corso del suindicato biennio, il Jtpf si è principalmente occupato:

- delle **sanzioni** applicabili in materia di *transfer pricing*³⁴;

³² La comunicazione esamina altri strumenti per la prevenzione e la risoluzione di controversie, quali le verifiche fiscali simultanee, il parere preventivo (sia di natura volontaria che obbligatoria), la perizia e la mediazione. Ad ogni modo, la comunicazione promuove particolarmente il miglioramento delle procedure per la conclusione degli Apa, trattandosi del settore dove – allo stato attuale – possono essere raggiunti rilevanti progressi.

³³ Per approfondimenti sulle fasi nelle quali si scompone la procedura per la conclusione di un Apa, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 138 e seguenti.

³⁴ Secondo la Commissione, i problemi relativi alle sanzioni applicabili nel *transfer pricing* rivestono notevole importanza per le imprese multinazionali. Le legislazioni degli Stati membri, seppur con talune differenze, in generale prevedono l'applicazione di sanzioni in ipotesi di *non-compliance* con i requisiti documentali richiesti, di comportamento "*uncooperative*" da parte del contribuente e

- dell'**interpretazione** di alcune disposizioni della **convenzione arbitrale**. Le relative raccomandazioni del Jtpf sono state incluse nel "*revised draft*" del Codice di condotta.

Il nuovo Codice di condotta, approvato in data 22 dicembre 2009, disciplina i rilevanti aspetti applicativi e procedurali della convenzione arbitrale. Tra le questioni di rilievo si segnalano:

- l'ambito di applicazione della convenzione arbitrale, con particolare riferimento a *thin capitalization* e *triangular cases*;
- la decorrenza del periodo di tre anni, ai sensi dell'art. 6, par. 1 della convenzione;
- la decorrenza del termine di due anni, ai sensi dell'art. 7, par. 1 della convenzione;
- questioni connesse alla procedura amichevole e alla procedura arbitrale;
- la riscossione dell'imposta e degli interessi dovuti, durante la procedura di risoluzione delle controversie.

Con riferimento ai **triangular cases**, l'art. 1.1 del Codice prevede che per "caso triangolare" si intende "quello in cui, nella prima fase della procedura della convenzione sull'arbitrato, due autorità competenti della UE non riescono a risolvere pienamente i casi di doppia imposizione derivanti da un problema di prezzo di trasferimento applicando il principio di piena concorrenza poiché un'impresa associata situata in un altro o in altri Stati membri e identificata da entrambe le autorità competenti UE (grazie a un'analisi di comparabilità comprendente un'analisi funzionale e altri elementi fattuali correlati), ha esercitato un'influenza significativa nel determinare una situazione contraria al principio di piena concorrenza, concretizzatasi in una serie di transazioni o relazioni commerciali/finanziarie ed è riconosciuta come tale dal contribuente oggetto della doppia imposizione che ha richiesto

di "*understatement of profits*". Le sanzioni applicabili possono avere carattere pecuniario ovvero consistere in misure diverse, quali l'inversione dell'onere della prova in ipotesi di mala fede del contribuente ("*reversal of the burden of proof where a taxpayer has not acted in good faith*"). Inoltre, le sanzioni pecuniarie si distinguono dagli interessi moratori, il cui obiettivo è quello di remunerare il "*time value*" del denaro. Con riferimento particolare al tema della *compliance* con i requisiti documentali e sanzioni applicabili, ribadisce la Commissione – sulla base delle previsioni del Codice di condotta – che gli Stati membri "*should not impose a documentation-related penalty where taxpayers comply in good faith, in a reasonable manner and within a reasonable time with standardised and consistent documentation (...) and apply their documentation properly to determine their arm's length transfer prices*".

l'applicazione delle disposizioni della convenzione sull'arbitrato". Si precisa inoltre che l'ambito di applicazione della convenzione arbitrale si estende a tutte le transazioni UE nei casi triangolari tra Stati membri.

In tema di sottocapitalizzazione, l'art. 1.2 del Codice evidenzia come la convenzione arbitrale si riferisca in modo chiaro agli utili derivanti da transazioni commerciali e finanziarie, ma non cerca di stabilire una differenza tra le varie categorie di utili. Pertanto le rettifiche degli utili derivanti da transazioni finanziarie (compresi i prestiti e le relative condizioni) e basate sul principio della piena concorrenza, devono essere considerate rientranti nel campo di applicazione della convenzione stessa.

Per quanto riguarda il termine di **scadenza** per la **presentazione della domanda** ai sensi dell'art. 6, par. 1 della convenzione arbitrale, l'art. 4 del Codice precisa che "si considera decorrenza del periodo di tre anni la data del 'primo avviso di accertamento fiscale o misura equivalente che comporta o potrebbe comportare una doppia imposizione ai sensi dell'articolo 1, per esempio a causa di un adeguamento dei prezzi di trasferimento". Si raccomanda inoltre agli Stati membri di applicare la suindicata definizione anche per determinare il periodo di tre anni di cui all'art. 25, par. 1 del Modello di Convenzione dell'OCSE, il quale disciplina la procedura amichevole per la risoluzione dei casi di doppia imposizione.

Con riferimento, invece, al termine di due anni di cui all'art. 7, par. 1 della convenzione arbitrale, l'art. 5 del Codice prevede che il periodo di due anni decorre dalla data più recente fra le seguenti:

- la data dell'avviso di accertamento fiscale, cioè di una decisione finale dell'Amministrazione fiscale sul reddito supplementare, o di una misura equivalente;
- la data in cui l'autorità competente riceve la domanda e le "informazioni minime" previste dal medesimo Codice.

Le disposizioni relative alla **procedura amichevole** e alla **procedura arbitrale** (artt. 6 e 7 del Codice) hanno principalmente carattere pratico-operativo e sono dirette a disciplinare:

- il funzionamento pratico e la trasparenza della procedura amichevole;
- le modalità di scambio dei documenti di lavoro;
- la composizione e le modalità di funzionamento della Commissione Consultiva;

- il contenuto del parere reso dalla Commissione Consultiva e le modalità di comunicazione dello stesso.

Per quanto riguarda, infine, la **riscossione** dell'imposta e degli interessi dovuti durante la procedura di risoluzione delle controversie, l'art. 8 del Codice raccomanda agli Stati membri:

- di prendere le misure necessarie per fare in modo che la sospensione della riscossione dell'imposta durante le procedure previste dalla convenzione arbitrale possa essere ottenuta dalle imprese alle stesse condizioni previste per le procedure interne, anche se tali misure possono implicare cambiamenti legislativi in alcuni Stati membri;
- al fine di impedire che i contribuenti siano penalizzati dall'esistenza di metodologie differenti in relazione a pagamenti e rimborsi di interessi nel periodo necessario per completare la procedura amichevole, di applicare uno dei seguenti approcci:
 - l'imposta è recuperata e rimborsata senza interessi; oppure
 - l'imposta è recuperata e rimborsata con i relativi interessi; oppure
 - per quanto riguarda la riscossione o il rimborso degli interessi (eventualmente nel corso della procedura amichevole) ogni caso deve essere valutato nel merito³⁵.

La posizione del PATA

Gli Stati aderenti al PATA (Australia, Canada, Giappone e Stati Uniti) hanno emanato una serie di principi, raccolti nel *PATA Documentation Package*, volti ad individuare, in modo uniforme, la **documentazione** che i contribuenti possono predisporre al fine di **giustificare** le proprie **politiche di transfer pricing**.

Pur non avendo natura vincolante, i suddetti principi costituiscono un valido strumento di definizione della documentazione di cui i soggetti che effettuano transazioni *intercompany* dovrebbero munirsi (si precisa che il comma 1 dell'art. 26 del D.L. n. 78/2010 contiene un espresso riferimento alle *Guidelines* dell'OCSE).

Il documento del PATA trae spunto, in ogni caso, dal Capitolo V delle *Guidelines* dell'OCSE del 1995 in materia di prezzi di trasferimento e risponde all'esigenza di superare le problematiche che le imprese multinazionali riscontrano nel

³⁵ Anche il nuovo Codice di condotta ha valore di impegno politico e non incide su diritti ed obblighi degli Stati membri, né sulle rispettive sfere di competenza degli Stati membri e dell'UE.

reperire una documentazione che sia conforme alle legislazioni di Paesi diversi. Il *PATA Documentation Package*, in considerazione dell'importanza che un'adeguata documentazione assume in materia di prezzi di trasferimento, definisce linee guida dettagliate che consentono al contribuente di predisporre una documentazione ritenuta esaustiva dagli Stati aderenti.

L'obiettivo è giungere alla semplificazione degli obblighi di documentazione che gravano sui gruppi multinazionali. Il *PATA Documentation Package* dovrebbe consentire di soddisfare i requisiti per la determinazione del valore normale in tutti i Paesi membri dell'organizzazione ed evitare di incorrere in sanzioni. I gruppi di imprese che decidono di predisporre la *set* di documentazione previsto dal PATA sono tenuti al rispetto dei seguenti tre principi operativi:

- *compliance* con il principio dell'*"arm's length"* nella determinazione del *transfer pricing*: tale necessità si traduce nell'analisi e nella valutazione delle transazioni *intercompany*, nell'individuazione delle transazioni indipendenti comparabili e nella corretta applicazione dei metodi contemplati da ciascun Paese per la determinazione del *transfer pricing*;
- predisposizione di una documentazione atta a dimostrare il rispetto dell'*arm's length principle*: le società multinazionali sono tenute a produrre una documentazione che consenta di dimostrare gli sforzi compiuti per conformarsi al principio di libera concorrenza. La documentazione ("*contemporaneous documentation*") deve essere predisposta secondo quanto previsto dagli ordinamenti dei singoli Paesi aderenti al PATA entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione dei redditi annuale. Il contenuto della documentazione deve essere idoneo e tale da consentire la verifica del principio dell'*arm's length* secondo quanto stabilito dall'OCSE e dagli ordinamenti degli Stati membri del PATA;
- predisposizione della documentazione entro determinati termini: il contribuente è tenuto a presentare la documentazione su richiesta di una delle Autorità fiscali dei Paesi membri del PATA per evitare che siano applicate sanzioni. Ogni membro del PATA potrà richiedere la documentazione relativa alla transazione che coinvolge il proprio ordinamento³⁶.

³⁶ Per approfondimenti sul *PATA Documentation Package*, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing, op. cit.*, pagg. 166 e seguenti.

La posizione dell'ICC

Anche l'*International Chamber of Commerce* (ICC) si è occupata delle problematiche relative alla mancanza di requisiti uniformi con riferimento agli obblighi di documentazione in materia di *transfer pricing*. Secondo l'ICC alcune delle questioni relative ai prezzi di trasferimento sono trattate in maniera differente dalle Autorità fiscali dei vari Paesi; in particolare, gli aspetti che non sono disciplinati in modo uniforme sono i seguenti:

- l'allocazione del rischio-capitale tra *manufacturer* e *distributor*;
- l'allocazione del rischio imprenditoriale tra il soggetto proprietario dell'*intangible*, il *manufacturer* e il *distributor*;
- la separazione (o la non separazione), nelle transazioni, della funzione economica dalla funzione commerciale;
- l'allocazione del rischio connesso alla penetrazione nel mercato di riferimento;
- la distinzione (o la mancata distinzione) tra la remunerazione applicabile alle transazioni relative agli *intangibles* e quella applicabile alle transazioni di beni materiali;
- le remunerazioni applicabili a transazioni similari;
- l'uso dei metodi basati sul profitto ed i relativi aggiustamenti;
- la remunerazione connessa all'uso di beni materiali e immateriali.

Per tali ragioni, in adesione alla necessità, sempre più avvertita, di applicare requisiti documentali uniformi, nel dicembre del 2003 l'ICC ha esposto il proprio progetto di *documentation package* il quale dovrebbe prevedere:

- la descrizione dell'attività svolta e del mercato di riferimento da cui sia possibile evidenziare il flusso delle transazioni *intercompany* e la loro qualificazione giuridica ed economica;
- l'analisi funzionale e l'analisi dei rischi;
- l'analisi dei metodi utilizzati;
- l'analisi economica, la quale dovrebbe consentire al contribuente di selezionare la *tested party* in relazione al metodo applicato nonché di scegliere qualsiasi indicatore di profitto coerente con il metodo scelto.

L'obiettivo è quello di elaborare un modello di documentazione a supporto del *transfer pricing* adottato dai gruppi multinazionali considerato accettabile dalle Autorità fiscali interessate.

Coerentemente con tale impostazione, il *transfer pricing* ottenuto dal contribuente potrà collocarsi in qualsiasi punto del *range* dell'*arm's length*.

Nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria effettui degli aggiustamenti, dovrà utilizzare dati e informazioni accessibili anche al contribuente o ad altre Autorità fiscali.

L'Amministrazione finanziaria accetterà, ove possibile, la documentazione redatta in lingua originale; le traduzioni in altra lingua potranno essere richieste quando necessario e previa notifica al contribuente.

Nel 2008, l'ICC ha pubblicato il proprio modello di documentazione sul *transfer pricing*³⁷.

3. Oneri documentali e profili di rischio per il contribuente: effetti sull'accertamento

Notevole rilievo, nell'ambito delle riflessioni sul *transfer pricing*, assume il tema dell'**onere della prova**³⁸. Si tratta di stabilire a chi spetti (tra Amministrazione finanziaria e contribuente) l'onere di fornire gli elementi di prova della conformità (o meno) dei prezzi di trasferimento alle norme di legge.

Anche con riguardo a tale tema, la novità introdotta dall'art. 26 del D.L. n. 78/2010, appare perfettamente coerente con l'esigenza di chiarezza e trasparenza nel rapporto Fisco-contribuente; infatti, quando si parla di onere della prova in questo contesto si fa riferimento all'onere documentale di cui alla novella normativa che, sebbene, non sia stato previsto sotto forma di vero e proprio obbligo, interesserà evidentemente un gran numero di soggetti che effettuano scambi internazionali infragrappo.

Per quanto concerne l'onere della prova nelle controversie relative al *transfer pricing* occorre, preliminarmente, ricordare che, negli ultimi anni, si sono susseguite sentenze della giurisprudenza di legittimità e della giurisprudenza di merito che hanno contribuito a delineare la ripartizione dell'*onus probandi* nelle controversie sui prezzi di trasferimento.

Ex multis si richiama la sentenza del 13 ottobre 2006, n. 22023³⁹ con la quale la Corte di Cassazione ha stabilito che "l'onere della prova della ricorrenza dei presupposti dell'elusione **grava in ogni caso sull'Amministrazione** che in-

tenda operare le conseguenti rettifiche (...). Ciò trova conferma anche in materia di *transfer pricing* posto che le direttive OCSE (...) contenute nelle *Guidelines* del 1995 hanno espressamente sottolineato che, laddove la disciplina di ciascuna giurisdizione nazionale preveda che sia l'Amministrazione finanziaria ad essere gravata dell'onere di provare le proprie pretese, il contribuente non è tenuto a dimostrare la correttezza dei prezzi di trasferimento applicati, se non prima che l'Amministrazione fiscale abbia essa stessa provato *prima facie* il non rispetto del principio del valore normale (...). Ebbene – secondo i giudici (n.d.r.) – l'Ufficio (...) avrebbe dovuto, innanzitutto, accertare se veramente la fiscalità in Italia era all'epoca superiore rispetto a quella in vigore nei Paesi di provenienza dei veicoli compravenduti. In secondo luogo, determinare il valore normale dei veicoli acquistati da F. Italia verificando, in concreto, se i corrispettivi pagati dalla stessa alle proprie consociate estere fossero effettivamente superiori a tale valore con indagine estesa alla sufficienza del margine di utile ricavato per coprire le spese di riparazione in garanzia ed analisi delle condizioni del mercato automobilistico mediante confronto dei prezzi praticati all'interno del gruppo F. con quello praticato da altre imprese concorrenti".

In altri termini, nella sentenza in oggetto la Corte di Cassazione ha stabilito che il contribuente non è tenuto a dimostrare la correttezza dei prezzi di trasferimento applicati, se prima l'Amministrazione fiscale non ha provato il mancato rispetto del valore normale⁴⁰.

Per quanto attiene agli oneri documentali introdotti dall'art. 26 del D.L. n. 78/2010 in materia di *transfer pricing*, in attesa del provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate che ne delineerà in dettaglio le caratteristiche, si ritiene utile richiamare quanto previsto nel Codice di condotta comunitario (sostanzialmente coerente con le indicazioni dell'OCSE). Secondo le indicazioni che emergono da tale Codice, la documentazione nazionale deve essere compilata nella lingua prescritta dallo Stato membro interessato. Le informazioni relative ad una transazio-

³⁷ Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 172 e seguenti.

³⁸ Cfr. S. Capolupo, *Transfer pricing. Predisposizione della documentazione e disapplicazione delle sanzioni*, in "il fisco" n. 33/2010, fascicolo n. 1, pag. 5302, paragrafo 1.

³⁹ In banca dati "fiscoonline".

⁴⁰ Ancora a titolo di esempio, si cita la sentenza n. 11226 del 16 maggio 2007 (in banca dati "fiscoonline") con cui la Suprema Corte è tornata ad esaminare la concreta applicazione della disciplina del *transfer pricing*, ribadendo ancora una volta che l'onere della prova nelle controversie aventi ad oggetto la determinazione dei prezzi di trasferimento grava sull'Amministrazione finanziaria che intende operare le conseguenti rettifiche al reddito del contribuente.

ne controllata che interessa uno o più Stati membri devono essere contenute nella documentazione nazionale di tutti gli Stati membri interessati o nel *masterfile*.

Si precisa che l'uso della DPT UE è e resta facoltativo anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 26 del D.L. n. 78/2010. Un gruppo multinazionale che opta per la DPT UE ha, in ogni caso, l'obbligo di applicare tale approccio a tutte le imprese consociate che effettuano transazioni controllate con imprese comunitarie. Se un gruppo multinazionale ha optato per la DPT UE con riferimento a un determinato anno d'imposta, ogni società del gruppo ne dovrà informare la rispettiva Amministrazione finanziaria.

I gruppi si impegnano a compilare il *masterfile* in tempo utile per soddisfare eventuali richieste da parte di una delle Autorità fiscali interessate. Il contribuente di un dato Stato membro deve rendere la rispettiva DPT UE disponibile, su richiesta di un'Amministrazione finanziaria, entro un periodo di tempo ragionevole in funzione della complessità delle transazioni.

La decisione di un gruppo multinazionale di adottare la DPT UE implica – dunque – un impegno, da parte di tutte le imprese comunitarie consociate, a rendere il *masterfile* e la relativa documentazione nazionale disponibile alla rispettiva Autorità fiscale nazionale.

L'aggregazione delle transazioni deve risultare "trasparente" per l'Amministrazione finanziaria ed essere conforme a quanto previsto dalle *Guidelines* dell'OCSE, le quali devono trovare applicazione tenendo conto, in particolare, del numero e della complessità delle transazioni interessate.

Poiché la DPT UE fornisce solo informazioni di base ai fini della valutazione dei prezzi di trasferimento, ciascuno Stato membro ha il diritto, nel quadro della normativa interna, di esigere, su specifica richiesta o durante una verifica fiscale, informazioni e documenti supplementari ed ulteriori rispetto a quelli previsti dalla DPT UE. Tali informazioni supplementari devono essere fornite entro un termine ragionevole e da determinarsi caso per caso, in funzione della quantità e complessità delle informazioni richieste.

Come anticipato, secondo le indicazioni dell'OCSE e dell'Unione europea, i contribuenti non sono soggetti a sanzioni se hanno accettato di adottare la DPT UE e forniscono le informazioni supplementari specificamente richieste. Appare evidente come tale previsione sia stata sostanzialmente riprodotta nell'art. 26 del D.L. n. 78/2010.

Sempre in base ai suggerimenti dei predetti organismi internazionali, i contribuenti dovrebbero essere tenuti a presentare all'Amministrazione finanziaria il *masterfile* e la documentazione nazionale soltanto **all'inizio di una verifica fiscale o su specifica richiesta**. Se uno Stato membro richiede ad un contribuente di fornire informazioni sui prezzi di trasferimento nell'ambito della dichiarazione dei redditi, tale richiesta dovrebbe poter essere soddisfatta, verosimilmente, mediante la presentazione di un breve questionario o di un apposito modulo di valutazione dei rischi.

Gli Stati membri non dovrebbero imporre ai contribuenti l'obbligo di conservare la documentazione oltre un periodo di tempo ragionevole e compatibile con quanto previsto dalle legislazioni nazionali applicabili a ciascuna impresa del gruppo.

Gli Stati membri dovrebbero valutare i soggetti comparabili nazionali o non nazionali in funzione dei fatti e delle circostanze propri del caso specifico. I soggetti comparabili trovati in banche dati paneuropee non dovrebbero essere ritenuti automaticamente inattendibili.

Se la documentazione relativa a un dato periodo rimane valida per periodi successivi a riprova della conformità della determinazione dei prezzi al principio di libera concorrenza, la documentazione relativa ai periodi successivi potrebbe semplicemente limitarsi a rinviare a quella precedente. La documentazione non deve necessariamente riprodurre i documenti riguardanti le transazioni tra imprese operanti in condizioni di libera concorrenza, purché contenga informazioni sufficienti a valutare se il prezzo è stato fissato secondo il principio dell'*arm's length*.

Per le Amministrazioni finanziarie, il luogo in cui un contribuente compila e conserva la documentazione nazionale dovrebbe essere irrilevante, purché, su richiesta, venga tempestivamente messa a disposizione delle Amministrazioni finanziarie interessate. I contribuenti dovrebbero, pertanto, avere la facoltà di conservare la documentazione in modo centralizzato ovvero non centralizzato. Le modalità di conservazione della documentazione – su carta, in forma elettronica o con qualsiasi altro sistema – dovrebbe essere a discrezione del contribuente, purché possa essere agevolmente messa a disposizione dell'Amministrazione finanziaria.

Per quanto riguarda gli effetti sull'accertamento della novità introdotta dall'art. 26 del D.L. n. 78/2010 con riguardo alla documentazione dei prezzi di trasferimento, occorre osservare che, in caso di verifica fiscale da parte dell'Amministrazione finanziaria, possono delinearsi diverse situazioni⁴¹:

1. il contribuente **dispone della documentazione e ne ha comunicato il possesso**; in tal caso può accadere che l'Amministrazione ritenga valida la documentazione e che, dopo averla esaminata:
 - a) riscontri la **conformità** dei prezzi di trasferimento determinati dal contribuente al valore normale (**regolarità formale e sostanziale**), ovvero
 - b) riscontri una **sostanziale conformità** dei prezzi di trasferimento determinati dal contribuente al valore normale ma anche alcune irregolarità formali; pertanto, applica degli aggiustamenti⁴² al fine di eliminare gli errori di carattere formale o logico presenti nel processo di calcolo utilizzato dal contribuente (**regolarità sostanziale ma non formale**), ovvero
 - c) riscontri una **differenza** tra i prezzi adottati dal contribuente ed il valore normale (**irregolarità formale e sostanziale**)⁴³;

⁴¹ Per approfondimenti sul tema si veda la circ. 1/2008 (Istruzione sull'attività di verifica) della Guardia di Finanza, vol. IV, pagg. 223 e seguenti, in banca dati "fisconline".

⁴² Il processo di individuazione di transazioni comparabili comporta, di norma, la necessità di operare alcuni aggiustamenti in considerazione del differente profilo di operatività dei soggetti coinvolti nell'operazione campione, rispetto a quelli in verifica, in funzione, soprattutto:

- a) delle caratteristiche intrinseche dei beni e servizi oggetto delle transazioni;
- b) delle funzioni esercitate dalle aziende interessate dall'analisi ed ai connessi rischi imprenditoriali assunti;
- c) delle condizioni contrattuali, con particolare attenzione alla ripartizione delle responsabilità, dei rischi e dei benefici tra le parti;
- d) delle condizioni economiche (e, cioè, all'omogeneità dei mercati di riferimento);
- e) delle strategie commerciali.

In sede di verifica, i funzionari dell'Amministrazione finanziaria devono valutare attentamente tali aggiustamenti, laddove esistenti, al fine di adottare le opportune correzioni ove ritenute opportune. Per approfondimenti cfr. circ. n. 1/2008 (Istruzione sull'attività di verifica) della Guardia di finanza.

⁴³ Nella pratica, qualora un contribuente disponga di una documentazione sul *transfer pricing*, seppur basata sui metodi non tradizionali, ma comunque completa e ben argomentata, risulta alquanto difficile il compito dell'Amministrazione finanziaria di provare che, applicando un

2. il contribuente **dispone della documentazione ma non ne ha comunicato il possesso**; in tal caso può accadere che l'Amministrazione, non potendo ritenere valida la documentazione ai fini dell'esonero dalle eventuali sanzioni⁴⁴, proceda all'approfondimento dei rapporti intercorsi con le consociate attraverso l'esame dei mastri di conto ad esse intestati, all'individuazione del metodo ritenuto più idoneo per la determinazione del valore normale delle transazioni e, infine, alla sua applicazione al caso di specie:

- a) riscontrando la **conformità** dei prezzi di trasferimento determinati dal contribuente al valore normale (**regolarità formale e sostanziale**), ovvero
- b) riscontrando una **sostanziale conformità** dei prezzi di trasferimento determinati dal contribuente al valore normale ma anche alcune irregolarità formali; pertanto, applica degli aggiustamenti⁴⁵ al fine di eliminare gli errori di carattere formale o logico presenti nel processo di calcolo utilizzato dal contribuente (**regolarità sostanziale ma non formale**), ovvero
- c) riscontrando una **differenza** tra i prezzi adottati dal contribuente ed il valore normale (**irregolarità formale e sostanziale**);

3. il contribuente **non dispone della documentazione**; in tal caso può accadere che l'Amministrazione, dopo aver proceduto all'approfondimento dei rapporti intercorsi con le consociate attraverso l'esame dei mastri di conto ad esse intestati, all'individuazione del metodo ritenuto più idoneo per la determinazione del valore normale delle transazioni e, infine, alla sua applicazione al caso di specie:

- a) riscontri la **conformità** dei prezzi di trasferimento determinati dal contribuente al valore normale (**regolarità formale e sostanziale**), ovvero
- b) riscontri una **sostanziale conformità** dei prezzi di trasferimento determinati dal contribuente al valore normale ma anche alcune irregolarità formali; pertanto, applica degli aggiustamenti⁴⁶ al fine di eliminare gli errori

metodo diverso, è possibile determinare un prezzo differente nella transazione infragruppo.

⁴⁴ Pur potendola, tuttavia, esaminare al fine di effettuare eventuali riscontri sostanziali.

⁴⁵ Vedi nota 43.

⁴⁶ Vedi nota 43.

di carattere formale o logico presenti nel processo di calcolo utilizzato dal contribuente (**regolarità sostanziale ma non formale**), ovvero

- c) riscontri una **differenza** tra i prezzi adottati dal contribuente ed il valore normale (**irregolarità formale e sostanziale**).

Per quanto concerne le ipotesi 1.a e 1.b, non si configurano particolari criticità in quanto in entrambi i casi viene riscontrata la conformità sostanziale dei prezzi di trasferimento al valore normale. Con riferimento, invece, all'ipotesi 1.c, si osserva che, alla luce delle modifiche apportate dall'art. 26 del D.L. n. 78/2010, non saranno più applicate le sanzioni amministrative tributarie in tema di dichiarazione infedele previste dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 471/1997, in quanto il nuovo comma 2-ter aggiunto alla predetta norma stabilisce che "(i) in caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'articolo 110, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, da cui derivi una maggiore imposta o una differenza del credito, la sanzione di cui al comma 2 non si applica qualora, nel corso dell'accesso, ispezione o verifica o di altra attività istruttoria, il contribuente consegni all'Amministrazione finanziaria la documentazione indicata in apposito provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati. Il contribuente che detiene la documentazione prevista dal provvedimento di cui al periodo precedente, deve darne apposita comunicazione all'Amministrazione finanziaria secondo le modalità e i termini ivi indicati. In assenza di detta comunicazione si rende applicabile il comma 2".

Per quanto riguarda, inoltre, le ipotesi di cui ai punti 2 e 3 non si rilevano novità rispetto al passato in quanto nei casi 2.a, 2.b, 3.a e 3.b viene riscontrata la conformità dei prezzi di trasferimento al valore normale, mentre nei casi 2.c e 3.c continueranno ad essere applicate le sanzioni amministrative tributarie in tema di dichiarazione infedele previste dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 471/1997⁴⁷.

⁴⁷ Si precisa che le ipotesi descritte nel presente paragrafo sono da considerare assolutamente esemplificative e teoriche in quanto l'individuazione di elementi certi e definitivi in merito alla documentazione dei prezzi di trasferimento sarà possibile solo dopo la pubblicazione del provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate.

In caso di verifica fiscale, dunque, gli organi preposti ai controlli fiscali in materia di *transfer pricing* sono legittimati, sia alla luce dei suggerimenti OCSE e comunitari che dei principi generali dell'ordinamento tributario italiano (nonché della nuova previsione dell'art. 26 del D.L. n. 78/2010), a richiedere al contribuente sottoposto al controllo la documentazione attestante la conformità dei prezzi di trasferimento al principio del valore normale.

Al fine di valutare adeguatamente la politica dei prezzi di trasferimento adottata dall'impresa e dare a quest'ultima la possibilità di esibire la documentazione che "effettivamente" assume rilevanza fiscale ai fini dell'art. 26 del D.L. n. 78/2010 è importante che le richieste effettuate dai verificatori siano quanto più possibile precise e pertinenti. Occorre, infatti, evidenziare che le richieste generiche o quelle che si limitano all'invito ad esibire tutta la documentazione di supporto al *transfer pricing*, oltre a risultare poco efficaci sotto il profilo operativo, rendono inapplicabile la sopra citata sanzione impropria dell'impossibilità dell'esibizione successiva. È opportuno, dunque, per evitare fraintendimenti, che il contribuente predisponga la documentazione seguendo pedissequamente le indicazioni che verranno fornite dal provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate che seguirà l'adozione delle recenti modifiche normative.

3.1. La documentazione per gli anni antecedenti all'introduzione della norma

Secondo quanto previsto dal secondo periodo del comma 2 dell'art. 26 del D.L. n. 78/2010⁴⁸, la comunicazione relativa al possesso della documentazione potrà essere resa anche con riferimento agli anni pregressi, purché venga inoltrata all'Agenzia delle Entrate entro il termine prefissato.

Pertanto, per i periodi d'imposta anteriori a quello in corso al 31 maggio 2010 (data di entrata in vigore del D.L. n. 78/2010), i contribuenti dovranno dare comunicazione del possesso della documentazione atta a provare il valore normale dei prezzi di trasferimento, entro 90 giorni dalla pubblicazione del suddetto provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate.

⁴⁸ La norma citata prevede che "La comunicazione concernente periodi d'imposta anteriori a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, deve essere comunque effettuata entro novanta giorni dalla pubblicazione del provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate".

Ciò consentirà alle imprese multinazionali di evitare l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie anche per gli anni antecedenti all'introduzione della norma.

Va, infine, osservato che, stante il riferimento all'art. 110, comma 7, del Tuir, la documentazione in commento è idonea soltanto a provare il valo-

re normale del “*transfer pricing*” propriamente detto, vale a dire quello riguardante le operazioni con imprese del gruppo non residenti; mentre non ha, invece, valore legale nell'ambito dei rapporti con le imprese del gruppo residenti (c.d. “*transfer pricing interno*”).