

## Contributo alla consultazione pubblica sullo Schema di Circolare DAC6

**A:** Agenzia delle entrate  
**Da:** Gianni & Origoni  
**Data:** Milano, 15 gennaio 2021  
**Oggetto:** Consultazione pubblica sullo Schema della Circolare relativa al recepimento della Direttiva DAC6

---

Egregi Signori,

con la presente, siamo lieti di poter fornire il nostro contributo alla consultazione pubblica riguardante lo schema di circolare contenente i primi chiarimenti in merito all'applicazione delle norme per la comunicazione delle informazioni relative ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica ("**Schema di Circolare**"), introdotti con il D.Lgs. 30 luglio 2020, n. 100 ("**Decreto Legislativo**") in recepimento della Direttiva 2018/822/UE del Consiglio datata 25 maggio 2018 ("**Direttiva**"), ulteriormente specificati con Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 17 novembre 2020 ("**Decreto Ministeriale**") e per l'attuazione quali il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate prot. n. 364425 del 26 novembre 2020 ha fissato le modalità tecniche di comunicazione ("**Provvedimento**").

Riportiamo di seguito le nostre osservazioni, che per semplicità di lettura saranno esposte secondo l'ordine di trattazione adottato dallo Schema di Circolare.

Essendo la nostra realtà formata da avvocati e dottori commercialisti, i quali, nella veste di intermediari, costituiscono i primi destinatari degli obblighi di comunicazione introdotti dalla Direttiva, ci è, inoltre, particolarmente gradita la possibilità di poter esporre i dubbi che stiamo incontrando in sede di prima applicazione della normativa, unitamente alle soluzioni interpretative che intenderemmo adottare, per cercare di ottenere utili indicazioni sulla condivisibilità delle stesse da parte dell'Amministrazione finanziaria, quale organo deputato alla verifica del corretto adempimento degli obblighi di comunicazione da essa introdotti.

RingraziandoVi, dunque, per l'opportunità che ci è stata offerta, restiamo a disposizione per eventuali ulteriori occasioni di confronto.

Cordiali saluti,

  
Gianni & Origoni

\* \* \*

## 1. AMBITO SOGGETTIVO

### 1.1 Intermediari

#### 1.1.1 *Attività di consulenza sulla sussistenza dell'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero in capo al contribuente prima della sua attuazione ed attività meramente preliminari*

Come rappresentato nello Schema di Circolare, potrebbe verificarsi il caso in cui un contribuente elabori e attui il meccanismo transfrontaliero in piena autonomia, senza l'intervento di alcun intermediario (cd. meccanismo *"in house"*), così come il caso in cui all'elaborazione dello stesso partecipino intermediari che non presentano alcun collegamento territoriale con uno Stato UE o uno Stato con il quale l'Italia ha concluso uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni sui meccanismi transfrontalieri.

In tali scenari, potrebbe dunque accadere che il contribuente richieda ad un intermediario che presenta un collegamento con il territorio dello Stato, prima dell'attuazione del meccanismo interessato, una consulenza ai fini della verifica della sussistenza a suo carico dell'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero. Ai fini dello svolgimento di tale attività, l'intermediario si troverebbe ragionevolmente a ricevere dal contribuente tutte le informazioni relative al meccanismo transfrontaliero di cui dispone, finendo dunque per averne una conoscenza completa.

Ci si chiede pertanto se siffatta consulenza possa considerarsi *"un'attività di assistenza o consulenza riguardo all'elaborazione, commercializzazione, messa a disposizione ai fini dell'attuazione o gestione dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero da comunicare, qualora, avuto riguardo alle informazioni disponibili e alle competenze necessarie per svolgere tale attività, sappia o abbia un motivo ragionevole per concludere che il medesimo meccanismo sia rilevante"* ex art. 2, comma 1, lett. c), seconda parte del Decreto Legislativo.

Alla luce dei chiarimenti forniti dallo Schema di Circolare in relazione al contenuto delle attività di *"elaborazione"* (i.e. ideazione), *"commercializzazione"* (i.e. divulgazione, promozione e vendita), *"messa a disposizione"* (i.e. comunicazione al potenziale utilizzatore) e *"gestione"* (i.e. predisposizione, coordinamento e monitoraggio di tutte le fasi per la concreta attuazione del meccanismo) di un meccanismo transfrontaliero, si ritiene che l'attività di consulenza sopra rappresentata debba considerarsi esclusa da quelle rilevanti ai fini della qualificazione come fornitore di servizi, nonostante:

- (i) sia posta in essere prima della completa attuazione del meccanismo transfrontaliero da parte del contribuente; e
- (ii) sia ragionevolmente soddisfatto il cd. *standard* di conoscenza per il fornitore di servizi, disponendo lo stesso di tutte le informazioni relative al meccanismo transfrontaliero che il contribuente gli ha fornito per svolgere l'attività di consulenza richiesta.

Allo stesso modo, si ritiene che non dovrebbe essere oggetto di segnalazione l'eventuale meccanismo transfrontaliero di cui un intermediario venga a conoscenza nelle fasi di valutazione preliminare della fattispecie, laddove il relativo coinvolgimento professionale sia limitato a tale fase preliminare. Si pensi, ad esempio, alle attività preliminari di verifica svolte nell'ambito di operazioni straordinarie, alle attività di *due diligence*, alle indicazioni di carattere meramente generale, relative ad operazioni di cui non si è in grado di prevedere l'esito alla data in cui il risultato dell'attività professionale sarà reso disponibile al cliente.

## **1.2 Contribuente**

### **1.2.1 Interpretazione del criterio di collegamento territoriale di cui all'art. 2(1)(d)(3) Decreto Legislativo – Percezione di reddito o generazione di utili prodotti in Italia**

L'art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto Legislativo recepisce i quattro criteri di collegamento con il territorio dello Stato che rendono il contribuente soggetto all'obbligo di comunicazione nei confronti dell'Agenzia delle entrate.

Fra di essi, il punto 3 individua un collegamento con il territorio dello Stato per i contribuenti che (i) non sono fiscalmente residenti in Italia, (ii) non dispongono di una stabile organizzazione in Italia che beneficia del meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione, ma (iii) percepiscono redditi o generano utili prodotti nel territorio dello Stato.

Si ritiene che tale disposizione richiami implicitamente il dettato dell'art. 23 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("TUIR"), prescindendo dall'effetto di eventuali convenzioni per evitare le doppie imposizioni sottoscritte dall'Italia che eliminano la potestà impositiva italiana.

Si auspica che codesta rispettabile Amministrazione finanziaria voglia confermare tale impostazione, ovvero fornire chiarimenti in merito alla corretta interpretazione della disposizione in commento.

### **1.2.2 Interpretazione ed esemplificazione del criterio di collegamento territoriale di cui all'art. 2(1)(d)(4) Decreto Legislativo – Svolgimento dell'attività in Italia**

Fra i criteri di collegamento con il territorio dello Stato previsti dall'art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto Legislativo per i contribuenti, il punto 4 ne individua uno nei casi in cui essi (i) non sono fiscalmente residenti in Italia, (ii) non dispongono di una stabile organizzazione in Italia che beneficia del meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione, (iii) non percepiscono redditi o generano utili prodotti in Italia, ma (iv) svolgono la propria attività nel territorio dello Stato.

Tale criterio risulta tuttavia di incerta interpretazione.

Avuto riguardo alla corrispondente disposizione della Direttiva, si osserva come il comma 7 del nuovo art. 8 *bis ter*, inserito dall'art. 1, comma 2 della DAC6 nella Direttiva 2011/16/UE del Consiglio datata 15 febbraio 2011 relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale (cd. DAC1), preveda dei criteri di collegamento per il contribuente con l'obiettivo di stabilire a quale Stato membro egli debba effettuare la comunicazione nei casi in cui esso è tenuto all'obbligo di comunicazione nei confronti delle Autorità competenti di più di uno Stato membro, secondo un preciso ordine gerarchico.

L'art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto Legislativo sembra, invece, attribuire a tali criteri di collegamento territoriale la funzione di determinare quando il contribuente è soggetto all'obbligo di comunicazione nei confronti dell'Agenzia delle entrate, indipendentemente dall'esistenza di collegamenti con altri Stati membri. Coerentemente, nel caso in cui il contribuente fosse tenuto all'obbligo di comunicazione in più Stati membri, egli sarebbe esonerato da tale obbligo nei confronti dell'Agenzia delle entrate nella sola ipotesi in cui possa provare l'avvenuta comunicazione delle stesse informazioni alle Autorità competenti di un altro Stato membro, senza tenere conto dell'ordine gerarchico delineato dalla Direttiva.

Secondariamente, nonostante la sostanziale coincidenza dei primi tre criteri di collegamento previsti dalla Direttiva per i contribuenti con quelli di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto Legislativo, lo stesso non sembra potersi dire per quanto riguarda l'ultimo di essi, concernente proprio il luogo di "svolgimento dell'attività" da parte del contribuente.

Invero, mentre la Direttiva prevede che il criterio dello "svolgimento dell'attività" rileva per le ipotesi in cui il contribuente (i) non risieda in alcuno Stato membro e (ii) non disponga in uno Stato membro

di una stabile organizzazione, il Decreto Legislativo stabilisce che lo stesso criterio trova applicazione nei casi in cui “non soddisfa le condizioni di cui ai punti precedenti” e, dunque, non solo (i) non risieda fiscalmente in Italia e (ii) non disponga di una stabile organizzazione in Italia che benefici del meccanismo transfrontaliero, ma anche (iii) non percepisca redditi o generi utili prodotti in Italia.

Ci si chiede pertanto quando il contribuente, che non è residente in Italia, non ha una stabile organizzazione in Italia che beneficia del meccanismo transfrontaliero e non percepisce redditi di fonte italiana (secondo l’interpretazione fornita al precedente paragrafo 1.2.1, se condivisibile da parte dell’Amministrazione finanziaria), possa “svolgere un’attività in Italia”.

Una prima possibile interpretazione dello “svolgimento di un’attività in Italia” potrebbe derivare dalla declinazione dei criteri di collegamento riportata nella Direttiva.

Essa, infatti, nei casi in cui il contribuente non sia residente e non abbia una stabile organizzazione in uno Stato membro, sembrerebbe distinguere gli ultimi due criteri di collegamento<sup>1</sup> sulla base della fonte del reddito conseguito dal contribuente:

- (i) detenzione di *asset* in uno Stato membro, che danno origine a redditi e *capital gain*, e.g. immobili, titoli e partecipazioni, da cui derivano (applicando le categorie di reddito dell’ordinamento tributario italiano di cui all’art. 6 TUIR) redditi fondiari, redditi di capitale e redditi diversi (i.e. plusvalenze);
- (ii) svolgimento di un’attività, sia essa di lavoro dipendente, autonomo o di impresa, da cui deriverebbero (sempre seguendo l’elencazione delle categorie di reddito prevista a livello domestico) redditi di lavoro dipendente, autonomo o di impresa.

Una seconda possibile interpretazione del criterio di collegamento in oggetto potrebbe essere ricercata nella “nuova forma” di stabile organizzazione di cui alla lett. f-bis dell’art. 162(1) TUIR, introdotta dall’art. 1, comma 1010, lett. a) della L. 27 dicembre 2017, n. 205.

In base a tale disposizione, dovrebbe riconoscersi una stabile organizzazione in presenza di “una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso”.

Nondimeno, atteso che la citata lett. f-bis) descrive una particolare forma di stabile organizzazione, se il significato di “svolgimento dell’attività” di cui al punto 4 dell’art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto Legislativo fosse riconducibile a tale fattispecie, l’ultimo criterio di collegamento rappresenterebbe soltanto una ulteriore specificazione del criterio di collegamento di cui al punto 2 dell’art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto Legislativo, che guarda proprio alla disponibilità di una “stabile organizzazione” nel territorio dello Stato.

Una terza possibile interpretazione dell’ultimo criterio di collegamento con il territorio dello Stato per i contribuenti potrebbe fare riferimento a situazioni “patologiche”, nelle quali il contribuente esercita la propria attività di impresa mediante una stabile organizzazione in Italia ma la stessa non è portata a conoscenza e dichiarata come tale all’Agenzia delle entrate. L’ultimo criterio di collegamento previsto dalla normativa colpirebbe dunque le cd. “stabili organizzazioni occulte”.

Tuttavia, anche quest’ultima interpretazione non appare del tutto soddisfacente. Se il criterio di collegamento di cui al punto 4 dell’art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto Legislativo colpisse le cd. “stabili organizzazioni occulte”, occorre rilevare che il mero occultamento di una stabile organizzazione all’Agenzia delle entrate non è idoneo a farla venire meno: la stabile organizzazione, seppure non dichiarata, esisterebbe. Conseguentemente, ancora una volta il quarto criterio di collegamento

<sup>1</sup> Articolo 8 bis ter, comma 7, lettere c) e d) della DAC1.

risulterebbe superfluo, atteso che la fattispecie sarebbe già sussumibile nel secondo criterio di collegamento previsto dalla normativa: quello per cui rileva l'esistenza della stabile organizzazione in Italia, di cui al punto 2 dell'art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto Legislativo.

Alla luce dei dubbi sopra rappresentati, si chiede a codesta rispettabile Amministrazione finanziaria di chiarire quale sia la corretta interpretazione da attribuire al criterio di collegamento di cui al punto 4 dell'art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto Legislativo, anche mediante delle esemplificazioni, al fine di agevolare i soggetti obbligati all'atto della sua applicazione.

Ciò, soprattutto, in ragione della sua rilevanza (insieme agli altri criteri di collegamento dei contribuenti con il territorio dello Stato) per accertare la sussistenza dell'obbligo di comunicazione dei meccanismi transfrontalieri che presentano elementi distintivi soggetti al criterio del vantaggio (fiscale) principale. Come chiarito dallo Schema di Circolare, infatti, il vantaggio fiscale è rilevante in tale contesto se conseguibile da un contribuente che soddisfi almeno uno dei criteri di collegamento con l'Italia di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) del Decreto Legislativo.

## 2. AMBITO OGGETTIVO

### 2.1 Criterio della potenziale riduzione di imposta – Contribuenti fiscalmente residenti in Stati extra-UE senza accordo per lo scambio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri

Lo Schema di Circolare ricorda come la rilevanza di alcuni elementi distintivi, al fine di rendere il meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione, sia subordinata, ai sensi dell'art. 6 del Decreto Ministeriale, alla circostanza che tali meccanismi siano suscettibili di determinare una riduzione delle imposte coperte dalla DAC1 per "un contribuente che abbia un collegamento, secondo le disposizioni della Direttiva, con uno Stato dell'Unione Europea o con un Paese con il quale è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni" sui meccanismi transfrontalieri.

In tale contesto, precisa inoltre che "verificatasi la condizione della potenziale riduzione d'imposta in Italia, gli intermediari o i contribuenti sono, al ricorrere di tutte le altre condizioni, soggetti all'obbligo di comunicazione all'Agenzia delle entrate anche qualora il partecipante estero è residente o localizzato in uno Stato con cui non è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni sui meccanismi transfrontalieri".

Ci si chiede, in particolare, se tale chiarimento debba trovare applicazione anche nei casi in cui la riduzione dell'imposta si verifichi in un altro Stato membro, cioè quando la riduzione d'imposta sia conseguita da un contribuente che (i) presenta un collegamento con il territorio di uno Stato membro e che (ii) risulta fiscalmente residente o localizzato in uno Stato extra-UE che non abbia sottoscritto con lo Stato UE interessato uno specifico accordo per lo scambio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri. Anche in tale scenario, infatti, si sarebbe in presenza di una riduzione d'imposta nell'UE, con la conseguenza che eventuali intermediari o contribuenti partecipanti al meccanismo transfrontaliero che presentano un collegamento con il territorio dello Stato ai sensi del Decreto Legislativo dovrebbero essere tenuti alla comunicazione nei confronti dell'Agenzia delle entrate, che a sua volta trasmetterà le informazioni ricevute all'Autorità dello Stato membro che ha subito la riduzione d'imposta per effetto del meccanismo transfrontaliero.

## 3. OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE

### 3.1 Obbligo di comunicazione in presenza di più contribuenti

In presenza di più contribuenti, lo Schema di Circolare ricorda come l'art. 3, comma 8 del Decreto Legislativo stabilisce che l'obbligo di comunicazione grava:

- (i) sul contribuente che ha concordato con l'intermediario il meccanismo transfrontaliero da comunicare; e, in sua assenza
- (ii) sul contribuente che ne ha gestito l'attuazione.

In assenza di ulteriori precisazioni in relazione a tale disposizione, ci si chiede quale sia la corretta interpretazione da attribuire ai termini "concordato" e "gestito".

Avuto riguardo all'interpretazione attribuibile al termine "concordato" di cui al punto (i), si ritiene che l'obbligo di comunicazione sia posto in capo al contribuente che ha sottoscritto il mandato professionale con l'intermediario.

Per quanto concerne, invece, l'interpretazione del termine "gestito" di cui al punto (ii), si ritiene che la fattispecie si riferisca ai casi in cui al meccanismo transfrontaliero non partecipa nessun intermediario, come ad esempio nei casi di meccanismo sviluppato "in house" dal contribuente oppure nei casi in cui l'intermediario coinvolto nella definizione del meccanismo transfrontaliero non presenti alcun collegamento con il territorio di uno Stato membro (o di uno Stato con cui è in vigore uno specifico accordo per lo scambio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri).

In tali ipotesi, il contribuente che ha "gestito" l'attuazione del meccanismo transfrontaliero dovrebbe coincidere con quello che si è occupato della predisposizione, del coordinamento e del monitoraggio di tutte le fasi necessarie all'implementazione, secondo il significato delineato dallo Schema di Circolare con riferimento alle attività poste in essere dal promotore.

### 3.2 Cause di esonero dall'obbligo di comunicazione

#### 3.2.1 Cause di esonero per l'intermediario – Prova della comunicazione da parte di altro intermediario

L'intermediario può essere esonerato dall'obbligo di comunicazione quando può provare che le medesime informazioni concernenti il meccanismo transfrontaliero sono state comunicate da altro intermediario, ai sensi dell'art. 3, comma 3 del Decreto Legislativo.

Al riguardo, lo Schema di Circolare evidenzia come *"la comunicazione effettuata da altro intermediario diviene rilevante solamente qualora contenga tutte le informazioni che l'intermediario, che intende far valere l'esonero, avrebbe dovuto fornire secondo le disposizioni dello Stato italiano o disposizioni equivalenti".*

Nessuna ulteriore indicazione viene però fornita per quanto concerne le modalità attraverso cui l'intermediario può validamente opporre, in caso di verifica, il proprio esonero in ragione della preventiva comunicazione effettuata da altro intermediario alla stessa Agenzia delle entrate o ad altra Autorità competente.

Ci si chiede, pertanto, se a tal fine possano essere rilevanti le istruzioni fornite dallo Schema di Circolare in relazione al caso in cui il contribuente possa ritenersi esonerato dall'obbligo di comunicazione a seguito dell'ottenimento, da parte dell'intermediario partecipante al meccanismo, di una prova dell'avvenuta comunicazione da lui effettuata all'Agenzia delle entrate o ad altra Autorità competente.

In tale contesto, infatti, lo Schema di Circolare ha chiarito 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. Solo in tal caso, infatti, il contribuente potrà da un lato appurare l'avvenuta comunicazione e dall'altro la completezza della stessa in relazione alle informazioni atte a rappresentare in maniera compiuta il meccanismo oggetto di comunicazione. Ciò assume particolare rilevanza considerato che, qualora l'intermediario non abbia comunicato al contribuente «le medesime informazioni» che quest'ultimo valuta come essenziali per la*

*completa e corretta rappresentazione del meccanismo, anche alla luce delle disposizioni dell'articolo 6 del decreto legislativo (Oggetto della comunicazione), detta comunicazione dell'intermediario è da intendersi carente e non idonea a liberare dall'obbligo di comunicazione il contribuente che ha collegamenti con l'Italia e che dispone di tutte le informazioni sul meccanismo" (sottolineature aggiunte).*

Alla luce della sostanziale coincidenza della dettato del Decreto Legislativo, che richiede la comunicazione delle "medesime informazioni" sia per l'intermediario sia per il contribuente ai fini dell'esonero dall'obbligo di comunicazione, si ritiene che la medesima interpretazione debba applicarsi all'intermediario che presenta un collegamento con il territorio dello Stato in relazione alle informazioni ottenute da altro intermediario partecipante (sia anch'esso tenuto all'obbligo di comunicazione nei confronti dell'Agenzia delle entrate ovvero di altra Autorità competente di uno Stato membro).

Conseguentemente, si ritiene che, laddove l'intermediario riceva da altro intermediario che ha effettuato la comunicazione:

- (i) la quietanza di avvenuta ricezione delle informazioni relative al meccanismo transfrontaliero da parte dell'Autorità competente;
- (ii) documentazione attestante il contenuto della comunicazione, dalla quale sia possibile evincere che la stessa abbia avuto ad oggetto le "medesime informazioni" sul meccanismo transfrontaliero che l'intermediario che intende beneficiare dell'esonero sarebbe stato tenuto a trasmettere all'Agenzia delle entrate in base alla normativa italiana di recepimento della DAC6;

esso possa validamente opporre all'Ufficio tale documentazione, al fine di dimostrare la correttezza del proprio operato e la spettanza dell'esonero dalla comunicazione.

### **3.3 Elementi oggetto di comunicazione**

#### **3.3.1 Individuazione dei soggetti e delle giurisdizioni potenzialmente interessati**

Come ricordato dallo Schema di Circolare, fra gli elementi che devono formare oggetto di comunicazione, ai sensi dell'art. 6 del Decreto Legislativo, occorre indicare:

- (i) oltre alle giurisdizioni di residenza fiscale dei contribuenti interessati, le "altre giurisdizioni potenzialmente interessate" dal meccanismo transfrontaliero;
- (ii) oltre ai contribuenti interessati, "qualunque altro soggetto potenzialmente interessato" dal meccanismo transfrontaliero.

Nondimeno, non viene fornita nessuna altra indicazione utile che consenta di individuare quali possano essere le giurisdizioni e gli altri soggetti "potenzialmente interessati" dal meccanismo transfrontaliero.

Si auspica dunque che codesta rispettabile Amministrazione finanziaria voglia fornire opportuni chiarimenti ed esemplificazioni dell'operatività della citata disposizione, al fine di agevolare gli operatori nella corretta e completa comunicazione delle informazioni rilevanti per ciascun meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica.

#### **3.3.2 Comunicazione delle informazioni che comportano la divulgazione di segreti commerciali, industriali o contrastano con l'ordine pubblico**

Lo Schema di Circolare evidenzia come secondo il punto 3.2 del Provvedimento, la sintesi del contenuto del meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione "*riporta il riferimento al nome con il quale è comunemente noto detto meccanismo e una descrizione in termini astratti delle pertinenti attività economiche o dei meccanismi, senza divulgare un segreto commerciale, industriale o professionale o*

un processo commerciale o informazioni la cui divulgazione contrasta con l'ordine pubblico" (sottolineatura aggiunta).

Si osserva che solo con tale disposizione sembra essere stato correttamente recepito il dettato della Direttiva.

Invero, la lett. c) del comma 14 del nuovo art. 8 *bis ter* inserito dall'art. 1(2) Direttiva nella DAC1 aveva previsto che dovesse formare oggetto della comunicazione da parte dell'intermediario o del contribuente all'Autorità competente *"un riassunto del contenuto del meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica, incluso il riferimento al nome con il quale è comunemente noto e una descrizione in termini astratti delle pertinenti attività economiche o dei meccanismi, senza divulgare un segreto commerciale, industriale o professionale o un processo commerciale o informazioni la cui comunicazione sarebbe contraria all'ordine pubblico"* (sottolineatura aggiunta).

Tale previsione, tuttavia, non era stata inizialmente recepita dal Decreto Legislativo, che alla lett. c) dell'art. 6 non aveva escluso dalla comunicazione della *"sintesi del contenuto del contenuto del meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione"* all'Agenzia delle entrate le informazioni che avrebbero comportato la divulgazione dei citati segreti o sarebbero state contrarie all'ordine pubblico.

La tutela dei segreti e delle informazioni contrarie all'ordine pubblico, in base al dettato dell'art. 9, comma 3 del Decreto Legislativo, sembrava quindi essere garantita esclusivamente nella "seconda fase" dello scambio di informazioni, cioè quella fra l'Agenzia delle entrate e le altre Autorità competenti.

Con il punto 3.2 del Provvedimento, la tutela dei segreti e delle informazioni contrarie all'ordine pubblico viene estesa alla "prima fase" dello scambio di informazioni, cioè quella fra intermediario/contribuente e Agenzia delle entrate, con la conseguenza però che l'ambito di operatività dell'art. 9, comma 3 del Decreto Legislativo dovrebbe essere di fatto molto ridotto: se le informazioni che possono divulgare un segreto o contrastare con l'ordine pubblico non devono formare oggetto della comunicazione fatta dall'intermediario o dal contribuente all'Agenzia delle entrate, quest'ultima non entrerà in possesso di tali informazioni e di conseguenza non sarà in grado di trasmetterle alle altre Autorità competenti.

L'art. 9, comma 3 del Decreto Legislativo sembra dunque conservare la propria operatività, a seguito dell'emanazione del Provvedimento, quale tutela "di ultima istanza" per il contribuente, cioè nei soli casi in cui l'intermediario o il contribuente, pur non essendo tenuti, provvedano comunque a trasmettere tali informazioni all'Agenzia delle entrate, al fine di evitare che le stesse informazioni siano in ogni caso scambiate con le Autorità competenti degli Stati membri.

### **3.3.3 Comunicazione delle informazioni che comportano la divulgazione di segreti professionali**

Lo Schema di Circolare evidenzia, fra le cause di esonero dall'obbligo di comunicazione invocabili dagli intermediari, come quella collegata alla tutela del segreto professionale (di cui all'art. 3, comma 4 del Decreto Legislativo) trovi applicazione con esclusivo riferimento a *"fattispecie ben specificate, riguardanti un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria"*, avendo ad oggetto solamente le informazioni ricevute per l'attività di difesa o rappresentanza del cliente, nonché per la valutazione dell'opportunità di intentare o meno il procedimento giudiziario.

Con la citata disposizione, infatti, il Legislatore domestico ha esercitato, seppur in modo assai limitato, la facoltà concessa dal comma 5 del nuovo art. 8 *bis ter* inserito dall'art. 1, comma 2 della Direttiva nella DAC1, che permetteva agli Stati membri di concedere agli intermediari il diritto all'esenzione dalla comunicazione laddove essa avesse violato il segreto professionale.



Avuto riguardo al “segreto professionale”, quello di avvocati<sup>2</sup> e dottori commercialisti<sup>3</sup> è disciplinato da diverse fonti normative, sia di carattere professionale e deontologico, sia dal diritto civile e penale<sup>4</sup>.

In estrema sintesi, esso si estende a tutte le informazioni che essi ricevono dal proprio cliente per l'espletamento del proprio mandato professionale e non soltanto a quelle ricevute per l'espletamento dei compiti di difesa e rappresentanza innanzi all'autorità giudiziaria, o per la valutazione circa l'opportunità di intentare o meno un procedimento giudiziario.

Data la forte limitazione delle casistiche nelle quali il segreto professionale risulta validamente opponibile dagli intermediari come causa di esonero dall'obbligo di comunicazione delle informazioni relative al meccanismo transfrontaliero, ai sensi dell'art. 3, comma 4 del Decreto Legislativo, risultano di fatto molteplici le informazioni che essi sarebbero obbligati a trasmettere all'Agenzia delle entrate, in violazione dunque del segreto professionale. Di qui la necessità di inserire, all'ultimo periodo dell'art. 3, comma 4 del Decreto Legislativo, una clausola di salvaguardia da responsabilità contrattuale, legale, regolamentare o amministrativa per tale violazione.

Sebbene risulti chiaro l'ambito di applicazione della causa di esonero dall'obbligo di comunicazione per l'intermediario per segreto professionale, continuano a sussistere dubbi in merito al contenuto della comunicazione che quest'ultimo è tenuto a effettuare all'Agenzia delle entrate nei casi in cui tale causa di esonero non trovi applicazione.

Invero, da un lato il segreto professionale risulta invocabile dall'intermediario come causa di esonero dall'obbligo di comunicazione solo nei casi in cui l'attività prestata sia relativa ad un (potenziale) procedimento giudiziario, mentre in tutti gli altri casi esso non libera l'intermediario da tale obbligo, tanto che è stato necessario introdurre la clausola di salvaguardia per l'intermediario che viola il segreto professionale per adempiere all'obbligo di comunicazione dei meccanismi transfrontalieri.

Dall'altro, il dettato del punto 3.2 del Provvedimento sembra escludere che l'intermediario sia tenuto a trasmettere all'Agenzia delle entrate quelle informazioni che potrebbero divulgare un segreto professionale. Da tale previsione conseguirebbe che l'intermediario, sebbene tenuto alla comunicazione (perché non esonerato in virtù del segreto professionale), dovrebbe comunque essere

<sup>2</sup> Con specifico riferimento alla professione forense, l'art. 6 L. 31 dicembre 2012, n. 247 stabilisce che “[l]’avvocato è tenuto verso terzi, nell’interesse della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e del massimo riserbo sui fatti e sulle circostanze apprese nell’attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell’attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale”. La violazione di tale obbligo costituisce, inoltre, illecito disciplinare. La medesima formulazione è condivisa anche dall'art. 13 del codice deontologico forense, che, più genericamente, richiede all'avvocato di mantenere il massimo riserbo su “fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese [...] comunque per ragioni professionali”. Con maggiore dettaglio, l'art. 28, comma 1 del medesimo codice precisa che “[è] dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell’avvocato mantenere il segreto e il massimo riserbo sull’attività prestata e su tutte le informazioni che gli siano fornite dal cliente e dalla parte assistita, nonché su quelle delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato”. La violazione del segreto professionale comporterebbe, inoltre, la sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni.

<sup>3</sup> Avuto riguardo alla professione di dottore commercialista, l'art. 5 D.Lgs. 28 giugno 2005, n. 139 prevede espressamente che “[g]li iscritti nell’Albo hanno l’obbligo del segreto professionale. Nei loro confronti si applicano gli articoli 199 e 200 del codice di procedura penale e l’art. 249 del codice di procedura civile, salvo per quanto concerne le attività di revisione e certificazione obbligatorie di contabilità e di bilanci, nonché quelle relative alle funzioni di sindaco o revisore di società od enti”. Più chiaramente, l'art. 10(1) del Codice deontologico della professione di dottore commercialista prevede che “[i]l professionista, fermi restando gli obblighi del segreto professionale e di tutela dei dati personali, previsti dalla legislazione vigente, deve mantenere l’assoluto riserbo e la riservatezza delle informazioni acquisite nell’esercizio della professione e non deve diffondere tali informazioni ad alcuno, salvo che egli abbia il diritto o il dovere di comunicarle in conformità alla legge”. Come ricordato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili con Pronto Ordini n. 326/2011, l'ambito oggettivo di tutela del segreto professionale comprende tutte le informazioni relative non solo al cliente ma anche a terzi, che siano state fornite al professionista dal cliente, nonché le notizie di cui il professionista sia venuto a conoscenza in dipendenza della propria attività. Qualora il segreto non sia rispettato e le informazioni siano divulgate, il professionista incorre in responsabilità civile, penale e disciplinare.

<sup>4</sup> Dal punto di vista dell'ordinamento penale, la violazione del segreto professionale è sanzionata dall'art. 622(1) del codice penale, ai sensi del quale “[c]hiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare documento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da 30 a 516 euro”. L'art. 200(1)(c) e (d) del codice di procedura penale prevede che gli avvocati e i dottori commercialisti non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione della propria professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria.

esonerato dall'inclusione nella comunicazione all'Agenzia delle entrate di quelle informazioni che comporterebbero la divulgazione di un segreto professionale, cioè di tutte le informazioni che egli acquisisce dal cliente per lo svolgimento del proprio mandato professionale.

Dalla lettura combinata di tali disposizioni, si potrebbero delineare i seguenti scenari:

- (i) il mandato professionale ha ad oggetto attività connesse a un (potenziale) procedimento giudiziario; in tale ipotesi, l'intermediario (avvocato o dottore commercialista) è esonerato dalla comunicazione e l'Agenzia delle entrate non riceve alcuna segnalazione;
- (ii) il mandato professionale non ha ad oggetto attività connesse a un (potenziale) procedimento giudiziario; in tal caso, l'intermediario (avvocato o dottore commercialista) non è esonerato dalla comunicazione, ma, ai sensi dell'art. 3.2 del Provvedimento, può evitare di trasmettere all'Agenzia delle entrate le informazioni coperte dal segreto professionale, cioè tutte quelle che riceve dal cliente per l'espletamento del proprio incarico. In tale scenario rimane, tuttavia, da chiarire quale debba essere il contenuto della comunicazione effettuata dall'intermediario.

Alla luce della considerevole riduzione delle informazioni che l'intermediario si troverebbe a trasmettere all'Agenzia delle entrate, a fronte del dettato del punto 3.2 del Provvedimento, nella fattispecie rappresentata al precedente punto (ii), ci si chiede se quella sopra descritta sia la corretta interpretazione da attribuire alle disposizioni oggetto di analisi.

#### 4. PROFILI SANZIONATORI

Lo Schema di Circolare illustra puntualmente quali siano le sanzioni applicabili nell'ipotesi di omessa, incompleta o inesatta comunicazione delle informazioni relative ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica, nonché in caso di comunicazione "tardiva" entro quindici giorni e di ravvedimento operoso.

Ciò nonostante, ci si chiede quali siano le sanzioni applicabili in caso di violazioni connesse alla comunicazione "una tantum" avente ad oggetto le informazioni sui meccanismi transfrontalieri la cui prima fase è stata attuata tra il 25 giugno 2018 e il 30 giugno 2020, dovuta ai sensi dell'art. 8, comma 1 del Decreto Legislativo.

L'incertezza, in tale fattispecie, deriva dalla circostanza che tale trasmissione viene definita come "cumulativa" dallo Schema di Circolare.

Ci si chiede, in particolare, se le sanzioni di cui all'art. 12 Decreto Legislativo trovino applicazione "cumulativamente" ovvero siano "autonome" ed applicate in riferimento ad ogni singolo meccanismo transfrontaliero la cui prima fase è stata attuata nel cd. periodo "transitorio".

#### 5. ELEMENTI DISTINTIVI

##### 5.1 Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale

###### 5.1.1 Condizione di riservatezza – Contenuto

Lo Schema di Circolare ricorda come l'elemento distintivo A1 sia ravvisabile nei meccanismi transfrontalieri dove almeno uno dei partecipanti si impegni a rispettare una condizione di riservatezza che può comportare la non comunicazione ad altri intermediari o alle Autorità fiscali delle modalità con cui il meccanismo transfrontaliero potrebbe garantire un vantaggio fiscale.

Avuto riguardo al contenuto della clausola, lo Schema di Circolare chiarisce poi che "è necessario che la stessa abbia ad oggetto le «modalità con cui il meccanismo potrebbe garantire un vantaggio

*fiscale»”, mentre “non assumono rilevanza, ai fini dell’integrazione dell’elemento distintivo in esame, le clausole di riservatezza che hanno ad oggetto ambiti diversi da quello fiscale [...] sempre che tali clausole non siano idonee ad impedire la comunicazione delle modalità attraverso le quali un meccanismo potrebbe generare vantaggi fiscali”.*

Alla luce di tali precisazioni, sembra possibile concludere che non siano idonee a integrare l’hallmark quelle clausole di riservatezza di contenuto “generale” che impediscono al partecipante (i.e. l’intermediario e il contribuente) di divulgare a terzi il contenuto del meccanismo transfrontaliero da comunicare con l’eccezione tuttavia di quelle informazioni che, al ricorrere delle circostanze previste dalla normativa in commento, debbono essere comunicate agli altri intermediari (partecipanti a tale meccanismo transfrontaliero) ed all’amministrazione finanziaria.

Si chiede a codesta spettabile Amministrazione di voler confermare la correttezza dell’interpretazione sopra riportata.

### **5.1.2 Documentazione e/o struttura standardizzate**

Il punto A3 dell’Allegato 1 al Decreto Legislativo individua un elemento distintivo nella “standardizzazione” che si verifica nel caso di “un meccanismo che ha una documentazione e/o una struttura sostanzialmente standardizzate ed è a disposizione di più contribuenti pertinenti senza bisogno di personalizzare in modo sostanziale l’attuazione” (sottolineatura aggiunta).

Nel chiarire cosa debba intendersi per “documentazione e/o struttura sostanzialmente standardizzate”, codesta Agenzia delle entrate fa riferimento non solo a schemi e strutture negoziali sostanzialmente replicabili senza necessità di particolari adattamenti al caso di specie, ma anche a strutture “societarie”, caratterizzate dalla tipizzazione e dalla ripetibilità.

Per quanto riguarda, in particolare, queste ultime (i.e., le strutture societarie) lo Schema di Circolare fa riferimento a “*schemi negoziali, modalità operative, strutture societarie o strumenti finanziari, sostanzialmente tipizzati e ripetibili*”, come “*veicoli societari precostituiti e localizzati in Stati esteri, funzionali alla realizzazione del meccanismo transfrontaliero*”.

Ebbene, ci si chiede se l’Agenzia intenda far rientrare tra le “strutture standardizzate” anche le strutture societarie, ed in generale le strutture di investimento, conosciute sul mercato in quanto di uso comune nell’ambito della legittima pianificazione societaria e fiscale (e quindi in qualche modo tipizzate), che consentono a contribuenti non residenti in Italia di beneficiare di norme di esenzione o riduzione dell’imposta dovuta sui flussi di reddito che derivano dal rispettivo investimento, in applicazione di norme di matrice europea o di convenzioni contro le doppie imposizioni.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle strutture che prevedono l’acquisto di partecipazioni in società italiane da parte di società lussemburghesi (indipendentemente dal livello di “sostanza” delle stesse).

Si ritiene che dette strutture (per quanto conosciute) non possono essere ricondotte all’elemento distintivo della “standardizzazione”, che pare riferito più a prodotti contrattuali e strutture negoziali che a vere strutture societarie.

Una lettura eccessivamente ampia dell’elemento distintivo in esame, che porti ad includere questo tipo di “struttura” nel novero delle operazioni da segnalare, non sarebbe infatti coerente con lo spirito della normativa, né con l’esclusione dall’obbligo di comunicazione recato dall’art. 8, comma 1 del Decreto Ministeriale, a mente del quale “[u]n meccanismo non rientra tra quelli indicati alla lettera A, punto 3, dell’Allegato 1 al decreto legislativo 30 luglio 2020, n. 100, se finalizzato alla fruizione di un singolo regime fiscale di agevolazione previsto dall’ordinamento dello Stato e al ricorrere delle condizioni previste dalla disposizione di agevolazione”. L’inclusione, peraltro, porterebbe al paradosso

di dover segnalare tutte le operazioni di acquisizione o finanziamento effettuate da società europee, ove le stesse siano (anche indirettamente o in percentuali ridotte) partecipate da soggetti residenti fuori dall'UE, indipendentemente da ogni valutazione circa l'eventuale artificiosità della costruzione.

Si chiede, pertanto, a codesta rispettabile Amministrazione finanziaria di voler chiarire il riferimento alle strutture societarie limitandone, ove possibile, la portata.

Si chiede altresì di confermare, per maggior chiarezza, che la "fruizione dei regimi fiscali agevolativi" cui fa riferimento il decreto ministeriale si riferisce anche alle strutture di investimento (anche complesse) per le quali la stessa normativa italiana prevede l'applicazione di regimi fiscali di favore (includendo, a titolo meramente esemplificativo, le cartolarizzazioni ex L. 130/99, l'investimento effettuato da - o in - organismi di investimento collettivo del risparmio italiani ed esteri, ovvero da investitori istituzionali, la sottoscrizione di obbligazioni e titoli di serie o di massa aventi determinate caratteristiche, ecc.).

## **5.2 Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale**

### **5.2.1 *Acquisizione di società in perdita***

Lo Schema di Circolare illustra compiutamente le condizioni che devono essere verificate affinché un meccanismo transfrontaliero che comporta l'acquisizione di società in perdita sia tale da integrare l'elemento distintivo B1.

Non si può tuttavia non osservare come l'ordinamento tributario italiano preveda una serie di norme antielusive volte a contrastare l'indebito utilizzo delle perdite fiscali.

Si pensi, in particolare, all'art. 84 TUIR, che non consente l'utilizzo delle perdite fiscali in diminuzione del reddito nei casi di trasferimento del controllo o di modifica dell'attività principale esercitata nei periodi di imposta in cui la perdita si è generata.

Gli artt. 172, 173 e 181 TUIR, in caso di fusione e scissione, subordinano invece il riporto delle perdite fiscali al superamento del cd. *test* di vitalità e pongono, in ogni caso, un limite massimo alla compensazione delle stesse, pari al valore del patrimonio netto.

In virtù di tali disposizioni, si sarebbe portati a ritenere che il superamento dei vincoli posti dalla normativa interna (sia a seguito della letterale applicazione della pertinente disposizione, sia per effetto di parere favorevole all'utilizzo delle perdite fiscali ottenuto mediante presentazione di una istanza di interpello disapplicativo ai sensi dell'art. 11, comma 2 della L. 27 luglio 2000, n. 212) costituisca un'esimente dall'integrazione dell'elemento distintivo in commento.

Nondimeno, occorre altresì rilevare che nel contesto della descrizione del requisito della riduzione di imposta, che deve essere integrato al fine di rendere alcuni meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica, lo Schema di Circolare ha chiarito che "nella determinazione degli effetti fiscali derivanti dal meccanismo transfrontaliero non si deve tener conto degli eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell'ordinamento tributario, quali ad esempio la disciplina sulle imprese controllate estere (CFC) o le disposizioni anti ibridi, che al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione non sono state ancora applicate. In altri termini, l'obbligo di comunicazione sussiste anche quando in sede di dichiarazione dei redditi, che normalmente viene presentata l'anno successivo e quindi oltre il termine di comunicazione del meccanismo, il contribuente è tenuto a sterilizzare in tutto o in parte gli effetti fiscali del meccanismo stesso in virtù di specifiche disposizioni limitative" (sottolineature aggiunte).

Alla luce di tale puntualizzazione, ci si chiede se essa sia applicabile in via analogica alle citate disposizioni che limitano il riporto delle perdite fiscali e, in specie, se, in sede di verifica della

sussistenza o meno dell'elemento distintivo B1 in relazione ad un meccanismo transfrontaliero che comporti l'acquisizione di perdite fiscali sia necessario prescindere dall'applicabilità delle disposizioni limitative del riporto delle perdite fiscali di cui ai citati artt. 84, 172 e 173 TUIR, nonostante esse siano idonee a ridurre il beneficio fiscale ottenibile attraverso il meccanismo transfrontaliero.

### 5.3 Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere

#### 5.3.1 *Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate – Entità trasparenti nello Stato di costituzione*

All'atto della descrizione dell'ambito applicativo dell'elemento distintivo C1, riscontrabile nei meccanismi che comportano un pagamento transfrontaliero deducibile tra imprese associate che non viene assoggettato a (un adeguato livello di) imposta in capo al destinatario dello stesso, lo Schema di Circolare offre alcuni spunti interpretativi in relazione ai casi di pagamenti effettuati a favore di entità considerate fiscalmente trasparenti nello Stato di costituzione, diverso da quello in cui sono fiscalmente residenti i soci.

Nello specifico, lo Schema di Circolare chiarisce che in tali ipotesi il destinatario del pagamento transfrontaliero è da individuare:

- (i) nella persona del socio, qualora l'entità sia considerata trasparente anche dallo Stato di residenza fiscale del socio;
- (ii) comunque nell'entità, laddove essa è considerata opaca nello Stato di residenza fiscale del socio; in tal caso, inoltre, l'entità è considerata come "*non residente in alcuna giurisdizione*", con la conseguenza che risulta integrato l'*hallmark* C1(a).

Avuto riguardo alla fattispecie di cui al precedente punto (ii), si osserva tuttavia che il chiarimento fornito presenta alcuni elementi di perplessità.

Le entità trasparenti sono in realtà sempre residenti fiscalmente nello Stato di costituzione ai sensi del diritto interno di tale Stato; tali entità potrebbero al più non essere considerate fiscalmente residenti ai fini convenzionali, ma ciò non dovrebbe rilevare ai fini dell'applicazione dell'*hallmark* in commento: se lo Stato di residenza fiscale del socio vede l'entità come opaca, la convenzione bilaterale contro la doppia imposizione fra lo Stato di residenza dell'entità e quello di residenza del socio non si applica, con la sola conseguenza che lo Stato di residenza dell'entità è libero di assoggettare a imposizione senza restrizione il reddito percepito dal socio non residente, laddove tale giurisdizione preveda tale imposizione.

Se, come descritto al precedente punto (ii), lo Stato di residenza fiscale del socio considera l'entità come opaca, sarebbe dunque necessario distinguere fra due ulteriori ipotesi:

- (i) qualora lo Stato di costituzione dell'entità trasparente assoggetti a imposizione il socio non residente sul reddito ad esso imputato dall'entità trasparente, si dovrebbe verificare il livello di imposizione che il socio non residente sconta nello Stato di costituzione dell'entità trasparente ai fini dell'integrazione dell'*hallmark* C1(b)(1)(seconda parte): se l'imposta applicata è "pari o prossima allo zero", l'elemento distintivo è verificato e il meccanismo dovrebbe essere soggetto all'obbligo di notifica;
- (ii) laddove, al contrario, lo Stato di costituzione dell'entità trasparente non assoggetta a imposizione il socio non residente sul reddito conseguito dall'entità trasparente a lui imputabile, il reddito non è assoggettato a imposizione in nessuna giurisdizione e dovrebbe pertanto essere integrato l'*hallmark* C1(b)(1)(prima parte).

La ricostruzione sopra esposta sembra porsi maggiormente in linea con le fattispecie che l'*hallmark* C1

intende colpire, cioè quelle in cui si realizza la deduzione di un componente negativo di reddito in una giurisdizione a fronte della non (adeguata) inclusione del corrispondente componente positivo di reddito in una diversa giurisdizione (i.e. quella del destinatario). Il destinatario del pagamento, in caso di entità considerate trasparenti nel proprio Stato di costituzione, dovrebbe sempre coincidere con il socio, a prescindere dunque dalla circostanza che esso sia assoggettato a imposizione nel proprio Stato di residenza fiscale ovvero nello Stato di costituzione dell'entità.

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

##### 5.4.1 Meccanismi transfrontalieri che hanno l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dal CRS

In relazione alla verifica della sussistenza degli *hallmark* che caratterizzano i meccanismi transfrontalieri che hanno l'effetto di aggirare e compromettere gli obblighi di comunicazione delle informazioni relative ai conti finanziari, lo Schema di Circolare chiarisce che detti elementi distintivi si considerano integrati qualora sia verificato il cd. *reasonable to conclude test*, cioè quando "sia «ragionevole concludere» che il meccanismo sia disegnato o commercializzato per (o abbia l'effetto di) aggirare la disciplina CRS o di sfruttarne l'assenza".

Lo Schema di Circolare precisa poi che tale test "deve essere eseguito da un punto di vista oggettivo, avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze del caso" ed è integrato "qualora l'effetto di aggiramento emerge dalle informazioni prontamente disponibili anche tenuto conto del grado di competenza e comprensione dei soggetti coinvolti" (sottolineature aggiunte).

In virtù di tale precisazione, si ritiene che, analogamente a quanto chiarito dallo Schema di Circolare in relazione al criterio del vantaggio (fiscale) principale, nemmeno ai fini della verifica del *reasonable to conclude test* assumano rilievo "i motivi specifici o le intenzioni dei soggetti che attuano l'accordo, schema o progetto". Ciò che rileva è solamente che, sulla base delle informazioni disponibili, il partecipante possa concludere che dal meccanismo transfrontaliero consegue l'effetto di aggiramento degli obblighi di comunicazione delle informazioni sui conti finanziari.

Il *reasonable to conclude test* delineato sembra richiamare, sebbene per un diverso fine, il concetto di *standard* di conoscenza applicabile ai fornitori di servizi, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2, comma 1, lett. c) del Decreto Legislativo e dell'art. 4 del Decreto Ministeriale.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. c) del Decreto Legislativo, lo *standard* di conoscenza, necessario ai fini della qualificazione come fornitore di servizi in relazione a un determinato meccanismo transfrontaliero, si ritiene infatti verificato laddove egli, "avuto riguardo alle informazioni disponibili e alle competenze necessarie per svolgere [l']attività [richiesta], sappia o abbia un motivo ragionevole per concludere che il meccanismo transfrontaliero sia rilevante" ai fini dell'obbligo di comunicazione.

L'art. 4 del Decreto Ministeriale specifica che tale *standard* è determinato con riferimento (a) alla conoscenza effettiva che il fornitore di servizi possiede sulla base delle informazioni prontamente disponibili in ragione dell'attività di assistenza o consulenza espletata nei confronti del cliente e (b) al grado di competenza necessaria per fornire il servizio di assistenza o consulenza, nonché al livello di esperienza ordinariamente richiesto per la prestazione di detto servizio.

Ci si chiede dunque se nei casi in cui il *reasonable to conclude test* si applichi con riferimento a un fornitore di servizi, esso sia di fatto del tutto sovrapponibile allo *standard* di conoscenza di cui al citato art. 4 del Decreto Ministeriale.

## 5.5 Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento

### 5.5.1 *Safe harbor unilaterale*

In relazione all'elemento distintivo E1, che caratterizza i meccanismi transfrontalieri che beneficiano di un *safe harbor* unilaterale, lo Schema di Circolare ha chiarito che l'unilateralità deriva dalla circostanza che il regime "nel dettare le regole di determinazione del valore, si discosti dagli standard internazionali previsti nelle Linee Guida dell'OCSE sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali" (sottolineatura aggiunta).

In virtù di tale precisazione, si ritiene che gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale, conclusi con l'Agenzia delle entrate ai sensi dell'art. 31-ter del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 non siano idonei a integrare tale caratteristica, atteso che, in conseguenza dell'esplicito richiamo dell'art. 110, comma 7 del TUIR da parte dell'art. 31-ter del D.P.R. 600/1973, essi dovrebbero essere sempre rispettosi degli *standard* delineati dalle previsioni OCSE e dall'UE.

### 5.5.2 *Beni immateriali di difficile valutazione*

Lo Schema di Circolare chiarisce che l'elemento distintivo E2 caratterizza i meccanismi transfrontalieri che comportano il trasferimento di beni immateriali, come brevetti, marchi, know-how, diritti d'autore, o la concessione di diritti su beni immateriali, che "per loro natura risultano di difficile valutazione" (sottolineatura aggiunta).

Nessuna indicazione viene, però, fornita con riferimento al momento in cui è necessario stabilire se esistono affidabili transazioni comparabili e se sia difficile prevedere il livello di profittabilità del bene trasferito.

Per ragioni di coerenza con i chiarimenti dello Schema di Circolare in merito:

- (i) alla determinazione dei vantaggi economici rilevanti per la verifica del criterio del vantaggio (fiscale) principale;
- (ii) al momento nel quale debba essere compiuta la valutazione della variazione dell'EBIT rilevante ai fini dell'elemento distintivo E3;

si ritiene che tale valutazione debba ragionevolmente essere riferita al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione.

\* \* \*

