

## L'implementazione della DAC6 in Italia

### Il parere dell'esperto

**DAC6 ed obblighi di disclosure in capo agli intermediari finanziari**

**di Gianni Bitetti**

*Partner di Bernoni Grant Thornton*

Con la Direttiva 2018/822/UE (di seguito "Direttiva" o "DAC6") del 25 maggio 2018 recante modifiche alla previgente Direttiva 2011/16/UE, il Consiglio Europeo ha introdotto specifiche disposizioni in materia di scambio automatico di informazioni nel settore fiscale nei confronti delle Amministrazioni finanziarie sui cosiddetti "meccanismi transfrontalieri" soggetti all'obbligo di comunicazione, vale a dire quei meccanismi...

*continua all'interno*

### Overview

**Lo scambio automatico obbligatorio nel settore fiscale**

**di Lorenzo Carminati**

*Principal di Bernoni Grant Thornton*

Negli ultimi anni si sono moltiplicate le iniziative riguardanti lo scambio automatico di informazioni finalizzate a contrastare fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva. In ambito europeo, numerose direttive hanno progressivamente ampliato il perimetro dello scambio automatico di informazioni, consentendo alle Autorità fiscali degli Stati Membri di ricevere sempre più dati in modo sempre più tempestivo. Allo scopo di rafforzare ulteriormente i mezzi a disposizione delle Autorità...

*continua all'interno*

### Approfondimento

**La DAC6 e il transfer pricing: gli elementi distintivi**

**di Paolo Besio**

*Partner di Bernoni Grant Thornton*

Tra gli elementi distintivi indicati nell'allegato 1 al decreto legislativo n. 100, ovvero tra gli indicatori di un possibile intento elusivo, ce ne sono alcuni relativi ai prezzi di trasferimento, elencati nella lettera E. Ai fini della normativa in commento essi rilevano se sono stati posti in essere senza il rispetto del principio di libera concorrenza; essi non sono soggetti all'ulteriore criterio del vantaggio principale, ovvero alla verifica se il vantaggio fiscale sia il vantaggio prevalente che ci si aspetta dal meccanismo posto...

*continua all'interno*

**Fronteggiamo  
il Covid-19  
con il Clever Desk**





## Overview

### Lo scambio automatico obbligatorio nel settore fiscale

di **Lorenzo Carminati**

Principal di Bernoni Grant Thornton

Negli ultimi anni si sono moltiplicate le iniziative riguardanti lo scambio automatico di informazioni finalizzate a contrastare fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva. In ambito europeo, numerose direttive hanno progressivamente ampliato il perimetro dello scambio automatico di informazioni, consentendo alle Autorità fiscali degli Stati Membri di ricevere sempre più dati in modo sempre più tempestivo.

Allo scopo di rafforzare ulteriormente i mezzi a disposizione delle Autorità fiscali diretti a prevenire e scoraggiare la pianificazione fiscale aggressiva, la direttiva (UE) 2018/822 (di seguito «Direttiva»), recante ulteriori modifiche alla direttiva n. 2011/16/UE, ha introdotto lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale in relazione ai cosiddetti «meccanismi transfrontalieri». Nello specifico, la Direttiva obbliga gli intermediari e, in certi casi, i contribuenti a informare le Autorità fiscali in merito a determinati schemi, pattuizioni, ecc. che possono implicare la presenza di una pianificazione fiscale aggressiva.

La Direttiva è stata recepita in Italia con il decreto legislativo di attuazione 30 luglio 2020 n. 100 (di seguito «Decreto»), con il quale sono stabilite le norme e le procedure relative allo scambio automatico obbligatorio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione all'Agenzia delle Entrate con

le altre autorità competenti degli Stati Membri dell'Unione europea e con altre giurisdizioni estere in forza degli accordi stipulati. Il Decreto è stato recentemente integrato dal decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 17 novembre 2020, recante «definizione delle regole tecniche e delle procedure relative allo scambio automatico obbligatorio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione all'Agenzia delle Entrate» (di seguito «DM»), completando il quadro normativo domestico di riferimento per la materia.

Data la complessità della normativa, di seguito si fornisce una breve ed introduttiva illustrazione degli elementi chiave del nuovo adempimento, quali i soggetti obbligati, le operazioni potenzialmente oggetto di comunicazione, le tempistiche e le sanzioni applicabili in caso di omesso o parziale inadempimento.

#### 1. Soggetti obbligati

Sono tenuti al nuovo obbligo di comunicazione dei «meccanismi transfrontalieri» le seguenti categorie di operatori:

- gli intermediari finanziari (e.g., le banche, le società di gestione accentrata di strumenti finanziari, le SIM, le SGR, le imprese di assicurazione, ecc.);
- i consulenti fiscali, avvocati e commercialisti che progettano, promuovono o forniscono assistenza in relazione a determinati accordi transfrontalieri (i.e., i c.d. *Promoters* e i c.d. *Service Providers*);
- i contribuenti (società), nei casi in cui (i) non sia coinvolto alcun intermediario, o (ii) venga coinvolto un intermediario residente fuori dall'Unione Europea o esonerato.



L'ambito soggettivo rappresenta sicuramente una delle novità più rilevanti della Direttiva che, di fatto, estende a tutti i soggetti economici potenzialmente coinvolti in strutture di pianificazioni fiscalmente aggressive obblighi di scambio automatico di informazioni che prima erano limitati solamente ad alcune categorie di intermediari (si consideri, ad esempio, il *Common Reporting Standard* o *CRS*).

È opportuno segnalare che i contribuenti sono chiamati ad adempiere in via sussidiaria, ovvero nell'ipotesi in cui nell'operazione potenzialmente rilevante non sia intervenuto un intermediario finanziario o un consulente soggetti all'obbligo di comunicazione.

## 2. Operazioni potenzialmente oggetto di comunicazione: i “meccanismi transfrontalieri”

Come precedentemente indicato, sono oggetto di comunicazione i cosiddetti meccanismi transfrontalieri. Il Decreto definisce meccanismo transfrontaliero “*uno schema, accordo o progetto, riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere*” che soddisfi i seguenti requisiti:

- integri almeno uno degli “elementi distintivi” previsti dalla norma (si rinvia al punto 2.1. che segue);
- sia a disposizione dei partecipanti a partire dal 25 giugno 2018 (giorno di entrata in vigore della Direttiva).

Il Decreto chiarisce che il coinvolgimento di una o più giurisdizioni estere si ha qualora si verifichi almeno una delle seguenti condizioni:

- non tutti i partecipanti del meccanismo risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato;

- uno o più partecipanti godono di una doppia residenza fiscale;
- uno o più partecipanti hanno una stabile organizzazione in un'altra giurisdizione e lo schema riguarda tale stabile organizzazione;
- uno o più partecipanti svolgono un'attività in un'altra giurisdizione (senza avere una stabile organizzazione).

L'appartenenza del contribuente ad un gruppo multinazionale non è quindi elemento necessario a far scattare l'obbligo di comunicazione; è sufficiente, infatti, che lo stesso sia coinvolto in operazioni con altre giurisdizioni fiscali.

### 2.1 Gli elementi distintivi o *hallmark*

Circa gli elementi distintivi o *hallmark* che devono essere integrati per far sì che lo schema, l'accordo o il progetto siano da comunicare, essi sono studiati per far emergere un'ampia casistica di strutture di pianificazione fiscale aggressiva.

Si tratta, in effetti, di veri e propri indici di rischio di elusione o evasione fiscale e sono disegnati per intercettare schemi, accordi o progetti di due tipologie:

- quelli diretti ad ottenere un vantaggio fiscale per uno o più dei partecipanti;
- quelli che possono alterare la corretta applicazione delle procedure sullo scambio automatico di informazioni (previste da *CRS* o *FACTA*) o sull'identificazione del titolare effettivo.

Come si può intuire, la casistica ricompresa dagli elementi distintivi è estremamente ampia e non sorprende che siano ben cinque le categorie di elementi previsti dalla Direttiva e, a specchio, dal Decreto. A loro volta, tali macro gruppi sono divisi in ulteriori sotto-categorie, per un totale di quindici diversi *hallmark*.



Di seguito si fornisce una breve panoramica degli elementi distintivi:

*Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale*

1. impegno a rispettare una condizione di riservatezza che può comportare la non comunicazione delle modalità con cui il meccanismo garantisce un vantaggio fiscale;
2. presenza di remunerazione commisurata all'entità del vantaggio fiscale derivante dal meccanismo (cd. *success fee*);
3. adozione di un accordo e/o una struttura in grado di portare un vantaggio fiscale sostanzialmente standardizzati.

*Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale*

1. utilizzo di bare fiscali;
2. conversione di reddito in capitale, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta;
3. operazioni circolari (*round-tripping*).

*Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere*

1. pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate dove il soggetto ricevente gode di una tassazione agevolata o esenzione (con previsione di varie casistiche);
2. detrazioni in più di una giurisdizione a fronte dello stesso ammortamento;
3. sgravio dalla doppia tassazione in più di una giurisdizione rispetto allo stesso elemento di reddito o capitale;

4. trasferimenti di attivi tra giurisdizioni diverse e in cui vi è una differenza significativa nell'importo dovuto come contropartita degli attivi nelle giurisdizioni interessate.

*Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva*

1. meccanismi aventi l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione imposto dalle leggi sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari (CRS o FACTA);
2. meccanismi che comportano una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente.

*Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento*

1. uso di *safe harbour* unilaterali;
2. trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione (*hard-to-value intangibles*);
3. ristrutturazione infragruppo, se la previsione annuale degli utili (EBIT), nel periodo di tre anni successivo al trasferimento, è inferiore al cinquanta per cento della previsione annuale degli EBIT in questione in mancanza di trasferimento.

## **2.2 Criterio del Vantaggio Principale**

Gli elementi distintivi di cui alle lettere A, B, C ed E rilevano solo se suscettibili di determinare una riduzione delle imposte (DM, articolo 6).

Ai sensi dell'articolo 7 del DM, gli *hallmark* A, B e C [punto 1, lettere b), sub 1), c) e d)] si considerano integrati laddove il vantaggio fiscale che deriva dall'attuazione del meccanismo transfrontaliero sia superiore al cinquanta per cento della somma del vantaggio fiscale e dei vantaggi extrafiscali (cd. Vantaggio Principale o "Main Benefit").



Il vantaggio fiscale si calcola come differenza tra le imposte da assolvere con l'adozione del meccanismo transfrontaliero e quelle che sarebbero dovute in assenza di tale meccanismo, laddove il vantaggio extrafiscale è definito come un qualunque vantaggio economico quantificabile di natura non fiscale.

Di fatto, a parte gli elementi distintivi rientranti nella categoria D, tesi a far emergere l'adozione di strutture potenzialmente opache, solo quelli concernenti i prezzi di trasferimento rilevano indipendentemente dalla prevalenza del vantaggio fiscale.

### **3. Tempistica**

Si ricorda che, con l'entrata in vigore della direttiva (Ue) 2020/876 del Consiglio del 24 giugno 2020 che ha modificato la direttiva 2011/16/UE, gli Stati europei sono stati autorizzati a rinviare (causa pandemia di Covid-19) fino ad un massimo di sei mesi i termini concernenti le comunicazioni dei meccanismi transfrontalieri soggette ad obbligo di notifica all'Agenzia delle Entrate.

L'Italia, come la maggior parte degli Stati Membri (con l'esclusione significativa della Germania), ha optato per il rinvio delle scadenze iniziali, con la conseguenza che le prime scadenze per il nuovo obbligo sono le seguenti:

- entro il 31 gennaio 2021: comunicazione relative al periodo il 1° luglio 2020 - il 31 dicembre 2020;
- entro il 28 febbraio 2021: comunicazione relative al periodo il 25 giugno 2020 - il 30 giugno 2020.

Si tratta di due comunicazioni una tantum relative al primo periodo di applicazione della normativa.

A partire dal 1° gennaio 2021, gli intermediari saranno tenuti a comunicare all'Agenzia delle Entrate le informazioni entro trenta giorni (in genere, questi decorrono dal giorno seguente a quello in cui il meccanismo transfrontaliero è messo a disposizione ai fini dell'attuazione o a quello in cui è stata avviata l'attuazione).

I contribuenti, invece, trasmettono le informazioni sui meccanismi transfrontalieri entro trenta giorni a decorrere dal giorno successivo a quello in cui sono stati informati dall'intermediario esonerato circa la sussistenza dell'obbligo di comunicazione a suo carico.

### **4. Sanzioni**

Nei casi di omessa comunicazione, si applica una sanzione amministrativa da un minimo di 3.000 euro ad un massimo di 31.500 euro.

Nei casi di incompleta o inesatta comunicazione, la sanzione è ridotta ad un terzo, passando, quindi, da un minimo di 1.000 euro ad un massimo di 10.500 euro.



## Il parere dell'esperto

### DAC6 ed obblighi di disclosure in capo agli intermediari finanziari

di **Gianni Bitetti**

Partner di Bernoni Grant Thornton

Con la Direttiva 2018/822/UE (di seguito “Direttiva” o “DAC6”) del 25 maggio 2018 recante modifiche alla previgente Direttiva 2011/16/UE, il Consiglio Europeo ha introdotto specifiche disposizioni in materia di scambio automatico di informazioni nel settore fiscale nei confronti delle Amministrazioni finanziarie sui cosiddetti “meccanismi transfrontalieri” soggetti all’obbligo di comunicazione, vale a dire quei meccanismi che coinvolgono più Stati Membri o uno Stato Membro e un paese terzo e che presentano uno o più indicatori di potenziale rischio di elusione fiscale (i cd. *hallmarks*).

Pare utile evidenziare, in prima battuta, che la disciplina in commento si inserisce nell’ambito delle iniziative successive alle raccomandazioni dell’azione 12 del Progetto BEPS incentrate sul rafforzamento degli strumenti di contrasto all’evasione e all’elusione fiscale. Letteralmente, infatti, l’azione 12 “[...] provides recommendations for the design of rules to require taxpayers and advisors to disclose aggressive tax planning arrangements. These recommendations seek a balance between the need for early information on aggressive tax planning schemes with a requirement that disclosure is appropriately targeted, enforceable and avoids placing undue compliance burden on taxpayers”.



La summenzionata Direttiva è stata recepita in Italia con il Decreto Legislativo n. 100 del 30 luglio 2020 (di seguito “Decreto”) al quale è poi seguito lo scorso 17 novembre 2020 un decreto ad hoc del Ministro dell’Economia e delle Finanze (di seguito “DM”), recante la definizione delle regole tecniche e delle procedure relative allo scambio automatico obbligatorio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di comunicazione.

Per quanto riguarda l’ambito soggettivo, il Decreto ha stabilito che l’obbligo di comunicazione nei confronti dell’Amministrazione finanziaria di quei meccanismi transfrontalieri che presentano uno o più *hallmarks* è a carico degli “intermediari” e, in via sussidiaria nonché al ricorrere di determinate condizioni, dei “contribuenti”, ossia di quei soggetti che potenzialmente potrebbero beneficiare (o hanno beneficiato a partire dal 25 giugno 2018, giorno di entrata in vigore della Direttiva) degli effetti dei meccanismi transfrontalieri.



Circa le informazioni relative ai meccanismi transfrontalieri che devono essere comunicate all'Agenzia delle Entrate, l'articolo 6 del Decreto prevede che debba essere oggetto di comunicazione quanto segue:

- l'identificazione degli intermediari e dei contribuenti interessati, compresi il nome, la data e il luogo di nascita ovvero la denominazione sociale o ragione sociale, l'indirizzo, la residenza ai fini fiscali, il NIF (numero di identificazione fiscale), nonché i soggetti che costituiscono imprese associate di tali contribuenti;
- gli elementi distintivi (cd. *hallmarks*) che caratterizzano il meccanismo transfrontaliero (e che lo rendono, pertanto, oggetto di comunicazione);
- una sintesi del contenuto del meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione;
- la data di avvio dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero;
- le disposizioni nazionali che stabiliscono l'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero;
- il valore del meccanismo transfrontaliero oggetto dell'obbligo di comunicazione;
- l'identificazione delle giurisdizioni di residenza fiscale dei contribuenti interessati, nonché delle eventuali altre giurisdizioni potenzialmente interessate dal meccanismo transfrontaliero oggetto dell'obbligo di comunicazione;
- l'identificazione di qualunque altro soggetto potenzialmente interessato dal meccanismo transfrontaliero nonché delle giurisdizioni a cui tale soggetto è riconducibile.

## Clever Desk Webinars

Il terzo ciclo da dicembre 2020

GoToWebinar

[bgt-grantthornton.it](https://www.bgt-grantthornton.it)





A fronte di detto quadro normativo, si è in attesa di una circolare esplicativa che meglio definisca alcuni dei temi che paiono, al momento, ancora poco chiari

### **Gli intermediari finanziari**

Ai fini che qui interessano, si evidenzia come, tra gli altri, gli intermediari finanziari tenuti alla comunicazione delle informazioni rilevanti ai fini della normativa sullo scambio automatico di informazioni *Common Reporting Standard* di cui all'art. 1, co. 1, lett. n) del D. M. 28/12/2015 (quali banche, società di gestione accentrata di strumenti finanziari, società di intermediazione mobiliare, società di gestione del risparmio, imprese di assicurazione, organismi di investimento collettivo del risparmio, società fiduciarie, *trust*, stabili organizzazioni di istituzioni finanziarie estere che svolgono le medesime attività delle istituzioni finanziarie tenute alla comunicazione) rientrano tra i soggetti tenuti al nuovo obbligo di comunicazione dei meccanismi transfrontalieri e, più in particolare, di quelli che presentato gli elementi distintivi riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva elencati nella categoria D dell'Allegato I del Decreto, ovvero quei meccanismi (i) aventi l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione imposto dalle leggi sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari a livello europeo e a livello OCSE (FATCA e CRS) e (ii) che comportano una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente.

### **Gli hallmarks**

Interessanti spunti interpretativi circa i suddetti meccanismi transfrontalieri sono rinvenibili nel "Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures" rilasciato dall'OCSE il 9 marzo 2018. Più in dettaglio, è opportuno ricondurre a detto documento le prime riflessioni attinenti (i) gli schemi atti a compromettere lo scambio di informazioni attraverso, ad esempio, l'utilizzo di strumenti assimilabili a conti finanziari ma che, di fatto, 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 (c.d. *CRS avoidance arrangements*), ovvero (ii) 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 (c.d. *Opaque offshore structures*).

Stante quanto sopra, preme sottolineare come obiettivo primario del legislatore sia stato quello di intercettare, per tempo, meccanismi in grado di compromettere il corretto assolvimento degli obblighi di comunicazione finalizzati allo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari (in altri termini, andando ad identificare transazioni volte ad eludere le regole previste nell'ambito del *Common Reporting Standard* volte, in prima battuta, a disciplinare le procedure per la raccolta di informazioni relative alla disponibilità, ad una certa data, di un'attività finanziaria).



Ne consegue che, differentemente da quanto previsto nell'ambito del *Common Reporting Standard*, in capo agli intermediari ricadrà l'esigenza di dotarsi di appropriati strumenti e procedure atte a mappare, ed un secondo dopo, valutare, le operazioni soggette a (possibile) obbligo di comunicazione.

### **Alcune prime riflessioni**

Una lettura critica della normativa ad oggi disponibile porta in ogni caso ad osservare che le previsioni domestiche si pongono, in qualche modo, a metà strada tra l'ennesimo obbligo di trasparenza nei confronti dell'Amministrazione finanziaria e la spinta di quest'ultima, ai contribuenti ed agli operatori che si muovono in ambito transnazionale, verso una sempre maggiore e più pervasiva attività di compliance preventiva.

Tuttavia la retroattività degli effetti della Direttiva porta in qualche modo a testare detta compliance anche con riguardo all'ultimo biennio, generando quindi in capo agli intermediari un onere e, presumibilmente, dei costi considerevoli che si sommano a quanto fatto con riguardo agli obblighi in materia di *Common Reporting Standard*.

Ne deriva che sarà cruciale per i soggetti coinvolti delineare, nelle prossime settimane, un piano d'azione volto ad individuare, in primis, il perimetro attuale degli adempimenti di cui al summenzionato *Common Reporting Standard* e valutarne la "tenuta" ai fini del Decreto, sia come capacità di intercettare situazioni "sospette" sia con riguardo all'esigenza di standardizzare un approccio oggettivo al problema. In seconda battuta, sarà importante individuare ed analizzare quanto non rilevante (o rilevato) ai fini *Common Reporting Standard* per valutarne la possibile riportabilità ai fini DAC6.

Si noti, a titolo di esempio, il caso di utilizzo di tipologie di investimenti che non rientrano nella definizione di conto finanziario (ovvero che non appaiono come tali pur avendo caratteristiche simili a quelle di un conto finanziario) o il trasferimento di conti o attività finanziarie in giurisdizioni che non sono vincolate dal *Common Reporting Standard*.

Si segnala, inoltre, che i differenti termini richiesti dalle due discipline (adempimenti annuali in ambito *Common Reporting Standard* mentre, in ambito DAC 6, una volta a regime, entro 30 giorni dal verificarsi delle condizioni che comportano l'obbligo di comunicazione) porterà inevitabilmente gli operatori a dotarsi di strumenti di mappatura ed analisi che lavorino su binari paralleli e che tengano traccia dei punti di congiunzione tra le discipline nonché delle specifiche differenze.

Conseguentemente è importante approntare a stretto giro un piano d'azione operativo che, partendo da quanto già a disposizione degli intermediari finanziari ai fini *Common Reporting Standard*, vada a testare le operazioni implementate o concluse dal 25 giugno 2018 in poi, valutarne la possibile riportabilità ai fini di DAC 6 (anche sulla base del cosiddetto standard di conoscenza) e, una volta identificato un numero sufficiente di operazioni simili, giungere ad una clusterizzazione che consenta una corretta e tempestiva gestione dei nuovi obblighi di comunicazione attesa la necessità di contemperare efficienza operativa (un adeguamento dei sistemi informativi si renderà quindi necessario) e valutazione qualitativa degli specifici casi, sicuramente non demandabile, anche per evidenti profili di responsabilità, ad una mera procedura automatizzata.



## Approfondimento

### La DAC6 e il transfer pricing: gli elementi distintivi

di **Paolo Besio**

Partner di Bernoni Grant Thornton

#### Introduzione

Tra gli elementi distintivi indicati nell'allegato 1 al decreto legislativo n. 100, ovvero tra gli indicatori di un possibile intento elusivo, ce ne sono alcuni relativi ai prezzi di trasferimento, elencati nella lettera E. Ai fini della normativa in commento essi rilevano se sono stati posti in essere senza il rispetto del principio di libera concorrenza; essi non sono soggetti all'ulteriore criterio del vantaggio principale, ovvero alla verifica se il vantaggio fiscale sia il vantaggio prevalente che ci si aspetta dal meccanismo posto in essere. A ciò consegue che l'esistenza di operazioni di cui alla lettera E dell'allegato integra di per sé l'obbligo di comunicazione, se ricorrono i requisiti, anche temporali, previsti dalla normativa.

Gli elementi distintivi relativi a meccanismi realizzati o realizzabili tra imprese associate sono molteplici e presenti in tanti elementi distintivi. Evidentemente anche questi meccanismi vanno analizzati per verificare se le condizioni pattuite riflettano o meno il principio di libera concorrenza ma essi rilevano sotto altri profili. Si tratta di applicare, quindi, le metodologie condivise, a livello sia internazionale sia nazionale. Nel prosieguo, tuttavia, ci concentriamo solo su quelli indicati nella lettera E, ovvero i *safe harbour*, gli *hard to value intangibles* e il *business restructuring*.

Questi temi sono da anni al centro dei lavori dell'OCSE, sono stati approfonditi nell'ambito del progetto BEPS e sono oggetto di ampia trattazione nella versione più recente delle *Transfer Pricing Guidelines* elaborate dallo stesso OCSE.

#### Considerazioni preliminari

Prima di esaminare questi tre temi desidero svolgere due considerazioni preliminari, la prima con riferimento alla definizione di impresa associata. È facile notare come detta definizione, contenuta nell'articolo 2, comma 1, lettera e), del decreto legislativo n. 100, sia più ampia rispetto a quella definita, dal DM 14 maggio 2018 ma anche dalle stesse *Guidelines*, ai fini della determinazione del prezzo di libera concorrenza. La definizione è poi ulteriormente ampliata, dal DM 17 novembre 2020, con riferimento anche agli *hard to value intangibles*.

La decisione assunta dal legislatore, comunitario e di conseguenza nazionale, è criticabile, per il fatto di assoggettare alle norme in materia di prezzi di trasferimento operazioni che, sia per il passato sia per il futuro, non saranno assoggettate alla già menzionata normativa nella maggioranza degli Stati. In particolare, quindi, la mappatura delle suddette operazioni tramite l'esame della documentazione predisposta ai fini del *transfer pricing* è parziale e rischia, quindi, di non identificare tutti i meccanismi potenzialmente soggetti all'obbligo di comunicazione.

Inoltre, l'ulteriore estensione fatta dal DM, con esplicito richiamo sia alla definizione di impresa associata sia alle lettere C, punto 1 ed E, punto 2 dell'allegato 1 non è di immediata comprensione.



Il riferimento alla definizione di impresa associata contenuta nel decreto legislativo comportava, automaticamente, la sua applicabilità in tutte le fattispecie in cui ci si riferiva, nel decreto legislativo stesso, alle imprese associate. L'ulteriore riferimento a due specifiche lettere dell'allegato 1 non è chiaro: in particolare, è da capire se sia solo una specificazione superflua, in quanto già incluso nella definizione oppure se la volontà sia di identificare due distinti perimetri soggettivi di analisi, il primo relativamente ai *safe harbour* e al *business restructuring* e il secondo relativo soltanto agli *hard to value intangibles*. Ritengo che la prima ipotesi sia quella corretta, anche alla luce di quanto riportato dal *working party IV, direct taxation* della Commissione, secondo il quale il termine "infragruppo" della lettera E, punto 3 si riferisce al concetto di impresa associata.

La seconda considerazione preliminare attiene alla legittimità del riferimento alle *Guidelines* dell'OCSE come strumento interpretativo delle operazioni descritte nella lettera E. Ritengo che la risposta sia affermativa sia perché da anni ormai sia il legislatore sia l'Agenzia hanno costantemente richiamato le *Guidelines* come fonte di ispirazione della normativa e ausilio interpretativo sia perché il decreto legislativo n. 100 richiama il DM 14 maggio 2018 che, a sua volta, richiama le *Guidelines*. Il richiamo alle *Guidelines* è fatto anche nel documento del *working party IV, direct taxation* della Commissione. Per completezza osservo che l'utilizzo delle *Guidelines* per interpretare la normativa italiana, ovvero il principio di libera concorrenza, è riconosciuto legittimo anche dalla giurisprudenza di merito e di legittimità.

E' poi superfluo ricordare che l'intero provvedimento oggetto di analisi e la direttiva di cui esso costituisce attuazione in Italia, fanno esplicito riferimento all'action 12 del progetto BEPS, ovvero "Mandatory Disclosure Rules" e ai lavori dell'OCSE.

Con queste premesse analizzo le tre categorie di operazioni.

### **I safe harbour**

Innanzitutto la definizione, contenuta nel decreto ministeriale: per *safe harbour* si intende "un regime che, in relazione a specifiche categorie di transazioni, fissa preventivamente regole certe e parametri minimi conformandosi ai quali le imprese non sono tenute ad ulteriori oneri probatori previsti dalle disposizioni o dalla prassi in materia di prezzi di trasferimento".

Per *safe harbour* si intende, quindi, una norma di legge o una prassi interpretativa che, verificate determinate condizioni, consente al contribuente la possibilità di determinare forfettariamente il prezzo applicabile all'operazione *intercompany*, senza che sia effettuata una completa analisi della comparabilità.

Noto che la definizione contenuta nella norma italiana presenta una differenza rispetto a quella fornita dall'OCSE nelle *Guidelines*: "a *safe harbour in a transfer pricing regime is a provision that applies to a defined category of taxpayers or transactions and that relieves eligible taxpayers from certain obligations otherwise imposed by a country's general transfer pricing rules*".

La norma italiana, quindi, circoscrive i *safe harbour* a categorie di operazioni mentre l'OCSE fa riferimento a categorie di operazioni e a categorie di contribuenti.



L'obiettivo dei *safe harbour* è di limitare lo sforzo richiesto ai contribuenti con riferimento ad operazioni che potrebbero non giustificare l'onere amministrativo che l'analisi delle operazioni *intercompany* normalmente richiede. In questo senso, l'OCSE, che nella versione del 1995 delle *Guidelines* aveva espresso un giudizio negativo sui *safe harbour*, ha, negli anni successivi, rivisto la propria posizione.

L'OCSE oggi riconosce, da un lato, che i *safe harbour* possono avere l'obiettivo legittimo di semplificare e di ridurre gli oneri amministrativi; dall'altro che essi possono prestarsi ad abusi, da parte sia delle amministrazioni finanziarie sia dei gruppi, generando, rispettivamente, doppia imposizione o doppia non imposizione.

Al fine di minimizzare il rischio di abusi l'OCSE ritiene meritevoli i *safe harbour* bilaterali o multilaterali e, in questo senso, fornisce anche esempi di accordi che le amministrazioni potrebbero stipulare con riferimento alle diverse categorie di *safe harbour* ipotizzabili.

La lettera E, punto 1, fa riferimento ai *safe harbour* unilaterali, quindi attuati soltanto in uno degli Stati coinvolti nell'operazione. Questo enfatizza l'elemento di discrezionalità che il caso oggetto di analisi presuppone e che, conseguentemente, può dare adito ad abusi.

Indipendentemente da un esplicito accordo raggiunto da due o più Stati, non devono essere considerati unilaterali, e quindi, non rientrano nell'ambito di applicazione di questa norma, i *safe harbour* che sono riconosciuti legittimi dall'OCSE e che, quindi, hanno ottenuto il consenso degli Stati aderenti. In questo senso si esprime il già citato *working party IV, direct taxation* della Commissione, statuendo che "*The commission Services took the view that national rules on safe harbours should be "unilateral" when they depart from the international consensus, as this is enshrined in the OECD transfer pricing guidelines*". Questo anche nel caso in cui solo uno dei due Stati coinvolti nell'operazione abbia deciso di avvalersi del *safe harbour*. L'esempio più facile è relativo ai cosiddetti *low value added services*.

GET CONNECTED !

Follow us on

LinkedIn

YouTube



Instagram





Questa tipologia di servizi è stata indentificata e descritta nel progetto BEPS, è stata descritta nell' *action 8-10* e, quindi, integrata nelle *Guidelines* emesse successivamente al progetto e ancora oggi attuali. Da ultimo, è espressamente prevista dal recente provvedimento del direttore dell' Agenzia che ha riformulato la struttura della documentazione idonea al fine della disapplicazione delle sanzioni amministrative in caso di contestazione in materia di prezzi di trasferimento.

Sulla base di queste premesse e considerazioni, ritengo che oggi in Italia non esistano *safe harbour*. Sono esistiti in passato, in conseguenza della prassi introdotta dall' Agenzia, con la nota circolare n. 32 del 1980, relativamente alla congruità delle *royalty*. Era stata correttamente percepita come limitativa del valore normale, poiché non rifletteva quanto pattuito tra parti indipendenti nel libero mercato ma, indiscutibilmente, identificava comunque soglie che, non richiedendo specifiche analisi, potevano tradursi in vantaggi nel caso in cui il bene immateriale non presentasse caratteristiche tali da far presumere che un terzo avrebbe pagato una *royalty* per il suo utilizzo. L'esistenza di un *safe harbour* deve essere accertata da parte di tutte le società che risiedono in Stati che applicano questa normativa nelle operazioni dalle stesse poste in essere.

### **Hard to value intangibles**

La definizione di *hard to value intangibles* è contenuta nel decreto legislativo e ribadita nel decreto ministeriale e ricalca perfettamente la definizione fornita dall' OCSE nelle *Guidelines* citate.

In particolare, per beni immateriali di difficile valutazione si intende “*quei beni immateriali o i diritti su beni immateriali, per i quali al momento del loro trasferimento tra imprese associate: a) non esistono affidabili transazioni comparabili; e b) al momento della definizione dell' accordo, le proiezioni dei flussi di cassa futuri o del reddito derivante dal bene immateriale trasferito o le assunzioni utilizzate nella sua valutazione sono altamente incerte, rendendo difficile prevedere il livello di successo finale del bene immateriale trasferito*”.

Preliminarmente osservo che la norma considera “*il trasferimento di beni immateriali*”; nella successiva definizione, tuttavia, si riferisce a “*beni immateriali o diritti su beni immateriali*”. Detta norma si applica, quindi, sia al trasferimento di tutti i diritti (piena titolarità) sul bene immateriale sia al trasferimento di alcuni diritti su di esso ovvero, tipicamente, ai contratti di licenza.

E' bene ricordare che le *Guidelines*, trattando dei beni immateriali, da un lato, confermano l'applicabilità dei principi e dei criteri già indicati per i beni materiali e per i servizi; dall' altro riconoscono che i beni immateriali spesso hanno caratteristiche uniche e che, di conseguenza, hanno il potenziale per generare rendimenti e per creare benefici futuri che potrebbero differire notevolmente. Se l'unicità e la difficoltà di previsione e di valutazione valgono per tutti i beni immateriali, per gli *hard to value intangibles* questa situazione è ancora più forte ed evidente, rappresentando essi, da questo punto di vista, un sottoinsieme dei beni immateriali.

Il decreto legislativo è, quindi, chiaro nel circoscrivere l'ambito applicativo della lettera E, punto 2, ad una specifica tipologia di beni immateriali, a cui le *Guidelines* dedicano diversi paragrafi.



La ragione di questa scelta è evidente: la particolare difficoltà di valutazione può essere strumentalizzata per trasferire un bene immateriale da una giurisdizione ad alta fiscalità in una a bassa fiscalità nella fase iniziale del suo ciclo di vita, quando può essere sostenibile una sua valutazione più che contenuta, giocando su previsioni di sviluppo e di fatturato modeste.

Questa situazione non va confusa con l'incertezza intrinseca nella materia dei prezzi di trasferimento che potrebbe comportare che, in sede di verifica, le analisi effettuate e i comparables utilizzati siano sconosciuti dall'organo verificatore.

Questo non significa, in particolare, che ci si trovi di fronte ad un *hard to value intangible* ma semplicemente che contribuente e verificatore hanno una diversa interpretazione dei fatti e delle circostanze nonché della comparabilità.

E' evidente, tuttavia, che, in questa situazione, è particolarmente importante dotarsi, nel momento in cui sono poste in essere queste operazioni, di una documentazione che sia in grado di dimostrare le informazioni disponibili e le valutazioni effettuate. Nel momento in cui queste operazioni saranno oggetto di verifica, infatti, potrebbe essere difficile ricostruire tutte le informazioni e i dati disponibili e, quindi, potrebbe essere pregiudicata la difesa.





## **Business restructuring**

La terza tipologia di meccanismo transfrontaliero disciplinato nella lettera E riguarda le operazioni di *business restructuring*. In questo caso né il decreto legislativo né il decreto ministeriale forniscono una definizione di queste operazioni. Le *Guidelines*, indicano che “*in the context of this chapter, business restructuring refers to the cross-border reorganisation of the commercial or the financial relations between associated enterprises, including the termination or substantial renegotiation of existing arrangements*”. Queste operazioni comportano, normalmente, la centralizzazione di funzioni, rischi e beni immateriali.

Le tipiche operazioni di *business restructuring* poste in essere frequentemente negli anni passati sono la conversione di *fully fledged manufacturer* in *contract manufacturer* o in *toller* o la conversione di *fully fledged distributors* in *limited risks distributors*. Secondo un'interpretazione letterale della norma e secondo l'impostazione delle *Guidelines*, non dovrebbero rientrare in questa tipologia le tipiche operazioni societarie di riorganizzazione quali le fusioni, le scissioni e i conferimenti. Segnalo, tuttavia, che secondo alcune amministrazioni, al contrario, rientrano nella lettera E, punto 3, anche le suddette operazioni societarie.

Anche in questo caso l'attenzione del legislatore per questa tipologia di operazioni è giustificata dal fatto che, negli anni, spesso queste operazioni si sono prestate a fenomeni elusivi, per effetto di conversioni più formali che sostanziali.

Il legislatore non richiede la segnalazione di tutte le operazioni di *business restructuring* ma soltanto di quelle che hanno avuto un effetto significativo sul conto economico del cedente.

Rilevano, infatti, le operazioni per le quali “*la previsione annuale degli utili del cedente o dei cedenti al lordo di interessi e imposte (EBIT), nel periodo di tre anni successivo al trasferimento, è inferiore al 50 per cento della previsione annuale degli EBIT del cedente o cedenti in questione in mancanza di trasferimento*”.

Ritengo si debba porre particolare attenzione a questo aspetto quantitativo. Richiamando quanto scritto prima in merito agli *hard to value intangibles*, anche in questo caso è fondamentale poter dimostrare, in caso di verifica futura, quali erano le informazioni e i dati disponibili nel momento in cui è stata posta in essere l'operazione. La difficoltà di prevedere l'evoluzione dei numeri è accentuata, nel periodo che stiamo vivendo, dagli effetti della crisi pandemica, che può mutare sostanzialmente i risultati ragionevolmente attesi.

Segnalo questo aspetto perché ricordo che, a regime, l'eventuale comunicazione del meccanismo transfrontaliero va fatta entro trenta giorni da quello in cui il meccanismo stesso è messo a disposizione del contribuente o ne è iniziata l'attuazione. La valutazione della sussistenza dei presupposti per la comunicazione deve essere fatta contestualmente alla realizzazione dell'operazione. La documentabilità delle valutazioni fatte in quel momento risulta, quindi, fondamentale.

Attenzione, tuttavia, a non concludere che, nel dubbio e per prudenza, sia meglio fare comunicazioni non giustificate che ometterle: potrebbe non essere la scelta giusta, in alcuni Stati potrebbe essere sanzionato anche questo comportamento. Ovviamente, per fugare la maggior parte dei dubbi, sarebbe importante una pubblicazione tempestiva dei chiarimenti da parte dell'Agenzia delle Entrate.

STATUS QUO FOLLOWS THE HERD.

Audit | Tax | Advisory



**Status Go™**  
LEADS THE CHARGE.

Ready for the horsepower to move your  
organization forward?

**Welcome to Status Go.**

[grantthornton.global](https://www.grantthornton.global)

