

15 gennaio 2021

## DAC 6 – Bozza di Circolare – Consultazione pubblica

STS-Deloitte ringrazia l’Agenzia delle Entrate per la possibilità di commentare e fornire proposte circa la bozza di Circolare avente ad oggetto “Chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di comunicazione – decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva “DAC6”)” (di seguito semplicemente la “Circolare”).

### **1. Considerazioni di carattere generale in merito all’opportunità di garantire mitigazioni delle sanzioni irrogabili a fronte di errori od omissioni ricadenti nella prima fase di applicazione della disciplina implementativa della DAC6**

Le imminenti scadenze degli adempimenti relativi agli obblighi di segnalazione scaturenti dalla disciplina attuativa della DAC6 ci spingono a concentrare, *in primis*, i nostri commenti sul tema della difficoltà da parte degli operatori economici interessati da questa disciplina a correttamente individuare i meccanismi transfrontalieri suscettibili di *reporting*. Non può sfuggire, infatti, la notevole complessità tecnica sottostante, che impone agli operatori l’introduzione di nuove procedure finalizzate alla raccolta di tutte le informazioni necessarie per procedere alla individuazione delle variabili che sono alla base dei parametri individuati dal legislatore.

In tal senso, il Comitato economico e sociale europeo rilevava che la responsabilità ultima della conformità alla Direttiva ricade sul contribuente e pertanto, *“al fine di rispettare il requisito della proporzionalità, i costi amministrativi devono essere ridotti il più possibile per tutte le imprese, indipendentemente dalla loro dimensione”*<sup>1</sup>.

A noi sembra che ciò, nella prospettiva del rapporto di buona fede e correttezza intercorrente tra l’Amministrazione finanziaria ed il

Luca Angelone<sup>1</sup>  
Stefano Basso<sup>1</sup>  
Andrea Bitti<sup>1</sup>  
Davide Blevè<sup>1</sup>  
Luca Bosco<sup>1</sup>  
Marcello Braglia<sup>1</sup>  
Raffaele Calabrese<sup>3</sup>  
Paolo Caprotti<sup>1</sup>  
Aldo Castoldi<sup>1</sup>  
Nicola Catucci<sup>3</sup>  
Antonella Cavallaro<sup>1</sup>  
Fabrizio Cavalli<sup>1</sup>  
Alberto Ciocca<sup>1</sup>  
Andrea Cirò<sup>1</sup>  
Serena Civardi<sup>3</sup>  
Fabio Tullio Coaloa<sup>2</sup>  
Matteo Cornacchia<sup>1</sup>  
Maddalena Costa<sup>1</sup>  
Matteo Costigliolo<sup>1</sup>  
Michele Crispi<sup>1</sup>  
Mario De Biasi<sup>1</sup>  
Alessandra Di Salvo<sup>1</sup>  
Olderigo Fantacci<sup>1</sup>  
Alessandro Fasolino<sup>3</sup>  
Stefano Fedele<sup>2</sup>  
Andrea Ferrari<sup>1</sup>  
Nadia Fontana<sup>1</sup>  
Gian Mario Fulco<sup>1</sup>  
Riccardo Gabrielli<sup>1</sup>  
Pier Paolo Gatti<sup>1</sup>  
Paolo Ippoliti<sup>1</sup>  
Mauro Lagnese<sup>1</sup>  
Giuseppe Lagrutta<sup>1</sup>  
Gianmaria Leon<sup>1</sup>  
Alessandro Lualdi<sup>1</sup>  
Nadia Magistri<sup>3</sup>  
Andrea Maina<sup>1</sup>  
Lorenzo Marchetto<sup>1</sup>  
Giuseppe Marianetti<sup>2</sup>  
Vito Marraffa<sup>1</sup>  
Miro Mazzetti di Pietralata<sup>1</sup>  
Stefano Mazzotti<sup>1</sup>  
Roberto Monasterolo<sup>1</sup>  
Francesca Muserra<sup>1</sup>  
Giorgio Orlandini<sup>1</sup>  
Antonio Piciocchi<sup>1</sup>  
Luigi Provaggi<sup>1</sup>  
Raffaele Rechi<sup>1</sup>  
Oliver Riccio<sup>1</sup>  
Roberto Rocchi<sup>1</sup>  
Barbara Rossi<sup>1</sup>  
Daniela Rubeo<sup>2</sup>  
Francesco Saltarelli<sup>1</sup>  
Valentina Santini<sup>1</sup>  
Stefano Schiavullo<sup>1</sup>  
Marco Strafile<sup>1</sup>  
Daniele Terenzi<sup>1</sup>  
Chiara Tomassetti<sup>2</sup>  
Alessio Vagnarelli<sup>2</sup>  
Simone Viligiardi<sup>1</sup>  
Ranieri Villa<sup>1</sup>  
Stefano Zambelli<sup>1</sup>  
Marco Ziliotto<sup>1</sup>  
Alessandro Zito<sup>3</sup>

Immacolata Abbamondi<sup>1</sup>  
Simone Arecco<sup>2</sup>  
Andrea Ardo<sup>1</sup>  
Maurizio Bancalari<sup>2</sup>  
Arnaldo Barbaro<sup>1</sup>  
Elena Barbani<sup>1</sup>  
Fabio Barochiere<sup>1</sup>  
Gianmarco Bertorello<sup>1</sup>  
Caterina Besio<sup>1</sup>  
Grazia Biora<sup>1</sup>  
Giorgio Bonanno<sup>2</sup>  
Piero Bonarelli<sup>1</sup>  
Adriana Bonilauri<sup>1</sup>  
Roberto Bottino<sup>1</sup>  
Irene Braida<sup>1</sup>  
Andrea Bravo<sup>1</sup>  
Elisa Brichese<sup>1</sup>  
Rosangela Bruno<sup>3</sup>  
Paolo Bulleri<sup>1</sup>  
Enrico Quinto Calcagnile<sup>2</sup>  
Enrico Canini<sup>1</sup>  
Elena Cardani<sup>1</sup>  
Claudio Carrara<sup>1</sup>  
Claudio Castellani<sup>1</sup>  
Daniele Cazzulani<sup>1</sup>  
Pietro Celaurio<sup>1</sup>  
Eleonora Celli<sup>1</sup>  
Elisa Cerreto<sup>1</sup>  
Michele Civotta<sup>2</sup>  
Francesco Cilentis<sup>3</sup>  
Mara Ciriani<sup>1</sup>  
Raffaele Cirinello<sup>2</sup>  
Pasquale Colaci<sup>1</sup>  
Claudio Corcoglioniti<sup>3</sup>  
Maria Cristina Corno<sup>1</sup>  
Tiziana Creta<sup>1</sup>  
Francesco Crotti<sup>1</sup>  
Sara Crovetto<sup>1</sup>  
Antonio Cuda<sup>1</sup>  
Giorgio Alberto D’Addato<sup>1</sup>  
Simona De Gaetani<sup>1</sup>  
Giovangiuseppe De Luca<sup>1</sup>  
Fabio De Marini<sup>1</sup>  
Chiara Demarco<sup>1</sup>

Laura Demurtas<sup>1</sup>  
Mauro Dessì<sup>1</sup>  
Silvia Di Florio<sup>1</sup>  
Monica Di Lascio<sup>1</sup>  
Lorella Di Paolantonio<sup>1</sup>  
Walter Di Rosa<sup>1</sup>  
Roberto Famà<sup>1</sup>  
Elia Fausti<sup>1</sup>  
Nicolò Alessandro Fava<sup>2</sup>  
Emma Ferrara<sup>1</sup>  
Sabrina Ferrazzi<sup>3</sup>  
Pamela Yanina Floriani<sup>1</sup>  
Giovanni Galafassi<sup>1</sup>  
Filippo Galavotti<sup>1</sup>  
Annalisa Gandolfi<sup>3</sup>  
Paolo Garbarini<sup>1</sup>  
Federica Gardano<sup>2</sup>  
Laura Gialloretto<sup>1</sup>  
Iaria Giannone<sup>1</sup>  
Giuseppe Giordano<sup>1</sup>  
Sarah Giuliano<sup>1</sup>  
Lorenzo Gobbi<sup>1</sup>  
Camilla Golzi<sup>1</sup>  
Stefania Grosso<sup>2</sup>  
Francesco Guidi<sup>1</sup>  
Emanuele Innocenzi<sup>2</sup>  
Cristoforo Kelland<sup>1</sup>  
Ettore Laborante<sup>1</sup>  
Valentina Lamperti<sup>1</sup>  
Cristina Lavezzari<sup>1</sup>  
Stefano Lavore<sup>1</sup>  
Paolo Lombardo<sup>2</sup>  
Vincenzo Daniel Lupo<sup>3</sup>  
Laura Macrelli<sup>1</sup>  
Veronica Maestroni<sup>1</sup>  
Georgia Manuelli<sup>1</sup>  
Alessandro Marino<sup>1</sup>  
Cristina Martello<sup>1</sup>  
Margherita Masnata<sup>3</sup>  
Giuseppe Mattiolo<sup>1</sup>  
Gregorio Mazza<sup>1</sup>  
Luca Michini<sup>1</sup>  
Luca Nobile<sup>1</sup>  
Alessio Pacitti<sup>1</sup>  
Francesco Maria Paggini<sup>3</sup>  
Andrea Paoletti<sup>1</sup>  
Anna Parini<sup>1</sup>  
Elisa Pasqui<sup>1</sup>  
Giulia Pasquini<sup>2</sup>  
Anna Rita Pentuzzi<sup>1</sup>  
Andrea Pericci<sup>1</sup>  
Giulia Persico<sup>2</sup>  
Veronica Petrucci<sup>1</sup>  
Marco Peveri<sup>1</sup>  
Alexandra Pica<sup>1</sup>  
Andrea Ponti<sup>1</sup>  
Michele Rainone<sup>1</sup>  
Giuseppe Ricco<sup>2</sup>  
Fabio Riva<sup>1</sup>  
Carlo Rolandi<sup>1</sup>  
Domenico Russo<sup>3</sup>  
Francesca Salvatori<sup>1</sup>  
Miro Santoro<sup>2</sup>  
Fabrizio Saveri<sup>1</sup>  
Vanessa Savini<sup>2</sup>  
Azzurra Sestito<sup>3</sup>  
Luciano Angelino, Siciliano<sup>1</sup>  
Angelo Spagnolo<sup>1</sup>  
Gabriella Strano<sup>1</sup>  
Andrea Tancredi<sup>1</sup>  
Fabio Tarsia<sup>1</sup>  
Manuele Tinè<sup>1</sup>  
Donatella Tomasiello<sup>1</sup>  
Michele Torroni<sup>1</sup>  
Gianluca Trappolini<sup>2</sup>  
Francesco Trivisano<sup>1</sup>  
Fabio Vignale<sup>1</sup>  
Francesco Vitagli<sup>1</sup>  
Anna Volkova<sup>3</sup>  
Enrico Zennaro<sup>3</sup>  
Maura Zucco Alberto<sup>6</sup>

Giampaolo Chinappi<sup>1</sup>  
Eugenio della Valle<sup>1</sup>  
Amedeo Domanti<sup>1</sup>  
Carlo Dragani<sup>1</sup>  
Luigi Jemoli<sup>1</sup>  
Luca Melandri<sup>1</sup>  
Luca Miele<sup>1</sup>  
Emmanuel Orlando<sup>2</sup>  
Francesco Pedrotti<sup>1</sup>  
Attilio Pelosi<sup>2</sup>  
Antonio Petrillo<sup>1</sup>  
Natasha Reuta<sup>1</sup>  
Guerino Russetti<sup>1</sup>  
Alessandro Sura<sup>2</sup>

1. Dottore Commercialista e Revisore Legale
2. Avvocato
3. Dottore Commercialista
4. Revisore Legale
5. Consulente del Lavoro
6. Avvocato e Cassazionista
7. Doganista

<sup>1</sup> Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla «Proposta di direttiva del Consiglio recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di notifica» Gazzetta ufficiale dell’Unione europea C197/29

contribuente, soprattutto in una situazione di così elevata incertezza accompagnata da una tempistica alquanto sfidante, debba essere valutato con grande attenzione dal punto di vista del regime sanzionatorio.

A titolo esemplificativo, si menzionano alcune possibili soluzioni operative, a partire dalla **non applicazione di sanzioni** qualora l'adempimento intervenga entro un determinato termine dalla scadenza originaria o dalla possibilità di eseguire dei ravvedimenti operosi a condizione di eccezionale favore, nonché – così come definito dal legislatore tedesco – un *grace period* sugli obblighi di trasmissione cumulativa afferenti il periodo transitorio (Circolare, pag. 52 e ss.).

Accanto a tutto ciò, ci sembra opportuno anche trovare delle forme di "dialogo" tra l'amministrazione ed i contribuenti per poter discutere e risolvere rapidamente i dubbi che inevitabilmente gli operatori dovranno affrontare. Riteniamo, infatti, che queste forme di dialogo, magari traendo spunto dalle prassi attualmente vigenti nell'ambito per esempio delle c.d. procedure di *ruling*, siano sempre più necessarie, soprattutto analizzando quanto sta emergendo nelle iniziative OCSE c.d. "*pillar 1 & 2*" ove emerge sempre più impellente la necessità di evitare eccessivi oneri per i soggetti coinvolti ovvero l'identificazione di procedure che mirino a mitigare in modo significativo le controversie che potrebbero nascere.

## **2. Proposte per un miglioramento ed una maggiore chiarezza della disciplina attuativa della DAC6 così come delineata nella Circolare**

Stante quanto evidenziato al paragrafo precedente, si propongono di seguito, sotto forma di *bullet point*, alcuni spunti a nostro avviso utili per un miglioramento della disciplina complessiva, quale emerge dalla Circolare.

### **A. Gli intermediari**

- Non ci sembra che abbia un fondamento normativo la previsione per cui, "*Nel caso vi siano più intermediari, in relazione ai quali è soddisfatto uno dei suelencati criteri di collegamento, gli stessi sono tenuti alla comunicazione in base all'ordine di elencazione dei medesimi criteri*" (par. 2.1, pag. 14 *ad finem*), essendo la fattispecie di "concorso" di più intermediari regolata invero, posto che all'obbligo di *reporting* sono collegate sanzioni, il principio di legalità e di tassatività della fattispecie sanzionatoria richiede una base normativa. Lo stesso discorso è a farsi per il caso del contribuente (v. pag. 21 della Circolare). Del resto la gerarchia ipotizzata nella Circolare potrebbe non rinvenirsi nelle legislazioni attuative della DAC 6 degli altri Stati dell'Unione Europea<sup>2</sup>.
- A pag. 15 della circolare, seppur a titolo esemplificativo, si dà rilevanza ad eventuali pareri (**c.d. tax opinion**) che si sostanziano in attività di supporto al promotore. In questo caso, infatti, secondo la bozza in esame, si tratterebbe di un esempio di "organizzazione e gestione meccanismo". Invece, sempre la stessa bozza afferma (a pag. 16) che con riferimento alle attività di assistenza e consulenza prestate dal fornitore di servizi "che si sostanziano in attività di supporto del promotore", non assumono rilevanza "la mera interpretazione delle norme fiscali interessate dal meccanismo" fornite dal fornitore dei servizi. Dalla lettura di queste due disposizioni, sembra di capire che i pareri non finalizzati alla concreta attuazione del meccanismo transfrontaliero non dovrebbero essere rilevanti. A titolo esemplificativo, si ipotizzi quando il consulente predispone un parere *pro veritate* (c.d. tax opinion) avente ad oggetto un determinato meccanismo transfrontaliero – o parte di esso. In questi casi, infatti, il consulente si limita a svolgere un'analisi legale sui pro e i contro dell'operazione, ma non intende fornire un contributo all'attuazione del meccanismo transfrontaliero. A questo fine, ricordiamo anche quanto previsto dal D. Lgs. n. 100 del 30 luglio 2020, laddove afferma che "L'intermediario è esonerato dall'obbligo

<sup>2</sup> Si vedano a titolo di esempio: Francia: <https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/12276-PGP.html/identifiant=BOI-CF-CPF-30-40-10-10-20201125> e Lussemburgo <https://impotsdirects.public.lu/dam-assets/fr/echanges-electroniques/dac6/Precisions-concernant-l-interpretation-20201014.pdf> ; Extra-UE il Regno Unito: <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-exchange-of-information/ieim641030>

di comunicazione per le informazioni che riceve dal proprio cliente, o ottiene riguardo allo stesso nel corso dell'esame della posizione giuridica del medesimo”

## B. Lo standard di conoscenza

- Quanto allo **standard di conoscenza**, sembra di capire che nelle società di capitali occorra aver riguardo alle informazioni a disposizione del soggetto giuridico nel suo complesso (Circolare, pag. 19). Il che significa che, quanto agli studi associati a *network* internazionali, risultano irrilevanti le informazioni a disposizione degli studi esteri. Nel caso di studi costituiti in forme non caratterizzate dalla personalità giuridica, sembrano rilevare le sole informazioni a disposizione del professionista che assume formalmente l'incarico.

## C. La riduzione d'imposta ed il main benefit test (MBT)

- Discutibile il concetto di **riduzione di imposta** quale delineato a pag. 31 della Circolare laddove si menziona anche il caso del *“differimento del pagamento dell'imposta o l'anticipo di un rimborso di imposta”* (par. 3.3). Non si vede difatti come un aspetto meramente temporale possa qualificarsi come una riduzione.
- Appare, altresì, discutibile quanto affermato dalla Circolare relativamente alla sterilizzazione, totale o parziale, degli effetti fiscali del meccanismo transfrontaliero (pag. 31 e ss.). Le disposizioni tipo **CFC o anti-ibridi** sono, infatti, parte della disciplina sostanziale del sistema di imposizione reddituale e dunque la suddetta sterilizzazione non è giustificabile posto che in concreto, applicandosi le disposizioni in questione non si dovrebbe verificare alcuna riduzione di imposta. L'anzidetta sterilizzazione sembra estendere l'ambito applicativo/ratio della Direttiva Europea prevedendosi di fatto che tutte le operazioni potenzialmente elusive debbano essere comunicate senza tenere conto della concorrenza di norme domestiche o di matrice ATAD che limitano il beneficio fiscale. Ed invero, l'affermazione della Circolare sopra riportata sembra essere limitata a disposizioni tributarie di natura sostanziale che, però, presentano parzialmente una matrice anti-elusiva e transnazionale (CFC, ibridi, etc.). Tuttavia, non viene specificato cosa accada nel caso di disposizioni quali la deducibilità degli interessi passivi, la *participation exemption*, etc. Andrebbe quindi meglio delimitato il perimetro delle disposizioni che individuano gli effetti fiscali in termini di riduzione di imposta del meccanismo transfrontaliero. Sarebbe eventualmente auspicabile (si rinvia ai chiarimenti forniti dalle Autorità francesi) chiarire che l'analisi debba essere condotta su due livelli, ovvero sia in fase di mappatura non debbano essere tenuti in considerazione gli effetti limitativi derivanti da disposizioni dell'ordinamento tributario aventi carattere anti-elusivo, salvo poi valutarne l'impatto ai fini della determinazione dell'MBT.
- Quanto al **MBT**, a pag. 35 della Circolare (par. 3.4) si fa riferimento all' *“esistenza di un vantaggio fiscale conseguibile da uno o più contribuenti in Italia”*: come si coniuga questa affermazione con la circostanza che la riduzione di imposta può riguardare anche le imposte di altri Stati? Ed invero, la Circolare, a pagina 36, riprende il concetto di potenziale riduzione di imposta, riconducendolo agli effetti fiscali complessivi: *“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'articolo 6, comma 1 del decreto legislativo”*. Ebbene, considerata l'assenza di accordi specifici risulterebbe più coerente con la volontà della Direttiva non subordinare la valutazione delle imposte UE o extra-UE allo scambio di informazioni ex articolo 6, comma 1, in linea con le posizioni prese da altri paesi (su tutti Francia e Lussemburgo)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Francia: [https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/12276-PGP.html/identifiant=BOI-CF-CPF-30-40-10-10-20201125#1%C2%B0\\_Critere\\_de\\_l%E2%80%99avantage\\_pr\\_063](https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/12276-PGP.html/identifiant=BOI-CF-CPF-30-40-10-10-20201125#1%C2%B0_Critere_de_l%E2%80%99avantage_pr_063);  
Lussemburgo : <https://impotsdirects.public.lu/dam-assets/fr/echanges-electroniques/dac6/Precisions-concernant-l-interpretation-20201014.pdf>

- Il **main benefit test** deve e può essere calcolato esclusivamente per contribuenti che presentano un collegamento con l'Italia. Ove, pertanto, l'unico collegamento con l'Italia sia dato dalla presenza di un intermediario ivi localizzato, deve escludersi l'obbligo di segnalazione a carico di detto intermediario: cosicché, ad esempio, in presenza di un intermediario "di gruppo" identificato nella società controllante, in relazione ad un meccanismo che coinvolge due società controllate europee/extra-europee, è escluso l'obbligo di reporting sulla capogruppo. Tuttavia, la rappresentazione fornita nell'esempio 24 a pagina 92 non appare coerente con la suddetta conclusione ed i propositi della Direttiva.
- Quanto al concetto di **vantaggio extrafiscale**, a pag. 37 della Circolare si legge che i vantaggi extrafiscali *"devono essere oggettivamente determinabili al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione e comprovabili attraverso adeguata documentazione contabile o extracontabile (ad esempio bilanci previsionali, due diligence predisposte in occasione di operazioni straordinarie etc.)"* e che *"indipendentemente dalle ragioni sottese all'attuazione del meccanismo, che possono essere di varia natura (commerciale, organizzativa, regolamentare), ciò che rileva è l'impatto concreto in termini di riduzione di costi o incremento dei ricavi attesi"*. Orbene, in punto di prova della quantificazione del vantaggio extrafiscale è opportuna una certa elasticità: si pensi, ad esempio, al vantaggio derivante dal particolare ordinamento giuridico in cui si colloca l'attività del contribuente (protezione degli *intangibile*, durata dei processi, protezione contro la concorrenza sleale, sistema di *corporate law* etc.); oppure, ancora, si pensi al caso di una struttura di acquisizione imposta dal buyer o banca finanziatrice laddove l'eventuale non adesione a tale schema contrattuale farebbe venire meno la stessa transazione e di conseguenza il beneficio economico, senza possibilità di comparazione con una struttura alternativa.
- Non è chiaro quale sia **l'orizzonte temporale** di riferimento per la valutazione dei vantaggi fiscali ed extra-fiscali. Il tema è affrontato dalla Circolare solo incidentalmente laddove si parla di bilanci previsionali (dall'esempio 6 di pagina 37 si evince una valutazione su un arco temporale di 2 esercizi). Appare opportuno confermare che l'arco temporale può essere coerente con un *business plan* di lungo periodo.

#### D. Gli obblighi di comunicazione

- Non risulta di immediata definizione il coordinamento tra l'**esonero** del "contenzioso" (art. 3, comma 4, del Decreto n. 100/2020) ed il passo della Circolare relativo alla *"Gestione in autonomia dell'intera attuazione"* laddove si dice che non assume rilevanza ai fini del reporting, tra l'altro, *"l'assistenza durante le verifiche fiscali, l'assistenza nell'ambito di un contenzioso, 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"*.

#### E. I profili sanzionatori

- Quanto ai profili sanzionatori (par. 6), non è chiaro se l'applicazione della sanzione sia all'intermediario sia al contribuente riguardi anche il caso di esonero dal *reporting* di uno dei due laddove il soggetto esonerato non comunichi all'altro obbligato la causa dell'esonero. Si è dell'avviso che in tal caso la sanzione debba essere esclusa in capo al soggetto esonerato.

#### F. Gli "Hallmark"

- La Circolare non chiarisce quali siano gli **obblighi documentali** per poter dimostrare la correttezza del comportamento adottato dall'intermediario/contribuente che non abbia segnalato un meccanismo per specifiche valutazioni fatte sugli *hallmark*, nonché nei casi di insufficiente standard di conoscenza.  
Sarebbe peraltro opportuno che la Circolare chiarisse che, in alcune circostanze, il valore degli elementi distintivi potrebbe essere pari a zero, potendo indubbiamente accadere che non sussista un vantaggio fiscale derivabile dal meccanismo transfrontaliero.

- **Pag. 65 – Hallmark A.3** - Si chiede di chiarire se le strutture standardizzate utilizzate in caso di acquisto di partecipazioni italiane (e.g. *leverage buy-out*) possano ricadere nell'*hallmark* A.3.
- **Relazione tra gli Hallmark B.2 e C.1.a e la disciplina degli ibridi** – esempi 11, 14, 15 e 20. Primariamente non appare coerente la riconducibilità di schemi o risultanze ibride all'*hallmark* B.2. Non si ravvede difatti alcuna conversione di reddito in altre categorie ma, *ab origine*, un diverso inquadramento da parte del percipiente e del pagatore. Ulteriori riflessioni devono valere in ordine all'esempio 20 di pagina 87, dove l'*hallmark* C.1.a. non dovrebbe essere integrato, essendo il percipiente residente in un Paese UE. In tale fattispecie, la semplice presenza di un flusso *back-to-back* non dovrebbe qualificare il destinatario come non-residente ai fini fiscali in alcuna giurisdizione.

Vale poi segnalare che il Report MDRs – Action 12 introduce un tema di riportabilità nei soli casi di *imported mismatch*: si veda in particolare l'esempio 15 della Circolare e l'esempio a pagina 75 del Report MDRs. In tutti gli altri casi, la sterilizzazione dovuta dalla disciplina ATAD2 dovrebbe identificare un esonero dalla comunicazione, considerando, in estrema sintesi, l'assenza di un qualsiasi risultato fiscale.

Ed invero, appare evidente la volontà di semplificare le interazioni con la disciplina degli ibridi dall'evoluzione della Direttiva, laddove nella prima versione erano previsti specifici obblighi di riportabilità per i c.d. disallineamenti nei seguenti termini "An arrangement or series of arrangements that involves deductible cross-border payments made between two or more related parties where at least one of the following conditions occurs: [...] (e) there is a mismatch within the scope of Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries, which was adopted by the Council of Ministers on 23 May 2017". L'eliminazione di questo *hallmark* nella versione finale della DAC6 – unitamente a quanto sopra menzionato sul Report MDRs Action 12 – dovrebbe escludere la riportabilità per i meccanismi ibridi, così come invece rappresentata in alcuni esempi della Circolare.

- **Relazione tra gli Hallmark C e la disciplina del transfer pricing** – Nell'esempio 7 si ipotizza una transazione tra parti correlate laddove il beneficio fiscale pare generarsi dal mancato rispetto di disposizioni di "transfer pricing" (c.d. "arm's length principle") e si ritiene che vi siano i presupposti di cui all'*hallmark* di cui alla lett. C.1.b. Tale esempio ci sembra non coerente con la ratio della stessa DAC6. Infatti, qualora vi siano trasferimenti di imponibili da una giurisdizione all'altra tra società correlate, come noto, esiste già una normativa al riguardo che impone il rispetto del sopra richiamato principio; inoltre, anche dal punto di vista documentale, esistono già delle chiare e inequivocabili disposizioni che consentono all'Amministrazione finanziaria di poter eseguire i necessari controlli. Anche su questo punto, quindi, si attendono ulteriori chiarimenti/precisazioni.
- **Pag. 77 – Hallmark B.3** – L'utilizzo di entità interposte è condizione necessaria per il verificarsi dell'*hallmark*, mentre nel testo della Circolare detto utilizzo sembra rappresentare una casistica esemplificativa: ".in particolare tramite il coinvolgimento..". Appare opportuno rendere le linee guida espresse dalla Circolare maggiormente chiare su tale aspetto.
- **Pag. 85 – Hallmark C.1.b.1** – Definizione di tasso dell'imposta sul reddito delle società "prossimo alla zero" con riferimento alla sola aliquota nominale. Se ne deduce che non assume rilevanza l'*effective tax rate*. Si chiede conferma in merito.
- **Pagg. 85/86 – Hallmark C.1.b.2** – Liste dei Paesi non cooperativi. Ordinariamente le liste da prendere a riferimento sono quelle pubblicate alla data in cui sorge l'obbligo di comunicazione. Si chiede poi di chiarire per quanto riguarda il periodo transitorio se, anche in ordine alla prima comunicazione, debbano intendersi rilevanti le liste in corso di validità alla data di comunicazione.

In aggiunta, la Circolare definisce rilevanti ai fini dell'hallmark in oggetto i Paesi con un *Overall Rating "not compliant"* o *"partially compliant"*: ciò conduce a considerare ad esempio anche Malta nella lista dei Paesi non-cooperativi ai fini DAC6. Si richiede quindi di escludere dalla lista i Paesi *"partially compliant"*. Alternativamente di non collegare la classificazione quale paese non-cooperativo all'*Overall Rating* quanto piuttosto limitare solo a taluni degli elementi presi in considerazione dall'OCSE ai fini della valutazione

- **Pag. 87 – Hallmark C.1.d** – Risulterebbe opportuno chiarire il trattamento da riservare ai regimi ancora sotto osservazione da parte del comitato OCSE, ossia che non hanno ottenuto il giudizio finale *"not harmful"*. Questo potrebbe essere il caso difatti di regimi, anche europei, per i quali non dovrebbe intendersi ancora integrato il requisito di regime dannoso.
- **Pag. 93 – Hallmark C.4** – Il riferimento alla differenza di valore con quello fiscale riconosciuto dell'attivo trasferito appare incoerente e potenzialmente ambiguo negli effetti. Può essere il caso di trasferimento di azienda al cui interno vi siano cespiti super/iper ammortizzabili ovvero rivalutati, etc. In tale contesto la Circolare fa poi riferimento al trasferimento in qualsiasi forma negoziale, incluse le operazioni straordinarie, rendendo poco chiaro il trattamento delle operazioni transnazionali aventi carattere di neutralità fiscale.
- **Hallmark E** – Nell'ambito delle operazioni infragruppo già disciplinate dalle regole di *transfer pricing*, sarebbe opportuno chiarire come debba essere interpretato il concetto di operazioni non effettuate ad *arm's length*. A tal proposito si propone di inserire il seguente concetto: ai soli fini della reportistica DAC6, si intendono in ogni caso ad *arm's length* tutte le transazioni supportate da perizia, valutazione, documentazione di cui al Provv. Dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010 e successive modifiche (da ultimo il Provvedimento Dell'Agenzia dell'Entrate del 23/11/2020), etc..
- **Pagg. 110 e ss. – Hallmark E.1** – Sarebbe utile definire meglio i criteri di inclusione nel concetto di *safe harbour*, in particolare con riferimento alla rilevanza dei *ruling* su tematiche di *transfer pricing* (cfr. esempio 11 a pag. 72 + inciso a pag. 111). Soprattutto, il generico richiamo (a pag. 111, paragrafo che precede l'esempio 30) a *"una prassi costante"* che anche in assenza di un atto normativo *"produce effetti sostanzialmente simili a quelli di un safe harbour"*, dà adito a una vasta area di incertezza circa la valutazione di eventuali accordi conclusi con Autorità fiscali estere. Sarebbe pertanto opportuno fare riferimento esclusivamente alle norme per mezzo delle quali sono fissati i *safe harbour*.
- **Pagg. 112 e 113 – Hallmark E.2** – Il wording del primo paragrafo di pag. 113 è poco chiaro e sembra suggerire che l'elemento distintivo ricomprenda *"tutte quelle transazioni che determinano il trasferimento di beni immateriali o la concessione di diritti su beni immateriali"*, a prescindere dalla circostanza che siano o meno relative a beni immateriali di difficile valutazione, dal momento che l'inciso tra parentesi fa riferimento, a titolo esemplificativo, a *"brevetti, marchi, know-how, diritti d'autore, etc."*, i quali, tuttavia, non necessariamente sono di difficile valutazione, contrariamente a quanto sembrerebbe intendere la Circolare, specificando, altresì, che tali beni per loro natura risultano di difficile valutazione. Una siffatta lettura avrebbe tuttavia conseguenze (illogiche) di portata particolarmente rilevante, dal momento che sottenderebbe l'obbligo di riportare ogni ordinaria transazione di concessione in licenza di beni immateriali e/o di trasferimento della titolarità degli stessi. Il successivo paragrafo non è di particolare aiuto nel circoscrivere la fattispecie, indicando che il termine *hard to value intangibles* riprende la definizione (e non, come sarebbe invece più opportuno, "coincide con la definizione") contenuta nelle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento. Queste ultime circoscrivono infatti la fattispecie degli HTVI a particolari beni immateriali o a beni immateriali che si trovano in una condizione non ordinaria (ad esempio, in fase di completamento, non utilizzabili, ecc.).

- **Pagg. 113 e ss. – Hallmark E.3** – Risulterebbe opportuno chiarire se l'*hallmark* debba considerarsi rispettato anche in presenza di trasferimenti di sede *tout court* o di operazioni societarie (fusioni, scissioni, cessioni di partecipazioni, cessioni di rami d'azienda, ecc.) nonché affitti e leasing d'aziende.

Inoltre, sarebbe opportuno declinare in maniera maggiormente puntuale il concetto di "*trasferimento ...*" al fine di definire se anche i contratti di licenza vi possano rientrare. Infine, la Circolare definisce la rilevanza della media per il triennio al fine di calcolare l'eventuale riduzione dell'EBIT, tuttavia non è esplicitato:

- (i) se debba trattarsi di triennio solare,
- (ii) come effettuare il calcolo per le società holding (che contabilmente possono movimentare la parte finanziaria del conto economico, e.g. iscrizione di dividendi) nonché per i soggetti finanziari, e
- (iii) se debba assumere rilevanza nel calcolo l'eventuale corrispettivo del trasferimento e l'eventuale exit tax da corrispondere a seguito del trasferimento.

La Circolare non precisa inoltre come si dovrebbe comportare il contribuente o l'intermediario che, non avendo riportato il meccanismo di cui all'*hallmark* E.3, non risultando superata la soglia del 50% dell'EBIT medio determinato sulla base dei bilanci previsionali, constatati successivamente il superamento della predetta soglia sulla base dei bilanci consuntivi. In generale, essendo i prezzi di trasferimento una materia valutativa e, a maggior ragione, dovendo far riferimento, nella fattispecie, a bilanci previsionali, si pone un problema circa il comportamento da adottare nei casi di valori prossimi alla soglia del 50% dell'EBIT medio. Sarebbe peraltro utile puntualizzare che il riferimento a bilanci previsionali anziché a dati gestionali/manageriali di carattere previsionale non presuppone la necessaria preparazione di appositi documenti con una forma analoga al bilancio civilistico di esercizio.

Si pone infine un problema di verifica (e delle potenziali responsabilità da essa derivanti) dell'attendibilità dei bilanci previsionali e della ragionevolezza delle assunzioni sottostanti, dal momento che, in teoria, tali bilanci potrebbero addirittura essere stati artatamente predisposti in modo che la soglia del 50% dell'EBIT medio non risulti superata. In linea generale, andrebbe esclusa la riportabilità delle fattispecie in cui l'intermediario abbia basato le proprie valutazioni del meccanismo transfrontaliero su stime successivamente giudicate inattendibili dall'Amministrazione finanziaria e.g. sulla base di dati consuntivi che risentano di nuove condizioni non conoscibili nel momento della valutazione originaria circa la riportabilità del meccanismo (c.d. valutazione *ex post*).

## **G. Orizzonte temporale, obblighi di reporting e regime sanzionatorio**

- Non risulta chiarito come debbano essere gestiti e considerati eventuali modifiche e rinnovi di contratti siglati precedentemente al 25/6/2018 ed ancora in corso. L'approccio che sembra essere stato implementato in molti degli altri Paesi dell'Unione è volto ad escluderne la rilevanza ove non vi siano modifiche o cambiamenti rilevanti. Inoltre non viene affrontato il tema della comunicazione relativa al contratto nel suo complesso o al singolo pagamento (in particolare per quanto attiene gli *hallmark* della Categoria C dato il riferimento all'evento del "*pagamento deducibile*"). In particolare, si chiede quindi di confermare che per i contratti siglati ed attuati ante 25/6/2018 con flussi di pagamento anche post tale data non sussiste un obbligo di segnalazione (rinviando anche all'esempio 8 a pagina 55 e ss.). D'altra parte, ove il contratto sia siglato post 25/6/2018 e sia già oggetto di reporting, si richiede di confermare l'esclusione da segnalazione di ogni singolo successivo evento ad esso connesso.
- Secondo quanto confermato dalla Circolare, gli intermediari che si qualificano come fornitori di servizi devono procedere con la comunicazione del meccanismo riportabile entro e non oltre 30 giorni dalla data di prestazione o ultimazione del servizio. Ciò comporterebbe la comunicazione del meccanismo a prescindere dall'effettiva messa a disposizione delle informazioni al cliente o dall'effettiva implementazione dello stesso.

Sarebbe auspicabile chiarire che in ogni caso la messa a disposizione è il momento in cui matura l'obbligo per la comunicazione, così da evitare la riportabilità di meccanismi non solo inattuati, ma anche a mero "uso studio". Sarebbe auspicabile un chiarimento sul punto.

\*\*\*\*\*