

Gruppo di lavoro

AIDC Milano – UGDCEC

Milano

Pubblica consultazione dell’Agenzia delle Entrate

Chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di comunicazione - decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva “DAC 6”).

Componenti:

Gianni Bitetti, Carlo Galli, Fabio Landuzzi, Duilio Liburdi, Sabrina Lombardo, Daniele Majorana, Michaela Marcarini, Luca Nobile, Laura Paganini, Elio Palmitessa, Lorenzo Pavoletti, Marica Pennesi, Marco Piazza, Massimo Pometto, Stefano Rossi, Marco Salvatore, Massimiliano Sironi, Andrea Vasapoli, Fabrizio Vedana, Michela Zeme.

Premessa

In relazione alla pubblica consultazione promossa dall’Agenzia delle Entrate in data 28 dicembre 2020, con riferimento alla Bozza della Circolare che fornisce chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di comunicazione - decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva “DAC 6”) in scadenza il prossimo 15 gennaio 2021, il gruppo di lavoro formato dall’Associazione Italiana Dottori Commercialisti di Milano (AIDC Milano) e dall’Unione Giovani Dottori Commercialisti ed esperti contabili di Milano (UGDCEC Milano) esprime in premessa apprezzamento per il metodo scelto da parte dell’Amministrazione finanziaria, che consente sia al mondo accademico che agli operatori professionali di formulare osservazioni e commenti su materie di particolare interesse. Proprio in quest’ottica e in coerenza con lo spirito di collaborazione il gruppo di lavoro propone all’attenzione dell’Agenzia delle Entrate le seguenti osservazioni e commenti al documento, manifestando fin d’ora la più ampia disponibilità anche ad approfondire ulteriormente (qualora di interesse) i contenuti del presente scritto.

* * *

Modalità di redazione delle osservazioni e dei commenti

Per permettere una lettura più agevole delle osservazioni proposte si è preso a riferimento lo stesso schema che l’Agenzia delle Entrate ha utilizzato nella strutturazione della Bozza di Circolare, formulando commenti e osservazioni per specifici paragrafi.

Tematica: Impresa associata

Paragrafi della circolare interessati: 1 “Definizioni”

Osservazioni / Contributi: Il Decreto ministeriale 17/11/2020 all’art. 8 comma 2, riprende le precisazioni introdotte dalla Direttiva 2018/822/UE al punto 23 dell’art. 3 della Direttiva 2011/16/UE, per l’individuazione delle imprese associate. In particolare, con riferimento alla lettera a) dell’art. 8 comma 2, sarebbe auspicabile chiarire in via interpretativa, come, peraltro, viene esplicitato nella direttiva, che tutti i soggetti, per rientrare nella definizione di impresa associata, devono comunque integrare almeno una delle condizioni previste dai numeri ad 1 a 4 dell’art. 2, comma 1, lettera e), del decreto legislativo 30 luglio 2020, n. 100.

Tematica: Ambito soggettivo

Paragrafo della circolare interessato: 2.1 Intermediari

Osservazioni / Contributi: In relazione alla definizione di “intermediario”, si ritiene opportuno rafforzare il principio, già presente, per cui la limitazione ai professionisti di cui al D. Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 – non presente nella Direttiva né nel Decreto Legislativo – è meramente esemplificativa. Diversamente, rischierebbe di emergere un *favor* nei confronti dei soggetti diversi dai professionisti abilitati, in aperto contrasto con le finalità della Direttiva e dei presidi che già incombono sui professionisti abilitati.

Tematica: Ambito soggettivo

Paragrafo della circolare interessato: 2.1 Figura del promotore di servizi

Osservazioni / Contributi: Laddove si afferma che, diversamente dal promotore, il fornitore di servizi "*svolge attività di assistenza e consulenza che si sostanziano in attività di supporto al promotore*", si ritiene opportuno chiarire che il fornitore di servizi è altresì colui che svolge attività di supporto non solo al promotore, ma anche direttamente al contribuente, in relazione all'attività svolta dal promotore.

Tematica: Ambito soggettivo

Paragrafo della circolare interessato: 2.1 Figura del promotore e del prestatore di servizi

Osservazioni / Contributi. Si ritiene utile chiarire con qualche esempio la figura del promotore e del prestatore di servizi, nonché quella del prestatore di servizi tenuto e non tenuto alla comunicazione. A tal proposito, si potrebbe descrivere la fattispecie di una operazione transfrontaliera di acquisizione con indebitamento, chiarendo il ruolo delle banche finanziatrici, dei prestatori di servizi delle stesse e di coloro che prestano assistenza fiscale nel solo finanziamento. In particolare, le banche finanziatrici e i legali delle stesse, nella misura in cui partecipino solo ad una fase dell'intera operazione e non abbiano visibilità della stessa nel suo complesso, dovrebbero qualificarsi come fornitori di servizi, ai quali si applica il diverso standard di conoscenza di cui all'art. 4 del Decreto del 17 novembre 2020. Poiché tale standard prevede quale elemento qualificante, in aggiunta alla disponibilità delle informazioni, la sussistenza in capo al fornitore di servizi della competenza e dell'esperienza necessarie per individuare la presenza di un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione, dovrebbe essere chiarito che (i) le banche finanziatrici e i legali delle stesse non sarebbero soggetti all'obbligo di comunicazione mentre (ii) coloro che prestano assistenza fiscale nel finanziamento sarebbero soggetti all'obbligo di comunicazione soltanto qualora acquisiscano conoscenza della struttura nel suo complesso (ad esempio, venga con essi condiviso lo *structure memorandum* o altro documento riepilogativo avente analoghe funzioni).

Nella fattispecie sopra descritta, la funzione del promotore è invece ricoperta dai consulenti che svolgono attività di strutturazione, organizzazione e gestione dell'operazione (i.e. predisposizione della documentazione tecnica, costituzione di veicoli societari, definizione delle tempistiche) e da coloro che prestano assistenza fiscale con riferimento alla strutturazione dell'intera operazione e redigono documenti quali *tax opinion* e *tax memorandum*.

Tematica: Ambito soggettivo

Paragrafo della circolare interessato: 2.2 Standard di conoscenza

Osservazioni / Contributi: Pare opportuno chiarire, con riferimento alle strutture organizzative più complesse, quale soggetto debba essere qualificato come «intermediario». Ad esempio, nel caso di associazione professionale a cui partecipano sia avvocati civilisti sia commercialisti e soltanto i primi prestino la propria consulenza o assistenza ad una determinata operazione oggettivamente suscettibile di comunicazione, si tratta di comprendere se sia l'associazione in quanto tale ad essere tenuta alla

comunicazione, considerando che al suo interno sono presenti professionisti (i dottori commercialisti) che hanno o dovrebbero avere le sufficienti competenze per apprezzare i risvolti fiscali dell'operazione, pur non essendo stati coinvolti.

Tematica: Ambito soggettivo

Paragrafo della circolare interessato: 2.2 Standard di conoscenza

Osservazioni / Contributi: Con riferimento al criterio della "conoscenza", la Direttiva prevede espressamente ampia possibilità di prova contraria. Sarebbe dunque opportuno che la Circolare esemplificasse in modo concreto le modalità e le ipotesi con le quali possa essere fornita detta prova e in cosa essa possa consistere

Tematica: Servizi di consulenza resi da società tra professionisti dotate di personalità giuridica

Paragrafi della circolare interessati: 2.2 "Standard di conoscenza"

Osservazioni / Contributi: Il documento opera una netta distinzione tra soggetti dotati di personalità giuridica e soggetti che ne sono privi, stabilendo che solo per i primi *la valutazione dello standard di conoscenza debba essere effettuata con riferimento alle informazioni comunque disponibili per l'entità nel suo complesso*, mentre per i secondi, ad esempio le associazioni tra professionisti, lo standard di conoscenza andrebbe *verificato in capo al soggetto che assume la responsabilità del mandato professionale nei confronti del partecipante al meccanismo transfrontaliero oggetto di notifica*. Tale interpretazione sembra suscettibile di produrre ingiustificate disparità di trattamento nei confronti di professionisti che operino nell'ambito di società tra professionisti dotate di personalità giuridica.

Tematica: Standard di conoscenza

Paragrafi della circolare interessati: 2.2 "Standard di conoscenza"

Osservazioni / Contributi: Come osservato dalla relazione illustrativa al D. Lgs. n. 100/2020, lo standard di conoscenza di cui all'art. 4 del D.M. 17 novembre 2020 si fonda quanto delineato dall'OCSE in ambito CRS. Più in particolare, lo stesso riflette il "*reasonably be expected to know test*" di cui al "*Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore structures*".

Sul punto, richiamando esplicitamente quanto già affermato dall'art. 4, comma 3 del citato D.M., la Bozza di Circolare evidenzia come vi sia *“una presunzione legale relativa di assenza dello standard di conoscenza per le operazioni bancarie ‘routinarie’”* che definisce come quelle *“operazioni caratterizzate da una discrezionalità minima dell'operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione”*.

A tal riguardo, sarebbe utile una più ampia disamina da parte dell'Amministrazione finanziaria, in particolare in relazione ad operazioni poste in essere da operatori economici operanti in settori differenti da quello bancario.

Tematica: Informazioni prontamente disponibili (art. 4, comma 2, D.M.)

Paragrafi della circolare interessati: 2.2 “Standard di conoscenza”

Osservazioni / Contributi: Al riguardo la Circolare precisa: *“In merito alla disponibilità delle informazioni, l'articolo 4, comma 2 del decreto ministeriale fa esplicito riferimento quelle prontamente disponibili per il fornitore di servizi in ragione dell'attività di assistenza o di consulenza espletate nei confronti del cliente, facendo desumere che ai fini della presente disciplina non sono richieste all'intermediario attività di verifica addizionali rispetto a quelle ordinariamente effettuate ai fini della prestazione professionale richiesta.*

Al riguardo, la relazione illustrativa al decreto ministeriale specifica che il fornitore di servizi «non debba adempiere ad ulteriori obblighi di due diligence rispetto a quelli ordinariamente già richiesti dalla legge ad altri fini (es. anti riciclaggio) ovvero già disponibili per altre ragioni (ad esempio, commerciali). Inoltre, non viene richiesto al fornitore di servizi di possedere o esercitare un livello di expertise superiore a quello richiesto per fornire il servizio».

Nelle realtà organizzative più complesse potrebbe accadere che le attività del fornitore di servizi siano suddivise tra più unità funzionali. In tali ipotesi, laddove l'organizzazione si configuri come un ente con personalità giuridica, si ritiene che la valutazione dello standard di conoscenza debba essere effettuata con riferimento alle informazioni comunque disponibili per l'entità nel suo complesso, nonché in base alle competenze riconosciute ai soggetti coinvolti nel processo”.

Nella definizione di “Intermediario”, fornita dal paragrafo 1 della Bozza di Circolare in commento, rientrano *“i soggetti indicati all'articolo 1, comma 1, lettera n) del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 28 dicembre 2015 (di seguito, decreto CRS) e all'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231”*, tutti tenuti al rispetto degli obblighi rivenienti dalla normativa antiriciclaggio.

Con particolare riferimento alla segnalazione di operazioni sospette (SOS), si evidenzia che il D. Lgs. n. 231/2007 disegna un assetto estremamente rigido in termini sia di tutela dell'identità di colui il quale

effettua la SOS (art. 38) che per quanto concerne il divieto di comunicare a soggetti estranei alle Autorità di Controllo qualsiasi tipo di informazione comunque collegata alla segnalazione (art. 39). In particolare, l'art. 39, comma 2, D. Lgs. 231/2007 dispone che il divieto di comunicare le SOS non si estende:

- i. “alla comunicazione effettuata alle autorità di vigilanza di settore¹ in occasione dell'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 7, comma 2”;
- ii. “alla Guardia di finanza in occasione dei controlli di cui all'articolo 9”;
- iii. alla comunicazione effettuata ai fini di accertamento investigativo.

Alla luce di tale inquadramento, non si ritiene che le comunicazioni dei meccanismi transfrontalieri rientrino nelle eccezioni al divieto di comunicare le SOS sopra delineate; pertanto le SOS effettuate dagli intermediari, non dovrebbero rientrare nel patrimonio informativo “prontamente disponibile” oggetto di comunicazione ai fini della DAC 6.

Tematica: transazioni bancarie e finanziarie di routine (art. 4, comma 3, D.M.)

Paragrafi della circolare interessati: 2.2 “Standard di conoscenza”

Osservazioni / Contributi: Al riguardo la Circolare precisa: “L'articolo 4, comma 3 del decreto ministeriale prevede una presunzione legale relativa di assenza dello standard di conoscenza per le operazioni bancarie “routinarie”, ossia come specificato dalla relazione illustrativa, operazioni caratterizzate da una discrezionalità minima dell'operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione.”.

Con particolare riferimento alle “operazioni caratterizzate da una discrezionalità minima dell'operatore” si ritiene se tra queste possano rientrare:

- Le attività attinenti allo svolgimento dei servizi di esecuzione, di ricezione e trasmissione di ordini in modalità *execution only* di cui all'art. 43 del Regolamento Intermediari². Al riguardo, si evidenzia che tale modalità può essere adottata solamente se i servizi si riferiscono a:
 - azioni quotate in un mercato regolamentato;
 - strumenti del mercato monetario;
 - obbligazioni e altri titoli di debito (come i titoli di Stato);
 - fondi armonizzati (sono i comuni fondi di investimento);

¹ Art. 1, comma 1, D. Lgs. n. 213/2007

² Delibera CONSOB n. 20307 del 15 febbraio 2018

- altri strumenti finanziari non complessi.
- Le attività di routine svolte dalle società fiduciarie che amministrano i beni per conto di terzi dietro indicazioni da parte di terzi fiducianti, senza alcuna autonomia e/o discrezionalità³.

Tematica: Operazioni bancarie “routinarie”

Paragrafi della circolare interessati: 2.2 “Standard di conoscenza”

Osservazioni / Contributi: La presunzione legale relativa di assenza dello standard di conoscenza per le operazioni bancarie *caratterizzate da una discrezionalità minima dell'operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione* si ritiene debba ragionevolmente operare anche con riferimento agli hallmark di tipo D. Sarebbe opportuno confermare che tutte le operazioni disposte autonomamente dai clienti degli intermediari finanziari, senza coinvolgimento delle strutture operative della banca, ad esempio attraverso sistemi di *remote banking*, o con un minimo coinvolgimento degli operatori che si limitano a dare esecuzione alle disposizioni comunque ricevute dal cliente, non comportano l'insorgenza di un obbligo di comunicazione. Inoltre, andrebbe chiarito che per le operazioni definite routinarie non sussiste alcun obbligo di valutazione preventiva da parte degli intermediari finanziari. Infine, la presunzione legale relativa andrebbe estesa in via interpretativa alle operazioni che presentino le stesse caratteristiche routinarie anche quando effettuate dagli intermediari finanziari non bancari e dalle imprese di assicurazione.

Tematica: Meccanismo transfrontaliero: aspetti definatori

Paragrafi della circolare interessati: 3.1 “Meccanismo transfrontaliero: aspetti definatori”, esempio 3

Osservazioni / Contributi: Costituisce un meccanismo transfrontaliero ai sensi del punto 1) quello che coinvolge un contribuente residente in Spagna, un promotore residente in Francia, che si avvalgono quale fornitore di servizi (intermediario) di una banca italiana che integra lo standard di conoscenza.

Con riferimento al Paese in cui il *Main Benefit Test* (MBT) debba essere conseguito, l'Action 12 precisa:

- (i) un meccanismo transfrontaliero dovrebbe essere oggetto di comunicazione in una determinata giurisdizione solo se ivi determina un impatto fiscale rilevante sulla giurisdizione che effettua la comunicazione⁴;

³ Comunicazione ASSOFIDUCIARIA del 7 maggio 2020.

(ii) la comunicazione di un meccanismo transfrontaliero deve essere effettuata quanto quest'ultimo presenta un collegamento sostanziale con la giurisdizione dichiarante, ossia il meccanismo transfrontaliero comporta conseguenze fiscali nazionali per un contribuente nazionale⁵.

Nel caso di specie il MBT non risulta integrato in Italia ma in Spagna, pertanto nei confronti dell'intermediario non dovrebbe sussistere alcun obbligo di comunicazione nei confronti dell'Agenzia delle Entrate Italiana. Alla luce dell'orientamento OCSE sopra descritto, l'obbligo di segnalazione ricadrà sul contribuente spagnolo nei confronti della propria amministrazione fiscale, e l'intermediario italiano eventualmente avrà solo l'obbligo d'informarlo a tale riguardo⁶.

A sostegno di tale tesi, la stessa Bozza di Circolare in consultazione, nel paragrafo 3.4 (Criterio del vantaggio principale) precisa quanto segue: *“A titolo esemplificativo si consideri un meccanismo transfrontaliero che: i) è caratterizzato da documentazione standardizzata (elemento distintivo A.3); ii) è elaborato da un promotore residente in Italia senza alcun collegamento con altri Stati esteri; iii) viene messo a disposizione di un contribuente residente in uno Stato UE senza coinvolgimento di contribuenti italiani.*

In tale ipotesi, la circostanza che il vantaggio fiscale non è riferibile ad alcun contribuente italiano, rende non verificabile l'MBT e dunque il meccanismo non è soggetto all'obbligo di comunicazione in Italia. Sarà cura del contribuente estero, al ricorrere delle circostanze previste dalla Direttiva DAC 6, effettuare la comunicazione alla competente autorità fiscale del proprio Stato”. (pag. 35).

Tematica: Criterio della potenziale riduzione d'imposta

Paragrafi della circolare interessati: 3.3 “Criterio della potenziale riduzione d'imposta”

Osservazioni / Contributi: *“...nella determinazione degli effetti fiscali derivanti dal meccanismo transfrontaliero non si deve tener conto degli eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell'ordinamento tributario, quali ad esempio la disciplina sulle imprese controllate estere (CFC) o le disposizioni anti ibridi, che al momento in cui sorge*

⁴ “... a reporting jurisdiction should not require disclosure of cross-border arrangements that do not raise any material tax revenue risks in that jurisdiction. Accordingly, an arrangement that gives rise to a specified cross-border outcome should only be reportable if it involves a transaction or payment that has a material tax impact on the reporting jurisdiction”. (OECD – Action 12, punto 242).

⁵ A reporting jurisdiction should only require disclosure of an international scheme where the scheme has a substantive connection with the reporting jurisdiction (i.e. the scheme results in domestic tax consequences for a domestic taxpayer” (OECD – Action 12, punto 233). “... a reporting jurisdiction should not require disclosure of cross-border arrangements that do not raise any material tax revenue risks in that jurisdiction. Accordingly, an arrangement that gives rise to a specified cross-border outcome should only be reportable if it involves a transaction or payment that has a material tax impact on the reporting jurisdiction”. (OECD – Action 12, punto 242).

⁵ A reporting jurisdiction should only require disclosure of an international scheme where the scheme has a substantive connection with the reporting jurisdiction (i.e. the scheme results in domestic tax consequences for a domestic taxpayer” (OECD – Action 12, punto 233).

⁶ Art. 3, comma 6, D. Lgs. n. 100/2020.

l'obbligo di comunicazione non sono state ancora applicate. In altri termini, l'obbligo di comunicazione sussiste anche quando in sede di dichiarazione dei redditi, che normalmente viene presentata l'anno successivo e quindi oltre il termine di comunicazione del meccanismo, il contribuente è tenuto a sterilizzare in tutto o in parte gli effetti fiscali del meccanismo stesso in virtù di specifiche disposizioni limitative".

In merito al momento in cui dare luogo alla notifica del meccanismo transfrontaliero, le *Mandatory Disclosure Rules* (Action 12), precisano l'esigenza che segue: *"If the main objectives of a disclosure regime are to provide **early information** on avoidance schemes and their users and to **deter the use of those schemes** then the timeframe within which a disclosure has to be made will be important in achieving these objectives as the earlier the reporting, the more quickly a tax administration can act against a scheme. This may enhance the deterrent effects by reducing the time available to take advantage of any tax benefit, so altering the economics of the transaction"*. A tale scopo, l'Action 12 dispone due differenti opzioni per individuare il termine di notifica del meccanismo transfrontaliero: (i) termine collegato alla disponibilità del meccanismo; (ii) termine collegato alla attuazione dello stesso.

Tale approccio è stato integrato sia dall'art. 8 bis e ter della Direttiva (UE) 2018/822, trasposto nell'ordinamento dall'art. 7 D. Lgs. n. 100/2020.

Per l'intermediario, l'obbligo di tale notifica scatta ove sia soddisfatto lo standard di conoscenza, determinato sulla base delle informazioni *prontamente disponibili* in base all'art. 4 del D.M.. In base a tali informazioni occorre dar luogo alla quantificazione del vantaggio fiscale *«come differenza tra le imposte da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi»*⁷. A tale fine, è necessario procedere alla liquidazione delle imposte in base alle informazioni "prontamente disponibili" all'atto della messa a disposizione o dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero. Nell'ambito di tali informazioni rientrano gli *"...eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell'ordinamento tributario, quali ad esempio la disciplina sulle imprese controllate estere (CFC) o le disposizioni anti ibridi"*. Duplicare l'obbligo di notifica, in presenza di tali effetti limitativi, al momento di presentazione della dichiarazione dei redditi:

- a) non soddisfa l'esigenza di tempestività, richiesta dallo stralcio dell'Action 12, sopra citato;
- b) condiziona l'adempimento dell'intermediario alla presentazione della dichiarazione dei redditi da parte del contribuente, vincolandolo quindi ad un adempimento sul quale non esercita alcuna potestà ed in base al quale non assume alcuna responsabilità;

⁷ Art. 7, comma 3, D.M..

c) si traduce in una duplicazione di obblighi informativi (una volta in dichiarazione dei redditi ed un'altra volta in sede di notifica del meccanismo transfrontaliero) in merito alla medesima fattispecie.

Infine, far conseguire l'obbligo di notifica del meccanismo transfrontaliero alla presentazione della dichiarazione, potrebbe vincolare *sine die* l'intermediario e/o il contribuente pertinente alla comunicazione di eventuali vantaggi tributari che non erano individuabili all'atto della “*elaborazione, commercializzazione, organizzazione*”⁸ del meccanismo transfrontaliero.

Si pensi al caso in cui in uno dei Paesi in cui si articola una transazione transfrontaliera, successivamente all'adozione del meccanismo dia luogo:

- (i) ad un drastico taglio delle aliquote fiscali determinando, *ex post*, l'applicabilità della normativa sulle CFC che anteriormente non era configurabile;
- (ii) all'eliminazione delle ritenute in uscita sui flussi transfrontalieri.

In tali casi, sulla base delle informazioni prontamente disponibili all'atto dell'organizzazione del meccanismo transfrontaliero e della sua attuazione, il vantaggio fiscale non era nemmeno configurabile. Di fatto, mancando l'intento di dare luogo ad un meccanismo transfrontaliero al momento della sua attuazione non sussiste alcun obbligo di comunicazione. Parimenti, tale obbligo non sussiste nemmeno nel caso in cui, dovesse sorgere un vantaggio fiscale in conseguenza di scelte di politica fiscale adottate da uno o più dei paesi coinvolti nel meccanismo transfrontaliero. In tale caso, il meccanismo non deve essere oggetto di segnalazione perché imprevedibile all'atto dell'organizzazione e/o dell'adozione dello stesso.

Tematica: Criterio della potenziale riduzione dell'imposta

Paragrafi della circolare interessati: 3.3 “Criterio della potenziale riduzione d'imposta”

Osservazioni / Contributi: Il Decreto Legislativo definisce il vantaggio fiscale come «*uno tra i principali vantaggi avente natura fiscale che ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero, tenuto conto dei fatti e delle circostanze*», mentre il decreto ministeriale detta i criteri per la sua determinazione prevedendo che lo stesso si calcola «*come differenza tra le imposte da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi*». Ne consegue che la riduzione d'imposta è da intendersi in termini

⁸ Art. 2, comma 1, let. C), D. Lgs. n. 100/2020

potenziali, ossia quale vantaggio di natura fiscale che ci si può attendere come logica conseguenza dei fatti e delle circostanze del caso, ponendo a confronto ipoteticamente gli effetti fiscali in presenza del meccanismo con quelli che si verificherebbero in sua assenza.”

La Bozza della Circolare, in linea con le previsioni del Decreto n. 100/2020, prevede che la comunicazione vada effettuata ogniqualvolta ci si trovi di fronte ad un vantaggio di natura fiscale, anche solo potenziale. Mancano, a parere di chi scrive, indicazioni sulle modalità di determinazione del vantaggio fiscale anche mediante il ricorso ad esemplificazioni pratiche. In particolare, un aspetto su cui la Circolare dovrebbe soffermarsi riguarda le modalità di determinazione del vantaggio fiscale: e cioè se il vantaggio fiscale derivante dall'applicazione del meccanismo debba essere calcolato “*stand alone*” oppure se debba essere determinato tenendo conto delle circostanze concrete (ad esempio, perdite fiscali pregresse, regimi fiscali consolidati, detrazioni d'imposta, ecc.).

Inoltre, sul punto la Bozza della Circolare ha ulteriormente chiarito che - ai fini della verifica del criterio della potenziale riduzione d'imposta – non si debba tenere conto “*degli eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell'ordinamento tributario, quali ad esempio la disciplina sulle imprese controllate estere (CFC) e le disposizioni anti ibridi che al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione non sono state ancora applicate. In altri termini, l'obbligo di comunicazione sussiste anche quando in sede di dichiarazione dei redditi, che normalmente viene presentata l'anno successivo e quindi oltre il termine di comunicazione del meccanismo, il contribuente è tenuto a sterilizzare in tutto e in parte gli effetti fiscali del meccanismo stesso in virtù di specifiche disposizioni limitative*”.

Sul punto, si ritiene che l'Agenzia delle Entrate abbia interpretato in maniera estensiva il principio di “*potenziale riduzione di imposta*”. L'Agenzia, infatti, non si è limitata ad includere (solo) i meccanismi transfrontalieri che, per loro natura, determinano o sono “*suscettibili di determinare una riduzione di imposte*” sulla base delle disposizioni previste dai vari ordinamenti tributari, ma anche tutti quei meccanismi che non possono mai generare un vantaggio fiscale, neppure da un punto di vista teorico, in virtù di ulteriori previsioni normative introdotte dall'ordinamento interno (spesso aventi carattere antielusivo) che ne sterilizzano sempre e comunque gli effetti.

Tematica: Rilevanza delle disposizioni dell'ordinamento tributario che limitano o eliminano il vantaggio fiscale apparentemente conseguibile attraverso il meccanismo transfrontaliero

Paragrafi della circolare interessati: 3.3 “Criterio della potenziale riduzione d’imposta”

Osservazioni / Contributi: L’introduzione del documento collega la disciplina introdotta dalla c.d. Direttiva DAC 6 alle esigenze di contrastare, anche attraverso l’effetto dissuasivo che si attribuisce agli obblighi di comunicazione preventiva, i fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva in ambito internazionale. Questa finalità risulta coerente con quanto rappresentato nei considerando della Direttiva stessa. Se ne deduce che le disposizioni dovrebbero rivolgersi esclusivamente a quei comportamenti connotati da un chiaro intendimento di aggirare lo spirito delle norme tributarie attraverso l’utilizzo di artificiose combinazioni di atti e fatti giuridici suscettibili di produrre effetti fiscali. La dichiarata vocazione di contrasto all’abuso e all’elusione non sembra conciliarsi con l’interpretazione secondo cui risulterebbe irrilevante ai fini della valutazione dell’obbligo di comunicazione preventiva la presenza nell’ordinamento tributario di specifiche norme che hanno lo scopo di impedire il perseguimento di vantaggi di natura fiscale, anche solo potenziali, attraverso comportamenti, strumenti o entità ritenuti pregiudizievoli del corretto assolvimento delle obbligazioni tributarie. In particolare, secondo il Documento le disposizioni che devono essere applicate in sede di dichiarazione appositamente per sterilizzare quei vantaggi fiscali che l’ordinamento percepisce come illegittimi, ad esempio normativa CFC e di contrasto agli ibridi, non sarebbero sufficienti a disinnescare gli obblighi di *reporting* perché, appunto, destinati ad esplicare i propri effetti solo in un momento successivo a quello dell’implementazione del meccanismo transfrontaliero. Si deve osservare, tuttavia, che la mancata applicazione di quelle disposizioni in sede dichiarativa non costituirebbe il perfezionamento di un disegno elusivo ma, più banalmente, una semplice violazione di legge che come tale sembra non rientrare nell’ambito di applicazione della DAC 6 considerati gli scopi che dichiaratamente questa si prefigge. Peraltro, non sembra nemmeno che l’obbligo di comunicazione preventiva rispetto alle fattispecie che già risultino presidiate da specifici divieti e prescrizioni da parte di norme di diritto positivo, possa ragionevolmente esplicare un effetto dissuasivo. Infatti, il contribuente (*rectius* il suo intermediario) consapevole degli effetti fiscali delle sue scelte sarà anche conscio dell’obbligo di sterilizzarli attraverso le modalità previste dall’ordinamento. L’eventuale scelta di non adeguarsi alle norme sarà maturata a prescindere dall’esistenza di un obbligo di comunicazione preventivo e, in ogni caso, costituirà, come si è già notato, una violazione di legge e non il coronamento di una macchinazione elusiva. Considerato che né la direttiva né la normativa interna sembrano prendere esplicitamente posizione in questo senso, né si rinvergono motivi di carattere logico o giuridico che giustificano tale interpretazione estensiva, sarebbe opportuno rivedere la posizione espressa nel paragrafo 3.3.

Tematica: Rilevanza delle riduzioni di imposta conseguite esclusivamente in uno Stato terzo rispetto all'Unione

Paragrafi della circolare interessati: 3.3 “Criterio della potenziale riduzione d’imposta”

Osservazioni / Contributi: Secondo il documento, la potenziale riduzione d’imposta conseguita in Italia farebbe sorgere gli obblighi di comunicazione anche qualora la dimensione internazionale del meccanismo transfrontaliero scaturisse dal coinvolgimento di uno Stato terzo. Incidentalmente si osserva che la direttiva si inserisce nel quadro normativo dell’Unione che regola lo scambio di informazioni tra gli Stati membri ed ha lo scopo di consentire lo scambio automatico di informazioni sui meccanismi di pianificazione fiscale aggressiva tra le amministrazioni finanziarie degli Stati membri. In assenza di specifiche disposizioni della normativa nazionale di recepimento volte ad allargare l’ambito di applicazione degli obblighi di comunicazione preventiva, risulta piuttosto singolare l’estensione operata in via interpretativa dalla prassi che prevede la raccolta di informazioni che non sembrano destinate ad essere oggetto di comunicazione all’interno dell’Unione. In ogni caso, sulla base di quanto desumibile dal documento, sembra di poter ragionevolmente concludere che il vantaggio fiscale che comporti una riduzione delle imposte esclusivamente in uno Stato terzo, ad esempio sottraendo alle ritenute un reddito conseguito in quella giurisdizione, anche se realizzato da un soggetto residente fiscalmente in Italia, non comporta obblighi di comunicazione preventiva né per gli eventuali intermediari né per il contribuente.

Tematica: Criterio del vantaggio principale

Paragrafi della circolare interessati: 3.4 “Criterio del vantaggio principale”

Osservazioni / Contributi:

1) Affinché i meccanismi transfrontalieri individuati dagli *hallmarks* di cui alle lettere A, B, C, punto 1, lett. b) sub.1 e lett. c) e d) dell’Allegato I al D. Lgs. 30 luglio 2020, n. 100 siano soggetti all’obbligo di comunicazione all’Agenzia delle Entrate è necessario che gli stessi soddisfino, tra gli altri requisiti (tra i quali si ricorda la riduzione delle imposte cui si applica la Direttiva 2011/16/UE), anche il “criterio del vantaggio principale” o *Main Benefit Test* (MBT). L’art. 7, comma 2 del D.M. 17 novembre 2020 ha chiarito che tale vantaggio risulta integrato “quando il vantaggio fiscale relativo alle imposte cui si applica la

Direttiva 2011/16/UE derivabile dall'attuazione di uno o più meccanismi transfrontalieri (...) è superiore al cinquanta per cento della somma del suddetto vantaggio fiscale e dei vantaggi extrafiscali".

A tal riguardo, la Bozza di Circolare a pagina 36 chiarisce che, ai fini del MBT, il **vantaggio fiscale** (in termini di potenziale riduzione di imposta) derivante dall'attuazione del meccanismo transfrontaliero **deve essere determinato** con riferimento agli **effetti fiscali complessivi prodotti dallo stesso** e, pertanto, si deve tenere conto del potenziale risparmio d'imposta in Italia e negli altri Paesi dell'Unione Europea e/o Stati con i quali vige uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'art. 6 del D. Lgs. n. 100/2020.

Nella precedente pag. 35 la Bozza di Circolare afferma tuttavia che *“i due elementi caratterizzanti il criterio del vantaggio principale ai fini dell'obbligo di comunicazione dei meccanismi transfrontalieri”* sono:

- 1) *“**l'esistenza di un vantaggio fiscale** conseguibile da uno o più contribuenti **in Italia** [grassetto aggiunto];*
- 2) *la prevalenza del vantaggio fiscale rispetto ai vantaggi extrafiscali”.*

Con specifico riferimento al punto 1, inoltre, la bozza di Circolare specifica che *“l'esistenza di un vantaggio fiscale conseguibile da uno o più contribuenti in Italia”* si riferisce alla circostanza che il vantaggio fiscale principale sia conseguibile da un contribuente che soddisfi almeno uno dei criteri di collegamento con l'Italia.

Alla luce di quanto sopra riportato, sembra sussistere un'incongruenza nei chiarimenti forniti e in precedenza brevemente riassunti. Infatti, mentre a pagina 35 si fa riferimento ad un potenziale vantaggio fiscale ottenuto in Italia (e che, quindi, è conseguibile da un contribuente di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) del D. Lgs. n. 100/2020 che soddisfa almeno uno dei criteri di collegamento con l'Italia), nella successiva pagina 36 il potenziale vantaggio fiscale deve determinarsi sulla base sia del risparmio d'imposta ottenuto in Italia sia su quello ottenuto all'estero.

Ciò detto, si auspica che nella versione finale della Bozza di Circolare oggetto della presente consultazione pubblica suddetta incongruenza venga eliminata per favorire un'interpretazione univoca dei chiarimenti forniti.

2) A pagina 35 della Bozza di Circolare viene fornito il seguente esempio:

“A titolo esemplificativo si consideri un meccanismo transfrontaliero che: i) è caratterizzato da documentazione standardizzata (elemento distintivo A.3); ii) è elaborato da un promotore residente in Italia senza alcun collegamento con altri Stati esteri; iii) viene messo a disposizione di un contribuente residente in uno Stato UE senza coinvolgimento di

contribuenti italiani. In tale ipotesi, la circostanza che il vantaggio fiscale non è riferibile ad alcun contribuente italiano, rende non verificabile l'MBT e dunque il meccanismo non è soggetto all'obbligo di comunicazione in Italia. Sarà cura del contribuente estero, al ricorrere delle circostanze previste dalla Direttiva DAC 6, effettuare la comunicazione alla competente autorità fiscale del proprio Stato".

Al fine di rendere il contenuto dell'esempio in linea con l'art. 2, comma 1, lettera d) del D. Lgs. n. 100/2020 si suggerisce di modificare il testo dell'esempio come segue:

*“A titolo esemplificativo si consideri un meccanismo transfrontaliero che: i) è caratterizzato da documentazione standardizzata (elemento distintivo A.3); ii) è elaborato da un promotore residente in Italia senza alcun collegamento con altri Stati esteri; iii) viene messo a disposizione di un contribuente residente in uno Stato UE senza coinvolgimento di contribuenti ~~italiani~~ **aventi un collegamento territoriale con l'Italia ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera d) del decreto legislativo.** In tale ipotesi, la circostanza che il vantaggio fiscale non è riferibile ad alcun contribuente ~~italiano~~ **di cui all'art. 2, comma 1, lettera d) del decreto legislativo,** rende non verificabile l'MBT e dunque il meccanismo non è soggetto all'obbligo di comunicazione in Italia. Sarà cura del contribuente estero, al ricorrere delle circostanze previste dalla Direttiva DAC 6, effettuare la comunicazione alla competente autorità fiscale del proprio Stato".*

Tematica: Criterio del vantaggio principale

Paragrafi della circolare interessati: 3.4 “Criterio del vantaggio principale”

Osservazioni / Contributi: Il documento richiama espressamente l'art. 7 del Decreto ministeriale 17/11/2020, ai sensi del quale ai fini dell'individuazione del vantaggio principale rileva *il vantaggio fiscale relativo alle imposte cui si applica la Direttiva 2011/16/UE derivabile dall'attuazione di uno o più meccanismi transfrontalieri e **conseguibile da uno o più contribuenti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d).***

La lettera della disposizione sembra suggerire che in questo ambito rilevino solo le potenziali riduzioni delle imposte in Italia. D'altra parte, il documento stesso sembra confermare questa interpretazione quando si riferisce all'esistenza *di un vantaggio fiscale conseguibile da uno o più contribuenti in Italia* e nell'esempio proposto a pag. 35 secondo cui il c.d. *main benefit test* non risulta applicabile al meccanismo transfrontaliero che *viene messo a disposizione di un contribuente residente in uno Stato UE senza coinvolgimento di contribuenti italiani*. Ne dovrebbe ragionevolmente conseguire che l'eventuale vantaggio conseguito dal contribuente italiano esclusivamente in un altro Stato membro, ad esempio sottraendosi all'applicazione

di ritenute in quella giurisdizione, dovrebbe impedire l'applicazione degli elementi distintivi collegati al criterio del vantaggio principale.

Paragrafi della circolare interessati: 3.4 “Criterio del vantaggio principale”, esempio 7 e 2.3 “Contribuente”

Osservazioni / Contributi:

Il tema riguarda il “criterio del vantaggio principale” (“MBT”) e dell’Elemento distintivo specifico C.1.b.1) riferito a: “1. (...) *pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati fra due o più imprese associate dove ... b. nonostante il destinatario sia residente ai fini fiscali in una giurisdizione, quest’ultima... 1) non impone alcuna imposta sul reddito della società o impone un’imposta sul reddito delle società il cui tasso è pari o prossimo allo zero*”.

L’esempio 7 della Bozza di Circolare, per come si esprime nel caso ivi descritto, misura il “vantaggio principale” del meccanismo transfrontaliero in capo all’impresa italiana, lasciando perciò intendere che questa sia eleggibile – nella fattispecie - alla figura di “Contribuente” (dovendola escludere dal ruolo di “Intermediario”); perciò, una volta inteso essere stato verificato su di essa il MBT, nel caso esemplificato l’impresa italiana sarebbe soggetta all’obbligo di comunicazione.

Sulla scorta di quanto rappresentato sembra opportuno segnalare alcuni aspetti che appaiono emergere dalla lettura della Bozza di Circolare:

Va premesso che, come chiarito dalla stessa bozza di Circolare (par. 3.4) uno degli elementi caratterizzanti il criterio del “vantaggio principale” ai fini dell’obbligo di comunicazione è “*l’esistenza di un vantaggio fiscale conseguibile da uno o più contribuenti in Italia*”, tanto che viene poi correttamente precisato che “*la circostanza che il vantaggio fiscale non è riferibile ad alcun contribuente italiano, rende non verificabile l’MBT e dunque il meccanismo non è soggetto all’obbligo di comunicazione in Italia*”.

- i. L’art. 2 del D. Lgs. n. 100/2020 definisce “*Contribuente: qualunque soggetto che attua o a favore del quale viene messo a disposizione, ai fini dell’attuazione, un meccanismo transfrontaliero*”.
- ii. Ciò premesso, l’esempio 7 riporta il caso di un gruppo multinazionale in cui **ACo** (residente in uno Stato Extra UE) svolge le funzioni di “*procurement hub*” e beneficia nel proprio Stato di residenza di un regime fiscale privilegiato con un livello di tassazione prossimo allo zero. Il “meccanismo transfrontaliero” dell’esempio 7 si sostanzia nell’intermediazione di **ACo** nella vendita di beni da **BCo** (società del gruppo residente in uno Stato UE, primo cedente) all’impresa italiana (**ItaCo**, cessionario). Il “vantaggio fiscale” del gruppo risulta quindi rappresentato dal margine di profitto che sarebbe realizzato da **ACo** nel fungere, nello schema adottato, come entità che si interpone nella

fornitura dei beni da **BCo** (primo cedente) a **ItaCo** (cessionario); un profitto che sarebbe assoggettato a tassazione prossima allo zero nello Stato di residenza di **ACo**.

iii. Tuttavia, l'esempio 7 misura il "vantaggio fiscale" sull'impresa italiana **ItaCo**, sottintendendo quindi che questa sia il "Contribuente" nel "meccanismo transfrontaliero" esemplificato. E lo fa assumendo che la "riduzione di imposta" per **ItaCo** sia pari all'ammontare dell'imposta (il 24%) corrispondente al costo (deducibile per **ItaCo**, pari a 100) sostenuto per l'acquisto dei prodotti da **ACo**, diminuito dell'ammontare dell'imposta assolta da **BCo** (primo cedente) nel suo Stato UE di residenza.

Nel contempo, però, lo stesso esempio 7 riporta che il costo che **ItaCo** sosterebbe laddove si approvvigionasse degli stessi beni presso un fornitore terzo italiano sarebbe pari a 110 (perciò, un costo superiore a quello che viene corrisposto ad **ACo**).

iv. Con riferimento alle criticità:

- a. In primo luogo, con riferimento alla qualifica di "Contribuente", questa viene attribuita (implicitamente) ad **ItaCo** la quale nel caso di specie non è però né il soggetto che "attuа" il "meccanismo transfrontaliero" (o almeno, questo fatto non è indicato nell'esempio), e né è il soggetto "a favore del quale viene messo a disposizione, ai fini dell'attuazione" lo stesso "meccanismo transfrontaliero".
- b. Inoltre, pur verificandosi nel caso di specie l'Elemento specifico in oggetto (Elemento C.1.b.1), questo Elemento non presenta il richiesto "collegamento con l'Italia": non emerge infatti "un vantaggio fiscale conseguibile da uno o più contribuenti in Italia". Non andrebbe perciò applicato il MBT sull'impresa italiana **ItaCo**.
- c. Peraltro, nel calcolo del "vantaggio fiscale" (si vedano le Tabelle 6a e 6b della bozza di Circolare), questo "vantaggio" viene determinato applicando l'aliquota d'imposta al costo (deducibile) sostenuto da **ItaCo** per l'acquisto dei prodotti da **ACo**, senza però considerare che gli stessi prodotti sarebbero acquistabili da **ItaCo** presso terzi a dei prezzi addirittura più elevati (come riportato nell'esempio stesso). Non sembra perciò appropriato misurare un "vantaggio fiscale" in termini generali di imposta corrispondente ad un costo del tutto inerente (e congruo) rispetto all'attività d'impresa.

Sulla scorta di quanto chiarito, l'esempio 7 dovrebbe essere rivisto, o quantomeno meglio riformulato, onde evitare che si inneschi un'elevata condizione di incertezza riferibile alla posizione dell'impresa italiana rispetto all'obbligo di comunicazione; potrebbe essere quantomeno chiarito che:

- l'obbligo di comunicazione per l'impresa italiana ItaCo deriverebbe, nel caso riportato nell'esempio 7, così come viene al momento proposto nella Bozza di Circolare, solo qualora questa impresa

assumesse la qualifica di “*Promotore*” (od eventualmente di “*Fornitore di servizi*”), non potendo essa qualificarsi nel caso di specie come un “*Contribuente*”. Tale conclusione è anche coerente con il fatto che nell’esempio 7 l’applicazione del MBT presupporrebbe la conoscenza di dati quantitativi in capo a ItaCo che non sarebbero per essa concretamente accessibili e disponibili, se non nei casi in cui questa assumesse realmente la qualifica di “*Promotore*” del meccanismo transfrontaliero.

- non vi è comunque un “vantaggio fiscale” in Italia, per cui il MBT andrebbe eseguito su altro soggetto diverso da ItaCo.

Tematica: delineazione e quantificazione delle sinergie organizzative

Paragrafi della circolare interessati: capitolo 3.4 “Criterio del vantaggio principale”, pagina 37, paragrafo “A titolo esemplificativo, potranno assumere rilevanza nella misura in cui determinano vantaggi economici, il prezzo della transazione, la presenza di costi accessori (ad esempio costi di stoccaggio e di magazzino, commissioni di gestione, ecc.), le modalità di attuazione dell’operazione (ad esempio i tempi di consegna del bene o di realizzazione del servizio), l’impossibilità di acquisire il prodotto o servizio presso altri fornitori, l’esistenza di vincoli regolamentari, organizzativi, commerciali e produttivi che renderebbero eccessivamente onerosa la transazione con altri fornitori, l’ottenimento di sinergie organizzative.”

Osservazioni / Contributi: i vantaggi di natura extrafiscale sono definiti dall’articolo 1, comma 1, lettera c) del decreto ministeriale come «qualunque vantaggio economico quantificabile di natura non fiscale». Prosegue poi la Circolare precisando che, dovendosi trattare di vantaggio extrafiscale «economicamente quantificabile», questo dovrebbe *ex se* consentire in primo luogo di circoscriverne l’ambito a quei benefici connessi agli aspetti economici dell’impresa oggettivamente determinabili.

Per di più, tali vantaggi dovrebbero essere oggettivamente determinabili **al momento in cui sorge l’obbligo di comunicazione** e comprovabili attraverso adeguata documentazione contabile o extracontabile.

Se così è, la formula matematica postulata a pagina 35 della Circolare, che dovrebbe restituire un criterio oggettivo ai fini della individuazione della presenza di un “vantaggio fiscale principale” caratterizzante il meccanismo transfrontaliero, sarebbe inficiata da una grandezza di non agevole determinazione (i.e. il vantaggio extrafiscale). Ad una grandezza quantificabile (i.e. il vantaggio fiscale),

viene raffrontata una grandezza maggiormente esposta a valutazioni soggettive (i.e. il vantaggio extra-fiscale).

Come pure non va sottaciuto che la variabile temporale possa influire sensibilmente sulla quantificazione del vantaggio extra-fiscale, aspetto legato maggiormente ad un orizzonte di medio-lungo termine. Se quindi la determinazione del vantaggio extra-fiscale deve basarsi unicamente su di uno scenario di breve, essa verosimilmente produrrà una sottostima di tale valore, inficiando negativamente la sopra citata formula matematica, e quindi comportando il sorgere di obblighi di comunicazione anche per accordi transfrontalieri che *ab origine* ne sarebbero stati esclusi.

Estendere l'orizzonte temporale ai fini della determinazione del vantaggio fiscale avrebbe quale principale effetto non una maggiore accuratezza del dato quanto un incremento dell'elemento soggettivo valutativo: all'incertezza legata alla quantificazione del vantaggio *ex se* si aggiungerebbe quella legata al tasso di sconto per attualizzare i flussi reddituali/di cassa futuri che verosimilmente verrebbero generati a seguito dell'implementazione del meccanismo transfrontaliero, ai fini dell'impiego di tale misura nella formula matematica.

Con riferimento all' "ottenimento di sinergie organizzative", non è chiaro se in tale accezione debbano essere ricompresi anche gli "*incidental benefits*" e le "*passive association*" così come definiti ai paragrafi 7.12 e 7.13 delle linee Guida OCSE (2017) sui prezzi di trasferimento, e quale possa essere un approccio condiviso ai fini della loro quantificazione.

Tematica: Criterio del vantaggio principale – Vantaggi extra-fiscali

Paragrafi della circolare interessati: 3.4 "Criterio del vantaggio principale"

Osservazioni / Contributi: Secondo il documento, ai fini dell'individuazione dei vantaggi extra-fiscali rilevanti nell'esecuzione del *main benefit test*, *ciò che rileva è l'impatto concreto in termini di riduzione di costi o incremento dei ricavi attesi*. Sorprende che, secondo quanto esplicitamente previsto dal documento, possa essere disconosciuta la validità ai fini fiscali di scelte operative che derivino direttamente da obblighi o divieti previsti da normative che il contribuente pertinente è tenuto ad applicare. In questi casi, sarebbe opportuno prevedere una deroga agli obblighi di comunicazione preventiva. Dovrebbe, in ogni caso, essere automaticamente considerato prevalente il vantaggio extra-fiscale in tutti quei casi in cui non sia possibile realizzare altrimenti una transazione da cui si ritiene di poter ricavare utilità di natura economica, ad esempio una vendita che per le particolari disposizioni normative in vigore nella

giurisdizione del compratore possa essere effettuata esclusivamente attraverso un intermediario. Inoltre, la valutazione dei vantaggi extra-fiscali dovrebbe essere effettuata sulla base di quanto risulti ragionevolmente prevedibile al momento in cui viene predisposta la transazione e non sulla base di una valutazione *ex-post* dei risultati effettivamente conseguiti.

Tematica: Cause di esonero dall'obbligo di comunicazione

Paragrafo della circolare interessato: 4.1.1 Cause di esonero per l'intermediario

Osservazioni / Contributi: Con riferimento alle ipotesi di esonero relative al segreto professionale, si ritiene opportuno esplicitare come l'esonero sussista anche in ipotesi di esame della posizione giuridica del cliente, come espressamente previsto anche dal decreto legislativo. Come ipotizzato da Assonime, tale ipotesi dovrebbe comunque ritenersi prodromica all'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del cliente stesso in un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria (cfr. il documento Consultazioni n. 9/2018 denominato: "*Risposta alla procedura di consultazione pubblica indetta dal MEF - Dipartimento delle Finanze, in data 30 luglio 2018, riguardante lo schema di Decreto legislativo recante attuazione della Direttiva 2018/822/UE del Consiglio del 25 maggio 2018, relativa ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione (DAC 6)*").

Tematica: Cause di esonero dall'obbligo di comunicazione

Paragrafo della circolare interessato: 4.1.1 Cause di esonero per l'intermediario

Osservazioni / Contributi: Con riferimento all'esonero dall'obbligo di comunicazione in presenza di un rischio di autoincriminazione, sarebbe opportuno chiarire come operi tale esimente qualora l'intermediario o il contribuente tenuti alla comunicazione siano un soggetto collettivo (es. associazione professionale o società tra professionisti), in quanto la responsabilità penale potrebbe ascrivarsi alla persona fisica che ha agito in nome e per conto del soggetto collettivo, mentre l'obbligo di comunicazione sarebbe ascrivibile al legale rappresentante. Adottando un'interpretazione più rigorosa, l'esonero finirebbe per applicarsi solo quando la responsabilità penale e l'obbligo di comunicazione fanno capo allo stesso soggetto, con evidente difformità di trattamento nel caso di soggetti collettivi.

Tematica: Cause di esonero dall'obbligo di comunicazione

Paragrafo della circolare interessato: 4.2 Elementi oggetto di comunicazione

Osservazioni / Contributi: Con riferimento agli elementi oggetto di comunicazione, ci si chiede come debba essere comunicata una consulenza i cui punti salienti sono sintetizzati in un *memorandum* che contiene diverse opzioni tra cui il contribuente può scegliere, le quali, considerate singolarmente, sono tutte soggette all'obbligo di comunicazione e pronte per l'attuazione. In tale ipotesi, si chiede conferma sul fatto che le diverse opzioni debbano tutte formare oggetto di comunicazione.

Tematica: Cause di esonero dall'obbligo di comunicazione

Paragrafo della circolare interessato: 4.2 Elementi oggetto di comunicazione

Osservazioni / Contributi: La richiesta di indicazione del "nome con il quale è comunemente noto detto meccanismo", già presente nel Provvedimento, appare quanto mai discutibile, in quanto il "nome" di un qualsiasi meccanismo è un dato non suscettibile di verifica e privo di qualsiasi base giuridica, su cui non può formarsi un obbligo di adempimento.

Tematica: Obblighi di comunicazione

Paragrafo della circolare interessato: 4.3 Termini di presentazione all'Agenzia delle Entrate

Osservazioni / Contributi: Con riferimento ai termini per la comunicazione, ci si chiede quale sia la veste formale che deve assumere la consulenza prestata affinché il termine inizi a decorrere. In particolare, andrebbe chiarito se l'invio di documentazione in bozza costituisca elemento idoneo alla decorrenza del termine; parimenti, andrebbe chiarito se, ad esempio, una sintesi informale e via e-mail dei passaggi necessari per attuare un'operazione, in assenza di dettagli su ciascuno di essi, sia idonea a far decorrere il termine. A tal proposito, se la progettazione del meccanismo è stata completata, si ritiene di dover dare risposta affermativa.

Tematica: Tutela del contribuente

Paragrafi della circolare interessati: non previsto nella Bozza di Circolare

Osservazioni / Contributi: Secondo la giurisprudenza della Cassazione:

- la provenienza dell'informazione da parte di un'altra Amministrazione fiscale, fornisce una garanzia sufficiente ad attribuire legittimità all'acquisizione (*Cass. Sent n. 3254 del 20 marzo 2000*);
- il contraddittorio endoprocedimentale (dall'art. 12, comma 7, L. 212/2000) costituisce un principio fondamentale immanente nell'ordinamento cui dare attuazione anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa” (*Cassazione, SS.UU. n. 19667 del 18 settembre 2014*);
- le SS.UU. della Cassazione (*Sent. n. 24823 del 9 dicembre 2015*) hanno limitato l'applicazione del contraddittorio endoprocedimentale ai soli casi di “accessi, ispezioni e verifiche fiscali” effettuate nei locali ove si esercita l'attività imprenditoriale o professionale del contribuente.

Infine, l'art. 4-octies, D.L. n. 34/2019 (Decreto Crescita 2019) ha escluso dal campo di applicazione del contraddittorio endoprocedimentale gli:

- (i) avvisi di accertamento parziale, ai fini delle II.DD.;
- (ii) avvisi di rettifica parziale ai fini IVA.

A seguito del susseguirsi delle diverse direttive in materia di scambio d'informazioni, queste ultime si sono trasformate da *quantitative* (dividendi, plusvalenze, altri redditi finanziari, saldi dei conti correnti e titolari effettivi dei conti finanziari (CRS - DAC 2) a *qualitative* (meccanismi transfrontalieri che presentano un potenziale rischio di elusione fiscale - DAC 6).

In caso di scambio d'informazioni «qualitative», il principio di proporzionalità e la trasparenza amministrativa, dovrebbero fornire al contribuente un'adeguata tutela a fronte di accertamenti che seppur provenienti dalla cooperazione amministrativa con altri Paesi membri, forniscono solo un *fumus* sul comportamento evasivo e/o elusivo, che necessita di appositi approfondimenti che possono essere conclusi solo tramite il contraddittorio endoprocedimentale.

L'accertamento fondato puramente sullo scambio di informazioni, in assenza di un adeguato processo di interpretazione dell'Amministrazione, opportunamente coadiuvata dalle osservazioni del contribuente in sede di contraddittorio endoprocedimentale, rischia di non aderire alla realtà e, pertanto, di non individuare la “giusta imposta”.

Lasciare all'Amministrazione la scelta se attivare o meno il contraddittorio endoprocedimentale, costituisce un grave «vulnus» per i diritti di difesa del contribuente.

Alla luce di tali considerazioni, sarebbe opportuno che l'Agenzia delle Entrate, stabilisse questo indirizzo nella Circolare in commento.

Tematica: Il regime sanzionatorio

Paragrafi della circolare interessati: 6 “Profili sanzionatori”

Osservazioni / Contributi: Il paragrafo 6 prevede che:

“L’articolo 12 del decreto legislativo, nel disciplinare le sanzioni amministrative previste per la violazione degli obblighi di comunicazione delle informazioni di cui all’articolo 6, richiama espressamente la sanzione prevista dall’articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471 (da euro 2.000 a euro 21.000).

In particolare, l’articolo 12 del decreto legislativo, coerentemente con il presupposto oggettivo, prevede due distinte ipotesi sanzionatorie:

- ✓ *omessa comunicazione delle informazioni di cui all’articolo 6, a cui si applica la sanzione amministrativa prevista dall’articolo 10, comma 1, del decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 471, aumentata della metà;*
- ✓ *incompleta o inesatta comunicazione delle informazioni di cui al predetto articolo 6, a cui si applica la sanzione amministrativa prevista dall’articolo 10, comma 1, del decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 471, ridotta della metà.”*

L’art. 12 del D. Lgs. n. 100/2020 prevede che, nel caso di violazione degli obblighi di comunicazione, trovino applicazione le sanzioni di cui all’art. 10, co. 1 - *Violazione degli obblighi degli operatori finanziari* - del Decreto Legislativo 18 dicembre 1997, n. 471 (di seguito anche “D. Lgs. n. 471/97”), in proporzione alla gravità della violazione.

In base al summenzionato articolo 12 trovano applicazione le seguenti sanzioni:

- nell’ipotesi di omessa comunicazione delle informazioni, la sanzione sarà compresa tra un minimo di Euro 3.000 ad un massimo di Euro 31.500;
- nell’ipotesi, invece, di comunicazione (solamente) inesatta o incompleta, la sanzione applicata sarà pari a quella “base” - prevista dalla norma (art. 10, co. 1 D. Lgs. n. 471/97) - ridotta del 50%: la sanzione applicabile dovrebbe essere compresa tra un minimo di Euro 1.000 ed un massimo di Euro 10.500).

La Bozza della Circolare invece prevede che *“in caso di omessa comunicazione si applica la sanzione amministrativa da euro 3.000 a euro 31.500; in caso di comunicazione effettuata nei quindici giorni successivi alla scadenza, si applica la sanzione amministrativa da euro 1.500 a euro 15.750.”*

Dalla Bozza della Circolare è possibile evincere che, mentre nel caso di omessa comunicazione, l’Agenzia delle Entrate è in linea con le previsioni dell’art. 12 del D. Lgs. n. 100/2020, nel caso di comunicazione inesatta o incompleta applicherebbe un regime sanzionatorio più penalizzante per il contribuente/intermediario rispetto a quanto previsto dal summenzionato D. Lgs. n. 471/97 calcolando la riduzione del 50% non sulla sanzione base prevista dall’art.10, co. 1, D. Lgs. n. 471/97,

ma sulla sanzione base aumentata della metà. Su questo punto è auspicabile una correzione del paragrafo 6 in sede di stesura della versione definitiva della Circolare.

Un ulteriore profilo da chiarire in relazione alle sanzioni eventualmente irrogabili, riguarda la possibilità di beneficiarie degli istituti di definizione agevolata (in aggiunta al ravvedimento operoso richiamato dalla Bozza di Circolare) di cui al predetto D. Lgs. n. 472/1997. A tale quesito si ritiene di poter dare risposta affermativa in considerazione della natura tributaria della sanzione in questione.

In ultimo, come noto, l'ordinamento tributario prevede in tre distinte norme la possibilità di disapplicare le sanzioni tributarie di natura non penale quando la violazione è determinata da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferisce (vedasi art. 8 del Decreto legislativo 31/12/1992 n. 546, art. 6, comma 2, del Decreto legislativo 18/12/1997 n. 472 e, infine, art. 10 comma 3 della Legge 27/07/2000 n. 212). In proposito, si ritiene che:

- a) le particolari vicende ed i ritardi che hanno caratterizzato l'implementazione della Direttiva 2018/822/UE nel nostro Ordinamento;
- b) la necessità di un'applicazione retrospettiva delle disposizioni che ha costretto intermediari e contribuenti ad analizzare transazioni effettuate in un arco temporale significativo, superiore a due anni;
- c) il fatto che per rispettare i termini delle prime comunicazioni sia stato necessario procedere al censimento ed all'analisi delle fattispecie rilevanti prima ancora che venissero fornite adeguate indicazioni sulla portata dei nuovi obblighi introdotti;
- d) la stessa circostanza che questo documento sia oggetto di una consultazione pubblica che verrà conclusa pochi giorni prima del termine del primo adempimento,

dovrebbero suggerire la disapplicazione delle sanzioni con riferimento all'omessa o tardiva comunicazione di meccanismi transfrontalieri implementati nel periodo dal 25/06/2018 al 31/12/2020.

Tematica: Sanzioni applicabili in caso di inadempimento commesso da più soggetti

Paragrafi della circolare interessati: 6 Profili sanzionatori

Osservazioni / Contributi: Il par. 6 della Bozza di Circolare delinea una autonoma responsabilità nei confronti di ogni soggetto tenuto alla effettuazione della comunicazione e che omette l'adempimento di specie. In relazione a detto principio deve essere ricordato come:

- L'articolo 25 bis della Direttiva afferma che gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali precisando come le sanzioni in questione devono essere effettive, proporzionate e dissuasive;
- L'articolo 12 del D. Lgs. n. 100/2020 fa riferimento all'ipotesi di omessa comunicazione delle informazioni.

In relazione a tali aspetti, si ritiene che le garanzie richieste dalla Direttiva nonché dal Decreto Legislativo siano comunque soddisfatte nel momento in cui l'informazione sui meccanismi di specie sia acquisita da uno solo dei soggetti eventualmente tenuti alla comunicazione. Conseguentemente, si potrebbe ipotizzare quantomeno l'assenza nella autonomia delle posizioni soggette a sanzione mediante un meccanismo di solidarietà mediante il quale il pagamento della sanzione da parte di uno dei soggetti libera gli altri eventualmente coinvolti, demandando ad un rapporto privatistico la regolamentazione successiva.

Tematica: Elementi distintivi (*"Hallmarks"*) specifici collegati al criterio del "vantaggio principale", con particolare focus sull'Elemento distintivo specifico B.2 dell'Allegato 1 del D. Lgs. n. 100/2020 (*"conversione del reddito in capitale, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta"*)

Paragrafi della circolare interessati: Par. 7.2.2 "Conversione del reddito in capitale, conferimenti, apporti, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta", esempio 12

Osservazioni / Contributi:

Ci si riferisce all'Elemento distintivo specifico B.2 riferito alla conversione del reddito in *"altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore"*.

L'esempio 12 della Bozza di Circolare, per come si esprime nel caso descritto, espone ad un rischio concreto di *"over compliance"* preventiva, e comunque introduce una grande indeterminatezza circa le possibili valutazioni postume che potrebbero riguardare gli effetti di ordinarie "operazioni commerciali" infragruppo. Di seguito le criticità che si possono cogliere nell'esempio:

- i. Premesso che il presupposto oggettivo dell'obbligo di comunicazione introdotto dalla norma è l'esistenza di un "meccanismo transfrontaliero" il quale è definito come uno *"schema, accordo o progetto"*. L'esempio 12 reca il caso dell'effettuazione di *"operazioni commerciali"* fra due imprese associate, di cui una residente in Italia ed una in un altro Stato UE. Ebbene, le "operazioni

commerciali” non rappresentano di per sé stesse un “meccanismo transfrontaliero”; né possono essere ovviamente l’espressione esecutiva, ma l’innescò dell’obbligo di comunicazione deve sempre presupporre l’esistenza *ex ante* di uno “schema”, o di un “accordo”, o di un “progetto”. Sarebbe perciò opportuno che tale presupposto venisse rimarcato nel caso di specie.

- ii. L’esempio 12 riporta la circostanza – che risulta evidentemente determinante per la conclusione a cui perviene l’Amministrazione – secondo cui le “operazioni commerciali” in parola non sono concluse secondo l’*arm’s length principle* così da provocare uno spostamento di utili dall’Italia verso l’altro Stato UE. La valutazione delle transazioni secondo il “principio di libera concorrenza”, tuttavia, appartiene come noto alla disciplina dei prezzi di trasferimento la quale in ambito DAC 6 è già puntuale oggetto degli Elementi distintivi specifici della Lettera E, dove essa trova una propria chiara perimetrazione (e non a caso, proprio in ragione dell’estrema aleatorietà che tipicamente caratterizza la materia del transfer pricing e delle valutazioni secondo il “principio di libera concorrenza”).

Pertanto, una generalizzata applicazione della disciplina dei prezzi di trasferimento (e del “principio di libera concorrenza”) al di fuori degli Elementi distintivi specifici della Lettera E pare realizzare un effetto di ingiustificata estensione degli obblighi di comunicazione, con un elevatissimo grado di incertezza.

- iii. L’esempio 12 intravede chiaramente il “vantaggio fiscale” nell’utile prodotto dalla società controllata UE (per la parte dovuta al fatto che i prezzi di trasferimento applicati nelle operazioni commerciali con l’impresa italiana non sarebbero *arm’s length*) e nel momento in cui questo utile viene distribuito alla società italiana controllante a titolo di dividendo; per questa parte di profitto si avrebbe allora la conversione per l’impresa italiana di un ordinario componente del suo reddito d’impresa (un ricavo) ad un dividendo soggetto ad un regime fiscale più favorevole (PEX).

Letta la fattispecie in questi termini, tuttavia, astrattamente tutte le transazioni commerciali infragruppo compiute fra una società italiana controllante e la controllata UE, potenzialmente soggette alla disciplina dei prezzi di trasferimento, sarebbero esposte ad un obbligo di comunicazione, in quanto anche solo potenzialmente foriere di poter produrre in seguito degli utili distribuibili (come pure, ogni distribuzione di utili dalla controllata UE alla controllante italiana, fra cui intercorrano relazioni commerciali, potrebbe essere astrattamente soggetta ad obbligo di comunicazione).

L’esempio 12 sembra quindi estendere a dismisura il perimetro dell’Elemento distintivo specifico in analisi introducendo un grado di soggettività valutativa troppo ampio.

Ciò premesso,

La conversione di “profitti di impresa in dividendi” a cui intende far riferimento la Circolare nell’esempio 12, perché possa in concreto innescare l’obbligo di comunicazione, dovrebbe a parere di chi scrive essere qualificata da alcuni indispensabili connotati:

1. l’esistenza ex ante di uno “*schema, accordo o progetto*” che sia preordinato alla produzione di un flusso di pagamenti di dividendi dalla controllata UE alla controllante italiana;
2. il fatto che l’esistente “*schema, accordo o progetto*” preveda l’effettuazione di una operazione (o di più operazioni) aventi l’effetto di trasferire *assets* dell’impresa italiana, che incorporano plusvalenze latenti, senza determinare l’emersione di tali *capital gains*, con a seguire il compimento di atti realizzativi di tali *assets* presso la controllata UE, ed infine la distribuzione alla controllante italiana di dividendi in corrispondenza dei profitti realizzati nello Stato UE (plausibilmente ivi beneficiando di un minore carico fiscale, tale appunto da superare il c.d. “*main benefit test*”);
3. la prossimità temporale fra il momento del realizzo del profitto (dalla controllata UE) e la distribuzione del corrispondente utile alla controllante italiana, tale da rendere concreta l’esistenza ex ante di uno “*schema, accordo o progetto*” volto appunto a trasformare le plusvalenze latenti esistenti presso la controllante italiana (componenti naturali del suo reddito d’impresa) in profitti che vengono realizzati dalla controllata estera (plausibilmente fruendo di un minore carico fiscale), ed infine rientranti nel profitto della controllante italiana in forma di dividendi.

Andrebbe perciò escluso in questo ambito un generico richiamo alle “operazioni commerciali” (se non nel caso in cui siano parte di uno “*schema, accordo o progetto*”) ed all’*arm’s lenght principle*.

Tematica: Elementi distintivi specifici (“*Hallmarks*”) collegati al criterio del “vantaggio principale”, con particolare focus sull’Elemento distintivo specifico B.3 dell’Allegato 1 del D. Lgs. 100/2020 (“*Operazioni circolari?*”)

Paragrafi della circolare interessati: 7.2.3 “Operazioni circolari”

Osservazioni / Contributi:

- 1) La Bozza di Circolare in consultazione chiarisce a pagina 77 che, “affinché si possa configurare l’elemento distintivo, deve ricorrere almeno una delle seguenti circostanze:
 - utilizzo di entità interposte che non svolgono nessun’altra attività commerciale principale;
 - operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che producono effetti simili”.

Viene poi precisato che “la prima circostanza ricorre qualora un’entità, nel contesto del funzionamento del meccanismo, svolga la funzione di veicolare gli effetti economico-finanziari di operazioni poste in essere tra altre entità parti dello schema e per la quale lo svolgimento di tale funzione assume carattere prevalente rispetto ad eventuali ulteriori attività commerciali svolte. A tal ultimo riguardo, si osserva che il requisito della sussistenza o meno dello svolgimento di altra attività commerciale principale deve essere valutato in termini sostanziali, avuto riguardo anche alle possibilità concrete di svolgere tale attività e tenuto conto della disponibilità di personale, attrezzature, attività e locali”.

Sarebbe auspicabile anche una ulteriore precisazione con riferimento alla classificazione dell’attività quale “principale”, posta a confronto con la c.d. “attività secondaria”.

Benché sia chiaro che il confronto fra lo scopo di veicolare gli effetti economici e finanziari di operazioni poste in essere tra le altre entità parti dello schema e le ulteriori attività commerciali svolte, debba essere fatto “nel contesto del funzionamento del meccanismo” potrebbe essere utile specificare che le ulteriori attività commerciali sono solo quelle svolte nei confronti delle altre parti e non in generale. Ciò al fine di rendere chiaro (ma lo si desume dall’esempio 17) che il ruolo di “veicolo” può essere svolto anche da entità dotate di personale, attrezzature, attività e locali (ad esempio, una banca).

Per altro verso, la circostanza che l’entità “veicolo” svolga un’attività commerciale con l’impiego di personale, attrezzature, attività e locali non deve essere considerata dirimente.

Nella normalità dei casi, per stabilire se il principale vantaggio o uno dei principali vantaggi che una persona, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti (NB. “di tutti”), si può ragionevolmente attendere da un meccanismo, sia di ottenere un vantaggio fiscale (Direttiva DAC 6, allegato IV, Parte I), la valutazione dei vantaggi extrafiscali prescinde dalla circostanza che l’entità (sia essa italiana o estera) sia o meno priva di personale, attrezzature, attività e locali etc.. Veicoli di questo tipo vengono in genere utilizzati, ad esempio, nelle operazioni di cartolarizzazione ovvero quando sia necessario effettuare investimenti o per la gestione dei piani di incentivazione dei *manager*.

Quanto su esposto lo si desume anche dalle sentenze della Corte di Giustizia nelle cause danesi secondo le quali, nello stabilire che devono essere qualificate come pratiche abusive quelle “operazioni puramente formali o artificiose prive di qualsiasi giustificazione economica e commerciale” poste in essere e che possano costituire indizio di abuso l’esistenza di società interposte prive di

giustificazione economica (C-116/16 e C-117/16; par. 114 e cause C 115/16, C 118/16, C 119/16 e C 299/16, par. 139) affermano anche che l'assenza di un'effettiva attività economica dev'essere dedotta, alla luce delle peculiarità che caratterizzano l'attività economica in questione, da un'analisi complessiva dei pertinenti elementi attinenti, in particolare, non solo al personale impiegato nonché ai locali ed alle attrezzature di cui dispone, ma anche alla **gestione della società, al suo bilancio d'esercizio, alla struttura dei suoi costi ed ai costi realmente sostenuti** (C-116/16 e C-117/16; par. 101 e cause C 115/16, C 118/16, C 119/16 e C 299/16, par. 131).

Anche la corte di Cassazione (sentenza n. 14756 del 2020), citando la giurisprudenza della Corte di Giustizia, afferma che l'elemento distintivo dovrebbe essere costituito dalla circostanza che la scelta di "canalizzazione" si giustifichi unicamente nelle più vantaggiose implicazioni fiscali del transito. E aggiunge che in caso di *holding* o *subholding* "pura", quindi, non può farsi riferimento agli elementi caratteristici della società operativa, dando rilievo ai modesti crediti operativi, alla mancanza di dipendenti e di una struttura organizzativa adeguata, dovendosi, invece, apprezzare l'autonomia organizzativa e gestionale della società.

In conclusione, a parere di chi scrive, il criterio dello svolgimento da parte dell'entità di una attività commerciale effettiva – che pure è valido ad altri fini (ad esempio come esimente ai fini dall'applicazione del regime delle società estere controllate) - non dovrebbe essere assunto come **unico** indizio rilevante ai fini dell'elemento distintivo B.3. e, quindi, si dovrebbe far cenno anche agli altri indicatori enunciati nella giurisprudenza citata da valutare congiuntamente.

In alternativa, un criterio oggettivo per espungere dall'elemento distintivo i veicoli che, pur non svolgendo attività commerciali con personale, locali e attrezzature, hanno comunque una funzione economica extrafiscale potrebbe consistere nell'escludere a priori dall'elemento distintivo stesso quelle società il cui capitale sia detenuto anche da soggetti che non appartengono al gruppo (ad esempio i *manager* o i co-investitori).

Ci si chiede, con particolare riferimento alle *holding*, come debba essere determinato il perimetro del concetto di "attività commerciale principale", ed in particolare se ed in che termini tali attività debbano essere valutate alla luce di quanto affermato dalla Corte di Giustizia nelle cd sentenze "danesi", "*essenzialmente al fine di beneficiare di un indebito vantaggio*".

- 2) Inoltre, si vuole in questa sede precisare che, nell'ambito delle operazioni circolari, è possibile riscontrare delle transazioni poste in essere per ottenere un vantaggio extra fiscale di carattere

qualitativo e non quantitativo. A volte accade, ad esempio, che si renda necessario per motivi di tipo organizzativo, contrattuale o regolamentare, l'utilizzo di strutture societarie estere senza le quali il realizzo della determinata operazione sarebbe precluso. In relazione a tali fattispecie, pertanto, non pare sia possibile procedere alla quantificazione economica così come prospettata dalla Circolare a pag. 37, definendo, quindi, *“l'impatto concreto in termini di riduzione di costi o incremento dei ricavi attesi”*; sarebbero opportune delucidazioni al riguardo.

Ulteriormente, un altro aspetto per il quale sarebbero auspicabili precisazioni concerne l'individuazione dei parametri temporali per la quantificazione del vantaggio extrafiscale, ovvero se si debba procedere a detta quantificazione su base annua o con riferimento all'intero periodo di programmazione del meccanismo.

- 3) Infine, con riferimento al medesimo ambito di operatività, da quanto si evince dalla Bozza di Circolare, nel caso di operazioni già precedentemente comunicate all'Amministrazione Finanziaria, ad esempio tramite interpello anti-abuso, occorre procedere ugualmente alla comunicazione DAC 6, così come meglio specificato a pagina 51, paragrafo 4.2 *“Elementi oggetto di comunicazione”*. Ci si domanda, a tal proposito, quale sia l'utilità di imporre un doppio onere comunicativo con riferimento allo stesso meccanismo.

Tematica: Elementi distintivi (*“Hallmarks”*) specifici collegati al criterio del *“vantaggio principale”*, con particolare focus sull'Elemento distintivo specifico C.1 dell'Allegato 1 del D. Lgs. n. 100/2020 (*“Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate”*)

Paragrafi della circolare interessati: 7.3.1 *“Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate”*

Osservazioni / Contributi:

- 1) Con riferimento a pagamenti che beneficiano *“di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente ai fini fiscali”*, ci si chiede se sussista ugualmente l'obbligo di comunicazione nel caso in cui il suddetto *“regime preferenziale”* non dovesse essere del tutto incluso nel rapporto OCSE *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 2015 Final Report* del progetto BEPS e successive modifiche, cui la Bozza di Circolare fa riferimento, ma fosse considerato *“harmful”* nello Stato in cui il destinatario del pagamento è residente ai fini fiscali. Dalla Bozza di Circolare sembrerebbe che non siano considerati preferenziali solo i regimi che il documento cita esplicitamente come tali, mentre è evidente che

non sono preferenziali anche i regimi che non vengono del tutto citati nel documento (si veda il successivo punto 3 con riferimento all'ACE italiana).

Si fa presente per completezza che il *link* nella nota n. 4 a pag. 87 rimanda al report del 2018, ma sul sito dell'OCSE è disponibile un *update* di Novembre 2020.

- 2) Posto che non è presente nella Bozza di Circolare alcuno specifico riferimento alle operazioni di “*cash pooling*”, o pagamenti tra consociate, ci si chiede se occorra effettuare anche una nuova comunicazione ai fini DAC 6, qualora il meccanismo sia già conosciuto in ragione degli adempimenti di tracciabilità delle operazioni bancarie (CRS).
- 3) Con l'occasione potrebbe essere utile illustrare nella Circolare la reale natura dell'Aiuto alla crescita economica (ACE). **Ciò a beneficio delle amministrazioni fiscali estere.** Risulta infatti che alcune amministrazioni fiscali estere - in applicazione della normativa anti-ibridi - non ammettono in deduzione gli interessi corrisposti a società italiane del gruppo fino a concorrenza della base ACE spettante alla società italiana. E ciò anche se la società non ha base ACE propria, ma fa parte di un consolidato fiscale con ACE. In pratica, la riduzione dall'imponibile dovuta all'ACE viene considerata in tali ordinamenti alla stregua di una mancata tassazione degli interessi conseguiti dal soggetto residente in Italia. A parte il fatto che nessun regime di favore italiano è considerato “*tax harmful*” dall'OCSE, è evidente che, all'estero, l'ACE non viene considerata come una forma indiretta di riduzione dell'aliquota Ires per le entità capitalizzate, ma come un meccanismo idoneo a comportare una deduzione senza tassazione. Ci si chiede pertanto, *de iure condendo*, se non sia il caso di tornare alla gestione dell'ACE in forma di riduzione dell'aliquota, modificando ovviamente l'articolo 126, comma 1 del Testo unico.
- 4) Il documento estende in via interpretativa l'obbligo di comunicazione anche alle situazioni *in cui il pagamento transfrontaliero sia effettuato da un contribuente a favore di un'impresa associata per il tramite di un soggetto interposto, che non assume alcuna significativa funzione sotto il profilo economico-finanziario in relazione alla transazione da cui origina il pagamento.* In questo caso, il Documento ritiene ininfluenza che il soggetto destinatario del primo flusso di pagamento non sia un'impresa associata. Una prima considerazione andrebbe fatta in merito allo standard di conoscenza del contribuente pertinente italiano nel caso in cui il meccanismo sia stato predisposto da intermediari non residenti su incarico di altri soggetti appartenenti al gruppo. È evidente che non si può presumere la conoscenza da parte del soggetto italiano delle finalità perseguite da strategie elaborate altrove e di cui non ha una visione complessiva, come succede frequentemente nell'ambito dei grandi gruppi multinazionali. Ragionando *a contrariis* rispetto alla posizione espressa dal documento si dovrebbe concludere che gli obblighi di comunicazione preventiva vengano meno quando il soggetto asseritamente

interposto svolga effettive attività imprenditoriali cioè quando le caratteristiche della seconda transazione, che determina il pagamento verso l'impresa associata, siano tali da determinare l'assunzione di un rischio di impresa, ad esempio condizioni e termini non coincidenti, applicazione di commissioni sull'intermediazione etc; ovvero nel caso in cui svolga comunque una funzione economica ritenuta meritevole dall'ordinamento, come nel caso delle società di cartolarizzazione. Tale condizione dovrebbe rappresentare un'esimente a prescindere dal fatto che il soggetto asseritamente interposto sia o meno un'impresa associata. Anche nel caso in cui il soggetto asseritamente interposto rappresenti un'impresa associata sarebbe necessario distinguere la situazione in cui quest'ultima sia residente in uno Stato membro e quindi soggetta alle disposizioni della DAC 6, rispetto a quella in cui sia invece residente in uno Stato terzo. Infatti, nel caso in cui il primo destinatario del pagamento sia residente in uno Stato dell'Unione, l'obbligo ricadrà direttamente su di lui in quanto il meccanismo transfrontaliero rilevante ai fini dell'elemento distintivo C 1, lo riguarderà in maniera esclusiva senza che possano sorgere obblighi di comunicazione alle autorità fiscali italiane da parte del contribuente pertinente italiano o dei suoi intermediari.

Tematica: pagamento transfrontalieri deducibili tra imprese associate

Paragrafi della circolare interessati: 7.3.1 “Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate”, esempio 20

Osservazioni / Contributi: L'esempio affronta il caso di pagamenti effettuati da un soggetto residente sul territorio dello Stato (**ItaCo**) ad un'altra società (**BCo2**) residente nello **Stato B**, che, nell'ambito di uno schema di finanziamento cd. *back to back*, retrocede il pagamento ricevuto ad un'entità cd. *reverse hybrid*, ovvero sia considerata fiscalmente trasparente nello Stato di residenza (**Stato B**) e opaca per la giurisdizione di residenza dei soci (**Stato A**). Caratteristica delle entità *reverse hybrid*, nel caso di pagamenti transfrontalieri, è quella di sfuggire alla tassazione dei corrispondenti componenti positivi di reddito per il fatto che i flussi provenienti da uno Stato terzo non sarebbero sottoposti a tassazione né nello Stato in cui l'entità è localizzata (dove non viene qualificata come soggetto passivo d'imposta) né nello Stato di residenza dei soci, dal momento che la legislazione interna qualifica i predetti flussi come appartenenti all'entità *reverse hybrid*, dunque già oggetto di tassazione nello Stato di residenza.

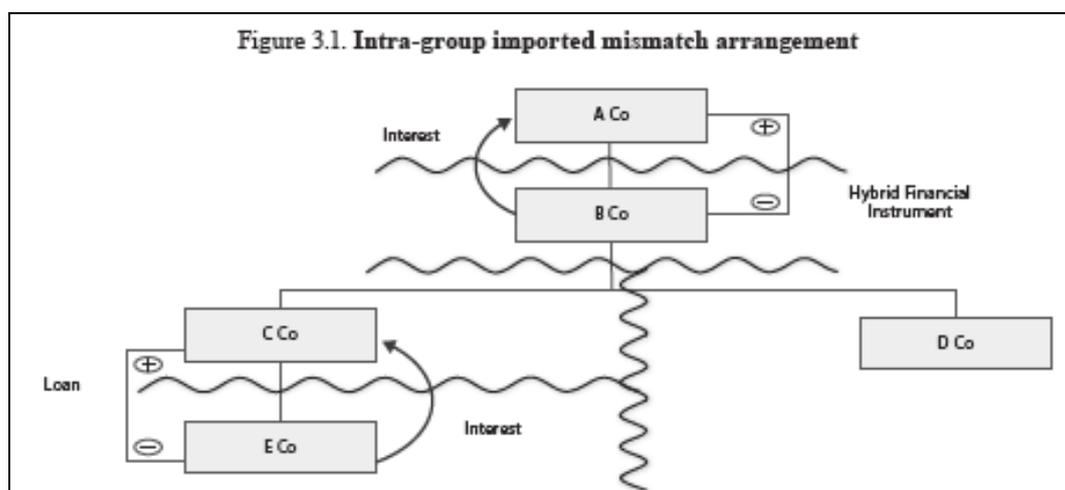
Giova ricordare che il meccanismo di contrasto a forme di disallineamenti da ibridi opera mediante un sistema di cd. *linking rules*, prevedendo forme di reazione (le cc.dd. risposte **primaria** e **secondaria**) che

possono, per l'effetto dello specifico fenomeno, negare la deduzione di un componente negativo di reddito ovvero imporre l'inclusione, nella base imponibile del soggetto beneficiario, del corrispondente componente positivo in base al trattamento fiscale previsto dalla giurisdizione estera di residenza della controparte, con l'obiettivo di neutralizzare fenomeni di indebita **deduzione non inclusione** ("D/NP") e **doppia deduzione** ("DD").

In particolare, nei casi di D/NP la risposta primaria prevede la negazione della deduzione nel caso in cui lo Stato estero non tassi il corrispondente pagamento in capo al beneficiario, mentre la risposta secondaria prevede l'inclusione del corrispondente pagamento (che sarebbe, in linea di principio, esente da tassazione per norma interna) nello Stato estero del beneficiario. Nel caso di specie, il legislatore italiano ha previsto, con il decreto legislativo n. 142/2018, che nel caso di pagamenti ad entità *reverse hybrid* (art. 6, comma 1, lett. r), numero 3), l'effetto del disallineamento sia contrastato negando la deducibilità del componente negativo di reddito in capo al soggetto pagatore residente sul territorio dello Stato (cd. **reazione primaria**).

Conseguentemente, la "neutralizzazione" dell'effetto del disallineamento da parte dell'Italia renderebbe superfluo l'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero illustrato nell'esempio 20 della bozza di Circolare in consultazione.

A queste conclusioni giunge anche il Report Finale sull'Azione 12 del Progetto BEPS, nell'esempio riportato al § 256 (*Intra-group imported mismatch arrangement*), che nel seguito viene brevemente esaminato partendo da una sua illustrazione grafica.



Nella struttura transfrontaliera proposta, **E Co** effettua un pagamento transfrontaliero per interessi passivi nei confronti di **C Co**, in relazione ad un prestito infragruppo finanziato mediante uno

strumento finanziario ibrido fra **A Co** e **B Co**. Lo Stato E viene descritto come una giurisdizione che ha recepito le raccomandazioni OCSE con riguardo alla comunicazione obbligatoria dei meccanismi transfrontalieri (*Mandatory Disclosure Rule*) e anche quella sul contrasto ai disallineamenti da ibridi (come potrebbe essere, a tutti gli effetti, l'Italia). Con riguardo alla domanda se il fenomeno di **deduzione non inclusione**, quale effetto del disallineamento basato sull'utilizzo di uno strumento finanziario ibrido fra **A Co** e **B Co**, costituisca un meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione per la consociata **E Co** (§264), il Report Finale sull'Azione 12 del Progetto BEPS risponde in modo affermativo, ritenendo non necessario che **E Co** fosse direttamente coinvolta nell'operazione per attivare gli obblighi di *disclosure*. Tuttavia, qualora **E Co** fosse in grado di neutralizzare il *mismatch* sulla base delle regole di contrasto ai disallineamenti da strumenti ibridi adottate dallo Stato di residenza (**Stato E**), non vi sarebbe stato allora alcun obbligo di segnalazione dell'operazione transfrontaliera per **E Co**.

Per il medesimo principio riteniamo che, nell'esempio 20 riportato dalla bozza di Circolare in consultazione, la società **ItaCo** debba essere esonerata dagli obblighi di *disclosure*, dal momento che non verrebbe integrato l'elemento distintivo di cui alla lettera C, punto 1, lettera a) dell'allegato 1 al decreto legislativo n. 100/2020.

Nell'esempio n. 20 il contribuente italiano effettua un pagamento che viene tassato in capo al percettore residente in un altro Stato membro. Nella situazione descritta, pertanto, a parere di chi scrive, non si ravvisano né nella lettera, né nello spirito della norma motivi per attribuire al contribuente residente obblighi di comunicazione. La circostanza che il soggetto percettore degli interessi tassi il proprio reddito al netto degli oneri, anche di natura finanziaria, sostenuti per produrlo non sembra assimilabile ai comportamenti potenzialmente dannosi che la normativa intende intercettare e che, infatti, focalizzano la loro attenzione su ipotesi di esenzione di carattere soggettiva o oggettiva. Il fatto, poi, che il primo percettore degli interessi effettui a sua volta un pagamento ad un'entità ibrida ospitata nello stesso Stato membro in cui ha la residenza fiscale comporta che quest'ultimo e non l'Italia sia individuata come *reporting jurisdiction*. Diversamente si chiede, in alternativa, di circoscrivere in modo più specifico l'ambito di applicazione degli obblighi di comunicazione sui meccanismi transfrontalieri, in presenza di strutture transfrontaliere fondate sull'utilizzo di strumenti che possano dare luogo a disallineamenti da ibridi, oggetto di contrasto secondo le disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 142/2018 (le medesime considerazioni sono estese agli esempi 14 e 15, che affrontano casi riguardanti l'utilizzo di strumenti e/o pagamenti transfrontalieri da cui originano fenomeni di disallineamenti da ibridi).

Tematica: pagamento transfrontalieri deducibili tra imprese associate

Paragrafi della circolare interessati: 7.3.1 “Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate”, esempio 21

Osservazioni / Contributi: Il caso analizzato dall’esempio 21 postula, fra le ipotesi di lavoro, che “*BCo ha il ‘place of effective management’ nello Stato E ed è quindi considerata fiscalmente in E*”. Si ritiene che tale affermazione tenda a semplificare oltremodo la fattispecie analizzata, imponendo al contribuente oneri dichiarativi sul meccanismo transfrontaliero in questione che pongono dubbi sulla **effettività** della comunicazione da effettuare (prevista laddove “*il pagamento beneficia di un’esonazione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente ai fini fiscali*”) nonché sulla **tempistica**, come nel seguito illustrato.

La più immediata casistica riconducibile al caso esaminato è quella in cui la legislazione di uno Stato UE (come può essere lo **Stato B**, che nell’esempio 21 si assume come tale pur non essendo esplicitamente chiarito) preveda, **per norma interna**, la possibilità di porre la sede legale nel proprio territorio e la sede operativa (“*place of effective management*”) in uno Stato extra-UE (come può essere un paese *off-shore*). Tale schema è stato utilizzato, negli anni passati, da alcuni paesi dell’UE (si pensi all’Irlanda) per attirare colossi della cd. **digital economy**, per cui una società - pur costituita ai sensi della legislazione irlandese - non si qualificava fiscalmente residente in Irlanda dal momento che la sede di gestione e controllo era formalmente collocata in uno Stato extra-UE. In tal caso è fuor di dubbio che **ItaCo** sia chiamata ad adempiere agli obblighi di comunicazione transfrontaliera con riguardo all’elemento distintivo C, punto 1, lettera c) dell’allegato 1 al decreto legislativo n. 100/2020.

Tuttavia, possono rientrare nell’ipotesi di lavoro prevista dall’esempio 21 anche i casi di **dual residence**, per i quali si richiama il concetto di “*place of effective management*” (sede di direzione effettiva) quale strumento (cd. “*tie-breaker rule*”) di risoluzione dei casi di doppia residenza. Giova ricordare, a questo proposito, che l’art. 4 del Commentario al modello di Convenzione OCSE (2017) afferma che “*the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to resolve by mutual agreement cases of dual residence of a person other than an individual*” (§24), prevedendo che la verifica debba avvenire in ragione di una valutazione “*on a case-by-case basis*” (§23) finalizzata ad individuare la sede di direzione effettiva della società in uno dei due Stati Contraenti sulla base di tutti gli elementi analitici a disposizione (§24.1).

L'affermazione contenuta nell'esempio riportato (secondo cui "*BCo ha il 'place of effective management' nello Stato E ed è quindi considerata fiscalmente in E*"), pertanto, dovrebbe essere circoscritta ai soli casi in cui **BCo** sia considerata, per norma interna dello Stato B (UE), residente fiscalmente nello Stato extra-UE dove il soggetto potrebbe (effettivamente) beneficiare dell'esenzione dalle imposte.

A tale fine, si propone di riformulare l'ipotesi di lavoro dell'esempio 21 come segue (correttivi riportati con doppia sottolineatura):

"Il gruppo MNE costituisce la controllata BCo nello Stato B (UE).

La stessa BCo ha il 'place of effective management' nello Stato E ed è quindi considerata residente fiscalmente in E per normativa interna dello Stato B e/o per effetto di accordi fra le Autorità competenti degli Stati contraenti in applicazione di accordi bilaterali.

Lo Stato E (extra-UE) esenta da imposte tutti i redditi.

Il Gruppo MNE trasferisce la proprietà di un bene immateriale a BCo che lo concede in uso ad ItaCo, società residente fiscalmente in Italia che, in contropartita, corrisponde canoni (royalties) per l'utilizzo del bene.

Il meccanismo determina una situazione in cui vi è una deduzione netta in Italia a fronte di una esenzione del relativo reddito da parte del percipiente nello Stato E, per cui il reddito da royalties ricevuto da BCo non è tassato nello Stato in cui il destinatario è residente ai fini fiscali (Stato E)".

Sarebbe inoltre opportuno:

- chiarire quali siano gli obblighi di comunicazione del contribuente nei casi di *dual residence* del soggetto percettore di un pagamento, qualora la residenza del soggetto nello Stato UE (Stato B) piuttosto che extra-UE (Stato E) integri differenti oneri di *disclosure* in capo al soggetto residente (nel primo caso, difatti, non sarebbe integrato l'elemento distintivo di cui alla lettera C, punto 1, lettera c) dell'allegato 1 al decreto legislativo n. 100/2020);
- prevedere, in quest'ultimo caso, una *penalty protection* nel caso di ritardi nelle comunicazioni da parte del contribuente, seguente all'attivazione di una procedura fra le Autorità competenti degli Stati Contraenti (Stato B e Stato E, nell'esempio considerato) volta a dirimere i casi di doppia residenza di **BCo**.

Tematica: Individuazione dei regimi fiscali preferenziali previsti nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali

Paragrafi della circolare interessati: 7.3.1 “Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate”

Osservazioni / Contributi: come illustrato nella bozza di Circolare in consultazione, rientra fra gli elementi distintivi di cui alla lettera C, punto 1, lettera d) dell'allegato 1 al decreto legislativo n. 100/2020 “*Un meccanismo caratterizzato dalla previsione di un pagamento transfrontaliero deducibile tra due o più imprese associate in relazione alla quale si verifica almeno una delle seguenti condizioni di seguito riportate:*

[...]

d) *il pagamento beneficia di un **regime fiscale preferenziale** nella giurisdizione in cui il destinatario è residente ai fini fiscali?*.”

Con riguardo ai **regimi fiscali preferenziali**, giova ricordare che l'OCSE – facendo seguito alle conclusioni evidenziate con il Report sull'Azione 5 del progetto BEPS e sulla base dei lavori affidati al “Forum sulle Pratiche Fiscali Dannose” nell'ambito del cd. *Pillar Two* del medesimo progetto, pubblica periodicamente i Rapporti “*Harmful Tax Practices - Progress Report on Preferential Regimes*” proponendo un costante aggiornamento sui regimi dannosi vigenti, individuati sulla base della combinazione fra:

- uno dei cd. *fattori chiave*, individuati **i)** in ragione dell'assenza di tassazione o di una modesta imposizione effettiva su capitali particolarmente mobili, come quelli finanziari e altre attività di servizi; **ii)** in presenza di regimi che si qualificano come “*ring-fencing*”; **iii)** per la mancanza di trasparenza nel regime fiscale; **iv)** per la mancanza di uno scambio di informazioni effettivo fra autorità fiscali; **v)** in presenza di regimi che incoraggiano operazioni e meccanismi esclusivamente fondati su motivazioni di natura fiscale e privi di sostanza economica, **da un lato**, e
- uno dei cinque cd. *elementi complementari*, caratterizzati da **i)** una artificiale definizione della base imponibile; **ii)** la mancata adesione ai principi internazionali in materia di prezzi di trasferimento; **iii)** l'esenzione da imposizione dei redditi di fonte estera nel paese di residenza; **iv)** aliquote fiscali o basi imponibili che possono formare oggetto di negoziazione con l'autorità fiscale; **v)** l'esistenza di disposizioni sul segreto bancario, **dall'altro lato**.

Tenuto conto della *dinamicità* degli elenchi contenenti i regimi fiscali preferenziali, sarebbe quindi opportuno chiarire il momento da prendere in considerazione per l'individuazione dei suddetti regimi, fornendo così al contribuente un elemento obiettivo di riferimento.

Anche per coerenza sistematica con quanto già previsto ai fini dell'individuazione dei pagamenti che beneficiano di una esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente,

nell'ambito dell'elemento distintivo C, punto 1, lettera c) dell'allegato 1 al decreto legislativo n. 100/2020, si ritiene che l'ultimo periodo del §7.3.1 riportato a pag. 87 debba essere riformulato come segue (correttivi riportati con doppia sottolineatura):

“Coerentemente con l'impostazione assunta nei citati rapporti, si ritiene che possano essere considerati come regimi non preferenziali esclusivamente quelli per i quali a seguito di verifica da parte dell'OCSE sia stato loro attribuito il giudizio di 'non dannoso' (Not harmful). In relazione a ciò, è da ritenere che l'elenco dei citati regimi da prendere in considerazione è quello pubblicato alla data in cui sorge l'obbligo di comunicazione ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo e dell'articolo 2, comma 5 del decreto ministeriale”.

Tematica: Elementi distintivi riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva

Paragrafi della circolare interessati: 7.4, 7.4.1, 7.4.1.1., 7.4.1.2., 7.4.1.3, 7.1.1.4, 7.4.1.5, 7.4.1.6, 7.4.2

Osservazioni / Contributi:

7.4.: Pare discutibile considerare automaticamente a rischio segnalazione, senza quindi dover effettuare una verifica del criterio del vantaggio fiscale, gli elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva di cui alla lettera D dell'allegato 1 del D. Lgs. n. 100/2020. Inoltre potrebbe risultare utile uniformare i dati e le informazioni per tutte le segnalazioni da parte degli intermediari, in modo da agevolare il controllo e l'analisi delle situazioni più complesse da parte dell'Agenzia delle Entrate (Direttiva 2014/107/UE del Consiglio del 9 dicembre 2014 (DAC 2) – Anagrafe Tributaria).

7.4.1.: Andrebbero meglio chiariti i termini del cosiddetto *reasonable to conclude test* ed il significato di “informazioni prontamente disponibili” e del “grado di competenza e comprensione dei soggetti coinvolti”.

7.4.1.1.: Non è chiaro a cosa si riferisca la bozza di Circolare allorché parla di “determinati tipi di moneta elettronica”. Non sembra si riferisca a conti espressi in criptovalute ma ad altre tipologie di rapporti che però non sono facilmente individuabili.

L'utilizzo dell'espressione “conto fiduciario” parlando di escrow account appare alquanto fuori luogo anche perché potrebbe generare facili equivoci tra gli operatori che potrebbero considerare il conto intestato alla fiduciaria come meccanismo transfrontaliero e come tale da segnalare.

7.4.1.2.: Ai fini di cui sopra appare rilevante individuare con più precisione il perimetro degli intermediari finanziari e delle giurisdizioni non partecipanti allo scambio CRS (allo stato attuale vi rientrano, tra gli altri, USA, CINA, Russia)

7.4.1.3.: Considerare meccanismo transfrontaliero quello del trust che paga conti o fatture per conto di un beneficiario appare poco fuorviante se si considera che il trust ben potrebbe avere come sua lecita finalità la gestione delle esigenze di vita di uno o più soggetti (beneficiari del trust, anche nell'ambito di un trust per il dopo di noi) ed in questa direzione non si capirebbe perché l'operazione andrebbe segnalata.

7.1.4.4.: Vanno meglio chiariti i termini entro i quali configurare come meccanismo transfrontaliero la trasformazione di fondi presso un conto di deposito in attività non finanziarie (es. immobili, oro, opere d'arte): anche i soggetti che svolgono su base professionale la gestione di tali attività non finanziarie sono, infatti, tenuti agli obblighi antiriciclaggio e come tali quindi chiamati a effettuare verifiche sulla provenienza delle disponibilità utilizzate per il loro acquisto.

7.1.4.5.: Si ritiene che il meccanismo in esame possa trovare una sua fisiologica soluzione nell'implementazione dei registri dei titolari effettivi.

7.1.4.6.: Si ritiene che il meccanismo in esame possa trovare una sua fisiologica soluzione nell'implementazione dei registri dei trust.

7.4.2.: Si ritiene che i meccanismi in esame possano trovare una loro fisiologica soluzione nell'implementazione dei registri dei titolari effettivi e dei trust.

Tematica: requisito oggettivo del controllo

Paragrafi della circolare interessati: 7.5 “Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento”

“Sempre in relazione ai presupposti, occorre specificare che, in considerazione del riferimento esplicito ai prezzi di trasferimento, ai fini dell'integrazione dell'elemento distintivo in commento è richiesto il requisito oggettivo del controllo tra le imprese che pongono in essere la transazione, così come regolato dall'articolo 110, comma 7 del TUIR.”

Osservazioni / Contributi: Con riferimento alla *vexata quaestio* sull'integrazione del requisito del controllo nell'ambito dell'art. 110, co.7 del Tuir, si chiede di confermare che nell'ambito della sezione in commento (7.5), trattasi della nozione di controllo giuridico-formale ex art. 2359 del Codice Civile e

quindi non debba farsi riferimento alla definizione di “Imprese Associate” così come fornita dalla Circolare.

Tale precisazione è di vitale importanza, posto che ai fini della eventuale delineazione della sussistenza del requisito di un controllo economico-sostanziale – in ipotesi di assenza di controllo giuridico-formale *ut supra* definito - l’intermediario o (in particolar modo) il fornitore di servizi dovrebbero disporre di un set informativo dettagliato, ampio e completo sul gruppo multinazionale e sulle transazioni intercompany tali da consentire loro di eseguire una prodromica verifica su tale aspetto, che si colloca quindi in uno step antecedente alla verifica dell’elemento distintivo (i.e. E.1 ed E.3) *ex se*.

Il reperimento di una tale a vasta mole di informazioni e chiarimenti che potrebbero necessitare – vieppiù – dei necessari passaggi autorizzativi in seno al Gruppo multinazionale, mal si conciliano con l’orizzonte temporale entro il quale viene fatto obbligo di provvedere alla comunicazione del relativo meccanismo transfrontaliero.

Si ritiene quindi che il riferimento al requisito del controllo giuridico-formale *ex art.* 2359 c.c. – in quanto parametro oggettivo e liberamente ritraibile dalle ordinarie banche dati informative – si ponga in linea con il ridotto arco temporale (30 giorni) entro il quale l’intermediario e/o il service provider debbano provvedere a tale obbligo.

In subordine, ed in virtù di quanto sopra, si ritiene che le Joint Ventures paritetiche – vale a dire quelle in cui in tutti gli organi di amministrazione e controllo gli interessi dei due soci siano equamente suddivisi, senza possibilità alcuna per uno di essi di poter esercitare una influenza dominante sul processo decisionale - debbano *ab origine* intendersi escluse dall’integrare il requisito del controllo.

Tematica: Safe harbour unilaterale

Paragrafi della circolare interessati: 7.5.1 “Safe harbour unilaterale”

*“I safe harbour unilaterali possono generare opportunità di pianificazione fiscale aggressiva **nella misura in cui generano asimmetrie valutative dei prezzi di mercato**. Pertanto, nel valutare la comunicabilità di schemi, accordi o progetti in base all’elemento distintivo in commento, è opportuno verificare tutte quelle circostanze che presentano similarità rispetto ai safe harbour unilaterali?”.*

Osservazioni / Contributi:

L'Italia ha recepito il cd. “*simplified approach*” OCSE mediante l'articolo 7 del D.M. 14 maggio 2018. Si chiede di precisare se un meccanismo transfrontaliero che preveda l'applicazione di un safe harbour unilaterale debba essere in ogni caso oggetto di comunicazione, anche nell'ipotesi in cui tale safe harbour unilaterale produca nella sostanza i medesimi effetti – in termini di componenti negative deducibili in Italia – che si sarebbero ottenuti laddove in luogo del succitato safe harbour unilaterale, si fosse applicato il simplified approach OCSE.

Si pensi, ad esempio, al caso dei maquila services (Toll Manufacturer messicani) o all'approccio semplificato per le attività di intermediazione finanziaria infragruppo di diritto Lussemburghese.

A fortiori, l'applicazione di un safe harbour unilaterale che dovesse determinare una posizione della parte italiana incisa dal meccanismo transfrontaliero peggiore rispetto a quella che si sarebbe ottenuta mediante l'applicazione del *simplified approach* OCSE, dovrebbe portare ad escludere *ab origine* il meccanismo transfrontaliero dall'obbligo di essere comunicato.

Tale potrebbe essere il caso di un meccanismo transfrontaliero con società controllante statunitense che applica il cd. Service Cost Method di cui alle Treasury Regulations §1.482-9 nei confronti della propria controllata Italiana. In detto contesto la società italiana si vedrebbe addebitare il solo costo del riaddebito, senza alcun mark-up. Laddove, invece, si fosse proceduto con l'applicazione del simplified approach OCSE, il costo per la società Italiana sarebbe stato superiore per la differenza attribuibile al mark-up “secco” sul costo addebitato dalla controllante, e pari al 5% dello stesso.

L'esempio 30 è pertanto un'ipotesi non ricorrente: un mark-up del 20% per servizi a basso valore aggiunto è elevato da non poter esprimere un profilo funzionale, della tested party, equiparabile a quella di un soggetto che presta servizi a basso valore aggiunto.

Tematica: Beni immateriali di difficile valutazione (HTVI)

Paragrafi della circolare interessati: 7.5.2 “Beni Immateriali di difficile valutazione”, esempio 31

Osservazioni / Contributi: In virtù del già vigente obbligo di scambio di informazioni tra amministrazioni fiscali europee in materia di APA unilaterali, si suggerisce escludere dall'obbligo di comunicazione ai fini della DAC 6 le cessioni di beni immateriali di difficile valutazione (HTVI) che siano stati oggetto delle procedure di Patent Box – i cui elementi informativi quindi, in termini quantitativi e qualitativi, sono già noti alle amministrazioni finanziarie interessate – laddove l'accordo

preventivo sui metodi e sui criteri di valutazione dei sopra citati beni immateriali sia già stato raggiunto e formalizzato con l'Amministrazione finanziaria interessata.

Occorre, peraltro, definire una disciplina di coordinamento con le norme estere che limitino la deducibilità di royalties pagate a soggetto italiano che beneficia del Patent (ad esempio Spagna) specie laddove, all'estero, il Patent Box italiano sia visto come una situazione passibile di comunicazione. La situazione in commento crea nei fatti un fenomeno di parziale doppia imposizione.

Tematica: *Hallmark E.3*

Paragrafi della circolare interessati: Paragrafo 7.5.3 “Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività”

Osservazioni / Contributi: Come riportato dalla bozza di Circolare, l'elemento distintivo di cui alla lettera E, punto 3 dell'Allegato I al D. Lgs. n. 100/2020 qualifica come meccanismo transfrontaliero che deve essere oggetto di comunicazione quel “*meccanismo che implica un trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività, se la previsione annuale degli utili del cedente o dei cedenti al lordo di interessi e imposte (EBIT), nel periodo di tre anni successivo al trasferimento, è inferiore al 50 per cento della previsione annuale degli EBIT del cedente o cedenti in questione in mancanza di trasferimento*”.

Tuttavia, la bozza di Circolare non specifica cosa si debba intendere per “*trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività*”. Sul punto, in virtù del fatto che l'*hallmark* di cui alla lettera E attiene ai prezzi di trasferimento, si ritiene utile dover espressamente richiamare nel testo della Circolare il concetto OCSE di *business restructuring* e rimandare per dettagli al capitolo IX delle “*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*” del luglio 2017.

Tematica: Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività

Paragrafi della circolare interessati: 7.5.3 “Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività”

“L'applicazione dell'elemento distintivo, dal punto di vista quantitativo, richiede determinazioni riguardanti l'EBIT da effettuarsi sulla base dei bilanci previsionali delle singole entità interessate, piuttosto che a livello di consolidato locale.”

Osservazioni / Contributi: Si chiede di precisare, ai fini della presente sezione:

- Se operazioni straordinarie *cross border* quali le fusioni e le scissioni transnazionali rientrino nel novero dei trasferimenti che possono dare origine all'obbligo di comunicazione. A ns modesto avviso dovrebbero essere escluse tutte le operazioni straordinarie transfrontaliere che godono ex lege di un regime fiscale agevolato.
- Se i bilanci previsionali debbano rispettare determinate formalità (anche) al fine di costituire, in un secondo momento, strumento di prova in capo al contribuente circa la correttezza della scelta operata al momento della comunicazione (o non comunicazione) del meccanismo transfrontaliero (i.e. iscrizione nel libro delle delibere del CdA, apposizione della data certa, parere positivo/vaglio da parte dell'organo di controllo).
- Se la definizione di EBIT possa essere sincronizzata con quella contenuta nella Direttiva ATAD.
- Il corrispondente parametro di riferimento all'EBIT per gli operatori bancari, che come è noto sono obbligati ad esporre la propria riclassifica dei conti economici e patrimoniali in ossequio alla circolare n. 262 del 22 dicembre 2005, e successivi aggiornamenti, emanata dalla Banca d'Italia.
- Esempio 31 per come descritto crea potenziali misunderstanding e dovrebbe essere chiarito. Non vi è alcun riferimento a quella che è prassi di mercato ovvero le necessarie operazioni di valorizzazione dei passaggi intermedi (la valutazione dell'intangibile e, un minuto dopo, della royalties attesa). In un modello valutativo basato sull'analisi delle royalties attese si dovrebbe far sì che la cessione prima e la licenza subito dopo siano connesse ai fini dell'analisi de qua ed escluse dalla comunicazione.
- Esempio 32 ci sembra non allineato all'intento della DAC 6 o per meglio dire operazioni come la cessione del ramo d'azienda certamente configurano il trasferimento di rischi funzioni ed assets ma nell'esempio citato in cambio di un corrispettivo che dovrebbe nell'ammontare integrare, attualizzandoli, i redditi ed extra-redditi dei futuri esercizi (almeno 3 nella prassi di mercato) Eventuali non adeguatezze del prezzo saranno rilevanti ai fini del Transfer pricing e ci sembra quindi non pertinente l'esempio di una cessione di un ramo d'azienda peraltro soggetta ad atto pubblico o notarizzato, pienamente conoscibile dall'Amministrazione fiscale soprattutto dovrebbero essere escluse in generale tutte le situazioni che prevedono un corrispettivo anche sottoforma di *indemnification* ed operazioni straordinarie soggette ad atto pubblico; al contrario occorre focalizzare l'attenzione sullo stripping di funzioni rischi e assets SENZA corrispettivo o *indemnification* (ad es. Distributore vs commissionario o il passaggio a *Toll Manufacturer* ecc.).