

**EY****Building a better  
working world**Studio Legale Tributario  
Via Meravigli, 14  
20123 MilanoTel: +39 02 85141  
Fax: +39 02 89010199  
ey.com

A: Agenzia delle Entrate

e-mail: dc.gc.settorecontrollo@agenziaentrate.it

Da: Studio Legale Tributario

Data: 15 Gennaio 2021

**Oggetto: Risposta alla procedura di consultazione pubblica indetta dall’Agenzia delle Entrate, in data 28 dicembre 2020, riguardante lo schema della circolare di recepimento della direttiva DAC6**

Spettabile Agenzia delle Entrate,

Con la presente, lo Studio Legale e Tributario è lieto di fornire il proprio contributo nell’ambito della procedura di consultazione pubblica indetta in data 28 dicembre u.s., in relazione allo Schema di Circolare recante i chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di notifica, di cui al decreto legislativo del 30 luglio 2020, n.100.

Per una maggiore facilità di lettura, i nostri commenti saranno proposti seguendo l’indice ed i paragrafi dello Schema di Circolare, e di seguito se ne propone un sommario.

## Sommario

<b>1. Premessa</b> .....	3
<b>2. Ambito soggettivo (paragrafo 2)</b> .....	3
2.1 Intermediari (paragrafo 2.1).....	3
<b>3. Ambito oggettivo (paragrafo 3)</b> .....	5
3.1 Meccanismo transfrontaliero: aspetti definitori (paragrafo 3.1) .....	5
3.2 Criterio della potenziale riduzione di imposta (paragrafo 3.3).....	5
3.3 Criterio del vantaggio principale (paragrafo 3.4).....	6
<b>4. Obblighi di comunicazione (paragrafo 4)</b> .....	8
4.1 Elementi oggetto di comunicazione (paragrafo 4.2) .....	8
4.2 Termine di presentazione all’Agenzia delle Entrate (paragrafo 4.3).....	9
4.2.1 Il concetto di “attuazione del meccanismo” (paragrafo 4.3).....	9
4.2.2 Il concetto di “avvio dell’attuazione” (paragrafo 4.3).....	11
4.2.3 Il concetto di “prima fase” per i meccanismi ante 25 giugno 2018 (paragrafo 4.3) .....	12
<b>5. Profili sanzionatori (paragrafo 6)</b> .....	12
5. 1 Obiettive condizioni di incertezza (paragrafo 6) .....	12
5.2 Ravvedimento operoso (paragrafo 6).....	13

<b>6. Elementi distintivi - “Hallmarks” (paragrafo 7)</b> .....	13
6.1 Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale (paragrafo 7.2).....	13
6.1.1 Conversione del reddito in capitale, conferimenti, apporti, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta (paragrafo 7.2.2).....	13
6.2 Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere (paragrafo 7.3).....	14
6.2.1 Pagamenti deducibili tra imprese associate: pagamento che beneficia di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente ai fini fiscali (paragrafo 7.3.1).....	14
6.2.2 Per lo stesso ammortamento sul patrimonio sono chieste detrazioni in più di una giurisdizione (paragrafo 7.3.2).....	15
6.2.3 Simultaneo utilizzo di rimedi contro la doppia imposizione in più giurisdizioni (paragrafo 7.3.3).....	15
6.2.4 Trasferimenti di attivi (paragrafo 7.3.4).....	16
6.3 Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico d'informazioni e la titolarità effettiva (paragrafo 7.4).....	16
6.3.1. Meccanismi transfrontalieri che hanno l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dal CRS (paragrafo 7.4.1).....	16
6.3.2. Meccanismi che determinano una catena di titolarità legale o effettiva non trasparenti (paragrafo 7.4).....	17
6.4 Elementi distintivi specifici riguardanti i prezzi di trasferimento (paragrafo 7.5).....	17
6.4.1 Safe harbour unilaterale (paragrafo 7.5.1).....	17
6.4.2 Beni immateriali di difficile valutazione (paragrafo 7.5.2).....	18
6.4.3 Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività (paragrafo 7.5.3).....	19

## 1. Premessa

La Direttiva (UE) 2018/922 (di seguito “la Direttiva”), in esito alle raccomandazioni OCSE contenute nell’azione 12 del progetto “*Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*” e nel “*Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*”, ha modificato la Direttiva (UE) 2011/16, introducendo all’interno dei paesi dell’Unione lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di notifica.

In Italia la predetta Direttiva è stata recepita con il decreto legislativo del 30 luglio 2020, n.100 (di seguito “Decreto Legislativo”) cui ha fatto seguito il decreto del Ministro dell’economia e delle finanze del 17 novembre 2020 (di seguito, “DM attuativo”) riportante le regole tecniche per l’applicazione del Decreto Legislativo, ivi compresa l’ulteriore specificazione degli elementi distintivi dei meccanismi transfrontalieri, nonché i criteri in base ai quali verificare quando i suddetti meccanismi sono diretti ad ottenere un vantaggio fiscale.

Infine, il Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate prot. N. 364425 del 26 novembre 2020 (di seguito “il Provvedimento”) fissa le specifiche tecniche per la comunicazione delle informazioni sui meccanismi transfrontalieri da parte di intermediari e contribuenti.

L’Agenzia ha posto in consultazione lo Schema di Circolare con i chiarimenti sull’applicazione delle disposizioni attuative della Direttiva sullo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri. Lo Schema di Circolare in consultazione fornisce primi chiarimenti ed esemplificazioni in merito all’applicazione delle norme che impongono ad intermediari e contribuenti la comunicazione delle informazioni relative ai meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di notifica, con particolare riguardo all’ambito di applicazione soggettivo e oggettivo delle disposizioni.

Obiettivo del documento, è la discussione e l’analisi dei contenuti dello Schema di Circolare nei passaggi che, a nostro modo di vedere, necessitano di una modifica e/o di una integrazione di chiarimenti.

## 2. Ambito soggettivo (paragrafo 2)

### 2.1 Intermediari (paragrafo 2.1)

#### Paragrafo dello Schema di Circolare

*(...) La descrizione funzionale contenuta nell’articolo 2, comma 1 lettera c), consente di individuare all’interno della categoria di “intermediario” due figure distinte ossia:*

*a) il “**promotore**” (promoter), cioè colui che è responsabile della elaborazione, commercializzazione, organizzazione o messa a disposizione ai fini dell’attuazione di un meccanismo transfrontaliero da comunicare, o ne gestisce in autonomia l’intera attuazione;*

*b) il “**fornitore di servizi**” (service provider), cioè colui che direttamente o attraverso altri soggetti, svolge una attività di assistenza o consulenza riguardo alla elaborazione, commercializzazione, messa a disposizione ai fini dell’attuazione o gestione dell’attuazione del meccanismo transfrontaliero.*

*In merito alle attività che qualificano il promotore si specifica quanto segue:*

#### 1. Elaborazione

*L’elaborazione di un meccanismo attiene al momento della ideazione dello stesso e consiste nel concepire una o più fasi che, se attuate, determinano il conseguimento di uno degli effetti da cui può derivare l’obbligo di comunicazione.*

#### 2. Commercializzazione

*La commercializzazione è l’attività finalizzata a rendere disponibile all’utilizzatore il meccanismo e, generalmente, comprende anche le attività di divulgazione, promozione e vendita dello stesso.*

#### 3. Organizzazione

*L'organizzazione e gestione consistono nella predisposizione, coordinamento e monitoraggio di tutte le fasi necessarie alla concreta attuazione del meccanismo. A titolo esemplificativo, possono rientrare in tali concetti le attività di predisposizione della documentazione tecnica, eventuali pareri (cc.dd. tax opinion), la costituzione di veicoli societari, la definizione delle tempistiche e la ricerca di "un fornitore di servizi".*

#### *4. Messa a disposizione*

*Un meccanismo è messo a disposizione quando è definito in tutti i suoi elementi costitutivi ed è comunicato ai potenziali utilizzatori.*

#### *5. Gestione in autonomia dell'intera attuazione*

*Tale attività ricorre allorché il promotore, indipendentemente dalla circostanza che il meccanismo sia stato elaborato dallo stesso o da terzi, ponga in essere tutte le attività necessarie per l'attuazione del meccanismo, ancorché a vantaggio di un cliente.*

*Per contro, il "fornitore di servizi" svolge attività di assistenza e consulenza che si sostanziano in attività di supporto al promotore.*

#### Proposta di modifica o di integrazione

La proposta di integrazione verte sui chiarimenti inclusi nello Schema di circolare, con riferimento al concetto di "promotore" e "fornitore di servizi".

Per il "promotore", cioè *"colui che è responsabile della elaborazione, commercializzazione, organizzazione o messa a disposizione ai fini dell'attuazione di un meccanismo transfrontaliero da comunicare"*, si specifica un ambito molto ampio di attività da considerarsi qualificanti ai suddetti fini e lo Schema di Circolare, nel fornire soluzioni esemplificative, non permette di dirimere i dubbi circa le attività attribuibili alle due figure distinte (quella del promotore e quella del *service provider*).

Si legge per esempio che la *"elaborazione ... consiste nel concepire una o più fasi che, se attuate, determinano il conseguimento di uno degli effetti da cui può derivare l'obbligo di comunicazione"*, mentre *"l'organizzazione e gestione consistono nella predisposizione, coordinamento e monitoraggio di tutte le fasi necessarie alla concreta attuazione del meccanismo"*.

In primo luogo, sarebbe opportuno, a nostro avviso, chiarire che si qualifica "promotore" solo chi è responsabile di tutte le fasi, e dunque (i) della elaborazione, e (ii) della commercializzazione, e (iii) della organizzazione o messa a disposizione ai fini della attuazione. Laddove ad esempio una società di consulenza aziendale sia incaricata esclusivamente di operare come project manager e dunque coordinare e monitorare le fasi di un'operazione molto complessa, senza aver partecipato alla elaborazione e dunque senza entrare nel merito delle attività, si ritiene che rispetto a tale attività, un soggetto non possa qualificarsi come "Promotore", figura per la quale non è previsto – sempre nella bozza di circolare – lo standard di conoscenza "rafforzato", immaginato esclusivamente per il "Fornitore di servizi". In tal senso, sarebbe quindi opportuno individuare con maggiore chiarezza il contenuto delle attività elencate, ed eventualmente anche considerare, al fine dell'individuazione delle singole categorie attribuibili a ciascuna figura, il grado di coinvolgimento dell'intermediario quale elemento dirimente per l'inclusione in una delle due categorie.

In secondo luogo, riteniamo opportuno che anche l'ambito delle attività che qualificano la figura del fornitore di servizi debba essere in qualche modo meglio circoscritto, magari chiarendo che perché si configuri quale possibile "fornitore di servizi" un soggetto debba fornire una consulenza o assistenza avendo presente l'intero schema (riferimento al grado di coinvolgimento) e non si qualifichi tale un soggetto che, nell'ambito di un meccanismo più ampio e riguardante diversi paesi e contribuenti, si limiti a fornire la propria consulenza unicamente con riferimento ad aspetti limitati, che di per se non integrano alcun meccanismo transfrontaliero riportabile.

La precisazione è opportuna in quanto anche se il "fornitore di servizi" è tenuto agli stessi obblighi di comunicazione del "promotore" vi sono delle differenze in merito:

- (i) alla subordinazione di tale obbligo al cd. "standard di conoscenza"; e,
- (ii) allo specifico termine di decorrenza dell'obbligo (pagg. 17 e 18 dello Schema di circolare).

### 3. Ambito oggettivo (paragrafo 3)

#### 3.1 Meccanismo transfrontaliero: aspetti definitivi (paragrafo 3.1)

##### Paragrafo dello Schema di Circolare

###### *Paragrafo 3.1*

*(...) 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 di cui all'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo. (...)*

###### *Paragrafo 3.3*

*(...) In ultimo, l'articolo 6 del decreto ministeriale, prevede che la riduzione d'imposta riguardi un contribuente che abbia un collegamento, secondo le disposizioni della Direttiva, con uno Stato dell'Unione Europea o con un Paese con il quale è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'articolo 6, comma 1 del decreto legislativo.*

*In merito a tale ultimo aspetto, si precisa che al momento della pubblicazione della presente circolare non risultano sottoscritti specifici accordi per lo scambio di informazioni riguardanti i meccanismi transfrontalieri, dunque, allo stato la riduzione potenziale d'imposta va verificata con riferimento agli Stati membri dell'Unione Europea. (...)*

##### Proposta di modifica o di integrazione

La proposta di modifica verte sulla definizione di meccanismo transfrontaliero inclusa nel paragrafo 3.1 dello Schema di Circolare con riferimento a quanto più infra specificato al paragrafo 3.3..

In particolare, in base a quanto precisato dallo Schema di Circolare "il meccanismo per essere rilevante deve riguardare l'Italia ed una o più giurisdizioni estere", così come anche richiamato dall'art. 2, primo comma, lett. a) ("riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere"), del Decreto Legislativo.

L'indicazione generica di "giurisdizioni estere" implica quindi che un meccanismo, per essere rilevante, debba riguardare l'Italia e uno Stato UE o uno Stato Extra-UE, in linea con il testo della Direttiva ("un meccanismo che interessa più Stati membri o uno Stato membro e un paese terzo").

L'inciso sopra riportato incluso nel paragrafo 3.1 invece, richiamando il contenuto dell'art.6 del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 17 novembre 2020, comporterebbe una ingiustificata restrizione dell'interpretazione della normativa ai soli meccanismi riguardanti l'Italia e gli Stati membri.

#### 3.2 Criterio della potenziale riduzione di imposta (paragrafo 3.3)

##### Paragrafo dello Schema di Circolare

*Al riguardo, occorre precisare che nella determinazione degli effetti fiscali derivanti dal meccanismo transfrontaliero 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.*

##### Proposta di modifica o di integrazione

La bozza di circolare riporta alla fine di pagina 31 che "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”.*

La nostra proposta di modifica riguardante la definizione del criterio di determinazione della potenziale riduzione di imposta fa riferimento al passaggio sopra riportato che riteniamo essere in contrasto con lo spirito della norma, di cui all'art. 7 del DM attuativo e riportato all'interno dello Schema di Circolare, laddove si fa riferimento a *“uno tra i principali vantaggi avente natura fiscale che ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero, tenuto conto dei fatti e delle circostanze”*.

In altri termini, considerato il tipo di analisi da effettuare ai fini del calcolo del vantaggio fiscale, si ritiene che l'affermazione suddetta debba essere riconsiderata.

In effetti, fatti e circostanze per le quali, ad esempio, un pagamento infragruppo non darà luogo a deduzione dal reddito imponibile (ad esempio a motivo delle disposizioni anti-ibridi, o perché l'interesse passivo eccede il 30% del reddito operativo lordo, o in virtù di altre limitazioni) non solo non consentono di ritenere integrato il testo letterale dell'Hallmark C1 (che parla di pagamenti transfrontalieri deducibili) ma non comportano altresì quella riduzione di imposta che, in base all'art. 6 del DM attuativo, è condizione necessaria per la comunicazione del meccanismo. .

Le medesime considerazioni valgano anche per l'esempio 15. In particolare, nell'esempio riportato, la società italiana che importa lo strumento finanziario ibrido non potrà dedurre l'interesse pagato *sull'Interest Bearing Loan* e non potrà dunque esserci vantaggio fiscale.

In conclusione, sebbene si riconosca che l'intento della prescrizione implicita nella affermazione della circolare qui oggetto di commento possa considerarsi in qualche modo allineato con gli obiettivi di trasparenza e deterrenza perseguiti dalla disciplina in esame, si ritiene che le previsioni normative attuali non consentano l'allargamento dell'obbligo di comunicazione a quei meccanismi che concretamente, tenuto conto dei fatti e delle circostanze, non possono dar luogo all'ottenimento di un vantaggio fiscale.

#### Paragrafo dello Schema di Circolare

*Ne consegue che la riduzione d'imposta è da intendersi in termini potenziali, ossia quale vantaggio di natura fiscale che ci si può attendere come logica conseguenza dei fatti e delle circostanze del caso, ponendo a confronto ipoteticamente gli effetti fiscali in presenza del meccanismo con quelli che si verificherebbero in sua assenza.*

#### Proposta di modifica o di integrazione

La disposizione ha portata molto ampia e rischia di rendere difficilmente gestibili gli obblighi di comunicazione da parte dei contribuenti, includendo anche fattispecie in cui la riduzione di imposta è del tutto trascurabile. A parere di chi scrive, andrebbero pertanto previste delle soglie minime al di sotto delle quali gli elementi distintivi non dovrebbe rilevare e quindi il meccanismo non dovrebbe essere riportabile.

La soglia dovrebbe essere composta da:

- un valore minimo al di sotto del quale non scattano gli obblighi di comunicazione; e
- una soglia minima percentuale di scostamento tra imposta da assolvere sulla base del meccanismo e imposte dovute in assenza del meccanismo, al di sotto della quale non dovrebbero scattare gli obblighi di comunicazione.

### **3.3 Criterio del vantaggio principale (paragrafo 3.4)**

#### Paragrafo dello Schema di Circolare

Paragrafo 3.3 - Criterio della potenziale riduzione d'imposta

*Il decreto legislativo definisce il vantaggio fiscale come «uno tra i principali vantaggi avente natura fiscale che ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero, tenuto conto dei fatti e delle circostanze», mentre il decreto ministeriale detta i criteri per la sua determinazione prevedendo che lo*

stesso si calcola «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».

Ne consegue che la riduzione d'imposta è da intendersi in termini potenziali, ossia quale vantaggio di natura fiscale che ci si può attendere come logica conseguenza dei fatti e delle circostanze del caso, ponendo a confronto ipoteticamente gli effetti fiscali in presenza del meccanismo con quelli che si verificherebbero in sua assenza.

#### Paragrafo 3.4 - Criterio del vantaggio principale

Con riferimento al vantaggio fiscale, posto al numeratore della formula dell'MBT, il comma 3 dell'articolo 7 del decreto ministeriale, dispone che «il vantaggio fiscale di cui al comma 2 si calcola 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».

Tale formulazione implica, innanzitutto, un confronto tra le imposte che risultano dall'attuazione del meccanismo transfrontaliero e quelle che sarebbero state dovute in assenza dello stesso. Allorché le prime siano inferiori alle seconde si determina un vantaggio fiscale, rappresentato da una potenziale riduzione di imposta

#### Proposta di modifica o di integrazione

A parere di chi scrive, andrebbe chiarito cosa si debba intendere per "assenza di tale o tali meccanismi", in quanto non è chiaro se si debba limitare il confronto fra le imposte risultanti dall'attuazione del meccanismo e quelle risultanti in sua assenza, oppure si debba prevedere un confronto con non meglio precisate operazioni alternative.

In particolare:

- l'esempio 6 sembra basarsi sul confronto tra uno scenario in cui il meccanismo è posto in essere da ItaCo mediante conferimento e successiva retrocessione dei fondi da parte di Bco ed uno scenario in cui non vi è alcun impiego alternativo dei fondi da parte di ItaCo.
- l'esempio 7, invece, pone a confronto il meccanismo transfrontaliero della *procurement company* con lo scenario in cui ItaCo comprerebbe da un fornitore italiano i beni ad un prezzo maggiore, limitandosi, tuttavia, ad assumere tale scenario ai soli fini dell'individuazione del vantaggio extra-fiscale, senza considerarlo come alternativa valorizzabile in assenza del meccanismo transfrontaliero.

Le conclusioni a cui giungono entrambe gli esempi della bozza di Circolare si fondano sui soli effetti fiscali del meccanismo transfrontaliero e sono privi di qualsivoglia comparazione con gli effetti fiscali conseguibili in assenza di tali meccanismi – a parere di chi scrive, infatti, quest'ultimi devono necessariamente essere mutuati da uno scenario alternativo che il contribuente avrebbe posto in essere per motivi esclusivamente di carattere extra-fiscale (che, in taluni casi, potrebbero eventualmente coincidere con il non porre in essere il meccanismo qualora tale soluzione si rivelasse la più vantaggiosa secondo logiche extra-fiscali).

Nel merito, inoltre, dovrebbe essere specificato che, come sembrerebbe logico, lo scenario utilizzato per il confronto debba essere adottato sia per quantificare il vantaggio fiscale che extra-fiscale. Nell'esempio 7 il vantaggio extra fiscale è determinato ponendo a confronto il meccanismo transfrontaliero, costituito dalla *procurement company*, con l'ipotesi di acquisto da un fornitore locale. Non emerge tuttavia se lo stesso ragionamento logico viene fatto per determinare i vantaggi fiscali, se cioè deve essere confrontato il vantaggio fiscale derivante dal meccanismo transfrontaliero delle *procurement company* con il vantaggio fiscale che si avrebbe nello scenario di acquisto da un altro fornitore.

Riprendendo l'esempio 7 fornito dalla circolare, e considerando gli effetti fiscali anche in relazione allo scenario di acquisto dal fornitore locale, le conclusioni sembrerebbero essere le seguenti:

Vantaggio fiscale	Procurement Company	Acquisto da fornitore EU
a) risparmio d'imposta in Italia	24	26
b) imposta estera	15	
Effetto fiscale singolo scenario (a-b)	9	26
Vantaggio fiscale	-17	

Vantaggio extra-fiscale	Procurement Company	Acquisto da fornitore EU
Costi	-100	-110
Vantaggio extra-fiscale	10	

Sembrirebbe in sostanza che, seguendo il calcolo proposto nella circolare, lo scenario di acquisto dal fornitore terzo dia un maggiore vantaggio fiscale rispetto allo scenario della procurement company. Nel primo scenario, infatti vi sarebbe un vantaggio collegato alla deduzione di 110 (senza recupero di quanto pagato dal fornitore, in quanto non impresa associata e quindi non rilevante ai fini del meccanismo utilizzato come paragone, come precisato dalla circolare a pagina 41) mentre nello scenario della procurement company il vantaggio sarebbe inferiore in quanto derivante dalla deduzione di 100 al netto dell'imposta estera pagata dalla impresa associata. Il meccanismo non sarebbe pertanto riportabile.

In tal senso, poi, si ritiene che nel calcolo del MBT debbano essere considerate anche le imposta risultanti dall'attuazione del meccanismo transfrontaliero con un Paese extra-UE con il quale non è in vigore uno specifico accordo per lo scambio di informazioni di cui all'art. 6, comma 1 del Decreto Legislativo. Fermo restando quanto già confermato nella bozza di Circolare - "la riduzione di imposta rispetto all'ipotesi di non attuazione del meccanismo debba essere determinata con riferimento agli effetti fiscali complessivi prodotti dallo stesso", la circoscrizione degli effetti fiscali nei soli Paesi Membri ovvero Paesi che uno specifico accordo per lo scambio di informazioni di cui all'art. 6, comma 1 del Decreto Legislativo, porterebbe ad un illogico sbilanciamento di *compliance* a discapito di tutte quelle realtà imprenditoriali che operano in mercati extra-EU rispetto a quelle che operano prettamente all'interno del mercato europeo.

In aggiunta il calcolo del vantaggio fiscale dovrebbe essere fatto considerando anche l'Irap, come precisato dalla circolare stessa a pagina 32.

Andrebbero infine, forniti maggiori esempi sul calcolo del vantaggio principale e come concretamente i vantaggi extrafiscali citati a titolo esemplificativo possano avere un impatto dal punto di vista della quantificazione (e.g. impossibilità di acquisire prodotti o servizi da altri fornitori, l'esistenza di vincoli regolamentari, organizzativi, commerciali e produttivi...).

#### 4. Obblighi di comunicazione (paragrafo 4)

##### 4.1 Elementi oggetto di comunicazione (paragrafo 4.2)

###### Paragrafo dello Schema di Circolare

(...) Giova precisare che, in considerazione della specificità della normativa in esame, 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 seguito riportate:

- interpello ordinario, disciplinato dall'articolo 11, comma 1, lettera a), legge 27 luglio 2000, n. 212;
- interpello probatorio, di cui all'articolo 11, comma 1, lettera b), legge 27 luglio 2000, n. 212;

- *interpello anti-abuso (articolo 11, comma 1, lettera c), legge 27 luglio 2000, n. 212);*
- *interpello disapplicativo (articolo 11, comma 2, legge 27 luglio 2000, n. 212);*
- *interpello sui nuovi investimenti (articolo 2 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147);*
- *accordi preventivi per le imprese con attività internazionali articolo 31 ter decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600.*

#### Proposta di modifica o di integrazione

La richiesta di integrazione attiene l'elenco delle menzionate procedure, ed in particolare se tale elenco possa considerarsi esaustivo o, piuttosto, meramente esemplificativo.

A tal proposito, si chiede se anche il "regime di adempimento collaborativo" (o di "Cooperative compliance"), istituito con il Decreto Legislativo 5 agosto 2015, n. 128, sia assimilabile alle predette procedure, ancorché non esplicitamente menzionato.

In altri termini, si chiede se anche la comunicazione di informazioni relative ad un meccanismo transfrontaliero nell'ambito della procedura di "Cooperative compliance" non possa considerarsi sostitutiva della comunicazione delle informazioni previste dall'articolo 2 del Decreto Ministeriale 17 novembre 2020.

## **4.2 Termine di presentazione all'Agenzia delle Entrate (paragrafo 4.3)**

### **4.2.1 Il concetto di "attuazione del meccanismo" (paragrafo 4.3)**

#### Paragrafo dello Schema di Circolare

(...) *Nello specifico, gli intermediari sono tenuti a comunicare all'Agenzia delle entrate le informazioni di cui all'articolo 6 del decreto legislativo entro trenta giorni a decorrere:*

- a) dal giorno seguente a quello in cui il meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione è messo a disposizione ai fini dell'attuazione o a quello in cui è stata avviata l'attuazione;*
- b) dal giorno seguente a quello in cui gli stessi hanno fornito, direttamente o attraverso altre persone, assistenza o consulenza ai fini dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione.*

#### Proposta di modifica o di integrazione

La proposta di modifica verte sulla valorizzazione del termine "attuazione del meccanismo" quale elemento definitorio necessario ai fini dell'individuazione del *dies a quo* da cui far decorrere il termine per la comunicazione di eventuali meccanismi. A tal proposito, ai sensi dell'art. 2, comma 1 lett. c) del Decreto Legislativo e dell'art. 1, comma 1, lett. a) e b) del DM attuativo, è intermediario il soggetto che:

- a) elabora, commercializza, organizza o mette a disposizione **ai fini della attuazione** un meccanismo transfrontaliero soggetto ad obbligo di comunicazione o che ne gestisce in autonomia l'intera **attuazione** (cd. *Promoter*);
- b) direttamente o attraverso altri soggetti svolge un'attività di assistenza o consulenza riguardo all'elaborazione, commercializzazione, messa a disposizione **ai fini della attuazione o gestione dell'attuazione** del meccanismo transfrontaliero da comunicare, qualora, avuto riguardo alle informazioni disponibili e alle competenze necessarie per svolgere tale attività, sappia o abbia un motivo ragionevole per concludere che il medesimo meccanismo sia rilevante ai sensi dell'articolo 5 del Decreto Legislativo (cd. *Service Provider*).

Dalla elencata definizione appare evidente che la definizione di intermediario (nella duplice veste di *Promoter* e *Service Provider*), richiede un nesso fra l'elaborazione, commercializzazione, messa a disposizione del meccanismo transfrontaliero e la sua attuazione.

Non è tuttavia chiaro se il predetto nesso debba essere inteso:

- (i) in senso stretto, con la conseguenza di escludere dall'obbligo di comunicazione in capo all'intermediario quei meccanismi transfrontalieri che, una volta messi a disposizione del contribuente, non vengano poi dallo stesso attuati, ovvero;
- (ii) in senso più blando, con la conseguenza di escludere dall'obbligo di comunicazione in capo all'intermediario quei meccanismi transfrontalieri messi a disposizione del contribuente che non contemplino, in maniera dettagliata, tutti gli step necessari ai fini di una sua concreta implementazione (i.e. mero studio di fattibilità).

Depone a favore dell'interpretazione di cui il punto (i) l'art. 7, comma 1, lett. a) del Decreto Legislativo che, nell'individuare i termini di invio della comunicazione da parte del *promoter*, specifica che la stessa debba essere effettuata entro trenta giorni a decorrere dal giorno seguente a quello in cui il meccanismo è messo a disposizione **ai fini dell'attuazione o a quello in cui è stata avviata l'attuazione**.

Specularmente, secondo quanto previsto dall'articolo 2, comma 5 del DM attuativo, il contribuente comunica le informazioni relative al meccanismo transfrontaliero entro trenta giorni a decorrere dal giorno seguente a quello in cui il meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione è stato messo a sua disposizione **ai fini dell'attuazione o a quello in cui è stata avviata l'attuazione**.

Ebbene, se la volontà del legislatore fosse quella di imporre in ogni caso, in capo al *promoter* o contribuente, l'obbligo di comunicare un meccanismo transfrontaliero riportabile per il semplice fatto di averlo messo a disposizione del contribuente (senza che rilevi la sua concreta attuazione), non si capisce per quale motivo il termine di invio della comunicazione venga ancorato (anche) alla data in cui sia avviata la concreta attuazione dello stesso.

Una possibile lettura del disposto di cui al citato art. 7, comma 1, lett. a) del Decreto Legislativo, compatibile con l'interpretazione che predilige la necessità di uno stretto nesso fra la messa a disposizione del meccanismo e la sua concreta attuazione, potrebbe comportare l'obbligo di comunicazione da parte del *promoter* entro trenta giorni dalla messa a disposizione del meccanismo ai fini dell'attuazione nei casi in cui, entro tale termine, lo stesso abbia contezza della sua concreta attuazione. Diversamente, nel caso in cui il meccanismo sia attuato successivamente al decorso dei 30 giorni dalla sua messa a disposizione, il termine dei 30 giorni per l'effettuazione della comunicazione decorrerebbe dalla data della sua concreta attuazione.

Allo stesso modo andrebbe letto l'art. 2, comma 5 del DM attuativo con riferimento ai termini di effettuazione della comunicazione da parte al contribuente.

Nel caso in cui si ritenga di privilegiare l'esistenza di un nesso più blando tra messa a disposizione del meccanismo transfrontaliero e sua concreta attuazione (secondo l'impostazione di cui al punto ii) sopra), occorre stabilire quali debbano essere le caratteristiche del meccanismo affinché lo stesso si qualifichi come messo a disposizione ai fini dell'attuazione.

Come sopra accennato, si ritiene che affinché il meccanismo transfrontaliero possa ritenersi messo a disposizione "ai fini dell'attuazione" sia necessario che lo stesso non si limiti a contemplare la descrizione del meccanismo con l'evidenza dell'eventuale vantaggio fiscale associato. Occorre invece che il meccanismo, oltre a contemplare i sopraccitati aspetti, rechi una compiuta descrizione di tutte le attività propedeutiche e necessarie per la sua concreta attuazione.

Si riporta di seguito un esempio.

Si ipotizzi che una società non residente in Italia si rivolga ad un professionista italiano manifestandogli l'intenzione di acquisire una società italiana e chiedendogli supporto su come strutturare l'operazione.

In particolare, il professionista italiano (*promoter*) riceve l'incarico di espletare le seguenti attività:

- i) un cd. studio di fattibilità in cui vi sia una descrizione *high level* delle possibili strutture con l'indicazione dei relativi risvolti fiscali. L'output del professionista consiste in un breve report (cd. *strawman report*) con l'indicazione delle possibili strutture e brevi commenti sulle relative conseguenze fiscali.
- ii) un report dettagliato sulla struttura, fra quelle presentate di cui al punto i), che il cliente sceglierà di implementare anche in considerazione degli input ricevuti dagli altri *stakeholders* quali, ad esempio, i finanziatori del progetto con uno *step plan* delle attività da porre in essere per implementare la struttura medesima.

Il promoter effettua l'analisi di cui al punto i) e presenta al cliente 3 possibili alternative per strutturare l'operazione di acquisizione della target. Una sola di queste alternative presenta potenzialmente caratteristiche tali da farla rientrare nell'ambito dei meccanismi transfrontalieri riportabili all'Agenzia delle Entrate.

Il cliente, dopo aver attentamente valutato le opzioni messe a disposizione dal *promoter* ed averne discusso le possibilità di implementazione con le banche, decide di strutturare l'operazione di acquisizione secondo una delle modalità che non integrano i presupposti per la realizzazione di un meccanismo transfrontaliero riportabile e chiede al professionista di predisporre un report approfondito sulle modalità di realizzazione dell'operazione prescelta, le relative conseguenze fiscali, e la predisposizione di uno *step plan* per perfezionare l'operazione entro una determinata data.

Nella fattispecie esaminata si è dell'avviso che per il professionista italiano non vi sia alcun *dies a quo* da cui far decorrere i termini per la comunicazione. Il promoter, infatti, non ha provveduto a mettere a disposizione del Cliente alcun meccanismo ai fini dell'attuazione.

Invero, ancorché nell'ambito della consulenza fornita ai fini dell'individuazione delle possibili alternative per porre in essere l'operazione di acquisizione (cd. studio di fattibilità), il professionista ne abbia individuato una che presenta potenzialmente caratteristiche tali da farla rientrare nell'ambito dei meccanismi transfrontalieri riportabili all'Agenzia delle Entrate, l'inadeguato livello di approfondimento e di dettaglio dell'analisi effettuata dal *promoter* unitamente alla mancata considerazione di esigenze particolari del cliente e degli altri *stakeholders* in grado di condizionarne la concreta attuabilità, non consentono di concludere che le alternative presentate nel cd. studio di fattibilità siano state messe a disposizione del cliente ai fini della concreta attuazione.

Nella fattispecie considerata, l'unico meccanismo messo a disposizione del cliente da parte del *promoter*, ai fini dell'attuazione, è quello (assunto essere non riportabile all'Agenzia delle Entrate) illustrato nel report approfondito che contempla le modalità di realizzazione dell'operazione prescelta, le relative conseguenze fiscali, e la predisposizione dello *step plan* necessario per la sua attuazione.

#### **4.2.2 Il concetto di "avvio dell'attuazione" (paragrafo 4.3)**

##### Paragrafo dello Schema di Circolare

(...) *La disposizione di cui alla lettera a) è indirizzata ai promotori ossia agli intermediari che, avendo ideato il meccanismo, lo mettono a disposizione per la relativa attuazione. La disposizione, tuttavia, prende in considerazione un altro evento rilevante, consistente nella circostanza che sia "stata avviata l'attuazione" del meccanismo.*

E più infra

(...) *Ad ogni modo, i termini ordinari per le comunicazioni da parte del contribuente sono quelli previsti dall'articolo 2, comma 5 del decreto ministeriale, richiamati al punto 4.3 del Provvedimento, secondo cui «...il contribuente comunica all'Agenzia delle Entrate le informazioni di cui all'articolo 6, comma 1, del medesimo decreto entro trenta giorni a decorrere dal giorno seguente a quello in cui il meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione è stato messo a sua disposizione ai fini dell'attuazione o a quello in cui è stata avviata l'attuazione».*

#### Proposta di modifica o di integrazione

A parere di chi scrive, sarebbe opportuno chiarire cosa si intende per avvio dell'attuazione del meccanismo. Sebbene infatti, il DM attuativo, all'art. 2 comma 1 lett. b) preveda che la data di avvio dell'attuazione coincida con il primo atto avente effetti giuridici, si ravvisano delle fattispecie in cui tale situazione possa riscontrare delle difficoltà operative nella sua identificazione.

In particolare, si ritiene possa essere di utilità, confermare che l'evento che determina il sorgere dell'obbligo di comunicazione sia la data di stipula del contratto e non altri eventi successivi quali il singolo ordine, la singola fornitura, la singola fattura, il singolo pagamento. Quanto sopra dovrebbe anche valere nel caso in cui gli effetti del contratto fossero posticipati rispetto alla data di stipula.

Vi possono essere tuttavia delle situazioni in cui alla data di stipula del contratto non si disponga di tutti gli elementi oggetto di comunicazione ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. f), del Decreto Legislativo. Si pensi all'esistenza di un contratto di fornitura, avente validità due anni (2021 e 2022). La sottoscrizione del contratto avverrebbe in una data (es. 01.01.2021), ma le forniture effettive si realizzerrebbero nei due anni successivi. Sarebbe quindi impossibile conoscere alla sottoscrizione del contratto il valore della transazione. In tal senso, a fini semplificativi, si ritiene che possa essere utilizzato un valore oggetto di stima.

#### **4.2.3 Il concetto di “prima fase” per i meccanismi ante 25 giugno 2018 (paragrafo 4.3)**

##### Paragrafo dello Schema di Circolare

*(...) L'esplicito riferimento operato dalla disposizione in commento alla “prima fase” consente di escludere dall'ambito della comunicazione in commento i meccanismi transfrontalieri che alla data del 25 giugno 2018 erano già in fase di realizzazione, ancorché essi continuino a produrre effetti rilevanti anche dopo tale data.*

##### Proposta di modifica o di integrazione

La proposta di integrazione ha ad oggetto le fattispecie riguardanti i meccanismi (si fa riferimento in particolare a meccanismi nella forma di contratti) in essere già al 25 giugno 2018 ma per cui è prevista una forma di rinnovo. A tal proposito, nella prassi commerciale si riscontrano sia forme di rinnovo tacito tali per cui il contratto firmato originariamente non viene modificato, ovvero situazioni in cui il rinnovo è fatto esplicitamente tramite, ad esempio, la firma di un nuovo contratto senza, nella sostanza, apportare alcuna modifica al contenuto dello stesso. A parere di chi scrive, sarebbe quindi opportuno integrare nel testo un chiarimento che porti ad escludere dalle fattispecie rilevanti i rinnovi/firme di nuovi contratti che nella realtà dei fatti comportano la continuazione degli effetti degli stessi. Qualora invece, la firma del nuovo contratto includa delle modifiche sostanziali, tali per cui si identifichi un nuovo meccanismo con proprie caratteristiche (che non comporti quindi la mera continuazione degli effetti del contratto originario), lo stesso dovrà essere incluso tra i meccanismi la cui prima fase è successiva al 25 giugno 2018.

## **5. Profili sanzionatori (paragrafo 6)**

### **5.1 Obiettive condizioni di incertezza (paragrafo 6)**

#### Proposta di modifica o di integrazione

La proposta di integrazione allo Schema di Circolare concerne la possibilità di disporre, per il primo trimestre di applicazione della normativa in commento, della non applicazione delle sanzioni. Sebbene infatti la Direttiva sia del 2018 e la prima bozza di Decreto Legislativo di recepimento della Direttiva comunitaria sia datata gennaio 2020, sono stati resi noti, solo nelle ultime settimane il DM attuativo, il Provvedimento e lo Schema di Circolare che sono andati ad individuare con maggiore livello di dettaglio le peculiarità italiane di recepimento della normativa comunitaria. Si pensi a tal proposito, a titolo

esemplificativo, alla specifica e unica interpretazione del criterio del vantaggio principale che ha destato molto stupore e preoccupazione per la sua determinazione e che, nei fatti, risulta essere elemento dirimente per la riportabilità di molti meccanismi e per cui ancora ad oggi permangono margini di incertezza in merito alla sua concreta determinazione.

Stante quanto sopra, apparirebbe opportuno prevedere che non siano applicate sanzioni per effetto di quanto previsto, ad esempio, dall'articolo 10 comma 3 della legge n. 212 del 2000 (Statuto dei diritti del contribuente) nonché per effetto delle disposizioni di cui all'articolo 6, comma 2, del Decreto Legislativo n. 472 del 1997, circoscrivendo tale previsione ai soli meccanismi da comunicarsi entro il primo trimestre 2020, permettendo quindi all'Agenzia delle Entrate, come previsto dall'art. 9 del Decreto Legislativo, di poter procedere con lo scambio di informazioni con gli Stati membri, entro il 30 aprile 2021. In tale scenario quindi, riteniamo dovranno essere ritenute valide e tempestive tutte le comunicazioni inviate entro il 31 marzo 2021, anche qualora il termine ordinario scada antecedentemente a tale data

## **5.2 Ravvedimento operoso (paragrafo 6)**

### Paragrafo dello Schema di Circolare

*In considerazione della generale applicabilità dell'istituto del ravvedimento operoso, al sistema sanzionatorio in commento trova applicazione l'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472.*

### Proposta di modifica o di integrazione

Con riferimento alla disciplina del ravvedimento operoso, si chiede che venga chiarito quale siano le fattispecie applicabili. In base a precedenti risposte fornite dall'Amministrazione Finanziaria per fattispecie analoghe (i.e. Country by country reporting), si chiede sia confermato che la sanzione ridotta alla metà per comunicazioni eseguite tardivamente, ma comunque entro i 15 giorni, siano ravvedibili tramite l'istituto del ravvedimento operoso. In tutti gli altri casi, si farà invece riferimento alle riduzioni di volta in volta applicabili, ai sensi delle lettere da a-bis) a b-quater) del comma 1 dell'articolo 13 del Decreto Legislativo n. 472 del 1997, alla misura minima prevista dall'articolo 12 del Decreto Legislativo.

## **6. Elementi distintivi - “Hallmarks” (paragrafo 7)**

### **6.1 Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale (paragrafo 7.2)**

#### **6.1.1 Conversione del reddito in capitale, conferimenti, apporti, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta (paragrafo 7.2.2)**

#### Rilevanza delle analisi sui prezzi di trasferimento predisposte dal contribuente

Si ravvisano delle criticità nella lettura dell'esempio 12 – conversione di profitti di impresa in dividendi - inserito all'interno dello Schema di Circolare, il quale fa riferimento alla determinazione di un prezzo di trasferimento difforme rispetto al principio di libera concorrenza.

Andrebbe previsto che l'Hallmark B2 risulterebbe applicabile ai soli casi di palese non conformità in cui il contribuente non sia in grado di giustificare il valore di libera concorrenza della transazione infragruppo.

Qualora il contribuente sia in grado di giustificare il valore di libera concorrenza, anche mediante analisi sui prezzi di trasferimento l'Hallmark B2 in esame dovrebbe ritenersi non applicabile nell'esempio citato, indipendentemente dalla circostanza per cui, in sede di verifica, l'Amministrazione finanziaria contesti ex post la conformità al valore di mercato del prezzo applicato. Tale circostanza risulta ancora più evidente qualora il contribuente predisponga gli oneri documentali ai sensi dell'art. 26 del Decreto Legislativo

78/2010 e fornisca completa evidenza dell'operazione infragruppo e delle relative analisi economiche a supporto.

Si ritiene inoltre opportuno specificare che, in ogni caso, i dividendi dovrebbero essere superiori al differenziale tra il valore normale ed il corrispettivo allocato affinché l'obbligo di comunicazione del meccanismo risulti integrato.

Più in generale, andrebbe dunque chiarito che qualora la riportabilità dipenda dalla determinazione di un prezzo di trasferimento difforme rispetto al principio di libera concorrenza (si pensi come ulteriore esempio all'Hallmark C4) qualora il contribuente sia in grado di giustificare il valore di libera concorrenza, abbia predisposto analisi sui prezzi di trasferimento che consentono di supportare la natura di libera concorrenza dell'operazione infragruppo o abbia aderito agli oneri documentali ai sensi dell'art. 26 del Decreto Legislativo 78/2010, il meccanismo non è comunicabile indipendentemente da eventuali contestazioni in sede di verifica.

## **6.2 Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere (paragrafo 7.3)**

### **6.2.1 Pagamenti deducibili tra imprese associate: pagamento che beneficia di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente ai fini fiscali (paragrafo 7.3.1)**

#### Paragrafo dello Schema di Circolare

*(...)In ultimo, in relazione all'elemento distintivo di cui alla lettera C, punto 1, lettera d) del decreto legislativo, che risulta integrato quando «il pagamento beneficia di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali», si ritiene che il concetto di regime preferenziale è quello desumibile dal rapporto OCSE Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report del progetto BEPS, che fa riferimento a quei regimi di tassazione agevolata che, in ragione delle loro caratteristiche (ad esempio basso livello di tassazione effettiva, mancanza di requisiti sostanziali delle attività agevolate, scarsa trasparenza), sono ritenuti potenzialmente dannosi, in quanto concretamente utilizzabili per pratiche di pianificazione aggressiva a livello internazionale. (...) Coerentemente con l'impostazione assunta nei citati rapporti, si ritiene che 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).*

#### Proposta di modifica o di integrazione

La circolare precisa che il concetto di regime preferenziale è quello desumibile dall'OCSE che fa riferimento a quei regimi di tassazione agevolata che, in ragione delle loro caratteristiche sono ritenuti potenzialmente dannosi, in quanto concretamente utilizzabili per pratiche di pianificazione aggressiva a livello internazionale. Su tale base si ritiene che vada modificato l'inciso secondo cui *"coerentemente con l'impostazione assunta nei citati rapporti, si ritiene che 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"*.

A parere di chi scrive la frase andrebbe modificata per includere, tra i meccanismi riportabili, solo quelli "dannosi", e non per escludere quelli "non dannosi". La modifica proposta è la seguente: *"coerentemente con l'impostazione assunta nei citati rapporti, si ritiene che possano essere considerati come regimi preferenziali esclusivamente quelli per i quali a seguito di verifica da parte dell'OCSE sia stato loro attribuito il giudizio di "dannoso"*.

Ciò consentirebbe, in particolare, di escludere dall'ambito di comunicazione molti dei regimi che non sono dannosi e per i quali l'OCSE non ha ancora completato il processo di verifica (indicati come "under review") oltre che altre casistiche che non sono rilevanti ai fini della normativa in esame.

### **6.2.2 Per lo stesso ammortamento sul patrimonio sono chieste detrazioni in più di una giurisdizione (paragrafo 7.3.2)**

#### Paragrafo dello Schema di Circolare

*(...) Inoltre, considerato che la finalità della disposizione in commento è quella di intercettare fenomeni di doppia deduzione di componenti negativi di reddito, per ragioni logico-sistematiche si ritiene che l'elemento distintivo in commento ricorra anche qualora la multipla deduzione non derivi da un singolo attivo patrimoniale, ma anche dal complesso organizzato dei beni aziendali deputato allo svolgimento dell'impresa che determina nel suo insieme risultati sintetici (utili o perdite di esercizio). In tale prospettiva, quindi, assumono rilievo anche le situazioni di doppia deduzione di perdite fiscali effettuata in più di una giurisdizione.*

#### Proposta di modifica o di integrazione

La nostra proposta di modifica concerne l'interpretazione estensiva inclusa nel passaggio sopra riportato del paragrafo 7.3.2, in base alla quale, l'Agenzia delle Entrate sembrerebbe includere, nella definizione di tale elemento distintivo, non solo il concetto che è proprio di tale elemento, vale a dire un meccanismo nel quale vi sia un medesimo attivo patrimoniale che genera ammortamenti dedotti in più di una giurisdizione, ma anche un complesso organizzato di beni da cui derivi una duplice deduzione.

A tal proposito, riteniamo contrario allo spirito della norma la sopra riportata estensione che andrebbe ad evidenziare situazioni non nello spirito di quanto previsto dalla Direttiva e dal Decreto Legislativo. A tal proposito si ricorda quanto riportato nella relazione illustrativa alla bozza di Decreto Legislativo in cui, con riferimento agli elementi distintivi, veniva citata la volontà di mantenere invariato il contenuto dell'Allegato I, per mantenerne la coerenza rispetto alla Direttiva, stante la natura reciproca intrinsecamente reciproca dello scambio di informazioni.

Stante quanto sopra specificato, qualora venisse comunque confermato il sopra citato passaggio, si richiede che venga confermato che lo stesso risulti applicato solo in quelle fattispecie per cui nel complesso di beni sia incluso almeno un attivo che comporta un processo di ammortamento. Inoltre, si ritiene che nella descrizione della fattispecie sia integrato il concetto di inclusione del reddito in entrambe le giurisdizioni per cui, sebbene vi sia una doppia deduzione la conseguente doppia tassazione dei redditi, possa portare all'esclusione dell'applicazione dell'elemento distintivo. Di conseguenza l'esempio 23 sarebbe da considerarsi come fattispecie specifica che renderebbe l'elemento distintivo soddisfatto solo poiché vi è una situazione di compensazione con utili che non sono a doppia inclusione. A tal proposito si rimanda infine al contenuto dell'esempio incluso nel *Working Party IV – Direct Taxation - 24 September 2018 prepared by the Commission Services*.

### **6.2.3 Simultaneo utilizzo di rimedi contro la doppia imposizione in più giurisdizioni (paragrafo 7.3.3)**

#### Paragrafo dello Schema di Circolare

*(...) casi di meccanismi elaborati per sfruttare situazioni in cui i redditi ritraibili da uno strumento finanziario risultano attribuibili contestualmente a più soggetti residenti fiscalmente in Stati diversi con l'effetto di consentire la simultanea utilizzazione di crediti d'imposta, esenzioni o esclusioni in diverse giurisdizioni..*

#### Proposta di modifica o di integrazione

Un ulteriore elemento che, rispetto alla definizione degli elementi distintivi si ritiene che meriti di essere chiarito attiene al concetto di reddito e alla sua inclusione nelle giurisdizioni dei paesi in cui sono utilizzati rimedi contro le doppie imposizioni.

Si ritiene infatti che qualora il medesimo componente di reddito sia incluso nelle giurisdizioni in cui viene anche posto in essere il rimedio contro la doppia imposizione, ciò non implichi il verificarsi dell'elemento distintivo in commento. Qualora invece, come nell'esempio 24 incluso nel paragrafo dello Schema di

Circolare il reddito in una delle giurisdizioni interessate sia compensato con un componente negativo, ma lo stesso continua a beneficiare del rimedio dalla doppia imposizione, allora si può concludere positivamente sull'applicazione dell'elemento in commento.

#### **6.2.4 Trasferimenti di attivi (paragrafo 7.3.4)**

##### Paragrafo dello Schema di Circolare

*(...) La differenza tra valore fiscale riconosciuto all'attivo oggetto di transazione negli Stati interessati rispetto al valore di mercato dello stesso deve essere significativa nel senso che deve trattarsi di differenze che in valore assoluto siano pari almeno al 10% del valore di mercato attribuito all'attivo. (...)*

##### Proposta di modifica o di integrazione

Si ritiene che la soglia del 10% inserita all'interno dello schema di Circolare in commento sia eccessivamente bassa. Autorizzare l'inserimento di tale soglia comporterebbe la potenziale riportabilità di un numero cospicuo di operazioni aventi effetti fiscali non particolarmente significativi, pertanto in linea di principio non rilevanti ai fini della normativa in esame.

Appare inoltre poco pertinente alla casistica in commento il riferimento al Decreto Legislativo 74/2000. Si noti invece che le stesse Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento, con riferimento ai Beni Immateriali di Difficile Valutazione (HTVI) indicano come scostamenti significativi nella valutazione dei beni una soglia minima del 20%.

#### **6.3 Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico d'informazioni e la titolarità effettiva (paragrafo 7.4)**

##### **6.3.1. Meccanismi transfrontalieri che hanno l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dal CRS (paragrafo 7.4.1)**

##### Paragrafo dello Schema di Circolare

*(...) Considerato il riferimento contenuto nel testo dell'elemento distintivo agli «**accordi equivalenti** sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, compresi accordi con i paesi terzi» è da ritenere che l'Hallmark in commento riguardi anche i meccanismi che abbiano l'effetto di compromettere gli obblighi di comunicazione previsti dall'accordo intergovernativo **su basi reciproche** stipulato tra l'Italia e gli Stati Uniti d'America e finalizzato, come già anticipato, ad attuare la disciplina FATCA sullo scambio di informazioni sui conti finanziari intrattenuti presso istituzioni finanziarie estere dai rispettivi cittadini (...) enfasi aggiunta.*

##### Proposta di modifica o di integrazione

Nell'ambito degli «**accordi equivalenti** sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, compresi accordi con i paesi terzi», è richiamato l'«**accordo intergovernativo su basi reciproche** stipulato tra l'Italia e gli Stati Uniti d'America e finalizzato (...) ad attuare la disciplina FATCA»,

Tuttavia, l'articolo 2, comma 2, lettera b) del citato accordo, evidenzia che l'Italia riceve dagli Stati Uniti un set informativo parziale rispetto a quello fornito (e rispetto a quello previsto dalla normativa CRS), come peraltro dichiarato nell'articolo 6 del medesimo accordo intergovernativo citato di seguito: "**Reciprocity**. *The Government of the United States acknowledges the need to achieve equivalent levels of reciprocal automatic information exchange with Italy. The Government of the United States is committed to further improve transparency and enhance the exchange*"

Pertanto, l'accordo intergovernativo FATCA, stipulato tra l'Italia e gli Stati Uniti, non dovrebbe essere considerato al pari di un **accordo equivalente e su basi reciproche** come l'accordo CRS (al quale gli Stati Uniti hanno deciso di non aderire) e non dovrebbe essere dunque richiamato agli effetti in rassegna.

### **6.3.2. Meccanismi che determinano una catena di titolarità legale o effettiva non trasparenti (paragrafo 7.4)**

#### Paragrafo dello Schema di Circolare

*(...) Gli elementi distintivi elencati alla lettera D.2 si riferiscono alla disciplina sulla prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo (in sintesi AML/CFT) che, sulla base delle raccomandazioni OCSE elaborate dal Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI-FATF), è stata attuata nell'ordinamento della Unione Europea con apposite Direttive antiriciclaggio. La V Direttiva 2018/843 (c.d. V AMLD), è stata recepita in Italia con il decreto legislativo 4 ottobre 2019, n. 125, modificativo del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231.*

Inoltre, il paragrafo 4 dello schema di Circolare, con riferimento agli "obblighi di comunicazione", precisa quanto segue:

*(...) l'intermediario è tenuto a fornire al contribuente «la documentazione attestante che le medesime informazioni sono state già oggetto di comunicazione all'Agenzia delle Entrate o ad altra autorità competente (...)*

#### Proposta di modifica o di integrazione

La segnalazione degli elementi distintivi della lettera D.2 dovrebbe essere collegata ad una segnalazione per operazioni sospette (SOS) effettuata ai fini della normativa antiriciclaggio.

In questo caso, allo scopo di evitare conflitti con gli obblighi di riservatezza previsti dall'articolo 39 del Decreto Legislativo. 231/2007, rubricato "Divieto di comunicazioni inerenti le segnalazioni sospette", si dovrebbe prevedere un motivo di esonero dell'obbligo dell'intermediario di fornire al contribuente la citata "documentazione attestante che le medesime informazioni sono state già oggetto di comunicazione all'Agenzia delle Entrate o ad altra autorità competente".

### **6.4 Elementi distintivi specifici riguardanti i prezzi di trasferimento (paragrafo 7.5)**

#### **6.4.1 Safe harbour unilaterale (paragrafo 7.5.1)**

#### Paragrafo dello Schema di Circolare

*(...) In particolare, può essere considerato regime rientrante nel novero dei safe harbour unilaterali, anche in assenza di un atto normativo che lo istituisca, una prassi costante, che sfocia in una serie di accordi tra un'Autorità fiscale e contribuenti, caratterizzata da un approccio sistematico ed assenza di attività discrezionale da parte della pubblica amministrazione e che, con riferimento a singole transazioni o operazioni, produce effetti sostanzialmente simili a quelli di un "safe harbour".*

#### Proposta di modifica o di integrazione -1

Si ritiene che ulteriori chiarimenti andrebbero forniti con riferimento alle fattispecie che possono essere o meno annoverate all'interno della categoria dei "safe harbour unilaterali", con particolare attenzione alla definizione di "approccio sistematico ed assenza di attività discrezionale" da considerare nel delineare o meno una fattispecie come rilevante ai fini della categoria in oggetto.

In linea con le indicazioni fornite da altri Stati membri, andrebbe confermato che gli accordi preventivi unilaterali ("APA"), in quanto strumento di dialogo tra Amministrazione finanziaria e imprese che esercitano attività internazionale, non dovrebbero essere considerati *safe harbour*, dunque rilevanti ai fini della categoria E1, in quanto accordi conclusi per definizione nel rispetto del principio di libera concorrenza sulla base di specifici fatti e circostanze, non invece sulla base di un "approccio sistematico" di semplificazione delle politiche di remunerazione a livello infra-gruppo. Si precisa che tale indicazione è

stata puntualmente inserita all'interno di svariate guide emesse da Stati membri tra cui, a titolo esemplificativo, dalla Francia, Regno Unito e dal Belgio.

#### Proposta di modifica o di integrazione - 2

Si ritiene inoltre opportuna un'ulteriore puntualizzazione da parte dell'Agenzia delle Entrate con riferimento a quelle fattispecie annoverabili all'interno della categoria dei *safe harbour unilateral*, per le quali il contribuente dimostri, attraverso la predisposizione di appropriate analisi sui prezzi di trasferimento, la conformità al valore di libera concorrenza. Stante la possibilità di valorizzare la natura di libera concorrenza dell'operazione attraverso tali ulteriori analisi, le fattispecie in oggetto non dovrebbero essere riportabili ai fini DAC 6, in quanto sarebbe dimostrato che l'operazione è in linea con gli standard internazionali previsti all'interno delle Linee Guida OCSE sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali.

### **6.4.2 Beni immateriali di difficile valutazione (paragrafo 7.5.2)**

#### Paragrafo dello Schema di Circolare

*L'elemento distintivo ricomprende tutte quelle transazioni che determinano il trasferimento di beni immateriali (brevetti, marchi, know-how, diritti d'autore, ecc.) o la concessione di diritti su beni immateriali, che per loro natura risultano di difficile valutazione.*

#### Proposta di modifica o di integrazione - 1

Nell'ambito dell'Hallmark in commento, sono auspicabili ulteriori chiarimenti con riferimento alle potenziali casistiche rilevanti. Si pensi, a titolo esemplificativo, ad una operazione di cessione d'azienda che riguarda un insieme di asset, al cui interno sono ricompresi anche una o più categorie di beni identificabili come *hard-to-value intangibles*.

Ebbene, si ritiene opportuno chiarire che la mera presenza di un HTVI all'interno dell'insieme di asset oggetto di cessione non possa, di per sé, considerarsi fattispecie rilevante ai fini dell'identificazione di un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione secondo la categoria E2.

In altri termini andrebbe ulteriormente chiarito che l'Hallmark rileva esclusivamente nel caso di trasferimento di HTVI o diritti sugli stessi.

#### Proposta di modifica o di integrazione - 2

Andrebbe specificato, alla luce del tenore letterale dell'Hallmark in oggetto che, l'operazione potenzialmente soggetta all'obbligo di comunicazione debba comportare un trasferimento transfrontaliero dell'HTVI, cioè un trasferimento domestico non dovrebbe mai essere oggetto di comunicazione. A titolo esemplificativo, una cessione di un bene immateriale di difficile valutazione tra due soggetti che operano all'interno del medesimo territorio nazionale (ad es. società residente in Italia e Stabile Organizzazione italiana di un soggetto residente all'estero) non andrebbe comunicata.

Pur se non prevista letteralmente tale precisazione sembrerebbe maggiormente allineata allo spirito della normativa. Ciò è indirettamente provato dal fatto che il successivo Hallmark E3 prevede che i trasferimenti (di funzioni, rischi ed asset) debbano essere transfrontalieri.

In subordine, andrebbe comunque previsto che qualsiasi operazione di riorganizzazione transfrontaliera (come ad esempio operazioni di fusione e scissione che sono considerate fiscalmente neutrali) che non comporti il trasferimento di HTVI al di fuori del territorio, dovrebbe essere esclusa dal novero dei meccanismi soggetti ad obbligo di comunicazione. In aggiunta alle motivazioni sopra descritte, tali operazioni sono fiscalmente neutrali e pertanto non dovrebbero costituire oggetto di comunicazione ai fini della normativa in esame.

### **6.4.3 Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività (paragrafo 7.5.3)**

#### Paragrafo dello schema di Circolare

*L'applicazione dell'elemento distintivo, dal punto di vista quantitativo, richiede determinazioni riguardanti l'EBIT da effettuarsi sulla base dei bilanci previsionali delle singole entità interessate, piuttosto che a livello di consolidato locale.*

*Il test di verifica sulla presenza dell'elemento distintivo richiede di determinare se l'EBIT medio del cedente, durante il triennio successivo alla transazione, determinato al momento in cui sorge l'obbligo, sia inferiore al 50% dell'EBIT medio che si sarebbe prodotto in assenza del trasferimento transfrontaliero.*

#### Proposta di modifica o di integrazione

Un elemento che richiede ulteriori chiarimenti riguarda la definizione di EBIT, in quanto non definita all'interno dello schema di Circolare.

Il punto è di estrema rilevanza considerate le potenziali difficoltà interpretative ed il potenziale disallineamento tra le tecniche contabili dei vari Stati membri che potrebbero compromettere l'uniformità nella determinazione del dato utile per verificare l'applicabilità dell'Hallmark in oggetto.

In aggiunta deve essere considerato che gli schemi di bilancio utilizzati possono essere diversi a seconda dell'attività del contribuente. Si pensi ad esempio alle differenze tra lo schema di bilancio di una società industriale rispetto ad una banca o istituzione finanziaria. Per ciascuna di queste casistiche andrebbe chiarito cosa si intende per EBIT. In tal senso, nella definizione dell'Hallmark E3 contenuta nell'Allegato al Decreto Legislativo, l'EBIT è definito come l'utile "del cedente o dei cedenti al lordo di interessi e imposte".

A tale proposito andrebbe confermato che i valori rilevanti ai fini della determinazione dell'EBIT siano quelli di bilancio e non quelli fiscali.

Andrebbe inoltre chiarito, come è stato fatto in altri paesi europei (ad esempio, in Francia), che per EBIT si deve intendere il "risultato operativo" dell'impresa da calcolarsi, pertanto, escludendo gli interessi attivi/passivi, i dividendi, le plusvalenze/minusvalenze e le imposte, sia per le imprese industriali sia per le *holding* di partecipazioni industriali che redigono il bilancio in base agli schemi del Codice Civile.

Con specifico riferimento a questi ultimi soggetti, occorrerebbe precisare che dividendi, interessi, i componenti reddituali derivanti dalla cessione di partecipazioni e le imposte non concorrono alla formazione dell'EBIT.

Altra questione rilevante attiene a meccanismi transfrontalieri che prevedono il trasferimento di asset rischi e funzioni da una stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente ad una società italiana appartenente allo stesso gruppo o viceversa.

In tali casi si ritiene che l'Hallmark in disamina, nel richiedere l'effettuazione di un "trasferimento transfrontaliero infragruppo", ponga un requisito oggettivo ulteriore rispetto a quello ordinariamente rinvenibile in tutte le altre tipologie di Hallmarks; vale a dire l'attuazione di un meccanismo transfrontaliero la cui definizione è contenuta nell'art. 2, comma 1 del Decreto Legislativo.

In particolare, la specificazione, nell'ambito dell'Hallmark in disamina, che il meccanismo debba consistere in un trasferimento transfrontaliero infragruppo sembra limitare l'ambito oggettivo di applicazione di questo Hallmark esclusivamente ai casi in cui asset, rischi e funzioni oggetto di trasferimento travalichino i confini del territorio nazionale.

Per cui nel caso di specie si ritiene che le parti non stiano tuttavia attuando un trasferimento transfrontaliero di asset, rischi e funzioni rilevante ai fini dell'Hallmark E3. Ciò in considerazione del fatto che asset, rischi e funzioni trasferiti restano confinati in Italia sia prima che dopo il trasferimento.

Quanto sopra dovrebbe altresì essere confermato in quelle situazioni in cui l'operazione che coinvolge il business esistente presso la stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente sia parte di un'operazione più ampia che preveda un trasferimento transfrontaliero di asset rischi e funzioni fra due paesi diversi dall'Italia.

Ci si riferisce, in particolare, a quelle operazioni effettuate negli ultimi anni in previsione della Brexit.

Trattasi di operazioni in cui un soggetto residente nel Regno Unito con stabile organizzazione in Italia (ed altri paesi) effettua il trasferimento del suo business (o parte di esso) ad un'altra società del gruppo residente, ad esempio, in Irlanda. Nell'ambito del business oggetto di trasferimento figura anche quello condotto in Italia tramite la stabile organizzazione del soggetto UK. Tale business verrebbe accolto all'interno di una stabile organizzazione italiana della società irlandese destinataria del trasferimento.

In tali situazioni si chiede di confermare che la descritta operazione non deve essere comunicata all'Agenzia delle Entrate in considerazione del fatto che il meccanismo transfrontaliero riguardante l'Italia comporta un trasferimento transfrontaliero di asset rischi e funzioni (che evidentemente restano in Italia). La circostanza che il trasferimento del business incardinato nella branch italiana del soggetto residente nel Regno Unito sia parte di un meccanismo più ampio che comporta in esso un trasferimento transfrontaliero di business fra Regno Unito ed Irlanda non assume rilevanza ai fini della comunicazione in Italia in quanto trattasi di meccanismo transfrontaliero non riguardante l'Italia e, pertanto, non rientrante nella definizione recata dall'art. 2, comma 1 del Decreto Legislativo.

Nel caso in cui, diversamente da quanto sopra prospettato, codesta spettabile Agenzia ritenesse che le sopra elencate operazioni rientrino nell'accezione di "trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività rilevante ai fini dell'Hallmark in disamina andrebbero altresì precisati i seguenti dubbi interpretativi:

A) con riferimento a quale entità (trasferente) occorra accertare la riduzione prospettica di EBIT nel caso di trasferimento di asset rischi e funzioni da parte di una stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente. In particolare, non è ben chiaro se tale riduzione di EBIT debba essere appurata con riferimento alla casa madre o alla sua stabile organizzazione in Italia. Invero, in tale ultimo caso, la riduzione prospettica di EBIT sarebbe sempre verificata in tutti quei casi in cui oggetto di trasferimento sia l'intero business presente in Italia. Diversamente, se occorre invece guardare alla riduzione prospettica di EBIT in capo alla casa madre, potrebbero non essere molti i casi in cui tale EBIT si riduca del 50% o più per effetto del solo trasferimento di asset, rischi e funzioni presenti in Italia. Inoltre, se occorresse guardare unicamente alla riduzione di EBIT registrata presso la casa madre, finiremmo per escludere sempre dall'Hallmark in disamina operazioni di trasferimento transfrontaliero di rischi, funzioni e attività fra la stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente e la stabile organizzazione che lo stesso soggetto ha in un altro paese. Quanto sopra per l'evidente motivo che, nella prospettata operazione, non si verifica alcuna riduzione di EBIT in capo alla casa madre.

B) come debba essere appurata la riduzione di imposta ai sensi dell'art. 6 del DM Attuativo. In particolare, considerato che nelle prospettate operazioni non si verifica alcuna riduzione di imposta in Italia (il business oggetto di trasferimento resta in Italia) ci si domanda se occorra fare riferimento alla possibile riduzione di imposte che il meccanismo consente di conseguire all'estero. E così, nel caso delle menzionate operazioni di Brexit, potrebbe rilevare la riduzione di imposte che il meccanismo consente di ottenere per il fatto che il reddito del soggetto residente nel regno Unito (inclusivo del reddito della sua stabile organizzazione in Italia) veniva tassato nel Regno Unito ad un'aliquota, prima dell'operazione, più alta di quella applicabile in Irlanda dopo l'operazione. Diversamente, nel caso in cui non si verifichi il suddetto risparmio di imposta, l'operazione non sarebbe comunicabile all'Agenzia delle Entrate.