

**A:** Agenzia delle Entrate

**E-mail:** dc.gc.settorecontrollo@agenziaentrate.it

**Da:** Foglia & Partners

**Oggetto:** Commenti sullo schema di circolare che fornisce chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione di cui al d.Lgs. n. 100/2020

**Data:** 15 gennaio 2021

---

Spettabile Agenzia delle Entrate,

con la presente Foglia & Partners è lieto di presentare il proprio contributo nell'ambito della consultazione pubblica, avviata in data 28 dicembre 2020, in relazione allo schema di circolare (in seguito "**Schema di Circolare**") che mira a fornire chiarimenti e soluzioni interpretative in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione, in ossequio alla Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018 (in seguito "**Direttiva DAC 6**"), cui è stata data attuazione nel nostro ordinamento con il d.Lgs. del 30 luglio 2020, n. 100 (in seguito "**Decreto DAC 6**"), ed a cui hanno fatto seguito (i) il Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 17 novembre 2020 (in seguito "**Decreto MEF**") e, per quanto concerne le modalità tecniche per la comunicazione delle informazioni sui meccanismi transfrontalieri da parte di intermediari e contribuenti, (ii) il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate Prot. n. 364425 del 26 novembre 2020.

Il nostro contributo si focalizza su diverse tematiche, specificamente trattate nello Schema di Circolare o direttamente connesse ai chiarimenti ivi contenuti. Al fine di facilitare l'analisi dei nostri commenti, si fornisce qui di seguito un sommario dei temi trattati nel presente documento:

## SOMMARIO

1. *Sulla rilevanza delle attività di consulenza in relazione a meccanismi transfrontalieri già "parzialmente" attuati* ..... 2
2. *Sul concetto di "transazioni bancarie e finanziarie di routine" e sulle connesse tematiche operative* ..... 4
3. *Sulla qualifica del contribuente come "intermediario" e sulla relativa clausola di esonero* ..... 7
4. *Sulla nozione di "accordo"* ..... 10
5. *Sul criterio della "potenziale riduzione d'imposta"* ..... 11

6.	<i>Sul concetto di “status soggettivo” del destinatario di un pagamento transfrontaliero</i> .....	12
7.	<i>Sui trasferimenti di conti o attività finanziarie in giurisdizioni non soggette all’obbligo di scambio CRS</i> .....	14
8.	<i>Sull’esclusione degli “investitori istituzionali” tra le strutture volte a mascherare l’identità dei beneficiari effettivi</i> .....	17
9.	<i>Sull’assenza di una definizione di “EBIT” e di “trasferimento”</i> .....	18

## 1. Sulla rilevanza delle attività di consulenza in relazione a meccanismi transfrontalieri già “parzialmente” attuati

### A. Tematica

La tematica in oggetto verte sugli eventuali obblighi di reportistica cui gli intermediari “fornitori di servizi” (o “*service provider*”) sarebbero tenuti in relazione alle loro attività di assistenza e consulenza relative a (una o più) “fasi” del meccanismo transfrontaliero già attuate, ma facenti parte di uno “schema” non completamente implementato.

### B. Paragrafi dello Schema di Circolare interessati

In particolare, ci si riferisce al **paragrafo 2.1 dello Schema di Circolare**, ed in particolare ai seguenti chiarimenti:

*“Potrebbero verificarsi situazioni in cui un fornitore di servizi svolga attività di consulenza o assistenza in relazione a meccanismi transfrontalieri già attuati dal contribuente. In tali casi, le attività svolte non integrano i requisiti per la qualificazione di intermediario a condizione che le stesse non determinino un “aggiornamento” o miglioramento del meccanismo stesso.*

*Così ad esempio, non assumono rilevanza: la mera interpretazione delle norme fiscali interessate dal meccanismo, la ricognizione del meccanismo in occasione della revisione contabile, l’invio delle dichiarazioni fiscali, l’assistenza durante le verifiche fiscali, l’assistenza nell’ambito di un contenzioso, purché effettuate in un momento temporale successivo a quello in cui lo schema è stato completamente attuato, anche se contestualmente il meccanismo continua a produrre i relativi effetti fiscali”.*

### C. Osservazioni / Contributi

L’art. 2, comma 1, lettera c), del Decreto DAC 6, enuclea all’interno della categoria di “intermediario” le due figure distinte del “promotore” e del “fornitore di servizi”. In particolare, il primo è responsabile della fase di 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, mentre il secondo è colui che, direttamente o tramite altri soggetti, svolge un’attività di assistenza o consulenza con riguardo ad una delle fasi sopra indicate.

Con specifico riguardo alla figura del “fornitore di servizi” (o “*service provider*”), lo Schema di Circolare chiarisce che “*Potrebbero verificarsi situazioni in cui un fornitore di servizi svolga attività di consulenza o assistenza in relazione a meccanismi transfrontalieri già attuati dal contribuente. In tali casi, le attività svolte non integrano i requisiti per la qualificazione di intermediario a condizione che le stesse non determinino un “aggiornamento” o miglioramento del meccanismo stesso*”; specificando come, a titolo esemplificativo, “*non assumono rilevanza: la mera interpretazione delle norme fiscali interessate dal meccanismo, la ricognizione del meccanismo in occasione della revisione contabile, l’invio delle dichiarazioni fiscali, l’assistenza durante le verifiche fiscali, l’assistenza nell’ambito di un contenzioso, purché effettuate in un momento temporale successivo a quello in cui lo schema è stato completamente attuato, anche se contestualmente il meccanismo continua a produrre i relativi effetti fiscali*” (enfasi aggiunta).

In altri termini, secondo l’ apprezzabile precisazione inserita nello Schema di Circolare, talune attività di assistenza e consulenza non aventi evidentemente una connotazione “propulsiva” ai fini della predisposizione ed attuazione del meccanismo transfrontaliero, ma che sono (anzi) meramente “ricognitive” (e.g. interpretazione delle norme fiscali e ricognizione in occasione della revisione contabile) o di assistenza con riferimento un meccanismo già attuato (e.g. assistenza durante una verifica fiscale o nell’ambito di un contenzioso), non assumono rilevanza ai fini della qualificazione come “intermediario” di un prestatore di servizi; ciò purché (i) tali attività siano effettuate in un momento temporale successivo alla sua completa attuazione, e (ii) non costituiscano un “aggiornamento” o “miglioramento” del meccanismo in questione.

A riguardo, ciò che non viene – invece – chiarito dallo Schema di Circolare è se le attività sopramenzionate, ancorché effettuate in un momento temporale successivo a quello in cui è stata attuata una sola fase di uno schema ancora non completamente attuato, possano assumere rilevanza ai fini della qualifica di “intermediario” seppure, anche in questo caso, non venga svolta alcuna attività “propulsiva” da parte del prestatore di servizi.

In merito a quanto sopra, si ipotizzi, a titolo esemplificativo, la predisposizione da parte di un consulente di una cd. “*tax opinion*” che si limiti a fornire la mera interpretazione delle norme fiscali di una “prima fase” già attuata, ma facente parte di un meccanismo più complesso ancora in fase di attuazione. Analogamente all’esempio riportato nello Schema di Circolare, anche in questo caso l’attività di consulenza – circoscritta ad una sola “fase” già attuata – potrebbe ben limitarsi alla mera ricognizione degli effetti fiscali della parte del meccanismo già implementata, senza che il prestatore di servizi fornisca alcun parere con connotazione “propulsiva” e di ausilio con riguardo alla restante parte del meccanismo da porre in essere. Tali caratteristiche potrebbero, pertanto, essere idonee ad escludere la natura di intermediario “*service provider*” per il soggetto che fornisce l’attività di consulenza, anche considerando che lo stesso – occupandosi solo di una parte del

meccanismo – probabilmente non soddisferebbe nemmeno il requisito del “*reasonably to be expected to know test*”<sup>1</sup>.

Giova infatti ribadire come, in questi casi, a ben guardare, l’intermediario non svolge alcuna attività “propositiva”, non offrendo alcun contributo “qualificato” in relazione all’attuazione del meccanismo transfrontaliero.

Andrebbe, dunque, chiarito se, come auspicabile, in ossequio alla definizione di intermediario di cui all’art. 2, comma 1, del Decreto DAC 6, l’attività di predisposizione di pareri in ambito tributario configuri un’attività rilevante ai fini della qualificazione come “intermediario”, solo qualora la stessa sia effettivamente resa “ai fini dell’attuazione” di un meccanismo transfrontaliero.

In tal senso, non risulta perfettamente chiaro il riferimento contenuto nello Schema di Circolare (cfr. paragrafo 2.1, pag. 15) ai pareri fiscali (“*tax opinion*”) tra le attività di “organizzazione” generalmente ascrivibili alla figura dell’intermediario “promotore”. Posto che non risulta perfettamente chiara la loro classificazione secondo la Schema di Circolare, in genere, tali documenti si limitano a condurre una mera analisi interpretativa degli effetti fiscali di determinate fattispecie, senza alcuna connotazione “propulsiva” ai fini dell’attuazione di meccanismi (salvo i rari casi in cui questi contengano proposte e progetti di “schemi” da implementare).

Sulla scorta di quanto precede, si auspica che in sede di redazione della versione definitiva dello Schema di Circolare, vengano formulati appositi chiarimenti in merito: (i) alla rilevanza, ai fini della qualificazione come intermediario “*service provider*”, delle attività di consulenza o assistenza in relazione a “fasi” di meccanismi transfrontalieri solo “parzialmente” attuati; (ii) al riferimento ed alla classificazione delle “*tax opinion*” nell’ambito dell’attività di “organizzazione” di un meccanismo transfrontaliero.

## **2. Sul concetto di “transazioni bancarie e finanziarie di routine” e sulle connesse tematiche operative**

### **A. Tematica**

La tematica in oggetto verte sulla corretta interpretazione della “presunzione legale relativa” riferita alle “transazioni bancarie e finanziarie routinarie”, di cui all’art. 4, comma 3 del Decreto MEF, ed alla corretta individuazione delle operazioni bancarie “routinarie”, utili ad escludere (salvo prova contraria) la sussistenza dello “standard di conoscenza”

---

<sup>1</sup> Invero, la predisposizione di un parere inerente a specifici profili tributari da parte di un intermediario che ha contezza di una sola fase del meccanismo oppure non ne è a conoscenza affatto, parrebbe dover rilevare solamente nella misura in cui l’intermediario in concreto superi il c.d. “standard di conoscenza” minimo e sia, pertanto, qualificabile come “fornitore di servizi”.

richiesto ai fini della configurazione dell'obbligo di reportistica come intermediario "fornitore di servizi".

La questione assume particolare rilevanza per tutti i soggetti appartenenti al settore finanziario e bancario<sup>2</sup>, che in assenza di specifici chiarimenti in merito, potrebbero avere difficoltà nell'individuare quali siano le transazioni che – di per sé e "salvo prova contraria" – non dovrebbero integrare lo "standard di conoscenza" richiesto per gli intermediari "service provider" ai fini dell'obbligo di reportistica.

## B. Paragrafi dello Schema di Circolare interessati

In particolare, ci si riferisce al **paragrafo 2.2 dello Schema di Circolare**, secondo cui:

*"L'articolo 4, comma 3 del decreto ministeriale prevede una presunzione legale relativa di assenza dello standard di conoscenza per le operazioni bancarie "routinarie", ossia come specificato dalla relazione illustrativa, operazioni caratterizzate da una discrezionalità minima dell'operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione".*

## C. Osservazioni / Contributi

Come accennato, il presente tema nasce dall'incertezza sussistente in merito alla corretta interpretazione dell'art. 4, comma 3, del Decreto MEF, secondo cui *"Salvo prova contraria, lo standard di conoscenza non si considera soddisfatto per le transazioni bancarie e finanziarie di routine"*.

Sul punto, lo Schema di Circolare – nella parte sopra riportata – specifica come tale "presunzione legale relativa" di assenza dello "standard di conoscenza", in ossequio a quanto disposto dalla relazione illustrativa al Decreto MEF, debba riferirsi a *"operazioni caratterizzate da una discrezionalità minima dell'operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione"*, senza però fornire esemplificazioni o chiarimenti in merito alla corretta individuazione di tali operazioni "routinarie".

L'inquadramento delle suddette operazioni assume una rilevanza significativa, tenuto conto che l'inclusione o meno di alcune tipologie di operazioni nell'ambito di quelle

---

<sup>2</sup> Come chiarito dalla relazione illustrativa al Decreto DAC 6, in linea di principio, possono essere incluse nella categoria degli "intermediari", a titolo esemplificativo, *"le istituzioni finanziarie tenute alla comunicazione di informazioni rilevanti ai fini della normativa sullo scambio automatico di informazioni in base alla direttiva 2014/107/UE ed al cd. "Common Reporting Standard" (CRS), di cui all'articolo 1, comma 1, lettera n) del Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 28 dicembre 2015, tra cui: banche, società di gestione accentrata di strumenti finanziari, società di intermediazione mobiliare (SIM), società di gestione del risparmio (SGR), imprese di assicurazione, organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR), società fiduciarie, trust, stabili organizzazioni di istituzioni finanziarie estere che svolgono le medesime attività delle istituzioni finanziarie tenute alla comunicazione"*. Nello stesso senso, anche lo Schema di Circolare, al paragrafo 1, numero 16), definisce una "Istituzione Finanziaria" come *"un soggetto di cui all'articolo 1, comma 1, lettera e), del Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 28 dicembre 2015"*.

ritenute “routinarie”, potrebbe avere un impatto (in particolare per il settore bancario e finanziario) ai fini dell’individuazione delle transazioni oggetto dell’obbligo di reportistica, anche tenuto conto dell’ampia casistica prevista negli elementi distintivi di cui alla lettera D dell’Allegato 1 al Decreto DAC 6.

Andrebbe chiarito, in particolare, se operazioni quali – ad esempio – il mero “bonifico bancario” possano – di per sé – essere ricomprese (salvo prova contraria) in tale presunzione, tenuto conto della “discrezionalità minima” generalmente concessa agli operatori e alla naturale frequenza di tali transazioni, che vengono svolte in maniera standardizzata nell’ambito del settore di riferimento.

A riguardo, vale evidenziare che – come suggerisce lo stesso Schema di Circolare (cfr. pag. 5) – il Considerando 13 della Direttiva DAC 6, prevede che *“Nel dare attuazione alle parti della presente direttiva che disciplinano i meccanismi di elusione del CRS e i meccanismi che coinvolgono persone giuridiche o istituti giuridici o ogni altra struttura analoga, gli Stati membri potrebbero avvalersi dei lavori dell’OCSE e, più specificamente, dei suoi modelli di norme sulla comunicazione obbligatoria di informazioni per far fronte ai meccanismi di elusione del CRS e alle strutture offshore opache, e dei relativi commenti, quale fonte illustrativa o interpretativa, al fine di assicurare un’applicazione coerente in tutti gli Stati membri, nella misura in cui tali testi sono allineati alle disposizioni del diritto dell’Unione”* (enfasi aggiunta).

In merito, codesta Spettabile Agenzia delle Entrate ha giustamente osservato come il “*Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*”<sup>3</sup> (in seguito “**Report MDRs**”) sia uno strumento utile ai fini dell’interpretazione, tra l’altro, anche degli elementi distintivi di cui alla lettera D dell’Allegato 1 al Decreto DAC 6; affermando come *“conformemente alle indicazioni presenti nei considerando alla Direttiva DAC 6, le disposizioni contenute nelle norme di recepimento nazionali (decreto legislativo e decreto ministeriale) in relazione alla categoria di elementi distintivi in esame possono essere interpretate avvalendosi del Report MDRs predisposto dall’OCSE.*

*Tra le indicazioni contenute in detto Report assume rilievo il concetto di reasonable to conclude test per la verifica degli elementi in esame. Alla luce di tale criterio, gli elementi distintivi di cui alla lettera D si considerano integrati qualora sia «ragionevole concludere» che il meccanismo sia disegnato o commercializzato per (o abbia l’effetto di) aggirare la disciplina CRS o di sfruttarne l’assenza”* (enfasi aggiunta) (cfr. paragrafo 7.4.1., pag. 99 dello Schema di Circolare).

Ed è proprio con riferimento al concetto di “*reasonable to conclude*” ed ai requisiti che soddisfano lo “standard di conoscenza”, che il paragrafo 52 del Report MDRs afferma come *“The model rules are not intended to impose any additional due diligence rules on a Service Provider beyond those that would ordinarily be undertaken for commercial or regulatory purposes and do not require Service Providers to have or apply a level of expertise beyond that which is reasonably required to provide the Relevant Services. For example, the definition would generally not capture Financial Institutions when*

---

<sup>3</sup> Approvato dall’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) in data 8 marzo 2018.

*carrying out routine banking transactions (e.g. money transfer, custody etc.), because the nature of their involvement and the information readily available to them would typically not meet the “reasonably be expected to know” standard”*” (enfasi aggiunta).

Tali chiarimenti, ivi inclusi gli esempi di cui ai paragrafi 50-52 al Report MDRs, vengono, tra l'altro, esplicitamente richiamati nella stessa relazione illustrativa al Decreto DAC 6, dove si legge come *“In concreto, il modello OCSE non impone al service provider (l’attuatore) obblighi di due diligence ulteriori rispetto a quelli ordinariamente già richiesti a fini regolamentari o commerciali e non richiede al service provider di impiegare un livello di expertise superiore a quello richiesto per fornire il servizio. Per esempio, in linea generale, il modello non richiede le comunicazioni da parte delle istituzioni finanziarie quando effettuano transazioni bancarie di routine (es. trasferimento fondi, custodia), dato che la natura del loro coinvolgimento e le informazioni a loro prontamente disponibili non soddisferebbero il “reasonable to be expected know test”*” (enfasi aggiunta).

In altri termini, coerentemente con la “presunzione legale relativa” introdotta dall’art. 4, comma 3 del Decreto MEF, secondo quanto riportato nella relazione illustrativa al Decreto DAC 6 e nel Report MDRs cui rimanda, operazioni quali – ad esempio – il mero trasferimento di denaro sembrerebbero essere generalmente considerate come “transazioni bancarie di routine”, non idonee – di per sé – (i) a soddisfare il “*reasonable to be expected know test*” e, conseguentemente, (ii) a qualificare un istituzione finanziaria come intermediario “*service provider*”.

Sulla scorta di quanto precede, si auspica che lo Schema di Circolare, nella sua versione definitiva, chiarisca, ai fini dello “standard di conoscenza”, *inter alia*: (i) quali siano e in che modo debbano essere correttamente individuate dagli operatori le “transazioni bancarie e finanziarie di routine”; (ii) se generalmente, a titolo esemplificativo, i trasferimenti di fondi effettuati tramite bonifici bancari rientrano nelle citate operazioni bancarie “routinarie”; ed eventualmente (iii) quali siano le informazioni e le “prove contrarie” di cui una istituzione finanziaria dovrebbe essere in possesso per soddisfare lo “standard di conoscenza” anche con riferimento a transazioni che generalmente sono ritenute di “routine”.

### **3. Sulla qualifica del contribuente come “intermediario” e sulla relativa clausola di esonero**

#### **A. Tematica**

La tematica in oggetto verte sulla corretta identificazione dei “contribuenti” come “intermediari” in determinate ipotesi e sulle relative conseguenze in termini di possibile esonero dall’obbligo di comunicazione per gli altri “intermediari” coinvolti nel meccanismo transfrontaliero.

## B. Paragrafi dello Schema di Circolare interessati

Ci si riferisce in particolare:

(i) al **paragrafo 2 dello Schema di Circolare**, secondo il quale:

*“Le forme di pianificazione in commento, tuttavia, possono coinvolgere, e generalmente coinvolgono, anche il contribuente che può assumere il duplice ruolo di utilizzatore del meccanismo e di intermediario dello stesso. Si pensi ad esempio ai gruppi di imprese più strutturati nell’ambito dei quali le articolazioni centrali possono avere le competenze necessarie per predisporre soluzioni di pianificazione fiscale aggressiva da attuare a livello di gruppo o, quantomeno, per contribuire alla realizzazione di meccanismi proposti da altri intermediari esterni al gruppo”.*

(ii) al **paragrafo 2.3 dello Schema di Circolare**, il quale dispone che:

*“Il contribuente, peraltro, potrebbe assumere la qualifica di intermediario qualora all’interno di un gruppo d’imprese elabori il meccanismo mettendolo a disposizione di altre società del gruppo per l’attuazione (promotore) o fornisca assistenza o consulenza nel processo di attuazione del meccanismo (fornitore di servizi).  
In tali casi, pur in presenza di un unico soggetto economico, cioè il gruppo d’imprese, occorre distinguere tra la figura dell’intermediario, individuabile nell’entità che elabora, gestisce e mette a disposizione il meccanismo o che svolge assistenza o consulenza al fine di attuarlo o gestirne l’attuazione, e la figura del contribuente, identificabile con l’entità del gruppo che attua lo stesso. Ciò assume rilevanza in relazione alle modalità di assolvimento degli obblighi di comunicazione del meccanismo transfrontaliero soggetto a notifica”.*

(iii) nonché al correlato **paragrafo 4.1.1 dello Schema di Circolare**, secondo cui:

*“In primo luogo l’articolo 3, comma 3 del decreto legislativo stabilisce che “l’intermediario è esonerato dall’obbligo di comunicazione se può provare che le medesime informazioni concernenti il meccanismo transfrontaliero sono state comunicate da altro intermediario, ovunque residente, all’Agenzia delle entrate o all’autorità competente di uno Stato membro dell’Unione europea o di altre giurisdizioni estere con le quali è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni”.  
[...] In questo ambito, peraltro, occorre considerare che l’articolo 3, comma 3 del decreto legislativo utilizza la locuzione “medesime informazioni concernenti il meccanismo transfrontaliero”. Ne consegue che la comunicazione effettuata da altro intermediario diviene rilevante solamente qualora contenga tutte le informazioni che l’intermediario, che intende far valere l’esonero, avrebbe dovuto fornire secondo le disposizioni dello Stato italiano o disposizioni equivalenti”.*

### C. Osservazioni / Contributi

Con specifico riguardo alla definizione di “intermediario”, lo Schema di Circolare sembra confermare come essa ricomprenda qualunque soggetto che, anche a titolo non professionale, scientemente si trovi ad elaborare, organizzare o mettere a disposizione per altri un meccanismo transfrontaliero soggetto all’obbligo di comunicazione, oppure che svolga assistenza o consulenza al fine di attuare lo stesso o gestirne l’attuazione.

Ciò evidentemente alla luce del fatto che, come esplicitamente constatato nello Schema di Circolare, nel caso di un gruppo di imprese, una società madre o qualsiasi altra società del gruppo possa – ad esempio – progettare, organizzare o gestire un meccanismo transfrontaliero – non utilizzabile dalla stessa ma – a beneficio di altre società facenti parte dello stesso gruppo.

Tuttavia, nonostante venga affermato come “*ciò assume rilevanza in relazione alle modalità di assolvimento degli obblighi di comunicazione del meccanismo transfrontaliero soggetto a notifica*”, lo Schema di Circolare non chiarisce quello che dovrebbe essere il corollario naturale di tale ulteriore qualificazione del contribuente interessato, ovvero che l’eventuale comunicazione da parte della società del gruppo qualificabile come “intermediario” abbia l’effetto di esonerare dall’obbligo di comunicazione stessa gli altri intermediari eventualmente coinvolti, in ossequio alla clausola di esonero prevista all’art. 3, comma 3 del Decreto DAC 6.

In tal senso, stante l’assenza di un esplicito chiarimento sul tema, si auspica che vengano fornite ulteriori delucidazioni in merito nella versione definitiva dello Schema di Circolare.

Peraltro, in tale contesto, secondo quanto chiarito nello Schema di Circolare, ai fini dell’esonero dall’obbligo di comunicazione, di cui all’art. 3, comma 3, cit., un intermediario dovrà verificare – e provare – che le informazioni già oggetto di comunicazione alle autorità competenti da parte di altro intermediario contengano “*tutte le informazioni che l’intermediario, che intende far valere l’esonero, avrebbe dovuto fornire secondo le disposizioni dello Stato italiano o disposizioni equivalenti*”.

In altri termini, un intermediario potrebbe ritenersi certo della sussistenza dell’esonero solamente laddove sia messo nelle condizioni di verificare l’esatto contenuto delle informazioni trasmesse da un altro intermediario, con conseguenti notevoli difficoltà operative che potrebbero fortemente limitare l’ambito applicativo dell’esonero (considerato, peraltro, che gli intermediari coinvolti sono generalmente soggetti tra loro terzi ed indipendenti).

Pertanto anche a tal riguardo, sarebbe a nostro avviso auspicabile che lo Schema di Circolare chiarisca in maniera più compiuta e precisa, ai fini dell’esonero in questione: (i) quali sono, nel dettaglio, le informazioni che un intermediario “*avrebbe dovuto fornire secondo*

*le disposizioni dello Stato italiano o disposizioni equivalenti?*"; nonché (ii) le concrete modalità con cui effettivamente operare tale confronto.

#### 4. Sulla nozione di “accordo”

##### A. Tematica

La tematica in oggetto verte sull'esatta portata da attribuire al concetto di “accordo”, così come contenuto nell'art. 2, comma 1, lettera a), del Decreto DAC 6, nell'ambito della definizione di “meccanismo transfrontaliero”.

##### B. Paragrafi dello Schema di Circolare interessati

Il tema in questione è affrontato dal **paragrafo 3.1** dello Schema di Circolare, ai sensi del quale:

*“Il concetto di “accordo”, in ultimo, ricomprende qualsiasi transazione o negozio che di per sé è atto a generare uno degli effetti da cui può derivare l'obbligo di notifica del meccanismo transfrontaliero”.*

##### C. Osservazioni / Contributi

L'art. 2, comma 1, lettera a), del Decreto DAC 6, definisce il meccanismo transfrontaliero come “*uno schema, accordo o progetto, riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere*”.

Nel delineare il concetto di “accordo” codesta Spettabile Agenzia delle Entrate afferma come esso “*ricomprende qualsiasi transazione o negozio che di per sé è atto a generare uno degli effetti da cui può derivare l'obbligo di notifica del meccanismo transfrontaliero*”.

Tale interpretazione del concetto di “accordo”, non sembra però fornire sufficienti delucidazioni in merito alla rilevanza di quelli che possono essere i naturali effetti giuridici di una “transazione” o un “negozio”, quale ad esempio la naturale scadenza di un contratto siglato tra due parti residenti in diversi paesi membri (magari stipulato anche prima del 25 giugno 2018), che non dovrebbe – di per sé – costituire una separata “transazione” o “negozio”.

Ciò risulta particolarmente rilevante con riguardo a quei casi in cui, allo spirare naturale del termine di un contratto, si manifestino degli effetti da cui possa potenzialmente sorgere l'obbligo di notifica di un meccanismo (e.g. trasferimento transfrontaliero di rilevanti funzioni o rischi).

Tanto premesso, per evitare incertezze sul concetto di “accordo”, sarebbe dunque auspicabile fornire specifiche delucidazioni in merito.

## 5. Sul criterio della “potenziale riduzione d’imposta”

### A. Tematica

La tematica in oggetto verte sull’incertezza in merito alla corretta determinazione del criterio della “potenziale riduzione d’imposta” – richiesto ai sensi dell’art. 6 del Decreto MEF (ai fini della rilevanza degli elementi distintivi) – in particolare con riguardo ai gruppi di imprese multinazionali radicate con più entità in diversi Stati.

### B. Paragrafi dello Schema di Circolare interessati

Con l’intento di chiarire quanto disposto dall’art. 6 del Decreto MEF, il **paragrafo 3.3 dello Schema di Circolare** dispone, tra l’altro, 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 verificerebbero in sua assenza.*

*[...] 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.*

*A tal riguardo, occorre tuttavia chiarire che, verificatasi la condizione della potenziale riduzione d’imposta in Italia, gli intermediari o i contribuenti sono, al ricorrere di tutte le altre condizioni, soggetti all’obbligo di comunicazione all’Agenzia delle entrate anche qualora il partecipante estero è residente o localizzato in uno Stato con cui non è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni sui meccanismi transfrontalieri?”.*

### C. Osservazioni / Contributi

L’art. 6 del Decreto MEF prevede che gli elementi distintivi di cui all’Allegato 1, lettere A, B, C ed E, al Decreto DAC 6, rilevano ai fini dell’obbligo di comunicazione solo se sono “suscettibili di determinare una riduzione delle imposte cui si applica la Direttiva 2011/16/UE” in uno dei Paesi membri dell’Unione Europea o in un Paese terzo con il quale è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all’art. 6, comma 1, del medesimo Decreto DAC 6.

Pertanto, come chiarito dallo Schema di Circolare, la potenziale riduzione d’imposta sembrerebbe dover essere valutata con riferimento ad 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.

Ciò che invece non risulta chiarito in maniera esplicita è se, in presenza di un gruppo di imprese radicate con diverse entità per ogni singolo Stato, tale riduzione d'imposta debba essere verificata (i) in capo ad ogni singola società coinvolta nel meccanismo transfrontaliero (i.e. a livello di singola entità) ovvero, in alternativa, (ii) in capo al gruppo di imprese presenti in un dato Stato dell'Unione Europea o in un dato Paese con il quale è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni (i.e. a livello di ogni singolo Stato coinvolto).

In particolare, tale circostanza potrebbe essere rilevante – a titolo esemplificativo – ai fini dell'obbligo di reportistica, per quei casi in cui un meccanismo transfrontaliero consista in uno “schema” che contempli, nell'ambito di una riorganizzazione di un gruppo multinazionale, una riduzione delle imposte dovute da un contribuente italiano a beneficio di un altro contribuente residente nel medesimo Stato (e.g. conferimento di una stabile organizzazione italiana di un soggetto non residente a beneficio di una società conferitaria residente in Italia).

Sulla scorta di tutto quanto precede, si auspica, pertanto, che nella versione finale dello Schema di Circolare in commento vengano integrate indicazioni circostanziate e precise sui punti trattati nella presente tematica, così da evitare incertezze su un aspetto imprescindibile ai fini della corretta applicazione del criterio della “potenziale riduzione d'imposta”.

## **6. Sul concetto di “status soggettivo” del destinatario di un pagamento transfrontaliero**

### **A. Tematica**

La tematica in oggetto verte sulla corretta interpretazione della locuzione “*status soggettivo del destinatario*”, ai fini della corretta applicazione dell'elemento distintivo di cui all'Allegato 1, lettera C, punto 1, lettera c), al Decreto DAC 6.

### **B. Paragrafi dello Schema di Circolare interessati**

Con l'intento di chiarire quanto disposto all'Allegato 1, lettera C, punto 1, lettera c), al Decreto DAC 6, il **paragrafo 7.3.1 dello Schema di Circolare** prevede che:

*“Con riferimento al meccanismo di cui alla lettera C, punto 1, lettera c), ossia “il pagamento beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali”,*

*la condizione prevista dall'elemento distintivo si riferisce a situazioni in cui il componente reddituale correlato al pagamento non sia assoggettato alle pertinenti imposte nello Stato del destinatario quale conseguenza del riconoscimento di sgravi fiscali nella forma di esenzioni, esclusioni dalla base imponibile, riduzioni d'imposta, compensazioni, rimborsi e crediti di imposta legati ad agevolazioni. Tali cause di esenzione, peraltro, considerato lo specifico riferimento al concetto di "pagamento", devono intendersi riferite esclusivamente al componente reddituale correlato al pagamento transfrontaliero e non allo status soggettivo del destinatario".*

### C. Osservazioni / Contributi

In base a quanto disposto dall'elemento distintivo in commento, risulta oggetto dell'obbligo di reportistica in questione, un meccanismo transfrontaliero *"che prevede pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate"* quando *"il pagamento beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente ai fini fiscali"*.

Con un approccio che pare sostanzialmente "oggettivo" e principalmente legato al trattamento fiscale del "pagamento" nella giurisdizione del destinatario – lo Schema di Circolare sembra affermare che le cause di "esenzione" contemplate dall'elemento distintivo in questione, debbano intendersi riferite al componente reddituale correlato al pagamento transfrontaliero e non allo "status soggettivo del destinatario".

Tuttavia, con riferimento al citato concetto di "status soggettivo" non sembrano, a riguardo, rinvenibili specifici chiarimenti nello Schema di Circolare. In particolare, ciò che non risulta sufficientemente chiaro è se tale "status soggettivo" – che nello Schema di Circolare pare irrilevante ai fini dell'elemento distintivo in questione – possa intendersi riferito anche alla situazione "reddituale" del destinatario del pagamento, che, a titolo esemplificativo, nonostante la teorica "imponibilità" del "pagamento" ricevuto, potrebbe trovarsi a non dover versare imposte con riferimento al correlato componente reddituale, per l'effetto dell'utilizzo di perdite fiscali (magari anche generatesi in anni precedenti).

In altri termini, avuto riguardo alla connotazione "oggettiva" che lo Schema di Circolare sembra attribuire all'esenzione prevista dall'elemento distintivo in questione, andrebbe specificatamente chiarito se l'eventuale abbattimento del componente reddituale legato ad un pagamento transfrontaliero con componenti reddituali soggettive (e.g. costi d'esercizio o perdite fiscali) maturate in capo al soggetto destinatario, sia idoneo a non configurare quell'"esenzione" che l'elemento distintivo in questione intende intercettare.

Si auspica, pertanto, che nella versione definitiva dello Schema di Circolare vengano integrate indicazioni circostanziate e precise sul tema trattato nel presente paragrafo.

## 7. Sui trasferimenti di conti o attività finanziarie in giurisdizioni non soggette all'obbligo di scambio CRS

### A. Tematica

La tematica in oggetto verte sulla mancanza di criteri chiari e precisi in ordine al concetto di “trasferimento di conti o attività finanziarie” in giurisdizioni non soggette all'obbligo di scambio di informazioni CRS, ai fini di una corretta individuazione dell'elemento distintivo di cui all'Allegato 1, lettera D, punto 1, lettera b), al Decreto DAC 6.

### B. Paragrafi dello Schema di Circolare interessati

Con l'intento di chiarire con quanto disposto all'Allegato 1, lettera D, punto 1, lettera b) al Decreto DAC 6 ed alla Sezione I dell'Allegato A, lettera D, del Decreto MEF, il **paragrafo 7.4.1.2 dello Schema di Circolare** prevede che:

*“La Sezione I dell'Allegato A, lettera D al decreto ministeriale fornisce a tal proposito il seguente esempio: “La commercializzazione di uno schema che incentiva un contribuente fiscalmente residente nella Giurisdizione X a trasferire un conto finanziario soggetto all'obbligo di comunicazione, o la maggior parte delle attività finanziarie in esso contenute, presso un intermediario finanziario residente o localizzato in una Giurisdizione Y che non ha implementato il Common Reporting Standard o che non scambia le informazioni con l'autorità competente della Giurisdizione X”. In estrema sintesi, l'hallmark è integrato a seguito di trasferimento dell'intero valore delle attività finanziarie, o di una parte rilevante di esso, presso un intermediario finanziario localizzato in un'altra giurisdizione che non è obbligata ad effettuare lo scambio di informazioni con l'Italia”.*

### C. Osservazioni / Contributi

A tale riguardo, vale innanzitutto evidenziare come, secondo lo Schema di Circolare, l'elemento distintivo di cui all'Allegato 1, lettera D, punto 1, lettera b), al Decreto DAC 6 risulta integrato, tra l'altro, con riferimento ai trasferimenti dell'“intero valore” delle “attività finanziarie”, o di “una parte rilevante di esso”, presso un intermediario finanziario localizzato in una giurisdizione che non ha implementato il CRS o che non scambia le informazioni con l'autorità interessata.

In base ad un'interpretazione letterale del suddetto chiarimento contenuto nello Schema di Circolare, nonché alla luce della definizione di “attività finanziaria” contenuta all'interno del Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 28 dicembre 2015<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Il cui articolo 1, comma 1, lettera l), così recita “Attività Finanziaria: i valori mobiliari, quote in società di persone, merci quotate, swap e accordi analoghi, contratti assicurativi o contratti di rendita, o qualsiasi quota di partecipazione, inclusi contratti su futures o forward od opzioni, in valori mobiliari, in società di persone, in merci quotate, in swap, in contratti di assicurazione o contratti di rendita. Sono esclusi gli interessi diretti non debitori su beni immobili”.

(“Decreto CRS”), cui esplicitamente rimanda l’art. 1, lettera g), del Decreto MEF, sembrerebbero potersi ritenere esclusi i meri trasferimenti di liquidità, che avvengono – ad esempio – mediante bonifici bancari.

In altri termini, facendo stretto riferimento alla definizione di “attività finanziarie”, l’elemento distintivo di cui all’Allegato 1, lettera D, punto 1, lettera b) cit. dovrebbe ritenersi integrato con esclusivo riferimento al trasferimento (“integrale” o “di una parte rilevante di esso”) delle attività elencate nell’art. 1, comma 1, lett. l) del Decreto CRS.

La suddetta lettura, sembrerebbe peraltro in linea con quella adottata da altri paesi come la Francia, che nelle proprie linee guida in materia di DAC 6, sembra sposare tale linea interpretativa, specificando in un apposito esempio, relativo all’*hallmark* in questione, come un trasferimento permanente/regolare di denaro su un conto bancario aperto presso un istituto finanziario “non-CRS” non costituisca un meccanismo riportabile, in quanto la liquidità non sarebbe considerata una “attività finanziaria” ai sensi della cd. DAC2.

Tuttavia, anche tenuto conto del fatto che la Sezione I all’Allegato A al Decreto MEF contiene, tra le diverse casistiche riportate, anche esempi di “commercializzazione” di “schemi” che includono il “trasferimento di fondi” da un’istituzione finanziaria soggetta all’obbligo di comunicazione sui conti finanziari verso un’istituzione finanziaria esclusa da tale obbligo, ma “*con lo scopo principale di aggirare tale obbligo*”, si potrebbe invece ritenere che – nonostante la definizione legislativa citata – anche le fattispecie che contemplano il “trasferimento di fondi” possano – in linea teorica – essere soggette all’obbligo di reportistica in questione, seppure solo nei casi in cui vi sia la sussistenza di uno “schema” commercializzato che, per l’appunto, sia prevalentemente finalizzato ad aggirare l’obbligo di comunicazione relativo ai conti finanziari.

In tal senso, coerentemente con l’approccio sopra delineato, le stesse linee guida diramate dall’HMRC nel Regno Unito con riferimento alla normativa CRS<sup>5</sup>, hanno specificato come “*a promoter advising people to move funds from a jurisdiction where the CRS is in force, to one which has not implemented the CRS, in order to ensure that the funds are not reported under the CRS to the relevant tax authorities, is clearly caught under D(1). The effect of the arrangements is that the CRS reporting obligation is circumvented, in a way that is not consistent with the policy intention of the CRS. However, a person simply processing that transaction, for example a bank transferring the money from one account to another, would not normally have insight into the arrangement as a whole or its expected effect, and so would not be required to report. This would be true where the person processing the transaction knew to which country the funds had been sent, but has no knowledge as to the underlying reason for the transfer and if an “arrangement” exists*” (enfasi aggiunta).

Peraltro, coerentemente con quanto già argomentato nel paragrafo 2 del presente contributo, le operazioni aventi ad oggetto il trasferimento di fondi mediante bonifici

---

<sup>5</sup> <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-exchange-of-information/icim645010>

bancari potrebbero rientrare nel concetto di “transazioni bancarie di routine” e, per l’effetto, essere – in linea di principio e “salvo prova contraria” – di per sé già escluse dall’obbligo di notifica ai sensi dell’elemento distintivo in questione.

Tuttavia, nella diversa ipotesi in cui si dovesse ritenere che tali operazioni eccedano il concetto di operazione “routinaria” ed, in aggiunta, dovesse essere chiarito che all’interno dell’elemento distintivo di cui all’Allegato 1, lettera D, punto 1, lettera b), al Decreto DAC vi rientri anche la mera movimentazione di denaro ed il trasferimento di fondi (e.g. mediante bonifico bancario) verso istituzioni finanziarie situate in paesi “non-CRS”, ai fini di una corretta individuazione dell’obbligo di reportistica da parte degli operatori, dovrebbero in ogni caso essere chiarite le seguenti tematiche relative all’*hallmark* in questione:

(i) criterio della prevalenza delle attività trasferite: ai fini di una corretta individuazione dell’elemento distintivo in questione, si ritiene di notevole importanza fornire chiarimenti sul concetto di “prevalenza” espresso nello Schema di Circolare<sup>6</sup> e connesso al valore delle attività finanziarie oggetto di trasferimento verso una giurisdizione “non-CRS”. A tal fine, si suggerisce di fornire un parametro quantitativo che fissi, in maniera incontrovertibile, la nozione di “parte rilevante” dell’intero valore delle attività finanziarie trasferite, così da mettere gli operatori nelle condizioni di verificare con certezza matematica la sussistenza dell’elemento distintivo (e.g. un “test” che preveda la verifica del trasferimento di più del 50 per cento o del 75 per cento delle attività finanziarie contenute nel conto finanziario);

(ii) “soglia di materialità” per i trasferimenti oggetto di comunicazione: in aggiunta al criterio soprariportato, si ritiene inoltre necessario fornire una “soglia di materialità”, con riguardo al valore delle attività trasferite, al ricorrere della quale l’elemento distintivo in questione si ritiene integrato.

Del resto, in mancanza di una siffatta indicazione, gli intermediari si vedrebbero costretti a dover comunicare una serie di operazioni che, seppur soddisfino il citato “criterio della prevalenza”, potrebbero avere ad oggetto valori inconsistenti e non significativi. Tale circostanza, sarebbe non in linea (i) con la *ratio* sottesa alla normativa in questione, che mira a colpire quei meccanismi transfrontalieri potenzialmente aggressivi, nonché (ii) con lo specifico *hallmark* D in questione, che mira a “intercettare” i meccanismi e gli schemi elaborati per eludere gli obblighi in materia di scambio automatico di informazioni sui conti finanziari.

*Ad abundantiam*, si noti peraltro, come sotto un punto di vista prettamente operativo, i canali di trasmissione telematica selezionati dall’Amministrazione ai

---

<sup>6</sup> Nel punto in cui codesta Spettabile Agenzia delle Entrate afferma che “l’*hallmark* è integrato a seguito di trasferimento dell’intero valore delle attività finanziarie, o di una parte rilevante di esso presso un intermediario finanziario localizzato in un’altra giurisdizione che non è obbligata ad effettuare lo scambio di informazioni con l’Italia” (enfasi aggiunta).

fini dell'obbligo di reportistica in questione, non consentirebbero l'invio di comunicazioni massive, con evidenti conseguenti difficoltà per gli operatori finanziari, che – in assenza di una “soglia di materialità” – si vedrebbero costretti a notificare innumerevoli transazioni anche di importi non significativi.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, si auspica che nella versione definitiva del documento di prassi, vengano forniti specifici chiarimenti sui temi trattati nel presente paragrafo.

## **8. Sull'esclusione degli “investitori istituzionali” tra le strutture volte a mascherare l'identità dei beneficiari effettivi**

### **A. Tematica**

La tematica in oggetto verte sulla potenziale esclusione degli “investitori istituzionali” (tra cui banche, compagnie assicurative, fondi pensione e fondi di investimento, o le entità ed i veicoli da essi posseduti), quali strutture volte ad alterare o meno l'identificazione del titolare effettivo, ai fini della corretta applicazione dell'elemento distintivo di cui all'Allegato 1, lettera D, punto 2, al Decreto DAC 6.

### **B. Paragrafi dello Schema di Circolare interessati**

Con l'intento di chiarire quanto disposto all'Allegato 1, lettera D, punto 2, al Decreto DAC 6, il **paragrafo 7.4.2 dello Schema di Circolare** prevede che:

*“Affinché l'elemento distintivo in commento sia integrato, occorre che il veicolo utilizzato (persone, dispositivi giuridici o strutture giuridiche) presenti tre specifiche caratteristiche:*

- non deve svolgere un'attività economica sostanziale supportata da personale, attrezzature, attività e locali adeguati;*
- deve essere residente, gestito, controllato o stabilito al di fuori della giurisdizione di residenza di almeno uno dei titolari effettivi delle attività che si intendono occultare;*
- deve configurarsi come “opaco” ossia deve essere strutturato in modo tale da non consentire l'identificazione del titolare effettivo o da far apparire che un soggetto non sia il titolare effettivo”.*

### **C. Osservazioni / Contributi**

A tale riguardo, vale innanzitutto segnalare come, lo Schema di Circolare rimanda espressamente agli esempi di meccanismi che utilizzano una “struttura *offshore* opaca” forniti dalla Sezione II dell'Allegato A al Decreto MEF.

Posto che l'onere della comunicazione riguarda, in base all'art. 2, comma 1, lettera a), numero 5, del Decreto DAC 6, i meccanismi che possono “alterare la corretta applicazione delle procedure sullo scambio automatico di informazioni o sull'identificazione del titolare effettivo” e,

pertanto, come chiarito dal Considerando 13 della Direttiva DAC 6, i meccanismi di elusione del CRS, si potrebbe ritenere che non sia sufficiente che il meccanismo produca – oggettivamente – l’effetto del *non-reporting* ai fini dello scambio automatico di informazioni (o dell’individuazione del titolare effettivo), bensì sia necessario che quest’ultimo produca altresì l’effetto di alterare l’ordinaria comunicazione di tali informazioni<sup>7</sup>.

Sul punto, considerato che il Decreto MEF definisce la “*struttura offshore opaca*” quale veicolo “*in cui la proprietà è ideata in modo tale da non consentire l’identificazione accurata del titolare effettivo*” – così valorizzando l’effettiva intenzione di alterare gli obblighi informativi – sembra che lo stesso abbia sostanzialmente recepito quanto contenuto nel c.d. “*Carve out for Institutional Investors*” previsto dal Report MDRs<sup>8</sup>, secondo cui gli investitori istituzionali – intesi quali banche, compagnie assicurative, fondi pensione o fondi di investimento – nonché le entità ed i veicoli da essi posseduti non costituiscono strutture volte ad alterare l’identificazione del titolare effettivo.

Ciononostante, né il Decreto MEF né lo Schema di Circolare forniscono precise indicazioni e chiarimenti a riguardo.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, tenuto conto dell’importanza di tale esclusione per tutto il settore finanziario e del “*private equity*”, si auspica che vengano fornite esplicite delucidazioni sul tema ed in particolare su come possa operare, in concreto, il c.d. “*Carve out for Institutional Investors*”, ed in tal senso, se sia sufficiente (o meno) la mera presenza di un “investitore istituzionale” nella catena partecipativa di un gruppo di entità coinvolte in un “meccanismo transfrontaliero” per escludere – di per sé – la ricorrenza di una struttura volta ad alterare l’identificazione del titolare effettivo.

## 9. Sull’assenza di una definizione di “EBIT” e di “trasferimento”

### A. Tematica

La tematica in oggetto verte sulla mancata definizione di “EBIT” e di “trasferimento” ai fini della corretta applicazione dell’elemento distintivo di cui all’Allegato 1, lettera E, punto 3, al Decreto DAC 6.

### B. Paragrafi dello Schema di Circolare interessati

Il tema in questione è affrontato al **paragrafo 7.5.3** dello Schema di Circolare, ai sensi del quale:

---

<sup>7</sup> In tal senso si veda anche il paragrafo 5, pagina 25, del Report MDRs.

<sup>8</sup> Paragrafo 1.2, lettera c), pagina 15.

*“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”.*

### **C. Osservazioni / Contributi**

Sebbene la nozione di “EBIT” sembra assumere un ruolo fondamentale per determinare quando sorga l’obbligo di comunicazione in presenza di un trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività, né la normativa domestica né lo stesso Schema di Circolare forniscono una definizione compiuta di tale grandezza e di come la stessa debba essere determinata.

Ciò può sicuramente comportare difficoltà interpretative ed operative, anche avuto riguardo al potenziale disallineamento esistente tra i vari Stati membri dell’Unione Europea e delle differenti tecniche contabili. A tale riguardo, adottando la definizione più comune di EBIT, vale osservare come qualsiasi operazione che abbia impatti economici al di sotto del risultato operativo andrebbe esclusa.

A tal riguardo, andrebbe anche valutata una definizione di EBIT differente a seconda delle diverse categorie di società interessate, avuto riguardo di come – ad esempio – le società non industriali (quali ad esempio banche, assicurazioni, società holding) adottano schemi di bilancio differenti.

In aggiunta, sarebbe auspicabile un chiarimento al fine di comprendere se per la determinazione dell’EBIT debba farsi riferimento ai dati di bilancio – come sembra in assenza di specifiche indicazioni nell’elemento distintivo – o, diversamente, debbano essere utilizzati invece i “valori fiscali”.

Infine, parrebbe opportuno doversi chiarire se, nel caso in cui l’entità cedente – al momento in cui sorge l’obbligo – dovesse prevedere di realizzare un EBIT medio, durante il triennio successivo alla transazione, superiore al 50 per cento di quello che si sarebbe prodotto in assenza del trasferimento, e dopo che questo concretamente avvenga, in seguito, l’entità cedente eventualmente cessi di esistere, vi sia, in ogni caso, un meccanismo riportabile ai sensi dell’elemento distintivo di cui all’Allegato 1, lettera E, punto 3, al Decreto DAC 6.

Con riguardo, invece, alla nozione di “trasferimento” di funzioni e/o rischi e/o attività, posto che lo Schema di Circolare si limita a fornire un esempio relativo ad una cessione

di ramo aziendale<sup>9</sup>, andrebbe meglio specificato se tale concetto debba ricomprendere – in senso ampio – ogni operazione di “*business restructuring*”. In tal senso, andrebbe opportunamente chiarito se – ai fini dell’interpretazione dell’elemento distintivo in questione e della conseguente individuazione delle fattispecie rilevanti – coerentemente con quanto chiarito nello Schema di Circolare con riferimento agli altri due elementi distintivi di cui alla lettera E<sup>10</sup> – possa essere fatto riferimento alle “*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*” ed, in particolare, al “*Chapter IX*” sulle c.d. “*business restructuring*”.

Tanto premesso, sarebbe a nostro avviso auspicabile integrare lo Schema di Circolare, così da prevedere una definizione più compiuta dei termini “EBIT” e “trasferimento” in modo da determinare – in modo chiaro e risoluto – quando sorga l’obbligo di comunicazione in presenza di un trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività.

\* \* \*

Ausplicando di aver fornito elementi utili alla finalizzazione dello Schema di Circolare in esame, si ringrazia per l’opportunità offerta e si rimane a disposizione per qualsiasi chiarimento e/o confronto sui commenti/osservazioni sopra formulate.

Cordialmente,

Foglia & Partners



---

<sup>9</sup> Si veda esempio n. 32 a pag. 114 dello Schema di Circolare.

<sup>10</sup> Si veda, in merito, il paragrafo 7.5.1. dello Schema di Circolare, in merito all’elemento distintivo di cui alla lettera E, punto 1), ed il paragrafo 7.5.2. dello Schema di Circolare, in relazione all’elemento distintivo di cui alla lettera E, punto 2).