

Milano, 15/1/2021

All'attenzione dell'Agenzia delle entrate
dc.gc.settorecontrollo@agenziaentrate.it

e p.c.

Fabrizio Acerbis

fabrizio.acerbis@it.pwc.com

DAC 6

Risposta alla consultazione pubblica sulla bozza di circolare

TLS Associazione Professionale di Avvocati e Commercialisti

Dott. Fabrizio Acerbis	Dott. Pietro Stefano Bertolotti	Dott.ssa Lara Guiotto	Dott. Marco Ruzza	Avv. Michele Carminati	Dott. Gian Maria Minnella	Cons. Lav. Alessandro Arace
Dott. Franco Boga	Dott. Andrea Brignoli	Dott. Michele Gusmeroli (LLM)	Avv. Luca Saglione	Dott.ssa Mara Carrano	Dott.ssa Nicole Monopoli	Dott. Giacomo Belluzzi
Dott. Nicola Broggi	Avv. Elisabetta Caccavella	Dott.ssa Caterina Innamorato	Dott.ssa Daria Salari	Dott. Gianpiero Catuscelli	Avv. Francesca Negro	Dott. Edoardo Brami
Dott. Gianni Colucci	Dott. Nicola Cameli	Dott.ssa Antonella Intuire (LLM)	Avv. Selena Santilioni	Cons. Lav. Rosaria Cera	Avv. Pietro Negroni	Dott.ssa Daniela Brenna
Avv. Paola Barazzetta	Dott. Alessandro Campione	Dott. Luca la Pietra	Dott.ssa Nancy Saturnino	Dott. Stefano Chiaromonte	Dott. Carlo Novello	Dott.ssa Italia Cammisa
Dott. Felice De Lillo	Avv. Stefano Cancarini	Avv. Daniele Landi	Cons. Lav. Marzio Scaglioni	Dott.ssa Alessandra Codogno	Avv. Rosario Pace	Avv. Letizia Carrara
Dott. Marco Meulepas	Dott.ssa Cristina Carmosino	Dott. Nicola Laurenzano	Dott.ssa Serena Irene Scalabrini	Dott. Roberto Colatoriti	Avv. Monica Paladino	Dott.ssa Maristella Chieffo
Dott. Claudio Valz	Avv. Fabrizio Cascinelli	Dott. Liana Locorotondo	Avv. Daniele Selicato	Dott. Stefano Colla	Avv. Stefano Colla	Dott.ssa Federica Crestani
Dott. Alessandro Caridi (LLM)	Dott. Arturo Cassina	Dott. Fabrizio Loffredo	Avv. John Shehata	Avv. Claudio Costantino (PhD)	Dott.ssa Federica Panzeri	Dott.ssa Claudia Cultrone
Avv. Barbara Mirta Ferri	Dott.ssa Alessandra Cavina	Avv. Marco Longobardi	Dott. Nicola Siviero	Dott.ssa Mariangela Vittoria Cottali	Dott. Tommaso Ferreri	Dott. Lorenzo Damiani
Dott. Egidio Filetto	Dott.ssa Michela Cibin	Dott. Riccardo Lorenzon	Avv. Francesca Tironi	Avv. Giovanni Cumella	Dott. Sandro Pittini	Avv. Giulio Della Casa
Dott. Valentino Guarini	Dott. Angelo Conte	Avv. Amelie Mammone	Dott. Simone Varini	Avv. Francesco Della Scala	Avv. Federico De Luca	Dott.ssa Lucia Simona Di Grazia
Avv. Gianluigi Baroni	Dott. Antonio Cutini	Dott. Simone Marchiò	Dott.ssa Rossana Vergani	Dott.ssa Angela Di Gennaro	Dott. Maria Progida	Dott.ssa Ludovica Diemio
Dott. Luca Lavazza	Avv. Salvatore Cuzzocrea	Dott. Samuel Marinelli	Dott. Dario Vio	Dott. Alessio Diiori	Dott. Mario Rendo	Avv. Maurizio Foti
Dott. Giovanni Marano	Dott. Giorgio De Capitani	Avv. Giorgio Carmelo Massa	Dott. Maurizio Zama	Dott. Angelo Di Stani	Dott.ssa Francesca Ruscella	Dott. Guido Bruno Guidi
Dott. Alessio Rolando	Dott. Daniele Di Michele	Dott. Stefano Merli	Dott.ssa Michela Zampiccoli	Dott. Giuseppe Falduto	Dott.ssa Antonia Santoro	Dott. Alessandro Maffiolo
Dott. Alessandro Di Stefano	Avv. Annalisa Di Ruzza	Dott. Paolo Micanzi	Dott.ssa Alessia Angela Zanatto	Dott. Corrado Scola	Dott. Corrado Scola	Dott.ssa Francesca Massari
Dott. Alessandro Catona	Dott.ssa Carmela Elterre	Dott. Luigi Mira	Avv. Mario Zanin	Avv. Giulia Ferroni	Avv. Davide Settembre	Dott. Raffaele Menzione
Dott.ssa Nica Cimmino	Dott.ssa Francesca Falcone	Dott. Rocco Mottolose	Dott.ssa Claudia Zedda	Dott.ssa Maida Fiorese	Dott.ssa Lucia Siciliani	Dott.ssa Stefania Novelli
Avv. Giovanni Stefanini	Avv. Giovanni Falsitta	Dott. Marco Napolitano	Avv. Ilaria Zingali	Dott. Giuseppe Fortunato	Dott. Paolo Sommi	Dott.ssa Stefania Novelli
Dott. Paolo Lucarini	Avv. Michele Fava	Avv. Davide Neirotti	Avv. Filippo Zucchinelli	Dott. Andrea Fusaro	Dott. Andrea Fusaro	Dott. Luca Purpura
Dott. Roberto Spotti	Dott. Mario Joseph Femino'	Dott.ssa Lucia Pagliari	Dott.ssa Hanna Yuliana Arellano	Avv. Costanza Gaetani Dell'Aquila D'Aragona	Dott.ssa Eva Sorgato	Dott. Francesco Riti
Avv. Carlo Romano (PhD/LLM)	Dott. Claudio Ferone	Dott.ssa Mia Pastini	Avv. Ivan Arrotta	Avv. Fabrizio Tenuta (PhD)	Dott.ssa Fabiana Tenuta (PhD)	Dott.ssa Barbara Salvestrin
Dott. Marco Vozzi	Dott.ssa Gabriella Forza	Dott.ssa Vialba Passarelli	Avv. Pamela Balice	Avv. Pamela Terazzi	Avv. Pamela Terazzi	Dott. Riccardo Tirinnanzi
Avv. Andrea Lenzi Orlandi Cardini (LLM)	Dott. Luca Franceschini	Dott. Maurizio Pavia	Avv. Romina Ballanca	Dott. Dario Gillio	Dott. Alberto Tognoni	<i>Of counsel</i>
Dott. Pasquale Salvatore	Avv. Davide Frau	Dott. Leonardo Penna	Dott.ssa Lavinia Barberini	Dott. Andrea Grimaldi	Dott. Andrea Traversa	Prof. Giulio Andreani
Dott. Stefano Tonetti	Dott. Gianluca Gabellini	Dott.ssa Piera Penna	Dott.ssa Gaia Baserga	Dott.ssa Claudia Limbiati	Dott.ssa Carlotta Tunesi	Avv. Tiziana Bellarini
Dott. Paolo F. Tripoli (LLM)	Avv. Elisa Elena Geraci	Dott. Gabriele Pierini	Dott. Andrea Werner Beilin	Avv. Riccardo Lonardi	Dott.ssa Simona Urciuoli	Prof. Gianluigi Bizzoli
Dott. Francesco Nuzzolo	Avv. Chiara Giannella (LLM)	Dott. Giuseppe Figoli	Dott. Massimo Bellasio	Dott. Simone Longano	Dott.ssa Luisa Vacca	Prof. Roberto Ceccon
Avv. Cristian Sgaravella	Avv. Michele Giuliani (LLM)	Dott. Fabio Pirolozzi (PhD/EMBA)	Dott. Andrea Belleri	Avv. Fabio Luongo	Dott. Domenico Vito	Avv. Maria Cristina Cengia
Avv. Tommaso Tomaiuolo	Dott.ssa Maria Gai	Avv. Francesco Pizzo	Dott. Fabio Beolchi	Avv. Saverio Manfredini	Dott. Mario Volpe (LLM)	Avv. Alessandro Marzorati
Avv. Guido Ajello	Dott.ssa Raffaella Maria Graziano	Dott.ssa Marta Enrica Primavesi	Dott. Matteo Bulighini	Dott. Giovanni Marra	Dott.ssa Felicia Zaffiro Puopolo	Dott. Salvatore Livechi
Dott. Roberto Azzano	Dott.ssa Chiara Grechi (PhD)	Dott.ssa Elena Robicci	Avv. Alessio Buonaiuto	Dott. Fabio Mastropasqua	Dott.ssa Vittoria Zaganelli	Avv. Manfredo De Vita
Avv. Flavia Barone	Dott. Diego Guerreschi	Dott.ssa Federica Rossi	Dott. Antonello Calabrese	Dott.ssa Stefania Medda	Cons. Lav. Lucia Zedda	Dott. Salvatore Livechi
Avv. Alvisé Becker	Dott. Simeone Guidi	Dott. Luigi Pio Rutigliano	Dott. Valentina Caldinoli	Dott. Jacopo Merigalli	Dott.ssa Sara Zeppola	Prof. Avv. Pierpaolo Marano
				Dott. Matteo Merli		Avv. Fabio Alberto Regoli

2020/13

Milano • Via Monte Rosa 91 • 20149, Italia • Tel. +39 02 916051 • Fax. +39 02 91605000 | Bari • Via Abate Gimma 72 • 70122, Italia • Tel. +39 080 5640211 • Fax. +39 080 5640299 - Via Papa Pio XII 60 • 70124, Italia • Tel. +39 080 5044444 • Fax. +39 080 5619024 | Bergamo • Largo Belotti 5 • 24121, Italia • Tel. +39 035 229691 • Fax. +39 035 2296925 | Bologna • Via Angelo Finelli 8 • 40126, Italia • Tel. +39 051 616771 • Fax. +39 051 6167799 | Brescia • Viale Duca d'Aosta 28 • 25121, Italia • Tel. +39 030 3697601 • Fax. +39030 3697690 | Firenze • Viale Antonio Gramsci 15 • 50121, Italia • Tel. +39 055 2482911 • Fax. +39 055 2482999 | Napoli • Via dei Mille 16 • 80121, Italia • Tel. +39 081 716141 • Fax. +39 081 7161450 | Novara • Via Fratelli Rosselli 28 • 28100, Italia | Padova • Via Vicenza 4 • 35138, Italia • Tel. +39 049 873421 • Fax. +39 049 8734299 | Palermo • Via Marchese Ugo 60 • 90141, Italia • Tel. +39 091 6268669 • Fax. +39 091 301321 | Parma • Viale Tanara 20/A • 43121, Italia • Tel. +39 0521 275911 • Fax. +39 0521 781844 | Roma • Largo Angelo Fochetti 29 • 00154, Italia • Tel. +39 06 5717851 • Fax. +39 06 5717857 | Torino • Corso Palestro 10 • 10122, Italia • Tel. +39 011 592271 • Fax. +39 011 5922777 | Trento • Viale Della Costituzione 33 • 38121, Italia | Treviso • Viale Gian Giacomo Felissin 90 • 31100, Italia • Tel. +39 0422 425611 • Fax. +39 0422 425699 | Varese • Via Albuzzati 43 • 21100, Italia • Tel. +39 0332 285039 • Fax. +39 0332 284474 | Verona • Via Francia 21/C • 37135, Italia • Tel. +39 045 8051411 • Fax. +39 045 8051499

Codice Fiscale e Partita IVA 12142310155 | e-mail: <nome>.<cognome>@it.pwc.com

TLS Associazione Professionale di Avvocati e Commercialisti is a member firm of PricewaterhouseCoopers International Limited, each member firm of which is a separate legal entity

Premessa

PwC TLS – Avvocati e Commercialisti esprime il pieno supporto e la totale adesione all’iniziativa dell’Agenzia delle entrate di effettuare una pubblica consultazione sulla bozza di circolare che fornisce chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di comunicazione, decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva “Dac 6”).

È nostra convinta opinione che tale iniziativa, al di là del singolo caso specifico, sia un tangibile e concreto passo verso il consolidamento delle fondamenta di un rinnovato rapporto tra fisco e contribuente ispirato alla trasparenza e alla fiducia reciproca con giovamento, anche, per la certezza del diritto in campo fiscale.

Infatti, una pubblica consultazione in campo fiscale permette, da un lato, agli operatori di contribuire in buona fede alla definizione delle “regole del gioco”, dall’altro, all’Amministrazione finanziaria di costruire un patrimonio di casistiche e soluzioni. Il tutto è idoneo a costituire un bagaglio comune a tutti gli operatori ed a rendere più chiaro, e quindi prevedibile, il quadro normativo lasciando traccia dei dubbi, delle differenti opinioni e delle relative soluzioni e scelte. Ciò permetterà agli operatori, compresa l’Amministrazione finanziaria, di sviluppare soluzioni attente rispetto a quanto emerso nel corso della pubblica consultazione e di disporre di un’ampia base grazie alla quale affrontare e risolvere ulteriori casi dubbi.

Con questa finalità, nel seguito del documento illustriamo commenti e posizioni interpretative che suggeriamo in vista dell’adozione del testo finale della circolare.

Ad ogni modo PwC TLS sin da ora manifesta la propria piena disponibilità, se ritenuto opportuno, ad effettuare approfondimenti e/o a fornire chiarimenti in forma scritta o orale, a partecipare a specifici incontri od altre iniziative ritenute appropriate nell’ambito della presente consultazione.

Autorizzazione al trattamento e alla pubblicazione online: Il presente documento contiene la visione collettiva di PwC TLS esclusivamente ai fini della “Consultazione pubblica sulla proposta di Direttiva del Consiglio che modifica la Direttiva 2011/16/EU sulla cooperazione amministrativa fiscale.” “L’autorizzazione al trattamento dello stesso documento, inclusa la pubblicazione online, si intende pertanto concessa da parte di PwC TLS esclusivamente ai fini della procedura in corso

Indice

Premessa	2
Legenda	6
1 Profili soggettivi: intermediario e contribuente	8
1.1 Attività che qualificano come fornitore di servizi	8
1.1.1 Assistenza o consulenza	8
1.1.2 Connessione tra servizio reso e fase implementativa	9
1.1.3 Beneficiario del servizio	10
1.2 Standard di conoscenza (e comprensione)	10
1.2.1 Il Modello OCSE	10
1.2.2 La conoscenza nella dinamica di aggregazione e segregazione delle informazioni	10
1.2.3 Operazioni bancarie routinarie	11
1.2.4 La conoscenza da parte del promotore e del contribuente pertinente	11
1.2.5 Lo standard di conoscenza e le analisi dei vantaggi fiscali del meccanismo DAC 6	12
1.3 Obblighi di comunicazione e relazione tra intermediari e contribuenti	13
1.4 Adempimento collaborativo	15
2 Profili oggettivi: il meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica	17
2.1 Meccanismo	17
2.1.1 L'identificazione del meccanismo	17
2.1.2 I meccanismi commerciabili	19
2.2 Transfrontalierità	20
2.3 Criterio della potenziale riduzione di imposta	21
2.4 Criterio del vantaggio principale	22
2.4.1 Premessa sul MBT	22
2.4.2 Policy intent carve out	22
2.4.3 Meccanica del MBT	24

2.4.4	Misurazione del vantaggio fiscale e del vantaggio extra fiscale	27
2.4.5	Casistica nell'esercizio del MBT	28
3	Informazioni da comunicare	30
3.1	Valore dell'operazione	30
4	Aspetti sanzionatori	33
4.1	Obiettive condizioni di incertezza	33
4.2	Intermediari enti privi di personalità giuridica	34
4.3	Over reporting	35
5	Hallmark fiscali	37
5.1	A.1 - Condizione di riservatezza	37
5.2	B.2 - Conversione del reddito	38
5.2.1	Scelte di investimento	38
5.2.2	La conversione del reddito nel contesto del transfer pricing	39
5.3	C.1 - Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate	40
5.3.1	Definizione di pagamento	40
5.3.2	Approccio look through	41
5.3.3	Paesi non collaborativi (C.1.b.2)	43
5.3.4	Esenzione totale (C.1.c)	45
5.3.5	Regimi fiscali preferenziali (C.1.d)	46
5.4	C.2 - Stesso ammortamento più detrazioni	48
5.5	C.4 - Trasferimento di attivi	49
5.6	E.1 - Safe harbour unilaterale	49
5.7	E.2 - HTVI	51
5.8	E.3 - Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività	52
6	Hallmark CRS	55
6.1	Sugli hallmark a protezione dello scambio di informazioni sui conti finanziari (D.1)	55
6.1.1	Il quid pluris rispetto all'effetto di mancata comunicazione CRS	55

6.1.2	La valenza informativa degli accordi FATCA	58
6.1.3	Movimentazione di conti finanziari intestati a soggetti fiscalmente residenti in Italia 61	
6.2	Sugli hallmark a protezione della individuazione del titolare effettivo (D.2)	62
6.2.1	Gli elementi costitutivi dei meccanismi riportabili per l’hallmark D.2	62
6.2.2	Origine dell’hallmark e fonti interpretative in merito al requisito della “opacità”	62
6.2.3	Opacità a fini dell’hallmark D.2 e normativa antiriciclaggio	64
6.2.4	Opacità a fini dell’hallmark D.2 e standard di conoscenza (e comprensione)	66

Legenda

AML	Disciplina di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo
Bozza	Bozza della circolare dell'Agenzia delle entrate, che fornisce chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione - decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva "Dac 6"), posta in consultazione pubblica il 28 dicembre 2020
CRS	<i>Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, OECD, 2017</i>
DAC 6	Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio del 25 maggio 2018
Decreto legislativo DAC 6	Decreto legislativo del 30 luglio 2020 n. 100, di attuazione della DAC 6
DM	Decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze 17 novembre 2020, attuativo della disciplina italiana di recepimento della DAC 6.
Hallmark CRS	Hallmark di categoria D declinati nell'allegato 1 al decreto legislativo DAC 6
Hallmark Fiscali	Hallmark di categoria A, B, C ed E nell'allegato 1 al decreto legislativo DAC 6
Meccanismo DAC 6	Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica, integrando uno degli elementi hallmark declinati nell'allegato 1 del decreto legislativo DAC 6

Meccanismo CRS

Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica, integrando uno degli hallmark CRS

**Meccanismo
fiscaltà**

Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica, integrando uno degli hallmark fiscali

Modello OCSE

Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures, OECD, 9 marzo 2018

1 Profili soggettivi: intermediario e contribuente

1.1 Attività che qualificano come fornitore di servizi

1.1.1 Assistenza o consulenza

Il decreto legislativo DAC 6 ha declinato la descrizione dell'attività del *fornitore di servizi* come assistenza o consulenza in materia di sviluppo, organizzazione, gestione e attuazione del meccanismo transfrontaliero, obliterando il riferimento alla mera attività di "aiuto" contenuta nella Direttiva¹.

Appare pertanto utile evidenziare, nella stesura definitiva della circolare, come, per i meccanismi disegnati e attuati dalla clientela (contribuente), l'apporto dell'intermediario in qualità di *fornitore di servizi* debba in ogni caso qualificarsi come idoneo a integrare un'attività quantomeno di assistenza, se non di consulenza, a beneficio del cliente, per tale non potendosi intendere la mera **messa a disposizione** ad esempio dei propri servizi di investimento o la mera esecuzione di operazioni finanziarie su ordine del cliente da parte di intermediari finanziari, sia attraverso canali tradizionali, sia attraverso interfacce/piattaforme digitali².

I *fornitori di servizio* sono tenuti a comunicare le informazioni entro 30 giorni a decorrere dal giorno seguente a quello in cui hanno concluso di fornire, direttamente o attraverso altre persone, aiuto, assistenza o consulenza³. In ragione della correlazione necessaria tra l'attività del *fornitore di servizio* e la fase implementativa del meccanismo DAC 6, il **dies a quo** per il termine di effettuazione della comunicazione dovrebbe intendersi come necessariamente correlato alla prima fase di effettiva attuazione del meccanismo⁴. Questa interpretazione parrebbe tracciata nella Bozza, a pagina 53, laddove si richiama la connessione tra la decorrenza del termine di

¹ Occorre precisare come la relazione illustrativa al decreto legislativo n. 100, a commento delle attività di attuatore, includa altresì quella di "aiuto materiale", oltre a fare riferimento alla ripartizione della norma definitoria degli intermediari (i.e. lettera c) del comma 1 dell'art. 2) in due distinti punti: il punto 1) riferito al promotore, il punto 2) all'attuatore. Si ritiene che si tratti di un refuso, in quanto la relazione illustrativa è ancora, in questo passaggio, ancorata ad un precedente testo dello schema di decreto legislativo, di seguito superato in sede di definitiva approvazione.

² Quanto detto vale ad escludere, in questi casi, il ruolo di attuatore, a prescindere dall'ulteriore requisito della conoscenza e comprensione, la cui integrazione è ulteriore condizione per qualificare un soggetto come attuatore, secondo quanto precisato *infra*.

³ Ai sensi dell'articolo 8 bis ter, par. 1 della DAC 6, riprodotto nell'articolo 7, comma 1, lett. b) del decreto legislativo n. 100 del 2020.

⁴ Si aggiunge peraltro che il testo della DAC 6 evidenzia la correlazione in commento, laddove prescrive che i *service provider* sono "inoltre" tenuti a comunicare le informazioni entro 30 giorni dal completamento della propria attività (articolo 8 bis ter, par. 1): in particolare, il termine "inoltre" potrebbe significare che gli obblighi di comunicazione in capo all'attuatore sono concorrenti con quelli del *promotore* e da misurarsi con riferimento alle fasi di riferimento per quest'ultimo (i.e. messa a disposizione del meccanismo, prima fase di attuazione), tutte connesse alla fase di "attuazione" dello stesso.

reporting e le attività poste in essere dal *fornitore di servizio* “ai fini dell’attuazione del meccanismo transfrontaliero soggetto all’obbligo di comunicazione”: sarebbe pertanto pregevole, in sede di circolare, una maggiore esplicitazione del collegamento in commento.

1.1.2 Connessione tra servizio reso e fase implementativa

La correlazione tra la figura del fornitore di servizi e la **fase implementativa** del meccanismo risulta dal testo normativo, laddove le attività di questa figura di intermediario sono correlate alla finalità di attuazione o gestione del meccanismo DAC 6. Quanto detto conduce ad escludere che si assuma la veste di *fornitore di servizi* laddove si intervenga successivamente all’avvenuta attuazione del meccanismo o schema realizzato dal cliente o dal promotore, per svolgere attività ricognitive del meccanismo o comunque non finalizzate alla relativa implementazione.

Quanto detto pare trovi riscontro a pagina 16 della Bozza, dove si precisa che non si qualifica come *fornitore di servizi* chi intervenga in relazione a meccanismi già attuati dal contribuente, salvo che i servizi resi non determinino un *aggiornamento o miglioramento* del meccanismo stesso.

A riguardo di tale ultima formulazione, si suggerisce di fare riferimento, nella versione finale della circolare, non ad *aggiornamento o miglioramento* del meccanismo DAC 6, bensì a **modifiche sostanziali e significative** a un meccanismo, tali da alterarne in modo rilevante la struttura e/o il funzionamento. Sarebbe, inoltre, particolarmente utile l’introduzione di una esemplificazione chiarificatrice a riguardo, per escludere, *inter alia*:

- la consulenza in sede di rinnovo di un contratto già in essere e salvo che non siano intervenuti cambiamenti sostanziali e significativi nelle condizioni chiave dello schema iniziale;
- l’assistenza sulla conversione di uno strumento finanziario prevista a scadenza o per l’uscita da un investimento;
- l’eventuale coinvolgimento delle strutture centrali di un Gruppo multinazionale, per il mero sign-off di operazioni compiute dalle partecipate, ove dai fatti e circostanze del caso concreto non si desuma lo svolgimento di attività di implementazione dello schema.

1.1.3 Beneficiario del servizio

Si evidenzia come l'attuatore svolga la propria attività di assistenza o consulenza a beneficio non solo del promotore, bensì anche del contribuente, diversamente da quanto pare di comprendere dalla formulazione della Bozza a pagina 16⁵.

1.2 Standard di conoscenza (e comprensione)

1.2.1 Il Modello OCSE

Nella Bozza, oltre che nel DM, lo standard di conoscenza viene declinato in coerenza alle indicazioni del Modello OCSE: lo stesso catalogo linguistico utilizzato nel paragrafo 2.2 della Bozza è mutuato dal Modello OCSE, come reso evidente dal riferimento alle *informazioni prontamente disponibili* sulla base delle quali vengono svolte le valutazioni dello standard, oltre che il corollario dell'assenza di *obblighi di verifica addizionali* rispetto a quelli ordinariamente effettuati ai fini della prestazione professionale richiesta.

A beneficio della chiarezza del contesto interpretativo, si suggerisce pertanto, in sede di stesura definitiva della circolare, di inserire un esplicito riferimento al Modello OCSE, quale chiave di lettura dell'intero impianto normativo di recepimento della DAC 6, ed in particolare a riguardo dello standard di conoscenza (e comprensione), piuttosto che citarlo unicamente nella descrizione degli hallmark CRS.

1.2.2 La conoscenza nella dinamica di aggregazione e segregazione delle informazioni

La Bozza prevede, a pagina 19, che, per le entità complesse, ove dotate di personalità giuridica, la valutazione dello standard di conoscenza (e comprensione) debba essere effettuata con riferimento alle informazioni comunque disponibili per l'entità nel suo complesso, nonché in base alle competenze riconosciute ai soggetti coinvolti nel processo.

Sarebbe utile a riguardo precisare, nella versione definitiva della circolare, come resti fermo che non può darsi luogo all'aggregazione di informazioni, in presenza di livelli di confidenzialità specificamente prescritti con riguardo a singoli schemi e operazioni, ad esempio perché intrecciati con gli obblighi imposti dalla normativa *Market Abuse* od alle regole sottese al rapporto di mandato fiduciario, nel contesto degli intermediari finanziari: in tali circostanze, la necessaria

⁵ Ove si legge che: "il "fornitore di servizi" svolge attività di assistenza e consulenza che si sostanziano in attività di supporto al promotore".

(temporanea) **segregazione** delle informazioni potrebbe incidere sulla tempestività delle analisi DAC 6 e dunque degli adempimenti conseguenti.

Appare evidente dalla formulazione della Bozza, a pagina 20, come, per altro verso, nel contesto degli studi professionali, privi di personalità giuridica, ai fini della misurazione dello standard di conoscenza (e comprensione) si considerino *prontamente disponibili* le informazioni in possesso della persona fisica che assume la responsabilità del mandato nei confronti del partecipante al meccanismo DAC 6. Potrebbe essere utile precisare che sono fatti sempre salvi gli specifici **limiti alla circolazione delle informazioni** tra i vari professionisti che assumono la responsabilità del mandato, ove anche impegnati nella consulenza sulla medesima struttura, pur tuttavia con obblighi di segregazione delle informazioni (es. *chinese wall*, come nel caso della strutturazione dell'operazione dal lato dell'acquirente e consulenza a beneficio del soggetto venditore dall'altro).

1.2.3 Operazioni bancarie routinarie

Rispetto alla presunzione legale di assenza dello standard di conoscenza per le operazioni bancarie "routinarie", la Bozza, a pagina 20, prevede che si tratti di operazioni caratterizzate da una discrezionalità minima dell'operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione.

Si ritiene utile suggerire, nell'ambito della versione finale della circolare, la declinazione di un **catalogo di operazioni** *ex se* escluse dall'obbligo di reporting, in quanto rientranti nel novero delle *routine banking transactions*, anche sulla scorta delle esemplificazioni contenute nel Modello OCSE, prime tra queste le operazioni di trasferimento fondi che, in specie ai fini degli hallmark CRS, appaiono di per sé ed in assenza di ulteriori informazioni, ragionevolmente prive del requisito di conoscenza e comprensione da parte della Banca, oltre che i prodotti e le transazioni regolati dai termini commerciali standard (operazioni di finanziamento, cartolarizzazioni, operazioni standard di prestito titoli)⁶.

1.2.4 La conoscenza da parte del promotore e del contribuente pertinente

Come precisato nella Bozza, a pagina 18, lo standard di conoscenza (e comprensione) previsto per il *fornitore di servizi* appare come requisito rafforzato rispetto a quello generale di conoscenza desumibile dall'articolo 6 del decreto legislativo DAC 6, che, nel disciplinare l'oggetto della comunicazione, prevede come per tutti gli intermediari non operi alcuna presunzione assoluta in

⁶ A sostegno di questa ipotesi, sono intervenuti AME (*Association for Financial Markets in Europe*) e EBF (*European Banking Federation*), nel documento *Comments for EU tax authorities on the implementation of the DAC6*, Marzo 2019.

quanto le informazioni sono oggetto di comunicazione solo nella misura in cui gli stessi ne sono a conoscenza, ne sono in possesso o ne hanno il controllo.

Parrebbe necessario al riguardo introdurre una ulteriore precisazione, nell'ambito della circolare, con riferimento al contribuente, per tenere opportunamente conto dei limiti di conoscibilità delle operazioni di cui quest'ultimo è parte. In particolare, sarebbe utile precisare che la valutazione dell'operazione, alla luce della DAC 6, debba essere condotta da parte del contribuente sulla base della **conoscenza** che si assume debba avere ed analizzare a riguardo della **propria posizione fiscale** e non a quella delle controparti dell'operazione, salvo che per le *associated enterprises* dello stesso contribuente, in relazione alle quali può assumersi l'onere di *reasonable enquiries* previsto nel Report di Azione 12 del progetto BEPS⁷. A titolo di esempio, si potrebbe chiarire come, laddove un contribuente italiano entri come *limited partner* in una piattaforma di investimento estera (fondo), nella valutazione dei profili DAC 6, relativi ad esempio alla qualificazione dei flussi finanziari dedotti dalle entità *target* e percepiti dal fondo, lo stesso contribuente abbia evidentemente conoscenza del trattamento fiscale dei componenti derivanti dalla propria partecipazione nel fondo, mentre non ha informazioni relative al regime fiscale delle operazioni realizzate dal fondo né del trattamento delle componenti derivanti dalla partecipazione in capo agli altri investitori. In altri termini in caso di "dubbio" genuino non deve essere operata la comunicazione.

1.2.5 Lo standard di conoscenza e le analisi dei vantaggi fiscali del meccanismo DAC 6

Si ritiene necessario precisare, in sede di circolare, che lo standard di conoscenza debba coprire anche il test della potenziale riduzione di imposta ed il test del vantaggio principale, come descritti nei paragrafi 3.3 e 3.4 della Bozza.

In particolare, occorre chiarire che le analisi sulla **riduzione di imposta** (art. 6 del DM) e sul **vantaggio fiscale** principale o **extra fiscale** connessi ad un meccanismo DAC 6 (art. 7 del DM) devono essere illuminate dallo standard di conoscenza per il *fornitore di servizi* e, per quanto appena sopra, devono comunque essere valutate, anche per il contribuente e per il promotore, nei limiti delle informazioni in loro possesso, conoscenza e controllo e con le precisazioni di cui si è detto.

⁷ Tra le raccomandazioni adottate in esito all'azione 12, il Report prevede come "*Taxpayers that enter into intra-group transactions with material tax consequences are obliged to make reasonable enquiries as to whether the transaction forms part of an arrangement that includes a cross-border outcome that is specifically identified as reportable under their home jurisdictions' mandatory disclosure regime*".

1.3 *Obblighi di comunicazione e relazione tra intermediari e contribuenti*

Al fine di abilitare il contribuente alla prova dell'esonero dagli obblighi DAC 6, nella Bozza, a pagina 43, si prevede che l'intermediario sia tenuto alla **consegna** al cliente (contribuente) di **idonea documentazione** attestante l'avvenuta ricezione della comunicazione da parte dell'autorità competente, nonché il **contenuto della comunicazione** stessa.

Premesso che, come di seguito rappresentato, nel testo normativo di recepimento della DAC 6 non si ravvisa un obbligo in tal senso, né una sanzione in caso di violazione dello stesso, si chiede di valutare la necessità, nella circolare, di tenere conto della normativa **AML**.

In dettaglio, sulla base del tessuto normativo di attuazione della DAC 6 in Italia, non pare ricorra per gli intermediari uno specifico obbligo *ex lege* di **comunicare** ai clienti stessi gli esiti delle analisi svolte in merito alla riportabilità di un meccanismo transfrontaliero, né di fornire la prova dell'avvenuta notifica dello stesso all'autorità fiscale⁸. Tale comunicazione, in altri termini, secondo le indicazioni OCSE dovrebbe essere rimessa alle parti private, libere in tal senso di organizzarsi (salvo quanto specificato sotto in tema di AML). D'altro canto, secondo la giurisprudenza più recente, si deve ritenere che il contribuente oggetto dello scambio di informazioni tra autorità fiscali possa esercitare in via differita le proprie difese sull'atto impositivo che dovesse fare proprie le informazioni derivanti dall'attività di indagine, anche alimentata dalla segnalazione DAC 6⁹.

Sono per contro prescritti obblighi di comunicazione da parte dell'intermediario, nei riguardi degli altri intermediari e, in assenza di questi ultimi, a beneficio del contribuente, circa le cause di **esonero** (i.e. segreto professionale e responsabilità penale)¹⁰.

Incombe sul medesimo intermediario, a seguito della notifica del meccanismo, l'obbligo di comunicare "*senza indugio*", agli altri partecipanti di cui ha conoscenza, il **numero di riferimento** rilasciato dall'Agenzia delle entrate o dalle altre amministrazioni fiscali di Paesi

⁸ Si osserva che l'assenza di obblighi di interazione con la clientela è stata a suo tempo confermata con riguardo alle informazioni sui conti finanziari trasmesse all'autorità fiscale da parte delle istituzioni finanziarie, secondo le previsioni della DAC 2 (i.e. CRS). In particolare, il chiarimento sul quesito 7, della nota del MEF del 25 agosto 2016, pur facendo leva su una previsione della DAC specificamente dedicata allo scambio di informazioni sui conti finanziari DAC 2 (art. 25, par. 3, non modificato dalla DAC 6), ha escluso l'obbligo per le istituzioni finanziarie di comunicare alla clientela che i dati sui conti finanziari che li riguardano saranno inviati all'Agenzia delle entrate, salve invece le comunicazioni preventive ai clienti stessi circa il trattamento dei dati.

⁹ Secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia, il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva non esige che il contribuente inciso dallo scambio di informazioni tra amministrazioni finanziarie possa opporsi in via diretta allo scambio stesso, laddove abbia accesso ad una tutela differita avverso l'atto impositivo che dovesse trarre origine dall'indagine supportata dallo scambio di informazioni (sentenza 6 ottobre 2020, in causa C-245/2019).

¹⁰ Articolo 3, comma 6, del decreto legislativo n. 100 del 2020. La comunicazione di esonero va trasmessa entro il termine per la comunicazione DAC 6 (articolo 2, comma 4, del DM).

dell'Unione europea¹¹. Di seguito, il contribuente deve rilevare, nelle pertinenti dichiarazioni fiscali per tutti i periodi d'imposta in cui il meccanismo transfrontaliero è utilizzato, il numero di riferimento rilasciato dall'Agenzia delle entrate a seguito della segnalazione DAC 6: ciò prelude, ragionevolmente, a provvedimenti attuativi che prescrivano la rilevazione anche dei flussi fiscalmente rilevanti, sottesi ai meccanismi oggetto di notifica¹².

Dal quadro descritto, pare di poter concludere che l'interlocuzione tra intermediario e cliente, quanto alle analisi ed eventuali notifiche svolte dal primo, sia connaturata alla stessa meccanica di funzionamento della DAC 6, che prevede un obbligo concorrente di comunicazione in capo ai diversi intermediari coinvolti nello schema e la traslazione dell'obbligo in capo al cliente-contribuente in assenza della prova che l'intermediario abbia già fornito le medesime informazioni all'autorità fiscale.

L'interazione tra i partecipanti al meccanismo è tuttavia incompatibile con i **vincoli** imposti in ambito **AML**, in ragione del fatto che, l'intermediario ha il **divieto** (penalmente rilevante) di dare **comunicazione** al cliente della eventuale segnalazione di **operazione sospetta**, oltre che dell'esistenza ovvero della sola probabilità di indagini o approfondimenti in materia di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo¹³. Se ne desume il divieto di comunicare alcunché ai clienti, rispetto alle eventuali analisi DAC 6 in corso e ai relativi esiti a riguardo di meccanismi transfrontalieri potenzialmente rilevanti anche ai fini delle procedure di adeguata verifica (tipicamente per gli schemi rilevanti in relazione gli hallmark di categoria D).

Questa posizione non pare sia stata coordinata con il sopra richiamato obbligo di comunicazione al contribuente (e agli altri intermediari) del numero di riferimento rilasciato dall'Agenzia delle entrate al momento della notifica dello schema a fini DAC 6, oltre che con la previsione della Bozza di una consegna al contribuente della *"idonea documentazione attestante l'avvenuta ricezione della comunicazione da parte dell'autorità competente, nonché il contenuto della comunicazione stessa"*.

Si auspica pertanto che la circolare, nel testo definitivo, a seguito della consultazione pubblica cui è stata sottoposta la bozza, preveda sia una **specifico esimente** rispetto all'obbligo comunicativo ex art. 3 co. 2 del DM (la cui violazione, peraltro, non prevede allo stato attuale una specifica

¹¹ Articolo 3, comma 2, del DM.

¹² Articolo 3, comma 3, del DM. In conformità con la DAC 6, che stabilisce che *"ciascuno Stato membro può adottare le misure necessarie per imporre che ciascun contribuente pertinente comunichi all'amministrazione fiscale informazioni sul suo uso del meccanismo in ciascuno degli anni in cui ne fa uso"* (articolo 8-bis-ter par. 11).

¹³ Il divieto è prescritto dagli artt. 39, co. 1, e 41, co. 3, del decreto legislativo n. 231 del 2007 e la sanzione penale è comminata dall'art. 55, co. 4, del medesimo decreto.

sanzione), sia la mera **facoltà** per l'intermediario, salvo il divieto AML, di consegna documentale introdotto dalla Bozza (anch'esso peraltro non sanzionabile)¹⁴.

Per quanto attiene alla distribuzione degli obblighi di reporting, infine, tenuto conto della presenza di un obbligo concorrente in capo ad intermediario e contribuente pertinente, con un termine potenzialmente coincidente, si ritiene opportuno introdurre a beneficio dell'**intermediario** un **esonero** dall'obbligo di reporting in presenza della **prova** dell'avvenuta **comunicazione** da parte del **contribuente** pertinente. Si eviterebbe, infatti, la duplicazione della comunicazione in tutti i casi sia il contribuente a trasmettere il reporting prima dell'intermediario (dal momento che, in assenza di una specifica esenzione, l'intermediario sarebbe comunque obbligato alla trasmissione della comunicazione al fine di proteggersi dall'applicazione della sanzione amministrativa prevista in caso di omissione).

1.4 Adempimento collaborativo

Secondo quanto chiarito nella bozza di circolare, posta in consultazione pubblica, i termini ordinari per le comunicazioni da parte del **contribuente** decorrono dal giorno seguente a quello in cui il meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione è stato **messo a sua disposizione ai fini dell'attuazione** o a quello in cui è stata **avviata l'attuazione**, come previsto dall'articolo 2, comma 5 del decreto ministeriale e dal punto 4.3 del Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 26 novembre 2020.

Analogo termine vale per gli **intermediari** promotori, sia nel caso si tratti di soggetti terzi rispetto al contribuente, sia laddove siano le funzioni interne al Gruppo di cui è parte il contribuente pertinente ad assumere tale ruolo.

¹⁴ Nelle *Guidelines* britanniche è espressamente previsto, in ambito DAC 6, un meccanismo di protezione della riservatezza prescritta a fini AML: l'intermediario è infatti esonerato dall'obbligo di comunicare, a clienti e intermediari terzi, il numero di riferimento rilasciato dall'autorità fiscale inglese, in caso la fattispecie DAC 6 sia collegata ad una potenziale segnalazione di operazione sospetta, in tal modo escludendo la violazione dell'obbligo di non rivelare le analisi a fini AML (c.d. *tipping off*). In particolare: "Where a DAC 6 report is made in relation to an arrangement, an intermediary is normally required to pass the Arrangement Reference Number (ARN) onto other intermediaries and relevant taxpayers. However, in circumstances where passing on the ARN might make a person aware that an SAR [suspicious activity report – AML] has been made, and might therefore constitute the offence of tipping off, an intermediary or relevant taxpayer would have a reasonable excuse for not doing so" (IEIM659050).

Si precisa che, nel seguito del documento, faremo riferimento alle linee guida inglesi, nella versione attualmente disponibile, pubblicate nel corso dell'anno 2020 e prima che le *regulations* del 30 dicembre 2020, adottate dal Tesoro inglese (SI 2020/1649), avessero modificato la previgente disciplina interna di recepimento della DAC 6, prevedendo la conseguente delimitazione degli obblighi di comunicazione ai soli *hallmark* di categoria D. Si farà quindi riferimento alle linee guida ad oggi pubblicate dall'autorità fiscale inglese, pur dovendosi annotare sin d'ora che, a seguito della modifica sopravvenuta nella norma interna di riferimento, le stesse linee guida saranno emendate, espungendo i contenuti riferiti ad *hallmark* diversi da quelli di categoria D.

Quanto al **fornitore di servizio**, il *dies a quo* per il *reporting* è legato al **completamento** del servizio di assistenza o consulenza reso **ai fini dell'attuazione** del meccanismo.

Appare evidente come l'individuazione puntuale nel tempo del momento da cui far decorrere i termini per il *reporting* potrebbe rivelarsi alquanto difficoltoso e tradursi in un comportamento non omogeneo tra diversi operatori coinvolti nella medesima operazione (i.e., potrebbero essere ritenute applicabili tempistiche diverse a seconda del soggetto che "interpreta" la relativa norma). Le difficoltà operative sono ulteriormente aggravate se si pensa a quanto breve sia (30 giorni) il lasso di tempo entro il quale dovrà essere effettuata l'analisi e l'eventuale comunicazione DAC 6.

Per tali ragioni, appare opportuno che la circolare, nel testo definitivo, fornisca indicazioni volte a fissare con chiarezza il *dies a quo*, correlandolo per quanto possibile ad elementi distinguibili e che si pongano in prossimità dell'attuazione dello schema.

Questa esigenza di certezza appare a portata di mano, laddove il meccanismo riguardi un contribuente ammesso al regime di Adempimento Collaborativo. In tal caso, si propone di definire il momento in cui il meccanismo è finalizzato per la relativa attuazione, avendo riguardo alle meccaniche di **interlocazione preventiva** sui rischi fiscali, previste per i soggetti in *co-operative compliance*. In particolare, si ritiene utile prevedere nella circolare che, se il contribuente avvia l'interlocazione con l'Ufficio Adempimento Collaborativo, su un meccanismo transfrontaliero di cui **non** sia stata ancora **avviata l'attuazione**, il momento di **messaggio a disposizione** ai fini dell'attuazione (sia per il contribuente stesso, sia per i promotori partecipanti al meccanismo – terzi o interni al Gruppo) e quello di **completamento del servizio ai fini dell'attuazione** (per i fornitori di servizio partecipanti al meccanismo – terzi o interni al Gruppo) si intendano verificati al **termine delle interlocazioni** preventive con l'Agenzia delle entrate, come sancito dalla formalizzazione dei relativi esiti. Resta fermo che, se *medio tempore*, il contribuente abbia posto in essere il primo step di implementazione, da quel momento si intenderà verificato l'evento "avvio dell'attuazione", scatenante il decorso del termine per il contribuente e per il promotore, oltre che per il prestatore di servizi.

2 Profili oggettivi: il meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

2.1 Meccanismo

2.1.1 L'identificazione del meccanismo

Gli aspetti definatori rispetto alla nozione di meccanismo transfrontaliero sono trattati nel paragrafo 3.1 della Bozza. Come noto, il termine “meccanismo” non è espressamente definito dalla Direttiva. Lo scopo della Direttiva è infatti proprio quello di fornire un’accezione ampia al termine, di modo da comprendere in tale definizione ogni possibile schema, piano o accordo (sia esso legalmente vincolante o meno) e tutte le fasi e azioni alla base di tale meccanismo. Nell’incontro del settembre 2018 con gli Stati membri, nel contesto dei lavori del *Working Party IV*, la Commissione UE ha confermato tale approccio, precisando che l’ampia portata del termine è primariamente circoscritta attraverso gli hallmarks, cosicché la definizione di “meccanismo” è soddisfatta dal fatto che, nel caso specifico, lo schema ricomprenda uno o più hallmark.

L’unico riferimento contenuto nella Direttiva è che un *meccanismo* può includere anche una serie di meccanismi e che può comprendere più di una fase o parte. Il tema delle operazioni complesse non è espressamente trattato nell’ambito della bozza, anche se nella descrizione degli hallmark e degli esempi sono identificate le diverse fasi degli schemi oggetto di analisi. A nostro avviso sarebbe utile affrontare la questione nell’ambito della circolare al fine di meglio delimitare l’oggetto dell’analisi.

In ordine alle operazioni complesse, intendendosi come tali i meccanismi che comprendono una pluralità di parti o fasi distinte, suggeriamo di adottare una **visione olistica** della nozione di meccanismo¹⁵. A tale riguardo, più transazioni (anche realizzate in momenti diversi) sono da considerare in realtà come più fasi di un unico meccanismo (eventualmente riportabile), laddove i singoli passaggi siano legati da un possibile obiettivo comune¹⁶.

¹⁵ Posizione che vede sostanzialmente allineate le Guidelines di UK (“*It will generally be necessary to look at any arrangement holistically, rather than looking at an arrangement as a series of small steps or separate transactions*”), oltre che quelle di Irlanda, Germania, Francia e Olanda.

¹⁶ In realtà nell’ambito della bozza, seppure in relazione alla quantificazione del vantaggio fiscale, questo approccio di visione complessiva degli effetti del meccanismo pare accolto, sebbene per i soli casi in cui all’operazione partecipano imprese associate e limitatamente al perimetro delle operazioni tra le parti correlate. Il tema della valutazione del risparmio fiscale sarà ripreso nel seguito del presente documento, vale qui la pena di sottolineare che la predetta indicazione non sembra in linea con l’approccio sopra descritto, condiviso a livello unionale.

La visione olistica del meccanismo dovrà essere adottata in tutti i casi in cui le diverse fasi alla base del meccanismo siano necessarie per raggiungere lo scopo comune e ordinariamente non possano essere separabili dal meccanismo: una fase potrebbe essere qualificata come necessaria ove l'obiettivo del meccanismo nel complesso non sia raggiungibile senza tale fase.

In stretta connessione con questo canone interpretativo, ne segue che non rappresentano un meccanismo a sé stante, bensì sono ricomprese nel contesto dell'unico schema:

- I **flussi** sottesi all'esecuzione del meccanismo stesso, quali tipicamente i pagamenti periodici nel corso di un contratto di durata come gli interessi periodici su un finanziamento o le *royalties* su una licenza di marchio: in questo senso sembra orientarsi già la Bozza, che qualifica come non rilevanti i flussi di interessi legati ad un finanziamento (pag. 57).
- Le fasi di chiusura o **exit** di un'operazione complessa, ad esempio attraverso la cessione delle quote societarie oggetto di investimento o la restituzione del capitale oggetto di finanziamento¹⁷, nella misura in cui l'uscita dall'operazione sia naturale conseguenza della sua strutturazione.
- L'eventuale **rinnovo** di un meccanismo già in essere, salvo che con il rinnovo non siano introdotti cambiamenti sostanziali rispetto allo schema iniziale¹⁸.

L'approccio sopra descritto dovrebbe assumere rilevanza anche rispetto al **grandfathering** delle operazioni il cui primo step di implementazione è avvenuto prima del 25 giugno 2018 (per cui, a titolo di esempio, il rinnovo in vigore della Direttiva di un contratto stipulato ante 25 giugno 2018, in assenza di modifiche rilevanti, sarà coperto dal grandfathering).

Per contro ove sia un **singolo step** nel contesto di un'operazione complessa a produrre l'effetto rilevante rispetto alla DAC 6 e quel singolo step non sia necessario allo sviluppo della struttura nel suo complesso, il meccanismo sarà rappresentato da quel singolo passaggio. Avendo a riferimento l'esempio 13 della Bozza, che disegna un caso di detenzione delle quote di un fondo attraverso un veicolo non residente, il meccanismo sarà limitato all'inserimento del veicolo nella struttura, tenuto conto che l'investimento del fondo avrebbe potuto essere realizzato anche in assenza del veicolo per la detenzione delle quote. Occorrerà, quindi, valutare gli effetti del meccanismo in

¹⁷ In tal senso si esprimono le Guidelines dell'autorità fiscale irlandese: "*For instance, one arrangement could comprise: entering into a loan agreement; the advance of the loan, successive payments of interest on the loan and the repayment of the loan principal*" (par. 2.1, pag. 5).

¹⁸ Conformemente, le Guidelines inglesi prescrivono: "*Where there is a pre-existing arrangement which is extended, this would not normally be viewed as a new arrangement, unless there is some material change to the arrangement*" (IEIM630020).

termini di risparmio d'imposta e di vantaggi economici avendo quale riferimento lo specifico ruolo assunto nella struttura di investimento da parte del veicolo.

Appare utile, inoltre, disciplinare il caso di operazioni, in particolare nel contesto di gruppi multinazionali, che avvengono in **assenza della formalizzazione di un contratto**. Possono costituire un esempio le operazioni di compravendita, che avvengono sulla base della semplice trasmissione di un ordine d'acquisto. Per ragioni di semplificazione dell'analisi ed, eventualmente, di riduzione del numero dei report da trasmettere (in caso emerga l'obbligo di reporting) si ritiene utile chiarire nella circolare che in questi casi sarà il complessivo rapporto di fornitura a rappresentare il meccanismo e non i singoli ordini di acquisto, per cui si procederà ad un'unica comunicazione (afferente, al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 8, comma 1 del decreto legislativo DAC 6 o ordinariamente, il risparmio d'imposta complessivo) in luogo della trasmissione di una comunicazione in corrispondenza di ogni singolo ordine.

2.1.2 I meccanismi commerciabili

La Bozza contiene al paragrafo 1 la definizione di "MECCANISMO COMMERCIBILE": un meccanismo transfrontaliero che è suscettibile di essere messo a disposizione di una pluralità di contribuenti, senza sostanziali modifiche.

Successivamente, nell'ambito del commento all'hallmark A.3 (pag. 66), viene indicato che il requisito della **standardizzazione**, inteso come possibilità di applicare il meccanismo ripetutamente e senza sostanziali modifiche, è anche richiamato dall'articolo 2, comma 1, lettera g) dal decreto legislativo DAC 6 che definisce il concetto di "**meccanismo commerciabile**". Tale definizione è sostanzialmente equivalente a quella di "meccanismo standardizzato".

Si ritiene utile chiarire che non tutti i meccanismi connotati da sostanziale standardizzazione sono da considerarsi meccanismi commerciabili e, di conseguenza, devono soggiacere alla specifica procedura di reporting prevista per questi ultimi. In particolare, la categoria dei meccanismi commerciabili appare essere disegnata per gli intermediari (in specie ai **promotori**), che offrono il medesimo schema che produce vantaggi fiscali ad una pluralità di clienti. Questa caratteristica non appare rilevante rispetto alla posizione del contribuente e neppure in relazione al ruolo di intermediario che possa essere assunto dalle strutture centrali di gruppi di imprese, che non sviluppano un'offerta di prodotti fiscali per la clientela.

Appare, quindi, opportuno chiarire, nel testo finale della circolare, che non vi è una necessaria assimilazione tra la ricorrenza dell'hallmark A.3 e la qualificazione del meccanismo come commerciabile (costituendo, semmai, i meccanismi commerciabili un sottoinsieme dei

meccanismi standardizzati) e che le specifiche procedure di reporting previste per i meccanismi commerciabili sono rivolte unicamente agli intermediari diversi dalle funzioni centrali dei gruppi di imprese.

2.2 Transfrontalierità

Il “MECCANISMO TRANSFRONTALIERO” è uno schema, accordo o progetto riguardante l’Italia e una o più giurisdizioni estere.

Nell’ambito del paragrafo 3.1 della bozza (pag. 24) viene precisato che il meccanismo per essere rilevante deve riguardare l’Italia ed una o più giurisdizioni estere. Il riferimento all’Italia, in particolare, è da intendersi nel senso che almeno uno dei «*partecipanti*» (intermediario o contribuente), abbia un collegamento con il territorio nazionale ai sensi dell’articolo 2, comma 1, lettere c) (criteri di collegamento per l’intermediario) e d) (criteri di collegamento per il contribuente) del decreto legislativo.

Su questa base vengono sviluppati esempi volti a rappresentare la caratteristica di transfrontalierità del meccanismo. In particolare, l’esempio n. 2 qualifica come cross-border il meccanismo che vede intervenire un **intermediario non residente** ed un **contribuente italiano**.

Di qui l’opportunità di una migliore articolazione del requisito cross-border, che valorizzi in maniera più pregnante, insieme alla presenza di partecipanti italiani e non residenti, l’aggettivo **riguardante l’Italia e un Paese estero**, presente nella norma. Si ritiene, infatti, che la caratteristica di transfrontalierità del meccanismo debba emergere non soltanto rispetto ai partecipanti ma anche rispetto agli effetti fiscali. Il meccanismo riguarderebbe l’Italia ed una giurisdizione estera nella misura in cui produce effetti fiscali nelle due giurisdizioni coinvolte.

Diversamente si corre il rischio di sottoporre al vaglio della Direttiva, secondo lo schema proposto con l’esempio n. 2, un’operazione che impatta unicamente sulla fiscalità italiana per la sola presenza di un intermediario non residente (operazione che sembra al di fuori dell’ambito di interesse della Direttiva). Tra l’altro questa ipotesi di declinazione degli obblighi DAC 6 potrebbe generare un vulnus alla libera prestazione di servizi in Italia da parte di soggetti non residenti. Tornando all’esempio n. 2, infatti, il consulente lussemburghese si troverebbe in una posizione deteriore (i.e. obbligato DAC 6) rispetto ad un consulente italiano (che per un medesimo servizio di consulenza a cliente italiano non sarebbe obbligato alla comunicazione DAC 6).

2.3 Criterio della potenziale riduzione di imposta

In base all'articolo 6 del DM, i segni distintivi di categoria A, B, C ed E rilevano solo se suscettibili di determinare una **riduzione delle imposte**, cui si applica la Direttiva 2011/16/UE, dovute da un contribuente in un Paese dell'Unione europea o in **altre giurisdizioni estere** con le quali è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'articolo 6, comma 1 del medesimo decreto legislativo n. 100 del 2020.

Di fatto lo spettro di osservazione della DAC 6 viene per questa via limitato ai meccanismi che hanno un impatto sulla fiscalità delle **giurisdizioni dell'Unione europea** protette dalla Direttiva, mentre non assume alcuna rilevanza la riduzione di imposte dovute al di fuori di questo perimetro.

Il 30 dicembre 2020, il Governo inglese ha ristretto l'ambito di applicazione degli obblighi di comunicazione dei **meccanismi transfrontalieri** connotati da profili di potenziale elusione fiscale o di aggiramento dello scambio di informazione sui conti finanziari, che derivano dalla DAC 6.

In base alla formulazione dell'art. 5.2 dell'*Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra Unione europea e Regno Unito*, siglato il 24 dicembre 2020, la Gran Bretagna si è impegnata a non ridurre il livello di protezione previsto dalla normativa in vigore al termine del periodo transitorio, con riguardo, tra l'altro, ai *potenziali meccanismi transfrontalieri di pianificazione fiscale*. Tuttavia, poiché l'impegno è stato assunto con riferimento al **livello** garantito dalle norme e dai principi concordati in sede **OCSE**, il Governo inglese ha ritenuto l'obbligo circoscritto alla parte della DAC 6 che recepisce la *Model Legislation OCSE sulle Mandatory Disclosure Rules*, del 9 marzo 2018, rifluita negli hallmark di **categoria D** della Direttiva, a presidio dello scambio di informazioni sui conti finanziari.

Sulla base di questa interpretazione, le **regulations** del 30 dicembre 2020, adottate dal Tesoro inglese (SI 2020/1649), hanno modificato la previgente disciplina interna di recepimento della DAC 6 (SI 2020/25 e SI 2020/713), delimitando gli obblighi di comunicazione ai soli meccanismi rilevanti rispetto agli hallmark di categoria D e contestualmente eliminando gli obblighi di notifica di schemi di potenziale pianificazione fiscale aggressiva (connotati dagli hallmark di categoria A, B, C ed E della DAC 6).

Le *regulations* in commento sono **entrate in vigore** alla chiusura del periodo transitorio, ovvero dalle ore 23 del 31 dicembre 2020. L'Autorità fiscale inglese ha peraltro confermato che la modifica operi anche per gli obblighi di notifica maturati nel corso del periodo transitorio,

relativamente a meccanismi transfrontalieri del periodo di efficacia retrospettiva della DAC 6 (i.e. il cui primo step di implementazione è stato realizzato dal 25 giugno 2018 al 30 giugno 2020) e per quelli i cui obblighi di reporting siano sorti dal 1° luglio 2020 al 31 dicembre 2020. Poiché, infatti, gli adempimenti DAC 6, in Gran Bretagna come in Italia, erano stati differiti a causa del Covid 19, in conformità alla Direttiva europea n. 876 del 2020, e sarebbero sorti solo successivamente al termine del periodo transitorio, la modifica dell'ambito di operatività delle comunicazioni si applica anche alle transazioni riportabili sino al 31 dicembre 2020.

L'intervenuta modifica alla normativa inglese sulle *mandatory disclosure rules* determina (anche per il periodo di visione retrospettiva della DAC 6) possibili effetti in termini di perimetro degli obblighi di comunicazione di intermediari e contribuenti, in caso di operazioni con punti di contatto con il territorio britannico.

Si chiede in particolare di precisare, nel testo definitivo della circolare, che la potenziale **riduzione di imposte** dovute in **Gran Bretagna** non è rilevante ai fini del test previsto dall'articolo 6 del DM, in quanto il Regno Unito non è nè Paese UE nè Paese terzo con il quale sia stato sottoscritto un accordo di scambio di informazioni in linea con l'articolo 6 del decreto legislativo DAC 6. Da ultimo, è opportuno precisare che quanto detto vale anche per le operazioni con obbligo di comunicazione sorto prima del 31 dicembre 2020, in considerazione del fatto che il Regno Unito, come detto, in ogni caso non scambierà le informazioni neppure sui meccanismi transfrontalieri del periodo dal 25 giugno 2018 al 31 dicembre 2020.

2.4 Criterio del vantaggio principale

2.4.1 Premessa sul MBT

Il criterio del vantaggio principale (MBT nell'acronimo della Bozza) è trattato nel paragrafo 3.4 della Bozza e rappresenta uno dei passaggi, a nostro avviso, più complessi dell'intero documento. Di seguito saranno sviluppati alcuni specifici spunti rispetto alla Bozza: in termini generali, si ritiene necessario che la circolare compendi una più estesa e profonda spiegazione dei **principi** sottesi all'esercizio del test, in una con lo svolgimento dello stesso nell'ambito degli **esempi** da 9 a 21, riportati nella Bozza con riferimento agli hallmark, e dove invece, si legge che il MBT – ove applicabile – “*si assume verificato*”.

2.4.2 Policy intent carve out

Quale primo punto, si ritiene utile suggerire l'esclusione dal computo del test dei vantaggi derivanti dalla fruizione di un singolo regime fiscale di agevolazione previsto dall'ordinamento ed

al ricorrere delle condizioni previste dalla disposizione agevolativa (c.d. ***policy intent carve out***)¹⁹. Questa esclusione è attualmente prevista in relazione ai meccanismi rilevanti rispetto all'hallmark A.3, sulla base dell'articolo 8, comma 1, del DM, tuttavia questa disposizione potrebbe avere effetti limitati in mancanza di una estensione che interessi in termini più generali il vantaggio fiscale. In molte circostanze, infatti, le caratteristiche di standardizzazione che caratterizzano l'hallmark A.3 si accompagnano ad effetti fiscali rilevanti rispetto ad altri hallmark (per esempio la conversione del reddito di cui all'hallmark B.2), per cui la sola esclusione della ricorrenza dell'hallmark A.3 finirebbe per lasciare il meccanismo riportabile rispetto agli altri hallmark coinvolti.

Di converso, l'esclusione dei vantaggi che si pongono in linea con gli obiettivi di policy di specifiche disposizioni agevolative appare una semplificazione che non dovrebbe impoverire la valenza segnaletica degli obblighi di reporting. Da una parte, infatti, i singoli regimi di agevolazione pongono limitati problemi in termini di pianificazione fiscale aggressiva, dall'altra il rispetto delle condizioni previste dalla disposizione agevolativa dovrebbe mettere al sicuro dalla presenza di manovre elusive volte alla fruizione del regime. Analoghe considerazioni pare debbano essere estese alle normative di sistema - dunque tecnicamente non qualificabili come agevolazioni: è il caso, ad esempio, della *dividend exemption* a raccordo tra la fiscalità del socio e quella dell'entità partecipata.

Questa impostazione consentirebbe, peraltro, di escludere la rilevanza degli effetti fiscali prodotti da strumenti finanziari diffusi tra il pubblico degli investitori e produttivi di effetti potenzialmente rilevanti rispetto alla Direttiva in assenza di un reale pericolo. Citiamo a titolo di esempio gli investimenti in ***Collective Investment Vehicles*** (CIV)²⁰ quali i fondi comuni di investimento o gli investimenti in **strumenti quotati** (titoli, derivati, etc.). Una espressa esclusione della rilevanza di queste forme di investimento (in termini generali e non soltanto rispetto all'hallmark A.3) potrebbe sortire un consistente effetto di semplificazione dell'approccio agli obblighi imposti dalla Direttiva senza incidere sulla sua efficacia. Rispetto alla esclusione degli investimenti in

¹⁹ Le linee guida britanniche affermano il principio in negativo, prevedendo che il vantaggio fiscale rilevi “*where the obtaining of the tax advantage cannot reasonably be regarded as consistent with the principles on which the relevant provisions that are relevant to the reportable cross border mechanism are based and the policy objectives of those provisions*” (IEIM641020).

²⁰ Sulla base del Commentario al *Model Tax Convention on Income and on Capital*, commento all'articolo 1, paragrafo 22, “*the term CIV is limited to funds that are widely-held, hold a diversified portfolio of securities and are subject to investor-protection regulation in the country in which they are established*”.

fondi destinati ad una pluralità di investitori si pronunciano le Guidelines francesi, seppure limitatamente alla ricorrenza dell'hallmark A.3²¹.

2.4.3 Meccanica del MBT

In merito alla meccanica del MBT, il comma 2, del citato articolo 7 del DM dispone che il criterio del vantaggio principale «ricorre quando il vantaggio fiscale relativo alle imposte cui si applica la Direttiva 2011/16/UE derivabile dall'attuazione di uno o più meccanismi transfrontalieri e conseguibile da uno o più contribuenti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d), del decreto legislativo 30 luglio 2020, n. 100 è superiore al cinquanta per cento della somma del suddetto vantaggio fiscale e dei vantaggi extrafiscali».

A pagina 35 della Bozza viene indicato che il riferimento contenuto nel comma 2 dell'art. 7 ai contribuenti di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) del decreto legislativo DAC 6 limita i vantaggi fiscali rilevanti a quelli **conseguiti in Italia**. Questa conclusione appare fondata sull'art. 2, comma 1, lett. d) del decreto Legislativo DAC 6 che individua i contribuenti che hanno l'obbligo di comunicazione in Italia, in ragione della presenza di un collegamento con il territorio dello Stato (in termini, alternativamente, di residenza fiscale, stabile organizzazione, fonte del reddito o attività svolta nel nostro Paese).

L'espressione quantitativa del vantaggio (sia fiscale che extra fiscale) pare ispirata da meritevoli intenti di oggettivizzazione nell'esercizio del test.

In questa logica, si chiede di chiarire che non assume rilevanza il beneficio fiscale ottenuto fuori dall'Italia come, per esempio, i vantaggi ottenuti nel Paese di stabilimento da parte di una **stabile organizzazione** all'estero di un soggetto italiano. In questo caso, infatti, il meccanismo non produrrà una riduzione delle imposte dovute in Italia, sia che per eliminare la doppia imposizione venga adottato il sistema del credito o il sistema dell'esenzione. Analogamente non assumerà rilevanza la minore applicazione di **ritenute estere** che vede come sostituito un soggetto residente in Italia.

Il secondo punto fissato dal comma 2 dell'art. 7 del DM è la misurazione del vantaggio in termini numerici, con la frazione di seguito riportata:

²¹ BOI-CF-CPF-30-40-30-10, par. 130: *La souscription à un fonds destiné à une large pluralité d'investisseurs n'est a priori pas déclarable au titre du marqueur A.3, dès lors que:*

- *l'obtention d'un avantage fiscal principal n'est pas, en principe, l'objectif principal du fonds ;*
- *et qu'il n'est pas lui-même structuré via l'utilisation d'un dispositif transfrontière répondant aux caractéristiques des marqueurs prévus par l'article 1649 AH du CGI.*

$$\frac{\text{Vantaggio fiscale}}{\text{Vantaggio fiscale} + \text{Vantaggio extrafiscale}} > 50\%$$

Il comma 3 dell'articolo 7 del DM, dispone che «*il vantaggio fiscale di cui al comma 2 si calcola come differenza tra le imposte da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi*».

Nella Bozza viene specificato che la riduzione di imposta (determinata rispetto allo scenario di non attuazione del meccanismo) debba essere determinata con riferimento agli **effetti fiscali complessivi** prodotti dal meccanismo stesso. Nella Bozza viene riportato un passaggio della relazione illustrativa al DM, in cui viene precisato che «*il vantaggio fiscale si calcola tenuto conto delle imposte dovute in Italia e di quelle dovute negli altri Paesi dell'Unione europea, nonché in altre giurisdizioni estere con le quali vige uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'articolo 6, comma 1 del decreto legislativo*»²².

Riteniamo utile che queste indicazioni trovino una declinazione operativa nell'ambito della versione definitiva della circolare, attraverso il puntuale riscontro negli esempi prodotti dal documento di prassi in commento.

Preliminarmente si ritiene che debbano assumere rilevanza ai fini del test le imposte anche se dovute in **giurisdizioni non UE** e che non hanno siglato un accordo per lo scambio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri riportabili. La parziale inclusione delle imposte estere, infatti, non permetterebbe di apprezzare i complessivi effetti fiscali del meccanismo. Semmai potrebbero restare escluse unicamente le imposte pagate in giurisdizioni che non scambiano le informazioni con l'Italia - nel contesto dello scambio di informazioni su richiesta in ambito fiscale - in ragione dell'impossibilità di verificare (a posteriori) la correttezza delle somme prese a base per la valutazione del test.

Analogamente si chiede quale sia il rationale per cui, nell'ambito dell'esempio n. 7, le imposte (idealmente) dovute dal soggetto estero assumerebbero rilevanza unicamente ove quest'ultimo rappresenti un'**impresa associata** del contribuente collegato con l'Italia. Posto che questa limitazione non sembra in linea con la richiamata indicazione della relazione illustrativa al DM, che fa genericamente riferimento alle imposte dovute, senza selezionare i soggetti incisi, si ritiene opportuno rappresentare che questa impostazione rischia di determinare il superamento del test per operazioni che non determinano affatto un beneficio fiscale complessivo.

²² Si precisa che la relazione al DM citata nella bozza di circolare non risulta ad oggi pubblicamente disponibile.

Occorre, inoltre, una compiuta definizione di cosa si intenda **imposte dovute**, avendo a mente le situazioni in cui l'operazione non produce un debito d'imposta in ragione, per esempio, della presenza di una **perdita** di gestione o dell'utilizzo di **perdite pregresse** ad abbattimento del reddito di periodo o di meccanismi di **consolidamento** degli imponibili. In altre parole, occorre chiarire se si intendono le imposte effettivamente dovute ovvero le imposte figurativamente calcolate sulla riduzione di imponibile. In quest'ultimo caso il vantaggio fiscale emergerebbe, ad esempio, anche in presenza di costi deducibili che aumentano le perdite di periodo. Sarebbe addirittura ipotizzabile un calcolo delle imposte dovute, che tenga conto unicamente dei componenti positivi e negativi di reddito prodotti dal meccanismo. Questa, in verità, sembra essere la scelta che emerge dalla lettura dell'esempio n. 7 della bozza, nell'ambito del quale assumono rilevanza le imposte calcolate sui ricavi del fornitore non residente (B Co), seppure quest'ultimo - per costruzione dell'esempio - ceda i beni al costo di produzione e, di conseguenza, non consegua un reddito imponibile dall'operazione di cessione. Si chiede di chiarire in termini generali quale debba essere la lettura sullo specifico punto. Vale la pena di valutare se, in alternativa, il risparmio d'imposta non vada letto sul **reddito** che, in caso di reddito che, in caso di reddito di impresa è una grandezza netta da determinare come differenza ricavi e costi di produzione dello stesso reddito.

L'approccio quantitativo richiede, inoltre, l'identificazione dell'**orizzonte temporale** di riferimento per il calcolo degli effetti fiscali (ma anche extra fiscali) del meccanismo. Il tema assume rilevanza non soltanto rispetto alla verifica del test ma anche in caso di reporting, tenuto conto che il valore del meccanismo è definito in termini di risparmio fiscale prodotto dal meccanismo.

Il tema delle imposte dovute assume contorni problematici in presenza di meccanismi che producono effetti favorevoli sulla tassazione di **componenti positivi** di reddito. In questi casi il calcolo non ha come base il risparmio fiscale derivante dalla deduzione di costi ma la minore incidenza dell'imposizione su un componente reddituale positivo. Si ritiene utile che anche questa fattispecie sia esplicitamente trattata nell'ambito della versione definitiva della circolare, prendendo spunto dall'esempio n. 13, elaborato nel contesto dell'hallmark B.2. Sotto il profilo dell'esercizio del test, una possibile soluzione è il confronto delle imposte dovute in assenza del meccanismo con le (minori) imposte determinate dall'implementazione dello schema di investimento. Questo esercizio porterà a identificare un risparmio in termini percentuali (nell'esempio n. 13, la tassazione del 5% dell'imponibile in luogo della tassazione piena, con un conseguente risparmio in termini di imposizione). Per giungere alla quantificazione in termini assoluti del risparmio, tuttavia, occorre avere il dato del rendimento dell'investimento, non noto

al momento dell'implementazione dell'investimento. Si chiede di chiarire come si debba procedere in questi casi (per esempio con una stima ex ante dei rendimenti) e, ove emerga un obbligo di reporting, quale sia il valore del meccanismo da indicare nella comunicazione (sul tema si rimanda al Paragrafo 3 del presente documento).

Per quanto attiene al calcolo del vantaggio fiscale nel contesto dell'esempio n. 6, la rilevanza del **dividendo** appare poco chiara. In primis la perfetta associazione tra il dividendo distribuito ed il frutto di una specifica operazione appare un caso di scuola, difficilmente riscontrabile nella realtà. Inoltre, la tassazione del 5% del dividendo nel sistema fiscale italiano rappresenta il contraltare della deducibilità dei costi di gestione della partecipazione, per cui idealmente dividendo e costi di gestione della partecipazione dovrebbero produrre un risultato fiscale nullo.

In merito, inoltre, si sottolinea che dall'analisi di tale esempio 6 emerge che l'imposta dovuta **in assenza del meccanismo** vada assunta pari a zero (implicando che non sia necessario determinare l'imposta dovuta sulla base di un'operazione alternativa al meccanismo stesso)²³.

Rispetto agli esempi appare utile, nella versione definitiva della circolare, specificare i motivi dell'esclusione dell'**IRAP** nel calcolo delle imposte dovute (ovvero la sua inclusione)²⁴.

2.4.4 Misurazione del vantaggio fiscale e del vantaggio extra fiscale

Nella bozza viene spiegato che l'impostazione numerica del test richiede che assumano rilevanza unicamente i vantaggi extra fiscali **quantificabili**. Premesso che anche rispetto ai vantaggi extra fiscali si pongono importanti problemi legati alla stima di valori economici futuri e presumibilmente incerti, che rischiano di rendere opinabile il risultato del test, appare opportuno un chiarimento sul perimetro di osservazione dei predetti vantaggi.

La bozza non contiene un'affermazione di principio sul punto, tuttavia nell'ambito degli esempi nn. 6 e 7 i vantaggi presi in considerazione paiono unicamente quelli **ottenuti in Italia**. Si chiede di chiarire se questa sia la lettura corretta e, eventualmente, quale sia il rationale di questa decisione, posto che, rispetto alla determinazione del vantaggio fiscale, le imposte prodotte all'estero dal meccanismo dovrebbero, al contrario, assumere rilevanza (essendo ricomprese nella valutazione degli effetti fiscali complessivi del meccanismo).

²³ In forza dell'articolo 7, comma 3, del DM, «*il vantaggio fiscale di cui al comma 2 si calcola come differenza tra le imposte da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi*».

²⁴ Nella Bozza si legge che le imposte rilevanti a fini del MBT sono, tra l'altro, IRES e IRAP (pagina 32). Nello sviluppo degli esempi n. 7 e n. 6, per contro, il calcolo è svolto considerando solo l'IRES. Si annota che sarebbe opportuno un chiarimento a riguardo della rilevanza delle addizionali IRES previste nell'ordinamento tributario italiano.

Con specifico riferimento all'esempio n. 6, chiediamo una conferma circa i presupposti per ritenere l'operazione circolare. Nello schema proposto, ITA Co effettua un conferimento a favore della controllata estera B Co, che retrocede l'80% della somma ricevuta sotto forma di finanziamento ed investe in titoli la residua quota del 20%. L'esempio viene sviluppato prendendo in considerazione gli effetti fiscali della deduzione degli interessi passivi sul finanziamento in Italia e la tassazione del dividendo distribuito da B Co. Non appaiono chiari i motivi per cui il dividendo potenzialmente distribuito viene compreso nel conteggio (peraltro per la sua interezza, derivante dai proventi del finanziamento e dell'investimento in titoli). L'operazione sembra avere caratteristiche di circolarità limitatamente all'80% delle somme conferite, mentre l'investimento effettuato da B Co avviene verso soggetti terzi. Quindi l'analisi, a nostro avviso, avrebbe dovuto essere limitata agli effetti economici e fiscali dell'80% retrocesso²⁵.

Per quanto attiene alla rilevanza del dividendo rispetto agli utili prodotti dall'operazione, si chiede di chiarire in quale misura vada postulata sotto il profilo del calcolo del vantaggio extra-fiscale. A nostro avviso appare più semplice non prendere in considerazione il dividendo sotto il profilo degli effetti economici e degli effetti fiscali (si veda, in proposito, anche quanto indicato al paragrafo precedente). Peraltro, ove vengano presi in considerazione i benefici economici ottenuti dai soggetti non residenti, il dividendo potrebbe duplicarne gli effetti.

Infine si chiede di esplicitare come debbano essere calcolate *“le imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi”* come richiesto dal co. 3 dell'articolo 7 del DM. In particolare negli esempi 6 e 7 pare che tali imposte (ossia quelle dovute in assenza del meccanismo) siano sempre assunte pari a zero.

2.4.5 Casistica nell'esercizio del MBT

Nella declinazione dei principi che guidano l'esercizio del test sembrano emergere diverse modalità di effettuazione del calcolo in ragione degli effetti del meccanismo. Se questa impostazione verrà confermata, si chiede una puntuale individuazione delle diverse modalità di calcolo nella versione definitiva della circolare.

Sembra si possano individuare i casi seguenti che dovrebbero essere opportunamente chiariti in circolare:

²⁵ Appare appena il caso di rilevare che la distribuzione del dividendo, diversamente dal finanziamento, non dovrebbe assumere rilevanza rispetto alle caratteristiche di circolarità dell'operazione, salvo voler considerare ogni conferimento di capitale come un'operazione potenzialmente circolare in ragione del futuro ritorno dei fondi al conferente nella forma di distribuzioni di utili.

- **Costi deducibili** in Italia, rilevanti rispetto all'hallmark C.1. Il criterio sembra essere rappresentato dall'analisi del vantaggio ottenuto attraverso l'acquisto in termini di minore costo di acquisto (in diretta connessione con il minore prezzo pagato)²⁶. Per l'ipotesi di impossibilità di acquisire il prodotto o servizio presso altri fornitori, che la Bozza considera tra gli elementi rilevanti *nella misura in cui determinano vantaggi economici*, sempre da quanto si legge nella Bozza ciò che rileva è *“l'impatto concreto in termini di (omissis) incremento dei ricavi attesi”*: il vantaggio economico dovrebbe quindi essere rappresentato dal flusso dei ricavi generato dai costi in esame sotto l'hallmark C.1.
- Utilizzo di **perdite** (in particolare hallmark B.1) - Caso non affrontato nella bozza. Tenuto conto che l'hallmark richiede una discontinuità nell'attività svolta dal soggetto acquisito portatore delle perdite, il test vedrà da una parte i benefici in termini di minore tassazione derivanti dall'utilizzo delle perdite e dall'altra i vantaggi extra fiscali prodotti dall'acquisizione della società, che potranno essere rappresentati, per esempio, dai benefici derivanti dall'utilizzo degli asset della società acquisita diversi dalle perdite fiscali.
- Tassazione agevolata di **componenti positivi** di reddito (effetto tipico ma non esclusivo dell'hallmark B.2) - Caso non affrontato nella bozza. Appare fondamentale in questo contesto la corretta identificazione del meccanismo (in particolare ove possa essere identificato in singoli step separabili in uno schema di investimento che producono il beneficio fiscale). In ogni caso il test dovrà basarsi sul risparmio d'imposta prodotto dal meccanismo sul componente positivo, identificando in parallelo i vantaggi di natura extra fiscale prodotti dal meccanismo stesso.
- Operazioni **circolari** (hallmark B.3). Il caso è riconducibile all'esempio n. 6, rispetto al quale sono già state sviluppate specifiche osservazioni. In sintesi, sembra potersi assumere quale vantaggio fiscale la deduzione di costi derivanti dall'operazione circolare, andranno poi identificati eventuali vantaggi di natura extra fiscale.
- **Altre** operazioni (per esempio sugli hallmark di categoria A). Occorrerebbe comunque fornire le linee guida di ordine generale per gestire casi, eventualmente complessi, non rientranti negli schemi tratteggiati in precedenza.

²⁶ In proposito segnaliamo che, in base alle indicazioni dell'Annex A alla Direttiva, ove viene indicato per tutte le fattispecie previste dall'hallmark C.1 (alcune delle quali non richiedono il superamento del MBT) che la mera ricorrenza della fattispecie non è sufficiente ad integrare l'hallmark, sarebbe a nostro avviso opportuno ipotizzare la ricorrenza dell'hallmark in presenza di un prezzo superiore a quello di mercato, mentre l'impostazione proposta nella bozza assume l'hallmark (e il MBT) integrato in presenza di un prezzo in linea con quello di mercato, non individuandosi un vantaggio economico in termini di risparmio sul prezzo di acquisto.

3 Informazioni da comunicare

3.1 Valore dell'operazione

Il tema delle informazioni da comunicare in caso di *reporting* è trattato nell'ambito del paragrafo 4.2 della Bozza (Elementi oggetto di comunicazione). In relazione al valore del meccanismo, sulla base dell'articolo 2, comma 1, lett. c) del DM, la Bozza indica che per gli hallmark di categoria A, B, C ed E, il valore da dichiarare è dato dal **vantaggio fiscale** derivabile dal meccanismo transfrontaliero, determinato ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del DM, ossia la differenza tra le imposte da assolvere sulla base del meccanismo dichiarato e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza dello stesso.

La Bozza precisa ulteriormente che, nelle ipotesi di meccanismi soggetti alla verifica del vantaggio principale (MBT), di cui all'articolo 7, comma 2, del decreto ministeriale, il vantaggio fiscale da comunicare è quello utilizzato ai fini di detta verifica.

Preliminarmente si chiede un chiarimento rispetto al valore da indicare in presenza di meccanismi che spiegano i propri effetti su **più periodi d'imposta** (si consideri, ad esempio, un finanziamento a medio / lungo termine, ma il tema potrebbe porsi in maniera più complessa anche in presenza di operazioni di riorganizzazione). In particolare occorre chiarire quale sia l'orizzonte temporale di riferimento su cui determinare il predetto valore.

Riprendendo quanto anticipato nell'ambito del paragrafo 2.4, dedicato al criterio del vantaggio principale, occorre definire le modalità di determinazione del valore in caso di operazioni che non consentono un calcolo meccanicistico del vantaggio fiscale a priori, in ragione della **variabilità del vantaggio** per il suo collegamento con i risultati economici futuri di una determinata operazione (non determinabili ex ante). Si chiede, in particolare, se si debba comunque operare una stima ovvero se si possa fare riferimento a criteri alternativi (eventualmente da identificare nell'ambito della versione definitiva della circolare).

Inoltre si sottolinea che la descritta impostazione parrebbe imporre di calcolare l'importo previsto dall'articolo 7, comma 3 (dedicato al "vantaggio fiscale principale") per tutti gli hallmark²⁷ (e non solo per quelli per cui è previsto il MBT) con ciò imponendo un complesso onere di compliance aggiuntivo.

²⁷ Diversi da quelli previsti dalla lettera D, salvo che per l'hallmark D.2 in caso di attività e redditi non finanziari.

Ciò considerato si ritiene utile una precisazione rispetto al valore da indicare in caso di ricorrenza di **hallmark** fiscali **non soggetti al MBT**. In particolare si chiede conferma delle modalità di determinazione del valore di seguito elencate rispetto ai singoli hallmark.

- C.1.a/C.1.b.ii Risparmio d'imposta calcolato sull'importo dei costi deducibili (senza attivare un meccanismo di calcolo complesso quale quello previsto per il riscontro del MBT).
- C.2 Ammontare della quota di ammortamento (o della perdita - secondo l'impostazione estensiva della Bozza) che è oggetto di duplicazione della deduzione, prendendo a riferimento un singolo periodo d'imposta.
- C.3 Ammontare del rimedio contro la doppia imposizione oggetto di duplicazione, prendendo a riferimento l'intera durata del meccanismo che genera la duplicazione.
- C.4 Differenza tra l'importo dovuto come corrispettivo nelle giurisdizioni interessate e il valore di mercato degli attivi trasferiti.
- E.1 Ammontare dei componenti positivi o negativi che sono oggetto dell'applicazione del *safe harbour*.
- E.2 Valore di mercato dell'HTVI o dei diritti di utilizzo, come determinato nel contesto del trasferimento.
- E.3 Valore di mercato degli asset / funzioni / rischi trasferiti, come determinato nel contesto del trasferimento.

Sarebbe, infine, opportuno fornire puntuali indicazioni rispetto ai meccanismi transfrontalieri potenzialmente rilevanti ai fini degli hallmark di **categoria D**. In particolare:

Conti finanziari Per un meccanismo rilevante rispetto all'hallmark D.1, l'importo da indicare ai fini della segnalazione DAC 6 è il valore dei conti finanziari determinato ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto ministeriale del 28 dicembre 2015 (decreto CRS). La medesima informativa deve essere data con riferimento ai meccanismi di cui all'hallmark D.2, qualora l'asset occultato sia un conto finanziario. L'articolo 3, comma 1 del decreto CRS richiede la comunicazione di saldo/valore del conto alla **fine del pertinente anno**

solare (ovvero, se il conto è stato chiuso nel corso di tale anno o periodo, la chiusura del conto). Andrebbe, quindi, individuato il momento rilevante per la determinazione del valore, tenuto conto che appare percorribile la via di assumere a riferimento il 31.12 dell'anno precedente alla segnalazione ai fini DAC 6.

Asset diversi

Per le attività e i redditi di natura non finanziaria, il valore da dichiarare è dato dal vantaggio fiscale derivabile dal meccanismo transfrontaliero, determinato ai sensi dell'articolo 7, comma 3 del DM, ossia la differenza tra le imposte da assolvere sulla base del meccanismo dichiarato e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza dello stesso. Non è chiaro come si possa calcolare il vantaggio fiscale di una struttura offshore opaca, per cui si ritiene utile che la circolare fornisca delle indicazioni operative, esemplificando le modalità di determinazione del valore da indicare con riguardo agli schemi rappresentati a riguardo dell'hallmark D.2 nell'allegato A del DM e riprodotti nella bozza di circolare (pagina 108-109).

4 Aspetti sanzionatori

4.1 Obiettive condizioni di incertezza

A riguardo del regime sanzionatorio, si apprezza la posizione della Bozza nel precisare sia l'applicazione del cumulo giuridico, sia nel prevedere l'accesso all'istituto del ravvedimento operoso, oltre alla esclusione dell'applicabilità delle sanzioni accessorie.

Si ritiene tuttavia necessario proporre una presa di posizione dell'Agenzia delle entrate sul ricorrere, per i primi adempimenti, delle obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della normativa DAC 6²⁸, quanto meno con riferimento al **reporting** previsto per il **30 gennaio 2021**, con riguardo alle comunicazioni il cui obbligo sia sorto a decorrere dal 1° luglio 2020 e sino al 31 dicembre 2020, e per quello del **28 febbraio 2021**, relativo al magazzino delle operazioni del periodo di efficacia retrospettiva della normativa che riguarda gli schemi il cui primo step di implementazione sia occorso tra il 25 giugno 2018 e il 30 giugno 2020.

In un contesto normativo di recepimento della DAC 6 nel diritto interno che si è andato consolidando solo con il decreto legislativo del 30 luglio 2020 e con il DM del 17 novembre 2020, ci ritroviamo a pochi giorni dall'adempimento del 30 gennaio, quando i chiarimenti interpretativi dell'Amministrazione finanziaria non sono ancora consolidati. La Bozza è stata posta in consultazione pubblica il 28 dicembre 2020 e il relativo termine per le proposte di modifica e integrazione scade il 15 gennaio 2021, a due settimane dal termine per l'adempimento. Ci aspettiamo che numerosi e approfonditi contributi perverranno da parte di tutti gli stakeholder e che la relativa e meditata analisi da parte dell'Agenzia delle entrate comporterà lo scivolamento del rilascio delle istruzioni di prassi oltre la scadenza.

A quanto sopra si aggiunga che, anche laddove le indicazioni interpretative dovessero pervenire entro la scadenza del 28 febbraio prossimo, la rilettura del magazzino delle operazioni, alla luce dei sopravvenuti chiarimenti, non potrà consentire il rispetto del termine così ravvicinato per gli adempimenti.

In conformità alla posizione presa dalla Germania, si ritiene pertanto necessario prevedere, *erga omnes*, in circolare, la **disapplicazione** delle sanzioni amministrative, quanto meno per gli

²⁸ Il riferimento è all'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, ed al combinato disposto degli articoli 5, comma 2, e 10, comma 3, della legge 27 luglio 2000, n. 212.

adempimenti del 30 gennaio e 28 febbraio prossimi, oltre che per quelli che *medio tempore* matureranno in tale intervallo di tempo.

In subordine, si chiede di fornire un **termine** entro il quale le comunicazioni tardive rispetto alla scadenza non siano soggette all'applicazione delle sanzioni. In questo modo intermediari e contribuenti avrebbero un tempo sufficiente per completare il processo di comprensione delle linee guida in corso di definizione e l'adeguamento dei propri processi e sistemi interni..

4.2 Intermediari enti privi di personalità giuridica

Secondo quanto riportato nella Bozza, a pagina 58, le sanzioni per le violazioni della normativa DAC 6 sono a carico della **persona fisica che ha assunto la responsabilità del mandato** verso il (cliente) partecipante al meccanismo DAC 6, laddove i professionisti siano inquadrati in realtà organizzative complesse, prive di personalità giuridica, quali le associazioni professionali. La soluzione interpretativa appare connessa a quella che, nella stessa Bozza e poche pagine prima (pag. 44), identifica nel medesimo soggetto persona fisica che ha la responsabilità del mandato professionale il centro di imputazione degli obblighi DAC 6.

A riguardo, si ritiene necessario segnalare come la compliance alla normativa DAC 6, in realtà complesse come lo scrivente Studio, non può essere assolta autonomamente dal singolo professionista: al fine di assicurare il rispetto della disciplina in commento, è stato necessario dotarsi di un set di regole interne, processi e procedure informatiche, che consentano di governare l'ordinato monitoraggio dei mandati professionali, alla luce dei filtri di analisi DAC 6. Gli stessi adempimenti di predisposizione e invio delle comunicazioni all'Agenzia delle entrate saranno gestiti centralmente dallo Studio.

Che lo Studio rappresenti un centro di imputazione giuridica degli obblighi DAC 6 pare perfettamente in linea sia con l'apparato definitorio della Direttiva, sia con le indicazioni del Modello OCSE. Da una parte, nella DAC 6 per intermediario si intende qualsiasi "**persona**" che svolga una delle attività qualificanti il ruolo di promotore o prestatore di servizi. Per altro verso, l'apparato definitorio della normativa sullo scambio di informazioni tra autorità fiscali nell'ambito dell'Unione europea, in cui si incastona la disciplina in commento, identifica come *persona* "*qualsiasi altro istituto giuridico di qualunque natura e forma, dotato o meno di personalità giuridica, che possiede o gestisce beni che, compreso il reddito da essi derivato, sono soggetti a*

una delle imposte di cui alla presente direttiva”²⁹. Ne segue che uno **Studio professionale**, pur privo di personalità giuridica, è un **intermediario** a fini DAC 6, come tale soggetto agli obblighi di analisi ed eventuale reporting prescritti dalla disciplina in commento.

D’altro canto, lo stesso **Commentario** al Modello OCSE precisa che gli **obblighi** delle *mandatory disclosure rules* e le **sanzioni** comminate in caso di relativa violazione debbano ricadere sulle entità, per quanto – come precisato nella stessa Bozza a pagina 20 – lo standard di conoscenza e comprensione vada misurato sulle persone che operano per conto dell’entità, in qualità di dipendenti e collaboratori³⁰.

Non pare peraltro di riscontrare alcun fondamento per una diversa interpretazione, che finisca per discriminare, a tal riguardo, intermediari costituiti in forma di associazione professionale priva di personalità giuridica (che non sarebbero obbligati a fini DAC 6) e Società tra professionisti (che invece lo sarebbero).

Per quanto detto, pare necessario precisare, nella versione finale della circolare, che gli obblighi di reporting DAC 6 incombono sulla realtà organizzativa complessa, ancorché priva di personalità giuridica, quale una associazione tra professionisti, che rappresenta altresì il centro di imputazione giuridica delle pertinenti sanzioni, in caso di violazione degli obblighi DAC 6 mentre la violazione non è imputabile ai singoli professionisti³¹.

4.3 Over reporting

Considerato il tenore letterale della norma sanzionatoria contenuta nel decreto legislativo DAC 6, che prevede la reazione dell’ordinamento a fronte della **omessa** comunicazione (articolo 12, co. 1) e dei casi di **incompleta o inesatta** comunicazione (articolo 12, co. 2), si ritiene che l’eventuale notifica di un meccanismo in assenza di una o più delle condizioni soggettive ed oggettive previste per l’insorgere dell’obbligo di comunicazione, non integri una violazione punibile a termini di legge.

²⁹ Articolo 3, par. 11, lett. d), della Direttiva 2011/16 del 15 febbraio 2011 (DAC), di cui la DAC 6 rappresenta una modifica. La norma interna di recepimento reca la medesima definizione (articolo 2, comma 1, lett. h), n. 3, decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 29).

³⁰ Commentario al Modello OCSE, par. 43: “*The knowledge and actions of an Intermediary include those of their employees acting in the course of their employment, as well as contractors working for an employer, and the disclosure obligation and the penalties for a failure to disclose are imposed on that employer*”.

³¹ Neppure a titolo di concorso nella violazione: per quanto detto, l’obbligo di reporting incombe sull’associazione professionale, così che la relativa violazione è ad essa ascrivibile; diversamente, i singoli professionisti non sono il centro di imputazione dell’obbligo, dunque non sono sanzionabili in concorso. Il riferimento è all’articolo 9 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, a termini del quale “*quando più persone concorrono in una violazione, ciascuna di esse soggiace alla sanzione per questa disposta*”. In conformità con quanto previsto dal Commentario al Modello OCSE, par. 43, come sopra citato.

Quanto sopra appare vieppiù evidente, in considerazione del fatto che la stessa definizione dei presupposti soggettivi ed oggettivi per il reporting DAC 6 non è agevole, ragione per cui ben può risultare complesso il puntuale riscontro da parte di intermediari e contribuenti.

In considerazione di quanto sopra, si ritiene utile suggerire una espressa presa di posizione, in circolare, nel senso che i casi di ***over reporting*** non rappresentano violazioni sanzionabili.

5 Hallmark fiscali

5.1 A.1 - Condizione di riservatezza

Nella definizione dell'hallmark A.1 contenuta nell'allegato 1 al decreto legislativo DAC 6, ricorre l'elemento distintivo quando il **contribuente** pertinente o un **partecipante** al meccanismo si impegnino 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**.

Nell'impianto definitivo contenuto nell'articolo 1 del DM, si fornisce una nozione di *condizione di riservatezza*, quale clausola che vincola contrattualmente l'intermediario o il contribuente a non divulgare a **terzi** uno o più elementi del meccanismo commerciabile o su misura. Ad avviso di chi scrive, il riferimento generico ai **terzi**, contenuto nel DM, trae origine dalla natura di definizione generale ed astratta della condizione di riservatezza che lo stesso decreto ha inteso offrire: per identificare puntualmente i terzi cui è diretta la previsione dell'hallmark A.1, occorre leggere il testo dell'elemento distintivo che, come detto, circoscrive i destinatari delle clausole in commento ad **altri intermediari o autorità fiscali**. Come d'altronde la riservatezza va unita ad un vantaggio fiscale connesso al meccanismo, sempre combinando il dato testuale della definizione di condizione di riservatezza, contenuta nel DM, con l'elemento distintivo riportato nel decreto legislativo DAC 6.

Nella Bozza, tuttavia, si legge una formulazione che pare ampliare l'ambito di applicazione dell'hallmark A.1, prevedendo, a pagina 63, che *“assumeranno rilevanza, peraltro, anche le clausole di riservatezza a carattere generale, in cui non sono menzionati i destinatari della clausola, rivolte alla totalità dei soggetti terzi rispetto all'accordo”*. Al fine di ricondurre la rilevanza delle clausole in commento al caso in cui queste spieghino effetti verso altri intermediari e/o autorità fiscali e con riguardo al vantaggio fiscale, in linea con il testo dell'hallmark, si ritiene opportuno precisare, nella circolare in versione definitiva, come le medesime **clausole generali** non integrino in ogni caso l'hallmark A.1 se:

- i) non sono correlate al vantaggio fiscale insito nel meccanismo;
- ii) o, in ogni caso, sono accompagnate dalla contestuale previsione che la clausola medesima non intende in alcun modo imporre al Cliente o ad altro eventuale partecipante al meccanismo DAC 6 un divieto a poter liberamente comunicare alle

autorità fiscali competenti o ad altri intermediari le modalità con cui il meccanismo potrebbe garantire un vantaggio fiscale.

5.2 B.2 - Conversione del reddito

5.2.1 Scelte di investimento

L'ampiezza della formulazione dell'hallmark B.2 rende, a nostro avviso, necessaria una considerazione generale, che non trova riscontro nella Bozza, rispetto all'esame della casistica rilevante per questo elemento distintivo.

In coerenza e continuità di pensiero con l'interpretazione sopra riportata a riguardo del c.d. *policy intent carve out*, si intende che, di per sé, non integri la "conversione" del reddito, intercettata dall'hallmark B.2, la **scelta di investimento**, tra impieghi tra loro alternativi, anche previo disinvestimento, laddove, in capo all'investitore, sia differente il trattamento fiscale tra le diverse tipologie di investimento valutate (o valutabili) in sede di scelta.

A titolo di esempio, non integrano l'hallmark B.2 le seguenti ipotesi:

- a. Cedere titoli soggetti a un dato regime fiscale per l'investitore, per acquistarne altri con regime di tassazione più mite (ad esempio: titoli di Stato);
- b. Switch tra fondi a distribuzione e fondi ad accumulo (beneficiando di deferral nel trattamento fiscale);
- c. Scelta tra un prodotto assicurativo (tassazione differita ed eventualmente differenziata) e un investimento azionario;
- d. Investimento in un fondo di diritto estero, in luogo di un'alternativa disponibile quale un fondo di diritto italiano.

Nei casi in esame, peraltro, non è integrato neanche l'hallmark A.3, in considerazione del testo del DM, che precisa come non rientri in ambito un meccanismo "*finalizzato alla fruizione di un singolo regime fiscale di agevolazione previsto dall'ordinamento dello Stato, al ricorrere delle condizioni disposte dalle relative disposizioni normative*"³².

³² Art. 8, comma 1, lett. c), del DM.

Si ritiene pertanto opportuno l’inserimento nella circolare di una posizione interpretativa conforme a quanto riportato sopra. Senza che, abbracciando questa tesi, si giunga ad escludere che, in base a fatti e circostanze riferite alla posizione soggettiva del cliente, la *scelta di investimento* possa generare arbitraggi fiscali rilevanti rispetto alla DAC 6: come peraltro evidenziato dalla stessa Bozza, con riguardo a prodotti assicurativi (pagina 67).

5.2.2 *La conversione del reddito nel contesto del transfer pricing*

L’hallmark B.2 riguarda *“un meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in capitale doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta”*.

In merito all’esempio 12 riportato nella Bozza, si legge che il meccanismo ha l’effetto di *“trasformare, attraverso un’operazione fuori mercato, in normale reddito d’impresa di fonte italiana da assoggettare a imposizione, in un reddito d’impresa estero da cui scaturisce un dividendo soggetto ad un regime fiscale in Italia, quello della participation exemption, concepito per evitare fenomeni di doppia imposizione”*.

In premessa si ricorda che nel contesto dell’elaborazione della Direttiva DAC 6, nel contesto degli hallmark di tipo E (sui prezzi di trasferimento) era considerato rilevante *“Un meccanismo o una serie di meccanismi che non sono conformi al principio di libera concorrenza o alle linee guida dell’OCSE sui prezzi di trasferimento, inclusa la distribuzione del profitto tra diversi membri dello stesso gruppo di società”*³³. Tale riferimento è poi stato espunto e gli hallmark E sono stati disegnati in materia più puntuale e non con esclusivo riguardo alla non conformità al principio di libera concorrenza.

Si nota che nell’esempio 12 pare assumere rilevanza il fatto che vi sia *“un’operazione fuori mercato”*. In tal modo verrebbe sostanzialmente reinserito un hallmark che fa generico riferimento alla conformità al principio di libera concorrenza.

A prescindere da ciò, inoltre, si rileva che la descritta operazione comporta:

- la trasformazione di reddito d’impresa italiano in reddito d’impresa estero e poi
- la distribuzione di un dividendo (da cui scaturisce il dividendo)

Non è chiaro quale sia la *“conversione”* rilevante: i) di reddito d’impresa italiano in reddito d’impresa estero; ii) di reddito d’impresa italiano in dividendo.

³³ Il riferimento è all’hallmark E.1 della proposta di Direttiva del 21 giugno 2018.

Nel primo caso non è chiaro su quali basi l'operazione genererebbe una "conversione" del reddito (il reddito d'impresa di fonte italiana) in "*altre categorie reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta*" (un "reddito di impresa estero"). In particolare dal punto di vista della "categoria" si tratta sempre di reddito d'impresa e quindi l'alterità risiederebbe nella territorialità del medesimo (italiano o estero). Per quanto riguarda invece la tassazione ad un "livello inferiore" (o esenzione) nell'esempio non vengono forniti elementi relativi al livello impositivo dell'entità estera (che potrebbe essere inferiore o superiore rispetto a quello dell'entità italiana).

Nel secondo caso (conversione del reddito d'impresa italiano in dividendo), invece, si dovrebbe assumere una nozione di "categoria" di reddito incentrata sul regime fiscale (tassazione ordinaria del reddito d'impresa sotto forma di ricavi rispetto alla tassazione del reddito d'impresa sotto forma di dividendi) in capo al percettore.

Da ultimo sarebbe opportuno precisare le modalità di calcolo del MBT. Nell'esempio ITA Co e UE Co sono residenti nell'unione Europea per cui il vantaggio fiscale andrebbe determinato considerando le imposte dovute da UE Co.

5.3 C.1 - Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate

5.3.1 Definizione di pagamento

L'hallmark C.1 intercetta i pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate in cui emerge un fenomeno di deduzione fiscale a fronte di una mancata tassazione o di una tassazione in misura sottile. Un primo snodo interpretativo è la definizione di **pagamento** e, in particolare, se questa richieda un effettivo movimento finanziario ovvero se comprenda anche ipotesi di imputazione di costi derivanti da una transazione con una impresa associata in assenza di regolamento.

Sul punto, non pare che la Bozza abbia fornito le coordinate per orientare gli operatori. Si chiede pertanto di chiarire una serie di dubbi interpretativi.

In primo luogo, occorre precisare se debbano essere considerati rilevanti anche costi a cui non corrisponde un'**uscita finanziaria**, per esempio in quanto è stato rilevato un debito verso il fornitore ma non c'è ancora stato il regolamento.

Resta da chiarire inoltre se la fattispecie di "*pagamento deducibile*" sia limitata ad un **pagamento effettivo** (*actual payment*), di modo che una variazione in diminuzione unilaterale non possa essere vista come un *pagamento* (ad es. le variazioni in diminuzione fiscali basate su

aggiustamenti effettuati in applicazione del regime dei prezzi di trasferimento)³⁴. Per la stessa ragione, pagamenti che si considerano effettuati esclusivamente a fini fiscali (***deemed payments***) e che non comportano il sorgere diritti e obblighi patrimoniali tra le parti non pare ricadono nell'ambito di applicazione dell'hallmark C.1.

Inoltre, non è chiaro se l'esclusione per i *deemed payments* sia applicabile alla deduzione di "notional interest" in caso di **finanziamento infruttifero**. Sulla base della relazione dell'Azione 2 del progetto BEPS dell'OCSE (*Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*), l'esclusione pare operare con riferimento ai soli regimi che accordano deduzioni per il rendimento nozionale del capitale (*equity*), dove la deduzione fiscale non è legata ad alcun obbligo di pagamento del debitore. Per contro, il caso di *accrued obligation*, come tale contabilizzata dal debitore, dovrebbe essere trattato come un pagamento, soggetto all'hallmark in esame³⁵.

Da ultimo si chiede di chiarire se assumano o meno rilevanza i componenti reddituali tra casa madre e stabile organizzazione, e viceversa, o tra stabili organizzazioni.

5.3.2 Approccio look through

Un secondo aspetto interpretativo che fa da architrave nell'applicazione degli hallmark C.1, attiene all'identificazione del **beneficiario** del pagamento, al fine di riscontrare il fenomeno di mancata tassazione o tassazione sottile, a fronte della deduzione da parte del pagatore.

La Bozza ha assunto una posizione interpretativa esplicita a riguardo dei c.d. **pagamenti indiretti**, rispetto ai quali la situazione di non inclusione si verifica non in capo alla controparte diretta del soggetto che deduce il costo, bensì in maniera mediata, considerando la posizione di un altro soggetto che ha concluso con il beneficiario del pagamento un'operazione analoga a quella che ha coinvolto il pagatore (c.d. back-to-back). A pagina 84 della Bozza, si legge che, in caso di presenza di un **soggetto interposto**, "i soggetti in relazione ai quali occorre verificare l'esistenza degli elementi distintivi in commento sono il pagatore e il destinatario finale del pagamento". In merito è essenziale definire i criteri da seguire per riscontrare nell'ambito dell'hallmark la natura di interposto di un soggetto. Dalla bozza di circolare il riferimento è al mancato svolgimento di "alcuna significativa funzione sotto il profilo economico-finanziario". Se ne deduce che il ruolo di interposto non debba essere valutato alla luce dell'analisi funzionale

³⁴ Alla stessa conclusione, cfr. l'Azione 2 del progetto BEPS, in relazione agli *hybrid mismatch arrangements*: "Under the hybrid mismatch rules a deduction must arise in respect of a "payment". Therefore the starting point in applying the hybrid mismatch rules is to look for the legal basis for the deduction to determine whether the deduction relates to actual expenditure or transfer or value rather than it being a purely notional amount for tax purposes" (par.391).

³⁵ Si veda l'Azione 2 del progetto BEPS dell'OCSE, esempio 1.13.

propria del transfer pricing ma in base a indici collegati agli “*accordi negoziati*” per cui vi deve essere un collegamento economico contrattuale tra la tipologia di pagamento dedotto dal pagatore italiano (interessi) e quanto ricevuto dal “beneficiario finale” (es: interessi e non invece royalties).

Un analogo approccio di tipo *look through* viene sposato dalla Bozza a riguardo dei pagamenti verso soggetti **fiscalmente trasparenti** nella giurisdizione di incorporazione.

A questo riguardo, i lavori del Working Party IV del 24 settembre 2018 già citati hanno chiarito che si integrano gli hallmark di categoria C.1 qualora anche il socio dell’entità trasparente sia esente da tassazione nella medesima giurisdizione dell’entità.

Nel senso sopra indicato, almeno in relazione alla situazione del beneficiario trasparente, le linee guida del Regno Unito (IEIM644030): *The recipient will generally be the person (or people) who is taxable on the receipt. In the case of transparent vehicles such as general partnerships, it will be the partners, rather than the partnership, who are taxable on the receipt, and so it will be the partners who are the recipients for the purposes of judging whether the hallmark is met.*

Sul punto è intervenuto il **DM**, con indicazioni che, tuttavia, necessitano di ulteriori chiarimenti. Con il comma 3 dell’art. 8 è stato, infatti, precisato che a fini dell’hallmark C.1.b.1), non si considerano non soggetti ad imposta sul reddito delle società o soggetti ad una aliquota pari a zero o prossima allo zero, i destinatari dei pagamenti transfrontalieri che rientrano nei regimi di trasparenza fiscale di cui agli articoli 5, 115 e 116 del Tuir, nonché i destinatari fiscalmente residenti all’estero e assoggettati a **equivalenti regimi di trasparenza** fiscale nella giurisdizione di residenza, costituzione o direzione effettiva. In merito si chiede di precisare in base a quali criteri debba essere determinata tale “equivalenza”.

Venendo alla **Bozza**, a riguardo delle entità considerate fiscalmente trasparenti nello Stato di costituzione o localizzazione, si afferma, a pagina 84, che il **destinatario** del pagamento deve essere individuato “*in ragione della quota di loro spettanza*” tra i **partners** (ove la vedono trasparente) e l’**entità stessa** (in caso di partner che la vedono opaca).

La posizione assunta dalla Bozza non è tuttavia di piana applicazione, con particolare riguardo al caso – tutt’altro che infrequente – di partnership che hanno una molteplicità di partner. Si ritiene necessario che la circolare, nella versione finale, prenda una posizione su questo aspetto. Cosa accade se l’entità destinataria del pagamento è considerata opaca per alcuni soci e trasparente per altri? Si deve misurare la qualificazione del fondo – trasparente od opaco – negli occhi dei soci, in base al trattamento adottato dalla maggioranza dei partner? Ed in caso di partner che in prevalenza vedano l’entità come opaca, l’entità stessa è considerata opaca per intero o questo vale

solo per la *quota di loro spettanza*, per cui in ogni caso la segnalazione va fatta per la quota di pagamento che è di spettanza dei partner che vedono l'entità come trasparente? Nel caso di partner a loro volta costituiti in forma di limited partnership, si risale la catena? Sino all'investitore finale, per verificarne il regime di tassazione dei proventi del fondo?

Appare evidente come, per sciogliere l'impasse operativo che ricorre nei casi rappresentati, debba essere presa una posizione interpretativa chiara e applicabile in concreto. A tal fine, soccorrono a nostro avviso due ragionamenti che potrebbero essere sposati e sostenuti nella circolare.

In primo luogo, in ipotesi di polverizzazione degli investitori tipica di queste strutture, sarebbe più che probabile l'assenza di informazioni, sia a beneficio del **contribuente** pertinente che investa come *limited partner* nell'entità trasparente, sia per lo stesso intermediario **fornitore di servizi**. Questa assenza di informazioni va tenuta in debita considerazione, ai fini dello **standard di conoscenza**. In linea con le analisi svolte *supra* a riguardo di quest'ultimo aspetto della meccanica di reporting DAC 6, sarebbe opportuno prevedere in circolare quanto segue: sia il *fornitore di servizi*, sia il contribuente – quanto al regime fiscale dei soggetti che partecipano al meccanismo, senza essere parti correlate dello stesso contribuente – se non hanno informazioni sul modo in cui viene trattata fiscalmente la partnership da parte dei partner, non avendo un obbligo di *additional due diligence*, non potranno che qualificare il destinatario del pagamento a fini C.1 nell'entità trasparente, la quale, per quanto previsto dall'articolo 8 del DM, non soddisferebbe l'hallmark C.1.b.1) e d'altro canto, in assenza di informazioni per concludere che sia considerata trasparente anche dai partner, non integra neanche l'hallmark C.1.a³⁶.

In secondo luogo, questa posizione interpretativa sarebbe compendiata da quella, suggerita *supra*, di considerare in ogni caso non rilevanti a fini DAC 6 i pagamenti a **collective investment vehicle** – anche se mediati da entità rispetto alle quali si applichi l'approccio *look through*.

5.3.3 Paesi non collaborativi (C.1.b.2)

L'hallmark C.1.b.2), come definito nell'allegato 1 al decreto legislativo DAC 6, intercetta i pagamenti cross-border tra imprese associate, dedotti da una parte ed effettuati a beneficio di un

³⁶ Questa è la posizione puntualmente assunta dalle linee guida inglesi: “*There may be situations where the tax residence of all those participating in the arrangement is not known to an intermediary. This could particularly be the case for widely held partnership and collective investment schemes. Where an intermediary who is a ‘promoter’ does not know the residence of the partners who are party to the arrangement, it is unlikely that the arrangement can be said to concern other jurisdictions. If the residence of the partners was material to the arrangement, it is likely that the ‘promoter’ would need to know that in order to effectively design, promote or implement the arrangement. However, HMRC would not consider it to be acceptable for a promoter to attempt to remain wilfully ignorant of the residence of participants in the arrangement to try to avoid a reporting obligation, where the residence of those participants was of material relevance to the arrangement. In such cases the arrangement would still be a reportable cross-border arrangement and the promoter would be required to make a report*” (IEIM644030).

soggetto residente in una giurisdizione *inserita in un elenco di giurisdizioni di paesi terzi che sono state valutate collettivamente dagli Stati membri o nel quadro dell'OCSE come non cooperative.*

La Bozza, a pagina 86, puntualizza il riferimento ai due **elenchi** richiamati dall'elemento distintivo:

- i) l'elenco dei Paesi non collaborativi collettivamente valutata dagli Stati Membri della **Unione Europea** è quello pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione*
- ii) 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.

Il secondo elenco è redatto nel contesto del *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* dell'OCSE, in cui oggi siedono oltre 160 giurisdizioni partecipanti. Nella lista OCSE è riportato il giudizio dato, nel contesto della *peer review* che viene svolto in seno al Global Forum, sui Paesi membri e su quelli che pur non essendo membri sono considerati rilevanti, in merito al rispetto degli standard per lo **scambio di informazioni su richiesta** in materia fiscale (EOIR), principalmente basato sull'articolo 26 del Modello OCSE di accordo sullo scambio di informazioni e sull'articolo 26 dei Modelli OCSE e ONU di Convenzioni contro le doppie imposizioni.

Il primo round di *peer review* è stato avviato nel 2010, seguito dal secondo round iniziato nel 2016 ed oggi in corso. Le valutazioni sono svolte sulla base di dieci criteri, suddivisi in tre macro categorie intese a misurare: a) disponibilità di informazioni su beneficiario effettivo, dati contabili e bancari; b) accesso alle informazioni da parte della Competent Authority; c) scambio di informazioni. In esito alla *peer review* vengono valutati separatamente i dieci criteri e viene fornito un giudizio di sintesi (*overall rating*), con quattro possibili risultati: *compliant*, *largely compliant*, *partially compliant*, *non compliant*.

L'interpretazione resa nella Bozza comporta l'inclusione nell'hallmark delle giurisdizioni che, in esito alla *peer review* del proprio sistema di EOIR, hanno conseguito un *overall rating* con i valori di **non compliant** o di **partially compliant**. Ben si comprende l'inclusione degli Stati *non compliant*, il cui giudizio attesta *fundamental deficiencies in the implementation of the EOIR standard* e che quindi rientrano pienamente nella definizione dell'hallmark di giurisdizioni **non cooperative** secondo le analisi OCSE. Appare invece non condivisibile la posizione interpretativa assunta nel considerare rilevanti anche le giurisdizioni *partially compliant*, per le

quali *at least one material deficiency which has had, or is likely to have, a significant effect on EOIR in practice has been identified.*

Si osserva tra l'altro che, tra le giurisdizioni *partially compliant*, ad oggi risulta anche **Malta**, Stato membro dell'Unione europea.

Viene pertanto proposto di limitare alle sole giurisdizioni *non compliant* l'operatività dell'elemento distintivo in commento³⁷ o, quanto meno, di escludere i Paesi appartenenti all'Unione Europea e gli Stati terzi con i quali è in vigore uno specifico accordo per lo scambio di informazioni relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica.

5.3.4 Esenzione totale (C.1.c)

Secondo l'hallmark C.1.c, come definito nell'allegato al decreto legislativo DAC 6, sono riportabili i meccanismi che prevedono un pagamento transfrontaliero deducibile, che beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario, impresa associata del soggetto che deduce, è residente a fini fiscali.

Seguendo la formulazione letterale dell'hallmark, rilevano i regimi di **esenzione totale** che riguardano il singolo **componente positivo di reddito**, mentre non dovrebbe assumere rilevanza rispetto all'hallmark C.1.c l'eventuale regime di esenzione soggettiva del beneficiario. Questa interpretazione pare accolta dalla Bozza, a pagina 86, laddove si precisa che rilevano le cause di esenzione "*riferite esclusivamente al **componente reddituale** correlato al pagamento transfrontaliero e non allo status soggettivo del destinatario*"³⁸.

La Bozza afferma peraltro come l'esenzione totale (e non solo parziale) possa essere generata dal riconoscimento di **sgravi fiscali nella forma di esenzioni, esclusioni dalla base imponibile, riduzioni d'imposta, compensazioni, rimborsi e crediti di imposta legati ad agevolazioni**.

In prima battuta, si ritiene necessario che la circolare definisca puntualmente gli istituti agevolativi individuati con la terminologia sopra riportata, con particolare riguardo a lemmi quali "*riduzioni d'imposta*" (di aliquota nominale?) e "*compensazioni*" (d'imposta? di componenti reddituali tra loro? con le perdite?).

³⁷ Questa è la posizione delle linee guida maltesi, mentre quelle irlandesi affermano che non esiste ad oggi una lista OCSE di Paesi *non cooperativi*. La posizione della Bozza è invece allineata a quella delle linee guida della Francia e del Belgio.

³⁸ Nello stesso senso, le linee guida inglesi, che prescrivono come "*In assessing whether (1)(c) applies, it is the nature of the payments, rather than the status of the recipient that must be exempt. This means that an exempt body such as a pension fund will not automatically be caught*" (IEIM644040).

Sarebbe inoltre opportuno precisare, in linea con quanto indicato dalla stessa Bozza a riguardo della correlazione dell'esenzione totale con il componente reddituale dedotto da controparte, che questa articolazione esemplificativa delle modalità con cui una giurisdizione possa assicurare la mancata tassazione debba soddisfare due condizioni:

- i) essere **correlata** allo specifico componente di reddito corrispondente al costo dedotto da un'impresa associata, in un'altra giurisdizione
- ii) garantire l'**integrale** mancato assoggettamento ad imposta del componente reddituale.

A titolo **esemplificativo**, potrebbe essere chiarito che, per quanto sopra detto, non sono rilevanti ai fini dell'hallmark C.1.c il regime italiano dell'ACE o la presenza di perdite fiscali ad abbattimento della base imponibile, in quanto non è soddisfatta la condizione sub i), né i regimi italiani del *patent box* o dei crediti di imposta ricerca e sviluppo, in quanto non soddisfano le condizioni sub ii).

5.3.5 Regimi fiscali preferenziali (C.1.d)

L'hallmark C.1.d è finalizzato ad intercettare i meccanismi che prevedono pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate in cui il pagamento beneficia di un **regime fiscale preferenziale** nella giurisdizione di residenza del destinatario.

La Direttiva non contiene una definizione di regime fiscale preferenziale.

Nella Bozza, a pagina 86, viene fatto espresso riferimento al concetto di regime fiscale preferenziale contenuta nel Report dell'**Azione 5** del progetto BEPS (*Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance* - punto 3.13), secondo cui si devono considerare preferenziali quei regimi che offrono “una qualche forma di agevolazione fiscale rispetto ai principi generali di imposizione fiscale nel paese in questione” e che sono considerati potenzialmente dannosi, in ragione delle relative caratteristiche, quali ad esempio basso livello di tassazione effettiva, mancanza di requisiti sostanziali delle attività agevolate, scarsa trasparenza.

La stessa Bozza richiama a tale proposito i lavori del **Forum on Harmful Tax Practices** (FHTP), che svolge un'azione di monitoraggio dei regimi fiscali preferenziali, nel contesto dell'*inclusive framework* sorto post BEPS e che oggi raccoglie 137 Stati o giurisdizioni che hanno

assunto l'impegno internazionale ad attuare le misure BEPS che costituiscono il cosiddetto *minimum standard*, tra cui è compresa anche l'Azione 5.

Rispetto alla definizione di hallmark C.1.d, dalla Bozza di circolare sembrerebbe potersi dedurre che i **solì regimi mappati** nel contesto delle attività di *monitoring* svolte dal FHTP in base all'Azione 5 del progetto BEPS possano rappresentare un trattamento fiscale rilevante come *preferenziale* nel contesto dell'hallmark C.1.d. Si ritiene utile un chiarimento maggiormente esplicito in tal senso, precisando nella circolare che gli operatori potranno trovare i riferimenti ai regimi preferenziali rilevanti a fini C.1.d nella sezione "*consolidated results of regime reviews since 2015*" del *report* pubblicato e costantemente aggiornato dal *Forum*³⁹. Nella versione finale della circolare, potrebbero inoltre essere inserite esemplificazioni in negativo, per attestare, tra l'altro, come l'hallmark in commento non sia innescato da regimi agevolativi domestici quali l'ACE o la *tonnage tax*, in quanto non mappati nell'azione di *review* del FHTP e nella sezione richiamata del documento citato.

Per altro verso, nella Bozza si afferma che i soli regimi riconosciuti come **non dannosi** (*not harmful*), in esito all'assessment condotto dal FHTP, possono essere valutati come non preferenziali. In base all'ultimo documento pubblicato a novembre 2020 dal *Forum*, ne segue che il regime di *patent box* italiano dovrebbe essere considerato preferenziale, a fini dell'hallmark in commento, per quanto concerne l'estensione dell'agevolazione alle nuove istanze per i marchi, per il periodo compreso tra il 1° luglio e il 31 dicembre 2016. Anche su questo punto, sarebbe utile una precisazione, che chiarisca l'inclusione del *patent box* domestico nei limiti descritti. Resterebbe ferma peraltro, a fini di eventuale reporting di fattispecie connesse al *patent box* italiano, sia l'analisi di grandfathering, sia la valutazione del vantaggio fiscale, sotto il duplice profilo del test della potenziale riduzione di imposta (articolo 6 del DM) e del test del vantaggio principale (articolo 7 del DM).

Da ultimo, preme osservare che, nel contesto dell'azione di monitoraggio del FHTP, alcuni regimi sono sospensivamente valutati come **under review**: tra questi, per citare un esempio significativo, la disciplina statunitense *Foreign-derived intangible income* (FDII), introdotta dalla riforma fiscale Trump. Considerando la mancanza di un giudizio espresso, alla data in cui il regime è ancora *under review*, si riterrebbe utile non considerare integrato l'hallmark in attesa della chiusura delle analisi del *Forum*.

³⁹ Ultimo aggiornamento di novembre 2020: <http://www.oecd.org/tax/beps/harmful-tax-practices-peer-review-results-on-preferential-regimes.pdf>.

5.4 C.2 - Stesso ammortamento più detrazioni

La bozza di circolare pare estendere l'ampiezza del hallmark ritenendo che rilevano non solo i casi in cui lo stesso ammortamento è dedotto in più di una giurisdizione ma anche la doppia deduzione delle **perdite**. Tale estensione viene operata sulla base di ragioni logico sistematiche in base alle quali si dovrebbe concludere per la rilevanza dei risultati sintetici (la perdita) derivanti dall'azienda (quale complesso organizzato dei beni aziendali). Il risultato ultimo, tuttavia, è di ricomprendere nell'ambito del hallmark non solo gli "ammortamenti" ma ogni e qualsiasi componente negativo tramite cui origina la perdita (in ipotesi anche in assenza di alcun ammortamento o con ammortamenti minimi).

In questa sede si esprime la preoccupazione legata al totale superamento del tenore letterale della disposizione scritta (che si riferisce solo agli ammortamenti) per includervi tutti i tipi di componenti negativi di reddito. Senza entrare in questa sede sull'opportunità o meno di tale soluzione/estensione, si propone di ottenerla tramite una modifica normativa che sostituisca l'attuale testo con uno più adatto (e che quindi non faccia esclusivo riferimento agli ammortamenti). In assenza di tale modifica si propone di rimanere più fedeli al testo normativo limitando l'estensione del hallmark agli ammortamenti.

Nel caso in cui si ritenga invece di dover estendere a tutti i componenti negativi di reddito si chiede di chiarire quale sia la rilevanza della presenza o meno del reddito a doppia inclusione (e/o del reddito non a doppia inclusione) e se, ad esempio, l'operazione vada comunicata solo quando sia configurabile effettivamente un disallineamento da ibridi.

Con specifico riguardo al tema della rilevanza di redditi a doppia inclusione, si chiede di escludere la rilevanza ai fini dell'hallmark in commento dei casi di doppia deduzione di ammortamenti sul medesimo cespite da parte della **stabile organizzazione** e dell'head office, ove il rimedio contro la doppia imposizione adottato sia il credito d'imposta. In queste ipotesi, infatti, la doppia deduzione è la naturale conseguenza del sistema di determinazione del reddito della stabile organizzazione e dell'entità nel suo complesso, che riguarda anche i redditi prodotti dalla stabile organizzazione (rilevanti nello Stato di localizzazione e nello Stato di residenza dell'entità). Una eventuale rilevanza di questa fattispecie porterebbe alla sistematica segnalazione di tutti i casi di deduzione di ammortamenti da parte della stabile organizzazione senza, peraltro, fornire un autentico valore aggiunto per le Amministrazioni fiscali destinatarie delle informazioni. Allo stesso modo si ritiene di poter escludere la segnalazione in presenza di fenomeni di doppia deduzione legati alla presenza di **disregarded entities** (ad esempio in ragione dell'applicazione del regime di *check-the-box* americano).

5.5 C.4 - Trasferimento di attivi

L'hallmark C.4 è commentato al paragrafo 7.3.4 della Bozza. In linea con le indicazioni del DM (art. 8, comma 4), l'elemento distintivo risulta integrato ogni qualvolta in almeno una delle giurisdizioni interessate si verifica una differenza tra il valore attribuito all'attivo trasferito ed il relativo **valore di mercato** superiore al 10%. Inoltre, nella Bozza, riprendendo la richiamata norma del DM, viene confermato che ai fini della determinazione del valore di mercato dell'attivo trasferito occorre utilizzare lo strumentario previsto dal regime dei prezzi di trasferimento.

In primo luogo si chiede di chiarire se per “**trasferimento di attivi**” si debba fare riferimento oltre che ad operazioni aventi ad oggetto aziende o rami d'azienda o ad una pluralità di beni che non costituiscono azienda, come chiarito dalla Bozza, anche ad un singolo bene (materiale o immateriale o finanziario).

Non rientrano viceversa nel hallmark le operazioni che hanno ad esclusivo oggetto **passività**.

La disposizione del DM ha ampliato l'ambito di applicazione dell'hallmark in commento, originariamente concentrato unicamente sulle differenze nei valori fiscali dell'asset tra i soggetti coinvolti nel trasferimento. Si chiede di chiarire nella versione definitiva della circolare che il riferimento al valore di mercato dell'asset assume rilevanza unicamente nell'ambito di operazioni di trasferimento tra **imprese** che sono tra loro **associate**. In alternativa, si chiede di chiarire quali siano i canoni per il riscontro del valore di mercato nell'ambito di transazioni tra parti indipendenti. Appare possibile, infatti, postulare che le transazioni tra parti indipendenti avvengano per definizione a valori di libera concorrenza, proprio utilizzando le regole previste in materia di *transfer pricing*.

Si chiede, infine, di chiarire che un eventuale mancato riconoscimento del **valore fiscale** in uscita nella giurisdizione di destinazione dell'asset (assenza di step-up) non sia rilevante ai fini dell'hallmark in commento, in assenza di un potenziale risparmio d'imposta prodotto dalla transazione (asset ceduto al corrispettivo di 100 ma iscritto in capo al cessionario a zero o ad un costo fiscalmente riconosciuto inferiore a 100).

5.6 E.1 - Safe harbour unilaterale

Ai fini dell'hallmark in commento, un meccanismo transfrontaliero deve includere il ricorso, per la determinazione dei prezzi di trasferimento, ad una *safe harbour rule* di tipo unilaterale.

Nel contesto del diritto tributario internazionale, come modellato in sede OCSE, con il termine *safe harbour* vengono individuate disposizioni (o prassi amministrative) da applicare a specifiche transazioni o categorie di contribuenti e che semplificano le modalità di applicazione delle regole di transfer pricing, per esempio consentendo l'utilizzazione di specifici metodi per la determinazione del prezzo di libera concorrenza (OCSE - Transfer Pricing Guidelines, par. 4.102). Per *safe harbour unilaterale*, secondo le indicazioni dei servizi della Commissione (Working Party IV - riunione del 24.9.2018), si intende una regola di *safe harbour* che devia dal consenso internazionale, così come declinato nelle Transfer Pricing Guidelines dell'OCSE.

La Bozza, a pagina 111, include tra i *safe harbour* unilaterali, rilevanti ai fini dell'hallmark, anche 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 o operazioni, produce effetti sostanzialmente simili a quelli di un '*safe harbour*'.

A nostro avviso, nel testo definitivo della circolare, occorrerebbe chiarire in modo univoco, a beneficio degli operatori, se il concetto di *serie di accordi* con *effetti sostanzialmente simili a quelli di un safe harbour* debba includere o meno anche gli accordi conclusi dal singolo contribuente con l'Autorità fiscale di una giurisdizione, attraverso lo strumento degli *Advance Pricing Agreements* unilaterali (APA)⁴⁰, sottoscritti con una sola delle giurisdizioni coinvolte nella transazione, e più in generale dei **ruling** rilasciati dalle Amministrazioni finanziarie *vis-à-vis* con il singolo contribuente.

A riguardo non si riscontra una posizione chiara nell'ambito della bozza. L'inclusione sembrerebbe desumersi dalla lettura dell'**esempio 11**, illustrato nella Bozza a riguardo dell'hallmark B.2, ove si afferma che è integrato anche l'hallmark E.1 per la presenza di un *ruling unilaterale* rilasciato dall'amministrazione fiscale locale, che consente di *considerare parte degli interessi attivi percepiti come equity* (*rectius*: dividendi). Per contro, nell'**esempio 18**, a riguardo dell'hallmark B.3, la Bozza non annota il ricorrere dell'hallmark E.1 pur essendo descritta nella narrativa del caso la presenza di un *ruling unilaterale* che assicura la deduzione di un interesse nozionale su un finanziamento infruttifero.

In un'analisi comparata delle posizioni di prassi dei diversi Stati Membri emerge un generale orientamento per l'**esclusione della rilevanza degli APA** quali *safe harbour unilaterali*, come

⁴⁰ Nell'accezione riportata nelle TP Guidelines dell'OCSE, Capitolo IV, par. F.

riportato nelle Guidelines di Gran Bretagna e Francia⁴¹. Le Guidelines irlandesi (sezione 2.10) e quelle maltesi (par. 5.7.1) delimitano l'esclusione agli APA che coinvolgono più Stati, da cui sembra potersi dedurre che quelli unilaterali possano costituire un *safe harbour* rilevante rispetto all'hallmark E.1.⁴².

Ove non si ritenga condivisibile l'esclusione *ex se* degli APA, si ritiene di suggerire quanto meno, in una logica di coordinamento con gli altri strumenti di scambio di informazioni tra autorità fiscali dell'Unione europea, idonei a garantire la circolazione delle informazioni sui **ruling** preventivi transfrontalieri e sugli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento, l'esclusione espressa dal monitoraggio, ai fini dell'hallmark in commento degli APA, ove scambiati in ambito **DAC 3**⁴³.

Dalla lettura dell'esempio 27 pare di comprendere che l'approccio semplificato OCSE relativo ai **servizi basso valore aggiunto** non costituisca una *safe harbour* rilevante. Se ne chiede espressa conferma.

5.7 E.2 - HTVI

Come noto l'ordinamento italiano non ha espressamente adottato la proposta OCSE relativa al regime speciale dei c.d. HTVI prevista nelle linee guida OCSE sul TP.

Tale mancata esplicita adozione trova conferma nella scheda paese OCSE sull'Italia che, sulla base delle risposte date dall'amministrazione finanziaria italiana⁴⁴, al punto 13⁴⁵ conferma l'assenza di "*transfer pricing rules or special measures regarding hard to value intangibles (HTVI)*".

⁴¹ Guidelines inglesi: "*Advance pricing agreements (APAs) made between tax authorities and companies or groups are not unilateral safe harbours. Rather they are agreements as to the correct pricing for transactions. As such, APAs do not, in their own right, fall to be caught under hallmark E(1)*" (IEIM646020). Le linee guida francesi escludono dall'applicazione dell'hallmark E. 1 anche le disposizioni fiscali volte a prevenire l'eccessivo indebitamento di una controllata estera (regole di sottocapitalizzazione).

⁴² Per quanto attiene ai ruling, le Guidelines francesi ne fanno espressa menzione, peraltro in relazione ad un hallmark diverso dall'E.1 anche se comunque collegato a transazioni tra parti correlate: in particolare le linee guida francesi includono i ruling, nel calcolo del *effective tax rate* del destinatario di un pagamento transfrontaliero deducibile, come tale stigmatizzato dall'hallmark C.1.b.i): "*L'exonération peut résulter de la législation en vigueur ou d'une décision fiscale anticipée transfrontière relevant de la directive (UE) 2015/2376 du Conseil du 8 décembre 2015 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal (dite DAC3)*" (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, Par. 20).

⁴³ Direttiva 2014/107/UE del 9 dicembre 2014, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale, recepita in Italia dal decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 32.

⁴⁴ <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profiles.htm>.

⁴⁵ <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profile-italy.pdf>.

Su queste basi sarebbero molto utili ulteriori indicazioni relative all'identificazione del HTVI trasferito infragruppo con particolare riguardo al fatto che il riferimento nella lettera b) alle "proiezioni dei flussi di cassa futuri o del reddito" o alle "assunzioni utilizzate nella sua valutazione" implica necessariamente l'utilizzo di tecniche di valutazione finanziaria.

5.8 E.3 - Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività

L'hallmark E.3 mira ad intercettare situazioni di *business restructuring*, in cui nell'ambito di entità che sono tra loro associate avviene un trasferimento di asset e/o funzioni e/o rischi. Il discrimine per il riscontro della presenza dell'hallmark è l'effetto del trasferimento misurato sul soggetto cedente in termini di riduzione dell'EBIT prospettico. L'hallmark risulta integrato se si riscontra una riduzione dell'EBIT su un periodo di osservazione di tre anni successivo al trasferimento superiore al 50% rispetto all'EBIT che si sarebbe determinato in assenza del trasferimento.

A commento dell'hallmark è dedicato il paragrafo 7.5.3 della Bozza, che si ritiene opportuno integrare con alcune precisazioni, a riguardo dei temi qui di sotto descritti.

In relazione al concetto di **trasferimento di rischi**, si chiede di escludere che debba essere qualificato come tale un meccanismo volto alla mitigazione del rischio medesimo attraverso un meccanismo di copertura. A titolo di esempio, possono costituire misure di mitigazione la stipula di un contratto derivato (con funzione di copertura) ovvero la stipula di un contratto di assicurazione ovvero di riassicurazione. In queste ipotesi, infatti, il rischio tecnicamente resta in capo al soggetto che lo ha originariamente assunto, mentre gli strumenti di mitigazione intervengono unicamente rispetto alla conseguenze della (eventuale) materializzazione del rischio stesso.

A questo proposito appare appena il caso di ricordare che sulla base delle linee guida sui prezzi di trasferimento, la gestione del rischio (*risk management*) comprende la capacità di adottare misure per la mitigazione del rischio e l'effettiva adozione di dette misure (*risk mitigation*) che hanno effetto sui risultati prodotti dal materializzarsi dei rischi (Transfer pricing guidelines - Par. D.1.2.1. *Analysis of risks in commercial or financial relations*⁴⁶).

⁴⁶ Punto 1.61 - *The term "risk management" is used to refer to the function of assessing and responding to risk associated with commercial activity. Risk management comprises three elements: (i) the capability to make decisions to take on, lay off, or decline a risk-bearing opportunity, together with the actual performance of that decision-making function, (ii) the capability to make decisions on whether and how*

Per quanto attiene al **periodo triennale** di osservazione, appare naturale escludere il periodo in cui sono registrati gli effetti economici del trasferimento (plus/minus valenza), al fine di non influenzare i risultati del test con elementi non derivanti dalla futura gestione della società. In altri termini, se il trasferimento ha luogo nel periodo n , la media triennale dell'EBIT sarà calcolata avendo a riferimento i periodi $n+1$, $n+2$ e $n+3$ (in questo senso pare già orientato l'esempio n. 32).

In ordine all'esercizio del test, appare utile prioritariamente sottolineare che il **l'EBIT** dovrebbe essere determinato avendo a riferimento i prospetti **contabili** e senza alcuna rettifica di carattere fiscale⁴⁷, si tratta, infatti, di un indicatore volto a misurare gli effetti economici futuri del trasferimento e che non mira a specifici aspetti fiscali.

Occorre, inoltre, stabilire come debbano essere letti i risultati in caso di **EBIT negativo**. Le previsioni dei risultati nei tre anni successivi alla cessione possono indicare un risultato in media negativo in termini di EBIT, rispetto ad entrambe le ipotesi di esecuzione del test (tenuto conto del trasferimento ovvero in assenza di trasferimento).

Nel caso in cui la media dell'EBIT post trasferimento risulti negativo, a fronte di una media positiva in assenza di trasferimento, il test dovrebbe ritenersi sempre integrato. Al contrario, in presenza di media dell'EBIT determinata in assenza del trasferimento negativa, il test dovrebbe risultare non verificato in caso di riduzione della perdita, risultato nullo o passaggio ad un EBIT positivo⁴⁸.

Resta, inoltre, da chiarire la rilevanza rispetto al calcolo dell'EBIT delle componenti economiche di **natura finanziaria**. Si ponga il caso, per esempio, di una cessione di partecipazione, che ha effetti sulla redditività prospettica del cedente unicamente ove si consideri rilevante la cessazione del flusso di dividendi dalla società partecipata. Avendo a riferimento la formulazione testuale dell'hallmark e l'espresso riferimento all'EBIT in essa contenuto, si ritiene che in linea generale (e salvo quanto precisato di seguito in relazione a specifiche attività) le componenti di natura finanziaria non dovrebbero assumere rilevanza ai fini del test. Il punto, tuttavia, merita un chiarimento interpretativo.

*to respond to the risks associated with the opportunity, together with the actual performance of that decision-making function, and (iii) **the capability to mitigate risk, that is the capability to take measures that affect risk outcomes, together with the actual performance of such risk mitigation.***

⁴⁷ In questo senso le linee guida irlandesi "For the purpose of calculating the projected annual EBIT of the transferor(s), the terms "earnings", "interest" and "taxes" are to be interpreted by reference to the accounting principles used by the transferor(s)".

⁴⁸ In questo senso le linee guida irlandesi.

Infine, occorre verificare le modalità di esercizio del **test per i soggetti finanziari**, che redigono schemi di conto economico che non prevedono la determinazione dell'EBIT. Le linee guida del Regno Unito affrontano il tema, indicando la necessità di trovare un indice alternativo maggiormente adatto a rappresentare gli effetti del trasferimento sui risultati della futura gestione⁴⁹. Questa posizione appare condivisibile e si ritiene auspicabile l'identificazione degli indici ritenuti maggiormente adatti, in particolare nel contesto finanziario⁵⁰.

Infine si richiedono chiarimenti in merito ai trasferimenti che intervengono tra casa madre **stabile organizzazione** o viceversa, ed i trasferimenti infragruppo che hanno per oggetto stabili organizzazioni.

⁴⁹ IEIM646040 - *The use of EBIT in E(3) is intended to give a sensible measure of the operating profit of the entity, but for certain entities this may not be the case. In such scenarios, it may be necessary to consider whether there is an equivalent measure which will give an equivalent view of the operating profits of the entity, having regard to its particular circumstances and business.*

⁵⁰ A titolo di esempio in caso di trasferimento eseguito da un soggetto che svolge attività bancaria sarebbe ipotizzabile l'utilizzo del margine di intermediazione.

6 Hallmark CRS

6.1 Sugli hallmark a protezione dello scambio di informazioni sui conti finanziari (D.1)

6.1.1 Il quid pluris rispetto all'effetto di mancata comunicazione CRS

Tra le ipotesi declinate all'interno dell'hallmark D.1, è previsto il caso del **trasferimento di conti o attività** finanziarie in giurisdizioni che non sono vincolate dallo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari con lo Stato di residenza del contribuente pertinente o l'**utilizzo** di tali giurisdizioni⁵¹, nonché l'impiego di risorse finanziarie in **strumenti** non mappati a fini CRS⁵².

Il Commentario del Modello OCSE precisa che i meccanismi rilevanti ai fini della protezione del CRS devono essere connotati da un **quid pluris** rispetto al mero effetto di dar luogo ad un **mancato reporting** delle pertinenti informazioni, ai sensi della normativa CRS: occorre infatti che, secondo un giudizio di ragionevolezza, il meccanismo posto in essere “*undermines the intended policy of the CRS Legislation*” (Comm., par. 5).

A titolo di esempio, il Commentario ricorda come una delle *policy choices* sottese al CRS sia che “*real estate is an asset class that is not within the intended scope of the CRS*”. Alla luce dei principi sopra indicati, il mero disinvestimento da asset finanziari inclusi tra i *financial account* soggetti agli obblighi CRS, verso asset esclusi (quali ad esempio beni immobili o oggetti d'arte), non integra di per sé stesso un meccanismo transfrontaliero rilevante a fini DAC 6, anche se il cambio di destinazione dei fondi ha l'effetto di sottrarli al perimetro di osservazione del CRS⁵³.

Gli ulteriori elementi (il *quid pluris*) che rendono il trasferimento di fondi un meccanismo riportabile sono lo **scopo** e l'**effetto** (conseguentemente perseguito, in ragione di detto scopo) di aggiramento degli obblighi previsti dal CRS, da valutarsi caso per caso. A titolo di esempio, un meccanismo che comporta l'utilizzo di un conto finanziario le cui informazioni non sono oggetto di scambio nell'ambito del CRS (quale il wallet di criptovalute), non sarebbe automaticamente

⁵¹ Il riferimento è all'hallmark D.1.b. Si veda anche l'Allegato A al DM, esempio D (*La commercializzazione di uno schema che incentiva un contribuente fiscalmente residente nella Giurisdizione X a trasferire un conto finanziario soggetto all'obbligo di comunicazione, o la maggior parte delle attività finanziarie in esso contenute, presso un intermediario finanziario residente o localizzato in una Giurisdizione Y che non ha implementato il Common Reporting Standard o che non scambia le informazioni con l'autorità competente della Giurisdizione X*).

⁵² Il riferimento è all'hallmark D.1.a, D.1.c, D.1.d.

⁵³ Il Commentario del Modello OCSE precisa infatti che “*an Arrangement to withdraw funds from a reportable Depository Account to purchase an apartment will not constitute a CRS Avoidance Arrangement despite the fact that the Arrangement results in non-reporting of the funds that are used for the purchase*”.

riportabile rispetto all'hallmark D.1.a.: la rilevanza DAC 6 dipenderebbe da scopo ed effetto dello schema, connessi ad esempio al fatto che un conto finanziario oggetto di scambio in ambito CRS sia stato incluso (*wrapped*) o convertito in un conto *non-reportable* (in questo senso le linee guida rilasciate dall'autorità fiscale irlandese). Allo stesso modo, un meccanismo che prevede l'utilizzo di una giurisdizione non partecipante al CRS non sarà automaticamente riportabile, dovendosi verificare, secondo un punto di vista oggettivo, che almeno una delle ragioni per cui è utilizzata quella giurisdizione è trarre vantaggio dall'assenza delle regole sullo scambio di informazioni sui conti finanziari⁵⁴.

In questo senso sembra muoversi anche il legislatore italiano, che con il **DM** ha fornito una serie di esemplificazioni di meccanismi di aggiramento della normativa sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari (Allegato A, Sezione I). Nell'ambito degli esempi vengono stigmatizzate una serie di ipotesi che integrano le diverse modalità di possibile aggiramento dell'obbligo di comunicazione, con la costante ulteriore specificazione che i meccanismi descritti, per essere rilevanti, devono avere lo **scopo prevalente di aggirare tale obbligo**.

La **Bozza**, richiamando il Modello OCSE, conferma che gli elementi distintivi di categoria D si considerino integrati "*qualora sia «ragionevole concludere» che il meccanismo sia disegnato o commercializzato per (o abbia l'effetto di) aggirare la disciplina CRS o di sfruttarne l'assenza*" (pagina 99). Apprezzando queste indicazioni di principio – oltre al rinvio allo stesso Modello OCSE, come fonte interpretativa, che le integra e completa – si ritiene peraltro di dover suggerire una maggiormente esplicita presa di posizione, nel testo finale della circolare, per valorizzare in modo chiaro la necessità del ricorrere di quel *quid pluris* cui abbiamo fatto cenno, rispetto al mero effetto finale di mancato reporting CRS.

Una maggiore chiarezza interpretativa potrà essere conseguita, in particolare, anche attraverso una **esemplificazione** concreta a riguardo, prendendo spunto dalla casistica inserita nel Modello OCSE. In termini generali, con riferimento al ruolo degli intermediari finanziari, in veste di *fornitori di servizi*, potrebbe essere precisato che l'utilizzo di una **giurisdizione** che **non** ha implementato il **CRS** non comporta, automaticamente, in capo all'intermediario l'integrazione della conoscenza di quel *quid pluris*, salvo che non vi siano elementi informativi specifici, nella

⁵⁴ Sul tema, Le Guidelines inglesi affermano che "*An arrangement does not have the effect of undermining or circumventing CRS, simply because, as a consequence of the arrangement, no report under CRS is made*". Allineate anche le linee guida francesi: "*Aux fins d'application du marqueur D, un dispositif n'est pas considéré comme ayant pour effet de contourner la NCD du seul fait que l'obligation déclarative n'a pas été satisfaite, à condition que le défaut de déclaration ne porte pas atteinte aux objectifs poursuivis par ladite législation*" (BOI-CF-CPF-30-40-30-20-170).

sua pronta disponibilità⁵⁵. Proseguendo la casistica, si potrebbe rammentare come, in coerenza con le analisi sopra prospettate a riguardo delle **transazioni bancarie routinarie**, il mero **trasferimento di fondi** da parte del cliente, verso una giurisdizione che non scambia le informazioni sui conti finanziari, non comporta, per la Banca, il soddisfacimento dei requisiti che la obbligherebbero al reporting DAC 6, salvo che non abbia acquisito informazioni specifiche sul disegno del cliente di aggirare il CRS⁵⁶. O ancora: per le imprese del settore assicurativo, l'esemplificazione potrebbe escludere il *reasonable to conclude test* sul *quid pluris* in sede di **liquidazione** delle prestazioni dei **prodotti assicurativi** vita (inclusi i prodotti pensionistici) al verificarsi dell'evento assicurato.

Di particolare pregio pare il riferimento della Bozza, a pagina 101, alla necessità di superare soglie di significatività, perché un'operazione del cliente possa colorarsi di potenziale aggiramento del CRS: laddove si prevede che l'hallmark D.1.b) è integrato "*a seguito di trasferimento dell'intero valore delle attività finanziarie, o di una parte rilevante di esso*" verso una giurisdizione che non scambia le informazioni con l'Italia. Sempre proseguendo nella necessità di tracciare puntualmente le linee di riferimento per gli operatori, anche al fine di garantire maggior uniformità nell'applicazione della normativa, sarebbe tuttavia di particolare utilità fornire una indicazione quantitativa, prevedendo che, ad esempio, per parte rilevante si intenda un importo superiore ai due terzi delle consistenze medie dell'ultimo anno riferibili al cliente.

Appare per contro potenzialmente fuorviante l'affermazione, contenuta nella Bozza a pagina 23, circa il fatto che sia "*sempre verificata*" la condizione di **transfrontalierità** per i meccanismi rilevanti ai fini dagli hallmark CRS⁵⁷: sarebbe a nostro avviso opportuno rivedere questa proposizione, proprio perché solo la presenza del *quid pluris* di cui si è detto renderebbe verificata

⁵⁵ In questo senso, le Guidelines maltesi del 4 gennaio 2021 subordinano la rilevanza degli schemi al fatto che sia ragionevole concludere che gli stessi siano finalizzati all'aggiramento del CRS e, a titolo di esempio, con riguardo all'utilizzo di giurisdizioni non CRS, si afferma infatti quanto segue: "*an arrangement which makes use of a jurisdiction that has not implemented CRS legislation would not automatically bear this hallmark unless it is reasonable to conclude that one of the reasons for choosing such jurisdiction is to exploit the absence of CRS legislative provisions*" (par. 5.6.1). Le Guidelines irlandesi precisano il medesimo principio: "*an arrangement involving the use of a jurisdiction that has not adopted national laws implementing the CRS will not automatically trigger reporting unless it is reasonable to consider, from an objective viewpoint, that at least one of the reasons the jurisdiction was used was to take advantage of the absence of such laws*".

⁵⁶ In questo senso, chiaramente le Guidelines inglesi: "*a person simply processing that transaction, for example a bank transferring the money from one account to another, would not normally have insight into the arrangement as a whole or its expected effect, and so would not be required to report. This would be true where the person processing the transaction knew to which country the funds had been sent, but has no knowledge as to the underlying reason for the transfer and if an "arrangement" exists*".

⁵⁷ In particolare, si legge nella Bozza che "*risulta evidente che il requisito della transnazionalità è sempre verificato in presenza di meccanismi rilevanti ai fini degli elementi distintivi di cui alla lettera D) dell'Allegato 1 al decreto legislativo, posti a presidio del CRS e delle procedure di identificazione del titolare effettivo*".

la condizione *cross-border*, laddove in assenza del *quid pluris* non vi sarebbe transfrontalierità, né lo standard di conoscenza, né tanto meno l'hallmark D.1.

6.1.2 La valenza informativa degli accordi FATCA

Il trasferimento verso una giurisdizione estera di un conto finanziario o l'utilizzo di quest'ultima da parte di un *account holder* residente fiscalmente in un Paese legato al CRS, diventano rilevanti, tra l'altro, ove il Paese di destinazione del conto finanziario sia una ***non participating jurisdiction*** a fini CRS (oltre che alla condizione che il cliente sia residente appunto in un Paese CRS).

Al fine di riscontrare tale presupposto, è possibile fare riferimento all'elenco dei Paesi sottoscrittori del CRS, per identificare, **in base alla giurisdizione di residenza fiscale del cliente**, il pertinente perimetro di Paesi che, secondo gli accordi CRS, scambiano le informazioni con tale giurisdizione⁵⁸. Ne segue che il perimetro dell'hallmark ha un assetto variabile, in funzione appunto della residenza del cliente. La destinazione del conto finanziario verso un Paese parte della rete del CRS non dovrebbe, per contro, rilevare a fini DAC 6, salvi casi specifici che possano rientrare ad esempio negli hallmark D.1.e⁵⁹ ovvero D.1.f⁶⁰.

Un approfondimento specifico meritano i trasferimenti verso gli **Stati Uniti d'America** o più in generale l'utilizzo di tale Paese, che è una *non participating jurisdiction* a fini CRS e, tuttavia, ha sottoscritto una rete di accordi bilaterali intergovernativi per lo scambio dei dati sui conti finanziari, in applicazione della normativa domestica statunitense denominata FATCA.

Gli accordi intergovernativi sottoscritti tra Stati Uniti d'America e Paesi terzi, al fine di regolare in via bilaterale l'applicazione della normativa statunitense **FATCA**, pur non assicurando il medesimo livello di reciprocità del CRS⁶¹, possono, come chiarito dalla Bozza a pagina 99, essere

⁵⁸ Nello specifico, per i clienti residenti in Italia, la lista è desunta, *a contrariis*, dall'allegato D del decreto ministeriale 28 dicembre 2015, di recepimento interno della DAC 2, escludendo altresì gli Stati Uniti d'America, per quanto detto *infra*. Si osserva che, nella Bozza, viene fatto riferimento anche all'allegato C, che tuttavia pare essere non rilevante ai fini in commento. Inoltre, si ritiene opportuno che venga precisato che l'analisi della rete delle giurisdizioni partecipanti avvenga in funzione della residenza del cliente, considerato che il perimetro CRS è variabile in ragione degli accordi sottoscritti da ciascuna giurisdizione.

⁵⁹ L'hallmark D.1.e intercetta "*il ricorso a soggetti, meccanismi o strutture giuridici che eliminano o hanno lo scopo di eliminare la comunicazione di informazioni su uno o più titolari di conti o persone che esercitano il controllo sui conti nell'ambito dello scambio automatico di informazioni sui conti finanziari*".

⁶⁰ L'hallmark D.1.f intercetta "*meccanismi che compromettono le procedure di adeguata verifica utilizzate dalle istituzioni finanziarie per ottemperare agli obblighi di comunicazione di informazioni sui conti finanziari o ne sfruttano le debolezze, compreso l'uso di giurisdizioni con regimi inadeguati o deboli di attuazione della legislazione antiriciclaggio o con requisiti di trasparenza deboli per quanto riguarda le persone giuridiche o i dispositivi giuridici*".

⁶¹ A tal riguardo, nel Commentario del CRS, al par. 5, si precisa quanto segue: "*While the intergovernmental approach to FATCA reporting does deviate in certain aspects from the CRS, the differences are driven by the multilateral nature of the CRS system (...). (...) it is compatible and consistent with the CRS for the United States to not require the look through treatment for investment entities in Non-Participating Jurisdictions*".

ricompresi nel perimetro DAC 6, laddove si tratti di accordi siglati secondo il Modello IGA 1A, come quello sottoscritto dall'Italia il 10 gennaio 2014. In forza di tale strumento, gli intermediari finanziari italiani comunicano alla propria autorità fiscale le informazioni relative ai conti finanziari intrattenuti con *account holder* statunitensi, di seguito scambiate tra amministrazione finanziaria italiana e IRS americana. Il Modello IGA 1A è inoltre ispirato al principio di reciprocità, prevedendo che, a fronte delle informazioni trasmesse all'autorità fiscale statunitense, quest'ultima fornisca le informazioni raccolte sui conti finanziari accesi da *account holder* residenti fiscalmente nel Paese parte dell'accordo bilaterale.

In base alle indicazioni della Bozza, sono pertanto da considerarsi oggetto di *reporting* a fini DAC 6 eventuali operazioni di aggiramento degli obblighi connessi a tali specifici accordi.

Nella stessa Bozza, tuttavia, non risulta chiarito se il **trasferimento di fondi verso gli Stati Uniti d'America**, in presenza di un accordo di modello IGA 1 A quale quello tra Italia e USA, non si qualifichi in ogni caso come operazione di potenziale aggiramento del CRS.

A riguardo, nell'ambito del documento *Public Discussion Draft - Mandatory Disclosure Rules for Addressing CRS Avoidance Arrangements and Offshore Structures*, pubblicato dall'OCSE per dar corso alla *Dichiarazione di Bari* dei Ministri delle finanze del G7 del 13 maggio 2017⁶² ed oggetto di consultazione tra dicembre 2017 e gennaio 2018, il Commentario, al par. 14, prevedeva la seguente formulazione:

(...) an arrangement would not fall within the definition of a CRS Avoidance Arrangement if it results in the exchange of the same Financial Account information, by the United States under a FATCA inter-governmental agreement with the jurisdictions of residence of the taxpayer, that would have been reported and exchanged under the CRS.

Rispetto alle considerazioni emerse nel contesto della *public consultation* sul *Discussion Draft*, il testo delle *Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*, pubblicato dall'OCSE il 9 marzo 2018 (**Modello OCSE**), ha espunto il riferimento al "*same Financial Account information*" ed ha espressamente richiamato il Modello

⁶² Nel contesto del G7 del maggio 2017, a Bari, i Ministri delle finanze adottarono la c.d. *Dichiarazione di Bari*, che prevedeva, tra l'altro, la richiesta all'OCSE di avviare i lavori per realizzare strumenti di contrasto all'aggiramento del CRS: "*We ask the OECD to start discussing possible ways to address arrangements designed to circumvent reporting under the Common Reporting Standard or aimed at providing beneficial owners with the shelter of non-transparent structures, considering also model mandatory disclosure rules inspired by the approach taken for avoidance arrangements outlined within the BEPS Action 12 Report*".

IGA 1A, per escludere che il trasferimento di fondi verso gli Stati Uniti d'America rilevi quale fenomeno di aggiramento del CRS (Commentario, par. 5):

(...) an Arrangement does not have the effect of circumventing CRS Legislation if the Financial Account(s) information is exchanged under a FATCA Model 1A Intergovernmental Agreement with the jurisdiction(s) of tax residence of the Reportable Taxpayer.

For example (...) that transfer would not have the effect of circumventing CRS Legislation, provided the account information is exchanged by the Competent Authority of the United States with jurisdiction X.

Il Considerando 13 della DAC 6 richiama il Modello OCSE quale fonte interpretativa ed illustrativa, al fine di assicurare un'interpretazione coerente in tutti gli Stati membri, con particolare riguardo agli *hallmark* di categoria D: appare dunque fondata la conclusione secondo cui la presenza di reciproco scambio di informazioni tra lo Stato di residenza del cliente e gli Stati Uniti d'America, in base ad un accordo intergovernativo basato sul Modello IGA 1A, escluda che il trasferimento di fondi verso la giurisdizione statunitense, di per sé, possa considerarsi finalizzato ad aggirare il CRS⁶³.

Nel **contesto italiano**, dagli esempi di meccanismi di aggiramento della normativa sullo scambio di informazioni sui conti finanziari contenuti nell'Allegato A del DM è stato espunto il caso del trasferimento di attività detenute verso un conto intrattenuto presso un intermediario US, presente nella prima bozza di decreto: il che farebbe propendere per la rilevanza dell'accordo IGA 1A al fine di escludere gli obblighi di reporting DAC 6.

La Bozza tuttavia non ha fornito migliore puntualizzazione ed ha per contro precisato che gli elenchi delle giurisdizioni che scambiano informazioni su conti finanziari con l'Italia sono desumibili dal decreto ministeriale di recepimento del CRS⁶⁴, senza fare riferimento anche all'accordo IGA 1A con gli Stati Uniti d'America.

⁶³ La posizione interpretativa rappresentata è stata confermata dalle Guidelines DAC 6 rilasciate dall'autorità fiscale irlandese, secondo la quale *"An arrangement will not have the effect of circumventing CRS Legislation if the Financial Account(s) information is exchanged under a FATCA Reciprocal Model 1A Intergovernmental Agreement with the jurisdiction(s) of tax residence of the relevant taxpayer"* (pag. 21). Analoga posizione è riflessa anche nelle *Guidelines* in draft rilasciate a luglio 2020 dall'autorità fiscale tedesca (par. 176). In senso contrario, l'autorità fiscale del Regno Unito secondo cui *The UK's agreement with the United States to implement the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) is not an equivalent agreement since it does not provide for the same reciprocal level of reporting as DAC2 and the CRS. Therefore, an arrangement which seeks to avoid reporting under FATCA would not be reportable under these regulations* (HMRC – IEIM 645010).

⁶⁴ Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, 28 dicembre 2015, allegati C e D.

Si ritiene pertanto necessario **chiarire che il trasferimento di fondi verso gli Stati Uniti d'America** non integra la fattispecie in commento.

Ove prevalga la tesi fondata sul Modello OCSE, vale ulteriormente la pena di precisare che l'**effettività** in concreto dello scambio da IGA 1A non rappresenti una condizione necessaria per poter affermare che lo spostamento dei fondi verso gli Stati Uniti non rilevi a fini DAC 6: occorre infatti tenere in conto che l'intermediario finanziario, al momento del trasferimento fondi verso gli Stati Uniti d'America o dell'operazione di utilizzo di questa giurisdizione da parte del cliente, non potrebbe fare altro che riscontrare la presenza dello strumento di scambio in essere con lo Stato di residenza fiscale del cliente, senza poter misurare *ex ante* l'effettività dello scambio, ragione per cui quest'ultima non dovrebbe essere rilevante ai fini che qui interessano.

Nello stesso senso, si chiede di precisare se siano non rilevanti a fini DAC 6 le movimentazioni relative a conti intestati a soggetti residenti in giurisdizioni che, come la Cina, hanno sottoscritto con il Tesoro americano un **agreement in substance**, ovvero hanno condiviso in termini sostanziali un accordo di tipo IGA 1A, senza peraltro avere ancora proceduto alla relativa sottoscrizione: le Istituzioni Finanziarie localizzate in tali Paesi, infatti, pur non avendo attualmente un obbligo di *reporting*, una volta implementata la normativa locale, dovranno effettuare le comunicazioni anche retrospettivamente per le annualità in cui era in vigore l'*agreement in substance*.

6.1.3 Movimentazione di conti finanziari intestati a soggetti fiscalmente residenti in Italia

I conti intestati ad *account holder* **residenti** fiscalmente in **Italia** non sono *reportable* a fini CRS, tuttavia dalla lettura della Bozza sembrerebbe desumersi che il trasferimento degli stessi verso giurisdizioni "*non participating*" potenzialmente debba entrare nel campo di osservazione della DAC6: ciò in quanto, nella Bozza, a pagina 102, viene fatto riferimento al perimetro di applicazione del CRS per l'Italia.

In senso contrario all'estensione dell'obbligo alle transazioni effettuate da *account holder* fiscalmente residenti in Italia, potrebbe condurre la presenza di **specifici strumenti di "monitoraggio"** dei movimenti di risorse finanziarie verso l'estero, legati alla normativa domestica⁶⁵. La rilevanza dei meccanismi posti in essere da soggetti residenti potrebbe, infatti, generare in termini astratti una duplicazione di comunicazione: una sulle consistenze estere da monitoraggio fiscale, l'altra sull'operazione di trasferimento a fini DAC 6.

⁶⁵ Il riferimento è al monitoraggio fiscale ex decreto legge 28 giugno 1990, n. 167, convertito dalla legge 4 agosto 1990, n. 227 (e s.m.).

Si propone pertanto di escludere, nella circolare, l'applicazione degli hallmark D.1 alle movimentazioni di conti finanziari i cui titolari siano residenti fiscalmente in Italia. In ogni caso appare utile una esplicita presa di posizione sulla rilevanza dei meccanismi posti in essere da soggetti italiani ed incidenti sullo scambio dei dati sui conti finanziari.

6.2 Sugli hallmark a protezione della individuazione del titolare effettivo (D.2)

6.2.1 Gli elementi costitutivi dei meccanismi riportabili per l'hallmark D.2

Sono riportabili a fini DAC 6 sotto l'hallmark D.2, i meccanismi connotati da catene di controllo non trasparenti, in ragione dell'utilizzo di strutture giuridiche, veicoli o entità che congiuntamente integrino le seguenti tre condizioni previste nell'hallmark stesso e nella rule 1.2 del Modello OCSE:

- **passive** ovvero che non svolgono un'attività economica sostanziale supportata da personale, attrezzatura, attività e locali adeguati⁶⁶;
- **offshore** ovvero che sono costituiti, gestiti, residenti, controllati o stabiliti in una giurisdizione diversa dalla giurisdizione di residenza di uno o più dei titolari effettivi delle attività detenute da tali persone, dispositivi giuridici o strutture giuridiche⁶⁷;
- **opache** ovvero in cui i titolari effettivi sono resi non identificabili⁶⁸.

Di particolare complessità è l'individuazione del perimetro interpretativo ed applicativo del requisito di "opacità" delle strutture rilevanti sotto l'hallmark D.2.

6.2.2 Origine dell'hallmark e fonti interpretative in merito al requisito della "opacità"

Quale fonte illustrativa ed interpretativa degli hallmark di categoria D, come previsto nel Considerando 13 della DAC 6, si può fare riferimento al Modello OCSE. Le analisi che hanno condotto l'OCSE a formulare questo documento - sulla scia dello scandalo *Panama Papers*⁶⁹ - hanno anche portato la Commissione UE a rivedere la proposta di DAC 6 inizialmente presentata il 21 giugno 2017, con riguardo alla categoria degli hallmark D, appositamente dedicata ai

⁶⁶ Hallmark D.2.a; Modello OCSE, rule 1.2(b) passive offshore vehicle.

⁶⁷ Hallmark D.2.b; Modello OCSE, rule 1.2(b) passive offshore vehicle.

⁶⁸ Hallmark D.2.c; Modello OCSE, rule 1.2(d) opaque structure.

⁶⁹ Per *Panama Papers* si intende la raccolta di oltre 11,5 milioni di documenti, sottratti allo studio legale panamense Mossack Fonseca, nei quali sono dettagliati i servizi resi dallo studio, con la creazione di 214.488 entità offshore, in giro per il mondo, a beneficio dei clienti sin dagli anni '70 del secolo scorso. <https://panamapapers.icij.org/>

meccanismi di aggiramento del CRS ed alle *opaque offshore structures* (OOS), inserendo quale marcatore autonomo l'hallmark D.2., che corrisponde alla rule 1.2 del Modello OCSE.

In coerenza con il Modello OCSE, l'**obiettivo** dell'hallmark sulle OOS è intercettare la detenzione di asset (anche diversi dai *financial account* rilevanti a fini CRS) e delle fonti di reddito che ne derivano, attraverso strutture che non consentano l'accurata determinazione dell'identità del relativo beneficiario effettivo⁷⁰. In particolare, una struttura è connotata dal marcatore descritto nell'hallmark OOS laddove *“the ownership of that vehicle has been structured so as to not allow the accurate determination of the identity of natural person(s) with ultimate effective control over that vehicle”*.

Analoghi spunti possiamo trarre dallo *Staff Working Document* della Commissione UE, a supporto della proposta di DAC 6 del 21 giugno 2017 - SWD(2017)236 - nel cui testo originario la categoria D degli hallmark conteneva, tra l'altro, il caso dell'utilizzo di giurisdizioni terze con deboli regole AML. Questo marcatore, secondo i redattori dello SWD, aveva lo scopo di catturare le seguenti situazioni: *“(...) structures that make it burdensome or even impossible to identify the ultimate beneficial owner(s). In particular, aggressive tax planning schemes often use third-country jurisdictions and especially offshore centres where the regulatory framework on the identification of beneficial ownership and its enforcement are inadequate”*.

La nozione di beneficiario effettivo a fini che qui interessano è quella elaborata nel contesto delle Raccomandazioni emanate dal *Financial Action Task Force* (FATF)⁷¹ e delle Direttive unionali sulla disciplina *anti money laundering* (AML)⁷² e in dettaglio il riferimento è a *“any natural person(s) who ultimately owns or controls the customer and/or the natural person(s) on whose*

⁷⁰ Commentario Modello OCSE, par. 26.

⁷¹ Costituito nel 1989, in occasione del vertice dei capi di Stato e di governo del G7, il FATF (o GAFI nell'acronimo della traduzione italiana di Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale) è un organismo intergovernativo, che ha la missione di ideare e promuovere strategie di contrasto al riciclaggio dei capitali di origine illecita (AML) oltre che, dal 2001, di prevenzione del finanziamento al terrorismo (CFT) e, dal 2008, di contrasto al finanziamento della proliferazione delle armi di distruzione di massa. Il FATF ha adottato un documento contenente 40 Raccomandazioni (da ultimo aggiornate nel 2019) e relative note interpretative, che rappresentano gli standard internazionali in materia AML/CFT.

⁷² Articolo 3(6), Direttiva UE 2015/849 del 20 maggio 2015 (IV Direttiva Antiriciclaggio o IV AMLD), come integrata dalla Direttiva UE 2018/843 del 30 maggio 2018 (V Direttiva Antiriciclaggio o V AMLD). Questa nozione è stata accolta dal legislatore italiano, nell'impianto degli hallmark, contenuto nel decreto legislativo n. 100 del 2020, dove con riferimento all'hallmark D.2 si precisa che i titolari effettivi sono da intendersi come definiti dal decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, di recepimento in Italia della normativa antiriciclaggio. Il DM, a sua volta richiama la nozione di titolare effettivo, senza ulteriore precisazione, salvo peraltro rinviare, nell'articolo 1, co. 2, allo strumentario definitorio introdotto dal decreto legislativo n. 100 del 2020.

*behalf a transaction or activity is being conducted. It also incorporates those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement*⁷³.

6.2.3 Opacità a fini dell'hallmark D.2 e normativa antiriciclaggio

Da quanto detto in ordine all'origine dell'hallmark D.2, appare evidente l'incrocio di questa parte della normativa DAC 6, con la disciplina dell'Unione europea in tema di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, oltre che con le connesse procedure di adeguata verifica.

L'affinità tra DAC 6 e disciplina AML è presente peraltro anche con riguardo alle ulteriori fattispecie, limitrofe a quelle in commento, declinate nell'hallmark D.1.f, che intercetta schemi *“che compromettono le procedure di adeguata verifica utilizzate dalle istituzioni finanziarie per ottemperare agli obblighi di comunicazione di informazioni sui conti finanziari o ne sfruttano le debolezze, compreso l'uso di giurisdizioni con regimi inadeguati o deboli di attuazione della legislazione antiriciclaggio o con requisiti di trasparenza deboli per quanto riguarda le persone giuridiche o i dispositivi giuridici”*.

Le attività di **adeguata verifica** ed in particolare le *red flags* che sono disegnate nel processo AML possono, pertanto, essere idonee ad intercettare criticità che devono attivare anche le analisi dell'operazione ai fini DAC 6. Nella Bozza non trova spazio una precisazione, che varrebbe la pena di inserire nel testo finale della circolare, per chiarire che, nella misura in cui un intermediario si sia dotato di procedure idonee a garantire la *compliance* alla normativa AML, non possano ordinariamente emergere meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica per l'hallmark D.⁷⁴.

Oltre a questa statuizione generale, di seguito si riportano alcuni ulteriori spunti operativi che potrebbero essere inseriti nel testo della circolare.

Alla luce delle finalità della DAC 6, il riferimento a strutture che rendono non identificabile il titolare effettivo sembra debba essere letto nel senso che quest'ultimo sia non identificabile da parte dell'autorità fiscale. In altri termini, è nella **prospettiva dell'autorità fiscale** che il beneficiario effettivo della struttura non è identificabile, non nella prospettiva dell'intermediario

⁷³ SWD cit., pag. 74. La definizione è tratta dalle *40 FATF Recommendations* (pag. 113), ove peraltro si precisa che *“reference to “ultimately owns or controls” and “ultimate effective control” refer to situations in which ownership/control is exercised through a chain of ownership or by means of control other than direct control”*.

⁷⁴ Sul punto, le linee guida dell'autorità fiscale inglese espressamente prevedono che *“where a person is obliged to identify beneficial ownership under Anti-Money Laundering legislation in accordance with FATF, and successfully does so, this would generally mean that the test in hallmark D2 (c) was not met, as beneficial owners would not be unidentifiable”* (IEIM645020).

che svolge l'attività di adeguata verifica, rispetto alla quale l'identificazione del beneficiario è condizione stessa per l'apertura del rapporto con il cliente.

In questo senso, si è espressa l'autorità fiscale inglese nelle *Guidelines* pubblicate con riguardo alla legislazione interna di recepimento della DAC 6: “*the test in paragraph (c) is whether beneficial owners can reasonably be identified by relevant tax authorities, including HMRC*”⁷⁵.

Il punto di vista dell'autorità fiscale deve essere letto come quello di un ‘*informed observer*’, rispetto al quale sia ragionevole concludere che il meccanismo abbia l'effetto di opacizzare il beneficiario effettivo. Ne segue che, se non occorre che l'identità del titolare effettivo sia un dato pubblicamente disponibile per poter escludere l'hallmark, è pur vero che laddove i beneficiari effettivi siano riportati in un **registro pubblico** l'hallmark non dovrebbe ritenersi integrato⁷⁶.

Per altro verso, i casi di **esenzioni e procedure di identificazione semplificata** a fini AML potrebbero non soddisfare il criterio di identificabilità del beneficiario effettivo da parte dell'amministrazione finanziaria: in assenza di una specifica strategia volta a frammentare la partecipazione, al fine di sottrarsi all'identificazione, anche l'identificazione semplificata non dovrebbe tuttavia rilevare. Nella bozza di circolare dell'Agenzia delle entrate si ritrova un accenno ai casi di frammentazione, a riguardo dell'hallmark D.1.e⁷⁷ – per molti versi prossimo ma non sovrapponibile alla casistica tracciata dall'hallmark D.2 – senza tuttavia riscontrare una presa di posizione chiara a riguardo dei regimi di esenzione e semplificazione, a differenza di quanto si ritrova nelle *Guidelines* inglesi ed in quelle maltesi⁷⁸.

Occorre peraltro tenere conto dei seguenti aspetti, che si auspica vengano valutati nella versione definitiva della circolare dell'Agenzia delle entrate, post consultazione pubblica.

- La Direttiva UE n. 2016/2258 (**DAC 5**) - recepita in Italia con il decreto legislativo n. 60 del 2018, attraverso la novella dell'art. 3 co. 3 del decreto legislativo n. 29 del 2014 -

⁷⁵ Par. IEIM645020.

⁷⁶ Così ancora le *Guidelines* dell'HMRC (par. IEIM645020): “*The identity of the beneficial owners does not have to be publicly available, although where such persons are listed on public registers of beneficial ownership, that will be sufficient for the hallmark not to be met*”.

Nello stesso senso, si esprimono anche le *Guidelines* dell'autorità fiscale maltese del 4 gennaio 2021: “*where the identity of the beneficial owners is available on public registers of beneficial ownership, hallmark D2 will not apply*” (par. 5.6.2).

⁷⁷ In particolare, nel par. 7.4.1.5 si legge che “*l'elemento distintivo in commento intende individuare (omissis) i casi in cui sono posti in essere accordi finalizzati ad aggirare la definizione di 'persona che esercita il controllo' di una entità non finanziaria passiva, ad esempio attraverso forme di frammentazione della partecipazione*”.

⁷⁸ Per le *Guidelines* inglesi si veda il par. IEIM645020: “*Where a beneficial owner is not identified because, for example, their ownership interest falls below the required ownership threshold, that would not in itself mean that the hallmark was met. However, if there was a suggestion that an owner was deliberately keeping their interest just below the threshold to avoid being identified, the hallmark could then be met*”. Analogamente, si esprimono le *Guidelines* di Malta (par. 6.6.2).

prevede l'accesso delle amministrazioni finanziarie ai documenti, ai dati e alle informazioni acquisiti in adempimento dell'obbligo di adeguata verifica della clientela a fini AML: ne deriva che l'autorità fiscale ha la disponibilità delle informazioni rilevanti assunte dall'intermediario nel processo di adeguata verifica AML, per cui la lettura dell'opacità dal punto di vista dell'autorità fiscale deve essere declinata considerando l'intero patrimonio informativo a disposizione dell'intermediario come anche disponibile per l'autorità fiscale, per effetto della DAC 5.

- La IV e la V Direttiva Antiriciclaggio hanno introdotto e reso accessibile il **Registro** dei titolari effettivi, in cui devono essere rilevate le informazioni sulla titolarità effettiva di persone giuridiche private e imprese dotate di personalità giuridica, oltre che di trust e istituti giuridici affini⁷⁹: sia i soggetti obbligati all'adeguata verifica, ma anche le amministrazioni finanziarie potranno accedere alle informazioni rilevate nel Registro, peraltro nel contesto ampliato dato dall'interconnessione dei registri dei diversi Stati membri (da realizzarsi entro il 10 marzo 2021). L'accesso al Registro dei titolari effettivi rappresenta pertanto un utile strumento a supporto dell'individuazione del titolare effettivo nelle attività di adeguata verifica della clientela e dunque della DAC 6, per quanto concerne l'intermediario. Questo ulteriore patrimonio informativo concorre tuttavia anche a determinare la rilevanza o meno dell'opacità delle strutture, (anche) nella prospettiva dell'Amministrazione finanziaria, essendo quest'ultima compresa tra i soggetti che ne hanno disponibilità⁸⁰.

6.2.4 Opacità a fini dell'hallmark D.2 e standard di conoscenza (e comprensione)

Resta fermo, in ogni caso, che il ruolo dell'intermediario come **fornitore di servizi** di meccanismi in commento presuppone, oltre all'attività di assistenza o consulenza a supporto del cliente, anche l'integrazione dello **standard di conoscenza (e comprensione)**, da misurare

⁷⁹ Il riferimento è al Registro previsto dall'art. 21 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, a seguito della novella introdotta dal decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 90, in attuazione degli artt. 14, 30 e 31 della IV AMLD. Con l'art. 2 co. 1 lett. f-i del decreto legislativo 4 ottobre 2019, n. 125, l'art. 21 citato è stato ulteriormente emendato, tra l'altro in merito all'accessibilità al pubblico del Registro, in recepimento della V AMLD. Ad oggi, in Italia, non è ancora stato emanato il decreto attuativo, la cui bozza è stata posta in consultazione pubblica il 23 dicembre 2019.

⁸⁰ In tal senso, oltre alle indicazioni dell'HMRC sopra riportate, sono orientate anche le previsioni contenute nella bozza di Guidelines sulla DAC 6 dell'autorità fiscale tedesca, nella versione del 14 luglio 2020, secondo cui l'identificazione del beneficiario effettivo è possibile se sono stati adempiuti gli obblighi di comunicazione al "registro" e queste informazioni possono essere ottenute attraverso l'assistenza amministrativa intergovernativa (par. 181 "*Eine Identifizierung ist insbesondere dann möglich, wenn die in der Gestaltung einbezogenen Personen, Rechtsvereinbarungen oder Strukturen ihren Mitteilungsverpflichtungen an ein Register zur Identifizierung ihrer wirtschaftlich Berichtigten nachgekommen sind und diese Eigentumsinformationen im Wege der zwischenstaatlichen Amtshilfe durch Informationsaustausch zuverlässig erlangt werden können*").

sulla base delle informazioni prontamente disponibili, che comprendono, in prima battuta, quelle raccolte nei processi di adeguata verifica.

In particolare, con riguardo alle attività bancarie routinarie, il Modello OCSE precisa che, se un'istituzione finanziaria apre un conto corrente bancario ad un'entità non residente, può detenere informazioni sufficienti per determinare se tale entità è *offshore*, tuttavia, in circostanze ordinarie, è improbabile che abbia accesso a informazioni sufficienti per determinare se l'entità è *passive* o detenuta attraverso una struttura opaca⁸¹.

Il fatto che l'intermediario finanziario, operando come attuatore, a fini DAC 6, debba valutare le operazioni della clientela sulla base delle informazioni prontamente disponibili per l'erogazione del servizio al cliente, limita in concreto l'accesso a profili laterali rispetto all'apertura del rapporto finanziario con il cliente, quali i fenomeni di interposizione che sconfinano al di là dell'apertura del rapporto stesso:

- la carta di debito, appoggiata su un conto corrente e data in uso ad un beneficiario non identificato come titolare del conto stesso;
- il trust che viene amministrato a beneficio di un soggetto non riconosciuto come trustee o protector in base all'atto costitutivo del trust;
- le operazioni di pagamento effettuate dal conto corrente del cliente della banca verso una società di comodo (*star company*), per la remunerazione delle prestazioni rese a beneficio del cliente da parte di un testimonial (che abbia ceduto il diritto di sfruttamento della propria immagine alla *star company*).

⁸¹ Paragrafo 56 del Modello OCSE.