



Idoneità teorica e conformità sostanziale ai fini della disapplicazione delle sanzioni nel *transfer pricing*

di Piergiorgio Valente^(*) e Roberto Betti^(**)

L'acquisizione della documentazione sul *transfer pricing* consente all'Amministrazione finanziaria di disporre di una preziosa base di riferimento, sia sotto il profilo conoscitivo che documentale (probatorio). Essa permette di acquisire la conoscenza delle metodologie e dei criteri adottati dalla società verificata, della scelta, valutazione e analisi dei c.d. *comparables* e, infine, dei criteri adottati per conformarsi o discostarsi dai valori medi per la determinazione del valore normale.

1. Premessa

L'art. 110, comma 7, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Tuir) disciplina la fattispecie della valutazione dei **prezzi di trasferimento** internazionali di **beni** e **servizi** tra imprese collegate da un vincolo di controllo¹.

^(*) Dottore commercialista, Centro Studi Internazionali *GEB Partners*.

^(**) Avvocato, Centro Studi Internazionali *GEB Partners*.

¹ "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; la stessa disposizione si ap-

plica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali «procedure amichevoli» previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti" (art. 110, comma 7, del Tuir).

- sovente generato differenti visioni e valutazioni da parte dei contribuenti e dell'Amministrazione finanziaria;
- spesso alimentato contenziosi tributari.

Per la verità, la stessa formulazione e la *ratio* normativa della disposizione di riferimento introducono un forte margine di soggettività nelle valutazioni ove si fa riferimento al valore "normale", laddove la "normalità" costituisce, a sua volta, un elemento fondato sui criteri di calcolo (*rectius* di determinazione) del **valore normale** statuiti dall'art. 9, comma 3, del Tuir (riferimento normativo interno al principio internazionalmente riconosciuto dell'*arm's length*).

I criteri previsti dall'art. 9 del Tuir – a loro volta – richiedono l'individuazione del prezzo praticato in regime di **libera concorrenza**, vale a dire del prezzo che sarebbe stato pattuito per transazioni similari da **imprese indipendenti**.

plica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali «procedure amichevoli» previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti" (art. 110, comma 7, del Tuir).

Il valore normale consiste, quindi, nel prezzo “mediamente” praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nello stesso tempo e luogo².

La norma *de qua* fa poi riferimento ai listini o alle tariffe del cedente o del prestatore; ai mercuriali e ai listini delle camere di commercio ed alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso.

Sotto il profilo interpretativo, un contributo importante per fornire un orientamento agli operatori e all'Amministrazione finanziaria è stato offerto dalla circ. del Ministero delle finanze n. 32 del 22 settembre 1980 e dalla successiva circ. n. 42 del 12 dicembre 1981³ che, per la prima volta, affrontano in modo sistematico, in Italia, il problema dei criteri e delle modalità di determinazione dei prezzi di trasferimento internazionali, addentrandosi nella disamina dei vari **metodi valutativi**, che peraltro erano già stati elaborati dalla prassi internazionale e disciplinati dalle *Transfer pricing guidelines* dell'OCSE (di seguito “*Guidelines*”)⁴.

Non forma oggetto del presente lavoro l'esame dettagliato dei vari criteri di valutazione, su cui peraltro sussiste elasticità applicativa, avendo sia l'OCSE che l'Amministrazione finanziaria italiana più volte manifestato “tolleranza” verso l'adozione di criteri alternativi⁵.

² Per una disamina completa dei criteri di determinazione dei prezzi di trasferimento, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, 2009, pagg. 69 e seguenti.

³ Entrambe in banca dati “*fisconline*”.

⁴ L'OCSE si è pronunciata specificamente per la prima volta in materia di *transfer price* nel suo rapporto “*Transfer Pricing and Multinationals*” del 1979, predisposto dal Comitato per gli Affari Fiscali, ove sono esplicitati i criteri utili per la determinazione del valore normale nelle operazioni poste in essere tra “imprese associate”.

Le *Guidelines* dell'OCSE, nelle loro numerose edizioni, fino all'ultima edizione risalente all'anno 2010, sono state quindi e sono la principale fonte di riferimento in materia di analisi dei criteri di valutazione del *transfer price*. Per approfondimenti sulla *Guidelines*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, *op. cit.*, pagg. 32 e seguenti.

⁵ All'interno delle *Guidelines* (ultima versione del 22 luglio 2010), l'OCSE, relativamente ai metodi utilizzabili, non ha previsto una specifica gerarchia, riferendosi invece al “*most appropriate transfer pricing method to the circumstances of the case*”. È stata comunque espressa una preferenza per l'utilizzo, nell'ordine, per i metodi tradizionali (“*Tnmm*”) e per i metodi puramente reddituali. Per approfondimenti sulla versione 2010 delle *Guidelines*, cfr. P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, Milano, 2010, pagg. 101 e seguenti. Si veda, inoltre, P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2012.

Tuttavia, è opportuno segnalare come la materia presenti forti difficoltà in sede applicativa, in quanto la norma contiene una serie di elementi che, sia in sé considerati, sia – soprattutto – se combinati tra loro, introducono profili di aleatorietà e di soggettività, i quali devono poi manifestarsi in dati numerici (*i.e.*, la determinazione del valore delle transazioni fiscalmente rilevante) specificamente condivisi dalle parti del rapporto tributario, vale a dire verificabili dal giudice a cui sia demandata la soluzione di un'eventuale controversia.

Tali difficoltà non sono superate dalla condivisione dell'adozione del metodo di valutazione adottato, in quanto questo si configura come il criterio generale e astratto di riferimento, ma non può, per sua natura, incidere sulla concreta determinazione tipologica e quantitativa delle singole voci e delle comparazioni in cui la determinazione finale del valore normale si concretizza.

2. L'aleatorietà nella determinazione del prezzo di trasferimento

Gli elementi suscettibili di maggiore aleatorietà ai fini della determinazione del valore normale sono di seguito delineati.

In primo luogo, viene in considerazione l'effettiva e completa **comparabilità dei prodotti** a cui si riferisce il prezzo (beni e servizi della stessa specie o similari).

Il riferimento alla “**similarità**” del prodotto assunto come comparazione in effetti attenua le esigenze di ricerca di prodotti assolutamente identici, analoghi o fortemente contigui a quello di interesse, ma comporta comunque che il prodotto preso in considerazione sia di una specie “similare” a quello di riferimento. Il ridimensionamento del riferimento alla specie con riferimento a prodotti con “similarità contigue” comporta comunque che tali similarità debbano essere accomunate dalla appartenenza ad un medesimo *genus*. Non appare, infatti, in alcun modo ipotizzabile che possano ritenersi similari specie che appartengano ad un *genus* diverso.

Con terminologia inevitabilmente difforme, ma con sostanziale analogia di contenuti, l'OCSE, nelle *Guidelines*, a proposito dei criteri di applicazione del metodo *Tnmm* (***Transactional net margin method***)⁶, ha ammesso in linea di prin-

⁶ Il *Transactional net margin method* (*Tnmm*), o *Comparable profit method*, è definito dalle *Guidelines* del 1995 come quello in cui “la comparazione dei profitti determina il

cipio anche l'analisi di comparabilità tra beni e servizi diversi, purché le funzioni svolte siano **analoghe**; l'**analogia delle funzioni svolte** costituisce una diversa modalità ricognitiva e identificativa di beni che siano riconducibili ad un medesimo *genus*. Va, comunque, per inciso, rappresentato che, qualora si dovessero ritenere non coincidenti la definizione domestica dell'analisi di comparabilità (similarità) con quella internazionale (analogia delle funzioni svolte), dovrebbe attribuirsi prevalenza a quella domestica, non essendo le *Guidelines* OCSE fonte di diritto internazionale sovraordinata, ma mero documento orientativo ed applicativo.

La comparabilità dei prodotti impone altresì la valutazione di comparabilità dei **produttori/distributori** (*comparables*), in quanto le dimensioni e le caratteristiche industriali, strutturali ed organizzative di ciascuna impresa i cui prodotti siano assunti a comparazione possono incidere (e spesso incidono) in modo significativo nella determinazione dei costi e del margine di profitto di ciascun soggetto comparato⁷.

Lo **stadio di commercializzazione** costituisce altro elemento critico nella valutazione comparativa dei prezzi di trasferimento e ciò in quanto – con particolare riferimento alle imprese manifatturiere – sussiste, nella moderna economia industriale, una serie indefinita di stadi di produzione e di commercializzazione che si collocano tra l'estremo (di regola teorico) dell'impresa che cura l'intero ciclo produttivo (dalla materia prima al prodotto finito) fino alla sua commercializzazione, a quello dell'impresa che si limita alla sola collocazione sul mercato del prodotto finito (dettagliante). È quindi particolarmente complesso, e di conseguenza suscettibile di possibili arbitri comparativi, ricercare un operatore la cui

livello dei profitti netti conseguenti la transazione controllata (o le transazioni controllate) in modo tale che il rendimento delle operazioni (quale indicato da rapporti come la redditività del capitale investito o altri) sia uguale a quello conseguito da imprese indipendenti simili. È richiesta un'analisi funzionale per determinare se l'impresa associata sia comparabile all'impresa indipendente scelta per il confronto". Il Tnmm è il metodo applicato nella grande maggioranza dei casi da parte degli operatori nel territorio nazionale, come si desume dal Bollettino del *Ruling* internazionale del 21 aprile 2010.

Per approfondimenti sul Tnmm, cfr. P. Valente, *Il Transactional net margin method nella disciplina transfer pricing OCSE e nella circ. n. 58/E del 2010*, in "il fisco" n. 12/2011, fascicolo n. 1, pag. 1883.

⁷ In tal senso, avrebbe, ad esempio, ben poco significato procedere alla comparazione di prodotti analoghi, uno dei quali sia però caratterizzato da una lavorazione artigianale di qualità e l'altro da una catena produttiva di massa.

attività sia comparabile, sotto il profilo dello stadio di commercializzazione, a quella dell'operatore oggetto di indagine.

Altro elemento suscettibile di valutazioni non omogenee è l'applicazione del parametro della **media dei prezzi praticati** (il "prezzo mediamente praticato").

Una volta effettuata la corretta scelta dei *comparables* e l'individuazione dello stadio produttivo, occorre procedere con criterio matematico alla determinazione dei **valori medi**, espellendo però, come richiede la prassi domestica ed internazionale, gli estremi superiori ed inferiori che rispondono a determinate tipologie.

Pur riconosciuta la correttezza quantitativa di tali valutazioni, la comparazione non è esaurita, in quanto occorre ulteriormente verificare la fisiologicità o meno dello scostamento, entro determinati limiti di tolleranza, delle valutazioni della parte rispetto all'esatta media aritmetica determinata. Occorre sottolineare che la comparazione quantitativa costituisce – sotto il profilo giuridico, logico e temporale – lo stadio finale della valutazione dei prezzi di trasferimento ed è quindi condizionata dalla preliminare verifica della correttezza dei momenti ad essa temporalmente precedenti e logicamente propedeutici, vale a dire dell'esatta individuazione dei *comparables* e dello stadio produttivo e di commercializzazione⁸.

3. Oneri documentali e sanzioni

La disposizione introdotta dall'art. 26 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122⁹ in sostanza

⁸ È ovvio, infatti, che una valutazione quantitativa effettuata in base a una errata individuazione dei prodotti comparabili e dello stadio produttivo non può che essere per definizione errata, per cui non può costituire elemento di comparazione.

⁹ La norma, rubricata "Adeguamento alle direttive OCSE in materia di documentazione dei prezzi di trasferimento", dispone quanto segue.

"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 1 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, dopo il comma 2-bis, e' 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

prevede la disapplicazione “automatica” delle sanzioni tributarie in materia di determinazione di maggiori imponibili conseguenti all’applicazione della normativa sui prezzi di trasferimento nel caso in cui il contribuente renda disponibile all’Amministrazione finanziaria la **documentazione** prevista da apposito **provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate** (poi emanato in data 29 settembre 2010, prot. n. 2010/137654).

Tale disposizione manifesta alcune singolarità nel quadro generale del diritto tributario e, in particolare, nel diritto tributario d’impresa. Essa, infatti, non impone specifici obblighi al contribuente in materia documentale e probatoria. L’esibizione della documentazione di cui trattasi non è obbligatoria, per cui la sua mancata predisposizione o comunicazione all’Ufficio impositore non costituisce violazione di norme imperative, suscettibile di specifica sanzione. In tal senso, quindi, si potrebbe ritenere che nulla appare sostanzialmente innovato rispetto al precedente regime, se non la circostanza secondo cui la predisposizione della documentazione (idonea) consente al contribuente (e impone all’Ufficio impositore) la disapplicazione delle sanzioni tributarie in caso di accertamento di maggior base imponibile (ovviamente, per la sola

parte relativa alla rideterminazione dei prezzi di trasferimento)¹⁰.

Interrogandosi sulla *ratio* della disposizione di recente introduzione, si giunge alla conclusione che essa è solo apparentemente a vantaggio del contribuente; in realtà, essa è anche (e soprattutto) a vantaggio dell’Amministrazione finanziaria. La sorprendente preventiva rinuncia dello Stato alla potestà autoritativa di imporre sanzioni¹¹ (in aggiunta alla richiesta del tributo) si spiega solo con il riconoscimento della difficoltà che avrebbe (e che ha avuto in passato) l’Amministrazione finanziaria ad operare in proprio e autonomamente una corretta determinazione dei prezzi di trasferimento internazionali:

- sia sotto il profilo della **correttezza delle metodologie adottate**, in astratto e nel caso di specie;
- sia sotto quello dell’**acquisizione delle informazioni necessarie** e complete per eseguire le **comparazioni** richieste dall’art. 110, comma 7, del Tuir;
- sia, infine, sotto quello dell’**esibizione degli elementi probatori** (normalmente di tipo documentale) idonei a supportare il proprio operato¹².

L’acquisizione della documentazione prodotta dal contribuente verificato consente all’Amministrazione finanziaria di disporre una preziosa base di riferimento, sia sotto il profilo conoscitivo che documentale (probatorio). Infatti, tale

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.

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”.

Per approfondimenti sull’art. 26 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, cfr. P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, op. cit., pagg. 5 e seguenti; P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, 2011, pagg. 963 e seguenti; P. Valente, *Transfer pricing: oneri documentali per le imprese*, in Commercio internazionale, n. 20/2010; P. Valente, *Transfer pricing - I nuovi oneri di documentazione in Italia*, in “il fisco” n. 39/2010, fascicolo n. 1, pag. 6330; P. Valente, *La documentazione in materia di transfer pricing*, in “il fisco” n. 34/2010, fascicolo n. 1, pag. 5481.

¹⁰ Ci si potrebbe – forse provocatoriamente – domandare per quale ragione tale criterio di disapplicazione delle sanzioni non sia esteso a tutte le fattispecie dell’ordinamento tributario in cui si verta in materia di controversie valutative (ad esempio, valutazioni di magazzino, opere pluriennali, applicazione del principio di competenza economica), nei casi in cui il contribuente, in possesso di una contabilità regolarmente tenuta, disponga di documentazione di supporto idonea ad evidenziare i criteri adottati.

¹¹ Nell’ordinamento italiano, solo in sede contenziosa le Commissioni tributarie possono dichiarare la disapplicazione delle sanzioni amministrative, ma soltanto nel caso di “(...) obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull’ambito di applicazione delle disposizioni (...)” alle quali si riferisce la violazione (art. 8 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546).

¹² Diversi accertamenti in materia di prezzi di trasferimento sono “caduti” in giudizio innanzi alle Commissioni tributarie per la palese insufficienza (o inidoneità) degli elementi comparativi portati dall’Ufficio accertatore, o per la mancata esibizione di elementi probatori (difficilmente desumibili peraltro da fonti ufficiali e quindi semmai reperibili presso altri soggetti a seguito di una complessa attività di accertamento “incrociato” anche a livello multinazionale) idonei a supportarli.

documentazione consente all'Amministrazione finanziaria di acquisire agevolmente la conoscenza delle **metodologie** e dei **criteri adottati dalla società verificata**, della scelta, valutazione e analisi dei c.d. *comparables* (soggetti e prodotti utilizzati per il raffronto del valore normale di beni e servizi) e, infine, dei criteri adottati per conformarsi o discostarsi (e in quale misura) dai valori medi richiesti dalla norma per la determinazione del valore normale.

In altri termini, l'Amministrazione finanziaria può comodamente "appoggiarsi" sul complessivo *benchmark* effettuato dal contribuente, limitandosi a contestarne la correttezza in tutto o su taluni aspetti e, eventualmente, ad integrarlo con elementi marginali, parziali o, comunque, suggeriti dalla stessa analisi effettuata dal contribuente.

Anche sotto il **profilo probatorio**, l'attività dell'Ufficio impositore è notevolmente facilitata, non essendo esso chiamato a fornire alcun elemento di prova su fatti e valutazioni provenienti dal contribuente stesso, se non nel momento in cui intenda contestarli.

In tal modo, l'analisi effettuata dal contribuente diventa, di fatto, la base su cui si può sviluppare l'attività di accertamento, a meno che (fatto questo estremamente improbabile) l'Ufficio non ritenga di disconoscere totalmente le allegazioni del contribuente (avendo però l'obbligo di motivare tale disconoscimento) e ricostruire *ex novo* criteri, modalità ed elementi di fatto della comparazione.

L'ulteriore vantaggio sistemico che la nuova disposizione in commento potrebbe recare all'Amministrazione finanziaria è quello di consentire alla stessa di creare progressivamente un "*database*" sempre suscettibile di arricchimento di elementi comparativi nei vari settori merceologici che potrebbe costituire la base probatoria, solo da aggiornare e integrare, per future attività di verifica e accertamento¹³.

4. Scelte del contribuente e idoneità della documentazione

Sotto il profilo delle "strategie fiscali" (ovvia-

¹³ Non sembra in grado di escludere tale possibilità la generica disposizione contenuta nel provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, laddove dispone che "(l)'amministrazione finanziaria non utilizza le informazioni contenute nella Documentazione idonea per scopi diversi da quelli istituzionalmente riconducibili all'attività di controllo nel corso della quale essa è esibita". Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, op. cit., pagg. 61 e seguenti; P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 1003 e seguenti.

mente legittime) dei contribuenti, la norma di cui all'art. 26 del D.L. n. 78/2010 implica i seguenti possibili scenari alternativi:

- il contribuente ritiene di **non predisporre la documentazione**, confidando – oltre che nella correttezza delle sue valutazioni – sulla difficoltà dell'Amministrazione finanziaria di ricostruire diversi criteri di valutazione dei prezzi di trasferimento praticati, di individuare adeguati *comparables* e di fornire altrettanto adeguati riscontri probatori. Le debolezze istruttorie dell'Amministrazione finanziaria potrebbero costituire, di per se stesse, elemento di successo del contribuente in un eventuale contenzioso¹⁴. Il contribuente avrebbe infatti la possibilità di vedersi applicate le sanzioni sull'eventuale (improbabile, secondo la visione del contribuente) maggior imponibile accertato;
- il contribuente ritiene di **predisporre la documentazione**, confidando nella correttezza delle sue valutazioni, ma consapevole di offrire all'Amministrazione finanziaria elementi valutativi, conoscitivi e probatori (di cui essa verosimilmente non disporrebbe), potenzialmente suscettibili di censure, fondate o meno, da parte dell'Amministrazione stessa, confidando comunque nella non applicabilità delle sanzioni e, quindi, riducendo oggettivamente in modo sostanziale (quantomeno nella misura corrispondente alle sanzioni teoricamente applicabili) il perimetro di rischiosità fiscale del proprio operato.

Va da sé che, nella scelta dei comportamenti da adottare, influiscono anche valutazioni di carattere extrafiscale. Tra queste, a titolo meramente esemplificativo, potrebbero assumere rilievo:

- la propensione (calcolata) al rischio tributario;
- la propensione (calcolata) al rischio penale;
- le *policies* di *governance* aziendali e di gruppo, in termini di trasparenza e di rapporti con gli *stakeholders*, i *media* e il mercato in senso lato.

Ciò premesso, non risultano tuttavia esaurite le questioni interpretative e applicative per il contribuente che ritenga di adottare un comportamento trasparente, determinandosi per l'adozione

¹⁴ Si segnala che non sarebbe sufficiente per l'Amministrazione finanziaria dimostrare la erroneità dei criteri di determinazione del *transfer price* adottati dal contribuente, dovendo invece essa procedere con la propria determinazione dei criteri corretti.

e la trasmissione della “documentazione idonea”. Un motivo di possibile litigiosità con gli Uffici accertatori potrebbe infatti essere rappresentato dal giudizio “di valore” che la normativa in esame introduce e, cioè, da come debba intendersi il requisito dell’“idoneità” (rispetto allo scopo perse-

guito) della documentazione approntata.

In linea di prima approssimazione, tale idoneità dovrebbe essere rapportata ai contenuti previsti dal citato provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010.

In proposito, la circ. n. 58/E/2010¹⁵ precisa che:

“(…) il concetto di ‘idoneità’ (...) non va ricondotto al mero rispetto formale delle indicazioni previste dal Provvedimento, bensì a un’ottica più ampia e sostanzialistica, che premi l’attitudine della documentazione predisposta dal contribuente a fornire all’Amministrazione finanziaria i dati e gli elementi conoscitivi necessari ad effettuare una completa e approfondita analisi dei prezzi di trasferimento praticati. In altre parole, la documentazione potrà essere considerata ‘idonea’ laddove sia in grado di fornire un quadro informativo che consenta il riscontro della conformità dei prezzi di trasferimento praticati al principio del valore normale, assicurando adeguata coerenza con i principi declinati dal Codice di Condotta UE e dalle Linee Guida OCSE. E ciò indipendentemente dalla circostanza che, in esito a tale analisi, dovesse risultare che tale valore sia diverso da quello individuato dal contribuente”.

Secondo la circ. n. 58/E/2010, l’Amministrazione finanziaria può applicare le **sanzioni in materia di dichiarazione infedele**, qualora la **documentazione** esibita nel corso dell’attività di verifica – sebbene coerente con la struttura formale delineata nel provvedimento del 29 settembre 2010 – non presenti **contenuti completi** o **conformi** alle disposizioni ivi contenute.

Il concetto di **“idoneità della documentazione”** non va inteso sul piano meramente formale, bensì sostanziale: da questo punto di vista, è necessaria una valutazione sull’idoneità della documentazione, predisposta dal contribuente, a fornire all’Amministrazione finanziaria dati ed elementi conoscitivi necessari per una completa e approfondita analisi dei prezzi di trasferimento applicati.

L’espressione “idoneità” reca con sé inevitabilmente una certa discrezionalità, la quale può essere “minimizzata” mediante un riferimento ai principi sanciti, in materia, dall’OCSE nelle *Guidelines* e dall’UE nel Codice di Condotta sui requisiti documentali in tema di *transfer pricing*.

La documentazione non può quindi essere considerata “idonea” quando, sebbene conforme alla struttura formale prevista, contiene informazioni incomplete o non veritiere. Eventuali omissioni o inesattezze parziali, anche relative a operazioni residuali, non suscettibili di compromettere l’analisi da parte dei verificatori e la correttezza dell’analisi medesima, non pregiudicano l’applicazione del comma 2-ter dell’art. 1 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471 (disapplicazione delle sanzioni per dichiarazione infedele).

Analoghe considerazioni valgono con riferimento all’omissione del diagramma che descrive i flussi delle operazioni *intercompany* e della relativa documentazione contrattuale^{16 17}.

Per quanto riguarda il concetto di **“documentazione idonea”** ai fini della non applicazione delle sanzioni di cui all’art. 1, comma 2-ter, del D.Lgs. n. 471/1997, si deve desumere, dal tenore letterale e dalla collocazione sistematica della norma, che, piuttosto che ad un atteggiamento soggettivo di buona fede, si debba avere riguardo ai contenuti oggettivi della documentazione predisposta.

Come sopra indicato, la norma di cui all’art. 26 in commento dispone che:

¹⁶ La documentazione mancante può essere richiesta dai verificatori. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 2399 e seguenti.

¹⁷ Precisa la circ. n. 58/E/2010 che, qualora emergano, in sede di verifica, situazioni di particolare complessità in ordine alla valutazione di idoneità della documentazione presentata dal contribuente, l’Ufficio procedente deve immediatamente interessare la competente Direzione Regionale, al fine di ricevere le istruzioni del caso. Qualora l’Ufficio pervenga a una valutazione di inidoneità della documentazione, sulla base di una motivazione non condivisa dal contribuente, la questione deve essere tempestivamente rimessa, per la relativa decisione, alla Direzione Regionale. Qualora la rettifica avente ad oggetto i prezzi di trasferimento infragruppo sia di importo superiore a euro 10.000.000,00, la questione riguardante l’inidoneità della documentazione deve essere tempestivamente rimessa alla Direzione centrale accertamento, per il tramite della Direzione regionale.

¹⁵ La circolare esplicativa è stata pubblicata dall’Agenzia delle Entrate il 15 dicembre 2010 ed è consultabile anche in banca dati “fisconline”. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 1003 e seguenti; P. Valente, *Transfer pricing - Primi chiarimenti in materia di oneri di documentazione in Italia*, in “il fisco” n. 2/2011, fascicolo n. 1, pag. 219.

“(…) In caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento ... 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 (...)”.

La norma sembra quindi chiaramente rimandare a un elemento oggettivamente riscontrabile (anche se soggettivamente apprezzabile) consistente nella “idoneità” della documentazione predisposta dal contribuente al fine della verifica della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento adottati in sede infragruppo¹⁸.

Appare evidente che tale verifica non attiene all'accertamento della correttezza dei criteri adottati dal contribuente e, quindi, della adeguatezza dei prezzi di trasferimento appostati, in quanto si verte proprio in casi in cui l'attività ispettiva ed accertativa si conclude con il disconoscimento di tali criteri e con l'adozione di criteri di valutazione diversi.

Possono quindi sussistere, contemporaneamente, nella fattispecie astratta e in quella concreta, “idonea documentazione” e recupero tributario. La sussistenza della prima evita l'applicazione delle sanzioni, ma non del recupero di maggior materia imponibile. L'idoneità non è quindi integrata nella rispondenza contenutistica della documentazione al disposto dell'art. 110 del Tuir.

Sotto il **profilo formale**, l'idoneità va, in primo luogo, verificata in base alla corrispondenza della documentazione predisposta dal contribuente alla **natura** ed alla **struttura dei documenti** indicati nel provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, del 29 settembre 2010. Quest'ultimo stabilisce che la documentazione si

compone di un **Masterfile** e della **Documentazione Nazionale**.

Sotto il **profilo sostanziale e contenutistico**, si ritiene che l'idoneità debba (oggettivamente) configurarsi come la capacità del documento di dare piena evidenza dei **criteri adottati** dal soggetto verificato ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento. In tal senso, dovrebbe essere interpretato il termine “riscontro”, adottato nella norma di cui trattasi. In altri termini, la documentazione deve essere in grado di porre gli organi accertatori in condizione di (“consentire” di) effettuare la verifica (“il riscontro”) dei criteri adottati dal contribuente, non solo allo scopo di condividerne la correttezza, ma anche al fine di disconoscere la stessa.

Da ciò consegue che, qualora la documentazione esaminata abbia posto gli organi verificatori in grado di comprendere esattamente i criteri adottati dal contribuente nella determinazione dei prezzi di trasferimento in tutti i suoi aspetti teorici ed applicativi, può ben dirsi che la documentazione stessa è oggettivamente “idonea” a favorire l'attività di verifica. La predisposizione della documentazione idonea rappresenta quindi un elemento in cui si concretizza la “buona fede” del contribuente nei rapporti con l'Amministrazione finanziaria, benché non si esaurisca in essa, essendo altresì necessaria la sussistenza del requisito oggettivo (o comunque non soltanto di quello psicologico) della attitudine del mezzo a raggiungere lo scopo.

In altri termini, l'Amministrazione finanziaria si può trovare di fronte alla seguente molteplice casistica, nell'ambito delle verifiche dei prezzi di trasferimento:

- **non sussiste alcuna documentazione di descrizione delle politiche di transfer pricing**; l'Amministrazione finanziaria, al fine di contestare i criteri (*rectius*, le appostazioni contabili) del contribuente, deve procedere in via del tutto autonoma (e, quindi, con una particolare difficoltà ricostruttiva e probatoria) alla determinazione dei prezzi di trasferimento; in questo caso, nell'ipotesi di successo dell'azione accertatrice, appare coerente l'applicazione di sanzioni, non avendo posto in essere il contribuente alcuna attività diretta

¹⁸ Sotto il profilo sistematico, va rilevato che, di regola, nell'ambito della materia tributaria e dell'applicazione delle relative sanzioni in particolare, l'elemento psicologico – a differenza di quanto avviene in materia penale – è irrilevante. Si ricorda a tal proposito che, in termini generali, l'art. 8 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 dispone che il giudice tributario possa dichiarare non applicabili le sanzioni non penali in caso di “... obiettive condizioni di incertezza” sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali esse si riferiscono. È evidente che, anche in questo caso, l'aspetto psicologico e la buona fede (pur prevista e codificata, ma senza effetti concreti, dallo Statuto dei diritti del contribuente) non assumono rilievo ai fini della non applicazione delle sanzioni. Per quanto attiene al caso di specie, si ritiene che il disposto dell'art. 1, comma 2-ter, del D.Lgs. n. 471/1997 rappresenti un'applicazione “specialistica”, circostanziata e, entro certi termini, obbligatoria, della citata disposizione dell'art. 8 del D.Lgs. n. 546/1992, che è invece fortemente discrezionale.

ad agevolare quella dell'Amministrazione finanziaria;

- **sussiste una documentazione di descrizione delle politiche dei prezzi di trasferimento**, ma la stessa risulta formalmente:
 - non conforme alle direttive dell'Amministrazione finanziaria;
 - sostanzialmente carente, reticente e, eventualmente, non veritiera.

Anche in questo caso, l'Amministrazione finanziaria, al fine di contestare i criteri (*recitius*, le appostazioni contabili) del contribuente, deve procedere in via del tutto autonoma (e quindi con difficoltà ricostruttiva e probatoria) alla determinazione dei prezzi di trasferimento, non potendosi avvalere (o non potendosi avvalere in modo significativo) della documentazione del contribuente. Nell'ipotesi di successo dell'azione accertatrice, appare coerente l'applicazione di sanzioni, avendo posto in essere il contribuente attività inidonee ad agevolare l'attività dell'Amministrazione finanziaria;

- **sussiste una documentazione di descrizione delle politiche di *transfer pricing*** che – sotto il profilo formale e strutturale – risponde alle prescrizioni del provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010 e – sotto il profilo sostanziale – pone gli organi accertatori in grado di prendere completa ed esatta cognizione dei criteri generali adottati per la determinazione dei prezzi di trasferimento e delle concrete appli-

cazioni di tali criteri. In questo caso, si può ritenere che l'Amministrazione finanziaria abbia avuto modo di verificare compiutamente il comportamento del contribuente e di procedere più agevolmente e motivatamente all'eventuale individuazione di diversi criteri di determinazione dell'imponibile. Il contribuente, a sua volta, ha adottato comportamenti improntati alla massima trasparenza e obiettivamente mirati alle finalità perseguite dal legislatore (facilitare la conoscenza dei comportamenti del contribuente al fine di rendere più mirato e motivato l'eventuale accertamento) che giustificano la previsione normativa della non applicazione di sanzioni.

In conclusione, si può ritenere, in linea generale, che la “idonea documentazione” di supporto delle politiche di *transfer pricing* possa ritenersi tale se essa:

1. **risponde ai requisiti formali** previsti dal provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010;
2. ha posto gli organi accertatori in grado di **comprendere compiutamente le politiche adottate**: tale circostanza può essere comprovata dal fatto che, nei processi verbali di constatazione o negli avvisi di accertamento, l'Amministrazione finanziaria denoti la sua completa conoscenza, derivante dalla acquisizione di tali documenti, delle logiche e delle tecniche applicative dei prezzi di trasferimento adottate dal contribuente, seppur al fine di contestarle.