

Milano, 15 gennaio 2021

Spett.le Agenzia delle Entrate

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

**Oggetto: Consultazione pubblica sullo schema di circolare recepimento DAC6.**

## I. Introduzione

Nell'ambito della consultazione pubblica sullo schema di circolare (di seguito anche "Circolare") dell'Agenzia delle Entrate che fornisce chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione come previsto dal decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva "DAC6", di seguito "Decreto Legislativo"), lo studio Andersen Tax & Legal Italia fornisce di seguito le proprie osservazioni e contributi ringraziando l'Amministrazione finanziaria per questa opportunità di confronto.

## II. Commenti ed osservazioni allo schema di Circolare

### **Tematica: Paragrafo 2.1 – Intermediari**

#### **Osservazioni/Contributi**

In relazione al concetto di "fornitore di servizi" la Circolare specifica che è tale 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"*. Viene altresì chiarito che le suddette attività di assistenza e consulenza *"si sostanziano in attività di supporto al promotore"*. Ne consegue che un *service provider* che svolge tali attività di assistenza e consulenza a "diretto" supporto del contribuente non dovrebbe essere qualificato come "fornitore" ai sensi della normativa in esame. Si chiede di chiarire questo punto in maniera esplicita.

Sempre sul medesimo punto, la Circolare risulta estremamente vaga in merito a come debbano essere identificate le attività di assistenza e consulenza che qualificano un *service provider* come "fornitore di servizi" ai fini della normativa in esame. In particolare, con riferimento alla predisposizione di pareri fiscali (cc.dd. *tax opinion*) connessi ad un meccanismo, la Circolare fa rientrare tale attività all'interno della "organizzazione" del meccanismo, che compete al promotore e non al *service provider*. Per cui, in relazione a meccanismi per i quali il promotore abbia già integralmente elaborato, commercializzato, organizzato o messo gli stessi a disposizione di potenziali utilizzatori, e per i quali il promotore stesso o il contribuente chiede ad un *service provider* locale di fornire una *tax opinion* o una *second opinion* in merito a specifici rischi di natura fiscale del meccanismo già elaborato magari da altri soggetti (e.g., ExtraUE) e dato per assunto, si chiede di indicare come debba essere considerata tale attività in capo al *service provider* locale, ossia, se la stessa integri o meno i presupposti per qualificare il *service provider* come "fornitore" o meno. In generale, si chiede di indicare più compiutamente quale sia il discrimine tra attività effettuate da un *service provider* che lo qualificano come "fornitore" da quelle che non integrano tale presupposto.

### **Tematica: Paragrafo 3 – Ambito oggettivo**

### **Osservazioni/Contributi**

In merito al concetto di “transnazionalità” desunto dall’articolo 2, comma 1, lett. a), del Decreto Legislativo, l’ultima frase del paragrafo in questione chiarisce che *“risulta evidente che il requisito della transnazionalità è sempre verificato in presenza di meccanismi rilevanti ai fini degli elementi distintivi di cui alla lettera D) dell’Allegato 1 al decreto legislativo, posti a presidio del CRS e delle procedure di identificazione del titolare effettivo”*.

A nostro avviso anche gli elementi distintivi di cui alla lettera E) dell’Allegato 1 al Decreto Legislativo integrano sempre il requisito della transnazionalità posto che gli stessi sono relativi a questioni attinenti alla disciplina dei prezzi di trasferimento, che per definizione è transnazionale.

### **Tematica: Paragrafo 3.1 – Meccanismo transfrontaliero: aspetti definitivi**

#### **Osservazioni/Contributi**

Con specifico riferimento alle caratteristiche che deve possedere un meccanismo affinché possa essere valutato come “transfrontaliero”, al punto 4 del paragrafo 3.1 in questione la Circolare chiarisce che è tale un meccanismo dove *“uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto, senza essere residenti ai fini fiscali o avere una stabile organizzazione in una giurisdizione estera, svolgono in tale giurisdizione la propria attività”*.

Subito dopo la Circolare chiarisce ulteriormente questo punto affermando che *“La condizione sopra riportata è da intendere nel senso che:*

*- un partecipante (contribuente o promotore) è fiscalmente residente in Italia e svolge l’attività in uno Stato estero senza che si configuri una stabile organizzazione; oppure*

*- un partecipante (contribuente o promotore) è residente in uno Stato estero e svolge l’attività in Italia senza che si configuri una stabile organizzazione”*.

Ebbene, in relazione al secondo punto sopra richiamato (i.e., “un partecipante (contribuente o promotore) è residente in uno Stato estero e svolge l’attività in Italia senza che si configuri una stabile organizzazione”) si chiede di fornire un esempio di come tale circostanza possa verificarsi posto che un partecipante che svolge l’attività in Italia senza che si configuri (lecitamente, n.d.r.) una stabile organizzazione potrebbe non essere soggetto ad alcun adempimento fiscale in Italia, risultando quindi estraneo all’Amministrazione finanziaria e non esservi alcun risparmio d’imposta in Italia mancando quello che crea necessariamente il collegamento con il Territorio dello Stato.

### **Tematica: Paragrafo 3.4 – Criterio del vantaggio principale**

#### **Osservazioni / Contributi:**

Il Decreto Legislativo, nel recepire i contenuti della direttiva 2011/16/EU, così come modificati dalla direttiva 2018/822 del 25 maggio 2018 DAC 6, si riferisce al concetto centrale di “vantaggio fiscale” che ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero.

Detto vantaggio, in applicazione dell’art. 7 del decreto ministeriale del 17 novembre 2020 attuativo dell’art. 5 comma secondo del Decreto Legislativo (“Decreto Ministeriale”), deve considerarsi principale o “prevalente” in relazione all’esistenza di vantaggi di natura extratributaria, in esito ad uno specifico Main Benefit Test (“MBT”). La Circolare prescrive espressamente che il MBT:

- a) deve rispondere a criteri “oggettivi”;
- b) corrisponde ad un confronto tra le imposte che risultano dall’attuazione del meccanismo transfrontaliero e quelle che sarebbero dovute in assenza dello stesso;

c) milita alla verifica, quindi, di una potenziale riduzione dell'imposta, da determinarsi con riferimento agli effetti fiscali complessivi, da calcolarsi – più nello specifico – tenendo conto delle imposte dovute in Italia e di quelle dovute negli altri Paesi dell'Unione Europea, nonché negli altri Paesi extra – EU con i quali saranno raggiunti accordi per l'applicazione della DAC 6.

Si ritiene che i chiarimenti prodotti dall'Agenzia delle Entrate nella Circolare siano privi di criteri utili per l'esatta individuazione del vantaggio fiscale prevalente.

Il principale è l'assenza di un parametro di riferimento temporale sia per i vantaggi fiscali che per quelli extra fiscali.

Accade sovente, infatti, che il vantaggio non sia meramente fiscale, come ad esempio nel caso delle imposte differite (tax deferral) dove il vantaggio è esclusivamente finanziario. Si chiede come debba essere inteso il vantaggio in questi casi in quanto la Circolare, nel concetto di riduzione di imposta, tra gli altri esempi, indica anche “*il differimento del pagamento dell'imposta o l'anticipo di un rimborso di imposta*”.

Inoltre, la formula del MBT è completamente avulsa dai fattori specifici che ogni meccanismo transfrontaliero comporta, come per esempio:

a) il riferimento puntuale al metodo di calcolo: anche dagli esempi della Circolare, non è comprensibile se il confronto vada per esempio fatto tra i vantaggi prima delle imposte o tra quelli dopo le imposte (after tax - profit) oltre a non esservi un riferimento ai principi contabili o per meglio dire nessuna conferma che i principi contabili dovranno essere quelli utilizzati Paese per Paese dai soggetti coinvolti nell'operazione crossborder;

b) per i riferimenti soggettivi: nel caso di meccanismi transfrontalieri che riguardino più soggetti (es. famiglie o gruppi), potrebbe accadere che il vantaggio fiscale del gruppo sia diverso da quello dei singoli contribuenti coinvolti. In questo caso, come va inteso dunque il vantaggio, come somma di quello individuale o come sommatoria di quello del gruppo del soggetto coinvolto dall'operazione (ad esempio in ipotesi di consolidato fiscale)? Tali aspetti sono estremamente rilevanti, anche in relazione alla conoscenza che l'intermediario ha del meccanismo transfrontaliero, nonché ai fini di una sua eventuale responsabilità da esonero ex art. 3 comma 5 del Decreto Legislativo o in relazione a quella del contribuente stesso, ex art. 3 comma 9 del medesimo decreto;

I vantaggi di natura extrafiscale sono definiti dall'articolo 1, comma 1, lettera c) del Decreto Ministeriale come “qualunque vantaggio economico quantificabile di natura non fiscale”. La Circolare a titolo esemplificativo, riporta, nella misura in cui determinano vantaggi economici, il prezzo della transazione, la presenza di costi accessori (ad esempio costi di stoccaggio e di magazzino, commissioni di gestione, ecc.), le modalità di attuazione dell'operazione (ad esempio i tempi di consegna del bene o di realizzazione del servizio), l'impossibilità di acquisire il prodotto o servizio presso altri fornitori, l'esistenza di vincoli regolamentari, organizzativi, commerciali e produttivi che renderebbero eccessivamente onerosa la transazione con altri fornitori, l'ottenimento di sinergie organizzative.

La Circolare precisa tuttavia che, dovendosi trattare di vantaggio extrafiscale “economicamente quantificabile”, questo dovrebbe *ex se* consentire in primo luogo di circoscriverne l'ambito a quei benefici connessi agli aspetti economici dell'impresa oggettivamente determinabili. Per di più, tali vantaggi dovrebbero essere oggettivamente determinabili al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione e comprovabili attraverso adeguata documentazione contabile o extracontabile.

Se così è, la formula matematica postulata a pagina 35 della Circolare, che dovrebbe restituire un criterio oggettivo ai fini della individuazione della presenza di un “vantaggio fiscale principale” caratterizzante il meccanismo transfrontaliero, diventerebbe discrezionale per effetto dei vantaggi extrafiscali che per definizione sono una grandezza di non agevole determinazione.

\*

Con riferimento all' "ottenimento di sinergie organizzative", non è chiaro se in tale accezione debbano essere ricompresi anche gli "incidental benefits" e le "passive association" così come definiti ai paragrafi 7.12 e 7.13 delle linee Guida OCSE (2017) sui prezzi di trasferimento, e quale possa essere un approccio condiviso ai fini della loro quantificazione.

\*

In relazione al criterio del vantaggio principale (MBT), si richiamano i lavori di alcuni paesi membri (e.g., Germania) che hanno previsto l'inserimento di una casistica per la quale si presume che non sussista alcun vantaggio fiscale ("white list"). Tale "white list" ha lo scopo di chiarire quando il MBT è considerato a priori non soddisfatto pur in presenza di un beneficio fiscale, previsto e regolato dalla normativa fiscale domestica, che viene perciò considerato legittimo, esonerando i partecipanti dall'obbligo di comunicazione. Nell'ambito della Circolare, o in documenti di prassi da emanarsi successivamente, si auspica l'inserimento di una analoga lista di fattispecie per le quali il beneficio fiscale debba considerarsi legittimo ed il MBT possa ritenersi non soddisfatto al fine di agevolare l'analisi dei soggetti obbligati.

Inoltre, pur in assenza di una specifica "white list" italiana, si chiede di fornire chiarimenti in relazione al comportamento che devono tenere i partecipanti allo schema collegati con il territorio dello Stato in relazione a quelle fattispecie transnazionali per le quali uno o più dei Paesi esteri coinvolti nel meccanismo ritengono che non sia soddisfatto il MBT.

\*

#### *Esempio n.6*

In relazione alla verifica del Main Benefit Test (MBT), il calcolo del vantaggio extrafiscale proposto dalla Circolare non tiene conto di eventuali differenziali di tasso di interesse infragruppo rispetto a quello di mercato. Sebbene sia chiaro che la portata degli esempi non abbia carattere esaustivo, si chiede di indicare se in fattispecie similari tale variabile possa avere rilevanza.

\*

#### *Esempio n.7*

In relazione alla verifica del MBT, nel calcolo del vantaggio extrafiscale la Circolare non tiene conto dell'incremento di vendite conseguibili dall'acquisto di merci. Trattandosi, quella descritta nell'esempio 7, di una fattispecie molto ricorrente, si chiede di articolare ulteriormente l'esemplificazione commentando l'eventuale rilevanza dell'incremento di vendite di merci che abbatterebbero il vantaggio fiscale. Del resto, una società acquista per rivendere. Inoltre, sempre in relazione al medesimo esempio, la Circolare prosegue dichiarando che qualora il fornitore (BCo) non integrasse i presupposti per poter essere considerato impresa associata "nel calcolo del vantaggio fiscale non potrebbero essere computate le imposte estere pagate né da BCo, in quanto impresa non associata e dunque non rilevante ai fini del meccanismo, né da ACo, in quanto fiscalmente residente in uno Stato extra-UE non coperto da un accordo MDR". Ebbene, nel limitare l'effetto compensativo degli effetti fiscali complessivi, la Circolare sembra travalicare le chiare indicazioni della normativa di riferimento, secondo cui "il vantaggio fiscale si calcola tenuto conto delle imposte dovute in Italia e di quelle dovute negli altri Paesi dell'Unione europea, nonché in altre giurisdizioni estere con le quali vige uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'articolo 6, comma 1 del decreto legislativo" (cfr. relazione illustrativa all'articolo 7 del Decreto Ministeriale) senza porre limiti di sorta all'applicazione del calcolo complessivo tra le sole imprese associate. Pertanto, la seconda parte dell'esempio 7 andrebbe eliminata e andrebbe chiarito che le imposte di BCo andrebbero computate anche nell'ipotesi in cui questa fosse impresa non associata.

## **Tematica: Paragrafo 4.1.1 – Cause di esonero per l'intermediario**

### **Osservazioni/Contributi**

#### ***Segreto professionale***

La direttiva comunitaria DAC 6, espressamente dispone che “*Ciascuno Stato membro può adottare le misure necessarie per concedere agli intermediari il diritto all'esenzione dalla comunicazione di informazioni su un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica quando l'obbligo di comunicazione violerebbe il segreto professionale sulla base del diritto nazionale dello Stato membro*”.

L'art. 3 comma 4 del Decreto Legislativo espressamente sul punto recepisce la direttiva in questi termini: L'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione per le informazioni che riceve dal proprio cliente, o ottiene riguardo allo stesso nel corso dell'esame della posizione giuridica del medesimo o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del cliente stesso in un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentarlo o evitarlo, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso.

La Circolare puntualizza: Tale causa di esonero può essere fatta valere in situazioni ben specificate, riguardanti un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria (articolo 3, comma 4, del Decreto Legislativo), ossia:

- in caso di informazioni ricevute dal cliente, o ottenute dal medesimo, con riferimento ad attività di difesa e/o rappresentanza in un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria;
- in caso di informazioni ricevute dal cliente, o ottenute dal medesimo, sulla eventualità di intentare un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria.

dove per autorità giudiziaria vada intesa qualunque ramificazione della magistratura.

Si ritiene che tale precisazione sia del tutto limitativa del senso del Decreto Legislativo che riferisce, più in generale, ed in applicazione della direttiva DAC 6, all'obbligo di segreto professionale, secondo le leggi generali o ordinistiche.

In particolare, si ritiene che l'esame della posizione giuridica (legal o tax opinion, basata su “legal professional privilege”) possa anche esulare dal contesto di una rappresentanza giudiziaria ed in quanto tale auspichiamo un chiarimento oltre ad una esemplificazione.

#### ***Clausola di esonero “autoincriminazione da reato”***

Tale ipotesi di esonero, ai sensi dell'art. 3 comma cinque del Decreto Legislativo appare dubbia ed ambigua. Si sottolinea come la stessa, per esempio, non sia prevista a livello di Direttiva.

L'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero qualora dalle informazioni trasmesse possa emergere una sua responsabilità penale.

Per questo motivo, ferma l'indipendenza della magistratura penale dai poteri della pubblica amministrazione, si ritiene che i pochi chiarimenti offerti dalla bozza di circolare dovrebbero essere arricchiti con maggiore evidenza da parte dell'amministrazione fiscale.

In particolare, proprio in relazione all'ambito crossborder della tematica della DAC 6, si ritiene opportuna la necessità di chiarimenti in relazione a detto esonero, in presenza di:

- a) incriminazione certa o potenziale anche in concorso di reato: ad esempio, in presenza di una consulenza sul trasferimento lecito di fondi in Italia ad un soggetto residente - magari in presenza di una donazione di somme di denaro – dal titolare di una struttura offshore in un paese EU, potenzialmente implicante la ricorrenza dell'Hallmark D, l'intermediario che rilascia un parere sulla liceità giuridica di tale operazione è esonerato dalla comunicazione per la possibile contestazione di un concorso nel reato di cui all'art. 5 Dlgs 74/2000, per il rischio di applicazione della CFC rule in capo al contribuente?

b) incriminazione per aspetti penali rilevanti in altri Paesi diversi dall'Italia, coinvolti nel meccanismo frontaliero: su tale aspetto, si ritiene doveroso il chiarimento in merito all'estensibilità della clausola di esonero, ovvero se la responsabilità penale sia limitata a fatti rilevanti per la sola autorità giudiziaria penale italiana.

#### **Tematica: Paragrafo 4.3 Termine di presentazione all'Agenzia delle entrate**

##### **Osservazioni/Contributi**

Con riferimento al termine dei 30 giorni per l'obbligo di comunicazione in relazione alla data rilevante sia per lettera a) e b) si richiede di chiarire ulteriormente anche in via esemplificativa, stante la varietà possibile delle casistiche, cosa si intende per "messa a disposizione ai fini dell'attuazione" o termine in cui è stata avviata l'attuazione.

#### **Tematica: Paragrafo 6 – Profili sanzionatori**

##### **Osservazioni/Contributi**

In relazione all'obbligo concorrente di comunicazione per cui ciascun intermediario deve adempiere separatamente e la sanzione viene comminata in autonomia a ciascuno (con un effetto moltiplicativo non irrilevante), è opportuno che venga chiarito, per evitare interpretazioni estensive nel comminare le sanzioni previste, che tale situazione si riferisce esclusivamente ai casi in cui il meccanismo transfrontaliero è oggetto dell'attività di più intermediari. Nel caso di più contribuenti, l'obbligo non è concorrente in quanto sono state date chiare indicazioni in merito a chi come singolo soggetto è obbligato.

\*

In considerazione dell'imminenza dei primi obblighi di comunicazione e stante, ad oggi, l'assenza di indicazioni operative disponibili, si ritiene opportuno prevedere la sospensione delle sanzioni previste dall'articolo 12 del Decreto Legislativo in caso di trasmissione tardiva o incompleta/inesatta delle comunicazioni dovute nella prima fase applicativa della disciplina in esame.

#### **Tematica: Paragrafo 7.2.1 – Acquisizione di società in perdita**

##### **Osservazioni/Contributi**

In relazione all'elemento distintivo B.1, la Circolare chiarisce che lo stesso si ritiene integrato laddove sia verificata la contemporanea sussistenza delle seguenti fasi:

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

In merito all'ultimo punto (i.e., utilizzazione delle perdite per ridurre il debito d'imposta) la Circolare ribadisce che *"completa la configurazione dell'elemento distintivo, l'utilizzazione delle perdite della società acquisita da parte del soggetto controllante allo scopo di ridurre il suo debito d'imposta"*.

Si ritiene, quindi, che nella verifica del presente Hallmark debbano assumere rilevanza le norme antielusive specifiche volte a limitare la riportabilità delle perdite fiscali (e.g., articoli 84 e 172 del TUIR), in quanto le stesse esplicano un effetto immediato sulla sterilizzazione di fattispecie abusive volte a sfruttare i benefici indebiti delle cosiddette bare fiscali.

Per cui, dovendo dare rilievo all' "utilizzazione" delle perdite, si chiede di specificare che la verifica circa l'integrazione dell'Hallmark in oggetto andrebbe effettuata solo se residuano perdite fiscali riportabili dopo aver applicato le norme antielusive che limitano il riporto delle perdite.

**Tematica: Paragrafo 7.2.2 – Conversione del reddito in capitale, conferimenti, apporti, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta**

**Osservazioni/Contributi**

La Circolare propone un esempio di conversione di profitti di impresa in dividendi che integra l'Hallmark B.2. (esempio 12) nell'ambito del quale omette di precisare che la fattispecie ivi esemplificata può trovare applicazione solo a condizione che non siano stati predisposti gli oneri documentali in materia di prezzi di trasferimento o non sia stata posto il flag in dichiarazione. Tale precisazione è essenziale, e si chiede di introdurla nell'esempio 12, in quanto non può esistere perché confliggente una situazione in cui a fronte di una idonea documentali TP (che garantisce penalty protection) si debba concludere a termini della DAC6 per la sussistenza dell'obbligo comunicativo per transazioni non at arm's length.

\*

La Circolare propone un esempio di conversione di redditi da fondi comuni d'investimento in dividendi che integra l'Hallmark B.2. (esempio 13) nell'ambito del quale omette di precisare che nella fattispecie ivi esemplificata occorre considerare l'eventuale dichiarazione e versamento delle imposte da parte del socio italiano (ITACo) del veicolo trasparente (UECo). In generale, si chiede di fornire indicazioni in merito alla rilevanza delle imposte assolte dai soci di società trasparenti nell'ambito del calcolo del MBT.

**Tematica: Paragrafo 7.3.1 – Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate**

**Osservazioni/Contributi**

Nell'ambito degli elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere, la Circolare non chiarisce l'interazione tra i regimi fiscali di esenzione / preferenziali di cui beneficia il destinatario con la normativa CFC italiana laddove sussistesse un rapporto di controllo tra il soggetto pagatore italiano rispetto al destinatario non residente. In sostanza, si chiede se tale Hallmark possa considerarsi non sussistente nell'ipotesi in cui, applicando la normativa CFC, il soggetto controllante domestico dichiarasse i redditi del soggetto controllato non residente oppure ottenesse / dimostrasse la rilevanza della causa esimente prevista dall'art. 167, comma 5, TUIR.

\*

In relazione all'esempio 21 riportato a pagina 89, la Circolare non considera gli effetti di eventuali ritenute d'imposta in uscita applicate sui redditi pagati a soggetti esteri. Si chiede pertanto di commentare in merito a come eventuali ritenute alla fonte di fonte italiana agiscano in relazione alla valutazione di tale Hallmark.

**Tematica: Paragrafo 7.3.2 – Per lo stesso ammortamento sul patrimonio sono chieste detrazioni in più di una giurisdizione**

**Osservazioni/Contributi**

In relazione al punto in esame chiediamo all'Agenzia di escludere chiaramente dall'obbligo di comunicazione le ipotesi in cui vi sia una doppia deduzione per effetto di norme di legge e più in particolare nei casi di CFC e di Stabile organizzazione non in branch exemption, pertanto con credito d'imposta.

L'effetto preso in considerazione dall'Hallmark C.2 nei casi sopra indicati è espressamente imposto dal legislatore al contribuente italiano. Al riguardo vogliamo far notare che nel senso da noi esposto si è già pronunciata la Commissione Europea Working Party IV il 24 settembre 2018. Si richiede, pertanto, un allineamento con i principi interpretativi europei.

Siamo del medesimo avviso, ovvero, non applicabilità dell'obbligo di comunicazione, anche nei casi tipicamente riconducibili alla fiscalità statunitense del cd Check the box election quando una società italiana con personalità giuridica viene considerata trasparente, ai fini della suddetta election, come una disregarded entity. Come nel caso della stabile organizzazione con credito d'imposta, così ai fini statunitensi il reddito della disregarded entity verrebbe tassato anche in USA, spettando il credito d'imposta per le imposte pagate in Italia.

A tal proposito riteniamo che i punti evidenziati sopra (CFC, PE e Check the box) meritino un'espressa esclusione e pertanto l'esempio 23 proposto dalla Circolare andrebbe eliminato in quanto tratta come meccanismo potenzialmente patologico una fattispecie del tutto fisiologica nel funzionamento delle branch.

#### **Tematica: Paragrafo 7.3.4 – Trasferimenti di attivi**

##### **Osservazioni/Contributi**

Nell'ambito dell'elemento distintivo C.4 la Circolare dapprima richiama il dettato normativo secondo cui tale Hallmark intercetta una tipologia di meccanismo che *“include trasferimenti di attivi e in cui vi è una differenza significativa nell'importo considerato dovuto come contropartita degli attivi nelle giurisdizioni interessate”*, e prosegue chiarendo 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”*.

Ciò è anche precisato dall'articolo 8, comma 4 del Decreto Ministeriale, in base al quale, *“a fini della lettera C, punto 4, ..., la differenza di importo generata dal trasferimento di attivi è da intendersi come differenza tra l'importo dovuto come corrispettivo nelle giurisdizioni interessate e il valore di mercato degli attivi trasferiti”*.

Successivamente la Circolare entra in evidente contraddizione con quanto sopra affermando 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”*. Ebbene, risulta evidente come tale inciso meriti di essere riesaminato in quanto in palese contrasto con la lettera della norma: il valore fiscale non assuma alcuna rilevanza nella determinazione degli importi cui si riferisce l'Hallmark in questione.

Conseguentemente, l'esempio 25 dovrebbe essere rivisto.

#### **Tematica: Paragrafo 7.4.1 Meccanismi transfrontalieri che hanno l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dal CRS**

##### **Osservazioni/Contributi**

Sul punto la Circolare precisa che gli elementi distintivi specifici afferenti al CRS sono descritti, come detto, alla lettera D.1. Inoltre, un elenco di esempi è stato introdotto nell'Allegato A del Decreto Ministeriale (Sezione I).

Ciò premesso, il Decreto Legislativo definisce gli elementi distintivi classificati alla lettera D.1 facendo riferimento a *“Un meccanismo che può avere come effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione imposto dalle leggi che attuano la normativa dell'Unione o eventuali accordi equivalenti sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, compresi accordi con i paesi terzi, o che trae vantaggio dall'assenza di tale normativa o tali accordi”*.

Tali schemi derivano direttamente dal Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures (“OECD MDR”) dell'OCSE e si dividono in due specie:

a) i cc.dd. CRS avoidance arrangements, ovvero, gli schemi che possono avere l'effetto di compromettere lo scambio di informazioni, attraverso, ad esempio, l'utilizzo di strumenti simili a “conti finanziari” ma che non

sono tali, il trasferimento di attività finanziarie in giurisdizioni non vincolate dallo scambio di informazioni, la riclassificazione di redditi e capitali in prodotti o pagamenti non soggetti allo scambio automatico;

b) i cc.dd. Opaque offshore structures, ovverosia gli schemi che utilizzano persone, dispositivi giuridici o persone giuridiche, privi di una effettiva attività economica, caratterizzati da una struttura opaca volta ad ostacolare l'identificazione del titolare effettivo.

Da tali elenchi – e dagli esempi citati - sembrano quindi effettivamente esclusi i casi di regime di favore per i cc.dd. neo-residenti che, in qualche modo, possono compromettere lo scambio di informazioni tra Paesi comunitari, come nel caso del contribuente neo-residente italiano ex art. 24bis TUIR il quale, in applicazione di tale normativa, non è tenuto a riportare all'amministrazione fiscale italiana le strutture detenute all'estero.

Nel caso di specie, infatti, l'articolo 1, comma 153, della Legge di bilancio 2017 stabilisce che l'esercizio dell'opzione ex art 24bis TUIR produce il beneficio dell'esonero dall'obbligo di monitoraggio fiscale riguardante le attività e gli investimenti esteri di cui all'articolo 4 del d.l. 28 giugno 1990, n. 167, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 1990, n. 227, sia per il possessore diretto degli investimenti esteri e delle attività estere di natura finanziaria sia per l'effettivo titolare effettivo degli stessi.

Gli stessi regimi di favore, in termini speculari, esistono in altri Paesi europei, che prevedono pari possibilità di evitare lo scambio di informazioni o addirittura di opporre segreti – su base nazionale – a paesi terzi.

Ci sembra possa essere una tematica rilevante anche in relazione al coordinamento con regimi similari esistenti in altri Paesi UE e pertanto ci si chiede se anche tali regimi debbano essere considerati come “meccanismi” inclusi nell'Hallmark D.

## **Tematica: Paragrafo 7.5 – Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento**

### **Osservazioni/Contributi**

#### ***Requisito oggettivo del controllo***

Sempre in relazione ai presupposti, occorre specificare che, in considerazione del riferimento esplicito ai prezzi di trasferimento, ai fini dell'integrazione dell'elemento distintivo in commento è richiesto il requisito oggettivo del controllo tra le imprese che pongono in essere la transazione, così come regolato dall'articolo 110, comma 7 del TUIR e quindi non debba farsi riferimento alla definizione di “Imprese Associate” così come fornita dalla Circolare.

In subordine, ed in virtù di quanto sopra, si ritiene che le Joint Ventures paritetiche – vale a dire quelle in cui in tutti gli organi di amministrazione e controllo gli interessi dei due soci siano equamente suddivisi, senza possibilità alcuna per uno di essi di poter esercitare una influenza dominante sul processo decisionale - debbano *ab origine* intendersi escluse dall'integrare il requisito del controllo.

## **Tematica: Paragrafo 7.5.1 – Safe Harbour unilaterale**

### **Osservazioni/Contributi**

L'Italia ha recepito il cd. “*simplified approach*” OCSE mediante l'articolo 7 del D.M. 14 maggio 2018. Si chiede di precisare se un meccanismo transfrontaliero che preveda l'applicazione di un *safe harbour* unilaterale debba essere in ogni caso oggetto di comunicazione, anche nell'ipotesi in cui tale *safe harbour* unilaterale produca nella sostanza i medesimi effetti – in termini di componenti negative deducibili in Italia – o addirittura migliorativi rispetto a quelli che si sarebbero ottenuti laddove in luogo del succitato *safe harbour* unilaterale, si fosse operato in applicazione del *simplified approach* OCSE.

Tale potrebbe essere il caso di un meccanismo transfrontaliero con società controllante statunitense che applica il cd. Service Cost Method di cui alle *Treasury Regulations* §1.482-9 nei confronti della propria controllata Italiana. In detto contesto la società italiana si vedrebbe addebitare il solo costo del riaddebito, senza alcun *mark-up*. Laddove, invece, si fosse proceduto con l'applicazione del *simplified approach* OCSE, il costo per la società Italiana sarebbe stato superiore per la differenza attribuibile al *mark-up* "secco" sui costi addebitato dalla controllante, e pari al 5% dello stesso.

L'esempio 30 è pertanto un'ipotesi non ricorrente: un *mark-up* del 20% per servizi a basso valore aggiunto è elevato e tale da non poter esprimere un profilo funzionale, con riferimento alla *tested party*, equiparabile a quella di un soggetto che presta servizi a basso valore aggiunto.

### **Tematica: Paragrafo 7.5.2 – Beni immateriali di difficile valutazione**

#### **Osservazioni / Contributi**

In virtù del già vigente obbligo di scambio di informazioni tra amministrazioni fiscali europee in materia di APA unilaterali, si suggerisce di escludere dall'obbligo di comunicazione ai fini della DAC6 le cessioni di beni immateriali di difficile valutazione (HTVI) che siano stati oggetto delle procedure di *Patent Box* – i cui elementi informativi quindi, in termini quantitativi e qualitativi, sono già noti alle amministrazioni finanziarie interessate – laddove l'accordo preventivo sui metodi e sui criteri di valutazione dei sopra citati beni immateriali sia già stato raggiunto e formalizzato con l'Amministrazione finanziaria interessata.

Occorre, peraltro, definire una disciplina di coordinamento con le norme estere che limitano la deducibilità di *royalties* pagate a soggetto italiano che beneficia del *patent box* (ad esempio, la Spagna) specie laddove, all'estero, il Patent Box italiano sia visto come una situazione passibile di comunicazione. La situazione in commento crea nei fatti un fenomeno di parziale doppia imposizione.

#### **Esempio 31: trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione**

Occorrerebbe considerare che laddove il corrispettivo di una cessione di bene immateriale si basi sul flusso di *royalties* prospettiche a fronte di un contratto di licenza - parte integrante della cessione - non vi dovrebbe essere alcun obbligo di comunicazione stante l'esistenza al momento della definizione dell'accordo di chiare proiezioni dei flussi di cassa e di redditività.

### **Tematica: Paragrafo 7.5.3 – Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività**

#### **Osservazioni / Contributi**

Si chiede di precisare, ai fini della presente sezione:

- Se le operazioni straordinarie *crossborder* quali fusioni, scissioni e conferimenti transnazionali rientrino nel novero dei trasferimenti che possono dare origine all'obbligo di comunicazione. A nostro modesto avviso dovrebbero essere escluse tutte le operazioni straordinarie transfrontaliere che godono *ex lege* di un regime fiscale agevolato e sono soggette alla redazione di atti pubblici quindi conoscibili da parte dell'Amministrazione finanziaria sin dall'attuazione.
- Se i bilanci previsionali debbano rispettare determinate formalità (anche) al fine di costituire, in un secondo momento, strumento di prova in capo al contribuente e/o all'intermediario e/o del *service provider* circa la correttezza della scelta operata al momento della comunicazione (o non comunicazione) del meccanismo transfrontaliero (i.e. iscrizione nel libro delle delibere del CdA, apposizione della data certa, parere positivo/vaglio da parte dell'organo di controllo).
- Se la definizione di EBIT possa essere allineata con quella contenuta nella Direttiva ATAD.

- Quale sia il corrispondente parametro di riferimento all'EBIT per gli operatori bancari, che come è noto sono obbligati ad esporre la propria riclassifica dei conti economici e patrimoniali in ossequio alla circolare n. 262 del 22 dicembre 2005, e successivi aggiornamenti, emanata dalla Banca d'Italia.

\*

#### *Esempio 32*

Tale esempio ci sembra non allineato all'intento della DAC 6, o per meglio dire, le operazioni come la cessione del ramo d'azienda certamente configurano il trasferimento di funzioni, rischi ed *assets* ma nell'esempio citato si omette di considerare che in cambio di tale trasferimento vi è un corrispettivo che, nell'ammontare, dovrebbe integrare, attualizzandoli, i redditi ed extra-redditi dei futuri esercizi (almeno 3 anni nella prassi di mercato). Eventuali non adeguatezze del prezzo saranno rilevanti ai fini del *transfer pricing* e ci sembra quindi non pertinente l'esempio di una cessione di un ramo d'azienda peraltro soggetta ad atto pubblico o notarizzato, pienamente conoscibile dall'Amministrazione fiscale. Soprattutto, dovrebbero essere escluse in generale tutte le situazioni che prevedono un corrispettivo anche sottoforma di *idemnification* e le operazioni straordinarie soggette ad atto pubblico; al contrario occorrerebbe focalizzare l'attenzione sullo *stripping* di funzioni, rischi e *assets* SENZA corrispettivo o *idemnification* (ad es. distributore vs commissionario o il passaggio da produttore *full-fledged* a *Toll Manufacturer* ecc.) dove verosimilmente potrebbe annidarsi il rischio di uno shifting di base imponente *undisclosed*.

#### **Ulteriori Considerazioni di carattere generale**

Occorrerebbe garantire il coordinamento del portato delle norme e della prassi implementativa nei vari Paesi Europei con le nostre soprattutto in caso di conflitto o diverse interpretazioni.

\*\*\*\*\*

#### **Andersen Tax & Legal Italia**

Corso Magenta n. 82 – Milano

Tel. 02.48100471 – Fax 02.4816848

Dott.ssa Maricla Pennesi ([maricla.pennesi@it.andersen.com](mailto:maricla.pennesi@it.andersen.com))

Dott. Francesco Marconi ([francesco.marconi@it.andersen.com](mailto:francesco.marconi@it.andersen.com))

Rag. Guido Sesani ([guido.sesani@it.andersen.com](mailto:guido.sesani@it.andersen.com))

Dott. Giovanni Gallucci ([giovanni.gallucci@it.andersen.com](mailto:giovanni.gallucci@it.andersen.com))

Dott. Stefano Rossi ([stefano.rossi@it.andersen.com](mailto:stefano.rossi@it.andersen.com))

Avv. Maurizio Di Salvo ([maurizio.disalvo@it.andersen.com](mailto:maurizio.disalvo@it.andersen.com))