

I recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di transfer pricing in Italia

Pur nella complessità delle contestazioni mosse dall'Agenzia delle Entrate, i Giudici italiani dimostrano di saper trovare la giusta soluzione, spesso a discapito delle pretese erariali



Mauro Manca

Borioli & Colombo Associati, Milano

Negli anni recenti, i controlli del Fisco italiano sulle imprese multinazionali hanno prodotto numerose contestazioni. Mentre molte di esse si sono chiuse con un accordo diretto unilaterale con l'Agenzia delle Entrate, altre hanno dato luogo a contestazioni complesse. Le sentenze di merito e di legittimità, comunque, dimostrano che i giudici riescono spesso a trovare la giusta soluzione, anche a discapito delle pretese erariali. Si auspica che con i recenti interventi dell'Amministrazione finanziaria si riesca a portare maggiore chiarezza e stabilità nei rapporti Fisco-imprese multinazionali.

I. Premessa.....	27
II. La natura della normativa sui prezzi di trasferimento	27
III. La nozione di controllo.....	28
IV. Il collocamento nel range interquartile.....	29
V. L'utilizzo di comparabile in perdita	30
VI. L'omessa comunicazione della "TP Doc" predisposta ovvero sua (asserita) non idoneità.....	31
VII. Conclusioni	32

I. Premessa

La pubblicazione del Decreto Ministeriale (D.M.) del 14 maggio 2018 contenente le "Linee guida in materia di transfer pricing"^[1] (di seguito abbreviato Decreto) rappresenta certamente un momento fondamentale nel confronto tra imprese multinazionali e Fisco italiano su un tema centrale per l'attrazione degli investimenti esteri in Italia e per lo sviluppo all'estero delle imprese italiane.

[1] Per un commento cfr. GIOVANNI ARCURI, Firmato il Decreto del MEF in materia di Transfer pricing, in: NF 7-8/2018, pp. 327-329; DIEGO AVOLIO/MATTEO RAVERA, Le nuove Linee Guida sui prezzi di trasferimento, in: Corriere Tributario, 24/2018, p. 1851.

Affrontando diverse tematiche che sono state oggetto di scontro, spesso molto costoso, tra le imprese e l'Amministrazione finanziaria, il Decreto si pone come uno "spartiacque normativo" ormai ineludibile nell'affrontare il delicato tema dei prezzi di trasferimento, con l'auspicio di far conseguire una maggior certezza nell'applicazione dei principi e delle regole generalmente riconosciute a livello internazionale in questa materia.

In attesa della promessa circolare che l'Agenzia delle Entrate italiana si è impegnata a pubblicare per commentare le norme del Decreto e fornire ulteriori chiarimenti su molte questioni "di dettaglio", può essere utile esaminare l'approccio che i giudici sia di merito che di legittimità hanno adottato nel valutare alcune delle questioni più rilevanti in questa materia. In molti casi, infatti, i giudici tributari hanno assunto delle posizioni assolutamente allineate con la "migliori pratiche internazionali", come richiamate anche dal Decreto, anticipandone, forse, anche gli esiti normativi.

Di seguito, si esamineranno alcuni di tali esiti giurisprudenziali.

II. La natura della normativa sui prezzi di trasferimento

Un tema che è stato spesso al centro di contrasti e discussioni è quello relativo alla natura delle norme in materia di *transfer pricing* (art. 110, comma 7, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi [TUIR]), ovvero se si trattasse di norme anti-elusive (o anti-abuso)^[2], ovvero norme di sistema volte a contrastare pratiche "evasive"^[3].

Il tema, al di là del suo indubbio interesse teorico, ha anche importanti riflessi pratici. Infatti, secondo lo Statuto del contribuente, le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie (art. 10-bis, comma 13, della Legge [L.] del 27 luglio 2000, n. 212), mentre sarebbero applicabili le sole sanzioni amministrative. In effetti, anche il rischio penale per accertamenti basati sulla

[2] Cass., Sez. V, sent. 13 maggio 2015, n. 9709.

[3] Cass., Sez. V, sent. 15 aprile 2016, n. 7493.

violazione diretta delle norme in materia di *transfer pricing* si è fortemente ridotto dopo la riforma del sistema sanzionatorio del 2015 (cfr. il Decreto Legislativo [D.Lgs.] del 24 settembre 2015, n. 158), fatta salva la *penalty protection* in sede amministrativa, in presenza di adeguata documentazione, su cui si tornerà in seguito.

Oltre a ciò, emergerebbero anche differenze procedurali nella modalità di accertamento della maggiore imposta dovuta. Infatti, secondo lo Statuto del contribuente, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di 60 giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto. Oltre a ciò, e fermo quanto disposto per i singoli tributi, l'atto impositivo deve essere specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente.

Non è, poi, da trascurare la previsione per cui l'Amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, mentre sul contribuente incomberà l'onere di provare l'esistenza delle ragioni *extra-fiscali* dell'operazione, ravvisabili ogniqualvolta le operazioni siano "*giustificate da valide ragioni extra-fiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente*".

In questo contesto, nel 2016, la Corte di cassazione riconosceva la rilevanza dell'art. 110, comma 7, TUIR, per "*la finalità anti-elusiva sottesa dalla norma [...] finalizzata ad impedire trasferimenti surrettizi di ricchezza in favore di una società infragruppo estera, con sottrazione di materia imponibile alla tassazione nazionale*"^[4].

Nella stessa prospettiva si colloca l'orientamento, espresso in una pronuncia del 2017, della Commissione Tributaria Regionale (C.T.R.) del Veneto, secondo cui tale normativa ha la finalità di consentire all'Amministrazione finanziaria un controllo dei corrispettivi applicati alle operazioni commerciali o anche finanziarie intercorse tra società collegate o anche controllate residenti in nazioni diverse, al fine di evitare che vi siano aggiustamenti artificiali di tali prezzi, determinati dallo scopo di ottimizzare il carico fiscale di gruppo, ad es. canalizzando il reddito verso le società dislocate in aree o giurisdizioni caratterizzate da una fiscalità più mite. Secondo il giudice veneto, per tali ragioni, deve ritenersi che la disciplina del *transfer pricing* costituisca una "clausola anti-elusiva" finalizzata ad evitare che all'interno del gruppo di società vengano effettuati trasferimenti di utili mediante l'applicazione di prezzi inferiori o superiori al valore normale dei beni ceduti, al fine di sottrarli all'imposizione fiscale in Italia a favore di tassazioni estere inferiori o, comunque, a favore di situazioni che rendano fiscalmente conveniente l'imputazione di utili ad articolazioni del gruppo diverse da quelle nazionali^[5].

Diversamente ha concluso una successiva Cassazione del 2017, secondo cui la normativa in esame "*non integra una disciplina antielusiva in senso proprio, ma è finalizzata alla repressione del fenomeno economico del transfer pricing (spostamento d'imponibile fiscale a seguito di operazioni tra società appartenenti al medesimo gruppo e soggette a normative nazionali differenti) in sé considerato*"^[6].

Ponendosi in questa prospettiva, la Suprema Corte perviene all'importante (e senz'altro corretto) risultato procedurale che "*la prova gravante sull'Amministrazione finanziaria non riguarda la maggiore fiscalità nazionale o il concreto vantaggio fiscale conseguito dal contribuente, ma solo l'esistenza di transazioni, tra imprese collegate, ad un prezzo apparentemente inferiore a quello normale, incombando, invece, sul contribuente, giusta le regole ordinarie di vicinanza della prova ex art. 2697 c.c. ed in materia di deduzioni fiscali, l'onere di dimostrare che tali transazioni siano intervenute per valori di mercato da considerarsi normali*".

In tal modo, quindi, l'Amministrazione finanziaria è risultata di fatto avvantaggiata nella misura in cui la prova a lei richiesta era decisamente più facile da offrire rispetto a quella richiesta dalla disciplina anti-elusiva sopra ricordata.

Tale posizione è stata ribadita anche da un'altra sentenza del novembre 2017 secondo cui, ricordando che si tratta di un indirizzo ormai consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte, "*non è invece necessario che l'Amministrazione finanziaria fornisca ulteriormente la prova che l'operazione infragruppo sia priva di una valida giustificazione economica ed abbia comportato un concreto risparmio di imposta, trattandosi di presupposti costitutivi della fattispecie generale di operazione antielusiva disciplinata dall'art. 37-bis D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, presupposti non richiesti nel caso in cui venga contestata la violazione della regola del «valore normale» dei componenti reddituali prevista nella specifica fattispecie del transfer pricing internazionale di cui all'art. 110 comma 7 D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917*"^[7].

III. La nozione di controllo

Un altro tema che ha generato un contenzioso estremamente rilevante è quello attinente il perimetro soggettivo di applicabilità delle norme sul *transfer pricing*. In particolare, molto si è dibattuto sul concetto di "controllo" e di "imprese associate". Facendo riferimento alla risalente Circolare del Ministero delle Finanze n. 32 del 22 settembre 1980, l'Amministrazione

[6] Cass., Sez. V, sent. 13 novembre 2017 n. 27787: "*è ben vero che secondo una giurisprudenza più risalente, seguita invero anche da un isolato più recente arresto (v. Cass. n. 15642 del 2015) la norma veniva ricondotta ad una clausola elusiva ma tale orientamento, ormai superato, non può essere condiviso tenuto conto che la ratio della normativa va rinvenuta nel principio di libera concorrenza enunciato nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE e che, quindi, la valutazione in base al valore normale investe la sostanza economica dell'operazione che va confrontata con analoghe operazioni realizzate in circostanze comparabili in condizioni di libero mercato tra soggetti indipendenti (v. in particolare Cass. n. 27018 del 15 novembre 2017, che, nel ricomporre le diverse opzioni interpretative emerse nella giurisprudenza della Corte, ha espressamente affermato la ratio della disciplina di cui all'art. 110, comma 7, TUIR, va individuata nel principio di libera concorrenza, esclusa ogni qualificazione della tassa come norma anti-elusiva)". In senso conforme, il giudice cita: Cass. n. 11949 del 2012; Cass. n. 10742 del 2013; Cass. n. 18392 del 2015; Cass. n. 7493 del 2016.*

[7] Cass., Sez. V, sent. 7 novembre 2017, n. 30149.

[4] Cass., Sez. V, sent., 30 giugno 2016, n. 13387.

[5] C.T.R. Veneto, Sez. II, sent., 21 marzo 2017, n. 406.

finanziaria ha ritenuto di poter rettificare i prezzi delle transazioni occorse non solo quando il controllo esercitato sull'impresa fosse riconducibile nei limiti previsti dall'art. 2359 del codice civile (c.c.) per le società azionarie^[8], ma anche estendendo il concetto di controllo "ad ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale desumibile dalle singole circostanze".

Tale posizione è stata, quindi, condivisa dalla giurisprudenza prevalente. Infatti, secondo la Corte di Cassazione è necessario partire dall'assunto che "il controllo di cui trattasi deve essere contrassegnato da esigenze di elasticità e trovare collocazione in un contesto economico dinamico, tenendo presente, cioè, che le variazioni di prezzo nelle transazioni commerciali trovano spesso il loro presupposto fondamentale nel potere di una parte di incidere sull'altrui volontà non in base al meccanismo del mercato ma in dipendenza degli interessi di una sola delle parti contraenti o di un gruppo". Ne consegue, sempre secondo la Corte, che se la disciplina civilistica delle società fornisce una nozione di controllo all'art. 2359 c.c., diversamente, l'art. 110 TUIR non fa alcun rinvio ad essa. Infatti, ai fini tributari, "assume rilievo non tanto la nozione civilistica ma il fenomeno economico, in base al quale un determinato soggetto ha una posizione condizionante su altro soggetto, sicché non può non tenersi conto nell'interpretazione della norma dell'esigenza di assegnare alla stessa un tasso di elasticità che la renda capace di attagliarsi alle varie ipotesi in cui, indipendentemente dalla ricorrenza dei rigidi requisiti civilistici, possa apprezzarsi l'influenza di un'impresa sulle decisioni imprenditoriali di un'altra"^[9].

È da segnalare come il Decreto sia intervenuto su questo tema ma, nonostante la preoccupazione espressa da molti interventi in occasione della consultazione pubblica tenuta presso il Ministero delle Finanze a Roma l'8 maggio scorso, l'art. 2, tra le definizioni ripropone, nella sostanza, quanto già previsto nella Circolare n. 32 del 1980, definendo "associate" quelle imprese in cui una esercita "l'influenza dominante sulla gestione di un'altra impresa, sulla base di vincoli azionari o contrattuali".

Stante ciò, appare alquanto improbabile che l'atteso intervento interpretativo da parte dell'Agenzia delle Entrate possa scalfire questa previsione e l'orientamento prevalente della

^[8] Art. 2359, c.c. – Società controllate e società collegate. "Sono considerate società controllate: 1. le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2. le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3. le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1. e 2. del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati".

^[9] Cass., Sez. V, sent. 3 aprile 2017, n. 27018; Cass. n. 8130 del 22 aprile 2016; per la giurisprudenza di merito: C.T.R. della Lombardia Sez. staccata di Brescia n. 65/67/12. In altra causa (Commissione tributaria provinciale [C.T.P.] Lazio Roma Sez. XVII, sent. 6 giugno 2018, n. 11638), la società contribuente aveva avanzato la seguente difesa: "nel caso di specie non si era concretizzato nessun rapporto di dominanza né come previsto dall'art. 2359 c.c., né nella maniera più elastica riportata e prevista nell'art. 9 del Modello OCSE dal momento che la contribuente vantava una partecipazione al capitale della [...] soltanto nella misura del 37,5% ed essendo la restante parte del capitale riconducibile a soggetti terzi", rispetto alla quale, tuttavia, il giudice di primo grado non ha preso posizione alcuna.

giurisprudenza, riconducendola, almeno, nell'ambito del controllo di tipo partecipativo agli utili o al capitale dell'impresa, ed evitando, quindi, l'eccessivo allargamento del perimetro dell'"influenza dominante".

IV. Il collocamento nel range interquartile

Un altro motivo di frequente contenzioso deriva dal disoscimamento del collocamento nel *range* interquartile scaturente dall'analisi di comparabilità dell'indicatore finanziario selezionato in applicazione del metodo ritenuto più appropriato.

Sul punto, è noto che le Linee Guida in materia di *transfer pricing* dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) prevedono che se il parametro significativo della transazione (cd. "Profit Level Indicator", PLI) tra imprese associate (come il prezzo o il margine) si trova all'interno dell'intervallo dei prezzi di libera concorrenza, non si dovrebbe eseguire nessuna rettifica^[10].

In realtà, tale indicazione operativa è stata spesso disattesa dall'Amministrazione finanziaria in sede di controllo quando, riscontrando un disallineamento del PLI rispetto alla posizione mediana del *range* determinato, rettificava il prezzo della transazione in misura corrispondente alla sua distanza dalla mediana.

Tale approccio, invero, è stato adottato valorizzando la stessa posizione dell'OCSE per cui "quando rimangano dei difetti di comparabilità, come discusso al paragrafo 3.57, potrebbe essere appropriato utilizzare misure tendenti ad accorpate al centro tali valori (ad esempio, la mediana, la media aritmetica o la media ponderata ecc. a seconda delle specifiche caratteristiche dell'insieme dei dati), al fine di minimizzare il rischio di errore causato da difetti di comparabilità residui imprevisi o non quantificabili"^[11].

In realtà, la precedente affermazione dall'OCSE è il risultato di una considerazione più ampia nel caso in cui il parametro significativo della transazione tra imprese associate (come il prezzo o il margine) si trovi all'esterno dell'intervallo dei prezzi di libera concorrenza. In tal caso, se il contribuente non è in grado di dimostrare che le condizioni della transazione tra imprese associate soddisfano il principio di libera concorrenza, l'Amministrazione finanziaria potrà determinare il valore all'interno dell'intervallo dei prezzi di libera concorrenza con cui rettificare la transazione tra imprese associate, collocandosi, in posizione mediana, poiché "qualunque valore all'interno dell'intervallo soddisfa il principio di libera concorrenza".

Per tale ragione, la prassi del Fisco è stata costantemente disapprovata dalla giurisprudenza di merito che ha avuto occasione di pronunciarsi sul tema.

Così, ad es., in un caso di rettifica del tasso di interesse applicato ad un finanziamento erogato ad una società italiana dalla sua controllante irlandese, pur non contestandosi la

^[10] OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi 2017, par. 3.60.

^[11] OCSE (nota 10), par. 3.62.

attendibilità della costruzione dell'intervallo interquartile, l'Agenzia delle Entrate aveva abbassato, sino a portarlo al "primo quartile", il tasso di interesse che le parti avevano collocato poco oltre la mediana ("terzo quartile"). Il giudice tributario, sul punto, rileva che "l'ufficio non è giunto a tale conclusione sulla base di dati oggettivi, vale a dire tramite una comparazione, ma esclusivamente sulla base di una sua opinione e sulla rischiosità del finanziamento concesso all'appellante (cioè sulla base di un criterio non previsto né da legge, né dalla prassi)"[12].

In altro caso in materia di finanziamenti soci, il giudice tributario ha disatteso la posizione dell'Agenzia delle Entrate, in quanto "l'ufficio, al di là di critiche generiche su alcuni passaggi della procedura di stima, non ha saputo contrapporre un'altrettanta efficace analisi economica a supporto dello spread di 0,84% che considera congruo, in luogo del 2,3% stimato dalla parte ed inoltre ben documentato nello studio allegato al ricorso originale"[13]. Il giudice, apprezzando positivamente l'analisi economica della società contribuente[14], concorda sul fatto che "la mancanza di subordinazione e la presenza di specifiche garanzie nel finanziamento di B.I. [ndr. finanziamento indipendente assunto come CUP interno] comportino un minor rischio per il creditore e che tale circostanza comporti la definizione di un tasso inferiore (che non può essere compensato dalla presenza di una maggiore durata di 2 anni). Per tale ragione, lo studio conclude con l'indicazione del fatto che il tasso di interesse sul finanziamento di B.I. debba essere usato quale estremo inferiore di un intervallo di spread normale sul tasso Euribor. Il Finanziamento soci deve necessariamente assumere un valore almeno pari a quello bancario (pari al 2,34% ed al 3,46% a seconda che il tasso variabile Euribor sia assunto a 3 o 6 mesi). Il che spiega la ragione per cui il tasso del Finanziamento soci fu prudenzialmente stabilito in prossimità di tale valore inferiore".

Su questo punto è di interesse osservare come il giudice di primo grado[15] avesse raggiunto conclusioni opposte, affermando che "quanto alla misura del tasso di interesse applicato sui finanziamenti concessi da P.N. a P.I. [ndr. il finanziamento soci], l'Agenzia lo ha calcolato facendo riferimento al fatto che gli interessi passivi corrisposti dalla parte dovevano avere almeno un tasso pari a quello, più basso, pattuito da P.N. con gli istituti di credito esteri. L'Ufficio ha correttamente opinato nel senso che l'attuale ricorrente avrebbe potuto contrarre il prestito in questione, quanto meno alle stesse condizioni pattuite da P.N. e quindi con l'adozione di un tasso di interesse sul finanziamento dato dalla somma tra l'Euribor e lo spread dello 0,84%. Correttamente è stato ritenuto che la differenza tra gli spread effettivamente praticati e quello così determinato, rappresenti sottrazione di materia imponibile in Italia".

Ancora, il giudice di prime cure aveva censurato la rettifica operata dall'Agenzia delle Entrate ricordando come siano le stesse Linee Guida OCSE a suggerire l'utilizzo dell'intervallo

interquartile al fine di determinare il range di valori "tutti equamente accettabili ed affidabili" ai fini dell'analisi di comparabilità[16]. Nel caso di specie, il giudice ha affermato che "nell'avviso di accertamento, l'ufficio non ha fornito alcuna spiegazione o motivazione sulla scelta di collocare il contribuente sul valore mediano, scelta che appare arbitraria nonché strumentale all'ottenimento di un indice più elevato rispetto all'analisi originariamente svolta".

Un punto di svolta apprezzabile su questo tema sembra essere stato raggiunto dal Decreto, il cui art. 6 si occupa proprio dell'"[i]ntervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza". Secondo il citato articolo, una volta che sia stato determinato l'intervallo di valori risultante dall'indicatore finanziario selezionato in applicazione del metodo di comparabilità più appropriato e l'indicatore finanziario dell'operazione controllata, o di un insieme di operazioni aggregate, vi rientra, allora l'Amministrazione finanziaria non dovrebbe poter operare alcuna rettifica[17].

Stante l'evoluzione normativa intervenuta, quindi, una volta predisposta un'analisi che rispetti i criteri dettati dalle Linee Guida dell'OCSE non dovrebbero essere più contestati scostamenti dalla posizione mediana che restino, comunque nel range interquartile derivante dall'analisi statistica dei comparables.

V. L'utilizzo di comparable in perdita

Un'altra criticità che spesso è stata affrontata dai giudici è quella dell'utilizzo di *comparable* in perdita[18]. Come noto, le Linee Guida dell'OCSE hanno preso posizione su questa tema chiarendo, in primo luogo, che un'impresa indipendente non manterrà attività in perdita a meno che non abbia ragionevoli aspettative di utili futuri. Ciò detto, sempre secondo l'OCSE, ci si aspetta che delle funzioni semplici o a basso rischio non generino perdite a lungo termine.

Fatte queste premesse di ordine generale (e cautelare), le Linee Guida dell'OCSE chiariscono che, di massima, non ci dovrà essere nessuna regola predominante che porti all'inclusione o all'esclusione di comparabili in perdita poiché dovranno essere solamente i fatti e le circostanze riguardanti il soggetto sotto esame a determinare il suo status di soggetto comparabile, non i suoi risultati finanziari[19]. In un caso sottoposto al suo esame, la C.T.P. di Milano[20] ha censurato l'operato dell'Ufficio in quanto questo aveva escluso

[16] C.T.P. Milano, Sez. 13, sent. n. 5233/2017.

[17] In effetti, stante la rilevanza del tema, sarà importante riscontare la posizione dell'Agenzia delle Entrate rispetto alla previsione del Decreto.

[18] Tra le altre, si segnalano: C.T.R. Milano, Sez. 34, sent. n. 3165 del 9 luglio 2015; Sez. 27, sent. n. 173 del 18 gennaio 2016; Sez. 50, sent. n. 1670 del 21 aprile 2015; C.T.P. Milano, Sez. 3, sent. n. 2052 del 3 marzo 2016; Sez. 46, sent. n. 1108 del 8 febbraio 2016; Sez. 8, sent. n. 10171 del 24 novembre 2015; Sez. 40, sent. n. 7996 del 19 settembre 2014, dove già si affermava che "la perdita d'esercizio deve essere considerata in quanto è un risultato d'esercizio a tutti gli effetti e, pertanto, tale risultato non può essere scartato aprioristicamente".

[19] OCSE (nota 10), par. 3.64. Molto coerentemente, le Linee Guida dell'OCSE prevedono che "[a]naloga indagine andrà condotta su potenziali comparabili che conseguono profitti anomali rispetto ad altri potenziali comparabili" (par. 3.66).

[20] C.T.P. Milano, Sez. III, sent., 3 marzo 2016, n. 2052.

[12] C.T.R. Lombardia, Sez. XXII, sent. 18 giugno 2015, n. 2725.

[13] C.T.R. Piemonte, Sez. IV, sent. 4 gennaio 2018, n. 16.

[14] Secondo il giudice, anzi, "[i]gnorare le risultanze degli studi [...], fatti prima degli accertamenti e senza analitica e concreta confutazione delle risultanze degli studi stessi sui tassi applicati e applicabili, sarebbe già di per sé motivo di annullamento del rilievo".

[15] C.T.P. Torino, Sez. 10, sent. n. 72/2017.

alcuni *comparables* poiché presentavano un risultato operativo negativo. Secondo il giudice tributario, tale approccio dell'Ufficio non poteva ritenersi condivisibile: quest'ultimo non poteva escludere dall'analisi le società che hanno chiuso l'esercizio sociale in perdita, in quanto "anche la perdita d'esercizio, come l'utile d'esercizio, è un vero e proprio risultato gestionale", che va preso in considerazione, in quanto seppur in modo negativo, rispetto all'utile, va a controbilanciare e dare una fotografia reale dei dati che vengono presi a titolo di comparazione. Opportunamente, il giudice ha fatto anche riferimento alle stesse Linee Guida dell'OCSE, ricordando che l'eventuale esclusione di *comparables* in perdita non può essere automatica, ma la stessa va verificata caso per caso e dev'essere adeguatamente supportata.

In una sentenza di poco precedente, la C.T.R. di Milano[21] si era occupata anche di questo aspetto ritenendo come non potessero essere esclusi dall'analisi di comparabilità quelle società che avevano chiuso l'esercizio sociale in perdita, in quanto anche la perdita d'esercizio rappresenta un vero e proprio risultato gestionale che va preso in considerazione. Secondo il giudice di appello, nell'elenco dei *comparables* avrebbero dovuto coesistere società che avevano riportato sia utili che perdite d'esercizio. Secondo il giudice, "scartare aprioristicamente società in perdita, dall'esame dei comparables, vuol significare non esaminare con la dovuta attenzione il caso sottoposto a giudizio. Non va dimenticato che il transfer pricing non è una scienza esatta, in quanto richiede l'esercizio di un determinato grado di giudizio, sia da parte dell'amministrazione finanziaria che del contribuente perché tutto contribuisca a risolvere le problematiche per le quali il legislatore, talvolta, è stato silente".

Rispetto a tali questioni, il Decreto ministeriale, purtroppo, non ha preso posizione. Forse, stante la sua specifica natura di provvedimento a carattere generale ed astratto che pur dando indicazioni tecniche non può affrontare tutte le numerose e complesse situazioni di dettaglio che le analisi di *transfer pricing* pongono, tale risultato era inevitabile, per quanto la pressoché totalità dei commentatori abbiano evidenziato il problema. L'auspicio è che questo tema, come molti altri, possa trovare spazio nella futura circolare che l'Agenzia delle Entrate si è impegnata ad emanare per chiarire tutti questi aspetti di "dettaglio".

VI. L'omessa comunicazione della "TP Doc" predisposta ovvero sua (asserita) non idoneità

Un'ulteriore criticità, spesso emersa, è costituita dalla mancata comunicazione della predisposizione della documentazione all'Amministrazione finanziaria, pur essendo stata predisposta. L'effetto della mancata comunicazione sarebbe la perdita della cd. "penalty protection" prevista dall'art. 1, comma 6, D.Lgs. n. 471/1997[22].

[21] C.T.R. Lombardia, Sez. I, sent., 21 aprile 2015, n. 1670.

[22] Cfr. art. 1, comma 6 D.Lgs. n. 471/1997: "[i]n 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

Questa tematica si accompagna con quella di una valutazione negativa della idoneità della documentazione stessa. Infatti, come chiarisce la prassi amministrativa, l'Amministrazione finanziaria non è vincolata alla disapplicazione della sanzione in materia di dichiarazione infedele, qualora la documentazione esibita nel corso dell'attività di controllo, pur essendo coerente con la struttura formale prevista dal Provvedimento del 2010 del Direttore dell'Agenzia delle Entrate[23], non presenta contenuti completi o conformi alle disposizioni ivi contenute.

Sul punto erano stati già offerti chiarimenti dalla stessa Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 58/E del 15 dicembre 2010, la quale affermava che il concetto di "idoneità" era da intendere in senso "sostanziale", nel senso di un apprezzamento della "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 praticati".

In tal senso, al fine di fornire un paradigma di riferimento e minimizzare, per quanto possibile, i profili di discrezionalità in merito al giudizio di idoneità, la norma ed il Provvedimento operano un esplicito riferimento ai principi declinati dal Codice di Condotta dell'Unione europea (UE) e dalle Linee Guida dell'OCSE.

Dal punto di vista operativo, la stessa Circolare n. 58/E richiamava gli Uffici ad una certa cautela nel disconoscere la bontà della documentazione predisposta dal contribuente. Era, infatti, previsto che, nel caso in cui, pur in presenza della comunicazione richiesta dal Provvedimento, non si fosse riscontrato in sede di controllo il possesso della documentazione e, più in generale, ogni qualvolta fosse stato riscontrato un utilizzo "strumentale" del regime da parte del contribuente, tali circostanze avrebbero dovuto essere tenute in debito conto ai fini dell'irrogazione della sanzione amministrativa conseguente alla rettifica avente ad oggetto i prezzi di trasferimento infragruppo (mediante un inasprimento delle sanzioni proporzionato alla gravità del comportamento).

In tale contesto, tuttavia, diversi Uffici hanno ritenuto di applicare sanzioni per l'omesso invio della comunicazione o l'inadeguatezza della documentazione pur essendo stata messa a disposizione dei funzionari in sede di controllo.

altra attività istruttoria, il contribuente segnali 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". La sanzione prevista dal comma 2 è costituita da una sanzione amministrativa dal 90% al 180% della maggiore imposta dovuta.

[23] Si vedano i punti 2.1 e 2.2.

Così in un caso^[24], pur in assenza della indicazione nella dichiarazione dei redditi del possesso degli oneri documentali predisposti secondo le indicazioni contenute nel Provvedimento direttoriale del 2010, la Commissione condivideva la tesi della società che l'omissione rappresentava un "mero errore formale, non tale da pregiudicare l'accesso al regime premiale" di cui all'art. 1, comma 6, del D.Lgs. n. 471/1997. Tale decisione era altresì motivata sulla base della considerazione che la società aveva ottemperato a tale onere nelle altre annualità d'imposta con l'unica eccezione dell'anno 2012 e gli stessi verificatori avevano riconosciuto "l'idoneità del documento prodotto" e, in particolare, la sua redazione secondo le indicazioni del Provvedimento.

In un'altra sentenza^[25], l'appellante Amministrazione finanziaria lamentava che la C.T.P. aveva erroneamente ritenuto che la società avesse prodotto documentazione idonea a valutare la conformità dei prezzi di trasferimento rispetto al valore normale (in punto completezza e veridicità delle informazioni medesime), rispettando altresì le prescritte modalità di comunicazione.

In particolare, secondo l'Agenzia delle Entrate, la documentazione in oggetto "non può in alcun modo essere considerata idonea, completa e veritiera", con conseguente legittimità delle sanzioni irrogate perché la società verificata aveva utilizzato quale "tested party" società non comparabili sia per l'attività svolta in via principale dalla contribuente, sia per i loro codici di attività. Inoltre, le società utilizzate come "tested party" avevano funzioni produttive non assimilabili a quella svolte dalla società e, quindi, il confronto effettuato dalla contribuente difettava della necessaria comparabilità dei dati. Oltre a ciò, dalla documentazione offerta non emergeva, sempre secondo l'Ufficio, l'analisi delle funzioni svolte e dei rischi assunti dalle società terze, con conseguente difficoltà di analizzare la correttezza dei dati comparati. Ancora, l'Ufficio riteneva che la società accertata non avesse offerto per gli anni 2008-2009, ma solo per l'anno di imposta 2010, "la disaggregazione del conto economico relativo all'attività di produzione verso terzi, produzione infragruppo e attività di distribuzione (acquisti infragruppo e correlate vendite verso terzi)".

Alla luce di tali numerose carenze e contraddittorietà della documentazione nazionale e per le difficoltà riscontrate dai verificatori nelle riconciliazioni tra la contabilità e quanto riportato nella documentazione stessa e nella sua integrazione, l'Ufficio aveva ritenuto di non accordare il beneficio della "penalty protection" previsto dall'art. 1 D.Lgs. n. 471/1997 in quanto, secondo quanto riportato in sentenza, "l'analisi dei

prezzi di trasferimento non trova un solido fondamento né sotto il profilo dell'interpretazione giuridica delle norme in tema di prezzi di trasferimento, né sotto quello dell'evidenza sostanziale e procedurale".

Rispetto a tali affermazioni dell'Ufficio, il giudice d'appello riteneva, invece, che la C.T.P., con una motivazione adeguata e corretta, avesse valutato che la società verificata avesse consegnato all'Ufficio una documentazione idonea a consentire il riscontro della conformità o meno al valore normale dei prezzi di trasferimento operati, rispettando anche le prescritte modalità di comunicazione. L'effetto di tale valutazione portava a confermare la disapplicazione delle sanzioni irrogate.

La C.T.R. sviluppava un ulteriore, interessante, argomento a supporto del suo giudicato. Infatti, secondo il giudice, quello che rilevava non era la correttezza dei prezzi di trasferimento indicati, ma "solo la messa a disposizione da parte della società in favore dell'Ufficio della documentazione utilizzata dalla verificata per conformarsi o meno ai valori medi richiesti dalla normativa per la determinazione del valore normale da applicare per le operazioni infragruppo". In sostanza, ha affermato il giudice, "non può rilevare al fine che interessa in questa sede il fatto che l'Agenzia ritenga non comparabili le società utilizzate come "tested party" o la non correttezza del valore normale applicato dalla Srl, trattandosi di questioni attinenti solo alla contestata correttezza dei prezzi di trasferimento in concreto adottati".

La giurisprudenza citata ha, quindi, condivisibilmente evidenziato la *ratio* della specifica disciplina in esame, che mira non tanto alla determinazione della correttezza dei prezzi adottati nelle relazioni infragruppo quanto, piuttosto, a mettere l'Amministrazione finanziaria in condizione di poter procedere a tale verifica avendo a disposizione un'appropriata base informativa, la stessa utilizzata dal contribuente per giungere alla determinazione quantitativa dei prezzi di trasferimento. In effetti, la norma mira più all'aspetto "procedurale" che a quello "sostanziale" del *transfer pricing*^[26].

VII. Conclusioni

La panoramica delle questioni sopra esaminate non esaurisce certamente i problemi che la disciplina del *transfer pricing* continua a sollevare nei rapporti tra imprese multinazionali e Amministrazioni finanziarie. L'emanazione del Decreto ministeriale del 14 maggio 2018 costituisce, però, un apprezzabile sforzo di definire le regole fondamentali per gestire almeno una parte della variabile (e del rischio) fiscale di tali contribuenti così da orientare un'impresa nell'adozione del miglior *business model* possibile.

[24] C.T.P. Varese, Sez. III, sent., 15 dicembre 2017, n. 74. Peraltro, il caso è di interesse perché la società contribuente, dopo aver ricevuto l'avviso di accertamento, ha prodotto istanza per accedere alla procedura amichevole di cui all'art. 6 della Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate (n. 90/436/CEE). L'istanza è stata accolta prima dell'udienza. Il giudice, pur dando atto di ciò, non ha preso posizione sul tema sanzionatorio e la sua compatibilità con il regime sanzionatorio. Ciò può forse essere dipeso dalla sua decisione nel merito, circa la non applicabilità delle sanzioni.

[25] C.T.R. Lombardia, Milano, Sez. I, sent., 1° giugno 2017, n. 2454.

[26] Come precisato anche nel Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting – Action 13: 2015 Final Report, p. 9: "[f]irst, the guidance on transfer pricing documentation requires multinational enterprises (MNEs) to provide tax administrations with high-level information regarding their global business operations and transfer pricing policies in a «master file» that is to be available to all relevant tax administrations. Second, it requires that detailed transactional transfer pricing documentation be provided in a «local file» specific to each country, identifying material related party transactions, the amounts involved in those transactions, and the company's analysis of the transfer pricing determinations they have made with regard to those transactions".

In effetti, viste le problematiche esaminate, oggetto del confronto tra imprese e Amministrazione finanziaria, un intervento chiarificatore su di esse resta, comunque, non solo auspicato ma necessario, attraverso una circolare esplicativa sufficientemente dettagliata piuttosto che attraverso interventi più puntuali[27].

Peraltro, la rilevanza del tema è dimostrata anche dai recenti dati emanati dall'OCSE sulle procedure amichevoli innescate da rettifiche sui prezzi di trasferimento[28]. La situazione delle controversie che vede impegnata l'Amministrazione finanziaria italiana è riassunta nelle Figure 1 e 2.

Figura 1: Le controversie internazionali in ambito di transfer pricing nelle quali è impegnata l'Amministrazione finanziaria italiana.

Cases started before 1 January 2016	2017 start inventory	Cases started	Cases closed	2017 end inventory
Transfer pricing cases	157	0	26	131
Other cases	129	0	5	124

Cases started as from 1 January 2016	2017 start inventory	Cases started	Cases closed	2017 end inventory
Transfer pricing cases	135	148	22	261
Other cases	18	58	9	67

Figura 2: Le procedure attivate in ambito di transfer pricing tra l'Amministrazione finanziaria italiana e quelle estere.



[27] Ad es., in questo senso, è da segnalare la risposta all'interpello n. 60 del 2 novembre 2018, relativo al "Trattamento ai fini Iva degli aggiustamenti da transfer pricing", disponibile sul sito dell'Agenzia delle Entrate, in: <https://www.agenzia-entrate.gov.it/wps/file/nsilib/nsi/normativa+e+prassi/risposte+agli+interpelli/interpelli/archivio+interpelli/interpelli+2018/novembre+2018+interpelli/interpello+60+2018/Risposta+n.+60+del+2018.pdf> (consultato il 16.01.2019). Nella sua risposta, l'Agenzia delle Entrate ha affermato che sono irrilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) le somme erogate a titolo di aggiustamento dei prezzi infragruppo (transfer pricing adjustments) qualora non ci sia un legame diretto tra gli importi corrisposti e le singole cessioni di beni effettuate tra le parti correlate del gruppo multinazionale. In particolare, sotto tale profilo, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che affinché gli adjustments da transfer pricing incidano sulla determinazione della base imponibile IVA, è necessario che: (i) vi sia un corrispettivo per tale aggiustamento; (ii) siano individuate le cessioni di beni o forniture di servizi cui il corrispettivo si riferisce; (iii) sia presente un legame diretto tra le cessioni di beni o forniture di servizi e il corrispettivo.

[28] Cfr. il seguente link: <http://www.oecd.org/tax/dispute/mutual-agreement-procedure-statistics.htm> (consultato il 16.01.2019).