



Sanzioni gravi ex Convenzione arbitrale n. 90/436/CEE e profili penali e sanzionatori nell'ordinamento italiano

di Piergiorgio Valente e Ivo Caraccioli

Ai fini dell'applicazione dell'art. 8 della Convenzione arbitrale n. 90/436/CEE, l'Italia considera "sanzioni gravi" quelle "previste per illeciti configurabili, ai sensi della legge nazionale, come ipotesi di reato fiscale". Pertanto, è sanzione grave qualsiasi penalità prevista per gli atti illeciti, come qualificati dalla normativa interna, che costituiscono lesione degli interessi tributari. Non viene effettuata alcuna distinzione fra illeciti amministrativi e illeciti penali, sebbene questi ultimi possano ritenersi più gravi dei primi.

1. Premessa

La **Convenzione arbitrale n. 90/436/CEE** (di seguito, "Convenzione") consente a un'impresa – che ritiene che i principi relativi al rispetto dell'*arm's length principle* e all'eliminazione della doppia imposizione da aggiustamento dei prezzi di trasferimento non siano stati rispettati – di sottoporre il caso all'Autorità competente dello Stato nel quale è residente, indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione interna dello Stato interessato¹.

¹ Sebbene la proposta di direttiva da parte della Commissione risalgia al 1976, essa è diventata convenzione, dopo anni di negoziazione, soltanto nel luglio del 1990, con l'obiettivo principale di eliminare i fenomeni di doppia im-

La Convenzione trova applicazione:

- quando, ai fini dell'imposizione, gli **utili** inclusi in quelli di un'impresa di uno Stato contraente sono (o saranno) probabilmente inclusi anche negli utili 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);
- alle **imposte sui redditi** (art. 2)².

posizione da aggiustamento dei prezzi di trasferimento tra società associate localizzate in Stati membri diversi. Entrata in vigore nel 1995, l'applicazione della Convenzione è rimasta sospesa dal 1° gennaio 2000 al 31 ottobre 2004. 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)acquistato piena efficacia il 1° novembre 2004. I suoi effetti, tuttavia, si producono retroattivamente, a partire dalla data in cui l'applicazione era stata sospesa. Cfr. P. Valente, *Fiscalità sovranazionale*, Milano, 2008, pagg. 289 e seguenti; P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, Milano, IPSOA, 2009, pagg. 123 e seguenti; P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, Milano, IPSOA, 2010, pagg. 10 e seguenti.

² La Convenzione trova applicazione con riferimento sia alle imprese multinazionali sia alle imprese di piccole e medie dimensioni. Per approfondimenti, cfr., inoltre, P. Valente, *Fiscalità sovranazionale*, *op. cit.*, pagg. 289 e seguenti; P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, *op. cit.*, pagg. 123 e seguenti; P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, Milano, *op. cit.*, pagg. 10 e seguenti.

Alla base dell'applicazione della Convenzione risiede il principio cardine cui devono ispirarsi le imprese nella determinazione dei prezzi di trasferimento, vale a dire il **principio di libera concorrenza**, desumibile dal disposto dell'art. 4, allorché si 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 dispone:

- l'obbligo dello Stato che intende procedere alla 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 la doppia imposizione;
- la **procedura amichevole** da instaurarsi in assenza di tale accordo (art. 6);
- 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).

A norma dell'art. 6 della Convenzione, l'impresa ha la facoltà di sottoporre il caso all'Autorità competente dello Stato contraente di cui è resi-

dente 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. L'Autorità competente, se il reclamo appare fondato, farà del suo meglio per regolare il caso per via amichevole con l'Autorità competente di qualsiasi altro Stato contraente interessato, al fine di evitare la doppia imposizione.

Qualora le Autorità competenti non raggiungano un accordo che elimini la doppia imposizione, 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 sulle modalità di eliminazione della doppia imposizione. Secondo quanto disposto dall'art. 11, la Commissione consultiva è tenuta a pronunciarsi entro i sei mesi dalla data in cui è stata adita³.

2. Le sanzioni gravi secondo la Convenzione

Secondo l'art. 8 della Convenzione, l'Autorità competente non è tenuta ad avviare la procedura amichevole o a costituire la Commissione consultiva se l'impresa è soggetta a **sanzioni gravi** (“*serious penalties*”):

“1. L'autorità competente di uno Stato contraente non è obbligata ad avviare la procedura amichevole o a costituire la commissione consultiva di cui all'articolo 7, quando, con procedimento giudiziario o amministrativo, è stato definitivamente constatato che una delle imprese interessate, mediante atti che diano luogo a rettifica degli utili ai sensi dell'articolo 4, è passibile di sanzioni gravi.

2. Quando un procedimento giudiziario o amministrativo, inteso a constatare che una delle imprese interessate, mediante atti che diano luogo a rettifica degli utili ai sensi dell'articolo 4, è passibile di sanzioni gravi, è pendente contemporaneamente ad uno dei procedimenti previsti agli articoli 6 e 7, le autorità competenti possono sospendere lo svolgimento di questi ultimi fino alla conclusione del procedimento giudiziario o amministrativo in questione”.

Il concetto di “sanzione grave” è illustrato, per ogni Stato contraente, in apposite dichiarazioni unilaterali allegate alla Convenzione.

³ L'art. 12 della Convenzione prevede:

“1. Le Autorità competenti che partecipano alla procedura di cui all'art. 7 prendono di comune accordo e basandosi sull'articolo 4 una decisione volta ad eliminare la doppia imposizione entro sei mesi dalla data in cui la commissione consultiva ha reso il suo parere. Le autorità competenti possono prendere una decisione non conforme al parere della commissione consultiva. Se non raggiungono un accordo al riguardo, sono tenute a conformarsi a detto

Per quanto riguarda l'Italia, “per ‘sanzioni gravi’ si intendono le sanzioni previste per illeciti configurabili, ai sensi della legge nazionale, come ipotesi di **reato fiscale**”. Pertanto, è sanzione grave qualsiasi penalità prevista per gli atti illeciti, come qualificati dalla normativa interna, che costituiscono lesione degli interessi tributari. Non viene effettuata alcuna distinzione fra il-

parere.

2. Le Autorità competenti possono convenire di pubblicare la decisione di cui al paragrafo 1, con l'assenso delle imprese interessate”.

leciti amministrativi e illeciti penali, sebbene questi ultimi possano ritenersi più gravi dei primi. Le dichiarazioni unilaterali evidenziano come ciascuno Stato contraente fornisca una propria, diversa interpretazione dell'espressione "sanzioni gravi"⁴.

La disposizione di cui all'art. 8 della Convenzione ha costituito oggetto di discussione nell'ambito del *Forum* congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento (di seguito, "*Forum*")⁵.

Nella Comunicazione "relativa ai lavori svolti dal Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento nel periodo marzo 2007-marzo 2009 e a una proposta correlata di revisione del codice di condotta per l'effettiva attuazione della Convenzione sull'arbitrato (90/436/CEE del 23 luglio 1990)" del 14 settembre 2009⁶, la Commissione rileva che, se è pur vero che l'espressione "sanzione grave" è definita da ciascuno Stato mediante apposita dichiarazione unilaterale, alcuni Stati membri "riconoscono ora che le loro dichiarazioni unilaterali non contengono una descrizione delle sanzioni da considerare gravi. Inoltre, dal 1995 le amministrazioni fiscali hanno acquisito una maggiore esperienza nelle controversie sui prezzi di trasferimento e, nella pratica,

l'accesso alla convenzione sull'arbitrato è stato negato in pochissimi casi".

Secondo il *Forum*, le sanzioni gravi dovrebbero essere comminate **soltanto in casi eccezionali**, quali le **fattispecie di frode**; la Commissione invita quindi gli Stati membri a modificare le rispettive dichiarazioni unilaterali per quanto riguarda la definizione di "sanzione grave" al fine di restringerne il campo di applicazione, "tenendo conto della raccomandazione (...) a comminare le sanzioni gravi solo in casi eccezionali quali le frodi".

Nel "*Summary Report on Penalties*", presentato a supporto della suindicata comunicazione⁷, la Commissione fornisce, innanzitutto, una **definizione di "sanzioni"**. Obiettivo delle sanzioni è quello di creare un "*disincentive for non-compliance*", al fine di rendere "*tax underpayments and other types of non-compliance more costly than compliance*". In tema di *transfer pricing*, il concetto di "*compliance*" fa riferimento sia ai profili e ai requisiti procedurali (ad es., presentazione della dichiarazione dei redditi nei termini legislativamente previsti), sia agli aspetti sostanziali (*i.e.*, "*substantive determination of tax liability*")⁸.

Rileva la Commissione che le "*criminal penalties*" – a differenza delle "*administrative penalties*", generalmente applicate dall'Amministrazione finanziaria – sono comminate dall'autorità giudiziaria penale per fattispecie che integrano "*very significant fraud*".

Con riferimento alle "sanzioni gravi" di cui all'art. 8 della Convenzione, nel "*Summary Report on Penalties*" si evidenzia che il *Forum* è giunto alla conclusione secondo cui "*(t)he situation at the moment under the Arbitration Convention where 27 different definitions of a serious penalty exist does not sit easily with the idea of a single market. Therefore the JTPF will in the future look at what precisely a serious penalty should be for the purposes of the Arbitration Convention. The idea behind this work would be to clar-*

⁴ A titolo esemplificativo:

- per l'ordinamento tedesco, costituisce infrazione alle norme fiscali punibile con "sanzioni gravi" ogni violazione delle leggi fiscali sanzionata con pene detentive, pene pecuniarie o ammende amministrative;
- per la Spagna, le "sanzioni gravi" comprendono le sanzioni amministrative per infrazioni fiscali gravi, nonché le sanzioni penali per delitti contro l'Amministrazione finanziaria;
- in Francia, le "sanzioni gravi" comprendono le sanzioni penali nonché le sanzioni per mancata dichiarazione dopo la messa in mora, per dolo, per manovre fraudolente, per opposizione a controlli fiscali, per remunerazioni o distribuzioni occulte, per abuso del diritto;
- il Lussemburgo considera "sanzione grave" "quanto l'altro Stato contraente avrà dichiarato di considerare tale" ai fini dell'art. 8 della Convenzione;
- nei Paesi Bassi, costituisce "sanzione grave" quella applicata da un organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 68 della legge generale sulle imposte;
- nel Regno Unito, l'espressione "sanzioni gravi" fa riferimento a "*criminal sanctions and administrative sanctions in respect of the fraudulent or negligent delivery of incorrect accounts, claims or returns for tax purposes*".

⁵ Per approfondimenti sull'attività del *Forum*, cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 129 e seguenti; P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, Milano, op. cit., pagg. 10 e seguenti.

⁶ COM(2009)472. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, Milano, op. cit., pagg. 10 e seguenti.

⁷ SEC(2009)1168 *final* del 14 settembre 2009.

⁸ Per approfondimenti sulle sanzioni in materia di *transfer pricing*, cfr. *infra*, nonché P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, IPSOA, 2011, pagg. 2470 e seguenti; P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, op. cit., pagg. 799 e seguenti; P. Valente, *Valutazioni sulla comunicazione sul possesso della documentazione nel «transfer pricing»: casistica*, in "Corriere Tributario" n. 26/2011; P. Valente, *Strategie di comunicazione sul possesso della documentazione nel «transfer pricing»*, in "Corriere Tributario" n. 25/2011. Cfr. inoltre il *blog* di Piergiorgio Valente, <http://piergiorgiovalente.postilla.it/2010/10/12>.

*ify what a serious penalty is in terms of transfer pricing and to prevent taxpayers from being disadvantaged from different definitions within the EU. The JTPF will seek to define in which cases a penalty should be considered as serious*⁹.

Il nuovo Codice di condotta sull'effettiva imple-

mentazione della Convenzione, approvato dal Consiglio dell'UE in data 22 dicembre 2009, disciplina i rilevanti aspetti applicativi e procedurali della stessa¹⁰. In materia di “sanzioni gravi”, il Codice ribadisce l'opportunità di un'interpretazione in senso restrittivo:

“As Article 8(1) provides for flexibility in refusing to give access to the Arbitration Convention due to the imposition of a serious penalty, and considering the practical experience acquired since 1995, Member States are recommended to clarify or revise their unilateral declarations in the Annex to the Arbitration Convention in order to better reflect that a serious penalty should only be applied in exceptional cases like fraud”.

Nel “*Summary Report on Penalties*”, la Commissione delinea altresì, sulla base dell'attività svolta dal *Forum*, alcune conclusioni in tema di:

- sanzioni e *transfer pricing adjustments*;
- sanzioni, *transfer pricing adjustments* e *mutual agreement procedure*.

Con riguardo al primo profilo, si precisa che la determinazione del valore normale è “*fact dependent*” e risulta spesso **difficile individuare il prezzo at arm's length**. Per tali motivi, l'Amministrazione finanziaria non dovrebbe procedere all'applicazione di sanzioni “*merely due to the existence of what turns out to be incorrect transfer pricing*” e senza tenere in considerazione le circostanze del caso concreto.

Con riferimento al secondo aspetto, si sottolinea che, spesso, un *transfer pricing adjustment* subisce una “**riduzione nel corso della procedura**” amichevole. In tal caso, laddove una sanzione sia stata applicata, questa deve essere “ridotta proporzionalmente”. Tale ultimo principio, tuttavia, non dovrebbe trovare applicazione con riferimento a “*criminal penalties or penalties considered as serious under the Arbitration Convention*”.

3. Transfer pricing, profili penali e sanzioni nell'ordinamento italiano

3.1. Generalità

La materia del *transfer pricing* è regolata dal nostro ordinamento tributario nel comma 7 del-

l'art. 110 del Tuir¹¹.

Il dato letterale della disposizione in questione, e il suo inserimento all'interno del corpo giuridico del predetto art. 110 – che statuisce le “norme generali sulle valutazioni” con riguardo ai redditi di impresa – permettono di considerare la medesima alla stregua di **norma di carattere sostanziale**. Pertanto, ragionando in forza di siffatta qualificazione, e non in un'ottica di riconoscimento procedurale dell'art. 110 citato, si è per lungo tempo sostenuto che l'Amministrazione finanziaria sia sgravata dall'onere di concorrere alla quantificazione delle operazioni “*intercompany*”, mediante procedure di rettifica, ricadendo sul contribuente la determinazione dei prezzi di trasferimento con applicazione del “valore normale”.

Si rileva che le quantificazioni erronee non assurgono a rilevanza penale, ad esempio *ex art. 3 D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74*, per il semplice fatto di essere sintomo di inattendibile rappresentazione contabile; al contrario, si rende necessario, a tali fini, la sussistenza di **condotte atte a trafigurare fraudolentemente il dato reale**, come ad esempio accade nel caso in cui venga inserita in contabilità una prestazione intercorsa fra soggetti differenti rispetto a quelli formalmente indicati. Infatti, nell'ipotesi suddetta, verrà attuata una modalità di contabilizzazione del tutto contraria alla disciplina civilistica oltre che a quella fiscale¹².

⁹ Conclusioni analoghe si rinvencono nel “*Final Report of the EU Joint Transfer Pricing Forum on the Interpretation of Some Provisions of the Arbitration Convention*” [SEC(2009)1168] del 14 settembre 2009.

¹⁰ Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, *op. cit.*, pagg. 123 e seguenti; P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, *op. cit.*, pagg. 10 e seguenti.

¹¹ Cfr., per approfondimenti, P. Valente, *Manuale del transfer pricing*, *op. cit.*, pagg. 799 e seguenti; P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, *op. cit.*, pagg. 2470 e seguenti.

¹² Un quesito ricorrente in dottrina concerne le modalità di adeguamento al “valore normale”; infatti ci si chiede se la transazione debba comparire in bilancio, a mezzo dell'inserimento in contabilità della fattura o della nota di accredito, oppure se sia sufficiente provvedere ad aumentare la base imponibile in dichiarazione dei redditi. Sembra preferibile la prima soluzione, in quanto risponde a prin-

3.2. La condotta punibile

In materia penal-tributaria ci si chiede quali siano i rischi potenzialmente configurabili in occasione della valutazione, ritenuta scorretta dai verificatori, dei prezzi di trasferimento. La risposta era stata negativa in pendenza della L. 7 agosto 1982, n. 516 (art. 4, lettera f), in quanto, non essendo punibili le valutazioni estimative (dopo la modifica attuata con L. 15 maggio 1991, n. 154, la norma parlava di “fatti materiali”), venivano escluse dalla rilevanza penale tutte le questioni inerenti ai valori, fra le quali appunto rientrano tipicamente quelle sul *transfer pricing*.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 74/2000, il quadro normativo è mutato, in quanto l'art. 16 prevede la non punibilità di chi si sia uniformato al parere del Ministero dell'economia e finanze nelle sole materie in cui esso è previsto. Si è manifestata la preoccupazione che in tutte le altre materie (fra le quali il *transfer pricing*), nelle quali detto parere non è ammesso, possa sussistere un rischio penale per uno dei reati (segnatamente quello di cui all'art. 4) previsti dal D.Lgs. stesso in relazione a “**comportamenti elusivi**”¹³.

Ciò premesso, le fattispecie criminose, delle quali si può eventualmente fare questione, riguardano le fattispecie di “dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici” (art. 3) e la “dichiarazione infedele” (art. 4). Il delitto di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 74/2000 punisce la violazione dell'obbligo di veritiera esposizione della situazione reddituale, ovvero della base imponibile allorché la **falsa rappresentazione contabile** sia artificiosamente supportata da “**mezzi fraudolenti** idonei ad ostacolare l'accertamento”. L'integrazione di tale fattispecie è, dunque, subordinata al caso in cui sussistano gli estremi di comportamento qualificabili come “fraudolenti”, quali, ad esempio, la simulazione di negozi giuridici, l'interposizione fittizia di persone, l'utilizzazione di un magazzino occulto, che ostacolano l'accertamento delle scritture contabili, nelle quali vi

cipi di trasparenza e correttezza statuiti dal dettato codicistico e permette di non incorrere in criticità a causa della sovrapposizione fra il reddito di natura civile ed il reddito fiscale.

¹³ Successivamente è stato introdotto il cd. “*ruling* internazionale” (art. 8 del D.Lgs. n. 269/2003), riguardante anche la materia dei “prezzi di trasferimento”, ma tale istituto non si è preoccupato di prevedere espressamente una specifica “copertura” penalistica (a differenza dell'art. 16 del D.Lgs. n. 74/2000 e dell'art. 11 dello Statuto dei diritti del contribuente). Per approfondimenti in materia di *ruling* internazionale, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 1509 e seguenti.

sia una vera e propria “falsa rappresentazione” (c.d. “falso contabile”)¹⁴.

L'art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000 rende punibile, al di là di dati limiti quantitativi, peraltro facilmente raggiungibili dalle grandi imprese, la “**mera dichiarazione infedele**”, priva di connotati di frode.

Alla base dell'incriminazione vi è semplicemente la condotta consistente nell'indicare, in una delle dichiarazioni annuali, il reddito o la base imponibile inferiori a quelli reali, mediante l'esposizione di **elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo** oppure di **elementi passivi fittizi**. Per quanto concerne la definizione di “elementi attivi o passivi” di cui all'art. 1, lettera b), del D.Lgs. n. 74/2000, ci si può porre il problema se tale definizione vada intesa con esclusivo riferimento alle **componenti c.d. “dirette”** del reddito o delle basi imponibili in senso stretto (quali ricavi, sopravvenienze, minusvalenze, rimanenze, in materia di imposte sui redditi; corrispettivi, prestazioni accessorie, eccetera, in materia di Iva).

La risposta positiva escluderebbe le **componenti c.d. “indirette”**, vale a dire quelle (come il *transfer pricing*) che costituiscono mero parametro di rilevazione e valutazione dei componenti stessi. Poiché, peraltro, la definizione è costruita in termini causalistici, un'interpretazione restrittiva del genere non sembra poter essere ritenuta conforme al preciso dettato legislativo, dal contenuto più ampio.

Sulla base di note circolari (14 aprile 2000 del Comando Generale della Guardia di finanza e n. 1/2008, nonché 4 agosto 2000 dell'allora Ministero dell'economia e finanze), la formula “elementi passivi fittizi” va riferita, non solo ai **costi oggettivamente inesistenti** e quindi inventati, ma anche a quelli ritenuti **fiscalmente indeducibili**, pur se di fatto sostenuti. Ritenerne che sia fittizio il costo derivante da una ipervalutazione dello stesso, in materia di prezzi di trasferimento, porterebbe, invero, ad una discutibile disparità di trattamento – alla luce della portata “bidirezionale” dell'art. 110 del Tuir, volta ad evitare sia determinazioni insufficienti di ricavi sia deduzioni eccessive di costi – a seconda che si trat-

¹⁴ Ciò non appare agevolmente realizzabile nella materia del *transfer pricing* (potendo ricorrere tale situazione nei soli casi in cui il *management* della società italiana abbia intenzionalmente posto in essere dei comportamenti attivi atti a precludere il controllo ovvero a rendere inintelligibili, in sede di verifica, i criteri adottati per la rilevazione del valore normale delle transazioni in questione).

ti di *transfer pricing* dell'uno o dell'altro tipo¹⁵. Nelle fattispecie di reato previste dagli artt. 2 e 8 del D.Lgs. n. 74/2000 (utilizzo in dichiarazione od emissione o di fatture per operazioni in tutto o in parte inesistenti) non si intende sanzionare una stima o valutazione dell'operazione, diversa da quella ritenuta corretta, ma il **"fatto materiale" dell'inesistenza**, soggettiva o oggettiva, dell'operazione stessa (art. 1, lettera a), del D.Lgs. n. 74/2000). Pertanto, nel caso di una eventuale contestazione di tali ultime fattispecie, è possibile una valida difesa richiamando la definizione di "operazioni inesistenti" di cui all'art. 1, lettera a), del D.Lgs. n. 74/2000, che appunto esclude le questioni inerenti alla "congruità" o "incongruità" di date valutazioni, allorché si tratti di cessioni di beni o prestazioni di servizi realmente eseguite e pagate: definizione, questa, che invece, secondo la comune interpretazione dottrina, non dovrebbe valere per il reato di dichiarazione infedele.

In via preliminare, occorre rilevare che – con la locuzione **"valutazioni estimative"** – devono essere intese le valutazioni concernenti il *quantum* di elementi attinenti all'imponibile, come nel caso di determinazione del valore venale dell'immobile o di determinazione sintetica o induttiva del reddito. Pertanto costituiscono "valutazione estimativa" la stima e le attribuzioni di valori di mercato o normali. Acquisiscono tale accezione, ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento, le operazioni i cui criteri valutativi e di determinazione del valore di trasferimento siano strutturate su manovre di natura essenzialmente tecnica.

Nell'attuale formulazione, il legislatore ha manifestato l'intenzione di colpire l'evasione sanzionando la falsa rappresentazione contabile di elementi positivi o negativi di reddito, senza la necessità che la medesima abbia ad oggetto "fatti materiali"¹⁶. Tuttavia, si rileva che configurano

¹⁵ Appare, comunque, discutibile l'estensione operata dalle ricordate circolari; in ogni caso, pur nell'ottica di tale estensione, con il *transfer pricing* si è al di fuori di un concetto tecnico di ineducibilità fiscale, quale pretesamente adottato dalle circolari stesse. Poiché non consta una giurisprudenza consolidata su questo particolare problema, la soluzione dello stesso rimane affidata alle variegate interpretazioni dottrinarie.

¹⁶ Ulteriore prova di tale volontà emerge dalla lettura dell'esimente di cui all'art. 7 dello stesso D.Lgs., intitolato "rilevazioni nelle scritture contabili e nel bilancio", il quale dispone la non punibilità "delle rilevazioni e delle valutazioni estimative". Siffatto specifico inserimento testimonia, pertanto, l'astrat-

ipotesi di reato, non solamente le mendaci rappresentazioni contabili che si pongano in contrasto con i principi civilistici con rilievo anche fiscale, bensì le mere violazioni tributarie di per sé considerate. Tale interpretazione si pone in linea con le intenzioni più volte manifestate dal legislatore di **sottoporre a sanzione ogni valutazione** consistente in un'operazione di stima, finalizzata alla determinazione del valore dei beni ed altro.

Inoltre, seguendo il predetto schema interpretativo, si potrebbe raggiungere il confortante obiettivo di escludere l'eventualità che si verifichi una disparità di trattamento riguardo ad **ipotesi criminose di identica valenza offensiva**, come ad esempio, a seconda che l'operazione di adeguamento contabile sia avvenuta mediante la rilevazione dei prezzi di trasferimento nelle scritture contabili civilistiche od il semplice aumento della base imponibile. In tal modo, appare pacifica la ricomprensione del *transfer pricing* nell'ambito sanzionatorio della disciplina penal-tributaria.

3.3. L'esimente di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 74/2000

Con la norma di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 74/2000, sono state individuate dal legislatore due fattispecie di esclusione della punibilità, costituenti entrambe ipotesi in cui **non può sussistere il dolo di evasione**.

La prima riguarda la violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, che non dà luogo a fatti punibili se derivante da **metodi costanti di impostazione contabile**. Occorre, dunque, per l'operatività dell'esimente in esame, che l'adozione di criteri non corretti di imputazione dei ricavi, delle spese e degli altri componenti positivi e negativi del reddito sia frutto di un difetto di impostazione contabile, che comporta la **ripetizione delle errate "apostazioni"** per più esercizi consecutivi, dato che in tale situazione si verifica un mero sfasamento della tassazione.

La seconda riguarda le rilevazioni e le valutazioni estimative non corrette che non possono dar luogo a fatti punibili se dei criteri concretamente adottati sia stata **data idonea illustrazione** nei documenti che accompagnano il bilancio. Ciò in quanto l'esplicita esposizione nel bilancio dei criteri estimativi utilizzati non ha attitudine

ta riconducibilità delle operazioni contabili di carattere valutativo nelle fattispecie a rilievo penale.

ingannatoria ed appare incompatibile con il dolo di evasione.

L'esimente appena menzionata individua il "bilancio" quale sede necessaria all'indicazione dei criteri utilizzati e in particolare appare evidente che sia la nota integrativa al bilancio deputata a contenere tali indicazioni, essendo quest'ultima istituzionalmente destinata ad evidenziare le deduzioni sui criteri applicati nella valutazione delle voci di bilancio, giusto il richiamo dell'art. 2427 del codice civile.

È opportuno chiedersi, a tal proposito, quale debba essere il **grado di specificazione** che deve possedere l'indicazione dei criteri seguiti al fine dell'operatività dell'esimente di cui all'art. 7, comma 1, citato. Trattasi di una causa di non punibilità per gli amministratori in campo penale-tributario, la quale, ove intesa in maniera troppo rigorosa (ad es. necessità di indicare, non solo il criterio seguito, come il c.d. *Cost Plus*, ma anche il margine di percentuale operato), condurrebbe alla pericolosa necessità di rivelare segreti industriali e commerciali con conseguente conflitto potenziale con i soci di minoranza¹⁷.

Deve, quindi, concludersi che, pur senza ritenere valido (proprio perché si fa riferimento a "criteri concreti") il ricorso a mere "clausole di stile" (genericamente richiamanti il solo criterio seguito), appare **valida la tesi c.d. "intermedia"**, che richiede un "livello di specificazione", nell'indicazione dei criteri stessi, che non si attesti su queste ultime e nello stesso tempo non richieda la necessità di indicazioni troppo specifiche. Spetterà al giudice penale verificare, in concreto, il grado di specificità delle singole indicazioni, per cui maggiore sarà il grado di specificità adottato, minore sarà il rischio di vedersi contestare dall'Autorità giudiziaria la indeterminatezza dei criteri e, quindi, l'inapplicabilità della scriminante in esame.

Il legislatore ha previsto una **ulteriore e residuale "regola di salvaguardia"** al comma 2 dell'art. 7, che esclude la punibilità delle "valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono **in misura inferiore al 10%** da

¹⁷ Senza contare che il ruolo e la funzione della nota integrativa sono quelli di documento civilistico che si presta poco agevolmente a "reggere il peso" di complesse valutazioni fiscali, quali, ad esempio, quelle relative ai prezzi di trasferimento infragruppo; si tratta, in sostanza, di un documento che non è compatibile con la complessità delle rilevazioni e valutazioni estimative relative alla determinazione del reddito imponibile.

quelle corrette". Ne consegue che le valutazioni estimative scorrette, ancorché non corredate dall'illustrazione nel bilancio dei criteri seguiti, non possono comunque assumere rilevanza penale se la discrasia è contenuta nel suddetto limite¹⁸. Tale disposizione crea, peraltro, non pochi problemi interpretativi soprattutto con riguardo alle espressioni "**valutazioni corrette**" e "**singolarmente considerate**".

Quanto alla prima, bisogna riconoscere che il "valore normale" non porta ad identificare un preciso ammontare che possa considerarsi "corretto", quanto piuttosto una scala di valori, ognuno dei quali relativamente congruo in maniera analoga. Appare difficoltoso stabilire quali siano le valutazioni "corrette" su cui si deve calcolare lo scarto del 10%: in presenza di un *range* di valori congrui, **non pare ragionevole il calcolo di una media** tra tali valori, mentre sembra più plausibile calcolare lo scarto del 10% prendendo a base uno dei valori-limite del *range*, costituente il limite di congruità oltre il quale scatta la rettifica a valore normale.

Per quanto riguarda, invece, la seconda espressione, bisogna considerare che nei casi di *transfer pricing* la specificazione "singolarmente considerate" **non dovrebbe riferirsi alle singole transazioni** infragruppo effettuate. Appare, quindi, più logico correlare tale soglia a **ciascuna delle categorie di transazioni** per cui siano stati applicati i metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento ritenuti scorretti.

L'interpretazione tradizionale dell'art. 110, comma 7, del Tuir è sempre stata nel senso che compete al contribuente la dimostrazione della validità, intesa come corrispondenza al "valore normale", delle valutazioni compiute nelle operazioni concernenti i prezzi di trasferimento.

Questa impostazione è stata messa in discussione da un'importante sentenza della Corte di Cassazione, Sezione tributaria del 16 maggio 2007, n. 11226¹⁹, che ha avuto larga eco in dottrina per il suo ritenuto carattere innovativo quanto all'esistenza dell'onere della prova a carico dell'Amministrazione finanziaria.

Il principio di diritto affermato da tale sentenza è il seguente:

¹⁸ Si è voluto, in questo modo, creare una sorta di "franchigia" con cui eliminare i problemi legati alle stime che permangono entro certi limiti percentuali.

¹⁹ In banca dati "fisconline". Cfr. inoltre P. Valente, *Le novità del transfer pricing*, op. cit., pagg. 311 e seguenti.

“incombe all’Amministrazione finanziaria dimostrare che in concreto la regola di assorbimento della garanzia costituisce in realtà metodo elusivo per scaricare i costi (riducendo gli utili) nel Paese di più bassa fiscalità”.

Nel caso di specie l’Amministrazione finanziaria aveva recuperato a tassazione presunte sovrattassazioni di beni acquistati da società estere del gruppo, per spese per prestazioni di servizi infragruppo. In tale caso l’accordo infragruppo tra una società estera e la controllata italiana – che preveda che tutte le società del gruppo che vendono al pubblico i prodotti da loro realizzati (nella specie: autoveicoli) devono sostenere le spese di riparazione in garanzia per i difetti di fabbricazione imputabili alle società consociate produttrici di tali beni – è soggetto non alla legge italiana, ma alla Convenzione di Vienna dell’11 aprile 1980²⁰, la quale si applica alle vendite internazionali.

Secondo la Corte, al fine di determinare il carattere internazionale della vendita occorre fare riferimento alla **sede di affari delle parti** e, se questa si trova in due **Stati diversi**, la vendita ha il carattere dell’internazionalità risultando quindi soggetta alle **disposizioni della Convenzione**. Da ciò deriva che deve trovare applicazione l’art. 11 di tale Convenzione, che sancisce il principio della libertà di forme, statuendo che un contratto di vendita non necessita di essere concluso o provato per iscritto e non è sottoposto ad alcun altro requisito di forma, potendo venire provato con ogni mezzo, anche per testimoni; l’accordo di accollo di garanzia pertanto non necessita di formalizzazione alcuna, né esige, per essere opposto, pattuizione specifica.

Ne consegue che il giudice del merito può ritenere costituisca prova di tale accordo una direttiva emanata dalla casa-madre; dall’altro lato, incombe all’Amministrazione finanziaria l’onere della prova dell’elusività.

Tale sentenza si caratterizza, quindi, per l’affermazione del principio secondo cui l’onere della prova dell’accertamento del mancato rispetto del principio del valore normale di cui all’art. 110 del Tuir non grava sul contribuente, il quale, in sede di accertamento, deve dare dimostrazione e adeguata giustificazione dei prezzi applicati sui beni e servizi oggetto dell’operazione internazionale, bensì sull’Amministrazione, che **deve dimostrare la non correttezza di detti prezzi**.

3.4. I soggetti attivi

Quanto ai soggetti potenzialmente responsabili

²⁰ Ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 11 dicembre 1985, n. 765.

del reato tributario, bisogna precisare che, sebbene l’art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000 usi l’espressione generica “chiunque”, il soggetto attivo del reato va individuato in base ai principi generali e in particolare in base al principio della “personalità della responsabilità penale” (art. 27, comma 1, della Costituzione).

Sicuramente risponde **chi ha sottoscritto la dichiarazione dei redditi** incriminata: costui non può validamente difendersi sostenendo di non essersi materialmente occupato dei profili tecnici della stessa, in quanto la giurisprudenza ritiene che le obbligazioni tributarie siano “personali” e “proprie”, e quindi non delegabili a terzi.

Peraltro, in concorso con chi ha sottoscritto (presidente del CdA o amministratore delegato) può rispondere anche, in base ai principi generali del codice penale (artt. 110 e seguenti del codice penale), **chiunque abbia apportato un contributo** determinante al fatto: in ipotesi, anche il direttore amministrativo e finanziario, sulla base della specifica delega ricevuta dagli organi societari, oppure il consulente esterno (commercialista o avvocato) che abbia ispirato, in piena consapevolezza, operazioni discutibili di *transfer pricing* le quali abbiano dato adito ad una dichiarazione infedele.

3.5. L’elemento soggettivo

Alcune considerazioni dovrebbero essere effettuate con riferimento alla valenza del **dolo specifico** in materia di *transfer pricing*. Al contrario della prestazione di un bene o di un servizio, l’operazione concernente il prezzo di trasferimento non ha per oggetto soltanto la determinazione del prezzo, da considerarsi mera questione fattuale, ma altresì è relativa all’effettuazione di una stima. Pertanto, qualora il contribuente, pur convinto della fondatezza dell’interpretazione fornita, abbia inserito in bilancio un criterio valutativo erroneo, che abbia determinato un prezzo di trasferimento incongruo, il medesimo difficilmente potrà essere ritenuto responsabile per uno dei reati fiscali di cui agli artt. 3 e 4 del D.Lgs. n. 74/2000. In tal caso sarebbe carente l’elemento soggettivo riguardo alla consapevolezza dell’evasione; tuttavia, tale considerazione non può certamente valere *a priori* ma deve essere **valutata con riferimento al singolo caso** concreto.

Infine, potrà operarsi l'esclusione del dolo soltanto qualora il criterio valutativo, seppur disatteso, sia sorretto da un prezzo di trasferimento sufficientemente congruo e credibile ai fini dell'attendibilità e ragionevolezza giuridica.

3.6. Le recenti novità legislative

L'art. 26 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, nell'inserire un comma 2-ter all'art. 1 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, prevede l'esclusione dell'applicazione della sanzione amministrativa nel caso di **consegna di adeguata documentazione** tendente a dimostrare la conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento ex art. 110, comma 7, del Tuir. La norma nulla prevede quanto alle sanzioni penali; questa è una caratteristica comune a diversi provvedimenti legislativi, ai quali la prospettiva penal-tributaria è completamente sconosciuta²¹.

Come osservato, il "transfer pricing", avendo natura di operazione valutativa, è disciplinato dall'art. 7 del D.Lgs. n. 74/2000, e quindi esso non sussiste se la divergenza tra il dichiarato e l'accertato, in materia di valutazioni, non supera la "franchigia" del 10%.

Tali possibilità di salvataggio, ove verificate in concreto (scarsa è stata, comunque, finora l'indicazione dei criteri di valutazione nelle note integrative), hanno reso assai limitata la giurisprudenza (da parte di giudici di merito, non essendoci pronunce significative della Cassazione) in materia di "transfer pricing". Sono state molto frequenti invece le verifiche in materia a carico delle imprese di "grandi dimensioni", a causa anche di una migliorata conoscenza della materia da parte dei verificatori.

Cionondimeno, ci si chiede come può incidere la nuova disposizione sulla **possibile esclusione del reato fiscale** in argomento; e questo non solo con riguardo all'affermazione della responsabilità penale in sentenza, ma anche relativamente alla stessa trasmissione degli atti all'Auto-

rità giudiziaria, che correttamente non dovrebbe essere attivata nel caso di sussistenza dei requisiti di documentazione di cui nella nuova norma. Da ultimo, è opportuno svolgere alcune riflessioni sull'ampiezza della copertura prevista dall'art. 26, al di fuori di quanto espressamente fissato dal D.L. n. 78/2010, e in particolare sulla possibilità di escludere, in caso di rettifica, la sussistenza del reato di dichiarazione infedele, ex art. 4 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

Sul punto dovrebbero sussistere pochi dubbi, in considerazione dell'**inconciliabilità tra la comunicazione** resa all'Erario e la **presenza del dolo** specifico di evasione, requisito quest'ultimo indispensabile, come noto, affinché si possa ritenere applicabile la citata fattispecie penal-tributaria.

In materia si può utilmente richiamare l'art. 51 del codice penale, in forza del quale "**l'esercizio di un diritto esclude la punibilità**". Trattasi della scriminante generale dell'"esercizio del diritto", applicabile anche alle leggi speciali, che è un'applicazione del **principio generale di "non contraddizione"**: lo Stato non può, da un lato, facoltizzare un dato comportamento e, dall'altro lato, sanzionare chi si avvale di una facoltà di comportamento prevista dalla legge.

Tuttavia, nell'ottica di un rapporto Fisco-contribuente sempre più improntato alla trasparenza e alla certezza del diritto, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che ampli il disposto dell'art. 7 del D.Lgs. n. 74/2000, escludendo espressamente qualunque rilievo in caso di valutazioni estimative i cui criteri siano stati indicati non solo in bilancio, ma altresì **comunicati preventivamente all'Amministrazione**.

Tale interpretazione si pone in linea con le intenzioni più volte manifestate dal legislatore di sottoporre a sanzione ogni valutazione consistente in un'operazione di stima, finalizzata alla determinazione del valore dei beni ed altro. Inoltre, seguendo il predetto schema interpretativo, si potrebbe raggiungere il confortante obiettivo di escludere l'eventualità che si verifichi una disparità di trattamento riguardo ad ipotesi criminose di identica valenza offensiva, come ad esempio, a seconda che l'operazione di adeguamento contabile sia avvenuta mediante la rilevazione dei prezzi di trasferimento nelle scritture contabili civilistiche od il semplice aumento della base imponibile.

²¹ Per approfondimenti sull'art. 26 del D.L. n. 78/2010, cfr. P. Valente, *Le Novità del transfer pricing*, op. cit., pagg. 5 e seguenti; P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., 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*, "il fisco" n. 34/2010, fascicolo n. 1, pag. 5481.

Tavola 1 - Oneri documentali e sanzioni

L'art. 26 del D.L. n. 78/2010, al comma 1, prevede che:

“(…) In caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'art. 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 [dell'art. 1 del D.Lgs. 471/1997] 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”.

Il legislatore ha inteso introdurre specifiche misure finalizzate a incrementare l'efficacia dell'azione di controllo dell'Amministrazione finanziaria sulle operazioni infragruppo di cui all'art. 110, comma 7, del Tuir. L'obiettivo 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 transazioni *intercompany*.

La nuova disposizione permette alle imprese multinazionali di fruire di un regime di esonero dalle sanzioni per la violazione amministrativa di cui all'art. 1 del D.Lgs. n. 471/1997 (“dichiarazione infedele”) derivanti da eventuali rettifiche dei prezzi di trasferimento adottati e rappresenta un chiaro incentivo ad adeguarsi al nuovo onere documentale, al fine di prevenire eventuali sanzioni che dovessero scaturire dai controlli dell'Amministrazione finanziaria.

La non applicabilità della sanzione (tributaria amministrativa) di cui all'art. 1 del D.Lgs. n. 471/1997 – qualora sia fornita dal contribuente la documentazione in materia indicata nel Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate – costituisce una vera e propria “causa di non punibilità” amministrativa, applicabile se sussistono le condizioni richieste.

Con riferimento alla sussistenza del reato di dichiarazione infedele, *ex art. 4 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74*, si rileva una certa inconciliabilità tra la comunicazione resa all'Erario, secondo le indicazioni contenute nel Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, e la presenza del dolo specifico di evasione, requisito indispensabile affinché si possa configurare la fattispecie penal-tributaria in commento. In altri termini, la comunicazione del possesso della documentazione sul *transfer pricing* è atto di trasparenza che nulla può avere a che fare con una condotta dolosa, specificamente finalizzata all'evasione fiscale.

Benché l'art. 26 del D.L. n. 78/2010 nulla dica in merito alla possibilità per i contribuenti virtuosi di evitare anche le sanzioni penal-tributarie previste (con riferimento alla fattispecie di dichiarazione infedele) dall'art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000, si dovrebbe senz'altro tener conto del comportamento cooperativo del contribuente che ha predisposto una documentazione idonea a consentire all'Amministrazione finanziaria di espletare la propria attività di controllo fiscale e, per tale ragione, non dovrebbe essergli contestato di aver agito con dolo specifico, cioè al fine di evadere le imposte.

In sostanza, ove la dichiarazione infedele determini il superamento della soglia di punibilità di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000 e le dimostrazioni fornite dall'impresa siano ritenute valide, così da non comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative, manca il dolo specifico di “evasione fiscale” richiesto dalla norma. Nessun giudice penale potrebbe ragionevolmente ritenere sussistente la responsabilità per tale reato.