

Trasmesso a mezzo e-mail:

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

**Agenzia delle entrate**  
**Direzione Centrale Grandi Contribuenti**  
**Settore Controllo**

**Oggetto:** *Consultazione pubblica sulla 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").*

Il dipartimento fiscale dello Studio De Berti-Jacchia, accoglie con estremo favore la consultazione pubblica in oggetto ed è lieto di potervi contribuire.

La bozza di Circolare consegue al recepimento della Direttiva Comunitaria (UE) 2018/822 del Consiglio ("DAC 6"), attuato attraverso l'emanazione del Decreto Legislativo n. 100 del 30 agosto 2020 ("Dlgs 100/2020") cui ha fatto seguito il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 17 novembre 2020 ("DMEF 17/11/2020").

Nel prosieguo si descrivono le difficoltà interpretative emergenti dall'esame del documento in consultazione.

\*

## Sommario

<b>1. Definizioni - Intermediari</b> .....	<b>2</b>
<b>2. Standard di conoscenza</b> .....	<b>3</b>
<b>3. Criterio del vantaggio principale</b> .....	<b>3</b>
<b>4. Accordo MDR</b> .....	<b>4</b>
<b>5. Cause di esonero per l'intermediario</b> .....	<b>4</b>
<b>6. Termine di presentazione all'Agenzia delle entrate</b> .....	<b>5</b>
<b>7. Documentazione e/o struttura standardizzate</b> .....	<b>6</b>
<b>8. Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate</b> .....	<b>6</b>
<b>9. Trasferimenti di attivi</b> .....	<b>7</b>
<b>10. Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività</b>	

8

\*\*\*

## DE BERTI JACCHIA FRANCHINI FORLANI

Avv. Roberto A. Jacchia  
Avv. Maria Cristina Franchini  
Avv. Gianni Forlani<sup>11</sup>  
Avv. Federica Castioni  
Bridget Ellison<sup>1</sup>  
Avv. Guido Callegari  
Avv. Antonella Terranova  
Avv. Barbara Calza  
Avv. Cristina Fussi  
Avv. Giuseppe Cristiano<sup>2</sup>  
Avv. Michelangelo Cicogna  
Avv. Marco Frazzica  
Dott. Massimiliano Gazzo<sup>3,11</sup>  
Avv. Silvia Doria  
Avv. Prof. Fabio Ferraro<sup>4</sup>  
Avv. Andrew G. Paton<sup>2,7</sup>  
Avv. Giovanna Bagnardi  
Avv. Matteo Biondetti  
Dott. Tiziana Zona<sup>3,11</sup>  
Avv. Claudio Corba Colombo  
Avv. Armando Ambrosio  
Avv. David Maria Santoro  
Avv. Alessandra Tarissi De Jacobis  
Avv. Elena Maria Granatello

Avv. Isabella Basilio  
Dott. Giulia Beneduci  
Sophie Bertoletto<sup>5</sup>  
Avv. Matteo Bilei  
Igor Brazhevsky<sup>7</sup>  
Avv. Chiara Caliandro  
Avv. Francesca Ciardullo  
Avv. Diego Conte  
Avv. Francesco De Berti  
Dott. Esmeralda Dedej  
Avv. Myriam Desnus<sup>5</sup>  
Avv. Alessandro Foti  
Avv. Orsola Galasso  
Dott. Adriano Garofalo  
Adv. Raquel Macedo<sup>9</sup>  
Avv. Rachele Maggi  
Avv. Benedetta Mazzotti  
Dott. Stefania Merati  
Avv. Giulietta Minucci  
Avv. Emanuela Monteleone  
Andrey Morozov<sup>7</sup>  
Dott. Oksana Oleneva  
Avv. Gennaro Paone  
Alisa Pestrakova<sup>5,12</sup>  
Avv. Jacopo Piemonte  
Avv. Camilla Pozzi  
Avv. Teresa Prudente  
Avv. Veronica Pulcini  
Avv. Gaspare Roma  
Dott. Marco Seregni  
Avv. Andrea Sonino  
Avv. Maria Francesca Soriano  
Dott. Marco Stillo  
Avv. Simona Stramaglia  
Dott. Angela Valente<sup>3,11</sup>  
Avv. Alice Viscomi  
Avv. Riccardo Vitolo  
Avv. Giuseppina Zoccali

Avv. Giovanni De Berti<sup>9</sup>

Avv. Marco Brignone<sup>10</sup>  
Dott. Ferruccio Di Lenardo<sup>3,10</sup>  
Avv. Davide Gambillara<sup>10</sup>  
Maria Lovtsova<sup>5,12</sup>  
Avv. Prof. Raffaella Muroli<sup>13</sup>  
Avv. Vittorio Poli<sup>10</sup>  
Avv. Bruno Rossini<sup>10</sup>

associazione professionale  
C.F. e P.I. IT 02152650152  
Codice SDI: W7YVJK9

Studio legale fondato nel 1975

## 1. *Definizioni - Intermediari*

**Paragrafi interessati:** 1 nn. 2-3-4, 2.1

**Osservazioni / Contributi:** La Circolare appare delineare le figure degli intermediari (promotore vs fornitore di servizi) sulla base del ruolo svolto nell'ambito della elaborazione, commercializzazione, organizzazione e messa a disposizione del meccanismo transfrontaliero. Al di là dei casi più tipici, questo driver di identificazione delle due figure sembra di difficile applicazione almeno in due ipotesi: i) nelle fattispecie nelle quali il meccanismo, dopo una prima fase attuativa, sia modificato (migliorato) con l'assistenza di intermediario; ii) nelle fattispecie nelle quali il meccanismo messo a disposizione non venga attuato, e la sua attuazione sia invece effettuata successivamente in una versione modificata a seguito della assistenza ricevuta da un intermediario.

Pertanto, si ritiene utile che la Circolare espliciti con esempi pratici come orientarsi nelle ipotesi anzidette.

\*

### *Assistenza rispetto a meccanismi già attuati*

A pag. 16 della bozza di Circolare viene chiarito che le *“attività di consulenza o assistenza in relazione a meccanismi transfrontalieri già attuati dal contribuente... non integrano i requisiti per la qualificazione di intermediario a condizione che le stesse non determinino un “aggiornamento” o miglioramento del meccanismo stesso.”* Più in dettaglio, l'esclusione viene condizionata alla circostanza che tali attività siano 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”*. A titolo esemplificativo, *inter alia*, non assumerebbe rilevanza *“la mera interpretazione delle norme fiscali interessate dal meccanismo”*. Non è, tuttavia, pacifico cosa debba intendersi con l'inciso *“miglioramento del meccanismo stesso”*. Ci si chiede, ad esempio, se rilevino ai fini che qui interessano le attività anzidette (e.g. pareristica) ove queste siano scaturite dall'entrata in vigore di un regime fiscale con effetti maggiormente favorevoli nell'ambito del meccanismo interessato. Si auspica un chiarimento sul punto.

## 2. Standard di conoscenza

### **Paragrafo interessato:** 2.2

**Osservazioni / Contributi:** La Circolare prevede che lo standard di conoscenza, dal quale discende l'obbligo di comunicazione in capo al "fornitore di servizi", debba valutarsi, anche sulla base della "competenza e dell'esperienza necessarie per individuare la presenza di un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione." Si introduce poi una presunzione di sussistenza degli elementi della "competenza ed esperienza" in capo (al promotore o) al contribuente. La presunzione riferita "al contribuente" appare eccessivamente penalizzante laddove si immagini non una struttura multinazionale – con dipartimenti e specializzazioni interne ben definite – ma una struttura meno complessa (e.g. PMI, persona fisica). Si ritiene pertanto appropriato emendare l'inciso di pag. 19, primo capoverso, secondo periodo, alternativamente: espungendo le parole "o del contribuente" ovvero prevedendo che in capo a quest'ultimo la sussistenza degli elementi vada valutata caso per caso.

## 3. Criterio del vantaggio principale

### **Paragrafo interessato:** 3.4,

**Osservazioni / Contributi:** Dalla lettura della Circolare non pare possano rinvenirsi elementi sufficienti per individuare la prevalenza rispetto ai vantaggi extrafiscali del vantaggio fiscale risultante dal Main Benefit Test ("MBT"). Ci si riferisce, *inter alia*, all'assenza di un parametro temporale attendibile cui fare riferimento rispetto ai vantaggi fiscali ed extra fiscali; a titolo esemplificativo, emergono dubbi sulla possibilità o meno di includere le imposte differite nell'alveo del concetto di vantaggio/riduzione di imposta - cui la Circolare riconduce anche "il differimento del pagamento dell'imposta o l'anticipo di un rimborso di imposta" (pag. 31).

Sotto altro profilo, si rileva come la formula matematica proposta ai fini del calcolo del vantaggio principale (a pag. 35) appaia difficilmente applicabile per diverse ragioni; e.g. non è chiaro se ai fini del confronto tra vantaggi

rilevino i valori prima o dopo le imposte, e a quali principi contabili occorra far riferimento. Con riferimento, inoltre, alla rilevanza dei vantaggi extrafiscali, la Circolare chiarisce che siano da considerare soltanto quelli “economicamente quantificabili” il che consentirebbe di delimitare il perimetro di analisi a quei benefici connessi agli aspetti economici dell’impresa oggettivamente determinabili al sorgere dell’obbligo di comunicazione e supportati da adeguata documentazione (contabile o extracontabile). La Circolare tuttavia non pare proporre criteri oggettivi di valutazione di tali vantaggi. Si è, peraltro, dell’avviso che la determinazione di gran parte dei vantaggi extrafiscali collegati alla scelta di intraprendere una determinata operazione presuppone, imprescindibilmente, delle valutazioni soggettive. In definitiva, si ritiene che detta limitazione non sia coerente con gli scopi della DAC 6 nelle casistiche in cui il meccanismo sia connotato da vantaggi extrafiscali ben maggiori di qualsivoglia vantaggio fiscale tuttavia non considerabili per presunta assenza di oggettività.

#### **4. Accordo MDR**

**Paragrafi interessati:** Esempio 7, 4 Obblighi di comunicazione, 4.1.2.

**Osservazioni / Contributi:** Nell’esempio n. 7, si rinviene un riferimento a un “accordo MDR” vigente con “uno Stato extra-UE” quale condizione per assumere come rilevante l’imposta assolta in quello Stato ai fini dell’MBT. Si chiede di chiarire se con l’inciso “accordo MDR” si intendano gli accordi per lo scambio di informazioni relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di notifica e quali siano gli Stati con i quali è in vigore un accordo MDR. Come si comprenderà infatti tale chiarimento assume rilevanza cruciale ai fini dell’MBT.

#### **5. Cause di esonero per l’intermediario**

**Paragrafo interessato:** 4.1.1.

**Osservazioni / Contributi:** La normativa qui di interesse prevede tra le fattispecie di esonero dagli obblighi di *disclosure* a favore di intermediari

residenti, le seguenti casistiche: i) comunicazione delle informazioni da parte di altro intermediario o concorrenza di obblighi tra intermediari; ii) tutela del “segreto professionale”; iii) rischio di “autoincriminazione”.

Quanto all’ipotesi sub i), la Circolare precisa che ai sensi dell’art. 3. c.3 del Dlgs. l’esimente opera a condizione che la comunicazione effettuata da altro intermediario si sostanzia delle *“medesime informazioni concernenti il meccanismo transfrontaliero”*. Con ciò dovendosi intendere liberato dall’obbligo l’intermediario residente unicamente qualora la comunicazione altrui *“contenga tutte le informazioni che l’intermediario, che intende far valere l’esonero, avrebbe dovuto fornire secondo le disposizioni dello Stato italiano o disposizioni equivalenti.”* Si chiede di fornire delucidazioni in merito a cosa debba intendersi con la locuzione “disposizioni equivalenti”.

Quanto all’esonero sub iii), la Circolare chiarisce che l’ambito di applicabilità della causa va circoscritto solamente alle fattispecie in cui *“l’intermediario, avuto riguardo all’attività da lui posta in essere in relazione al meccanismo transfrontaliero soggetto all’obbligo di comunicazione, ravvisi gli elementi da cui può derivare una propria responsabilità di carattere penale.”* Il chiarimento appare eccessivamente semplificativo. Si ritiene opportuno vengano forniti chiarimenti in merito al perimetro di operatività di detta clausola di esonero avendo riguardo a casistiche penal-tributarie quali ad esempio, il tentativo o il concorso.

## **6. Termine di presentazione all’Agenzia delle entrate**

**Paragrafo interessato:** 4.3.

**Osservazioni / Contributi:** In merito ai meccanismi transfrontalieri *“la cui prima fase è stata attuata tra il 25 giugno 2018 e il 30 giugno 2020”*, per i quali è previsto un obbligo di comunicazione *“una tantum”*, entro il 28 febbraio 2021, la Circolare sembrerebbe disinteressarsi dei meccanismi transfrontalieri unicamente *“messi a disposizione ai fini della attuazione”*.

Si ritiene utile confermare o chiarire che in assenza di *“attuazione”* i meccanismi solamente *“messi a disposizione”* nell’arco temporale anzidetto non debbano essere oggetto di comunicazione.

## **7. Documentazione e/o struttura standardizzate**

**Paragrafo interessato:** 7.1.3. (*hallmark* A.3)

**Osservazioni / Contributi:** L'art. 8, c. 1 del DMEF 17/11/2020 prevede che "Un meccanismo non rientra tra quelli indicati alla lettera A, punto 3, dell'Allegato 1 al decreto legislativo 30 luglio 2020, n. 100, se finalizzato alla fruizione di un singolo regime fiscale di agevolazione previsto all'ordinamento dello Stato e al ricorrere delle condizioni previste dalla disposizione di agevolazione.". In altri termini, l'*hallmark* A.3 non è rilevante nelle ipotesi in cui il meccanismo consenta al contribuente di fruire di un regime fiscale agevolativo vigente in uno Stato. Si ritiene che una interpretazione che possa estendere l'irrilevanza degli *hallmarks* A.1 e A.2 anche qualora siano correlati a meccanismi finalizzati specificamente soltanto all'accesso a un regime fiscale agevolativo "non dannoso" vigente in uno Stato (eg. credito R&S) sia coerente con la finalità dell'art. 8 menzionato. Qualora tale interpretazione fosse condivisa sarebbe opportuno darne esplicita conferma nella Circolare.

## **8. Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate**

**Paragrafo interessato:** 7.3.1

**Osservazioni / Contributi:** Il paragrafo in oggetto attiene all'elemento distintivo, *hallmark*, C.1.d) riguardante i pagamenti transfrontalieri deducibili tra due o più imprese associate che beneficiano di un regime preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente ai fini fiscali.

La Circolare precisa che la valutazione in merito alla preferenzialità di un regime debba apprezzarsi avendo riguardo alle linee guida assunte in ambito internazionale e in particolare in sede OCSE con l'Action 5 del progetto BEPS. In tale prospettiva, viene specificato che rilevano ai fini della DAC 6 quei regimi di tassazione agevolata che, in funzione delle caratteristiche (e.g. livello di tassazione effettiva, requisiti sostanziali degli asset agevolati, trasparenza), sono considerati potenzialmente dannosi (*harmful*) perché utilizzabili nell'ambito di una pianificazione aggressiva internazionale. Conclusivamente viene chiarito come "possano essere considerati come

*regimi non preferenziali esclusivamente quelli per i quali a seguito di verifica da parte dell'OCSE sia stato loro attribuito il giudizio di "non dannoso" (Not harmful)."*

In tale contesto, ai fini specificamente del regime *patent box* l'OCSE ha escluso i marchi dal novero dei beni immateriali agevolabili tuttavia salvandone gli effetti limitatamente ad un periodo transitorio secondo le regole previgenti (*grandfathering rule*). Il regime di *patent box* nel nostro ordinamento - introdotto dall'art. 1, c. da 37 a 45, della legge n. 190/2014 (legge di stabilità 2015) - è stato emendato coerentemente con tale impostazione prevedendo, a partire dal 1° gennaio 2017, l'esclusione dall'esercizio dell'opzione per i marchi. Sicché i Report dell'OCSE concludono nel senso che il regime del nostro ordinamento è da considerarsi un regime preferenziale non dannoso salvo che per le opzioni per l'agevolazione dei marchi d'impresa esercitate nei periodi d'imposta intercorrenti tra l'entrata in vigore del regime sino al 31 dicembre 2016.

Sulla scorta di quanto precede si ritiene opportuno che la Circolare chiarisca espressamente che non debbano includersi nell'alveo dell'elemento distintivo *hallmark*, C.1.d) i regimi agevolativi quali ad esempio quello del *patent box* italiano.

Si auspica inoltre un chiarimento in merito all'esclusione dall'ambito di operatività dell'elemento distintivo in parola anche per le ipotesi in cui l'attuazione del regime *patent box* - che abbia ad oggetto l'agevolazione dei marchi - sia avvenuta prima del 25 giugno 2018.

## **9. Trasferimenti di attivi**

**Paragrafo interessato:** 7.3.4 (*hallmark* C.4)

**Osservazioni / Contributi:** La Circolare precisa che *"l'elemento distintivo in commento risulta integrato ogni qualvolta in almeno una delle giurisdizioni interessate si verifica una differenza tra il valore attribuito all'attivo trasferito ed il relativo valore di mercato"*. Viene, inoltre, precisato che *"in merito alla differenza di valore, sebbene il tenore letterale della disposizione faccia riferimento «all'importo dovuto come corrispettivo», è da ritenersi che la*

stessa vada determinata con riferimento al valore fiscale riconosciuto all'attivo oggetto di transazione dagli Stati interessati." Ciò posto, anche avendo riguardo all'esempio n. 25, l'ipotesi delineata che pare potersi configurare limitatamente a talune specifiche e limitate fattispecie, non si ritiene possa giustificare l'aggravio informativo necessario a valutare l'obbligo comunicativo. Inoltre, nella stessa ottica parrebbe utile definire ipotesi di esclusione dell'obbligo di comunicazione dei trasferimenti di attivo regolate dalla specifica normativa comunitaria (e.g., direttiva in materia di trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere) quantomeno per le seguenti ragioni: i) una disciplina fiscale ben definita; ii) la pubblicità degli atti che generalmente contraddistinguono le operazioni in discorso.

#### **10. Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività**

**Paragrafo interessato:** 7.5.3 (hallmark E.3)

**Osservazioni / Contributi:**

L'hallmark in oggetto considera elemento distintivo la circostanza che "Un meccanismo che implica un trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività, se la previsione annuale degli utili del cedente o dei cedenti al lordo di interessi e imposte (EBIT), nel periodo di tre anni successivo al trasferimento, è inferiore al 50 per cento della previsione annuale degli EBIT del cedente o cedenti in questione in mancanza di trasferimento." Sarebbe opportuno che la Circolare chiarisse ulteriormente come debba determinarsi l'EBIT che si sarebbe realizzato in assenza di trasferimento. In questa prospettiva, la Circolare fa riferimento ai bilanci previsionali delle entità coinvolte. Si ritiene opportuno specificare se budget predisposti dal contribuente alla data del trasferimento siano sufficienti a consentire ai partecipanti di valutare l'esistenza dell'obbligo comunicativo. Con specifico riferimento all'esempio 32 (cessione di ramo aziendale), si comprende che l'esistenza dell'obbligo comunicativo sorgerebbe di per sé qualora la riduzione dell'EBIT oltre il 50% fosse conseguenza del mero trasferimento senza rilevanza alcuna del corrispettivo determinato per il trasferimento stesso. Come si comprende, ciò indurrebbe a ritenere che



pressoché tutti i trasferimenti di azienda diverrebbero oggetto di comunicazione. In questa prospettiva, si suggerisce che soltanto i trasferimenti transfrontalieri infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività effettuati in violazione degli standard internazionali - previsti nelle Linee Guida dell'OCSE sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali (Cap. IX Business Restructurings) – per i quali la condizione della riduzione dell'EBIT fosse rispettata debbano essere oggetto di comunicazione.

Qualora, invece, non si condividesse tale suggerimento dovrebbe in ogni caso essere fattorizzato il corrispettivo pattuito per la cessione d'azienda ai fini della valutazione della riduzione dell'EBIT della entità cedente.

Milano, 15 gennaio 2021