

## 1 PREMESSA:

- 1.1 Siamo lieti di fornire il nostro contributo alla consultazione pubblica avviata in merito al contenuto della bozza di Circolare (la “**Circolare**”), contenente chiarimenti sui meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di comunicazione di cui al decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (il “**Decreto**”), di recepimento della Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio del 25 maggio 2018 (la “**Direttiva**”) e sul Decreto Ministeriale di attuazione del 17 novembre 2020 (il “**DM**”).
- 1.2 Nell’elaborazione delle presenti osservazioni, abbiamo posto specifica attenzione sui seguenti aspetti:
- a) **certezza del diritto**: in questa prospettiva abbiamo cercato di segnalare i profili della disciplina DAC 6 rispetto ai quali ci è parso necessario fornire indicazioni più specifiche o completare quelle già presenti nella Circolare;
  - b) **omogeneità delle definizioni**: la natura unionale della disciplina e il suo carattere intrinsecamente internazionale ci sembrano rendere necessaria la massima omogeneità di interpretazione e applicazione fra gli Stati membri dell’Unione. In questa prospettiva abbiamo cercato di mettere in evidenza le eventuali discordanze delle indicazioni fornite dalla Circolare rispetto ad alcuni precedenti propri di altri Stati membri;
  - c) **coerenza interna**: abbiamo ritenuto opportuno formulare qualche osservazione là dove ci è sembrato di cogliere un non perfetto coordinamento fra le indicazioni contenute in diverse parti della Circolare medesima o nella Circolare e nel Decreto (e nel DM attuativo).
- 1.3 Nel prosieguo, coerentemente all’approccio segnalato sopra nel punto 1.2.b), faremo talvolta riferimento ai documenti di prassi interpretativa

adottati da altri Stati membri.

**1.4** Per brevità, tali documenti saranno indicati:

**BEL FAQ:** indica il documento denominato “*FAQ: DAC 6 Déclaration des dispositifs transfrontaliers*” del Service Public Fédéral del Regno del Belgio

**FRA CF** indica il documento denominato “*CF – Obligations des contribuables tendant à la prevention del la fraude* » della Direction Générale des Finances Publiques della Repubblica Francese ;

**IRL TDM** indica il documento denominato “*Tax and duty manual – EU Mandatory Disclosure of Reportable Cross-Border Arrangements*” dell’Irish Tax and Customs della Repubblica d’Irlanda

**2** DEFINIZIONE DI “INTERMEDIARIO”

**2.1** Il par. 2 della Circolare, volto a definire le nozioni di intermediario e di contribuente, contengono anche talune indicazioni relative agli obblighi di comunicazione oggetto del par. 4. Questo dato determina una certa asistematicità dell’esposizione che rende la lettura della Circolare meno agevole. Si consiglierebbe una più chiara e rigorosa suddivisione degli argomenti.

**2.2** In tema di riferibilità della qualifica di intermediario, gli altri documenti interpretativi esaminati (emanati dalle Autorità fiscali di altri Stati membri) specificano chiaramente che, ove l’attività propria dell’intermediario sia svolta dal (o dai) dipendente(i) di un ente, la qualifica di intermediario è riferibile all’ente medesimo (cfr. FRA CF, T.3, C.4, S.1, Ss.2, 30; IRL TDM 4.2; BEL FAQ 8.1.6). Un’indicazione al riguardo è certamente ritraibile dal par. 4 (il che peraltro è a riprova di quanto si indicava nel precedente punto 2.1), tuttavia non in termini espliciti perché ivi si individua solo il soggetto responsabile per la comunicazione (il rappresentante legale) nel caso di intermediari dotati di personalità giuridica. Ciò rappresenta, a stretto rigore, un tema

connesso, ma diverso da quello che attiene alla riferibilità della qualifica di intermediario (nel senso che l'attribuzione della responsabilità al legale rappresentante dell'ente costituisce un *posterius* rispetto alla qualifica dell'ente come intermediario cosicché i criteri per definire chi sia l'intermediario nelle circostanze date sono comunque necessari).

**2.3** Premesso che, concettualmente, appare non del tutto appropriato qualificare come “presunzione legale” il contenuto di una disposizione propria di un atto non avente forza di legge (qual è il DM, tanto più in considerazione dei limiti della delega contenuta nell'art. 5, comma 2, del Decreto) ci sembrerebbe necessario che l'esclusione della qualifica di intermediario per i soggetti che svolgono attività routinaria sia chiarito in senso estensivo:

**2.3.1** in primo luogo, ciò discende da esigenze sistematiche: l'esclusione dei soggetti che svolgono attività routinarie dipende dall'oggetto stesso dell'incarico professionale loro attribuito. Da un punto di vista generale, quindi, in tutti i casi in cui l'oggetto del mandato non implica l'acquisizione di conoscenze “sostanziali” (intese come afferenti alla natura del meccanismo), l'attribuzione della qualifica di intermediario può conseguire solo alla prova che la relazione professionale abbia in fatto determinato l'acquisizione di conoscenze ulteriori. Cosicché “salvo prova contraria” in tutti i casi di incarichi aventi ad oggetto attività routinarie il soggetto incaricato non acquista la qualifica di intermediario;

**2.3.2** in secondo luogo, la linea interpretativa qui suggerita, oltre a rispondere a esigenze sistematiche, appare necessaria al fine di escludere che la previsione dell'art. 4, u.c., del DM introduca discriminazioni fra soggetti che si trovano nelle medesime

condizioni. Appare opportuno, in altri termini, che l'inversione dell'onere della prova dipenda da circostanze totalmente oggettive (ossia dalla natura routinaria dell'attività) e non da elementi soggettivi (il settore merceologico);

**2.3.3** infine, l'esperienza comparatistica sembra confortare la conclusione appena formulata nella misura in cui l'esclusione della qualifica di intermediario per i soggetti incaricati di operazioni routinarie risulta riferita, ad esempio, a:

*«a person providing only a routine service, such as an accountant processing an invoice for accounting purposes, a tax advisor filing a tax return on behalf of a client or a bank carrying out a routine transfer of money»* (IRL TDM, 4.4)

**2.4** A pag. 14 della Circolare (par. 2.1 Intermediari) si afferma che gli intermediari sono tenuti alla comunicazione se:

- 1) siano residenti ai fini fiscali nel territorio dello Stato;
- 2) abbiano una stabile organizzazione nel territorio dello Stato tramite la quale sono forniti i servizi con riguardo al meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione;
- 3) siano costituiti, disciplinati o regolamentati secondo la legge dello Stato;
- 4) siano iscritti ad un'associazione professionale di servizi in ambito legale, fiscale o di consulenza nel territorio dello Stato.

**2.5** Sempre in relazione ai criteri di collegamento territoriale, potrebbe risultare utile fornire qualche indicazione in ordine alla nozione di S.O.:

**2.5.1** sia al fine di chiarire se occorra fare riferimento solo alla nozione di diritto interno, ovvero sia necessario tenere in considerazione anche quella di fonte convenzionale (a seconda

dello Stato estero volta per volta considerato);

**2.5.2** sia al fine di specificare se tale nozione rilevi non solo per le imprese ma anche per i professionisti non residenti. In questo secondo caso, la nozione andrebbe ovviamente intesa genericamente come luogo a disposizione del non residente, dove questo svolge in tutto o in parte la sua attività imprenditoriale o professionale in Italia.

**2.6** La delimitazione dell'esclusione dell'obbligo di comunicazione per gli intermediari prestatori di servizi nel caso di un meccanismo transfrontaliero "già completamente attuato" pone, a nostro avviso, un problema di coordinamento con la definizione di intermediario prestatore di servizio la quale sembrerebbe implicare che l'intervento di questi (in termini di consulenza o assistenza) debba essere direttamente incidente sulla "elaborazione, commercializzazione, organizzazione e messa a disposizione". Da questo punto di vista, potrebbe risultare opportuno precisare, in chiave sistematica, che possono risultare inidonee a qualificare come "intermediario" anche le attività di consulenza e assistenza svolte in relazione a meccanismi non ancora attuati, ma il cui contenuto sia privo di un'incidenza diretta e immediata sulla configurazione, strutturazione e/o sul funzionamento efficiente e soddisfacente per il contribuente del meccanismo prima e durante la sua esecuzione. E' il caso, ad esempio:

**2.6.1** di taluni pareri *pro veritate* che non siano finalizzati ad accompagnare il meccanismo al fine di agevolare la commercializzazione (si noti, al riguardo, che le autorità fiscali di altri Stati membri hanno espressamente escluso, in termini generali, le cc.dd. "*second opinion*");

**2.6.2** o al parere che sia limitato ad accertare se un meccanismo

transfrontaliero – già elaborato dal contribuente medesimo – imponga doveri comunicativi ai sensi della disciplina DAC 6 e sempre che il consulente non suggerisca modifiche o adattamenti al meccanismo.

**2.7** Per maggiore chiarezza, potrebbe non essere inopportuno puntualizzare, nell'ambito del par. 2.1. (pag. 16) della Circolare, che quanto ivi affermato circa la posizione della società di revisione può essere esteso al sindaco della società.

**2.8** Secondo la Circolare (par. 2.2 Standard di conoscenza, pag. 18) “una delle peculiarità che distingue il fornitore di servizi dal promotore e dal contribuente è la circostanza che per il primo l’obbligo di comunicazione è subordinato ad uno standard di conoscenza definito ....”. Questa affermazione meriterebbe un’ulteriore precisazione. Invero, se per “promotore” si intende l’intermediario che elabora o attua, per intero, un meccanismo transfrontaliero potenzialmente elusivo, allora è corretto ritenere che questi sia immancabilmente conscio degli effetti fiscali vantaggiosi che potrebbero derivare dal meccanismo. Se, invece, per “promotore” (e non per “prestatore di servizio”) si intende anche l’intermediario che si occupa di elaborare o attuare una o più fasi specifiche e parziali di un meccanismo, allora lo standard di conoscenza dovrebbe essere un requisito anche per lui. . Si pensi appunto ad un consulente cui sia chiesto di studiare un mero passaggio di un piano più vasto, le restanti fasi del quale sono elaborate da altri consulenti e sono sconosciute al primo consulente. Questi potrebbe e dovrebbe essere tenuto alla comunicazione solo se, sulla base della sua esperienza e delle sue cognizioni professionali, nonché delle informazioni pratiche in suo possesso, sia in grado di immaginare quale sia il meccanismo che il contribuente ha in mente di attuare e quali siano i suoi risvolti fiscali di favore. La versione finale della Circolare

potrebbe chiarire sul punto se un simile consulente, che ha una visione frammentaria del meccanismo, debba essere considerato un mero “fornitore di servizio” o un “promotore”; in tale secondo caso, sarebbe opportuno che la versione definitiva della Circolare riconoscesse che lo standard di conoscenza debba costituire un requisito anche per costui, con un’interpretazione razionale dei precetti normativi.

**2.9** Sempre con riguardo alla capacità di comprensione del meccanismo transfrontaliero e ai conseguenti doveri informativi, a pag. 19 della Circolare, ci permettiamo di suggerire la possibilità di riconsiderare l’affermazione secondo cui il contribuente (oltre al promotore) avrebbe comunque l’obbligo di comunicazione, in quanto *“competenza ed esperienza .... nel caso del promotore o del contribuente sono da intendersi comunque sussistenti”*. Vi sono molteplici casi in cui il contribuente (in senso lato) si affida in toto ad un consulente e (per ragioni di età, di carenza di conoscenze tecniche, ecc.) non è in grado di comprendere i risvolti fiscali del meccanismo messo in atto dal consulente. L’affermazione della Circolare appare in contrasto con altra affermazione della stessa Circolare secondo cui *“per la configurazione della qualifica di contribuente”, basta “anche la sola disponibilità del meccanismo transfrontaliero ossia la conoscenza degli elementi costitutivi dello stesso”*. Ebbene, non sempre il cliente è in grado di comprendere esattamente gli aspetti tecnici del meccanismo proposto e attuato direttamente dal consulente.

**2.10** Al par. 2.3 (pagg. 20-21), la Circolare potrebbe specificare che non può essere considerato contribuente tenuto agli obblighi di comunicazione il soggetto che *“percepisce redditi o genera utili prodotti nel territorio dello Stato”* o *“svolge la propria attività nel territorio dello Stato”*, allorché tali redditi o attività siano del tutto estranei a qualunque meccanismo transnazionale. L’affermazione della Circolare potrebbe far

pensare che basti essere legati all'Italia dalla titolarità di redditi conseguiti o di attività svolte nel nostro Paese per essere considerati contribuenti che godono di un vantaggio fiscale derivante da un meccanismo elusivo (anche) in Italia e per far sorgere quindi l'obbligo di comunicazione, anche se detto vantaggio fiscale non riguardi specificamente le componenti reddituali sorte o i rapporti economici intrattenuti in Italia.

**2.11** Un punto piuttosto delicato è rappresentato da quello dedicato alla disponibilità delle conoscenze all'interno di una medesima organizzazione. La soluzione prospettata nella Circolare è nel senso che, ai fini del raggiungimento dello *standard di conoscenza*, occorra aver riguardo «alle informazioni comunque disponibili per l'entità nel suo complesso».

**2.11.1** Questa soluzione meriterebbe di essere riconsiderata perché è dubbia la sua compatibilità con il principio secondo cui il livello di conoscenza deve essere anche rapportato al tipo di attività richiesta all'intermediario e, in tal modo, potrebbe anche entrare in contrasto con la regola dell'esclusione della qualifica di intermediari relativamente ai soggetti che svolgono attività routinaria (nell'ambito di organizzazioni complesse).

**2.11.2** Sembrerebbe, cioè, più opportuno fare riferimento a tutte le informazioni possedute dall'ente *riferibili o necessarie al tipo di attività richiesta* al prestatore di servizi, cosicché, ove l'ente disponga di altre informazioni che tuttavia non sono rilevanti ai fini dell'attività richiesta (per esempio la registrazione di fatture o l'effettuazione di un bonifico) tale disponibilità non implica il raggiungimento dello *standard di conoscenza*.

**2.11.3** Peraltro, si tratta di una soluzione che trova riscontro nella



prassi di altre amministrazioni finanziarie quale quella irlandese che ha precisato che:

*«it is acknowledged that, in large organisations, knowledge may be spread out and disjointed. Provided that it can be clearly established that there is no attempt to deliberately fragment such knowledge, Revenue will not necessarily expect that all knowledge held within the organisation would be treated as known to one person» (IRL TDM, 4.3.1).*

### **3 DEFINIZIONE DI “MECCANISMO”**

**3.1** La Circolare fornisce la definizione di Meccanismo sia al Par. 1, punto 1, sia al Par. 3.1. Probabilmente, sotto il profilo della coerenza interna della Circolare, l'unica vera parte definitoria è quella di cui al Par. 3.1.

**3.2** Concentrando, quindi, l'attenzione sul Par. 3.1 della Circolare, ci sembra molto apprezzabile la distinzione ivi elaborata fra *schema, progetto e accordo*.

**3.3** Notiamo, peraltro, che tanto la Francia, quanto il Belgio hanno ritenuto opportuno completare la definizione con alcune indicazioni rivolte a specificare i limiti esterni della nozione di “meccanismo”:

**3.3.1** da un lato, la Francia (FRA CF, T.3, C.4, S.1, Ss.1, 10) e il Belgio (BEL FAQ par. 3.1) ha chiarito che una condotta meramente “passiva” – p.es. quella di lasciar maturare un *holding period* o far spirare il termine per l'accertamento – non costituisce un “meccanismo”;

**3.3.2** dall'altro lato, il Belgio (BEL FAQ, par. 3.1) ha indicato che, in linea di principio, la definizione di “meccanismo” non comprende:

*«les mouvements (tels par ex. les transactions*

*financières, les opérations commerciales, ... ) quotidiens dans le cadre de l'activité professionnelle normale entre la maison-mère et l'établissement stable étranger de cette maison-mère, lorsque ces opérations sont purement économiques mais non fiscales; - la simple exécution d'une transaction (ex. transaction bancaire); - la gestion par une banque d'un compte à vue; - la gestion d'un compte de dépôts ou d'un portefeuille d'investissement en bon père de famille pour autant que cela fasse partie de l'activité habituelle de l'intermédiaire; - la conclusion d'un contrat de prêt lorsqu'il s'agit de l'activité habituelle de l'intermédiaire»*

- 3.3.3** In presenza di queste indicazioni proprie di altri Stati membri, si potrebbe valutare come oltremodo opportuna una specifica presa di posizione nell'ambito della Circolare, diretta a chiarire se l'orientamento dell'Agenzia delle Entrate è convergente con tale approccio o se diverge, in tutto o in parte, da esso. Al riguardo, è appena il caso di evidenziare che la c.d. "presunzione" di cui all'art. 4, comma 3, del DM opera, naturalmente, su un piano diverso, una cosa essendo l'assunzione o meno, da parte del soggetto che pone in essere determinate attività, della qualifica di intermediario, altra cosa che quelle attività integrino, o meno, un meccanismo, in sé, rilevante.
- 3.3.4** Peraltro, tali precisazioni risultano anche in linea con le definizioni di "schema", "progetto", "accordo" che sottintendono l'esistenza di un'intenzionalità idonea a collegare fra loro le diverse fasi o parti di una determinata operatività.
- 3.4** Inoltre, la Circolare potrebbe chiarire se la nozione di meccanismo transfrontaliero oggetto dell'obbligo di notifica implichi una sia pur minima consapevolezza o volontà da parte dei soggetti agenti di trarne un beneficio fiscale oppure se rientrino nell'ambito di applicazione

dell'obbligo di comunicazione anche le operazioni i cui favorevoli effetti tributari discendano da diverse qualificazioni delle fattispecie, così come disciplinate dai diversi ordinamenti.

- 3.4.1** Il punto è solo parzialmente affrontato nei paragrafi 3.3. e 3.4. della Circolare dove si potrebbe valutare se esprimere con maggiore univocità se i criteri della riduzione d'imposta o del vantaggio principale necessitano di un grado di consapevolezza e volontà da parte dell'agente ai fini del loro concretarsi o possano anche prescindere da esso. Né, riteniamo, sia affrontato al paragrafo 2.2. della Circolare dove sono indicati gli *standard* di conoscenza che devono sussistere in capo al fornitore di servizi affinché questi sia onerato dall'obbligo di comunicazione.
- 3.4.2** Non ignoriamo che il Final Report alla BEPS Action 12, nel definire la nozione di accordo oggetto di scambio di informazione precisa che esso "*should be sufficiently broad and robust to capture any agreement, scheme, plain or understanding, whether or not legally enforceable*".
- 3.4.3** Riteniamo, tuttavia, che gli obblighi qui in commento non devono dimenticare il contesto giuridico euro-unionale nel quale si collocano. Pertanto, che una lettura di quelle disposizioni normative nel contesto degli articoli 113 e 115 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea dovrebbe suggerire un'interpretazione delle disposizioni della Direttiva nel senso di accordare alla nozione di meccanismo transfrontaliero un significato circoscritto non al mero riscontro per così dire oggettivo di uno degli elementi distintivi indicati dalla Direttiva medesima ma implicante un qualche

coinvolgimento consapevole e volontario da parte dell'intermediario coinvolto.

#### 4 IL CARATTERE "TRANSFRONTALIERO".

4.1 La Circolare esprime chiaramente la posizione secondo la quale il meccanismo assume carattere transfrontaliero ove sia diversa la residenza del contribuente e dell'intermediario (cfr. Esempio n. 2).

4.2 Dobbiamo rilevare che tale indicazione è significativamente diversa da quella fornita in altri Stati membri, i quali limitano espressamente il carattere transfrontaliero dell'operazione ai casi in cui abbiano diversa residenza fiscale i soli soggetti che partecipano attivamente – nel senso che sono parti del meccanismo medesimo – all'operazione.

4.2.1 In questo senso è particolarmente esplicita la posizione francese (FRA CF, T.3, C.4, S.1, Ss.1, 70) secondo la quale ai fini della natura transfrontaliera dell'operazione:

*«Est considéré comme participant au dispositif : - le contribuable concerné; - les entreprises associées lorsqu'elles sont actives dans le dispositif; - toute autre personne ou entité qui est active dans le dispositif.»*

4.2.2 Altrettanto, e forse ancor più, esplicita è la posizione belga secondo la quale (BEL FAQ par. 3.2.1)

dopo aver indicato che:

*«si tous les participants au dispositif sont résidents dans une même juridiction et pour autant que les autres conditions énumérées ci-dessus ne soient pas rencontrées, le fait qu'un intermédiaire soit situé dans une autre juridiction ne rend pas le dispositif transfrontière à condition que cet intermédiaire ne puisse pas être considéré comme un participant»*

specifica ulteriormente che:

*«L'intermédiaire qui est actif dans le dispositif qu'il a*

*lui-même imaginé, proposé, mis en place, mis à disposition pour l'implémentation ou dont il a géré l'implémentation pour le bénéfice du contribuable concerné.*

*Ex.: Un intermédiaire qui agit également en tant qu'administrateur ou dirigeant d'une entité dans son propre dispositif.*

*N'est pas considéré comme un intermédiaire « participant » : - un intermédiaire qui conseille, dans un dispositif particulier, de travailler avec une société étrangère ne devient pas, par son conseil, un participant (c'est toutefois différent s'il agit dans le dispositif en tant que dirigeant ou administrateur de cette société)»*

- 4.2.3** Nel medesimo senso risulta orientata l'amministrazione irlandese, secondo la quale (IRL TDM, par. 2.2):

*«A person that provides advice to another person in relation to the other person's participation in an arrangement would not themselves be a participant in the arrangement simply by virtue of providing that advice».*

- 4.2.4** Resta inteso che, ovviamente, il requisito dell'attivo coinvolgimento nel meccanismo transfrontaliero non esclude affatto gli intermediari dalla qualifica di partecipanti ai fini della determinazione dell'esistenza di un meccanismo transfrontaliero. In particolare, un promotore sarà quasi inevitabilmente attivo e altrettanto dovrà dirsi di un prestatore di servizi che mette a disposizione il meccanismo.

- 4.3** Secondo l'amministrazione finanziaria irlandese, il fatto che un socio residente in uno Stato partecipi alla decisione della società residente in altro Stato di adottare un meccanismo, conferisce al medesimo carattere transfrontaliero. A nostro avviso, si tratta di una posizione estrema, verosimilmente non giustificata dalla *ratio* della disciplina. Tuttavia, non sembra superfluo prendere posizione a questo riguardo.

- 4.4** Sul carattere transfrontaliero del "meccanismo", riteniamo che sarebbero opportuni alcuni ulteriori approfondimenti, taluni di metodo

e talaltri di merito.

**4.4.1** Quanto ai primi, ci sembrerebbe utile che la Circolare non fornisse solo un'elencazione esemplificativa di quelle circostanze che integrano un meccanismo transfrontaliero ma anche un'elencazione esemplificativa di ciò che non costituisce un meccanismo transfrontaliero per difetto della ultraterritorialità. Ad esempio, dalla lettura delle diverse lettere di cui all'esempio 5 di pagina 27, ritraiamo il convincimento che non rappresenti un meccanismo transfrontaliero quello che coinvolge due partecipanti almeno uno dei quali non residente, qualora entrambi (se non residenti) o uno dei due operi in Italia con una stabile organizzazione ed il meccanismo riguardi esclusivamente le attività svolte in Italia.

**4.4.2** Quanto alla nozione di operazione transfrontaliera, riteniamo, in linea con quanto più sopra esposto, che l'intermediario/promotore non si debba limitare ad una prestazione di servizi passiva ma debba attivamente partecipare alla progettazione del meccanismo transfrontaliero. Così, ad esempio, la donazione di somme di denaro da una persona fisica residente in Italia ad altra persona fisica residente in Italia realizzata dinanzi ad un Notaio olandese non dovrebbe integrare, in sé, alcun meccanismo transfrontaliero dal momento che (e nella misura in cui) il professionista non residente non ha attivamente partecipato all'operazione di donazione ma si è limitato a raccogliere le volontà delle parti.

## **5** CRITERIO DEL VANTAGGIO FISCALE

**5.1** L'amministrazione finanziaria francese (FRA CF, T.3, C.4, S.1, Ss.1, 70)

e quella belga (BEL FAQ 5.6) escludono che il risparmio d'imposta che sia l'effetto di una specifica disposizione incentivante "interna" (quindi, nella nostra prospettiva, italiana) configuri un vantaggio fiscale. L'applicazione di questa regola ha una portata, in termini di politica fiscale, particolarmente significativa. Sembrerebbe opportuno valutare specificamente questo tema e assumere una posizione esplicita a tale riguardo.

- 5.2** Sia con riguardo ai caratteri distintivi, sia con riferimento al vantaggio fiscale, l'amministrazione belga precisa che le pertinenti verifiche devono essere fatte al momento della messa a disposizione o al momento dell'esecuzione del meccanismo fiscale (BEL FAQ 3.3.2), salvo il caso in cui vi siano, in momenti successivi, significativi interventi nella struttura del meccanismo. Sembrerebbe trattarsi di una precisazione corretta che meriterebbe di essere ribadita anche nella Circolare.
- 5.3** Secondo la Circolare (par. 3.3, pag. 31) "*la riduzione d'imposta è da intendersi in termini potenziali*". Invece, laddove, oltre alla riduzione d'imposta, è richiesto anche il vantaggio fiscale principale, la riduzione dovrebbe essere effettiva e non meramente potenziale. Infatti, il beneficio tributario è ritenuto preponderante in base ad un rigoroso rapporto matematico che prende in considerazione, tra i parametri, la differenza tra l'imposta da assolvere dal contribuente per effetto dello sfruttamento del congegno transfrontaliero e (la maggiore) imposta che lo stesso contribuente avrebbe dovuto versare in assenza del funzionamento del meccanismo. Dunque, il criterio del vantaggio principale non può prescindere – ragionevolmente - da un concreto risparmio fiscale. Si suggerisce di risolvere questa lieve incongruenza interpretativa.
- 5.4** L'opinione espressa nella Circolare (par. 3.3, pagg. 31-32) secondo cui

“non si deve tener conto degli eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell’ordinamento tributario, quali ad esempio la disciplina sulle imprese controllate estere (CFC) o le disposizioni anti ibridi, che al momento in cui sorge l’obbligo di comunicazione non sono state ancora applicate” potrebbe meritare di essere ulteriormente approfondita. Se è certo fin dal principio che il meccanismo non potrà produrre tutti o alcuni degli effetti fiscali favorevoli in conseguenza dell’applicazione di una disciplina antielusiva, l’obbligo di comunicazione può venire meno, anche se l’assoggettamento del meccanismo a quella disciplina dovesse avvenire in sede di dichiarazione o comunque dopo qualche tempo dall’elaborazione e dall’attuazione del meccanismo.

## **6 CRITERIO DEL VANTAGGIO PRINCIPALE**

**6.1** Secondo l’interpretazione contenuta nella Circolare, il riferimento nell’art. 7, comma 2, del DM ai “soggetti di cui all’art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 100 del 2020” implicherebbe che il criterio del vantaggio principale debba essere determinato solo avendo riguardo ai contribuenti residenti in Italia.

**6.1.1** Tale interpretazione, in primo luogo, non sembra costituire una necessaria conseguenza del rinvio all’art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto. Invero, la norma richiamata si divide in due parti: la prima contiene la generale definizione di contribuente (individuato come il soggetto che attua o a favore del quale viene messo a disposizione un meccanismo transfrontaliero), la seconda parte individua (nell’ambito della più ampia nozione di contribuente) il soggetto che è tenuto agli obblighi di comunicazione. Cosicché, la circostanza che l’art. 7, comma 2, del DM rinvii all’art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto, potrebbe



essere letta come un rinvio alla generale nozione di contribuente (prima parte dell'art. 2, comma 1, lett. d) cit.) piuttosto che ai contribuenti tenuti all'obbligo di comunicazione di cui alla seconda parte del medesimo articolo.

**6.1.2** Questa considerazione appare peraltro rafforzata dall'osservazione che mentre quella che abbiamo definito la prima parte dell'art. 2, comma 1, lett. d) corrisponde al punto 22 dell'art. 3 della Direttiva 2011/16/UE (come modificata dalla Direttiva), quella che abbiamo definito come seconda parte dell'art. 2, comma 1, lett. d) corrisponde all'art. 8 *bis ter*, par. 7, della Direttiva 2011/16/UE.

**6.1.3** Peraltro, non pare superfluo segnalare che nessuno dei documenti di prassi esaminati contiene tale delimitazione. Anzi, l'amministrazione fiscale francese ha avuto cura di precisare (FRA CF, T.3, C.4, S.1, Ss.1, 140) che

*“L'existence d'un avantage fiscal n'est pas limitée au territoire français”*

**6.1.4** Infine, e su un piano più generale, sembra doversi evidenziare che il criterio del vantaggio principale, nell'ambito della Direttiva sembrerebbe essere riferito e dover essere verificato in relazione al “meccanismo” non alla specifica condizione di uno dei suoi partecipanti.

**6.1.5** In conclusione, ci sembrerebbe non inopportuna una migliore riconsiderazione di tale punto della Circolare nella misura in cui l'interpretazione ivi proposta sembrerebbe in contrasto con le regole di diritto unionale.

**6.2** Nell'ambito del commento all'Esempio7, la Circolare afferma espressamente che non devono essere prese in considerazione, nel

calcolo del vantaggio fiscale, le imposte assolte “*in uno Stato extra-UE non coperto da un accordo MDR*”. Si tratta, verosimilmente, di un approccio non conforme alla *ratio* della Direttiva perché conduce a una costante sopravvalutazione del vantaggio fiscale là dove la transazione veda il coinvolgimento di Stati extra-UE che, in ipotesi, potrebbero avere un livello di tassazione nient’affatto “privilegiato” talché la loro presenza, nell’ambito del meccanismo fiscale escluderebbe **oggettivamente** l’integrazione del criterio del vantaggio fiscale principale.

## **7 OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE A CARICO DEI CONTRIBUENTI**

**7.1** La Circolare in modo (parzialmente) conforme alla Direttiva (art. 8 *bis ter*, par. 5 e 6) realizza un miglior coordinamento dei commi 6 e 7 dell’art. 3 del Decreto prevedendo che fra le fattispecie costitutive dell’obbligo di comunicazione a carico del contribuente, vi sia anche l’esonero dell’intermediario ai sensi dell’art. 7, commi 4 e 5.

**7.1.1** La formulazione adottata lascerebbe pensare che il contribuente sia obbligato alla comunicazione in ogni caso di esonero (in mancanza di altro intermediario).

**7.1.2** Osserviamo che, tuttavia, la disciplina così delineata parrebbe essere solo in parte conforme alla Direttiva, in considerazione del fatto che questa sembra obbligare il contribuente solo nel caso in cui «*the intermediary notifies the relevant taxpayer [...] of the application of a waiver*». In altri termini, secondo la Direttiva, la fattispecie costitutiva dell’obbligo di comunicazione sarebbe integrata, oltre che dalla sussistenza delle condizioni di esonero, anche dalla notifica da parte dell’intermediario.

**7.2** La Circolare – conformemente al tenore testuale dell’art. 3, comma 7, del Decreto – indica come specifica fattispecie costitutiva dell’obbligo di comunicazione a carico del contribuente la mancata trasmissione al medesimo, da parte dell’intermediario, della documentazione attestante l’adempimento dell’obbligo di comunicazione.

**7.2.1** Pur riconoscendo, come si è detto, che questa soluzione è conforme al Decreto, non ci sembra fuori luogo sottolineare che la Direttiva, per un verso, non indica espressamente che la sola mancata trasmissione da parte dell’intermediario della documentazione costituisca, in sé, fattispecie costitutiva dell’obbligo di comunicazione a carico del contribuente e, dall’altro lato, la previsione dell’art. 8 *bis ter*, par. 4 della Direttiva, esonera gli intermediari dall’obbligo di comunicazione ove dispongano di una valida prova dell’adempimento da parte di altro intermediario.

**7.2.2** Da questo punto di vista, occorrerebbe valutare se non sia possibile ritenere che il contribuente sia liberato dall’obbligo di comunicazione in tutte le circostanze in cui è comunque in grado di provare – anche se non ha ricevuto espressamente la documentazione comprovante l’avvenuta comunicazione da parte dell’intermediario – che la comunicazione è stata effettivamente inviata. La soluzione indicata, si noti, sarebbe ad esempio conforme a quella adottata dalla Francia che ha ammesso l’esonero dall’obbligo di comunicazione il contribuente che possa provare l’avvenuta comunicazione «*par tout moyen*» (FRA CF, T.3, C.4, S.1 Ss.2, par. 140).

**7.3** In ogni caso, si suggerisce di valutare l’opportunità di eliminare aggettivo “idonea” (contenuto nel secondo capoverso di p. 43 della

Circolare, ove è detto che “è da ritenere adeguata la consegna al contribuente di idonea documentazione attestante l'avvenuta ricezione della comunicazione da parte dell'autorità competente, nonché il contenuto della comunicazione stessa”). Invero, esso sembra introdurre (senza peraltro specificarle) ulteriori condizioni di valutazione della documentazione oltre a quelle dell'avvenuta ricezione della comunicazione e del contenuto della stessa. E' infatti da ritenere che la prova della ricezione della comunicazione e del suo contenuto siano sempre “idonei”, fermo quanto precisato sopra.

**7.4** L'amministrazione fiscale irlandese (cfr. IRL Man 4.9) chiarisce che, in caso di più intermediari obbligati, la liberazione dall'obbligo discende dalla ricezione di una comunicazione scritta indicante che l'obbligo è stato assolto da uno solo di loro e dall'ottenimento del numero identificativo della comunicazione. L'amministrazione fiscale francese (FRA CF, T.3, C.4, S.1 Ss.2, par. 140) ammette che il medesimo effetto liberatorio possa conseguire a una prova fornita con «tout moyen». L'amministrazione fiscale belga (BEL FAQ 8.1.8) richiede, per la liberazione dei più intermediari coinvolti, una prova scritta con il numero della comunicazione e un riassunto dei caratteri del meccanismo.

**7.4.1** L'ampiezza delle modalità previste per conseguire l'effetto liberatorio e, più in particolare, la possibilità di conseguirlo sulla base di una mera comunicazione attestante gli estremi della comunicazione, fa apparire particolarmente – e, forse, eccessivamente – rigorosa la disciplina espressa delle condizioni di liberazione degli intermediari e del contribuente dagli obblighi di comunicazione che, secondo la Circolare, comprenderebbero anche la puntuale verifica della completezza della comunicazione stessa.

7.5 Il terzo capoverso di p. 42 non appare del tutto perspicuo e potrebbe essere utilmente riformulato. Qui, infatti, si interpreta il comma 7 dell'art. 3 del Decreto, nel quale si legge che *“L'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero spetta, in ogni caso, al contribuente in caso di assenza di un intermediario, ovvero qualora quest'ultimo non abbia fornito al contribuente la documentazione attestante che le medesime informazioni sono state già oggetto di comunicazione 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 di cui all'articolo 6, comma 1”*. Secondo la Circolare, le *“medesime informazioni”* sono quelle che il contribuente *“valuta come essenziali per la completa e corretta rappresentazione del meccanismo”*. Tale formulazione introduce un elemento valutativo (e, quindi, soggettivo) che non si rinviene nel testo del Decreto. Sarebbe più opportuno fare esclusivamente riferimento alle informazioni di cui all'art. 6 del Decreto medesimo.

7.6 Al quarto capoverso di p. 44 della Circolare si legge che *“nelle entità dotate di personalità giuridica, a prescindere dalla struttura organizzativa adottata, l'obbligo di comunicazione grav[a] sul legale rappresentante della stessa”*. In mancanza di un espresso vincolo legale in tal senso, si suggerisce di valutare la possibilità di modificare questa impostazione al fine di consentire – specie nell'ambito delle organizzazioni più complesse e, in particolare, in quelle di natura finanziaria – l'attuazione di una distribuzione razionale delle responsabilità che tenga conto dei ruoli analoghi rivestiti da taluni dirigenti apicali rispetto a discipline aventi una funzione in qualche misura convergente con quella della DAC 6. Si pensi, in particolar modo al Responsabile Officer ai fini della disciplina FATCA (a sua volta

correlata alla disciplina CRS strettamente connessa con la DAC 6). In alcuni casi, potrà ritenersi certamente più efficiente e razionale, invero, individuare un soggetto unico, munito del livello di competenze e di poteri organizzativi richiesti, quale responsabile ai fini dell'applicazione di tale complesso di discipline accomunabili sotto molteplici profili. In questa prospettiva, si potrebbe pensare, allora, di riformulare il paragrafo, facendo riferimento, in alternativa al legale rappresentante, "al soggetto che, in base all'organigramma o al modello organizzativo dell'ente dotato di personalità giuridica, risulta avere la relativa responsabilità anche in quanto munito dei poteri necessari per attuare i necessari presidi funzionali e verificarne il corretto funzionamento".

**7.7** L'ultimo capoverso di p. 44 ("*Va, in ogni caso, segnalato che a norma del comma 7 dell'articolo 3 l'intermediario è tenuto a fornire al contribuente «...la documentazione attestante che le medesime informazioni sono state già oggetto di comunicazione all'Agenzia delle Entrate o ad altra autorità competente»*") appare non essenziale in questa sede, oltre a ripetere un concetto già in precedenza esposto. Se ne suggerisce pertanto la cancellazione.

**7.8** Nel terzo capoverso di p. 46 si legge che l'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione nel caso in cui altro intermediario abbia già effettuato la comunicazione e ne dia prova. La Circolare sostiene che la prova deve riguardare anche il contenuto della comunicazione, che è 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*". L'ultimo riferimento alle "disposizioni equivalenti" desta perplessità. Tale espressione sembra riferirsi a norme non italiane, verosimilmente a quelle di attuazione della Direttiva in altri Stati membri. Tuttavia, la norma interna in commento (art. 3, comma 3, del Decreto) riguarda gli

intermediari italiani e quindi la valutazione dell'idoneità del contenuto della comunicazione già effettuata in Italia o all'estero da altro soggetto dovrebbe essere compiuta solo sulla base della disciplina domestica. Si suggerisce quindi di eliminare l'inciso in questione.

**7.9** Nel terzo capoverso di p. 47 della Circolare, riguardante il diritto di non auto-incriminarsi, è affermato che la causa di esonero dall'obbligo di comunicazione può *“essere fatta valere solamente qualora l'intermediario, avuto riguardo all'attività da lui posta in essere in relazione al meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione, ravvisi gli elementi da cui può derivare una propria responsabilità di carattere penale”*. Si tratta di una interpretazione non pienamente condivisibile perché restringe oltremodo la tutela dell'intermediario, anche rispetto al testo dell'art. 3, comma 5 del Decreto, a norma del quale *“l'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero qualora dalle informazioni trasmesse possa emergere una sua responsabilità penale”*. Il testo legislativo fa riferimento a qualsiasi circostanza che possa emergere dal contenuto della comunicazione ed idonea a far sorgere una responsabilità penale dell'intermediario. Secondo la Circolare, invece, l'esonero può operare solo per quelle situazioni penalmente rilevanti che riguardano la partecipazione dell'intermediario nel meccanismo oggetto di comunicazione. In questo modo, resterebbe fermo l'obbligo di comunicazione (e quindi l'autoincriminazione) per quelle circostanze rivelate dalla comunicazione sebbene non concernenti *stricto sensu* il meccanismo (ad esempio condotte che si pongono a monte o a valle del medesimo). Si ritiene pertanto opportuno che il paragrafo qui esaminato sia riformulato attenendosi alla più ampia disposizione normativa del Decreto.

**7.10** L'ultimo capoverso del paragrafo 4.1 della Circolare prevede l'esonero

dall'obbligo di comunicazione dei contribuenti se essi "provano che la comunicazione delle stesse informazioni è stata effettuata da parte di altri contribuenti nei confronti delle autorità competenti di altri Stati membri o con i quali è in vigore uno specifico Accordo MDR". Tale soluzione - si afferma - è analoga a quella dettata per gli intermediari, ma così non è. Per come è scritta, questa parte rende legittimo l'esonero sol che si provi che altro contribuente ha trasmesso la comunicazione, senza che invece rilevi (come invece accade per gli intermediari) il contenuto della comunicazione, che potrebbe essere del tutto lacunoso. Si propone, allora, di integrare tale periodo facendo riferimento anche al contenuto della comunicazione, se del caso richiamando l'art. 6 del Decreto.

**7.11** Il primo capoverso di p. 49 richiama alcuni elementi essenziali del contenuto della comunicazione di cui all'art. 6 del Decreto. In particolare, si sostiene che "*le disposizioni nazionali che stabiliscono l'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero*" (art. 6, comma 1 lettera e) del Decreto) sarebbero "*anche [le] disposizioni nazionali che sono alla base del meccanismo transfrontaliero*". L'affermazione è ambigua ed incerta. L'uso della locuzione "*anche*" lascia intendere che vi siano altre norme rilevanti, che però non sono indicate. D'altra parte, non si capisce quali siano le disposizioni che sono alla base del meccanismo transfrontaliero: quelle fiscali o quelle civilistiche che reggono la transazione? E nel caso di più ordinamenti coinvolti, occorre indicare quelle di tutti i sistemi interessati? Si tratta, in ogni caso, di una interpretazione che estende la portata della norma primaria (art. 6, comma 1, lett. e), che al contrario è chiara nel limitare la comunicazione alle sole disposizioni nazionali sulla cui base sorge l'obbligo di comunicazione.

**7.12** Al capoverso 2 di p. 51 della Circolare si afferma che l'obbligo di



comunicazione non può dirsi soddisfatto qualora avvenga attraverso il ricorso ad uno dei meccanismi di interlocuzione preventiva previsti dall'ordinamento (interpello, accordo preventivo, ecc.). Ciò discenderebbe dalla "specificità della normativa in esame". Si tratta di una interpretazione restrittiva che non sembra supportata da nessuna disposizione del Decreto. Quest'ultimo ha l'obiettivo di garantire che certe informazioni siano tempestivamente fornite all'Agenzia delle Entrate: sembra, dunque, penalizzante ritenere che l'obbligo non sia adempiuto in tutti i casi quelle stesse informazioni siano veicolate all'amministrazione finanziaria, nei tempi previsti, per il tramite di una delle procedure sopra citate. Del resto, essendo stato raggiunto lo scopo, le sanzioni previste per la mancata comunicazione dovrebbero non essere applicate.

**7.13** L'ultimo capoverso di p. 52 (che prosegue poi a p. 53) della Circolare affronta il tema del *dies a quo* per il decorso del termine di comunicazione nel caso di intermediario fornitore di servizi. Si afferma al riguardo che in questo caso "*il termine di 30 giorni decorre dal giorno seguente a quello in cui hanno fornito, direttamente o attraverso altre persone, assistenza o consulenza ai fini dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione*". Si suggerisca una formulazione che sia meno foriera di incertezza. L'assistenza e la consulenza si possono infatti protrarre nel tempo e dunque in questi casi non è chiaro da quando decorra il termine. Sarebbe più opportuno fare riferimento alla conclusione del servizio, da identificarsi ad es. con la consegna di documenti (ad es. un parere) al cliente.

**7.14** Il secondo capoverso di p. 57 della Circolare così recita: "Giova inoltre precisare che l'intermediario o il contribuente avranno cura di conservare la documentazione probatoria per i successivi controlli da

parte dell'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo". Il tema trattato è quello dei meccanismi «la cui prima fase è stata attuata tra il 25 giugno 2018 e il 30 giugno 2020». La Circolare fa alcuni esempi di meccanismi del genere, indicandone alcuni come riportabili ed altri come non riportabili. L'espressione sopra richiamata circa la conservazione della documentazione sembrerebbe avere portata generale e riferirsi pertanto a tutti i meccanismi pregressi, anche quelli non riportabili. Si osserva che sembrerebbe non irragionevolmente sostenibile che l'art. 11 del Decreto riguarda solo i meccanismi oggetto di obbligo di comunicazione. Per evitare equivoci interpretativi, sarebbe allora opportuno che la frase sopra riportata specificasse che la conservazione riguarda solo i documenti relativi ai meccanismi riportabili.

## **8 SEGRETO PROFESSIONALE**

**8.1** A nostro avviso, non sarebbe inopportuno chiarire che la causa di esonero connessa alla tutela del segreto professionale opera "in successione" (e non autonomamente) rispetto alla più generale clausola di esonero connessa alla attività meramente consulenziale resa successivamente alla completa operatività del meccanismo transfrontaliero. In altri termini, ci sembrerebbe utile chiarire che, poiché di norma l'attività di difesa o la decisione di intentare un procedimento si collocano, temporalmente, in una fase piuttosto avanzata della operatività del meccanismo, prima ancora di verificare se si è esonerati dall'obbligo per motivi connessi alla tutela del segreto, occorre determinare se l'obbligo non sia escluso in radice per effetto dell'intervento del prestatore di servizi successivamente alla completa realizzazione del meccanismo (salvo che egli non intervenga al fine di apportare modifiche al meccanismo stesso, il che, tuttavia, sembra incompatibile con fattispecie in cui viene in rilievo la tutela del segreto

professionale). È evidente che, in questi casi, la differenza di disciplina non è di poco conto in quanto se l'intervento consulenziale viene posto in essere dopo il completamento del meccanismo, essendo l'obbligo escluso in radice, non vi è nemmeno l'obbligo di dare comunicazione di ciò agli altri intermediari o al contribuente.

## **9** ELEMENTI DISTINTIVI

**9.1** La Circolare, nell'elencare i cd. "elementi distintivi generici", fa riferimento alla commissione richiesta dai promotori (paragrafo 7.1, primo capoverso). Il riferimento al "promotore", invece che agli "intermediari" non appare coerente con la Direttiva e con il Decreto legislativo di recepimento, che fanno esplicito riferimento ai meccanismi *"in cui l'intermediario è autorizzato a ricevere una commissione"* (Direttiva, Allegato IV, parte II.A.2 e Decreto, Allegato 1, lett. A, punto 2). Sarebbe pertanto preferibile l'utilizzo del termine "intermediario" (comprendente sia la figura del "promotore" sia quella del "fornitore del servizio") anche nella Circolare. Del resto, lo stesso fornitore del servizio potrebbe aver richiesto una commissione per l'attività da esso posta in essere: come, per esempio, per la messa a disposizione, ai fini dell'attuazione, di meccanismi standardizzati o commerciabili. La discontinuità terminologica si manifesta anche nella stessa Circolare, laddove, nel paragrafo 7.1.2., si torna a fare riferimento all'intermediario.

**9.2** Inoltre, sempre ai fini di una maggiore coerenza interna e con la Direttiva e Decreto, sarebbe preferibile utilizzare la locuzione *"documenti e/o struttura standardizzati"* in luogo di *"prodotti fiscali"*, utilizzata nella Circolare (a pag. 62). Infatti, non si riscontra una necessaria coincidenza tra documenti (anche di natura amministrativa o contabile) e/o schemi negoziali rispetto ai *"prodotti fiscali"* citati dal

documento di prassi. Tale modifica sarebbe coerente non solo con il testo della Direttiva (Direttiva, Allegato IV, parte II. Punto A.3) e del Decreto (Allegato 1, punto A.3), ma anche con la Circolare stessa, laddove torna ad utilizzare la locuzione di “*Documentazione e/o struttura standardizzate*” nel paragrafo 7.1.3.

**9.3** Al punto 7.1.1 della Circolare sarebbe preferibile riferirsi alla clausola di “*riservatezza*” e non anche alla “*confidenzialità*”, che non compare quale termine utilizzato nel Decreto. Inoltre, nell’ambito dei casi in cui si ritiene verificato l’elemento distintivo della “*riservatezza*”, si ritiene ragionevole espungere il riferimento ad “*evidenze di accordi verbali*” (cfr. pag. 64 della Circolare), in quanto queste ultime non sembrano in alcun modo riscontrabili se non con la forma scritta, che, però, escluderebbe a monte la natura “*orale*” dell’accordo.

**9.4** Nel paragrafo 7.1.2., terzo capoverso, la Circolare prevede che l’elemento distintivo comprenda “sia i casi in cui la commissione è parametrata al vantaggio fiscale (ad esempio una percentuale dello stesso), sia i casi in cui è stabilita in misura fissa ma la spettanza è subordinata alla condizione che il vantaggio fiscale si realizzi”. Al fine di una maggiore intellegibilità, si suggerisce di modificare il periodo (v. aggiunta sottolineata) nel modo seguente: l’elemento distintivo comprende “sia i casi in cui la commissione è parametrata al vantaggio fiscale (ad esempio una percentuale dello stesso), sia i casi in cui è stabilita in misura fissa ma la spettanza, in entrambi i casi, è subordinata alla condizione che il vantaggio fiscale si realizzi”.

Nello stesso paragrafo (primo capoverso), si rileva è erroneamente trascritto il dettato contenuto nella lettera A, punto 2, dell’Allegato 1 del Decreto legislativo. Il “virgolettato” «*l’intermediario ha diritto a ricevere*» andrebbe corretto con «*l’intermediario è autorizzato a*

*ricevere»* (cfr. pag. 65 della Circolare).

- 9.5** Nel paragrafo 7.1.3, primo capoverso, della Circolare è erroneamente trascritto il dettato contenuto nella lettera A, punto 3, dell'Allegato 1 del Decreto legislativo. Si suggerisce, quindi, di correggere «*senza bisogno di personalizzare»* con «*senza bisogno di personalizzarne»* (cfr. pag. 65 della Circolare). Inoltre, dopo l'indicazione schematica degli indici idonei a rivelare una standardizzazione, ai fini di una maggiore intellegibilità del periodo (quinto capoverso), sarebbe preferibile riportare «*... la ripetibilità dello schema (...) è possibile attraverso l'utilizzo sia di documentazione non diversificata (...), sia di schemi negoziali»*, in luogo del periodo attualmente presente secondo cui «*... la ripetibilità dello schema (...) rende utilizzabile sia documentazione non diversificata (...), sia schemi negoziali»* (cfr. pag. 66 della Circolare). Sempre al fine di una migliore intellegibilità, è preferibile richiamare al periodo successivo dello stesso capoverso gli esempi di entrambe le ipotesi (documentazione non diversificata e schemi negoziali), senza limitarsi a richiamare solo quelli relativi alla presenza di veicoli societari precostituiti. Ciò aiuterebbe ad evidenziare nuovamente come i meccanismi caratterizzati dalla standardizzazione, in maniera coerente con il dettato del Decreto, sono di due tipologie che è opportuno esemplificare congiuntamente.
- 9.6** Nel paragrafo 7.2 della Circolare si rileva un refuso laddove è erroneamente riportato «*A differenza degli elementi distinti generici»* che, coerentemente con il dettato normativo, va corretto in «*A differenza degli elementi distintivi generici»* (cfr. pag. 68 della Circolare).
- 9.7** Con riferimento all'elemento distintivo dell'acquisizione di società in perdita (paragrafo 7.2.1. della Circolare), sarebbe opportuno modificare

il seguente periodo della Circolare (aggiunte/modifiche sottolineate): *“// requisito dell'acquisizione di una società, in mancanza di una specifica indicazione della norma in commento, si ritiene integrato in caso di acquisizione del controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile. A tal fine, andranno considerati anche i diritti amministrativi riconosciuti da strumenti finanziari partecipativi non azionari di cui all'art. 2346, comma 6, del codice civile o i diritti particolari dei soci di cui all'art. 2468, comma 3, del codice civile, nell'ipotesi in cui gli stessi consentano di fatto l'esercizio di un'influenza dominante sulla gestione della società acquisita”*. Con questa precisazione verrebbe dato rilievo, sul piano sistematico, anche a quelle forme di controllo o di influenza dominante extra assembleare complementari ed aggiuntive rispetto alla nozione di controllo enunciata dall'art. 2359 codice civile.

- 9.8** Con riferimento all'elemento distintivo di cui al punto C.1. dell'allegato 1 al Decreto, relativo ai pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate, la Circolare potrebbe meglio chiarire il trattamento da riservare all'ipotesi in cui il destinatario del pagamento sia residente fiscalmente in più giurisdizioni. In tale ipotesi, riteniamo che la soluzione dovrebbe essere nel senso che il pagamento è oggetto di comunicazione solo se le condizioni previste (esenzione, regime fiscale preferenziale, ...) sussistono in entrambe le giurisdizioni di residenza coinvolte. Ad esempio, seguendo tale impostazione, gli elementi distintivi non sarebbe integrati (e non vi sarebbero obblighi di comunicazione) se il pagamento fosse esente secondo una delle giurisdizioni di residenza ma interamente tassato (non sussistendo alcuna delle condizioni previste) nell'altra giurisdizione di residenza.
- 9.9** Con riferimento all'elemento distintivo di cui al punto C.1. dell'allegato 1 al Decreto, la Circolare, nel paragrafo 7.3.1, a pag. 84, tratta il caso dei pagamenti nei confronti di società trasparenti. Nel fornire la

condivisibile distinzione tra società opaca e società trasparente nella prospettiva dello Stato di residenza del socio, viene citato ma non trattato esplicitamente il caso in cui la società abbia più soci residenti in Stati diversi. In tale ipotesi, i destinatari del pagamento sarebbero più di uno ed i criteri dettati nella Circolare meriterebbero uno specifico chiarimento.

**9.9.1** Ad esempio, il chiarimento, condivisibile, offerto dall'Amministrazione finanziaria irlandese è il seguente:

*«it is established that there is more than one recipient of the payment, then separate tests will be required for each of those recipients to determine whether any of the conditions under points (a) to (d) occur. Where one or more of the conditions occurs for at least one of the recipients, then the arrangement will come within the definition of a reportable cross-border arrangement» (IRL TDM, 2.8.1).*

**9.10** Sempre con riferimento all'elemento distintivo di cui al punto C.1. dell'allegato 1 al Decreto, nella Circolare è chiarito, a pag. 86, che per Paesi non collaborativi secondo l'OCSE si intendono quelli che presentano un rating generale (Overall Rating) "not compliant" o "partially compliant" in esito alle revisioni condotte dall'OCSE (peer review), come indicato nella «list of jurisdictions that do not comply with the tax transparency standards».

L'interpretazione della Circolare, includendo anche le giurisdizioni "partially compliant", appare sul punto non perfettamente armonizzata con il Decreto e con la Direttiva, laddove entrambi i testi legislativi includono solamente le giurisdizioni giudicate "non cooperative". Si suggerisce pertanto di fare riferimento nella Circolare solamente alle giurisdizioni "non compliant" e non anche a quelle "partially compliant".

**9.11** Ancora con riferimento all'elemento distintivo di cui al punto C.1

dell'allegato 1 al Decreto, nella Circolare è chiarito, a pag. 86, che *“il pagamento beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali”*, se 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”*. Il riferimento alle “esclusioni”, “riduzioni d'imposta”, “compensazioni”, “rimborsi” e ai “crediti d'imposta” pare eccedere quanto emerge dai testi legislativi, laddove si fa solo riferimento alla “esenzione” totale dalle imposte (Decreto, allegato 1, lett. C.1.c e Direttiva, allegato IV, parte II, C.1.c). Si suggerisce pertanto di rivedere questi passaggi della Circolare in senso maggiormente aderente ai testi normativi, eventualmente specificando il significato da attribuire al termine “esenzione”.

**9.12** Con riferimento all'elemento distintivo di cui al punto C.2. dell'allegato 1 al Decreto, a norma del quale devono essere comunicati i meccanismi transfrontalieri laddove *“per lo stesso ammortamento sul patrimonio sono chieste detrazioni in più di una giurisdizione”*, la Circolare ritiene di assimilare all'ipotesi tipica anche quelle di *“doppia deduzione di perdite fiscali effettuata in più di una giurisdizione”* (pag. 90). Tale ampliamento non pare però coerente con i testi normativi (Direttiva e Decreto) che limitano espressamente il caso in esame alle ipotesi di doppia deduzione per lo stesso ammortamento. Una tale estensione, ad esempio, non è prevista dall'Amministrazione finanziaria irlandese (si veda IRL TDM).

**9.13** Con riguardo invece all'elemento distintivo di cui al punto C.4 dell'allegato 1 al Decreto (meccanismo che include trasferimenti di attivi e in cui vi è una differenza significativa nell'importo considerato dovuto



come contropartita degli attivi nelle giurisdizioni) la Circolare, a pag. 94, chiarisce che la transazione deve riguardare *“attivi patrimoniali, ossia beni giuridicamente tutelabili e funzionalmente strumentali all’attività di impresa che non costituiscono l’oggetto dell’attività economica (ad esempio beni prodotti per la successiva rivendita)”*. E’ poi aggiunto che nel concetto di “attivi” rientrano *“tutti i beni di natura patrimoniale a prescindere dalla loro qualificazione (beni materiali, immateriali, finanziari) e dalla loro modalità di rilevazione in contabilità”*. Sotto questo profilo, il passaggio della Circolare appare poco chiaro e a tratti contraddittorio. Infatti, inizialmente si fa riferimento ai beni strumentali, salvo poi richiamare tutti i beni di natura patrimoniale. Si suggerisce pertanto di riformulare tale passaggio, utilizzando le categorie tradizionali dei beni d’impresa (quali i beni strumentali, per natura o per destinazione, i beni meramente patrimoniali e i beni merce), oltre alle possibili rilevazioni contabili.

**9.14** Ancora con riguardo all’elemento distintivo di cui al punto C.4 dell’allegato 1 al Decreto, la Circolare chiarisce che, “sebbene il tenore letterale della disposizione faccia riferimento «all’importo dovuto come corrispettivo», è da ritenersi che la stessa vada determinata con riferimento al valore fiscale riconosciuto all’attivo oggetto di transazione dagli Stati interessati” (pag. 94). Seguendo tale interpretazione, si ritiene opportuno che venga espressamente specificato che il maggior valore fiscale riconosciuto all’attivo dallo Stato estero deve essere strettamente collegato all’operazione di trasferimento di attivo (e non solo concomitante con il trasferimento o, addirittura, successivo allo stesso). Inoltre, andrebbe chiarito che una mera differenza temporale di registrazione di un trasferimento non fa emergere alcun obbligo comunicativo.

**9.15** Con riferimento alla disciplina degli elementi distintivi specifici relativi

a meccanismi transfrontalieri che concernano i *prezzi di trasferimento*, il paragrafo 7.5.1 della Circolare tratta dei c.d. *safe harbour* (i quali, fissando preventivamente regole accettabili di determinazione del valore dei beni/servizi scambiati a cui l'impresa multinazionale può conformarsi, alleggeriscono notevolmente l'onere probatorio su di essa gravante e derivante dalla normativa/prassi in materia di prezzi di trasferimento) ed, in particolare, dei c.d. *safe harbour unilaterali* (i quali, nella loro disciplina, si discostano dagli standard internazionali previsti dalle *Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento*).

Nel trattare tale argomento, la Circolare afferma che «...può essere considerato regime rientrante nel novero dei safe harbour unilaterali, anche in assenza di un atto normativo che lo istituisca, una prassi costante, che sfocia in una serie di accordi tra un'Autorità fiscale e contribuenti, caratterizzata da un approccio sistematico ed assenza di attività discrezionale da parte della pubblica amministrazione e che, con riferimento a singole transazioni od operazioni, produce effetti sostanzialmente simili a quelli di un "safe harbour"» (p. 111, terzo capoverso).

Si ritiene che tale affermazione possa rivelare un aspetto di criticità insito nella disciplina. Infatti, laddove nei confronti di una impresa multinazionale dovesse essere contestata (da parte dell'agenzia fiscale) la violazione dell'obbligo di comunicazione a seguito della rilevata presenza di una mera prassi costituente (secondo l'agenzia fiscale) un "*safe harbour unilaterale*", ben difficilmente l'impresa multinazionale potrebbe essere in grado di dimostrare che non si tratta, per l'appunto, di una prassi costante e diffusa, con i caratteri della sistematicità e della assenza di attività discrezionale da parte della pubblica amministrazione. In tale ipotesi, infatti, l'impresa multinazionale non sarebbe verosimilmente in possesso delle necessarie informazioni

idonee a dimostrare il contrario (e ciò non solo perché vi è l'assenza di uno specifico atto normativo che istituisce il "*safe harbour unilaterale*", ma perché la stessa Autorità fiscale extracomunitaria non ha interesse a rivelare l'eventuale esistenza di una simile prassi attuata anche nei confronti di altre imprese multinazionali).

Conseguentemente, si ritiene che il testo della Circolare potrebbe essere reso più preciso, puntualizzando che, in un simile caso, la posizione di vantaggio in cui viene a trovarsi l'agenzia fiscale debba essere bilanciata dall'onere a suo carico di dimostrare la presenza di una prassi costituente un "*safe harbour unilaterale*". Ciò dovrebbe avvenire in via preventiva rispetto alla contestazione della violazione (e, quindi, ad esempio già nella fase del contraddittorio amministrativo) e con obbligo di adeguata motivazione all'interno dell'atto di contestazione ed irrogazione delle sanzioni, in modo da circoscrivere le ragioni a sostegno della pretesa sanzionatoria adducibili nell'eventuale sede contenziosa.

AIPSDT