

Spettabile
AGENZIA DELLE ENTRATE
E-mail: dc.gc.settorecontrollo@agenziaentrate.it

Milano, 15 gennaio 2021

Tematica: Consultazione pubblica della Bozza di Circolare che fornisce chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di comunicazione – decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva “DAC 6”).

Nel ringraziare per l’opportunità concessa mediante la procedura di consultazione pubblica della bozza della Circolare dell’Agenzia delle Entrate (di seguito, anche “**Bozza di Circolare**”) recante “*Chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di comunicazione - decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva “DAC 6”)*”, (di seguito, anche “**Decreto Attuativo**”), si formulano qui di seguito talune osservazioni.

Per comodità di riferimento, le osservazioni saranno elencate in corrispondenza di ciascun paragrafo interessato seguendo la numerazione della Bozza di Circolare.

Paragrafi n. 3.3 e n. 3.4: “Criterio della potenziale riduzione d’imposta” e “Criterio del vantaggio principale”

Osservazioni

L’articolo 6 del Decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze del 17 novembre 2020 (di seguito, anche “**Decreto Ministeriale**”), prevede che gli elementi distintivi di cui all’Allegato 1, lettere A, B, C ed E, al Decreto Attuativo, rilevano ai fini dell’obbligo di comunicazione solo se

sono “suscettibili di determinare una riduzione delle imposte cui si applica la Direttiva 2011/16/UE” in uno dei Paesi membri dell’Unione Europea.

In via preliminare evidenziamo che, ai fini della determinazione degli effetti fiscali derivanti dal meccanismo transfrontaliero, la Bozza di Circolare in commento afferma (cfr. pag. 31 e ss.) che “non si deve tener conto degli eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell’ordinamento tributario, quali ad esempio la disciplina sulle imprese controllate estere (CFC) o le disposizioni anti ibridi, che al momento in cui sorge l’obbligo di comunicazione non sono state ancora applicate. In altri termini, l’obbligo di comunicazione sussiste anche quando in sede di dichiarazione dei redditi, che normalmente viene presentata l’anno successivo e quindi oltre il termine di comunicazione del meccanismo, il contribuente è tenuto a sterilizzare in tutto o in parte gli effetti fiscali del meccanismo stesso in virtù di specifiche disposizioni limitative”.

A nostro avviso, dovrebbe valutarsi una modifica di tale interpretazione in considerazione del fatto che essa non sembra allineata alle finalità della Direttiva UE 2018/822 (di seguito, anche Direttiva “**DAC 6**”) (coerentemente, dovrebbero essere espunti gli esempi n. 6, n. 11, n. 14, n. 20 e n. 24, che fanno riferimento a fattispecie presidiate dalle disposizioni anti-ibridi introdotte con il Decreto ATAD¹).

A tale riguardo, è importante evidenziare che con la Direttiva DAC 6 “vengono introdotte disposizioni sulla comunicazione obbligatoria di informazioni alle competenti autorità nazionali sui sistemi di pianificazione potenzialmente aggressiva”² ed il preambolo della Direttiva medesima (cfr. Considerando n. 2) precisa chiaramente che lo scopo della DAC 6 è quello di assicurare che le “autorità fiscali degli Stati membri ottengano informazioni complete e pertinenti riguardo a meccanismi fiscali potenzialmente aggressivi. Tali informazioni permetterebbero a dette autorità di reagire prontamente alle pratiche fiscali dannose e di colmare le lacune mediante disposizioni legislative o lo svolgimento di adeguate valutazioni di rischio e audit fiscali”.

È evidente, quindi, anche al fine di “ridurre al minimo i costi e gli oneri amministrativi sia per le amministrazioni fiscali sia per gli intermediari” (cfr. Considerando n. 13 della DAC 6), che se uno Stato ha nel proprio ordinamento norme positive che eliminano o limitano gli effetti fiscali

¹ D.lgs. 29 novembre 2018, n. 142, con cui è stata recepita in Italia la Direttiva UE 2016/1164 così come modificata dalla Direttiva UE 2017/952, recante le norme di contrasto ai disallineamenti da ibridi.

² Così la Relazione Illustrativa al Decreto Attuativo.

di un determinato meccanismo (quali, ad esempio, le regole di contrasto agli ibridi), in quello stesso Stato le basi imponibili non sono – né direttamente né indirettamente – minacciate dal particolare meccanismo transfrontaliero, e deve quindi venir meno l'obbligo di comunicazione dello schema.

In altri termini, ove un determinato schema o meccanismo “di pianificazione potenzialmente aggressiva” è destinato a rimanere non operativo secondo le regole vigenti nel nostro ordinamento, non si realizzerebbe *ab origine* il presupposto di cui all'art. 2, comma 1, lett. a), del Decreto Attuativo, ovvero la sussistenza di un meccanismo transfrontaliero “riguardante l'Italia”, proprio perché in Italia non si realizzerebbe alcuna conseguenza fiscale rilevante per un contribuente domestico.

Quanto sopra rappresentato ci pare tra l'altro confermato, in linea di principio, dall'*Action 12: Final Report, Mandatory Disclosure Rules* dell'OCSE (cfr. esempio al par. 257 ss.) nonché dai lavori preparatori della Direttiva DAC 6. In particolare, nel documento WK 9981/2017 “*Examples and origin of the Hallmarks*”³ si chiariva che la comunicazione degli schemi relativi ai disallineamenti da ibridi – oggetto di uno specifico hallmark nella proposta di direttiva, poi rimosso nella versione finale della direttiva stessa – era stata introdotta in via esclusivamente transitoria in attesa dell'implementazione da parte degli Stati membri delle regole di contrasto agli ibridi. In tale documento si rilevava, infatti, che “*although ATAD 2 has been adopted, it will start applying, in connection with most of its items, a year later (1 January 2020) than the proposal on Intermediaries (1 January 2019). The rule on reverse hybrids is due to start applying even later, i.e. 1 January 2022. So, if the current proposal on Intermediaries goes for speedy adoption in Council, there may be a year during which cases of hybrid mismatches may not yet be neutralised*”.

È evidente quindi che l'interpretazione proposta nella Bozza di Circolare potrebbe determinare un eccesso di comunicazioni “a tutto campo” da parte di intermediari e/o contribuenti, tali da produrre un notevole aggravio di costi in termini di tempo, mezzi e risorse sia agli intermediari finanziari che alle stesse amministrazioni finanziarie coinvolte nello scambio di informazioni, frustrando in larga parte le finalità che la stessa Direttiva DAC 6 si era posta.

Tanto premesso, con riferimento alla riduzione d'imposta – rilevante per tutti gli elementi distintivi di cui all'Allegato 1, lettere A, B, C ed E, al Decreto Attuativo – occorre avere riguardo

³ Predisposto in data 21 settembre 2017 dai servizi della Commissione Europea in vista della riunione del *Working Party on tax questions*.

al c.d. “vantaggio fiscale” di cui all’art. 2, comma 1, lettera i), del Decreto Attuativo nonché all’art. 7, comma 3, del Decreto Ministeriale, determinato “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”.

Quanto sopra dovrebbe implicare, a nostro avviso, la necessità di porre a confronto le imposte che risultano dall’attuazione del meccanismo transfrontaliero con le imposte che sarebbero dovute in assenza di tale meccanismo, ma mantenendo ferma l’operazione reale (o lineare) sottostante che determina un risultato economico diverso dal vantaggio fiscale.

Detto altrimenti, fatti salvi i casi in cui il meccanismo non produce alcun risultato economico diverso dal vantaggio fiscale (come avviene nel caso delle operazioni integralmente circolari), è sempre necessario un confronto con il carico impositivo dell’operazione economica più lineare che avrebbe condotto allo stesso risultato reale. Diversamente, ove l’assenza del meccanismo dovesse essere intesa come assenza dell’operazione, difetterebbe uno dei due termini di confronto, con la conseguenza che non potrebbe emergere alcun vantaggio fiscale nei casi in cui il meccanismo produce, come risultato, un effetto reddituale positivo (e, quindi, un’imposta dovuta).

Quanto sopra ci pare correttamente confermato in diversi esempi contenuti nella Bozza di Circolare. È il caso, nell’ambito dell’hallmark B.3), degli esempi n. 17, n. 18 e n. 19 relativi alle operazioni circolari laddove, a fronte di operazioni che non determinano reali vantaggi economici diversi dal risparmio fiscale, qualunque onere deducibile in Italia realizza di per sé il vantaggio fiscale (non avendo alcuna operazione reale sottostante di confronto).

È il caso altresì, nell’ambito dell’hallmark B.2), dell’esempio n. 12, in cui il meccanismo comporta l’allocazione in Italia di un onere superiore a quello che sarebbe spettato in applicazione del principio di libera concorrenza (così lasciando intendere indirettamente un confronto con l’imposta dovuta in tale ultimo caso); o ancora, sempre nell’ambito dell’hallmark B.2), dell’esempio n. 13, in cui il meccanismo produce un elemento positivo di reddito con un determinato carico impositivo: è logico ed evidente che l’unico modo per poter determinare un potenziale vantaggio fiscale è quello di confrontare l’imposta assolta in conseguenza del meccanismo con quella dovuta in un’altra operazione al fine di poter determinare quel differenziale rappresentato dal vantaggio fiscale.

In quest’ambito deve essere rilevato che l’esempio n. 7 della Bozza di Circolare potrebbe risultare poco coerente con quanto sopra rappresentato, anche in considerazione del fatto che, ai fini del *main benefit test*, il vantaggio fiscale non ci pare determinato quale “confronto tra le

imposte che risultano dall'attuazione del meccanismo transfrontaliero e quelle che sarebbero state dovute in assenza dello stesso” e si pongono a rapporto termini – il vantaggio fiscale e il vantaggio extrafiscale – a nostro avviso, determinati in modo non omogeneo.

Nello specifico, l'esempio n. 7 riguarda il caso di acquisto da *procurement hub* localizzato in uno Stato in cui vige un regime fiscale privilegiato, ove si rappresenta che in assenza del meccanismo, le merci sarebbero state acquistate ad un prezzo più elevato (110⁴) rispetto a quello sostenuto in presenza del meccanismo (100).

In considerazione di quanto sopra, si ritiene che, ai fini della determinazione del vantaggio fiscale sarebbe necessario confrontare il risparmio di imposta che risulta dall'attuazione del meccanismo transfrontaliero (24-15=9) con quello che si otterrebbe in assenza dello stesso (26,4, ossia il 24% di 110), cosa che nell'esempio della Bozza di Circolare non è avvenuta.

Gli effetti del confronto impostato correttamente vengono rappresentati nella seguente tabella:

Applicazione del MBT	Vantaggio extrafiscale	Vantaggio fiscale
a) risparmio d'imposta Italia derivante dal meccanismo (24% di 100)		24
b) imposta estera (30% su 50)		15
c) totale risparmio d'imposta derivante dal meccanismo (a – b)		9
d) risparmio di imposta in Italia in assenza del meccanismo (24% di 110)		26,4

Dalla tabella si evince che, in assenza del meccanismo, l'operazione consentirebbe di realizzare un risparmio d'imposta maggiore rispetto a quello derivante dal meccanismo stesso.

⁴ Si assume a questi fini che il fornitore nazionale sia totalmente terzo rispetto al soggetto italiano acquirente.

Di conseguenza, non sarebbe necessario procedere al calcolo dei vantaggi extra-fiscali in quanto il meccanismo non dovrebbe comunque essere oggetto di comunicazione.

Un'ultima considerazione può essere svolta con riferimento ai meccanismi transfrontalieri per i quali non è richiesto il *main benefit test* ma rileva solo la riduzione di imposta, e quindi il mero vantaggio fiscale⁵. A quanto sembra da taluni passaggi della Bozza di Circolare dovrebbero essere oggetto di comunicazione anche i meccanismi che intervengono tra Stati membri diversi dall'Italia e per i quali non si produce alcun vantaggio fiscale in Italia; a tal proposito si consideri l'esempio n. 24 relativo all'hallmark C.3), relativo ad uno schema ideato da un intermediario italiano a beneficio di soggetti esteri e che non genera quindi alcuna riduzione di imposta in Italia.

Anche in considerazione degli inevitabili elementi di complessità nella determinazione degli effetti fiscali di un meccanismo che interessa esclusivamente Stati diversi dall'Italia e coinvolge, quindi, profili impositivi di altri ordinamenti, il tema meriterebbe, a nostro avviso, ulteriori approfondimenti da parte dell'Agenzia delle entrate.

Paragrafo n. 4.2: "Elementi oggetto di comunicazione"

Osservazioni

Nell'illustrare gli elementi oggetto di comunicazione la Bozza di Circolare ritiene che "non può considerarsi sostitutiva della comunicazione delle informazioni previste dall'articolo 2 del decreto ministeriale, la comunicazione di informazioni relative ad un meccanismo nell'ambito delle procedure di (...) interpello" (quali, ad esempio, l'interpello ordinario, l'interpello probatorio, l'interpello anti-abuso, l'interpello sui nuovi investimenti e gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionali).

Riteniamo che tale precisazione non sia pienamente condivisibile, in considerazione del fatto che, come riconosciuto anche dal Considerando n. 19 della DAC 6, le misure introdotte con il Decreto Attuativo devono necessariamente rispettare il principio di proporzionalità sancito dal

⁵ Come già rappresentato in precedenza, con riferimento alla riduzione d'imposta – rilevante per tutti gli elementi distintivi di cui all'Allegato 1, lettere A, B, C ed E, al Decreto Attuativo – occorre avere riguardo al c.d. "vantaggio fiscale" di cui agli articoli 2, comma 1, lettera i), del Decreto Attuativo nonché all'art. 7, comma 3, del Decreto Ministeriale, determinato "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".

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – nel senso che tali misure devono essere idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo che perseguono senza eccedere quanto necessario a tal fine – ed espressamente inserito dal legislatore nazionale tra i principi generali dell'azione amministrativa⁶.

Invero, anche alla luce dell'esigenza di evitare una ingiustificata sostanziale duplicazione di oneri amministrativi ex art. 6, comma 4 dello Statuto dei diritti del contribuente⁷, nel caso in cui l'intermediario e/o il contribuente abbiano presentato un interpello all'Agenzia delle entrate contenente tutte le informazioni e gli elementi richiesti ai fini della normativa in esame, dovrebbe ritenersi che i soggetti obbligati alla comunicazione abbiano comunque assolto, anche se per altra via, all'adempimento previsto dal Decreto Attuativo.

In quest'ambito, non appare fuor di luogo evidenziare che, tra l'altro, i c.d. *ruling* preventivi transfrontalieri sono già oggetto di scambio automatico di informazioni, sulla base delle disposizioni attualmente vigenti nel nostro ordinamento⁸.

Paragrafo n. 6: “Profili Sanzionatori”

Osservazioni

Nell'illustrare le sanzioni previste per la violazione degli obblighi di comunicazione, la Bozza di Circolare ritiene applicabile l'istituto del cumulo giuridico, richiamando espressamente l'art. 12, comma 1, del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, che prevede l'irrogazione di un'unica sanzione per la pluralità di violazioni commesse dal medesimo contribuente. Tale sanzione unica viene determinata applicando alla sanzione per la violazione più grave gli aumenti previsti dalla legge (“da un quarto al doppio”).

A tale riguardo, potrebbe essere opportuno confermare che il cumulo giuridico trova applicazione nei confronti del soggetto che ha commesso le violazioni (che negli studi professionali è rappresentato dal singolo professionista che si assume la responsabilità del mandato professionale) a prescindere dalla categoria di elemento distintivo interessato, in considerazione del fatto che la sanzione si riferisce all'omessa ovvero all'incompleta o inesatta

⁶ Cfr. art. 1, comma 1, della Legge sulla trasparenza amministrativa (n. 241 del 7 agosto 1990).

⁷ Tale norma dispone che “al contribuente non possono, in ogni caso essere richiesti documenti ed informazioni già in possesso dell'amministrazione finanziaria”.

⁸ Cfr. D.lgs 15 marzo 2017, n. 32 che ha attuato la Direttiva UE 2015/2376.

comunicazione delle informazioni (il cumulo giuridico non deve, al contrario, essere applicato separatamente per ciascuna categoria di elemento distintivo).

Paragrafo n. 7: “Gli elementi distintivi (“Hallmarks”)”

Osservazioni

Come già rappresentato, lo scopo della Direttiva DAC 6 non è quello di creare un obbligo di comunicazione “di massa” di tutti i meccanismi *cross-border* (che risulterebbe, tra l’altro, poco efficiente), bensì di fornire un adeguato presidio informativo alle Amministrazioni finanziarie con riferimento ai “meccanismi fiscali potenzialmente aggressivi”⁹ individuati attraverso “un elenco delle peculiarità e degli elementi delle operazioni che presentano una forte indicazione di elusione e abuso fiscale”¹⁰, contribuendo così alla creazione di un ambiente comunitario di *fair taxation*.

Di ciò si dimostra consapevole la stessa Agenzia delle Entrate che molto opportunamente qualifica i meccanismi oggetto di comunicazione quali “schemi potenzialmente suscettibili di determinare effetti che sotto il profilo fiscale sono disapprovati dall’ordinamento o sono contrastanti con il medesimo”¹¹.

In quest’ambito sarebbe auspicabile che la Circolare chiarisse ulteriormente che, laddove un meccanismo produca un “vantaggio fiscale” che si concretizza nella mera fruizione di regimi fiscali di agevolazione o di altri benefici fiscali previsti da apposite disposizioni dell’ordinamento, lo stesso non dovrebbe considerarsi – per il mero conseguimento del previsto regime fiscale – quale meccanismo potenzialmente aggressivo, e non dovrebbe quindi formare oggetto di scrutinio ai fini della comunicazione.

In questo senso, la regola espressamente posta dall’art. 8, comma 1, del Decreto Ministeriale per l’hallmark A.3)¹² – secondo cui non rientra in tale elemento distintivo il meccanismo “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” –

⁹ Cfr. Considerando n. 2 della Direttiva.

¹⁰ Cfr. Considerando n. 9 della Direttiva.

¹¹ Cfr. paragrafo n. 3 della Bozza di Circolare.

¹² Relativo, si rammenta, ad “un meccanismo che ha una documentazione e/o una struttura sostanzialmente standardizzate ed è a disposizione di più contribuenti pertinenti senza bisogno di personalizzarne in modo sostanziale l’attuazione”.

dovrebbe essere intesa come affermazione di un principio di carattere generale valevole per tutti gli hallmarks.

A tal proposito, si prenda in considerazione il chiarimento reso nella Bozza di Circolare¹³ con riferimento ad un contratto assicurativo: il contratto integra l'hallmark A.3) in presenza di un utilizzo distorto di tale strumento, ovvero quando l'assicurato ha la possibilità di disporre direttamente dei capitali versati a titolo di premio assicurativo e di movimentarli. In assenza di tali tratti patologici, il regime fiscale dei "contratti di assicurazione sulla vita" si pone del tutto in linea con le intenzioni perseguite dal legislatore e, pertanto, non configura un meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione.

A ben vedere, la polizza assicurativa potrebbe altresì rientrare nell'alveo dell'hallmark B.2), relativo agli schemi di "conversione del reddito in capitale, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta", posto che essa è soggetta, ai fini delle imposte sui redditi, ad un regime fiscale differente, e per taluni aspetti di vantaggio, rispetto all'ipotesi dell'investimento diretto in strumenti finanziari¹⁴.

Ebbene, posto che il regime fiscale delle polizze è del tutto sistematico e analogo a quello previsto dal legislatore fiscale per altri tipici strumenti finanziari (si pensi, ad esempio, agli O.I.C.R.), ove venga rispettato il requisito generale della gestione del risparmio in "autonomia" rispetto agli investitori, la polizza assicurativa non dovrebbe integrare un meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione non solo ai fini dell'hallmark A.3) ma anche ai fini dell'hallmark B.2).

Analoghe considerazioni valgono anche per gli ordinari *Management Incentive Plan* (di seguito, anche "MIP") volti, come da prassi di mercato nel settore del *private equity* (ma non solo), ad attribuire a *manager* e/o dipendenti della società di gestione del risparmio (e, talvolta, della società veicolo che effettua l'investimento) azioni o strumenti finanziari aventi diritti patrimoniali rafforzati al fine di coinvolgere tali soggetti quali co-investitori e accomunare nella condivisione del rischio la loro posizione a quella degli altri soci.

¹³ Cfr. paragrafo n. 7.1.3.

¹⁴ Oltre all'effetto di *tax deferral*, la polizza assicurativa consente di compensare i redditi di capitale con le minusvalenze realizzate sugli attivi sottostanti; i rendimenti della polizza sono inoltre soggetti a tassazione sostitutiva con l'aliquota del 26% anche se essi derivano da attivi (ad esempio, fondi di investimento extra-comunitari) che, in caso di investimento diretto, sarebbero soggetti a tassazione progressiva ai fini IRPEF.

Anche in questo caso, ci si potrebbe chiedere se tale fattispecie sia destinata ad essere ricompresa nell'hallmark B.2), per il fatto che tramite il MIP potrebbe in astratto verificarsi la conversione di un reddito da lavoro (soggetto a tassazione progressiva) in redditi di natura finanziaria (soggetti a tassazione sostitutiva con l'aliquota del 26%).

A nostro avviso, in tutti i casi in cui sono soddisfatte le condizioni specifiche previste dall'art. 60 del D.L. 24 aprile 2017, n. 50 – o comunque, anche in assenza dei parametri fissati dalla disposizione citata, siano presenti quegli elementi che, riconoscendo la convergenza degli interessi dei gestori con quelli degli investitori ai fini della massimizzazione dei risultati della gestione, consentono di attribuire al provento natura finanziaria (e non di reddito da lavoro) – non si verifica *ab origine* uno schema di “conversione” del reddito. E ciò, proprio in considerazione del fatto che, come rappresentato nella Bozza di Circolare, non sono “schemi potenzialmente suscettibili di determinare effetti che sotto il profilo fiscale sono disapprovati dall'ordinamento o sono contrastanti con il medesimo”.

Paragrafo n. 7.1.2: “Commissioni correlate al vantaggio fiscale”

Osservazioni

Come è noto, anche alla luce delle disposizioni tariffarie di riferimento, i compensi dei professionisti (ad esempio, dottori commercialisti e avvocati) possono essere determinati, in tutto o in parte, in relazione al valore della pratica oggetto della prestazione professionale.

Ciò avviene comunemente nell'ambito dei contenziosi o in relazione alla presentazione di istanze di interpello all'Agenzia delle entrate, ove una parte del compenso professionale può dipendere dall'esito (positivo o negativo) dell'attività professionale ed essere espressivo anche di valutazioni fiscali.

In quest'ambito, sarebbe opportuno chiarire che tali compensi professionali, a prescindere dalla sussistenza di cause di esonero per l'intermediario – come potrebbe essere il caso in sede di “esame della posizione giuridica (...) o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del cliente stesso” ex art. 3, comma 4 del Decreto Attuativo – non rientrano nell'elemento distintivo A.3), che deve essere limitato a tutte quelle situazioni in cui l'incremento del compenso è direttamente legato ad un risparmio di imposta e non invece al corretto inquadramento fiscale riveniente, ad esempio, dalla risposta all'interpello fornita dall'Agenzia delle entrate.

Paragrafo n. 7.2.1: “Acquisizione di società in perdita”

Osservazioni

Come precisato nella Bozza di Circolare l'elemento distintivo in esame “richiede la contemporanea sussistenza delle seguenti fasi:

- acquisizione di una società in perdita; e
- interruzione della sua attività principale; e
- utilizzazione delle perdite per ridurre il debito d'imposta”.

A tale riguardo, posto che l'ordinamento vigente già prevede specifiche norme che limitano (o eliminano) la deducibilità delle perdite fiscali – cfr. art. 84, comma 3, nonché art. 172, comma 7, del TUIR – sarebbe opportuno chiarire che, ove il meccanismo sia finalizzato a consentire l'utilizzo delle perdite in Italia, l'hallmark B.1) non potrebbe considerarsi integrato.

E ciò in ragione del fatto che: i) ove trovano applicazione le disposizioni di cui sopra, la deducibilità delle perdite è limitata o eliminata e, pertanto non vi sarà mai “utilizzazione delle perdite per ridurre il debito d'imposta” (cfr. *supra* osservazioni ai paragrafi n. 3.3 e n. 3.4); ii) diversamente, ove le disposizioni non trovano applicazione difetta in origine l'“artificialità della fattispecie”.

Sarebbe in ogni caso opportuno chiarire se possa essere considerato quale meccanismo transfrontaliero, ai fini dell'elemento distintivo in esame, anche un'operazione nazionale di acquisizione del controllo di una società in perdita che vede, quale unico elemento di transnazionalità, l'esistenza di un socio di minoranza estero che non cede alcuna partecipazione. A nostro avviso, tale ipotesi non ricade nell'hallmark B.1), in quanto secondo la Bozza di Circolare, “il requisito dell'acquisizione di una società, in mancanza di una specifica indicazione nella norma in commento si ritiene integrato in caso di acquisizione del controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile” (cfr. pag. 69), e il socio estero, in quanto socio di minoranza, non può esercitare alcuna influenza dominante sulla gestione della società acquisita.

Ciò detto, per quanto riguarda l'applicazione dell'hallmark B.1), nella parte in cui si prevede che l'utilizzo delle perdite possa avvenire “anche mediante il trasferimento di tali perdite verso un'altra giurisdizione”, ci sembra che possano assumere rilevanza solo le operazioni volte a “importare” le perdite in Italia (anche tramite trasferimento delle stesse verso altro soggetto italiano come si desume dall'esempio n. 9), e ciò in considerazione del fatto che l'hallmark B.1)

è soggetto al *main benefit test*, e richiede quindi un vantaggio fiscale conseguibile da uno o più contribuenti in Italia.

Paragrafo n. 7.2.2: “Conversione del reddito in capitale, conferimenti, apporti, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta”

Osservazioni

Come già rappresentato in precedenza (cfr. osservazioni ai paragrafi n. 3.3 e n. 3.4 della Bozza di Circolare), ove un determinato schema o meccanismo “di pianificazione potenzialmente aggressiva” è destinato a rimanere non operativo secondo le regole vigenti nel nostro ordinamento, non si realizza *ab origine* il presupposto di cui all’art. 2, comma 1, lett. a), del Decreto Attuativo, ovvero la sussistenza di un meccanismo transfrontaliero “riguardante l’Italia”, in quanto non si realizzerebbe alcuna conseguenza fiscale rilevante per un contribuente italiano.

Con riferimento agli esempi n. 11, n. 14 e n. 15, potrebbe pertanto essere opportuno chiarire che gli ibridi non possono mai integrare l’hallmark B.2); e ciò in quanto:

- in presenza di un disallineamento che si verifica tra imprese associate o nell’ambito di un accordo strutturato (che coinvolge imprese associate e/o terzi consapevoli), trovano applicazione le regole di contrasto agli ibridi introdotte con il Decreto ATAD, con la conseguenza che viene annullato proprio l’effetto fiscale dell’ibrido;
- diversamente, ove il disallineamento non si verifica tra imprese associate o tra soggetti terzi nell’ambito di un accordo strutturato, lo schema o accordo sarebbe una normale operazione commerciale/finanziaria effettuata a valori di mercato, con la conseguenza che, a nostro avviso, non dovrebbe mai verificarsi alcun “vantaggio fiscale” per il semplice fatto che non saremmo in presenza di un meccanismo potenzialmente patologico.

Inoltre, con riferimento all’esempio n. 11, andrebbe opportunamente chiarito che lo schema potrebbe rientrare nell’alveo dell’elemento distintivo E.1) solo ove venga soddisfatto il requisito del controllo tra le imprese che pongono in essere la transazione ai sensi dell’art. 110, comma 7, del TUIR (come correttamente precisato nella Bozza di Circolare al paragrafo n. 7.5).

Paragrafo n. 7.3.1: “Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate”

Osservazioni

L’art. 8, comma 3, del Decreto Ministeriale dispone che, ai fini dell’applicazione dell’hallmark C.1), lett. b), sub 1), “non si considerano non soggetti ad imposta sul reddito delle società o soggetti ad una aliquota pari a zero o prossima allo zero, i destinatari dei pagamenti transfrontalieri che rientrano nei regimi di trasparenza fiscale di cui agli articoli 5, 115 e 116 [TUIR], nonché i destinatari fiscalmente residenti all'estero e assoggettati a equivalenti regimi di trasparenza fiscale nella giurisdizione di residenza, costituzione o direzione effettiva”.

Questa disposizione riconosce, a nostro avviso, il fatto che in tali ipotesi i pagamenti a favore di una “*reverse hybrid entity*” non possono generare alcun disallineamento, in considerazione del fatto che la tassazione del reddito si trasferisce dalla società trasparente ai soci di quest’ultima. Ciò trova conferma nella Relazione illustrativa al Decreto ATAD, nella parte in cui si descrive l’applicazione della misura anti-ibridi di cui all’art. 9¹⁵ per le entità italiane trasparenti; a tal proposito, si chiarisce che “l’unica fattispecie in cui il reddito della entità italiana fiscalmente trasparente non è assoggettato ad imposizione in Italia nelle mani del socio non residente (che si verifica laddove le attività della società trasparente non si qualificano alla stregua di stabile organizzazione in base alle disposizioni della Convenzione per evitare le doppie imposizioni in essere tra l’Italia e lo Stato di residenza del socio estero) non può generare un caso di deduzione senza inclusione proprio perché, affinché la Convenzione sia applicabile, è richiesto che lo Stato di residenza del socio estero imputi al proprio residente il reddito della società italiana con la conseguenza che ciò determina appunto l’inclusione del reddito della società trasparente italiana”.

Alla luce di quanto sopra, riteniamo che potrebbe essere opportuna una precisazione volta a rendere coerente con il principio appena enunciato il chiarimento contenuto nella Bozza di Circolare, a pag. n. 84, in merito all’individuazione del destinatario del pagamento ove quest’ultimo sia effettuato a favore di società o entità considerate fiscalmente trasparenti nello Stato di costituzione o localizzazione.

Nello specifico, la Bozza di Circolare afferma che “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

¹⁵ Trattasi dei disallineamenti da ibridi che coinvolgono un’entità considerata ai fini fiscali come trasparente in Italia e come opaca nello Stato di residenza dei soci.

alcuna giurisdizione, integrando conseguentemente l'elemento distintivo C.1.a.”; sarebbe quindi opportuno precisare che quest'ultimo passaggio non trova applicazione nel caso in cui la società estera sia assoggettata ad un regime di trasparenza fiscale equivalente a quello applicabile in Italia, e di conseguenza il reddito imputato (per trasparenza) al socio non residente sia imponibile in capo a quest'ultimo nello stato di localizzazione della società trasparente.

* * *

Ringraziandovi per l'occasione di confronto concessa, restiamo a disposizione per ogni eventuale chiarimento necessario in merito a quanto sopra esposto. Eventuali richieste potranno essere inoltrate al seguente indirizzo e-mail: studio@frmtax.it.

Cordiali saluti.


Francesco Facchini


Luca Rossi


Riccardo Michelutti