

*Lorenzo Del Federico*

## LE SANZIONI AMMINISTRATIVE IN MATERIA DI PREZZI DI TRASFERIMENTO \*

### TAX ADMINISTRATIVE PENALTIES RELATING TO TRANSFER PRICING

#### *Abstract*

Nel sistema tributario italiano non sussiste l'obbligo di predisposizione della documentazione sui prezzi di trasferimento, essendo contemplato un semplice onere, al fine di incentivare l'adesione del contribuente in una logica di spontanea collaborazione.

Laddove il contribuente non abbia predisposto l'apposita documentazione, saranno normalmente applicabili le sanzioni previste per infedele dichiarazione delle imposte dirette. Viceversa, ove il contribuente abbia predisposto la suddetta documentazione, ne abbia dato rituale comunicazione all'Agenzia delle Entrate e la esibisca in sede di controllo, non sarà punibile, qualora la documentazione sia ritenuta idonea a consentire il riscontro di conformità.

Si tratta di un regime premiale, c.d. *penalty protection*, tratteggiato a livello internazionale, sulla base delle indicazioni dell'OCSE, volto ad incentivare azioni di *disclosure* e comportamenti collaborativi del contribuente, dando corpo ad una causa di non punibilità riconducibile alla logica dei c.d. modelli organizzativi relativi alla responsabilità amministrativa delle società.

*In the Italian tax system it is not compulsory to prepare the documentation on transfer prices, as a simple burden is contemplated, in order to encourage the taxpayer to join in a logic of spontaneous collaboration.*

*Where the taxpayer has not prepared the appropriate documentation, the penalties for unfaithful direct tax returns will normally be applicable. Conversely, if the taxpayer has*

---

\* Il presente scritto è tratto dal volume *Il transfer price nell'ordinamento tributario italiano*, a cura di DELLA VALLE-MAISTO-MIELE, in corso di pubblicazione per i tipi Giappichelli, Torino.

*prepared the aforementioned documentation, has given the ritual communication of it to the Revenue Agency and exhibits it during the control, it will not be punishable, if the documentation is deemed suitable to allow the verification of compliance.*

*It is a reward scheme, the so-called penalty protection, outlined at an international level, based on the OECD indications, aimed at encouraging taxpayer disclosure and collaborative behavior, giving rise to a cause of non-punishment attributable to the logic of the so-called organizational models relating to the administrative responsibility of companies.*

#### SOMMARIO:

Premesse: quadro normativo e violazioni rilevanti. – 1. I prezzi di trasferimento, tra antiggiuridicità e formalismo. – 2. I requisiti della documentazione idonea a consentire il riscontro di conformità. – 3. La comunicazione del possesso e termini di consegna della documentazione. – 4. La valutazione dell'idoneità della documentazione. – 5. L'ipotetica non punibilità del contribuente per altre esimenti generali e le strategie difensive.

#### *Premesse: quadro normativo e violazioni rilevanti*

Nel nostro ordinamento non sussiste l'obbligo di predisposizione della documentazione sui prezzi di trasferimento, essendo contemplato un semplice onere, al fine di incentivare l'adesione del contribuente in una logica di spontanea collaborazione.

Laddove il contribuente non abbia predisposto l'apposita documentazione, saranno normalmente applicabili le sanzioni previste dagli artt. 1 e 2, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, per infedele dichiarazione delle imposte sui redditi e dell'IRAP e per infedele dichiarazione dei sostituiti d'imposta.

Viceversa, ove il contribuente abbia predisposto la suddetta documentazione, ne abbia dato rituale comunicazione all'Agenzia delle Entrate e la esibisca in sede di controllo, non sarà punibile con le sanzioni previste dagli artt. 1 e 2 cit., qualora la documentazione sia ritenuta idonea a consentire il riscontro di conformità (ma, ovviamente, per i soli eventuali rilievi derivanti dalla rettifica dei prezzi di trasferimento).

Infatti, l'art. 1 cit., al comma 6, prevede che in caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento *ex art. 110*, comma 7, TUIR, da cui derivi una maggiore imposta o una differenza del credito, la sanzione per infedele dichiarazione, *ex comma 2*, non si applica qualora, nel corso dell'accesso,

ispezione o verifica o di altra attività istruttoria, il contribuente consegna all'Agenzia la documentazione – indicata in apposito provvedimento Direttoriale – idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati; il contribuente deve dare apposita comunicazione all'Agenzia, secondo le modalità e i termini indicati dal provvedimento Direttoriale; in assenza di detta comunicazione si rende applicabile l'ordinaria sanzione amministrativa, dal novanta al centoottanta per cento della maggior imposta dovuta o della differenza del credito utilizzato.

Similmente dispone l'art. 2 cit., comma 4 *ter*, secondo cui in caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento *ex art. 110*, comma 7, TUIR, da cui derivi la non corretta applicazione delle aliquote convenzionali sul valore delle royalties e degli interessi attivi, ai fini della ritenuta *ex art. 25*, comma 4, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, la sanzione per infedele dichiarazione, *ex comma 2* non si applica qualora, nel corso dei controlli, il contribuente consegna all'Agenzia l'apposita documentazione di cui al provvedimento Direttoriale; il contribuente deve dare apposita e tempestiva comunicazione all'Agenzia; in assenza di detta comunicazione si rende applicabile la sanzione amministrativa dal novanta al centoottanta per cento dell'importo delle ritenute non versate.

Si tratta di un regime premiale, c.d. *penalty protection*, tratteggiato a livello internazionale, sulla base delle indicazioni dell'OCSE<sup>1</sup>.

Come si avrà modo di evidenziare, si tratta di un regime volto ad incentivare azioni di *disclosure* e comportamenti collaborativi del contribuente, dando corpo ad una causa di non punibilità riconducibile alla logica dei c.d. modelli organizzativi relativi alla responsabilità amministrativa delle società e degli enti (L. 8 giugno 2001, n. 231)<sup>2</sup>. Infatti, nonostante una connotazione *prima facie* oggettiva, l'esimente tende a scusare comportamenti virtuosi dal punto di vista della c.d. colpa in organizzazione, e non potrebbe essere diversamente, stante la sua necessaria conformazione ai principi del sistema sanzionatorio amministrativo tributario<sup>3</sup>. Invero la base legale dell'esimente è collocata ne-

<sup>1</sup> Per i primi commenti v.: CORDEIRO GUERRA-DORIGO, *La documentazione sui prezzi di trasferimento*, in *Corr. trib.*, 2010, p. 2732; A.M. GAFFURI, *Documentazione dei prezzi di trasferimento*, in *Rass. trib.*, 2011, p. 1447; DELLA VALLE, *Transfer price: l'esimente relativa alla rettifica del valore normale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, p. 65.

<sup>2</sup> V. fra i tanti: TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 483; PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. en.*, 2006, p. 167; VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa d'organizzazione'*, Napoli, 2016.

<sup>3</sup> Si dissente quindi decisamente dall'opinione di VALENTE-CARACCIOLI, *Valutazione di idoneità della documentazione sui prezzi di trasferimento*, in *Il Fisco*, 2016, p. 2058, secondo cui

gli artt. 1, comma 6, e 2, comma 4 *ter*, del D.Lgs. n. 471/1997, e non contempla affatto deroghe ai principi di cui ai D.Lgs. nn. 471 e 472 del 1997; conseguentemente ogni ipotetica deroga rispetto al sistema, e/o restrizione e/o limitazione rispetto alla base legale dell'esimente va respinta ove non superi il vaglio del principio di legalità che permea il sistema sanzionatorio tributario (sugli spunti applicativi v. *infra*, § 4).

La disciplina è stata introdotta in Italia dall'art. 26 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. L. 30 luglio 2010, n. 122), ed è stata parzialmente modificata dall'art. 15 del D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158 (revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'art. 8, della legge delega 11 marzo 2014, n. 23).

Comunque, i profili sanzionatori sono marginali rispetto alla complessità della materia, che ha subito una notevole superfetazione normativa, non tanto in ragione delle modifiche dell'art. 110, comma 7, TUIR al fine di recepire le indicazioni dell'OCSE<sup>4</sup>, quanto piuttosto del Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze 14 maggio 2018<sup>5</sup> e del Provvedimento del Direttore

---

“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...”; e pertanto, “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 limiti, obbligatoria ... dell'art. 8 del D.Lgs. 546/1992, che invece è fortemente discrezionale”, e prevede la disapplicazione delle sanzioni per obiettive condizioni di incertezza delle norme (cfr. art. 6, comma 1, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472). Infatti, sul piano generale il sistema sanzionatorio amministrativo tributario riconosce e valorizza esplicitamente il profilo soggettivo (artt. 2, 4, 5, 10 ecc. D.Lgs. n. 472/1997) e nello specifico l'esimente in questione sembra incentrata più sulla non punibilità per errore incolpevole sul fatto, che non sulle obiettive condizioni di incertezza (v. *infra*, §§ 3, 4 e 5). Sulla rilevanza del profilo soggettivo nelle sanzioni amministrative tributarie v. per tutti CORDEIRO GUERRA, *Il principio di personalità*, in AA.VV., *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, a cura di Giovannini-Di Martino-Marzaduri, II, Milano, 2016, p. 1439.

<sup>4</sup>Modifiche apportate dall'art. 59, comma 1, del D.L. 24 aprile 2017, n. 50, conv. con L. 21 giugno 2017, n. 96. La relazione illustrativa ha evidenziato che con tali modifiche “si adeguava la formulazione dell'articolo 110, comma 7, ... con il riferimento al principio di libera concorrenza (cosiddetto *arm's length principle*) nella determinazione del valore delle operazioni tra imprese associate così come enunciato nell'articolo 9 del modello dell'OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni e illustrato dalle Linee guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento... La nuova formulazione richiama gli orientamenti interpretativi già adottati nella prassi amministrativa in sede di introduzione degli oneri documentali in materia di prezzi di trasferimento e, confermando il richiamo al principio di libera concorrenza, così come declinato nella sede dell'OCSE, attribuisce flessibilità nell'adozione di metodi di valutazione che meglio rispondano alle dinamiche negoziali del mercato”.

<sup>5</sup>Recante le “Linee guida per l'applicazione delle disposizioni previste dall'articolo 110 comma 7 del Testo unico...”. In merito si rinvia agli specifici capitoli della parte seconda del presente volume.

dell'Agencia delle Entrate 23 novembre 2020 (prot. n. 2020/360494)<sup>6</sup>.

Per quanto riguarda le violazioni coperte dalla *penalty protection* si segnala che nella prassi applicativa gli Uffici dell'Agencia, pur in presenza del regime premiale, puniscono l'omessa effettuazione delle ritenute ex art. 14, D.Lgs. n. 471/1997, basandosi sul dato puramente letterale, in quanto la norma sull'esimente contempla le sole sanzioni per infedele dichiarazione e non quelle di cui all'art. 14 cit., relative all'obbligo di esecuzione delle ritenute.

Al riguardo è stato acutamente evidenziato che "il riconoscimento dell'esimente in tema di dichiarazione infedele e la contestuale irrogazione della sanzione del 20% sono contraddittorie poiché... se da un lato si riconosce la *penalty protection*, dall'altro la si applica parzialmente..."; "...le disposizioni di cui all'art. 2, comma 4 ter, D.Lgs. n. 471/1997 non devono essere lette in senso restrittivo, bensì in termini generali in modo tale da coprire tutto lo spazio sanzionatorio al fine di evitare asimmetrie e disparità di trattamento, includendo quindi anche l'omessa effettuazione delle ritenute. In sostanza, considerando che la sanzione in esame è la diretta conseguenza di una contestazione di transfer pricing, per "coerenza sistematica" non dovrebbe essere applicata"<sup>7</sup>.

Tali considerazioni sono condivisibili, ma limitatamente alle ipotesi di illecito continuato ex art. 12 D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, giacché soltanto in tal caso la non punibilità della violazione più grave (dichiarazione infedele) può ricomprendere la violazione minore (omessa effettuazione delle ritenute), nella logica premiale che connota la *penalty protection*.

Altri profili sanzionatori di dubbia copertura emergono laddove l'Agencia delle Entrate neghi la deducibilità di un costo, configurato come prezzo di trasferimento, per difetto di inerenza o per mancanza di effettività, o effettui delle rettifiche secondarie ("*secondary adjustment*"), riqualificando l'importo eccedente il valore normale come distribuzione di dividendo o finanziamento produttivo di interessi<sup>8</sup>. A stretto rigore, nella prima ipotesi, non si trattereb-

---

<sup>6</sup>Di "Attuazione della disciplina di cui all'articolo 1, comma 6, e all'articolo 2, comma 4 ter, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, concernente la documentazione idonea a consentire il riscontro della conformità al principio di libera concorrenza delle condizioni e dei prezzi di trasferimento praticati dalle imprese multinazionali ...". Sugli aspetti sostanziali v. i capitoli di cui alla parte seconda del volume *Il transfer price nell'ordinamento tributario italiano*, a cura di DELLA VALLE-MAISTO-MIELE, cit.

<sup>7</sup>Così acutamente BELOTTI-QUARANTINI, *Linee guida al regime della penalty protection nei prezzi di trasferimento*, in *Il Fisco*, 2020, p. 3757; cfr. AVOLIO, *La disciplina del transfer pricing nel T.U.I.R.*, in AA.VV., *Il transfer pricing*, a cura di Avolio-Piazza, Milano, 2022, p. 83.

<sup>8</sup>Sul tema v. CATALDI-VANNUCCI, *Le rettifiche "secondarie" di transfer pricing e le misure di*

be di rettifiche del prezzo di trasferimento sul quantum del valore, cui la normativa aggancia l'esimente, ma vertendosi comunque in tema di prezzi di trasferimento, stante la contestazione in toto dell'*an* della loro deducibilità, si potrebbe comunque ipotizzare la copertura<sup>9</sup> (a maggior ragione configurabile in tema di "*secondary adjustment*", laddove sussiste una rettifica anche sul quantum del valore<sup>10</sup>).

Prima di entrare nel merito dell'argomento sembra opportuno evidenziare che il regime premiale si struttura come ipotesi di "non applicazione delle sanzioni", e non di "disapplicazione delle sanzioni", cioè da corpo ad una circostanza impeditiva dell'esercizio della potestà sanzionatoria e non di abdicazione a sanzioni irrogate (come si desume chiaramente dal tenore delle norme)<sup>11</sup>.

### 1. I prezzi di trasferimento, tra antigiridicità e formalismo

Una ulteriore riflessione preliminare si impone a proposito della effettiva antigiridicità dei prezzi di trasferimento e della connotazione formalistica della normativa di contrasto a dispetto dell'aurea sostanzialistica che l'accompagna sin dalla elaborazione delle linee guida OCSE.

La dottrina più attenta ai rapporti tra forma e sostanza ha evidenziato che nella normativa di contrasto al transfer pricing la forma voluta dal Legislatore

---

*eliminazione della doppia imposizione*, in Riv. dir. trib., 2021, p. 423, i quali evidenziano che tali rettifiche secondarie individuano delle operazioni virtuali, mediante le quali le risorse finanziarie eccedenti i valori normali, presenti nella disponibilità del contribuente che non ha subito la rettifica primaria, sono considerate come se fossero state trasferite in ragione di un diverso titolo giuridico.

<sup>9</sup>Lo spunto è di DELLA VALLE, Transfer price, cit., p. 70, il quale evidenzia che la prevalente interpretazione restrittiva "diminuisce molto l'appel dell'esimente se si considera che molte rettifiche concernenti i prezzi di trasferimento riguardano casi di servizi infragruppo in cui i verificatori contestano l'utilità ovvero il beneficio dagli stessi ritraibile onde disconoscere l'inerenza dei relativi costi"; nello stesso ordine di idee v. pure AVOLIO, *La disciplina del transfer pricing*, cit., p. 85.

<sup>10</sup>In senso analogo CATALDI-VANNUCCI, *Le rettifiche "secondarie" di transfer pricing*, cit., pp. 445-447, i quali evidenziano (nota 70) come le stesse linee guida dell'OCSE, EU JOINT TRANSFER PRICING FORUM, *Final Report on Secondary Adjustments*, 25 ottobre 2012, raccomandino agli Stati di astenersi dall'applicazione di sanzioni in caso di rettifiche secondarie.

<sup>11</sup>Circostanza che può assumere variegato ed imprevedibile rilievo nelle situazioni più diverse, si pensi a misure condonistiche che facciano riferimento a sanzioni irrogate, irrogabili, applicate, applicabili, ecc. o ai profili disciplinari e/o del danno erariale riferibili ai funzionari ecc.

prevalere rispetto al contenuto reale del contratto stipulato dalle società del gruppo; ciò che viene sindacato in relazione al valore di mercato è proprio l'effettivo corrispettivo contrattuale pattuito tra parti correlate<sup>12</sup>.

Che sia la forma a prevalere sulla sostanza lo si evince anche dalla giurisprudenza, secondo cui il “valore normale di mercato” deve prevalere nonostante che non si possa “escludere che considerazioni di strategia complessiva inducano le imprese a compiere operazioni di per sé stesse antieconomiche in vista ed in funzione di altri benefici”<sup>13</sup>

La giurisprudenza ammette che la disciplina dei prezzi di trasferimento – conformemente alla logica dell'OCSE – risponde “ad esigenze di equa suddivisione dei profitti fra i Paesi in cui operano le parti”<sup>14</sup> ed è significativo che tale meccanismo di contrasto non possa mai trovare applicazione in ambito Iva, cioè in un settore caratterizzato dalla prevalenza della sostanza sulla forma, in cui il principio cardine è quello “del corrispettivo effettivamente ricevuto”<sup>15</sup>.

Tanto più che sull'Agenzia incombe solamente l'onere di provare “l'esistenza di transazioni, tra imprese collegate, ad un prezzo apparentemente inferiore a quello normale, mentre incombe sul contribuente, giusta le regole ordinarie di vicinanza della prova *ex art. 2697 c.c.*, l'onere di dimostrare che tali transazioni siano intervenute per valori di mercato da considerarsi normali”<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup>MONTANARI, *La prevalenza della sostanza sulla forma nel diritto tributario*, Padova, 2019, p. 350.

<sup>13</sup>Così ad es. Cass., sez. trib., 6 settembre 2017, n. 20805.

<sup>14</sup>Così ad es. Cass., sez. trib., 30 gennaio 2018, n. 2240; in senso analogo, tra le tante, Cass., 24 luglio 2015, n. 15642.

<sup>15</sup>La stessa Agenzia delle Entrate, in una recente risposta ad interpello (n. 60/2018), ha evidenziato l'irrelevanza delle rettifiche da transfer pricing ai fini IVA in quanto tali rettifiche si basano su corrispettivi “non effettivi” (in merito v. per tutti ANTONINI-SETTI DELLAVOLTA, *La rilevanza ai fini Iva degli aggiustamenti da transfer pricing*, in *Corr. trib.*, 2018, p. 3640). Sul tema v. MASPEL-TRABUCCHI, *Prezzi di trasferimento ed Iva*, in *Il transfer price nell'ordinamento tributario italiano*, a cura di DELLA VALLE-MAISTO-MIELE, cit.

<sup>16</sup>V. ad es. Cass., sez. trib., 8 maggio 2013, n. 10742, in *Riv. giur. trib.*, 2013, p. 772, con nota di DELLA VALLE, *Il fisco non deve provare l'elusione nella disciplina del transfer pricing*. Tuttavia, la giurisprudenza creativa che tende a spostare l'onere della prova dai classici assetti dell'art. 2697 c.c. al perno della “vicinanza” risulta alquanto datata, ove si considerino i poderosi strumenti informativi di cui oggi dispone l'Agenzia delle Entrate, gli obblighi informativi a vari livelli gravanti sulle imprese in relazione alle parti correlate (v. ad es. art. 2427 c.c.), e l'ampliamento degli obblighi amministrativi e dichiarativi di cui alla rendicontazione Paese per Paese (“*country by country reporting*”), alla cooperazione amministrativa (DAC) ecc. (sulle implicazioni in tema di prezzi di trasferimento v. per tutti LODOLI-PALOMBO, *La rendicontazione paese per paese (country by country reporting)*, in AA.VV., *Il transfer pricing*, cit., p. 587).

Del resto, è evidente che il concetto di “valore di mercato” – così come di quello di prezzo che sarebbe stato pattuito tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili introdotto nel novellato art. 110, comma 7, del TUIR – non è altro che una convenzione e, come tale, si pone in una logica diametralmente opposta rispetto alla ricerca del corrispettivo “effettivo” (cioè di quello genuino e reale in quanto contrattualmente pattuito)<sup>17</sup>.

È quindi necessario affrontare i problemi interpretativi ed applicativi che pone la normativa di contrasto al transfer pricing con la consapevolezza che si tratta di una normativa formalistica e fortemente restrittiva delle libertà economiche e negoziali, che qualifica come illeciti, limitatamente al settore delle imposte sui redditi e dell'IRAP, comportamenti dei contribuenti reali ed effettivi, tali da mantenere la loro naturale liceità in tutti gli altri settori della fiscalità e dell'ordinamento giuridico<sup>18</sup>.

## 2. I requisiti della documentazione idonea a consentire il riscontro di conformità

Il D.M. 14 maggio 2018 rinvia per i profili attuativi al Provvedimento Direttoriale, e questo, infine, individua i requisiti della documentazione idonea a consentire.

il riscontro della conformità al principio di libera concorrenza delle condizioni e dei prezzi di trasferimento praticati dalle imprese multinazionali, che, assolvendo tale onere documentale, intendano beneficiare della non applicazione delle sanzioni in caso di dichiarazione infedele.

Per quanto riguarda l'ambito dei contribuenti interessati a predisporre la

---

<sup>17</sup> In tale ordine di idee v. a livello internazionale ANDRUS-COLLIER, *Transfer Pricing and the Arm's length Principle after BEPS*, Oxford, 2017, e nel panorama interno CIANI, *Finanziamenti infragruppo: nuovi OIC, principio di derivazione rafforzata, regimi derogatori e transfer pricing*, in *Corr. trib.*, 2018, p. 37, ed ampiamente MONTANARI, *La prevalenza della sostanza sulla forma*, cit., p. 353.

<sup>18</sup> Invero, a norma dell'art. 2427 c.c., la nota integrativa al bilancio deve indicare “le operazioni realizzate con parti correlate, precisando l'importo, la natura del rapporto e ogni altra informazione necessaria per la comprensione del bilancio relativa a tali operazioni, qualora le stesse non siano state concluse a normali condizioni di mercato. Le informazioni relative alle singole operazioni possono essere aggregate secondo la loro natura, salvo quando la loro separata evidenziazione sia necessaria per comprendere gli effetti delle operazioni medesime sulla situazione patrimoniale e finanziaria e sul risultato economico della società” (n. 22 bis).



documentazione idonea il Provvedimento Direttoriale richiama non solo l'art. 110, comma 7, ma anche gli artt. 152, comma 3, e 168 *ter*, comma 10, del TUIR<sup>19</sup>.

In sintonia con le Linee Guida OCSE, la disciplina nazionale della documentazione idonea a consentire il riscontro della conformità al principio di libera concorrenza delle condizioni e dei prezzi di trasferimento si basa “su un regime premiale che tiene conto dell’impegno profuso dai contribuenti che, in buona fede, predispongono la documentazione con l’effetto di agevolare, in sede di controllo, il riscontro della conformità delle operazioni infragruppo realizzate al principio della libera concorrenza. Pertanto, l’adozione di tale regime appare configurarsi come vero e proprio indice segnaletico della presenza di un atteggiamento cooperativo, trasparente e di buona fede da parte del contribuente...”<sup>20</sup>.

Per poter fruire del regime premiale debbono sussistere i seguenti requisiti oggettivi:

- a) predisposizione della documentazione;
- b) idoneità della documentazione a consentire il riscontro di conformità al principio di libera concorrenza delle condizioni e dei prezzi di trasferimento praticati (v. *infra*, § 4);
- c) comunicazione mediante dichiarazione dell’avvenuta predisposizione della documentazione (v. *infra*, § 3);
- d) consegna della documentazione nel corso dei controlli (v. *infra*, § 3).

La documentazione idonea a consentire il riscontro di conformità è costituita dal c.d. Masterfile, che raccoglie informazioni relative al gruppo multinazionale, e dalla Documentazione Nazionale, contenente informazioni con-

---

<sup>19</sup> L’art. 152, comma 3, prevede che “i componenti di reddito attribuibili alle stabili organizzazioni relativamente alle transazioni e alle operazioni tra la stabile organizzazione e l’entità cui la medesima appartiene sono determinati ai sensi dell’articolo 110, comma 7”. Su questi profili v. BAGAROTTO, *I requisiti soggettivi: la nozione di controllo rilevante*, in *Il transfer price nell’ordinamento tributario italiano*, a cura di DELLA VALLE-MAISTO-MIELE, cit.

L’art. 168 *ter*, comma 10, prevede che, in caso di opzione per il regime di esenzione del reddito delle stabili organizzazioni di imprese residenti, “il reddito della stabile organizzazione va separatamente indicato nella dichiarazione dei redditi dell’impresa e ai fini della sua determinazione valgono i criteri di cui all’articolo 152, anche con riferimento alle transazioni intercorse tra l’impresa e la medesima stabile organizzazione, nonché tra quest’ultima e le altre imprese del medesimo gruppo”.

<sup>20</sup> Così Ag. Entrate, Circolare 26 novembre 2021, n. 15/E.

cernenti le operazioni infragruppo specificamente relative all'entità locale (art. 2 Provv. Dirett.)<sup>21</sup>.

L'Agenzia delle Entrate ha assunto un orientamento estremamente formalistico e rigoroso a proposito dei requisiti formali e sostanziali di tale documentazione, laddove ha evidenziato che "la struttura prevista dal Provvedimento nonché la relativa titolazione e numerazione deve intendersi non modificabile, salvo modifiche parziali e integrazioni che non comportino una modifica sostanziale delle informazioni richieste dal Provvedimento e che siano strettamente necessarie per una migliore intelligibilità del documento"<sup>22</sup>.

Il Provvedimento Direttoriale, con l'intento di ampliare la platea dei soggetti e rendere meno gravoso alle piccole imprese il regime premiale per le piccole imprese, consente per costoro la semplificazione dell'aggiornamento, non necessariamente annuale (art. 4). Altra semplificazione riguarda i servizi a basso valore aggiunto (art. 7). Inoltre è riconosciuta al contribuente la facoltà di presentare la documentazione idonea con riguardo a una parte delle operazioni, ma in tal caso l'esimente sanzionatoria si applica con esclusivo riguardo alle operazioni coperte (art. 5.3.7).

Il Provvedimento prevede che il Masterfile e la Documentazione Nazionale devono essere firmati dal legale rappresentante del contribuente, o da un suo delegato, mediante firma elettronica con marca temporale da apporre entro la data di presentazione della dichiarazione dei redditi (art. 5.1.2).

La documentazione idonea deve essere redatta su base annuale (tranne che per le piccole e medie imprese), ed ovviamente produce effetti esclusivamente per l'anno interessato (art. 5.3.1 Provv. Dirett.); stante la facoltatività dell'adempimento, la sua logica premiale e l'autonomia dei periodi d'imposta (art. 76 TUIR); in ogni caso, per poter produrre l'effetto premiale tale documentazione deve essere conservata fino alla fine del termine di decadenza per l'accertamento (art. 43, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600).

### *3. La comunicazione del possesso e termini di consegna della documentazione*

La normativa è chiara nel subordinare l'esimente sanzionatoria non solo alla predisposizione della documentazione, ma anche ad un'apposita comuni-

---

<sup>21</sup> V. la parte seconda del volume *Il transfer price nell'ordinamento tributario italiano*, a cura di DELLA VALLE-MAISTO-MIELE, cit.

<sup>22</sup> Circolare n. 15/E del 2021, cit.

cazione all’Agenzia delle Entrate (in base alle specifiche modalità previste dal Provvedimento Direttoriale – art. 6).

La comunicazione deve essere effettuata mediante la dichiarazione dei redditi.

In passato erano emersi dubbi a proposito della validità di comunicazioni rese mediante dichiarazioni presentate con ritardo tollerabile (entro i novanta giorni dal termine – art. 2, comma 7, D.P.R. 22 luglio 1998, n. 322), in sede di dichiarazione integrativa, ravvedimento, ecc.<sup>23</sup>.

Molto opportunamente l’Agenzia ha riconosciuto la validità delle comunicazioni rese “in caso di dichiarazioni presentate entro novanta giorni dal termine... – sia che il contribuente presenti per la prima volta la dichiarazione nei novanta giorni sia che, entro il medesimo termine, presenti una dichiarazione per correggere quella presentata nei termini ...”; ne consegue che il Masterfile e la Documentazione Nazionale devono essere sottoscritti dal contribuente “mediante firma elettronica con marca temporale da apporre entro la data di effettiva presentazione delle dichiarazioni”<sup>24</sup>.

Del resto – e più in generale – la comunicazione in questione può essere effettuata anche tardivamente, nei limiti ed alle condizioni di tollerabilità degli inadempimenti formali *ex art. 2, comma 1, D.L. 2 marzo 2012, n. 16 (conv. L. 26 aprile 2012, n. 44)*<sup>25</sup>.

Tale norma è chiara nel prevedere che la fruizione di benefici di natura fiscale o l’accesso a regimi fiscali opzionali, subordinati all’obbligo di preventiva comunicazione ovvero ad altro adempimento di natura formale non tempestivamente eseguiti, non è preclusa, sempre che la violazione non sia stata constatata o non siano iniziati accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento delle quali l’autore dell’inadempimento abbia

---

<sup>23</sup> ALBANO-GNUDI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina della documentazione in materia di transfer pricing nell’ottica del principio di proporzionalità*, in *Riv. telematica dir. trib.*, 4 marzo 2021, p. 10; VALENTE-DELLA ROVERE-MATTIA-SCHIPANI-VINCENTI, *Guida pratica al transfer pricing*, Milano, 2021, p. 286.

<sup>24</sup> Circolare n. 15/E del 2021 cit.; ma sul rigido formalismo relativo alla firma elettronica con marca temporale v. *infra*, § 4.

<sup>25</sup> Con riferimento alla normativa progressa si segnala un orientamento giurisprudenziale favorevole a configurare come mero errore formale, di per sé non preclusivo, l’omessa comunicazione in questione (CTP Milano, 29 marzo 2012, n. 99; CTP Varese, sez. III, 5 marzo 2018, n. 74); ma *contra* CTR Lombardia, sez. XXIV, 26 gennaio 2018, n. 328; per un quadro delle relative problematiche v. MONTANARI, *Le violazioni di obblighi formali, documentali e contabili nelle imposte dirette e nell’IVA*, in AA.VV., *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, cit., p. 1753.

avuto formale conoscenza, laddove il contribuente: – a) abbia i requisiti sostanziali richiesti dalle norme di riferimento; – b) effettui la comunicazione ovvero esegua l’adempimento richiesto entro il termine di presentazione della prima dichiarazione utile; – c) versi contestualmente l’importo pari alla misura minima della sanzione *ex art. 11, comma 1, D.Lgs. n. 471/1997*.

Secondo l’Agenzia, ai fini della remissione in bonis, i requisiti sostanziali richiesti sussistono laddove la documentazione idonea sia stata predisposta; inoltre, la comunicazione deve essere eseguita entro il termine di presentazione della prima dichiarazione utile (cioè la prima dichiarazione dei redditi il cui termine di presentazione scade successivamente al termine previsto per effettuare la comunicazione), ed, altresì, Masterfile e Documentazione Nazionale devono essere sottoscritti, mediante firma elettronica con marca temporale, entro la stessa data<sup>26</sup>.

Il contribuente deve consegnare la documentazione idonea a consentire il riscontro di conformità immediatamente, nel corso dei controlli, ovvero entro e non oltre 20 giorni dalla richiesta, pena l’esclusione dal beneficio.

In ogni caso tale documentazione deve risultare firmata dal legale rappresentante, o da un suo delegato, mediante firma elettronica con marca temporale apposta entro la data di presentazione della dichiarazione dei redditi.

Qualora nel corso del controllo l’Agenzia delle Entrate ritenesse opportu-

---

<sup>26</sup> Così la Circolare n. 15/E del 2021, cit., che poi ulteriormente fornisce ampi chiarimenti in merito alle diverse ipotesi di emenda della dichiarazione (art. 6 Provv. Dirett.). In caso di dichiarazioni presentate nei termini, o di dichiarazioni presentate entro 90 giorni, nelle quali il contribuente abbia effettuato la comunicazione, cui segua una dichiarazione integrativa per correggere errori in tema di prezzi di trasferimento, la documentazione può essere modificata, fermo restando che Masterfile e Documentazione Nazionale devono essere sottoscritti mediante firma elettronica con marca temporale da apporre entro la data di presentazione della dichiarazione e la relativa comunicazione deve essere effettuata unitamente alla presentazione della suddetta dichiarazione. In caso di dichiarazioni presentate nei termini, o di dichiarazioni presentate entro 90 giorni, nelle quali il contribuente non abbia effettuato la comunicazione, cui segua una dichiarazione integrativa per correggere errori in tema di prezzi di trasferimento, è necessario chiarire se il contribuente intende avvalersi della remissione in bonis: in tal caso la documentazione può essere modificata, fermi restando tutti i normali oneri per Masterfile, Documentazione Nazionale e relativa comunicazione; viceversa, laddove il contribuente non si avvale della remissione in bonis, la documentazione non può essere modificata e, conseguentemente, la comunicazione non può essere effettuata in sede di dichiarazione integrativa (su tali profili v. pure ALBANO-GNUDI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina della documentazione in materia di transfer pricing*, cit., pp. 13-14; VALENTE-DELLA ROVERE-MATTIA-SCHIPANI-VINCENTI, *Guida pratica al transfer pricing*, cit., p. 321). Ovviamente nei casi di dichiarazione integrativa *ex art. 2, comma 8, D.P.R. n. 322/1998*, si applicano le sanzioni amministrative previste e trova applicazione l’art. 13, D.Lgs. n. 472/1997.

no acquisire informazioni supplementari o integrative rispetto a quelle contenute nella documentazione consegnata dal contribuente, le stesse devono essere fornite entro 7 giorni dalla richiesta (o del termine più ampio accordato in funzione della complessità del controllo *ex art. 5.2 Provv. Dirett.*).

Decorsi i suddetti termini, l'Agenzia non potrà applicare l'esimente *ex art. 1, comma 6, ed art. 2, comma 4 ter, D.Lgs. n. 471/1997*. Tuttavia, la stessa prassi riconosce che ove l'integrazione richiesta abbia ad oggetto informazioni supplementari estranee al normale contenuto del Masterfile e della Documentazione Nazionale, l'eventuale mancata consegna non comporta il venir meno del regime premiale<sup>27</sup>.

#### 4. La valutazione dell'idoneità della documentazione

L'applicabilità dell'esimente deve essere vagliata dell'Agenzia delle Entrate. Infatti, sia l'art. 1 cit., (comma 6), sia l'art. 2 cit. (comma 4 *ter*), prevedono che in caso di rettifica dei prezzi di trasferimento, la sanzione per infedele dichiarazione non si applica qualora, nel corso dei controlli, il contribuente consegni all'Agenzia l'apposita documentazione di cui al Provvedimento Direttoriale, idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati; di tale documentazione deve esser dare apposita e tempestiva comunicazione all'Agenzia.

Pertanto, l'esimente non è applicabile in caso di carenza dei suoi presupposti: a) predisposizione della documentazione; b) idoneità della documentazione a consentire il riscontro di conformità al principio di libera concorrenza delle condizioni e dei prezzi di trasferimento praticati; c) comunicazione mediante dichiarazione dell'avvenuta predisposizione della documentazione; d) consegna della documentazione nel corso dei controlli.

I requisiti *sub c)* e *d)* sono già stati analizzati nel § precedente; il requisito della predisposizione/esistenza della documentazione *sub a)* è di palese rilevanza e percezione, giacché ove la documentazione manchi non si possono porre dubbi in merito all'inapplicabilità dell'esimente (sulla dimensione materiale della documentazione *v. retro, § 3*)<sup>28</sup>. Presente invece notevoli margini

---

<sup>27</sup> Circolare n. 15/E del 2021, cit.

<sup>28</sup> Condivisili al riguardo i rigori della prassi (Circolare n. 15/E del 2021, cit.), secondo cui laddove, in presenza dell'apposita comunicazione, non venga riscontrato in sede di controllo il possesso della documentazione e, più in generale, ogni qualvolta venga riscontrato un utilizzo strumentale del regime da parte del contribuente, tali circostanze andranno tenu-

di opinabilità il requisito qualitativo *sub b*), dell'idoneità di tale documentazione a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati.

In termini generali è comunque ovvio che la sussistenza dei presupposti dovrà essere vagliata dall'Agenzia nell'esercizio dei suoi normali poteri amministrativi<sup>29</sup>, salvo il naturale sindacato giurisdizionale<sup>30</sup>.

Sul profilo qualitativo la prassi amministrativa suscita qualche perplessità, ritenendo insussistente l'idoneità "quando la documentazione esibita nel corso di attività di controllo, pur rispettando la struttura formale del Masterfile e della Documentazione Nazionale, non presenti nel complesso contenuti informativi completi e conformi alle disposizioni contenute nel Provvedimento, ivi compresa la firma elettronica con marca temporale, ovvero quando le informazioni fornite nella documentazione esibita non corrispondono in tutto o in parte al vero"<sup>31</sup>.

Le perplessità riguardano la sopravvalutazione della firma elettronica con marca temporale, la cui mancanza è considerata irrimediabilmente preclusiva (v. *infra*), mentre i profili relativi all'apprezzamento del requisito qualitativo dell'idoneità sono condivisibili.

Gli artt. 1 e 2 del D.Lgs. n. 471/1997 pongono le premesse normative sui cui il Provvedimento Direttoriale si basa nel prevedere che l'Agenzia può disconoscere il regime premiale qualora la documentazione esibita nel corso dell'attività di controllo, pur rispettando la prevista struttura formale, non presenta contenuti informativi completi o conformi alla normativa ed al Provvedimento Direttoriale.

Infatti, superando iniziali orientamenti radicali e restrittivi<sup>32</sup>, la prassi più

---

te in debito conto ai fini della irrogazione della sanzione amministrativa conseguente alla rettificata avente a oggetto i prezzi di trasferimento infragruppo (mediante un inasprimento delle sanzioni proporzionato alla gravità del comportamento).

<sup>29</sup> Ove la documentazione venga consegnata in sede di accessi, ispezioni o verifiche, la valutazione di idoneità dovrà essere prontamente effettuata dai funzionari verbalizzanti, con specifica motivazione, soprattutto in caso di giudizio negativo; ovviamente resta fermo il potere dell'Agenzia di riesaminare le valutazioni dei verificatori nel successivo ambito dell'attività di accertamento e di irrogazione delle sanzioni.

<sup>30</sup> Conf. DELLA VALLE, *Transfer price*, cit., p. 76. La giurisprudenza tende a limitare al massimo le preclusioni scaturenti da giudizi negativi dell'Agenzia sull'idoneità della documentazione; v. da es.: CTR Lombardia, sez. I, 1° giugno 2017, n. 2454; CTR Lombardia, n. 328/2018 cit.

<sup>31</sup> Circolare n. 15/E del 2021, cit.

<sup>32</sup> Sui quali v. per tutti BELOTTI-QUARANTINI, *Linee guida al regime della penalty protection*, cit., p. 3753.

recente ha evidenziato che il concetto qualitativo di idoneità “non va assunto su un piano meramente formale, bensì sostanziale, nel senso di un apprezzamento dell’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”<sup>33</sup>.

Su tali premesse la prassi evidenzia che il giudizio di idoneità deve valorizzare i dati e gli elementi conoscitivi attinenti all’accurata delineazione delle transazioni e all’analisi di comparabilità – compresa l’analisi funzionale – indipendentemente dalla circostanza che il metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento o la selezione delle operazioni o soggetti comparabili adottati dal contribuente risultino diversi da quelli individuati dall’Agenzia (v. puntualmente l’art. 5.3.3 Provv. Dirett.).

Il Provvedimento Direttoriale chiarisce che la documentazione non può essere considerata idonea quando, pur rispettando i requisiti della struttura formale, non contenga informazioni complete e conformi a quanto previsto dalla normativa e dallo stesso Provvedimento, ovvero quando le informazioni non corrispondano in tutto o in parte al vero (art. 5.3.2)<sup>34</sup>.

In tale ottica, è ovvio che l’omissione parziale degli allegati e/o le omissioni o inesattezze parziali non suscettibili di compromettere l’analisi istruttoria non pregiudicano la fruizione del regime premiale (depongo in tal senso sia il D.M., sia l’art. 5.3.4 del Provv. Dirett.).

Per quanto riguarda la mancanza della firma elettronica con marca tempo-

---

<sup>33</sup> Circolare n. 15/E del 2021, cit.; in giurisprudenza v. in senso analogo: CTR Lombardia, n. 2454/2017, cit., resa a fronte della pretesa dell’Agenzia che richiedeva invece la correttezza dei prezzi di trasferimento ai fini dell’applicabilità dell’esimente (v. sul punto le critiche di DELLA VALLE, *Transfer price*, cit., p. 75, oggi superate dall’orientamento più garantista della prassi amministrativa); CTR Lombardia, 28 novembre 2018, n. 5225, che ha ritenuto non preclusiva la predisposizione di un unico set documentale per due diverse società controllate.

<sup>34</sup> Stanti le palesi assonanze tra la documentazione in questione ed il sistema dei modelli organizzativi relativi alla responsabilità amministrativa delle società ex L. n. 231/2001, per spunti interessanti, volti a cogliere la giusta dimensione antigiusdica dell’inidoneità, v.: PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Società*, 2011, p. 46; CAVALLINI, *Il giudizio di idoneità dei modelli organizzativi: barlumi di colpa nell’eterno meriggio della responsabilità in re ipsa dell’ente*, in *Resp. amm. soc. en.*, 2015, p. 157; MANES-TRIPODI, *L’idoneità del modello organizzativo*, in AA.VV., *La responsabilità «penale» degli enti: dieci proposte di riforma*, a cura di Centonze-Mantovani, Bologna, 2016, p. 137; POGGI-POGGI, *L’idoneità e l’adeguatezza dei protocolli etico organizzativi: spunti di riflessione orientati alla pragmaticità ed alla concretezza applicativa*, in *Resp. amm. soc. en.*, 2017, p. 251.

rare, considerata irrimediabilmente preclusiva, si osserva che è soltanto il Provvedimento Direttoriale (art. 5.1) a richiedere che il Masterfile e la Documentazione Nazionale debbano presentare tale requisito formale.

Nella sua prassi di indirizzo l'Agenzia ha evidenziato che "la *ratio* sottesa alla tempestiva apposizione della marca temporale sulla documentazione risponde all'esigenza di conferire data certa ai documenti...", per cui "la tardiva apposizione della firma elettronica con marca temporale equivale ad assenza della stessa"<sup>35</sup>.

Si dissente decisamente da tale opinione.

Le norme di legge non richiedono la data certa e non contemplano affatto tale requisito (nemmeno il D.M. 14 maggio 2018)<sup>36</sup>, per cui l'onere posto dal Provvedimento Direttoriale, per sua natura atto amministrativo generale di natura non regolamentare) o va inteso in termini meramente pragmatici o deve essere disatteso, mediante disapplicazione dell'atto generale sul punto illegittimo (*ex* art. 8, D.L.gs. 31 dicembre 1992, n. 546). Infatti, un vincolo formale tanto stringente da condizionare la conformazione e l'applicazione dell'esimente è riservato alla potestà legislativa, non potendo di certo essere introdotto da un mero atto del Direttore dell'Agenzia delle Entrate<sup>37</sup>.

Intendere in modo pragmatico e non formalistico e/o vessatorio l'onere in questione è alquanto agevole ove si ragioni in termini di effettività ed affidabilità di circostanze equipollenti, quali ad es. la datazione genuina della documentazione mediante l'invio di una pec, o di una mail adeguatamente tracciabile, ecc., di affidabili verbalizzazioni del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale, ecc.

### 5. *L'ipotetica non punibilità del contribuente per altre esimenti generali e le strategie difensive*

Si è avuto modo di chiarire che la normativa di contrasto al transfer pricing ha connotazione formalistica e risulta fortemente restrittiva delle libertà eco-

---

<sup>35</sup> Circolare n. 15/E/2021, cit. *Contra* ALBANO-GNUDI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina della documentazione in materia di transfer pricing*, cit., pp. 10-11; VALENTE-DELLA ROVERE-MATTIA-SCHIPANI-VINCENTI, *Guida pratica al transfer pricing*, cit., p. 297.

<sup>36</sup> Nemmeno le linee guida dell'OCSE contemplano oneri del genere.

<sup>37</sup> *V. retro*, § Premesse; sulla riserva di legge in materia di sanzioni amministrative tributarie v. DEL FEDERICO, *Il principio di legalità*, in AA.VV., *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, cit., p. 1421.



nomiche e negoziali, qualificando come illeciti, limitatamente al settore delle imposte sui redditi e dell'IRAP, comportamenti dei contribuenti reali ed effettivi, tali da mantenere la loro naturale liceità in tutti gli altri settori della fiscalità e dell'ordinamento giuridico.

Si tratta di un meccanismo che sostituisce ai corrispettivi effettivamente negoziati e pagati i prezzi/valori che sarebbero stati pattuiti in circostanze comparabili tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza. Ed al riguardo lo stesso D.M. 14 maggio 2018 palesa ampi margini di incertezza, opinabilità ed apprezzamento estimativo, come risulta: – dall'art. 3, dedicato al profilo della comparabilità delle operazioni; – dall'art. 4, dedicato ai metodi per la determinazione dei valori<sup>38</sup>; – dalle inevitabili aggregazioni di cui all'art. 5, laddove le operazioni risultino in concreto tali “da non poter essere valutate separatamente in maniera affidabile”; dall'art. 6, che si spinge sino a tollerare un intervallo di valori conformi, mediante l'individuazione di un apposito indicatore finanziario<sup>39</sup>.

In tale contesto le violazioni per infedele dichiarazione scaturenti dall'applicazione dei prezzi/valore in luogo dei corrispettivi effettivi, potranno risultare inapplicabili ove il contribuente abbia attivato il regime premiale facoltativo della *penalty protection*, ma potranno risultare non punibili anche in ragione di altre esimenti previste dalla legge generale in tema di violazioni e sanzioni amministrative tributarie.

Infatti, nella logica estimativa del prezzo/valore si pone in primo piano il

---

<sup>38</sup> Al riguardo si consideri che l'art. 4, dopo esserci dilungato sui possibili metodi tecnici per la determinazione dei valori, contempla delle clausole di chiusura sintomatiche della immanente incertezza ed opinabilità: ad es. nel comma 3, laddove prevede che “Se, tenendo conto dei criteri di cui al comma 1, può essere applicato con uguale grado di affidabilità un metodo descritto dalle lettere da a) a c) del comma 2, e un metodo descritto dalle successive lettere d) ed e), il metodo descritto dalle citate lettere da a) a c) è preferibile. In ogni caso, se, tenendo conto dei criteri di cui al comma 1, può essere applicato con lo stesso grado di affidabilità il metodo del confronto di prezzo descritto dalla lettera a) del comma 2 e ogni altro metodo descritto dalle lettere da b) ad e), il metodo del confronto di prezzo è da preferire”; ed ancora nel comma 5, secondo cui “Il contribuente può applicare un metodo diverso dai metodi descritti al comma 2, qualora dimostri che nessuno di tali metodi può essere applicato in modo affidabile per valorizzare un'operazione controllata in base al principio di libera concorrenza e che tale diverso metodo produce un risultato coerente con quello che otterrebbero imprese indipendenti nel realizzare operazioni non controllate comparabili”. Su tali questioni v. i contributi contenuti nella parte terza del presente volume.

<sup>39</sup> Per le rettifiche secondarie, non contemplate dalla legge italiana, ma praticate dall'Agenzia delle Entrate, sono le stesse linee guida dell'OCSE a raccomandare agli Stati di non applicare le sanzioni (v. *retro* nota 10).

tema delle rilevazioni eseguite nel rispetto della continuità dei valori di bilancio e secondo corretti criteri contabili e delle valutazioni eseguite secondo corretti criteri di stima, che a norma dell'art. 6, comma 1, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 non danno luogo a violazioni punibili<sup>40</sup>.

In ragione dello stesso art. 6 cit. (interamente dedicato alle cause di non punibilità), in ogni caso, anche a prescindere dalle suindicate cause giustificative, non si considerano colpose le violazioni conseguenti a valutazioni estimative se differiscono da quelle accertate in misura non eccedente il cinque per cento.

Ma più in generale la non punibilità del contribuente – cui la normativa di contrasto al transfer pricing chiede di sostituire al prezzo effettivamente negoziato e pagato il prezzo/valore di mercato – potrebbe scaturire da errore sul fatto, stante che la non punibilità di tale errore incolpevole *ex* art. 6, comma 1, cit. Si pensi al contribuente che si basi incolpevolmente su indagini di mercato, analisi comparative, perizie estimative, ecc., che poi a valle, magari a distanza di anni, vengano confutate e disattese dall'Agenzia delle Entrate.

La non punibilità potrebbe derivare anche da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle norme in tema di determinazione dei valori dei prezzi di trasferimento, *ex* art. 6, comma 2, cit.<sup>41</sup>; invero tali norme, di rango regolamentare, presentano profili di complessa interpretazione ed ancor più problemi applicativi e di quantificazione forieri di gravi incertezze, almeno in determinati settori merceologici<sup>42</sup>.

Infine, potrebbe ipotizzarsi l'esonero da responsabilità del contribuente e la punibilità del c.d. autore mediato.

Come è noto, infatti, l'art. 10 del D.Lgs. n. 472/1997 ("Autore mediato") prevede che, ferma restando l'applicazione del concorso di persone nell'illecito, chi (quale autore mediato) induce altri in errore incolpevole e determina la commissione di una violazione ne risponde in luogo del suo autore materiale/diretto. Pertanto, ove fra il contribuente ed un soggetto terzo qualificato (consulente, società di servizi, intermediari, ecc.) si configuri un rapporto tale da dar corpo a comportamenti riconducibili alla previsione di cui

---

<sup>40</sup>In senso analogo: DELLA VALLE, *Transfer price*, cit., p. 71.

<sup>41</sup>Sulle varie cause di non punibilità v. LOGOZZO, *Le cause di non punibilità*, in AA.VV., *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, cit., p. 1461.

<sup>42</sup>DELLA VALLE, *Transfer price*, cit., 71, nota 12. In materia di transfer pricing la giurisprudenza di merito valorizza molto l'esimente delle obiettive condizioni di incertezza (v. ad es. CTP Milano 24 giugno 2021, n. 2868), mentre la Corte di Cassazione tende ad escluderne l'applicabilità alla radice (6 settembre 2017, n. 20805).

all'art. 10 cit.<sup>43</sup>, si aprirebbbero scenari alquanto inesplorati, ma meritevoli della massima considerazione.

Certo in questa sede non è possibile entrare nel merito di tutti questi temi, estremamente complessi sul piano teorico, risultando comunque opportuno evidenziarne i profili essenziali<sup>44</sup>.

Da ultimo va fatto un cenno alle valutazioni di convenienza richieste al contribuente ai fini dell'attivazione del regime premiale facoltativo della *penalty protection*, dovendosi considerare anche taluni ulteriori profili delle strategie difensive, rispetto alle tematiche delle cause di non punibilità generali.

Come è noto a favore dell'attuazione del regime premiale depongono: – la non applicazione delle sanzioni amministrative; – la possibilità di utilizzare la relativa documentazione a sostegno della efficace difesa delle operazioni infragrupo, essendo chiaro che sarebbe altrimenti estremamente difficile, o quantomeno poco credibile, reperire analoga documentazione successivamente alle contestazioni.

Emergono tuttavia diversi elementi a sfavore: – i costi necessari alla predisposizione della documentazione; – gli oneri amministrativi di gestione delle procedure; – l'alterazione del naturale assetto dell'onere probatorio, giacché la documentazione predisposta va a colmare l'asimmetria informativa altrimenti gravante sull'Agenzia; – le più elevate probabilità del controllo in ragione dell'evidenza scaturente dall'apposita comunicazione resa all'Agenzia.

Fondamentale fattore di criticità risulta essere l'assenza di criteri automatici ed oggettivi, stante l'ampio potere di apprezzamento dell'Agenzia in merito all'idoneità della documentazione, che quindi potrebbe essere disattesa a distanza di anni, nonostante l'impegno del contribuente.

Il quadro valutativo va quindi ponderato attentamente, prendendosi in considerazione variegate ipotesi alternative, anche sulla base delle peculiarità merceologiche del settore, della prassi commerciale, degli Stai interessati, della struttura e dimensione del gruppo societario, ecc.

Il contribuente potrebbe scegliere di predisporre indagini di mercato, perizie estimative, ecc., senza attivare il regime della *penalty protection*. In tal caso potrebbe ragionevolmente confidare nella inapplicabilità delle sanzioni in ragione delle esimenti generali, puntando al tempo stesso a non evidenziare la

---

<sup>43</sup>In merito v. per tutti PAPARELLA, *La rilevanza dell'autore mediato*, in AA.VV., *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, cit., p. 1531.

<sup>44</sup>Sulle collaterali tematiche penalistiche v. TOSI, *Normativa penale e prezzi di trasferimento*, in *Il transfer price nell'ordinamento tributario italiano*, a cura di DELLA VALLE-MAISTO-MIELE, cit.

propria peculiare posizione mediante l'apposita comunicazione all'Agenzia ed a riservarsi l'utilizzo più mirato della propria documentazione alternativa, a seconda dell'andamento dei controlli e dei giudizi.

Il vantaggio differenziale della non applicabilità delle sanzioni potrebbe risultare poi attenuato ove il contribuente si avvallesse della definizione agevolata ex art. 17, comma 3, D.Lgs. n. 472/1997, secondo cui "è ammessa definizione agevolata con il pagamento di un importo pari ad un terzo della sanzione irrogata e comunque non inferiore ad un terzo dei minimi edittali previsti per le violazioni più gravi relative a ciascun tributo, entro il termine previsto per la proposizione del ricorso", senza pregiudizio alcuno per la contestazione relativa al tributo<sup>45</sup>.

Ovvia la rilevanza comparativa tra gli annuali costi ed oneri amministrativi della *penalty protection* e lo stralcio dei due terzi della sanzione, limitato a tantum alla sola eventualità di un controllo, con salvaguardia della riservatezza ed esclusione alla radice di ogni profilo di arbitrarietà sul giudizio di idoneità della documentazione.

Si consideri infine, che il contribuente, per mettersi al riparo dal rischio di giudizi negativi dell'Agenzia, potrebbe negoziare l'inserimento di specifiche clausole di garanzia nei contratti stipulati con i soggetti incaricati di predisporre ed aggiornare l'apposita documentazione.

---

<sup>45</sup> Per un quadro della definizione agevolata v. FAVA, *La riscossione della sanzione*, in AA.VV., *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, cit., p. 1638.