

Milano, 15 gennaio 2021

Spett.le Agenzia delle Entrate
Divisione Contribuenti
Direzione Centrale Grandi Contribuenti
Settore Controllo
dc.gc.settorecontrollo@agenziaentrate.it

Oggetto: Consultazione pubblica sullo schema di circolare di recepimento della Direttiva DAC6

Egregi Signori,

siamo lieti di partecipare alla presente consultazione pubblica che rappresenta un'ulteriore occasione di confronto con il mondo delle imprese e dei relativi consulenti.

Di seguito troverete alcune osservazioni, che consentiamo vengano pubblicate sul sito dell'Agenzia delle Entrate, in merito allo schema di circolare (di seguito, lo "Schema") di recepimento della c.d. Direttiva DAC6 (nel seguito, semplicemente, "DAC6"). Dato il taglio pratico del documento oggetto di consultazione, i nostri commenti si focalizzano in modo particolare sugli esempi riportati nello Schema.

I nostri commenti, quindi, mettono in evidenza, con particolare riferimento agli aspetti di *transfer pricing*, alcuni profili che, a nostro avviso, meritano ulteriori riflessioni, nonché le possibili incoerenze tra gli esempi riportati e le premesse normative su cui gli stessi dovrebbero fare luce. Si concorda, infatti, con quanto indicato a pag. 7 dello Schema laddove si afferma che:

le esemplificazioni contenute nella presente circolare hanno ad oggetto le modalità e le condizioni sottese agli obblighi di comunicazione, mentre l'appuramento di eventuali violazioni e le relative contestazioni dovranno fondarsi sull'analisi dei fatti e circostanze del singolo caso.

Poiché riteniamo che gli esempi abbiano una valenza fondamentale per chiarire il contenuto delle disposizioni, in questa fase di prima applicazione della DAC6, saranno individuati anche alcuni aspetti che, a nostro avviso, richiedono ulteriori esemplificazioni o chiarimenti.

PROF. AVV. AUGUSTO FANTOZZI*

AVV. EDOARDO BELLI CONTARINI
DOTT. ALESSANDRO CATAPANO MINOTTI**
DOTT. DANIELE DI PROSPERO**
AVV. FRANCESCO GIULIANI
DOTT. ANDREA MONTANARI**
AVV. LUCIA MONTECAMOZZO**
AVV. ROBERTO TIEGHI

PROF. AVV. ROBERTO ESPOSITO
DOTT. RAFFAELLO FOSSATI**
DOTT. LUCA GASBARRO**
DOTT. VITTORIO GUIDOBONO CAVALCHINI**
AVV. CRISTINA PERITI

AVV. ROBERTO ALTIERI
AVV. EDOARDO BOGGI
AVV. LAURA CARBONI
AVV. GIULIO CHIARIZIA
AVV. DANIELA CUTARELLI
DOTT.SSA DARIA DI GIORGIO**
DOTT. COSIMO EPIFANI**
DOTT. STEFANO FACCHINETTI**
AVV. ROBERTO FIOCCHI
DOTT. FILIPPO FORESTI**
AVV. VALENTINA GUZZANTI, PH. D.
AVV. LEONARDO LAVIOLA
DOTT. LUIGI LOSAVIO**
DOTT. ANTONIO LOTITO**
DOTT. ANDREA MADASCHI**
AVV. GIOVANNI MAMELI, PH. D.
AVV. MARCO MENOZZI
AVV. FRANCESCO NANETTI, PH. D.
AVV. GIULIA NERI
AVV. ANGELA PIRI, PH. D.
AVV. MARIAPIA PISCITELLI
AVV. FLORIANA REALI
DOTT. NICOLA ROSSETTI**
DOTT.SSA MARIA ELENA SILVESTRI**
DOTT. ROBERTO TRENTAROSSII**

* SOCIO FONDATORE (1940-2019)
** DOTTORE COMMERCIALISTA

Via Sicilia, 66
00187 ROMA
Tel. +39 06 4200611
Fax +39 06 42011976
studiorm@fantozzieassociati.it

Via Privata Maria Teresa, 11
20123 MILANO
Tel. +39 02 7260591
Fax +39 02 72605950
studiomi@fantozzieassociati.it

Via Farini, 2
40124 BOLOGNA
Tel. +39 051 27771
Fax +39 051 277733
studiobo@fantozzieassociati.it

Via Dante da Castiglione, 8
50125 FIRENZE
Tel. +39 055 211215
Fax +39 055 284244
studiolombardi@studiolombardiassociati.com

Criterio del vantaggio principale (“MBT”)

par. 3.4 dello Schema - Esempio 7 (pag. 39)

Il presente esempio illustra l’applicazione del MBT in caso di acquisto da *procurement hub* localizzato in uno Stato in cui vige un regime fiscale privilegiato (di cui all’elemento distintivo C.1.b.i.) quale alternativa, più vantaggiosa, rispetto all’acquisto da un fornitore italiano. L’esempio è, inoltre, strutturato in due parti di cui la prima prevede anche la scelta di internalizzare la produzione del medesimo prodotto per il tramite di una consociata europea mentre la seconda si basa su un fornitore estero esterno al gruppo. Tuttavia, a nostro avviso, la scelta di aggiungere queste ulteriori ipotesi complica notevolmente l’esempio che potrebbe risultare maggiormente esplicativo qualora fosse suddiviso in più parti (es. acquisto da fornitore italiano vs *procurement hub*, scelta di “*make or buy*” tramite consociata estera, acquisto da *procurement hub* che a sua volta si approvvigiona da consociata o fornitore estero).

Nello specifico, per il calcolo del vantaggio fiscale si ipotizza che il valore dell’acquisto dal *procurement hub* (nell’esempio pari a 100) rappresenti la base imponibile a cui applicare l’aliquota fiscale italiana e similmente anche il fatturato del fornitore (nel caso in cui lo stesso possa considerarsi impresa associata) viene utilizzato per l’applicazione dell’aliquota estera. Tale ipotesi, infatti, sembrerebbe basarsi sul presupposto che l’acquisto in oggetto abbia come unica conseguenza quella di ridurre la base imponibile in Italia spostando utili in uno Stato ad imposizione pressoché nulla. Tuttavia, andrebbe considerato che l’alternativa proposta nell’esempio è rappresentata dall’acquisto da un fornitore italiano ad un prezzo maggiore (110), pertanto si evidenzia come in assenza del meccanismo in oggetto l’impresa italiana si troverebbe a pagare minori (e non maggiori) imposte. Data l’applicabilità del MBT a svariate fattispecie, si consiglia di rivedere l’esempio in oggetto al fine di renderlo maggiormente illustrativo.

Infine, l’esempio è costruito su una singola operazione di acquisto mentre generalmente i *procurement hub* operano su grandi volumi e con molti fornitori con l’obiettivo di conseguire economie di scala e sinergie di gruppo, oltre che ulteriori benefici derivanti dalla prossimità con i fornitori strategici e con i mercati di approvvigionamento (che sovente non sono parte dell’UE). Poiché tali aspetti non sono sempre facilmente quantificabili e riconducibili al singolo acquisto, ai fini della corretta applicazione del MBT ci si domanda se il meccanismo oggetto di comunicazione sia rappresentato dalla costituzione del *procurement hub* (o dal primo acquisto effettuato dal medesimo se si tratta di un soggetto già costituito di cui si avvalgono altre entità del gruppo) oppure possa essere rappresentato anche da ogni singola transazione di acquisto dallo stesso. In tale ultima casistica risulta evidente che la verifica del MBT andrebbe effettuata su base continuativa (circostanza che appare evidentemente sproporzionata e non coerente con la *ratio* della DAC 6). Inoltre, in caso di più acquisti (con differenti marginalità e, di conseguenza, diversi livelli di vantaggio fiscale ed extra-fiscale)

si chiede di chiarire che la verifica del MBT vada effettuata a livello complessivo (e non sulle singole operazioni di acquisto).

Hallmark B.2. - Conversione di profitti di impresa in dividendi

par. 7.2.2 dello Schema - Esempio 12 (pag. 73)

Il presente esempio illustra l'applicazione dell'elemento distintivo B.2. tramite l'utilizzo di transazioni infragruppo concluse a valori non di libera concorrenza che consentono di trasformare redditi in dividendi. Per quanto l'esempio sia molto chiaro nella sua esposizione, esso pone i seguenti dubbi:

- per come è formulato l'esempio, qualsiasi operazione infragruppo tra un'impresa e la propria controllante o controllata diretta potrebbe costituire un meccanismo caratterizzato da questo elemento distintivo, pertanto sarebbe auspicabile una precisazione delle circostanze che farebbero ricadere una transazione infragruppo "ordinaria", cioè non connessa agli elementi distintivi di cui alla lettera E che riguardano fattispecie specifiche, tra le casistiche oggetto di comunicazione;
- come già precisato con riferimento all'esempio precedente, andrebbe chiarito se la verifica del MBT vada fatta solo per nuove tipologie di transazioni oppure anche per tutte le esistenti (ad esempio, in caso di modifiche rilevanti dei prezzi) e che sia possibile applicare il MBT a livello complessivo (ad esempio, utilizzando il metodo TNMM per testare la profittabilità complessiva della controllata);
- l'esempio, inoltre, non fornisce i dettagli del calcolo del MBT che a nostro avviso dovrebbe, invece, essere esplicitato in una casistica come la presente che potrebbe riguardare un numero molto ampio di transazioni infragruppo. A tale proposito si ritiene che il vantaggio extra-fiscale possa essere approssimato con il valore di libera concorrenza della transazione e, quindi, che l'obbligo di comunicazione scatti solamente qualora ci sia una sproporzione evidente tra prezzo applicato e valore *at arm's length*.

L'esempio non prevede alcuna soglia di accettabilità dell'errore di valutazione come, invece, avviene per altre casistiche menzionate nello Schema. Sarebbe opportuno, quindi, esplicitare che anche con riguardo a tale fattispecie si applica una soglia almeno pari al 10% del valore della transazione e prevedere che qualora siano state predisposte analisi di *transfer pricing* per determinare il valore di libera concorrenza della transazione in oggetto non sussista alcun obbligo di comunicazione.

Da ultimo, si segnala che nella figura a corredo del presente esempio è indicato "Prezzo di acquisto di beni a valore superiore a quello di libera concorrenza" mentre, per potersi verificare un trasferimento di utili a favore di UECò il prezzo da questa pagato dovrebbe essere inferiore a quello di libera concorrenza.

Hallmark C.4. - Trasferimenti di attivi

par. 7.3.4 dello Schema - Esempio 25 (pag. 95)

Il presente esempio illustra l'applicazione dell'elemento distintivo C.4. sulla base di una particolare interpretazione del dettato normativo offerta dallo Schema. Infatti, il paragrafo 7.3.4 dello Schema argomenta circa le ragioni per cui al termine "corrispettivo" andrebbe sostituito quello di "valore fiscale" che ci paiono andare ben oltre il mandato dello Schema e contraddire anche il disposto del decreto ministeriale. Infatti, dal tenore letterale dell'Allegato al D.lgs. 100/2020, nell'elemento distintivo in oggetto vi è un unico riferimento al c.d. "importo considerato come dovuto come contropartita degli attivi" che il decreto ministeriale semplifica nel concetto di "corrispettivo" mettendolo, tuttavia, a raffronto con il "valore di mercato" degli attivi stessi, laddove nella definizione del D.lgs. 100/2020 sembra che si facesse riferimento ad una differenza tra gli importi dovuti nelle giurisdizioni coinvolte. Partendo da tali premesse, che di per sé ci paiono già abbastanza contraddittorie, lo Schema prova a offrire una sintesi prevedendo che la fattispecie rilevante debba avere contemporaneamente le seguenti caratteristiche:

- esista una differenza tra i valori fiscali riconosciuti nelle giurisdizioni coinvolte;
- esista una differenza significativa di tali valori (o almeno di uno di tali valori) rispetto al valore di mercato degli attivi stessi facendo riferimento alla disciplina del *transfer pricing* per la determinazione di quest'ultimo.

Tuttavia, anche volendo seguire il ragionamento proposto nello Schema ossia che il corrispettivo possa essere tradotto con valore fiscale si rileva come il confronto con il valore di mercato possa complicare notevolmente l'identificazione dei meccanismi che devono essere oggetto di comunicazione. Infatti, se per il primo requisito è sufficiente che si verifichi una differenza nei valori fiscali nelle giurisdizioni coinvolte e questo può essere appurato in maniera oggettiva, il confronto con il valore di mercato può essere complicato nella misura in cui esista, ad esempio, un intervallo di valori di mercato e, in presenza di transazioni infragruppo, il valore preso a riferimento per la cessione possa essere oggetto di rettifica da parte delle Amministrazioni fiscali delle giurisdizioni coinvolte. Inoltre, dato che per tale tipo di valutazioni la normativa in ambito *transfer pricing* fa riferimento alle tecniche di valutazione d'azienda, sarebbe preferibile, qualora si voglia mantenere il concetto di valore di mercato, indicare anche tali metodologie quale strumento di valorizzazione degli attivi trasferiti.

Sebbene si concordi con la necessità di identificare una soglia di rilevanza per gli errori di valutazione, si ritiene che, trattandosi di valutazioni di attivi che possono essere anche molto complesse, una soglia del 10% possa risultare troppo bassa. Come meglio precisato con riferimento agli elementi distintivi di cui alla categoria E, le Linee Guida OCSE in ambito *transfer pricing* prevedono un "margine di scostamento" del 20% con riferimento ai

beni immateriali di difficile valutazione. Si ritiene quindi che tale parametro possa meglio rispondere all'esigenza di limitare le comunicazioni alle situazioni davvero rilevanti. In alternativa potrebbe essere prevista una soglia come importo fisso (e non percentuale) in modo da escludere operazioni con differenze di importo non significativo.

L'esempio, che si basa sul fatto che in uno degli Stati il valore fiscale sia diverso da quello di cessione (che coincide con quello di mercato), andrebbe conseguentemente rivisto per tenere conto di quanto sopra ed eventualmente integrato per illustrare le possibili conseguenze di circostanze modificative dello scenario base (ad esempio, valori fiscali allineati in entrambi gli Stati ma diversi dal valore di mercato).

Da ultimo, andrebbe chiarito se tale elemento distintivo possa applicarsi anche nelle transazioni con soggetti che non soddisfano il requisito di impresa associata.

Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento

par. 7.5 dello Schema - Esempi 31 e 32 (pagg. 113 e 114)

I presenti esempi illustrano l'applicazione degli elementi distintivi E.2. ed E.3. che sono accomunati dal fatto di essere integrati al verificarsi di determinate circostanze dove assumono un ruolo specifico le stime di eventi futuri. In particolare, l'elemento E.2. fa riferimento ai c.d. beni immateriali di difficile valutazione ("HTVI") mentre l'elemento E.3. a riorganizzazioni infragruppo che comportino il trasferimento di funzioni, rischi o *asset* a livello transfrontaliero ("Business Restructuring"). Data la complessità di tali operazioni, si ritiene che vadano forniti degli esempi maggiormente esplicativi di come debbano operare contribuenti e intermediari per appurare che un determinato meccanismo rientri effettivamente in tali casistiche, in quanto le citate stime di risultati futuri sono altamente opinabili.

Con riguardo alla prima fattispecie, sebbene la definizione di HTVI sia mutuata dalle Linee Guida OCSE, lo Schema non commenta i potenziali indicatori della presenza di HTVI di cui al par. 6.190 delle Linee Guida OCSE né si forniscono esemplificazioni degli stessi con la conseguenza che le indicazioni fornite non chiariscono cosa debba effettivamente considerarsi HTVI. Come le stesse Linee Guida OCSE affermano, la ricerca di transazioni comparabili per i beni immateriali è generalmente molto complessa in ragione delle speciali caratteristiche di ciascun *intangible*. Andrebbe, pertanto, meglio circostanziata la condizione relativa all'assenza di transazioni comparabili al fine di evitare che qualsiasi *intangible* possa essere qualificato (*ex-post*) come HTVI.

Si suggerisce, quindi, che l'Esempio 31 sia integrato con delle considerazioni in merito agli elementi che possono lasciar presupporre l'esistenza di un HTVI o, quantomeno, che sia fatto espresso rimando al par. 6.190 per l'individuazione degli HTVI. Infatti, le sole circostanze relative all'assenza di transazioni comparabili e all'incertezza delle proiezioni finanziarie o delle assunzioni alla base della valutazione potrebbero essere, in completa

buona fede, considerate da parte di contribuenti e intermediari come non soddisfatte, in quanto è stato, ad esempio, possibile individuare delle transazioni con un basso livello di comparabilità oppure le proiezioni finanziarie sono ritenute (erroneamente) sufficientemente affidabili. L'elenco fornito al citato par. 6.190, invece, offre degli indicatori maggiormente oggettivi (es. il fatto che il bene immateriale sia solo parzialmente sviluppato al momento del trasferimento o l'assenza di un *track record* relativo allo sfruttamento di un tale *intangible*).

Un ulteriore ragionamento potrebbe essere fatto con riferimento al trattamento suggerito dalle Linee Guida OCSE per le transazioni che coinvolgono gli HTVI e le connesse esclusioni. In particolare, nella sezione D.4 del Capitolo VI delle Linee Guida OCSE viene prevista la possibilità per le amministrazioni fiscali di utilizzare le evidenze *ex-post* per rettificare le transazioni relative a HTVI laddove queste lascino presupporre che le assunzioni fatte in sede di determinazione dei prezzi di trasferimento fossero non affidabili. Tuttavia, tale approccio non può essere applicato laddove:

- il contribuente fornisca evidenza delle proiezioni effettuate al momento della transazione e della ragionevolezza delle previsioni circa il manifestarsi di determinati eventi e rischi che avrebbero potuto influire sul prezzo stabilito, oltre ad affidabili giustificazioni circa gli scostamenti da tali proiezioni ad esito del manifestarsi di situazioni non prevedibili o a cui era stata correttamente attribuita una probabilità molto bassa;
- lo scostamento sia inferiore al 20%; oppure
- sia stato richiesto un accordo preventivo bilaterale o multilaterale.

A nostro avviso, andrebbe infatti prevista una soglia pari al citato 20% per determinare quali meccanismi aventi ad oggetto beni che potenzialmente si qualificano come HTVI possano considerarsi basati su proiezioni affidabili e quali invece debbano essere comunicati. In altre parole, tramite apposite *sensitivity analyses* si dovrebbe verificare se al modificarsi delle assunzioni utilizzate oppure al verificarsi di determinate circostanze (es. *best case* o *worst case scenario*) si determini uno scostamento maggiore o minore del 20% del valore ipotizzato per la transazione. Inoltre, qualora l'evidenza *ex-post* dovesse dimostrare che lo scostamento sia stato effettivamente maggiore del 20% (e quindi il meccanismo avrebbe dovuto essere comunicato), non si dovrebbero rendere applicabili le sanzioni per la mancata comunicazione qualora sia stata predisposta la documentazione menzionata sopra che illustri le proiezioni finanziarie effettuate e le assunzioni utilizzate.

Similmente, le operazioni di Business Restructuring dovrebbero essere oggetto di comunicazione solo nel caso in cui il soggetto che si spoglia di funzioni, rischi o *asset* preveda di conseguire nel triennio successivo un EBIT inferiore al 50% di quello che avrebbe conseguito in assenza della medesima operazione. Anche in questo caso, appare evidente come le stime di tali risultati prospettici siano una variabile del meccanismo in fase di attuazione piuttosto che un dato oggettivo imm modificabile. Si capisce, quindi, come

non sia affatto scontato stabilire nel concreto quali meccanismi debbano essere oggetto di comunicazione e quali no.

Inoltre, l'Esempio 32 fa riferimento alle proiezioni dell'EBIT della Società e cita espressamente "*informazioni dei piani aziendali della Società A, elaborati prima e dopo il trasferimento dell'unità aziendale*". Tuttavia, il riferimento a piani elaborati dopo il trasferimento risulta erroneo dato che, a regime, la DAC6 richiede l'immediata comunicazione dei meccanismi rilevanti (i.e. entro 30 giorni dalla messa a disposizione del meccanismo o dall'attuazione del medesimo). Pertanto, ci si dovrebbe basare esclusivamente sulle informazioni e analisi disponibili *ex-ante* (e non a documenti predisposti in una fase successiva).

Dato che anche in questo caso si tratta di proiezioni finanziarie e non di dati certi, andrebbe a nostro avviso prevista una soglia di tolleranza (ad esempio pari al 20% visto che sovente si tratta di valutazioni di complessi aziendali che possono comprendere anche beni immateriali) e richiedere che siano effettuate delle *sensitivity analyses* che consentano di appurare la riduzione dell'EBIT in misura maggiore al 50% non solo in presenza di determinate circostanze (particolarmente favorevoli o sfavorevoli) ma nella maggior parte delle simulazioni effettuate. Inoltre, come già accennato, non si dovrebbero rendere applicabili le sanzioni per la mancata comunicazione qualora sia stata predisposta della documentazione attestante le proiezioni finanziarie effettuate e le assunzioni utilizzate al momento dell'attuazione del meccanismo.

Hallmark A.1. - Condizione di riservatezza

par. 7.1.1 dello Schema

La clausola di riservatezza la cui esistenza implica un obbligo di comunicazione deve avere a oggetto le "*modalità con cui il meccanismo potrebbe garantire un vantaggio fiscale*". Si chiede al riguardo di esplicitare che eventuali *Non Disclosure Agreements* ("NDA") di carattere generale, pur essendo rivolti ad una generalità di soggetti che evidentemente ricomprendono anche altri intermediari e le amministrazioni fiscali, non integrano di per sé l'elemento distintivo A.1., a meno che non ci sia evidenza di un incarico professionale specifico relativo a consulenza su attività prospettiche a valenza internazionale che possano consentire il conseguimento di un vantaggio fiscale. Ad esempio, riteniamo che un NDA connesso ad un incarico per la predisposizione di documentazione di *transfer pricing* non possa integrare l'elemento distintivo A.1. in quanto l'attività non ha valenza prospettica, mentre un NDA relativo alla definizione di una politica di *transfer pricing* relativamente ad una transazione che potrebbe consentire di conseguire un vantaggio fiscale (che dovrà essere oggetto di quantificazione ai fini dell'applicazione del MBT) potrebbe, invece, integrare tale elemento distintivo, proprio a motivo dell'antioriorità dell'intervento dell'intermediario-fornitore del servizio rispetto al meccanismo da porre in essere.

Ulteriori esempi che paiono opportuni per chiarire alcuni aspetti dello Schema

Per rendere maggiormente esplicativo lo Schema, sarebbero utili delle ulteriori esemplificazioni aventi ad oggetto, tra l'altro, i seguenti aspetti:

- le cause di esclusione di cui al par. 4.1 dello Schema e, in particolare, il caso di autoincriminazione (illustrando, ad esempio, la situazione in cui sia l'intermediario promotore sia il contribuente possano avvalersi di tale esimente);
- la seguente frase, di cui a pag. 43 dello Schema, in cui si illustra il funzionamento del meccanismo di esclusione in presenza di comunicazione carente o non idonea da parte dell'intermediario:

“Ciò assume particolare rilevanza considerato che, qualora l'intermediario non abbia comunicato al contribuente «le medesime informazioni» che quest'ultimo valuta come essenziali per la completa e corretta rappresentazione del meccanismo, anche alla luce delle disposizioni dell'articolo 6 del decreto legislativo (Oggetto della comunicazione), detta comunicazione dell'intermediario è da intendersi carente e non idonea a liberare dall'obbligo di comunicazione il contribuente che ha collegamenti con l'Italia e che dispone di tutte le informazioni sul meccanismo.”

* * *

Nel rimanere a completa disposizione per ogni eventuale chiarimento, è gradita l'occasione per porgerVi i migliori saluti.