

Rag. Giuseppe Pirola  
Rag. Sergio Pennuto  
Avv. Maurizio Bernardi  
Dott. Franco Barro  
Dott. Marcello Romano  
Avv. Andrea Gottardo  
Dott. Lorenzo Bianchi  
Avv. Massimo Di Terlizzi  
Dott. Federico Grigoli  
Avv. Roberto Padova  
Dott. Stefano Tronconi  
Avv. Gabriele Bricchi  
Dott. Flaviano Maria Ciarla  
Dott. Ada A. Garzino Demo  
Dott. Guido Guetta  
Dott. Paolo Nagar  
Dott. Luca Occhetta  
Dott. Dario Santagà  
Dott. Alberto Santi  
Dott. Luca Valdameri  
Dott. Stefano Cesati  
Dott. Andrea Vaglie  
Dott. Yuri Zucolaro  
Dott. Gianfranco Buschini  
Dott. Federico Venturi  
Dott. Andrea Alberico  
Dott. Luca Marvaldi  
Dott. Stefano Barletta  
Avv. Roberta Di Vieto  
Dott. Luca Fossati  
Dott. Claudio Schettini  
Dott. Giuseppe Cagliero  
Dott. Fabio Landuzzi  
Dott. Bettina Solimando  
Dott. Guido Doneddu  
Dott. Rag. Carlo Dori  
Dott. Rosita Natta  
Dott. Fabio Carusi  
Dott. Roberta Pirola  
Dott. Nathalie Brazzelli  
Dott. Andrea Pirola  
Dott. Antonello Silvestri  
Dott. Giuseppe Borra  
Dott. Andrea Chiarini  
Avv. Maria Clelia Chinappi  
Avv. Francesca de Fraja F.  
Avv. Tonio Di Iacovo  
Dott. Riccardo Di Salvo  
Avv. Anne-Manuelle Galliet  
Avv. Gian Luca Grossi  
Dott. Stefania Vianello  
Dott. Mosè Metranolo  
Dott. Marco Michielon  
Dott. Filippo Momi  
Dott. Giuliana Monte  
Dott. Mara Palacino  
Dott. Gianluca Pozzi  
Dott. Federico Ragazzini  
Avv. Gianluca Saccoccia  
Avv. Pierluigi Samarotto  
Dott. Giuseppe Tarantini  
Avv. Mario Valentini  
Dott. Monica Valentini  
Dott. Marco Vianello  
Dott. Emanuela Vianello  
Dott. Luca Angeretti  
Avv. Alberto Bertuzzo  
Dott. Massimo Braga  
Dott. Antonio Carlino  
Dott. Claudio Caserta  
Dott. Barbara Castelli  
Dott. Laura Cerlini  
Dott. Marco Clementi  
Avv. Paolo Consales  
Dott. Federico Conte  
Dott. Antonio Ferragù  
Avv. Alessandro Giannelli  
Dott. Christian Giuliano  
Avv. Francesco Lamperti  
Dott. Laura Magnani  
Dott. Carlo Musante  
Dott. Luca Neri  
Avv. Giorgio Recine  
Dott. Antonio Ricci  
Dott. Emanuela Rondelli  
Dott. Andrea Savino  
Avv. Lucia Secchiarioli  
Dott. Giacomo Succi  
Dott. Fabrizio Terenzi  
Dott. Cristiana Tironi  
Dott. Claudio Vicinanza  
Dott. Francesco Zondini  
Dott. Maddalena Antonini  
Dott. Lorenzo Balzani  
Avv. Monica Barbieri  
Dott. Alessandro Benassi  
Dott. Andrea Brambilla  
Dott. Federico Carducci  
Dott. Giovanni Carofoglio  
Avv. Alessandro Cavallanti  
Dott. Giovanni Gionni  
Avv. Fabrizio De Luca  
Avv. Marco Di Liberto  
Dott. Daria Ferrario  
Avv. Clarissa Galli  
Dott. Giuseppe Galmanini  
Avv. Daniele Ghedi  
Dott. Fernando Gionni  
Dott. Immacolata Giuliano  
Dott. Massimiliano Gobbi  
Dott. Chiara Grandi  
Dott. Ignazio La Candia  
Dott. Fabio Marinelli  
Avv. Giuseppe Merola  
Avv. Lorenzo Muzi  
Dott. Francesca Onoccuri  
Avv. Umberto Orso Giaccone  
Dott. Luca Palma  
Avv. Edoardo Panzera  
Avv. Rosanna Pellerino  
Avv. Benedetta Pinna  
Dott. Gianni Tanca  
Avv. Dario Taroni  
Avv. Ermanno Vaglio  
Dott. Matteo Valcarengi  
Dott. Davide Villa

Spett.le  
Agenzia delle Entrate  
Divisione Contribuenti

A mezzo mail:  
[dc.gc.settorecontrollo@agenziaentrate.it](mailto:dc.gc.settorecontrollo@agenziaentrate.it)

Milano, 15 gennaio 2021

Oggetto: Consultazione pubblica sullo schema della circolare recepimento direttiva  
DAC6

Con presente nota lo Studio Pirola Pennuto Zei & Associati intende proporre alcuni commenti relativamente al contenuto della bozza di circolare posta in pubblica consultazione, avente ad oggetto i *“Chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di comunicazione - decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva “DAC6”)* (in seguito anche la *“Circolare”*). Lo Studio desidera peraltro esprimere apprezzamento per le modalità con cui l’Agenzia delle Entrate ha deciso di proporre i chiarimenti relativi alle modalità di recepimento della Direttiva *“DAC6”* nella forma della consultazione pubblica, attraverso il più ampio coinvolgimento del mondo imprenditoriale e professionale. Segnala peraltro, in via generale, la questione della tempistica dell’invio delle comunicazioni rilevanti ai fini della DAC 6.

In particolare, in considerazione:

- delle stringenti tempistiche legate all’*iter* di recepimento della direttiva (il Provvedimento recante le istruzioni operative - Tracciato XML e schema XSD - per la comunicazione dei *Reportable Cross-Border Arrangements* è stato emanato solamente lo scorso 26 novembre);
  - della prossimità dei termini per la comunicazione dei meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di comunicazione relativi al periodo 1° luglio 2020 e 31 dicembre 2020 fissata al 31 gennaio 2021;
  - della pubblicazione della circolare nella sua versione definitiva in coincidenza con tale data;
  - delle ricadute dell’emergenza epidemiologica in corso;
- sarebbe auspicabile un differimento dei sopra citati termini, anche al fine di poter adempiere adeguatamente a tali obblighi. È chiaro allo scrivente che la questione non è di carattere interpretativo ma normativo. Potrebbe, però, essere utilizzato da codesta Spett.le Agenzia l’approccio interpretativo già utilizzato in altre situazioni quale la non applicazione delle sanzioni, laddove ad esempio, l’invio delle comunicazioni relative al periodo 1° luglio

2020 - 31 dicembre 2020 sia effettuato con ritardo ma entro la data del 28 febbraio 2021, già peraltro prevista per l'invio delle comunicazioni relative all'arco temporale 25 giugno 2018 - 30 giugno 2020.

Di seguito formuleremo i nostri commenti. Al fine di agevolare la lettura i commenti sono raggruppati in paragrafi che fanno riferimento ai singoli paragrafi della Circolare.

## 1. Definizioni (par 1) - pagg. 8-12 della Circolare

### 1.1 Definizione di "impresa associata"

Con riferimento alla definizione di "Impresa Associata", a pagina 9 della Circolare, viene precisato quanto segue:

*«come previsto dall'articolo 8, comma 2 del decreto ministeriale, ai fini dell'articolo 2, comma 1, lettera e) del decreto legislativo [...] nella definizione di impresa associata si tiene conto di quanto segue: a) nel caso in cui più di un soggetto partecipi alla gestione, al controllo, al capitale o agli utili dello stesso soggetto, tutti i soggetti coinvolti sono considerati imprese associate; b) nel caso in cui i medesimi soggetti partecipino, alla gestione, al controllo, al capitale o agli utili di più di un soggetto, tutti i soggetti coinvolti sono considerati imprese associate; c) un soggetto che agisce congiuntamente con un altro soggetto in relazione ai diritti di voto o alla proprietà del capitale di un'entità è considerato detentore di una partecipazione in tutti i diritti di voto o nell'intera proprietà del capitale dell'entità detenuti dall'altro soggetto»*

[nostre sottolineature]

Sarebbe opportuno chiarire i concetti di partecipazione alla "gestione" o "controllo", possibilmente fornendo anche indicatori o soglie che consentano una verifica sulla base di elementi oggettivi.

Sarebbe inoltre utile chiarire che la partecipazione rilevante ai fini dell'applicazione delle lettere a), b) e c) del citato articolo è quella minima del 25%.

### 1.2 Definizione di "Veicolo Offshore Passivo"

Con riferimento alla definizione di "Veicolo Offshore Passivo", a pagina 13 della Circolare, ai fini degli obblighi di comunicazione, ovvero;

*«entità che non svolge un'attività economica sostanziale supportata da personale, attrezzature, attività e locali adeguati ed è costituita, residente, gestita, controllata o stabilita al di fuori della giurisdizione di residenza di almeno uno dei titolari effettivi delle attività detenute dall'entità»*

sarebbe utile chiarire :

- i. se in tale definizione possa rientrare anche una società italiana di *trading*, in cui uno dei soci (che si qualifichi come titolare effettivo) sia residente all'estero.
- ii. che le holding di partecipazioni, che generalmente hanno una struttura organizzativa minimale (strettamente dimensionata rispetto alle esigenze operative connesse alle attività di gestione delle partecipazioni), non siano di per sé considerate un "Veicolo Offshore Passivo"; sarebbe in tale senso opportuno fare riferimento alla giurisprudenza nazionale e comunitaria formatasi in tal senso.
- iii. se la qualifica di titolare effettivo debba fare riferimento ai criteri previsti dal D.Lgs. n. 231/2007 anche nel caso in cui il titolare effettivo sia identificato in base al c.d. criterio residuale di cui all'art. 20, comma 5 del D.Lgs. n. 231/2007.

## 2. Ambito soggettivo – intermediari (par. 2.1) - pagg. 12-21 della Circolare

2.1 Commentando le attività che qualificano il promotore, e precisamente l'attività di organizzazione, a pagina 15 della Circolare, si legge che «a titolo esemplificativo, possono rientrare [...] le attività di predisposizione della documentazione tecnica, eventuali pareri (cc.dd. *tax opinion*), la costituzione di veicoli societari [...]». Sembrerebbe dedursi che anche il consulente fiscale che si limiti a predisporre documentazione tecnica "parziale" (si ipotizzi, nel caso di una operazione di acquisizione, la stesura delle clausole fiscali di un contratto di compravendita di partecipazioni o la predisposizione di un *tax structure memorandum* che si limiti a commentare le implicazioni fiscali italiane di una struttura più complessa già adottata dall'investitore in alcuni casi quale struttura tipica ai fini delle acquisizioni), ovvero alla stesura di una *tax opinion* (si pensi al documento che richiedono gli investitori istituzionali per l'emissione di un prestito obbligazionario al servizio di una acquisizione) possa assumere la qualifica di "promotore". Si ritiene opportuno chiarire questo punto in quanto il consulente potrebbe non essere informato della struttura nel suo complesso, ma solo di quanto utile ai fini della predisposizione della documentazione descritta. Peraltro tale lettura estensiva non sembrerebbe in linea con le intenzioni che hanno ispirato l'estensore della normativa di riferimento, così come riportate anche nel testo della Circolare (pag. 16) , secondo cui non è "promotore", bensì "fornitore di servizi" colui che si limita a svolgere «una attività di assistenza o di consulenza [...] di supporto al promotore», quale quella di redazione o supervisione delle clausole e delle *opinion* anzi citate. Sembra infatti evidente che il soggetto che si limita a fornire assistenza tecnica nell'implementazione parziale di una struttura non coincide con chi la concepisce e la organizza, non essendo peraltro scontato che colui che fornisce mera assistenza tecnica abbia (ad esempio) una conoscenza

completa dei riflessi fiscali nella varie giurisdizioni coinvolte nel meccanismo (circostanza che porta evidentemente a concludere che tale soggetto non è “promotore”). Da ultimo, l’esemplificazione riportata sembra eccessiva rispetto anche la definizione stessa di “organizzazione” resa nella Circolare a pagina 15, di seguito riportata: «*predisposizione, coordinamento e monitoraggio di tutte le fasi necessarie alla concreta attuazione del meccanismo*». [nostra sottolineatura].

L’utilizzo del termine “tutte” dovrebbe, infatti, escludere chiaramente dalla categoria dei soggetti che curano l’organizzazione di un meccanismo (e quindi dalla categoria dei promotori) chi si limiti a seguire, prestando la sua opera, una sola fase del meccanismo o le sole implicazioni fiscali italiane.

Si chiede dunque di precisare nel testo della Circolare che la predisposizione della documentazione tecnica e di eventuali pareri, così come del resto la mera costituzione di veicoli societari (per restare all’interno dell’esemplificazione fornita nella Circolare), non sia necessariamente da considerarsi quale indice della qualità di “promotore” del soggetto che se ne occupa, ben potendo tali casistiche rientrare tra le attività tipiche del “fornitore di servizi”, laddove tale soggetto non compia anche altre attività di “*elaborazione, commercializzazione, organizzazione o messa a disposizione*” del meccanismo (in virtù delle quali avrebbe consapevolezza di tutte le fasi del meccanismo o di tutti i suoi elementi costitutivi).

- 2.2 Commentando la “messa a disposizione” a pagina 16 della Circolare, si prevede che «*un meccanismo è messo a disposizione quando è definito in tutti i suoi elementi costitutivi ed è comunicato ai potenziali utilizzatori*». Tuttavia, almeno per quanto attiene il “fornitore di servizi”, il *dies a quo* a partire dal quale decorrono i trenta giorni per la comunicazione del meccanismo è quello «*seguito a quello in cui hanno fornito [...] assistenza o consulenza ai fini dell’attuazione [...]*» del meccanismo.

Ebbene, poiché la data di “messa a disposizione” è quella che rileva ai fini della decorrenza dei termini di comunicazione del meccanismo da parte del “promotore”, potrebbe verificarsi il caso in cui il consulente che ha redatto le clausole fiscali della bozza di contratto di compravendita di una partecipazione (quale “fornitore di servizi”) sia tenuto a comunicare il meccanismo prima del “promotore”, quando ancora cioè non solo non sia avvenuto il *signing* dell’operazione, ma addirittura quando ancora, non essendo stato ultimato il documento descrittivo degli impatti fiscali dell’operazione (c.d. *Tax Structure Memorandum*), non siano stati definiti tutti gli elementi costitutivi del meccanismo.

La possibilità che si verifichi tale distorsione non sembra venir meno nemmeno alla luce di quanto scritto a pagina 52 della Circolare: «*un altro evento rilevante, consistente nella circostanza che sia “stata avviata l’attuazione” del meccanismo. In tutti i casi in cui si possono verificare entrambe le circostanze [...] ossia messa a disposizione del meccanismo e avvio dell’attuazione, il dies a quo del termine di*

*trenta giorni è da individuare con riferimento al giorno in cui si verifica la prima delle stesse».*

In effetti, se per “avvio dell’attuazione” deve intendersi (come emerge dalle disposizioni rilevanti e come ricordato nella Circolare a pagina 49) il compimento del primo atto avente effetti giuridici piuttosto che della prima transazione finanziaria ai fini dell’attuazione del meccanismo, anche tale avvio può bene essere anticipato dalla fase di prestazione dell’assistenza o consulenza da parte di un fornitore di servizi.

Si potrebbe quindi verificare la situazione in cui il termine di comunicazione del meccanismo sia addirittura precedente a quando sia avviata la transazione (primo step), con il rischio che l’attuazione del meccanismo dopo trenta giorni dalla sua messa a disposizione possa rendere comunque sanzionabile il comportamento del contribuente.

Si chiede dunque che sia meglio precisata la data in cui si intende resa l’attività di assistenza o consulenza da parte del “fornitore di servizi”, chiarendo che non deve intendersi ancora prestata nella misura in cui non sia avvenuta la comunicazione al potenziale utilizzatore del meccanismo, o quando perlomeno non ne si sia avviata l’attuazione (nel significato ampio ad essa attribuito dalla Circolare a pagina 20, ove si fa rientrare nel concetto di attuazione “*anche una sola transazione determinante per la riuscita*” del meccanismo, in combinazione con quanto disposto dalle disposizioni rilevanti, ossia che l’avvio dell’attuazione si ha al compimento del primo atto avente effetti giuridici o della prima transazione finanziaria inerente il meccanismo)<sup>1</sup>.

- 2.3 A pagina 16 della Circolare si chiarisce quanto segue: *«potrebbero verificarsi situazioni in cui un fornitore di servizi svolga attività di consulenza o assistenza in relazione a meccanismi transfrontalieri già attuati dal contribuente. In tali casi, le attività svolte non integrano i requisiti per la qualificazione di intermediario a condizione che le stesse non determinino un “aggiornamento” o miglioramento del meccanismo stesso».*

*Così, ad esempio, non assumono rilevanza: la mera interpretazione delle norme fiscali interessate dal meccanismo [...] purché effettuate in un momento temporale successivo a quello in cui lo schema è stato completamente attuato, anche se contestualmente il meccanismo continua a produrre i relativi effetti fiscali».*

Pare significativo che l’utilizzo della locuzione “*mera interpretazione delle norme fiscali*” sia abbinato alla circostanza che non si è tenuti alla comunicazione, laddove ci si limiti a tale attività successivamente all’attuazione del meccanismo, “*anche se contestualmente il meccanismo continua a produrre*” i suoi effetti fiscali.

---

<sup>1</sup> La richiesta di cui al presente punto deve leggersi congiuntamente quella di cui al successivo par. 6.2 della presente nota. Come meglio descritto in quella sede e per i motivi ivi espressi, i “primi contatti” di cui scrive la Circolare a pagina 56, a parere degli scriventi, non possono essere considerati alla stregua dell’avvio dell’attuazione di un meccanismo.

Quanto al meccanismo, poi, si ricorda che esso può concretizzarsi in un “progetto” e cioè, secondo la definizione di pagina 24 della Circolare, anche in un *«insieme di ipotesi teoriche che compongono uno ‘schema’ che, se realizzate, determinano il conseguimento di uno degli effetti da cui può derivare l’obbligo di comunicazione»*. È chiaro allora che il progetto deve intendersi “completamente attuato” nel momento della sua definizione a prescindere dal successivo realizzarsi delle ipotesi teoriche ivi contenute, le quali non possono che includere le vicende successive alla definizione del meccanismo.

Quanto alle vicende successive all’implementazione di un meccanismo si pensi, ad esempio, a flussi tra imprese associate che avvengano anni o anche solo mesi dopo l’implementazione del meccanismo e che, dunque, rappresenterebbero gli effetti che il meccanismo continua a produrre.

Rispetto a tali vicende successive all’implementazione del meccanismo, la conseguenza di quanto sopra rappresentato dovrebbe essere l’assenza di obblighi di comunicazione anche a fronte della constatazione secondo cui, nell’esempio prospettato, il flusso, intervenendo tra imprese associate, ricade autonomamente in un *hallmark* foriero di comunicazione.

Poiché infatti il pagamento non costituisce che un “di cui” del meccanismo attuato nel contesto dell’operazione originaria (in altri termini, non costituisce che un effetto del progetto già definito), in assenza di modifiche nella struttura originaria medesima, il successivo flusso non dà luogo al sorgere di un nuovo meccanismo, che quindi non è tenuto a comunicare il consulente che si limiti a fornire assistenza al proprio cliente in merito al corretto trattamento fiscale del pagamento.

Conforme a quanto sostenuto sembra anche quanto previsto a pagina 57 della Circolare ovvero che, nell’ambito di uno schema che include la concessione di un finanziamento, *«le considerazioni sopra riportate [inerenti l’identificazione degli step di attuazione di un meccanismo, ndr] prescindono dall’effetto prodotto dalla maturazione e deduzione degli interessi passivi»*, frase che lascia intendere che a nulla rilevino (e dunque non vadano nemmeno autonomamente comunicate) le vicende successive quali la maturazione, il pagamento e la seguente deduzione degli interessi passivi.

Si chiede quindi che a pagina 16 della Circolare sia inserito un nuovo esempio che chiarisca e quanto sopra sostenuto, ossia che il pagamento tra imprese associate posto in essere quale mera ricaduta collegata d una struttura già valutata e scrutinata al fine di stabilirne la ricorrenza dell’obbligo di comunicazione (posto in essere in data successiva all’attuazione di tale struttura) non costituisca di per sé un nuovo elemento potenzialmente comunicabile, al ricorrere delle condizioni ed in assenza di modifiche nella struttura originaria.

Parimenti andrebbe chiarito, anche tramite esemplificazioni, se questo principio possa applicarsi ad operazioni periodiche e reiterate e non coperte da accordi di lunga durata (per esempio un contratto di fornitura o accordi quadro),

ogniquale volta venga posta in essere una delle operazioni rientranti nello schema, che integrano i presupposti della Direttiva. Diversamente, andrebbe chiarito se le singole operazioni, pur rappresentando un “di cui” dello schema principale, siano soggette ad un obbligo di comunicazione periodico, in relazione al loro manifestarsi (si pensi ad una fornitura di beni con ordini e consegne mensili, in assenza di accordi quadro o di un unico contratto di fornitura).

### 3. Ambito oggettivo (par. 3) - pagg. 21-23 della Circolare

3.1 Nel definire l’ambito oggettivo di applicazione della Direttiva a pagina 21 viene stabilito che *«oggetto dell’obbligo di comunicazione sono in generale i meccanismi transfrontalieri connotati da elementi di pericolosità fiscale o potenzialmente idonei ad alterare il meccanismo di funzionamento del CRS ovvero le procedure di riconoscimento del titolare effettivo. Si tratta di schemi potenzialmente suscettibili di determinare effetti che sotto il profilo fiscale sono disapprovati dall’ordinamento o sono contrastanti con il medesimo»*.

Da tale definizione sembrerebbe potersi dedurre un assioma generale secondo cui non rientrano tra i meccanismi oggetto di comunicazione quelle transazioni che, al ricorrere delle condizioni previste dalla normativa interna di un Paese, consentono di accedere ad un regime fiscale di agevolazione previsto dall’ordinamento dello Stato (si pensi per esempio ad un credito d’imposta). Andrebbe quindi maggiormente esplicitato questo concetto e, in particolare, che esso trova applicazione con riferimento a tutti gli elementi distintivi.

3.2 Nella definizione dell’ambito oggettivo (pagina 21 e ss. della Circolare) della normativa in esame andrebbe chiarito se gli *hallmark* di tipo D implicano un obbligo di verificare in ogni transazione, anche in quelle di natura commerciale o per le quali non è previsto alcun obbligo di adeguata verifica della clientela, se vi può essere un aggiramento degli obblighi CRS o delle procedure di identificazione del titolare effettivo. In merito si rimanda a quanto precisato più avanti – al par 11.1 della presente nota - a commento del paragrafo 7.4.1 della Circolare (meccanismi transfrontalieri che hanno l’effetto di compromettere l’obbligo di comunicazione previsto dal CRS).

### 4. Meccanismo transfrontaliero: aspetti definitori (par. 3.1) - pagg. 24-29 della Circolare

4.1. A pagina 24 della Circolare si legge che *« il meccanismo per essere rilevante deve riguardare l’Italia ed una o più giurisdizioni estere. Il riferimento all’Italia, in particolare, è da intendersi nel senso che almeno uno dei «partecipanti» (intermediario o contribuente), abbia un collegamento con il territorio nazionale ai sensi dell’articolo 2, comma 1, lettere c) (criteri di collegamento per*

*l'intermediario) e d) (criteri di collegamento per il contribuente) del decreto legislativo. Per altro verso, per giurisdizioni estere si intendono tutti gli Stati e le giurisdizioni (UE e extra-UE) diverse dall'Italia con le quali è in vigore uno specifico accordo sullo scambio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri [...] Nella considerazione che il meccanismo riguardi l'Italia e un altro paese estero, nel senso sopra specificato, al fine di valutare lo stesso come "transfrontaliero", deve essere verificata almeno una delle condizioni previste dall'articolo 2, comma 1, lettera a) del decreto legislativo».*

Siccome il meccanismo, per essere rilevante, deve riguardare anche una o più giurisdizioni estere nel senso che almeno uno fra i "partecipanti" al meccanismo, così come definiti dalla normativa italiana (vale a dire promotori e fornitori di servizi, di cui all'art. 2, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 100/2020, e contribuente, di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) del D.Lgs. n. 100/2020), deve avere un qualche collegamento con il territorio della giurisdizione estera, si chiede di precisare con un esempio che la compravendita delle partecipazioni in una società estera (*rectius*: residente a fini fiscali in una giurisdizione diversa dall'Italia), posta in essere fra due entità residenti a fini fiscali in Italia e non facente parte di un meccanismo più ampio, non è transfrontaliera in quanto, in questo caso, la società estera non rientra né nella definizione né di «intermediario» né in quella di «contribuente»; né è configurabile l'ipotesi che un "partecipante" svolga - per il semplice effetto della compravendita - nella giurisdizione estera la propria attività (si veda anche il punto 4.3 della presente nota che segue). Ciò esclude ogni valutazione circa ipotetiche riduzioni di imposta e circa l'eventuale integrazione di uno o più degli *hallmark* A, B, C ed E (cfr. tabella a pagina 23).

- 4.2 Tra gli esempi di meccanismi transfrontalieri potenzialmente interessati dalla normativa in esame a pagina 27 della Circolare si illustra con l'Esempio 5 il caso di due partecipanti residenti fiscalmente nello stesso Stato, in cui almeno uno di essi opera con una stabile organizzazione estera. In tale ipotesi andrebbe specificato se vi potrebbe essere qualche obbligo di comunicazione per un soggetto residente in un determinato Stato che operi con un soggetto anch'esso residente nel medesimo Stato, che, a sua volta, si avvalga di una stabile organizzazione estera per lo svolgimento della propria attività, qualora il primo soggetto non intrattenga rapporti o non entri mai in contatto diretto con detta stabile organizzazione.
- 4.3 Con riferimento alle condizioni di cui all'art. 2, co. 1, lett. a), del D.Lgs. 100/2020, che identificano gli elementi caratteristici dei "meccanismi transfrontalieri", a pagina 29 della Circolare andrebbe meglio esplicitata, anche mediante esempi concreti, la portata applicativa del punto n. 4 di detta disposizione («*uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto, senza essere residenti ai fini fiscali o avere una stabile organizzazione in una giurisdizione estera, svolgono in tale giurisdizione un'attività*»). Nello specifico, andrebbe chiarito il concetto di svolgimento di attività in un Paese diverso da quello di residenza senza esservi residente o avere una stabile organizzazione. In particolare, andrebbe chiarito se



tale fattispecie funga da norma di chiusura per le situazioni nelle quali (i) pur in presenza dei requisiti sostanziali, non vi sia una stabile organizzazione formalmente costituita, e/o (ii) in assenza di un collegamento con il territorio di uno Stato, l'attività ivi svolta sia idonea a far emergere un componente reddituale. Inoltre, andrebbe chiarito se sono ricomprese le situazioni in cui vi è un'attività che non integra i requisiti per poter dare luogo ad una stabile organizzazione secondo la normativa interna e/o convenzionale (ad es. svolgimento di attività comprese nella negative list) e dunque nemmeno ad alcun componente reddituale.

## 5. Criterio del vantaggio principale (par. 3.4) pagg. 33-41 della Circolare

5.1 Uno dei temi centrali affrontati dalla bozza di circolare è quello del vantaggio principale o *Main Benefit Test (MBT)*, criterio applicabile solo per taluni *hallmarks*. A giudizio dell'Agenzia delle Entrate, gli elementi caratterizzanti il criterio del vantaggio principale ai fini dell'obbligo di comunicazione dei meccanismi transfrontalieri sono (i) l'esistenza di un vantaggio fiscale conseguibile da uno o più contribuenti in Italia (i.e. contribuenti che soddisfano almeno uno dei criteri di collegamento con l'Italia), e (ii) la prevalenza del vantaggio fiscale rispetto ai vantaggi extrafiscali.

In estrema sintesi, nell'impostazione data nella Circolare (ancorché in linea con il Decreto Attuativo del 17 novembre 2020 del Ministero dell'Economia e delle finanze), il secondo elemento caratterizzante l'*MBT* attiene alla modalità di calcolo del vantaggio principale che è affidata a una formula matematica che pone in relazione il vantaggio fiscale conseguibile con l'insieme dei vantaggi (fiscali ed extrafiscali) derivanti dall'attuazione del meccanismo.

Una prima riflessione è relativa alla circostanza che il criterio proposto nella Circolare (che si basa, appunto, sul confronto tra "valore" del vantaggio fiscale e "valore" dei vantaggi extra-fiscali) non sembra rinvenibile in alcun documento di matrice comunitaria. Infatti, solo per fare alcuni esempi:

- la Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio dispone che il criterio del vantaggio principale "sarà soddisfatto se è possibile stabilire che il principale vantaggio o uno dei principali vantaggi che una persona, tenuto conto dei fatti e delle circostanze pertinenti, si può ragionevolmente attendere da un meccanismo è ottenere un vantaggio fiscale";
- il Working Party IV - Direct Taxation del 24 settembre 2018, in relazione al main benefit test (MBT) chiarisce che "The test does not examine subjective intentions, but rather builds a reference to objective facts and circumstances. For more details on the concepts of a "tax benefit" and "tax advantage", it was suggested consulting the Commission Recommendation of 6 December 2012

*on aggressive tax planning (2012/772/EU) that also includes a comparative test on the concept of an “advantage”;*

- la Raccomandazione della Commissione del 6 dicembre 2012 in tema di *“Aggressive Tax Planning - schemi ATP”* (2012/772/UE) richiamata dal documento citato in precedenza precisa che *“nel determinare se una costruzione o una serie di costruzioni artificiose ha comportato un vantaggio fiscale [...] le autorità nazionali sono invitate a confrontare l’importo dell’imposta dovuta dal contribuente, tenendo conto della o delle costruzioni, con l’importo che lo stesso contribuente dovrebbe versare nelle stesse circostanze in assenza della o delle costruzioni».*

Quello che si intende evidenziare è che il Legislatore comunitario non ha ricondotto la comparazione tra vantaggi fiscali e vantaggi extra-fiscali ad una *“mera”* formula matematica. Ci si chiede se non sia opportuno un ripensamento ovvero una migliore specificazione del criterio proposto, viste anche le difficoltà pratiche connesse alla sua implementazione (su cui in seguito faremo ulteriori commenti).

Inoltre, per quanto concerne gli elementi assunti alla base del confronto richiesto ai fini dell’applicazione del criterio del vantaggio principale, si evidenzia come vi sia una assenza di uniformità tra gli stessi. Infatti, da un lato, il *“valore”* del vantaggio fiscale, per quanto di non immediata quantificazione, risulta essere comunque determinabile; dall’altro, la quantificazione dei vantaggi extra-fiscali può essere invece non univoca (si pensi a come quantificare i vantaggi ottenibili in termini di semplificazione della struttura organizzativa che, per loro natura, non si esprimono in risultati economici immediatamente quantificabili).

L’ampia discrezionalità lasciata dalla Circolare su una questione così delicata espone al rischio di contestazioni circa le modalità utilizzate dall’intermediario/contribuente per la valutazione di detti vantaggi. Questo potrebbe mettere in discussione la stessa validità delle informazioni comunicate, impedendo di fatto il raggiungimento degli obiettivi che la stessa normativa si pone.

- 5.2 Posto che il vantaggio fiscale deve calcolarsi *“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”* risulta utile comprendere se il *“vantaggio fiscale”* possa assumere rilievo o meno, ai fini del *Main benefit test (MTB)*, in quelle ipotesi in cui tale vantaggio derivi dalla fruizione di un regime fiscale di agevolazione previsto dall’ordinamento comunitario, ovvero nazionale: questo prescindendo, dunque, da qualsiasi valutazione in ordine alla sua possibile contrarietà (*i.e.* contrarietà del vantaggio) ai principi posti dall’ordinamento comunitario e nazionale. Occorre, peraltro, ricordare che il Decreto Attuativo del 17 novembre 2020 ha previsto - esclusivamente per l’*hallmark A.3* (*i.e.* meccanismi standardizzati) - che non rientra in tale elemento distintivo un meccanismo allorché sia *«finalizzato alla fruizione di un singolo*

*regime fiscale di agevolazione previsto dall'ordinamento dello Stato e al ricorrere delle condizioni previste dalla disposizione fiscale di agevolazione». Si chiede di valutare se, in un'ottica di sistema, sia possibile estendere una simile interpretazione anche alle altre fattispecie di elementi distintivi, prevedendo che qualora un meccanismo determina un vantaggio fiscale per sé "legittimo" lo stesso possa essere escluso dall'obbligo di comunicazione.*

Inoltre, dovendo essere il vantaggio fiscale (da calcolarsi come differenza tra l'onere fiscale derivante dal meccanismo e le imposte che sarebbero dovute nell'ipotesi in cui il meccanismo stesso non fosse stato posto in essere) oggetto di "ragionevole aspettativa", non è chiaro se ai fini della determinazione del vantaggio fiscale debba essere preso in considerazione anche il c.d. "tax deferral", consistente nel differimento della tassazione al momento del disinvestimento dello strumento finanziario (sul tema, si condividono le preoccupazioni espresse sul tema dall'European Fund and Asset Management Association - EFAMA - nel commento inviato alla Commissione UE il 19 dicembre 2018 in merito alla DAC 6).

- 5.3 A pagina 36 la Circolare riporta un passaggio della relazione illustrativa al decreto ministeriale precisando che *«il vantaggio fiscale si calcola tenuto conto delle imposte dovute in Italia e di quelle dovute negli altri Paesi dell'Unione europea, nonché in altre giurisdizioni estere con le quali vige uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'art. 6, comma 1 del decreto legislativo».*

In questo modo, spiega la Circolare *«laddove un meccanismo determini un pagamento deducibile in Italia e un corrispondente componente positivo di reddito soggetto a tassazione in un altro Stato UE, ai fini del calcolo del vantaggio fiscale del contribuente collegato con il territorio italiano potranno essere considerate anche le imposte pagate all'estero».* Dagli esempi successivamente proposti, in cui l'MBT è valutato con riferimento all'hallmark C.1 (ci si riferisce in particolar all'Esempio 7 di pagina 39), si evince la modalità con cui le imposte pagate dall'impresa associata possano essere computate a riduzione del vantaggio fiscale per il soggetto residente.

Tuttavia, a pagina 41 della Circolare si legge che *«diverse sarebbero le conclusioni qualora il fornitore (BCo) non integrasse i presupposti per poter essere considerato impresa associata. In tal caso, infatti, il meccanismo sarebbe configurabile limitatamente alle transazioni intercorse tra le imprese associate ACo e ItaCo. Ne conseguirebbe che nel calcolo del vantaggio fiscale non potrebbero essere computate le imposte estere pagate né da BCo, in quanto impresa non associata e dunque non rilevante ai fini del meccanismo».* Sul punto, sembrerebbe che la ratio dell'esclusione dal computo delle imposte pagate dal fornitore BCo sia dovuto al fatto che l'MBT è valutato nel contesto dell'hallmark C.1, applicabile unicamente nei rapporti tra imprese associate. Venendo meno tale ultimo requisito tra BCo ed ItaCo, di conseguenza BCo viene esclusa dal meccanismo transfrontaliero, per cui anche le imposte da essa corrisposte non possono essere considerate.

A questo riguardo andrebbe però confermato nella Circolare, anche mediante esemplificazioni *ad hoc*, che, qualora la verifica del MBT avesse riguardato altri *hallmark* che non siano applicabili esclusivamente tra imprese associate (ad esempio, quelli cui al gruppo A o B), le imposte pagate da altre imprese comunitarie coinvolte nel meccanismo transfrontaliero potrebbero comunque essere computate nel calcolo del MBT (qualora verificabili e documentabili), a prescindere dal rapporto di partecipazione tra le entità.

5.4 Al fine di verificare l'esistenza di un vantaggio fiscale, a pagina 37 la Circolare ribadisce che il vantaggio extrafiscale debba essere "economicamente quantificabile", riportando, a titolo esemplificativo, alcune fattispecie che potranno assumere rilevanza. L'Amministrazione fiscale dovrebbe essere più precisa nell'indicare (i) in quale modo potrebbero essere quantificati determinati aspetti, come per esempio i tempi di consegna del bene o di realizzazione del servizio o l'impossibilità di acquisire il prodotto o il servizio presso altri fornitori, nonché (ii) su quale arco temporale debbano essere effettuata tale quantificazione (si rinvia in proposito anche al punto 5.1 della presente nota).

5.5 Tra gli esempi di calcolo del MBT, l'Esempio 7, riportato a pagina 39, fornisce le linee guida per la verifica del MBT in caso di acquisto da *procurement hub* localizzato in uno Stato in cui vige un regime fiscale privilegiato:

- in primo luogo, andrebbe chiarito se il MBT per i soggetti residenti si applica considerando solo l'IRES o anche l'IRAP: dagli esempi riportati sembrerebbe doversi escludere l'IRAP, nonostante essa sia ricompresa tra le imposte rilevanti ai fini della disciplina in esame;
- in secondo luogo, dal calcolo del MBT esposto sembra evincersi che il test debba tenere in considerazione le sole imposte dedotte nello Stato di residenza in relazione ai costi di acquisto sostenuti. Tuttavia, vale tenere presente che una corretta valutazione dei vantaggi fiscali ed extrafiscali di una transazione dovrebbe tenere in considerazione anche delle operazioni a monte (costi di acquisto sostenuti da BCo) e a valle (ricavi di vendita ritratti da ItaCo) della catena. In tal senso si esprime la stessa Circolare al par. 3.4, pagina 37, laddove mediante il riferimento a bilanci previsionali, *due diligence*, ecc., lascia intendere che l'operazione deve essere valutata nel suo insieme quindi con anche i previsti effetti a monte e a valle dell'operazione stessa. In altre parole, ai fini di valutare il vantaggio fiscale della transazione andrebbe considerato l'intero reddito realizzato da ItaCo nel territorio dello Stato, ossia il margine della transazione assoggettato a tassazione in questo Paese.

A tal proposito si propone il seguente ESEMPIO A (si tratta di una revisione dell'Esempio 7 della Circolare) in cui si illustra come il fatto di considerare la sola deduzione dei costi dai redditi possa portare a risultati fuorvianti sotto il profilo economico e giuridico:

Si consideri BCo impresa non associata residente in un paese ad elevata fiscalità (*tax rate* del 30%), ACo impresa associata residente in uno Stato in cui vige un regime fiscale privilegiato e ItaCo residente in Italia.

BCo vende beni ad un prezzo di 100 ad ACo, che funge da procurement hub del gruppo cui fa parte ItaCo. ACo rivende i beni ad ItaCo allo stesso prezzo di acquisto, senza realizzare alcun margine. ItaCo rivende i beni a 150. Se ItaCo acquistasse beni da terzi li pagherebbe 110.

Seguendo le indicazioni della Circolare si avrebbe quindi il seguente risultato:

Applicazione del MBT	Vantaggio extrafiscale	Vantaggio fiscale
a) risparmio d'imposta in Italia (24%)		24
b) Imposta estera		0
Vantaggio fiscale (a-b)		24
Vantaggio extrafiscale (110-100)	10	
MBT		70,59%

L'MBT è verificato e quindi il meccanismo è soggetto a obbligo di comunicazione, pur tenuto in considerazione che nessuno dei soggetti coinvolti nella catena consegue un vantaggio fiscale. Infatti, (i) non ci sono redditi detassati in giurisdizioni a fiscalità privilegiata, (ii) il reddito conseguito da BCo sarebbe tassato ad un'aliquota addirittura superiore a quella Italiana e (iii) ItaCo realizza (e tassa) in Italia un reddito maggiore (50) rispetto al caso in cui acquistasse i beni da terzi (40).

Per questo motivo si ritiene molto più aderente alle logiche economiche e fiscali un calcolo del MBT che consideri tutti gli elementi a monte e a valle della transazione:

Applicazione del MBT	Vantaggio extrafiscale	Vantaggio fiscale
Margine acquisto da ACo (150-100)	50	
Margine su acquisto da terzi (150-110)	40	
a) risparmio d'imposta in Italia (24%)		-2,4
b) Imposta estera		0
Vantaggio fiscale (a-b)		-2,4
Vantaggio extrafiscale (50-40)	10	
MBT		-31,58%

In questo caso l'MBT negativo rappresenta chiaramente il fatto che non vi è alcun vantaggio fiscale per i soggetti coinvolti nella transazione, ma anzi, sotto

un mero profilo fiscale per ItaCo la transazione con il *procurement hub* sarebbe più sconsigliata rispetto all'acquisto da terzi.

- oltre a quanto appena segnalato con riferimento al vantaggio fiscale, ai fini della quantificazione del vantaggio extrafiscale, si ritiene che sarebbe utile un chiarimento che esponga se nel calcolo dell'MBT vadano considerati anche gli eventuali utili realizzati dall'entità estera che rientrerebbero in capo alla controllante sotto forma di dividendi, in quanto rappresenta chiaramente un vantaggio di carattere economico.

A dimostrazione di questo si consideri il seguente ESEMPIO B in cui ItaCo, società residente in Italia, acquista beni dall'impresa controllata al 100% ACo, residente in un Paese a fiscalità privilegiata. Se ItaCo acquistasse beni da terzi, il prezzo di acquisto sarebbe pari a 110, mentre acquistando i beni da ACo li acquista a 120. Ai fini che qui interessano si assume che le transazioni sono *at arm's length*.

Di seguito si riepilogano le condizioni alla base delle transazioni appena descritte:

Soggetto	Costo acquisto	Prezzo vendita	Margine vendita	Tax rate (%)
FornITA	80	110	30	24%
ACo	80	120	40	0%
ItaCo	120	150	30	24%

In questo contesto, seguendo il calcolo proposto nella Circolare, se non venisse considerata la distribuzione di dividendi, il calcolo del MBT potrebbe essere così riassunto:

Applicazione del MBT	Vantaggio extrafiscale	Vantaggio fiscale
Margine acquisto da ACo (150-120)	30	
Margine su acquisto da terzi (150-110)	40	
Dividendi distribuibili	-	-
a) risparmio d'imposta in Italia (24%)		2,4
b) Imposta estera		0
Vantaggio fiscale (a-b)		2,4
Vantaggio extrafiscale	-10	
MBT		100,00%

Al contrario, ferme restando le considerazioni iniziali, considerando anche la distribuzione dei dividendi da ACo il calcolo per il MBT potrebbe essere così riassunto:

Applicazione del MBT	Vantaggio extrafiscale	Vantaggio fiscale
Margine acquisto da ACo (150-120)	30	
Margine su acquisto da terzi (150-110)	40	
Dividendi distribuibili da ACo	40	-0,48 (*)
a) risparmio d'imposta in Italia (24%)		1,92
b) Imposta estera		0
Vantaggio fiscale (a-b)		1,92
Vantaggio extrafiscale	30	
MBT		6,02%

(\*)Si assume che si possa dimostrare l'esimente di cui all'art. 47bis (2) lett. b) del TUIR. Peraltro ove l'esimente non fosse dimostrabile, il vantaggio fiscale, essendo i dividendi distribuibili interamente tassabili, sarebbe completamente annullato.

Da quanto appena riportato risulta chiaro che anche i dividendi distribuibili sono un importante elemento di vantaggio extrafiscale di cui tenere conto. Tanto più che, se le operazioni sono *at arm's length*, non vi dovrebbe essere alcun effetto di conversione di reddito in capitale. Tuttavia, se non si fosse tenuto conto dei dividendi l'operazione avrebbe potuto essere soggetta ad obblighi di comunicazione.

- In aggiunta a quanto appena riportato, si riterrebbe opportuna un'integrazione delle considerazioni esposte dalla Circolare in merito al calcolo del MBT anche con delle specifiche valutazioni circa il fatto di considerare nel calcolo anche le operazioni a valle e a monte del meccanismo transfrontaliero, nonché le quote di partecipazione tra le imprese associate, fondamentali al fine di definire i vantaggi extrafiscali generati dal meccanismo transfrontaliero. Si fa notare che la modalità di calcolo proposta dall'Agenzia, che sembrerebbe non consentire di tenere in considerazione dell'effetto fiscale in capo ai soggetti che non siano imprese associate, conduce a conclusioni maggiormente svantaggiose per operazioni intrattenute con soggetti terzi rispetto a quelle intrattenute con imprese associate: ciò è chiaro dall'Esempio 7, laddove se BCo è una società appartenente al gruppo l'MBT non è verificato; al contrario, se BCo è un soggetto terzo rispetto al gruppo l'MBT è verificato e il meccanismo è soggetto all'obbligo di comunicazione. Questa conclusione risulta difficilmente giustificabile sul piano giuridico, tenuto conto della minore pericolosità di *cross-border arrangements*

intrattenuti con soggetti terzi rispetto a quelli intrattenuti con imprese associate. Infine, si ritiene che il calcolo del MBT non solo debba tenere in considerazione la marginalità realizzata dalle entità facenti parte della catena, ma anche degli effetti determinati dalla percentuale di partecipazione delle entità (questo dovrebbe valere sia per le imposte recuperabili, sia per i dividendi distribuibili).

- 5.6 In aggiunta, nel paragrafo “3.4 Criterio del vantaggio principale” a pagina 33 e seguenti della Circolare andrebbero riportate alcune considerazioni in merito al fatto che alcune operazioni, come quelle coperte da una *policy* di *transfer pricing*, potrebbero richiedere successivi aggiustamenti. Per questo motivo, talvolta il contribuente potrebbe non essere nella condizione di avere sin da subito tutte le informazioni necessarie per ritenere integrati gli elementi distintivi individuati dai diversi *hallmark* (si pensi all’*hallmark* B.2 o C.4). Potrebbe peraltro succedere che sebbene (in base ad informazioni e valutazioni successive) la transazione avrebbe potuto integrare in un primo momento le condizioni di riportabilità, in un secondo momento tali obblighi verrebbero meno a seguito degli aggiustamenti apportati a norma di legge.

Sarebbe quindi utile una presa di posizione, eventualmente anche rispetto ai profili sanzionatori, da parte dell’Amministrazione finanziaria su questi aspetti che interessano sia le tempistiche di comunicazione, ma anche, in maniera trasversale, un obbligo generale di riportabilità.

## 6. Obblighi di comunicazione (par. 4) (pagg. 42-57 della Circolare)

- 6.1 Con riferimento agli elementi oggetto di comunicazione (par. 4.2 della Circolare) e con riguardo al numero di riferimento dei meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di notifica, rilasciato dall’Agenzia delle Entrate al momento della comunicazione, a pagina 51 della Circolare si legge che i contribuenti «*sono tenuti ad indicare il numero di riferimento nelle pertinenti dichiarazioni fiscali per tutti i periodi d’imposta in cui il meccanismo transfrontaliero è utilizzato*» e che si tratta «*di un obbligo dichiarativo che grava esclusivamente sui contribuenti tenuti a presentare le pertinenti dichiarazioni fiscali in Italia, che deve essere reiterato in relazione a ciascun periodo d’imposta in cui il meccanismo transfrontaliero produce i suoi effetti fiscali*» [nostra sottolineatura].

Si chiede che sia specificato nel testo della Circolare il significato della locuzione “*contribuenti tenuti a presentare le pertinenti dichiarazioni fiscali in Italia*” al fine di dissipare ogni possibile dubbio inerente la posizione di soggetti che, non altrimenti tenuti alla presentazione della dichiarazione in Italia, ne restano esonerati seppure rivestano la qualifica di “contribuente” all’interno di un meccanismo comunicato e seppur quindi siano astrattamente tenuti a indicare nella dichiarazione da presentare (ove previsto) in Italia il relativo numero di riferimento.



Si immagini, per esemplificare, il caso di uno strumento finanziario: (i) che è caratterizzato da documentazione standardizzata (*hallmark* A.3) ed elaborato da un promotore non residente in Italia; (ii) i cui redditi sono assoggettati a ritenuta di imposta a cura di un soggetto italiano (mero incaricato alla riscossione); (iii) che è messo a disposizione di una persona fisica italiana, la quale potrebbe non essere tenuta a presentare la pertinente dichiarazione fiscale in Italia (in quanto percepisce solo redditi di natura finanziaria con l'intervento di sostituti d'imposta): prevedere la trasmissione della dichiarazione fiscale al solo fine di indicare il numero di riferimento del meccanismo transfrontaliero confliggerebbe, oltre che con il buon senso, con la *ratio* dei regimi impositivi dei redditi di natura finanziaria.

6.2 Con riferimento al termine di presentazione all'Agenzia delle Entrate (par. 4.3 della Circolare), a pagina 56 della Circolare si rinviene una esemplificazione secondo cui, stante una serie di (quattro) fasi e la data del loro concreto avverarsi, è sempre il c.d. primo step di attuazione quello cui si deve far riferimento per stabilire se siano da comunicarsi meccanismi che gravitano a ridosso del 25 giugno 2018. Nell'esempio proposto il primo step è costituito da un apporto, seguito da uno step successivo costituito da (testualmente) "*i primi contatti volti all'accensione di un finanziamento*" (e corredato da altre due fasi che qui non interessano).

Si immagini il diverso esempio in cui prima avvengano "*i primi contatti volti all'accensione del finanziamento*", quindi sia acceso il finanziamento e successivamente avvenga l'apporto.

Ebbene, in tal caso non è chiaro se "i primi contatti" costituiscano già l'avveramento del primo *step* di attuazione del meccanismo. O se invece sia necessario anche in questo nuovo esempio fare riferimento al primo *step* "completo", ossia all'accensione del finanziamento.

Inoltre, ci preme segnalare come l'espressione "i primi contatti" abbia di per sé uno scarso valore esplicativo, potendosi tradurre in molteplici attività senza limiti definitori propri. Meglio sarebbe evitarne completamente l'utilizzo, in quanto terminologia foriera più di incertezza che di certezza, per ancorarsi a termini più "esatti" (*rectius*, precisi e giuridicamente verificabili), quali gli "atti aventi effetti giuridici" o la "prima transazione finanziaria", come specificato nella normativa di riferimento.

Si chiede quindi che nella Circolare si elimini ogni riferimento a terminologie non definite, come "i primi contatti", soprattutto quando esse fissano dei termini precisi con riferimento ai quali sorgono obblighi di comunicazione. In particolare, si chiede che l'esempio proposto sia corretto o occorra fare riferimento piuttosto ad un atto avente effetto giuridico o alla prima transazione finanziaria occorsa.

## 7. Profili sanzionatori (par. 6) - pagg. 58-60 della Circolare

7.1 Alle pagine 19, 44 e 59 della Circolare è trattato il tema dell'intermediario costituito in forma di associazione professionale. In particolare, viene chiarito che:

- «lo standard di conoscenza andrà verificato in capo al soggetto che assume la responsabilità del mandato professionale» (pag. 19),
- «l'obbligo [di comunicazione, ndr] è da intendersi in capo al soggetto che assume la responsabilità del mandato professionale» (pag. 44 ) e,
- per i soggetti non dotati di personalità giuridica «la sanzione è riferibile alla persona fisica che ha commesso o concorso a commettere la violazione» (pag. 59).

In presenza di associazioni professionali di una certa dimensione e caratterizzate da una struttura complessa ci si dovrebbe rifare alle regole interne che stabiliscono i profili di responsabilità nella gestione dei mandati professionali.

Si chiede dunque che sia meglio chiarita la figura dei soggetti che “concorrono alla violazione”, con un chiarimento di portata tale da far comprendere che solo chi è autonomamente tenuto alla comunicazione può incappare (*rectius*, concorrere) in una violazione e quindi essere sanzionato per la sua commissione.

7.2 Alle pagine 58 e 59 della Circolare si legge che «si ritiene [...] che quando la comunicazione è eseguita tardivamente ma comunque entro quindici giorni, la sanzione applicabile è ridotta della metà» e che «vi possono essere casi in cui ricorra l'obbligo concorrente di comunicazione da parte dell'intermediario e del contribuente; in questi casi, qualora la comunicazione sia omessa, inesatta o incompleta, la sanzione [...] è applicata autonomamente su entrambi i soggetti, in ragione della violazione da ciascuno commessa, ed entrambi potranno autonomamente accedere all'istituto del ravvedimento operoso» [nostre sottolineature].

Da tale interpretazione si comprende che:

- la comunicazione è considerata “omessa”, oltre che quando non eseguita del tutto, anche quando viene eseguita più di quindici giorni oltre il termine; e
- intermediari e contribuenti possono accedere all'istituto del ravvedimento operoso anche nei casi di comunicazione “omessa”.

Si chiede in particolare che il chiarimento di cui al trattino che precede, che pure emerge immediato dalla lettura del testo della Circolare, sia reso inequivocabile nella stesura del suo testo definitivo.

## 8. Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale (par 7.1) - pagg. 62-67 della Circolare

8.1 Con riferimento alla condizione di riservatezza (par. 7.1.1 della Circolare) a pagina 63 della Circolare si legge che, ai fini del verificarsi degli elementi descritti nell'*hallmark A*, «circa il contenuto delle clausole di riservatezza, è necessario che la stessa abbia ad oggetto le “modalità con cui il meccanismo potrebbe garantire un vantaggio fiscale”».

Si chiede di meglio precisare il passaggio. Conseguenza della formulazione contenuta oggi nella Circolare, infatti, è che qualsiasi clausola che non escluda

espressamente dal divieto di divulgazione i benefici fiscali eventualmente portati al cliente dalla consulenza ricevuta costituisca, al ricorrere delle altre condizioni richieste dall'*hallmark*, un indicatore tale da obbligare sempre l'intermediario ad una comunicazione. Ciò pare eccessivo. Si osserva, ad esempio, che nei mandati standard di una associazione professionale è prassi innegabilmente diffusa quella di inserire delle clausole di *non disclosure* dei contenuti dell'assistenza da fornirsi. E che tali clausole sono redatte in modo tale da non fare alcuno specifico riferimento alla diffusione di informazioni relative a potenziali vantaggi fiscali frutto dalla consulenza prestata, bensì sono redatte in modo tale da stabilire il divieto di divulgare a terzi qualsiasi informazione acquisita in relazione all'assistenza prestata.

Obbligare tutte le associazioni professionali a interrogarsi circa l'obbligo di comunicazione che emergesse da una clausola standard dei suoi mandati pare oggettivamente eccessivo rispetto al perimetro di applicazione della DAC 6.

Si suggerisce quindi di precisare meglio quale sia l'ambito di applicazione dell'*hallmark* relativo alle clausole di riservatezza ai fini di evitare che l'obbligo di riservatezza generico possa portare all'insorgenza di automatismi.

## 9. Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale (par. 7.2) - pagg. 68-81 della Circolare

- 9.1 Con riferimento all'*hallmark* B.1 (acquisizione di società in perdita di cui al par. 7.2.1 della Circolare), nell'Esempio 9 di pagina 70 della Circolare viene riportato un caso di importazione di perdite maturate dalla stabile organizzazione estera di un'impresa incorporata: a tal proposito andrebbe chiarito (i) l'arco temporale da considerare ai fini della verifica (l'utilizzabilità delle perdite potrebbe non essere istantanea, per esempio per assenza di un imponibile capiente o del meccanismo dell'utilizzo delle perdite nel limite dell'80% del reddito), (ii) che le perdite considerate dall'esempio debbano anche avere rilevanza in Italia (se non fossero scomputabili dal reddito della ItaCo non sarebbero verificati i presupposti dell'*hallmark* B.1) e (iii) se gli obblighi di comunicazione potrebbero sorgere anche qualora le perdite maturate dalla stabile organizzazione derivino da elementi/variazioni fiscali temporanee. Vale infatti evidenziare che ai fini dell'*hallmark* B.1) rileva il MBT e quindi occorre che il contribuente possa dimostrare l'effettivo vantaggio fiscale considerando anche i periodi di imposta precedenti e successivi all'operazione.
- 9.2 Sempre con riferimento all'*hallmark* B.1 (acquisizione di società in perdita di cui al par. 7.2.1 della Circolare), nell'Esempio 10 di pagina 71 della Circolare si riporta l'analisi di un caso in cui un soggetto residente in Italia (ItaCo) acquisisce una società estera (BCo) che riporta perdite fiscali da precedenti periodi di imposta, le quali vengono utilizzate per scomputare i maggiori utili realizzati da quest'ultima per effetto di operazioni commerciali tra ItaCo e BCo non *at arm's length*.

L'esempio non risulta del tutto completo. Infatti, al di là degli aspetti legati all'accelerazione nell'utilizzo di perdite, andrebbe chiarito che nel caso considerato, il fatto che (i) la perdita accumulata da BCo sia solo fiscale (e non anche civilistica) e (ii) la transazione non avvenga *at arm's length* potrebbe produrre una conversione di reddito in capitale. BCo infatti, dal punto di vista civilistico, realizzerebbe degli utili da poter distribuire ad ItaCo, per la quale potrebbero rilevare ai fini delle imposte in misura ridotta. Al contrario, se la perdita di BCo, oltre che fiscale, fosse anche civilistica, essa assorbirebbe gli eventuali utili realizzati negli anni successivi da BCo, che non avrebbe la possibilità di distribuire dividendi ad ItaCo (in altri termini non si verificherebbe alcuna conversione di reddito in capitale).

- 9.3 Con riferimento all'*hallmark* B.2 (conversione del reddito in capitale, conferimenti, apporti, doni o altre categorie di reddito tassare a un livello inferiore o esenti da imposta di cui al par. 7.2.2 della Circolare), dai chiarimenti e dalle esemplificazioni riportate nella Circolare (ci si riferisce in particolare all'Esempio 12 di pagina 73) sembrerebbe trasparire una sorta di relazione tra il principio dell'*arm's length* e gli elementi distintivi in oggetto. Anzi, tale rapporto sembrerebbe emergere anche con riferimento ad ulteriori ipotesi ed esempi proposti per altri *hallmark* (Esempio 10 in relazione all'*hallmark* B.1), al punto che si potrebbe essere portati a ritenere che il rispetto di tale principio debba essere preliminare rispetto alla verifica della sussistenza degli elementi distintivi di un meccanismo transfrontaliero.

In realtà, l'adozione del MBT come test per la verifica del vantaggio fiscale segue una logica differente e non perfettamente sovrapponibile rispetto a quella dell'*arm's length*: mentre il primo criterio guarda alle differenze di aliquote tra le giurisdizioni fiscali e agli eventuali vantaggi extrafiscali conseguiti, il secondo mira ad un corretto set up dei prezzi di trasferimento tra soggetti economici, a prescindere dal livello di tassazione nelle diverse giurisdizioni.

Ciò posto, sarebbe opportuno che la Circolare includesse qualche considerazione, anche di carattere generale, sul rapporto che dovrebbe esistere tra la disciplina sui prezzi di trasferimento e gli *hallmark* che individuano transazioni con imprese associate (al di là del fatto che vi è l'*hallmark* E che si focalizza in particolare su tematiche di *transfer pricing*).

Nello specifico, potrebbe essere utile un chiarimento che indichi se il rispetto del principio dell'*arm's length* possa (o debba) essere considerato un elemento pregiudiziale nella verifica degli elementi di riportabilità, ossia che qualora risulti verificato consenta di esentare da ulteriori analisi, o se si tratti di un mero elemento indicativo, che però non avrebbe alcuna funzione o impatto sulla verifica degli elementi distintivi.

- 9.4 In aggiunta, sempre rispetto all'*hallmark* B.2, al paragrafo 7.2.2 della Circolare (pagina 71) andrebbero forniti maggiori chiarimenti su quali siano gli effetti da valutare nell'ipotesi di "*conversione del reddito in capitale, doni*": in altre parole, occorrerebbe specificare se, al fine di integrare i presupposti dell'*hallmark*, la

conversione del reddito in capitale debba avvenire esclusivamente a vantaggio del soggetto che converte tali redditi o i beneficiari di tale conversione potrebbero essere anche soggetti terzi (si pensi ad una transazione a prezzi fuori mercato che abbia l'effetto di dar luogo ad uno spostamento di utili verso una società che non sia controllata, per cui senza possibilità che tali utili possano "ritornare" sotto forma di dividendi).

A tal proposito andrebbe considerato che il soggetto che abbia distratto utili verso la propria controllata, e li riceva "di ritorno" sotto forma di dividendo, si troverebbe in una situazione più vantaggiosa rispetto al caso in cui questi utili siano distratti verso una società collegata o con una partecipazione molto bassa (in cui la quota di utile spettante sarebbe molto esigua). Il maggiore dividendo ricevuto andrebbe infatti ad incrementare gli effetti extrafiscali della transazione, riducendo l'impatto del vantaggio fiscale nel MBT sino a renderlo non superato (a tal proposito si rimanda alle considerazioni dell'ESEMPIO B della Circolare riportate al par. 5.5 della presente nota rispetto al calcolo del MBT).

- 9.5 A pagina 74 della Circolare, nell'Esempio 13 si dà per verificata la prevalenza dei vantaggi fiscali sui vantaggi extrafiscali (che di fatto non sussisterebbero) nel caso in cui quote di OICR esteri sono detenute attraverso la costituzione in uno Stato membro UE di una società veicolo, fiscalmente trasparente nello Stato membro di costituzione, ma considerata fiscalmente opaca in base alla disciplina italiana di riferimento. Questo schema o struttura consente di convertire i "redditi da fondi comuni di investimento" in «*altre categorie di reddito tassate a un livello o inferiore*», vale a dire dividendi di fonte estera percepiti da società di capitali italiane, esclusi da IRES per il 95%. Ciò comporta l'integrazione dell'*hallmark* B.2. Si suggerisce di specificare in modo chiaro che, riguardo all'esempio riportato, la caratteristica fondamentale – che comporta l'integrazione dell'*hallmark* B.2 – è l'ideazione dello schema o struttura al fine di ottenere la tassazione a un livello inferiore (finalità che, inoltre, consente di qualificare il veicolo interposto come «*partecipante*» allo schema non residente in Italia). Diversamente, l'Esempio 13 sarebbe assimilabile a molte altre fattispecie – frequenti, genuine e spesso "inconsapevoli" (si pensi ai casi dei prodotti finanziari - come OICR e derivati - rivolti a una generalità di investitori) – in cui, dal lato dell'investitore italiano (sia esso una società di capitali, come nell'Esempio 13, o una persona fisica, come in fattispecie assimilabili), non si rileva alcuna partecipazione attiva alla costituzione della società estera trasparente/emissione del derivato all'estero, e dal lato dei gestori, *manufacturer* e/o emittenti, normalmente, non si rileva il fine di far accedere piccoli investitori, residenti in altre giurisdizioni (come l'Italia), ai vantaggi fiscali previsti dai propri rispettivi ordinamenti tributari. È appena il caso di osservare che la specificazione sopra richiesta dovrebbe essere fornita, riguardo ai prodotti finanziari, anche in relazione alle caratteristiche di standardizzazione previste dall'*hallmark* A.3, la cui integrazione sottende l'ideazione del meccanismo al fine di ottenere un vantaggio fiscale.

## 10. Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere (par 7.3) - pagg. 81-96 della Circolare

10.1 Con riferimento all'*hallmark* C.1 in tema di pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate (par. 7.3.1 della Circolare) a pagina 84 della Circolare vengono riportati i criteri per individuare il destinatario del pagamento anche rispetto ad entità trasparenti. In particolare la Circolare afferma che *«in tali casi, il destinatario o i destinatari del pagamento transfrontaliero, in ragione della quota di loro spettanza, andranno individuati secondo i seguenti criteri:*

- *il destinatario del pagamento coincide con il socio (partner), qualora l'entità sia considerata trasparente anche dallo Stato in cui il socio è fiscalmente residente;*
- *il destinatario del pagamento rimane individuato nell'entità, qualora la stessa è considerata "opaca" dallo Stato in cui il socio (partner) è fiscalmente residente. In tal caso la stessa sarà considerata come non residente in alcuna giurisdizione, integrando conseguentemente l'elemento distintivo C.1.a.».*

A tal proposito andrebbe chiarito come dovrebbe comportarsi il soggetto che effettui pagamenti verso imprese associate delle quali non riesca ad avere le informazioni prescritte (si pensi ad un pagamento verso una società partecipata al 25%, di cui non detiene il controllo e per i quali non può ottenere informazioni).

10.2 L'*hallmark* C.2 (per lo stesso ammortamento sul patrimonio sono chieste detrazioni in più di una giurisdizione di cui al par. 7.3.2 della Circolare), così come sembrerebbe evincersi anche dall'Esempio 22 di pagina 90 della Circolare, sembra includere nel perimetro applicativo dei meccanismi transfrontalieri riportabili tutte le locazioni passive (sia finanziarie che operative) di beni da parte dei soggetti *las adopter*, disciplinate dall'IFRS16, a prescindere dalle caratteristiche, condizioni e soggetti con cui sono poste in essere. Si ricorda infatti che questo *hallmark* non prevede MBT. A tal proposito andrebbe però tenuto conto che (i) se queste transazioni intercorrono con soggetti non residenti terzi, non è possibile conoscere il trattamento contabile (e fiscale) nella giurisdizione di questi ultimi e (ii) anche ammettendo di conoscere il trattamento contabile e che il locatore deduca l'ammortamento del cespite locato, egli contemporaneamente rileva un provento per la locazione attiva del bene. In questa situazione non vi sarebbe alcun elemento di pericolosità per le giurisdizioni coinvolte, per cui non vi dovrebbe essere alcun obbligo comunicativo.

## 11. Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva (par. 7.4) - pagg. 96-109 della Circolare

11.1 Con riferimento ai meccanismi transfrontalieri che hanno l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dal CRS (par. 7.4.1 della Circolare) a pagina 99 della Circolare si legge che l'obbligo di *reporting* scatta per gli elementi distintivi di cui alla lettera D.1 quando il "*reasonable to conclude test*" è verificato. Lo stesso concetto non si evince per gli elementi distintivi di cui alla lettera D.2. Andrebbe quindi specificato se queste indicazioni sono dovute ad una precisa esigenza da parte dell'Amministrazione finanziaria o se il "*reasonable to conclude test*" vada esteso anche agli elementi distintivi di cui alla lettera D.2.

A tal scopo si tenga infatti in considerazione che gli elementi distintivi richiesti all'*hallmark* D richiedono il possesso di una serie di informazioni che molto difficilmente possono essere conosciute tra due o più operatori che si limitino ad intrattenere ordinari rapporti di natura commerciale (compravendita di beni, prestazioni di servizi) e/o che non siano soggetti all'obbligo di adeguata verifica della clientela ai sensi del D.Lgs. 231/2007.

Peraltro, proseguendo a pagina 99 della Circolare si legge che «*il reasonable to conclude test deve essere eseguito da un punto di vista oggettivo, avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze del caso e sarà integrato qualora l'effetto di aggiramento emerga dalle informazioni prontamente disponibili anche tenuto conto del grado di competenza e comprensione dei soggetti coinvolti*» [nostre sottolineature]. L'indicazione qui fornita al lettore per eseguire il "*reasonable to conclude test*" risulta eccessivamente generica. Infatti, sebbene in prima battuta venga suggerito di fare ricorso ad elementi oggettivi, il secondo periodo fa un generico richiamo a "tutti i fatti e le circostanze del caso". A tal proposito si renderebbe necessaria l'individuazione, anche attraverso esemplificazioni, di quali possano essere i criteri oggettivi richiamati nel passaggio citato.

Pertanto, sarebbe utile che la Circolare desse indicazione fino a quale punto un "fornitore di servizi" o un contribuente debbano spingersi nell'analisi ai fini del "*reasonable to conclude test*" ed in particolare nell'approfondimento delle informazioni sulla controparte della transazione. Si tenga infatti presente che i contribuenti potrebbero essere sia soggetti strutturati, ma anche soggetti di minori dimensioni, che non sempre hanno un rapporto diretto col soggetto destinatario dei pagamenti.

11.2 Sempre con riferimento ai meccanismi transfrontalieri che hanno l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dal CRS (par. 7.4.1 della Circolare) si chiede di chiarire nella Circolare il caso di utilizzo di una società fiduciaria italiana come contraente di polizza al posto del fiduciante ed in particolare se l'utilizzo della fiduciaria possa essere visto come elemento costitutivo dell'*hallmark* D1. Si ritiene che il dubbio possa essere sciolto in senso negativo dal



momento che le società fiduciarie sono comunque già soggette a obblighi di comunicazione (nazionale).

## 12. Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento (par. 7.5) - pagg. 109-113 della Circolare

- 12.1 In commento all'elemento distintivo di cui alla lettera E, punto 1, dell'Allegato 1 al decreto legislativo (E.1) (*Safe harbour* unilaterale di cui al par. 7.5.1 della Circolare), la Circolare non chiarisce se gli accordi preventivi in materia di prezzi di trasferimento sottoscritti tra il contribuente e l'Agenzia delle entrate italiana in via unilaterale siano esclusi. In tal caso, infatti, sembrerebbe opportuno prevederne l'esclusione, in quanto tali accordi preventivi seguono ad un'intensa attività di analisi e confronti tra le parti su basi tecniche, secondo la prassi OCSE in materia di prezzi di trasferimento. L'attività di verifica del rispetto di tali accordi è pertanto costante da parte dell'Amministrazione finanziaria per tutto il periodo di vigenza ed è volta alla verifica del rispetto dell'*arm's length principle*. Pertanto, nessuno dei predetti accordi può generare opportunità di pianificazione fiscale aggressiva. Si ritiene tuttavia opportuno un chiarimento esplicito in tal senso.
- 12.2 Ancora con riferimento ai *Safe harbour* unilaterali e nello specifico con riferimento all'Esempio n. 30, si ritiene che non vi sia alcun obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero nel caso di servizi a basso valore aggiunto, qualora l'applicazione del *mark-up* del 5% sia frutto di un'adeguata analisi di comparabilità e il contribuente quindi non abbia fatto ricorso all'approccio semplificato. In sostanza, si ritiene opportuno chiarire che la circostanza che i servizi prestati tra imprese residenti in Paesi differenti si qualificano quali servizi a basso valore aggiunto non integra, di per sé, l'elemento distintivo e quindi non comporta alcun obbligo di comunicazione. L'elemento distintivo è invece integrato laddove sia utilizzato un approccio semplificato per la valutazione delle transazioni infragruppo, che prescinde da un'adeguata analisi di comparabilità.
- 12.3 Con riferimento ai beni immateriali di difficile valutazione la Circolare rinvia integralmente alla definizione contenuta nelle linee guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali. Ciò tuttavia non permette di chiarire il perimetro di beni immateriali per cui sorge l'obbligo di comunicazione al momento del trasferimento. La circostanza per cui non esistano transazioni comparabili interne e che, al momento della valutazione, le proiezioni dei flussi di cassa futuri o del reddito derivante, ivi incluse le assunzioni utilizzate, siano caratterizzati da elevata incertezza non permette di circoscrivere il perimetro di comunicazione in quanto trattasi di caratteristiche potenzialmente proprie di tutti i beni immateriali. È pertanto auspicabile un chiarimento in tal senso.



12.4 Quanto al trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività riteniamo opportuno che sia specificato che il test di verifica dell'elemento distintivo sull'EBIT debba essere effettuato:

- i. Al netto di fattori esogeni – e non soggetti al controllo del cedente – sorti negli anni successivi al trasferimento transfrontaliero e che dovessero incrementare l'EBIT medio che il cedente avrebbe realizzato in assenza della cessione;
- ii. Senza tenere in considerazione l'eventuale incremento in termini di EBIT del beneficiario del trasferimento transfrontaliero, che ragionevolmente può derivare da sinergie e economie proprie del beneficiario, non realizzabili invece dal cedente.

Cordialmente

Pirola Pennuto Zei & Associati