

**3/2021**

**Consultazioni**

**Risposta alla procedura di consultazione pubblica indetta dall'Agenzia delle Entrate sulla bozza della circolare che fornisce chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione – D.Lgs. 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva DAC 6)**

Ringraziamo i competenti organi dell'Agenzia delle Entrate per l'opportunità che ci viene data di sottoporre alla loro attenzione le nostre considerazioni in merito alla bozza di circolare che fornisce chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione, di cui alla direttiva 2018/822/UE del Consiglio del 25 maggio 2018 (c.d. DAC 6). Si tratta della direttiva che, com'è noto, modificando la precedente direttiva 2011/16/UE (c.d. DAC 1, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale), ha introdotto un'apposita disciplina per lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri che presentano particolari indizi di elusività o evasione.

La direttiva DAC 6 avrebbe dovuto essere recepita entro il 31 dicembre 2019 ma è stata attuata in Italia solo ad opera del D.Lgs. 30 luglio 2020, n. 100, il cui schema peraltro (Atto n. 152) è stato fatto oggetto preventivamente di una procedura pubblica di consultazione nazionale il 30 luglio 2018, alla quale ha partecipato anche Assonime con il documento Consultazioni 9/2018, *Risposta alla consultazione pubblica sullo schema di decreto legislativo attuativo della c.d. DAC 6*. Ad esso, pertanto, facciamo rinvio per gli opportuni approfondimenti.

Il D.Lgs. n. 100 del 2020 ha, molto opportunamente, confermato il rinvio degli adempimenti procedurali già previsto dal Consiglio dell'UE in considerazione delle gravi perturbazioni arrecate dalla pandemia di Covid-19<sup>1</sup>. Nel merito, il decreto ha

---

<sup>1</sup> Cfr. direttiva (UE) 2020/876 del 24 giugno 2020 pubblicata in GUUE L204 del 26 giugno.

Il Consiglio dell'UE, infatti, in considerazione delle gravi perturbazioni che la pandemia di Covid-19 ha comportato nello svolgimento dell'ordinaria attività di molti operatori economici e professionali, nonché delle amministrazioni finanziarie dei singoli Paesi membri ed in risposta alle sollecitazioni che a tale riguardo sono pervenute anche da alcuni Stati dell'UE, ha approvato alcuni attesi emendamenti alla direttiva DAC 6. In particolare, fermi restando, sotto il profilo sostanziale, tutti gli obblighi in materia di scambi e comunicazione di informazioni a livello transfrontaliero sanciti dalla direttiva, il Consiglio ha previsto la possibilità per gli Stati membri di disporre il rinvio di sei mesi dei relativi adempimenti procedurali, riconoscendo quindi un maggior tempo per adempiere. È stata inoltre prevista la possibilità per il Consiglio di disporre eventualmente una proroga – per una sola volta e al ricorrere di determinate condizioni – al fine di riconoscere un ulteriore periodo di rinvio dei predetti adempimenti di altri tre mesi.

Il d.lgs. n. 100 del 2020 si è avvalso di questa possibilità, prevedendo i seguenti termini:

- per quanto concerne i meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica la cui prima fase è stata attuata tra il 25 giugno 2018 e il 30 giugno 2020, gli intermediari e i contribuenti devono effettuare la comunicazione entro il **28 febbraio 2021** (anziché entro il 31 agosto 2020);
- per quanto concerne le informazioni sui meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica e relativi al periodo 1° luglio 2020 – 31 dicembre 2020, il termine ordinario di 30 giorni per la comunicazione può iniziare a decorrere "entro e non oltre il 1° gennaio 2021" (di modo che la comunicazione deve essere effettuata entro il **30 gennaio 2021**) ;
- In relazione ai meccanismi c.d. commerciabili, la prima relazione periodica può essere presentata dall'intermediario entro il **30 aprile 2021**;
- infine, le amministrazioni finanziarie possono comunicare le prime informazioni entro il **30 aprile 2021** (anziché entro il 31 ottobre 2020).

adottato misure pienamente conformi a quelle indicate nella direttiva europea, aggiungendo tuttavia ad esse poche ulteriori precisazioni.

In particolare, gli obblighi di comunicazione previsti dalla DAC 6 sono imposti ai "partecipanti" dell'"*arrangement*" (i.e.: agli intermediari e/o ai contribuenti) laddove l'*arrangement* presenti almeno uno degli elementi distintivi (i c.d. *hallmark* A, B, C, E e D) di cui all'Allegato IV della direttiva (riprodotti fedelmente nell'Allegato I del D.Lgs. n. 100 del 2020). In altri termini, la presenza di almeno un *hallmark* "fa scattare" gli obblighi di comunicazione indipendentemente da qualsiasi preventiva valutazione in ordine all'effettiva elusività del meccanismo transfrontaliero (c.d. *reportable cross border arrangement*; RCBA)<sup>2</sup>.

La DAC 6, quindi, non fornisce una definizione generale di "pianificazione fiscale aggressiva", ma si limita ad individuare, per l'appunto, un elenco di *hallmark* (generici e specifici) che presentano, semmai, una rilevante indicazione di elusione o evasione, prevedendo inoltre, per taluni di essi, una sorta di "filtro" costituito dal c.d. *main benefit test* (MBT) che, ove non integrato, pone lo schema al di fuori del perimetro di operatività della direttiva, facendo venir meno i relativi obblighi di *disclosure*.

Il quadro normativo di riferimento è stato poi completato dal D.M. 17 novembre 2020 (*Regole tecniche e procedure relative allo scambio automatico obbligatorio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri*) cui il D.Lgs. n. 100 del 2020 ha demandato il compito di fornire una prima disciplina di dettaglio dei complessi obblighi di comunicazione all'Amministrazione finanziaria imposti ad intermediari e contribuenti su RCBA potenzialmente aggressivi<sup>3</sup>.

---

Cfr. in argomento la nostra *news* del 1° luglio 2020, *Il Consiglio dell'UE dispone il rinvio degli adempimenti previsti dalla direttiva DAC 6*.

<sup>2</sup> E in questo senso, il Considerando 9 della direttiva specifica che "i meccanismi di pianificazione fiscale aggressiva si sono evoluti negli anni diventando sempre più complessi e sono costantemente soggetti a modifiche e adattamenti per reagire alle contromisure difensive adottate dalle autorità fiscali. Tenendo conto di ciò, sarebbe più efficace cercare di individuare i meccanismi di pianificazione fiscale potenzialmente aggressiva attraverso la compilazione di un elenco delle peculiarità e degli elementi delle operazioni che presentano una forte indicazione di elusione e abuso fiscale, piuttosto che definire il concetto di pianificazione fiscale aggressiva. Tali indicazioni sono definite «elementi distintivi»".

<sup>3</sup> In particolare, il D.M. 17 novembre 2020 reca una serie di indicazioni utili alla miglior comprensione di questa complessa disciplina. Ad esempio, in esso è chiarito che gli elementi distintivi di cui all'Allegato 1, lettere A, B, C ed E, al D.Lgs. n. 100 del 2020 "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 UE o in altre giurisdizioni estere con le quali è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni (cfr. art. 6 del D.M.). Il decreto specifica poi (cfr. art. 2, c. 1, lett. c) che il "valore del meccanismo transfrontaliero da comunicare" si identifica con il "vantaggio fiscale" derivante dal meccanismo relativamente agli *hallmark* A, B, C, E, nonché in alcune ipotesi riconducibili all'*hallmark* D (relativamente al quale, di norma, il valore da comunicare è "il valore dei conti finanziari") e chiarisce, inoltre, che il "criterio del vantaggio principale" (i.e.: *main benefit test*; MBT) – riguardante gli elementi distintivi di cui all'Allegato 1, lettere A, B e C, punto

Infine, sempre ad opera del D.Lgs. n. 100 del 2020 è stato demandato ad un successivo provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate (cfr. art. 7, c. 5, del D.Lgs. n. 100 del 2020) la predisposizione delle ulteriori disposizioni attuative di dettaglio circa le modalità di comunicazione delle informazioni; provvedimento che è stato adottato dal Direttore dell'Agenzia delle entrate in data 26 novembre 2020 (prot. n. 364425).

Il quadro normativo testé ricordato si presenta particolarmente complesso e, in alcuni punti, di non facile interpretazione; ciò anche in considerazione del fatto che la stessa direttiva DAC 6 non offre un disegno sistematico univoco di questi meccanismi transfrontalieri. In tale contesto l'Agenzia delle Entrate, con la bozza di circolare in commento, ha inteso ripercorrere in modo organico i punti salienti di questa disciplina, fornendo opportune risposte alle più importanti criticità sollevate dagli operatori del settore e dalle associazioni di categoria. In questa sede, non ci soffermiamo sulle soluzioni adottate dall'Agenzia che riteniamo condivisibili, ma solo su quelle che suscitano qualche perplessità, nonché sui punti che meriterebbero un ulteriore approfondimento. Per comodità espositiva, formuliamo le nostre osservazioni seguendo l'ordine espositivo della bozza di circolare.

Aggiungiamo subito, inoltre, che le questioni ancora aperte – vuoi in ordine a soluzioni interpretative della bozza di circolare che suscitano perplessità, vuoi in ordine ad alcuni punti ancora da approfondire – rivestono, come vedremo, un certo peso. Sicché, tenuto conto della ravvicinata scadenza dei prossimi termini di comunicazione (i primi scadono, infatti, alla fine di questo mese) occorre verificare se, compatibilmente con le prescrizioni della direttiva, ci sia la possibilità di attuare un limitato procrastinamento di questi termini o, comunque, di attenuare o non applicare le sanzioni amministrative previste ove tali comunicazioni risultino insufficienti o manchevoli.

## 1. Premessa

La bozza di circolare, conformemente alle indicazioni della direttiva DAC 6 esordisce affermando (pag. 7) che *“la mancata reazione dell'Amministrazione finanziaria a fronte*

---

1, lett. b), sub 1), c) e d), al d.lgs. n. 100 del 2020 – risulta integrato *“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”*; con l'ulteriore precisazione che tale vantaggio fiscale *“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”* (cfr. art. 7 del D.M.).

*della comunicazione del meccanismo transfrontaliero da parte dell'intermediario o del contribuente non comporta l'accettazione della validità o del trattamento fiscale dello stesso (articolo 5, comma 3 del decreto legislativo). Coerentemente, si ritiene che la comunicazione di un meccanismo rilevante da parte di un intermediario o contribuente non costituisce di per sé ammissione di condotta elusiva o evasiva".*

Si tratta di affermazioni importanti che chiariscono le finalità di queste comunicazioni e i limiti che le caratterizzano e che – come vedremo – possono tornare utili, soprattutto l'ultima di esse, per un'analisi critica di alcuni esempi che la bozza di circolare propone su vari aspetti del regime.

## **2. Ambito soggettivo**

Molteplici sono i chiarimenti che la bozza di circolare fornisce sull'identificazione e sui compiti dei soggetti partecipanti al meccanismo transfrontaliero, siano essi intermediari (promotori o fornitori di servizi) o contribuenti (che attuano o cui è messo a disposizione il meccanismo).

Ci soffermiamo solo su un'importante affermazione relativa ai fornitori di servizi, laddove la bozza di circolare (pag. 16) osserva che, se tali soggetti forniscono consulenza in relazione a meccanismi transfrontalieri "già attuati" dal contribuente, essi non integrano i requisiti per la qualificazione di intermediario a condizione che le attività di consulenza svolte "non determinino un "aggiornamento" o miglioramento del meccanismo stesso". In altri termini, aggiunge la bozza di circolare, "non assumono rilevanza: la mera interpretazione delle norme fiscali interessate dal meccanismo, la ricognizione del meccanismo in occasione della revisione contabile, l'invio delle dichiarazioni fiscali, l'assistenza durante le verifiche fiscali, l'assistenza nell'ambito di un contenzioso, purché effettuate in un momento temporale successivo a quello in cui lo schema è stato completamente attuato, anche se contestualmente il meccanismo continua a produrre i relativi effetti fiscali".

Si tratta di un'affermazione molto opportuna e del tutto condivisibile per motivi che sono evidenti *ictu oculi*. C'è da chiedersi, tuttavia, se analoga soluzione possa essere adottata anche per altre situazioni, che si presentano con una certa frequenza, soprattutto presso le associazioni. Com'è noto, non è compito di tali associazioni seguire professionalmente le attività gestorie e le scelte operative delle imprese associate. Tuttavia, esse possono essere chiamate ad elaborare un parere *pro veritate* sulla conformità o meno di una fattispecie – il più delle volte rappresentata in termini

astratti dall'impresa associata – alle disposizioni e ai principi dell'ordinamento fiscale nazionale; parere che può risolversi, indifferentemente, in un giudizio positivo o negativo.

La peculiarità di questo caso è che il prestatore della consulenza non è informato sul fatto che l'operazione sia stata già attuata o potrebbe esserlo in futuro ma, in ogni caso, la sua consulenza – così come nell'ipotesi esaminata dalla bozza di circolare dell'Agenzia – si limita a fornire un giudizio meramente interpretativo sulla conformità o meno dell'operazione alle norme e ai principi dell'ordinamento tributario, senza né aggiornare né migliorare il meccanismo.

### 3. Ambito oggettivo

#### 3.1. “Transnazionalità”

Dopo aver elencato i quattro requisiti che il meccanismo può presentare (transnazionalità; sussistenza di almeno uno degli elementi distintivi; presenza di una riduzione potenziale dell'imposta dovuta in un Paese UE o in uno Stato terzo con cui vige lo scambio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri; vantaggio fiscale principale) e aver precisato che i primi due requisiti devono necessariamente sussistere, mentre gli altri sono previsti solo per alcuni elementi distintivi, la bozza di circolare si sofferma sul primo di questi requisiti e, cioè, sulla transnazionalità.

A questo proposito, si legge a pag. 24 che il meccanismo “transfrontaliero” per essere rilevante “*deve riguardare l'Italia ed una o più giurisdizioni estere*” e che, per giurisdizioni estere “*si intendono tutti gli Stati e le giurisdizioni (UE e extra-UE) diverse dall'Italia con le quali è in vigore uno specifico accordo sullo scambio di informazioni di cui all'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo*”. Successivamente, a pag. 32 – laddove si esamina il criterio della potenziale riduzione delle imposte – viene ulteriormente specificato che “*al momento della pubblicazione della presente circolare non risultano sottoscritti specifici accordi per lo scambio di informazioni riguardanti i meccanismi transfrontalieri*”. Sicché, dai citati passaggi del documento sembrerebbe potersi trarre la conclusione che il meccanismo riguardante l'Italia e una giurisdizione estera diversa da quelle menzionate – *i.e.*: Stati UE, in quanto attualmente non sussistono accordi in vigore sullo scambio di informazioni in questa materia con Paesi extra-UE – non possa essere considerato “transnazionale” ai fini di questa particolare disciplina e sia perciò non soggetto all'obbligo di comunicazione. In altri termini, questo tipo di meccanismo sembrerebbe del tutto “fuori campo” rispetto agli obblighi di

*disclosure* della DAC 6 e non vi sarebbe necessità di andare oltre tale preliminare verifica.

Questa conclusione, peraltro, sembrerebbe smentita poco dopo, in quanto a pag. 32 si afferma, altresì, che *“verificatasi la condizione della potenziale riduzione d'imposta in Italia, gli intermediari o i contribuenti sono, al ricorrere di tutte le altre condizioni, soggetti all'obbligo di comunicazione all'Agenzia delle entrate anche qualora il partecipante estero è residente o localizzato in uno Stato con cui non è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni sui meccanismi transfrontalieri”*. Occorre, tuttavia, aggiungere che quest'ultima affermazione sarebbe *inutiliter data* se si ritenessero comunque esclusi dagli obblighi di comunicazione tutti i meccanismi che, pur integrando gli altri requisiti soggettivi ed oggettivi, riguardano l'Italia e un qualsiasi Paese (o territorio) “terzo” (e, cioè, uno Stato extra-UE privo di specifico accordo). Accedendo a questa ipotesi ricostruttiva, infatti, in questo caso non si dovrebbe svolgere alcun ulteriore accertamento in ordine alla potenziale riduzione d'imposta generata in Italia dal meccanismo<sup>4</sup>.

Il punto meriterebbe, quindi, di essere meglio chiarito.

### 3.2. La potenziale riduzione delle imposte

Come anticipato, gli elementi distintivi di cui all'Allegato 1, lettere A, B, C ed E, al D.Lgs. n. 100 del 2020 *“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 UE o in altre giurisdizioni estere con le quali è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni (cfr. art. 6 del D.M.). Ciò in perfetta coerenza con le finalità stabilite, in via generale, dalla direttiva DAC 6, che ha l'obiettivo di proteggere le basi imponibili di ciascuno Stato UE per non pregiudicare il gettito fiscale, le politiche favorevoli alla crescita e il corretto funzionamento del mercato del mercato interno<sup>5</sup>.

In proposito, la bozza di circolare (pag. 31) specifica che *“la riduzione d'imposta è da intendersi in termini potenziali, ossia quale vantaggio di natura fiscale che ci si può*

---

<sup>4</sup> A onor del vero, questa soluzione, qualora confermata, potrebbe incentivare l'utilizzo di intermediari di un Paese terzo senza accordo, che potrebbero continuare ad elaborare o contribuire ad attuare – in veste di promotori del meccanismo e/o di *service providers* – meccanismi potenzialmente aggressivi sottratti all'obbligo di comunicazione. In altri termini, in questa prospettiva, un meccanismo che coinvolgesse, ad esempio, un contribuente residente in Italia e un intermediario USA, privo di qualsiasi collegamento qualificato con uno Stato membro dell'UE, non potrebbe integrare il requisito della transnazionalità e si porrebbe, per ciò stesso, al di fuori dell'ambito di operatività delle disposizioni in esame, anche se riconducibile ad uno degli *hallmarks* rilevanti e potenzialmente idoneo ad erodere la base imponibile del contribuente italiano.

<sup>5</sup> Cfr., in particolare, i Considerando 2 e 10 della DAC 6.

---

*attendere come logica conseguenza dei fatti e delle circostanze del caso, ponendo a confronto ipoteticamente gli effetti fiscali in presenza del meccanismo con quelli che si verificherebbero in sua assenza*".

Questo concetto è espresso ponendo riferimento, da un lato, alla definizione di vantaggio fiscale contenuta all'art. 2, comma 1, lett. i), del D.Lgs. n. 100 del 2020, secondo il quale il vantaggio fiscale è "uno tra i principali vantaggi avente natura fiscale che ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero, tenuto conto dei fatti e delle circostanze"; dall'altro, ai criteri di determinazione del vantaggio fiscale contenuti all'art. 7, comma 3, del D.M., ai sensi del quale tale vantaggio 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".

Questa definizione della potenziale riduzione di imposta pone alcune questioni interpretative.

Innanzitutto, a nostro avviso, la potenziale riduzione d'imposta dovrebbe essere identificata con un vantaggio, di natura fiscale, derivante dal meccanismo, comunque annoverabile tra i vantaggi "principali", anche se non concretizzante il principale vantaggio (i.e.: MBT): in questa prospettiva, quindi, ci sembra di poter affermare che non ogni riduzione d'imposta di qualsiasi ammontare possa essere considerata rilevante ai fini della disciplina in esame, ma solo quella che si dimostri in qualche modo "significativa" rispetto all'operazione considerata; il che, in buona sostanza, dovrebbe portare ad escludere, ad esempio, che siano soggetti ad obbligo di comunicazione tutti i meccanismi rientranti nell'*hallmark E* che comportino, tra i vari vantaggi, una riduzione di imposta del tutto marginale e irrisoria.

In secondo luogo, l'impostazione per cui un meccanismo debba essere oggetto di comunicazione laddove, *inter alia*, abbia l'effetto di provocare una riduzione (anche solo potenziale) delle imposte dovute in uno qualsiasi degli Stati membri dell'UE (o in ciascuno degli Stati terzi che abbiano sottoscritto uno specifico accordo) porta a concludere che, ai fini della determinazione della riduzione di imposta, sia necessario considerare, nel loro complesso, tutti i benefici e gli oneri fiscali che potenzialmente derivano dall'operazione – vista nella sua interezza – e, dunque, riguardando non solo il contribuente, ma anche le sue imprese associate nelle varie giurisdizioni UE (o con specifico accordo) interessate dal meccanismo.



Quanto, poi, ai tributi interessati, la bozza di circolare chiarisce che, relativamente alle imposte italiane, rilevano tutte le imposte (dirette o indirette) riscosse da o per conto di uno Stato membro (o delle sue ripartizioni territoriali o amministrative) che sono ricomprese nella direttiva e, diverse, quindi, dall’IVA, dai dazi doganali, dalle accise e dai contributi per la sicurezza sociale e obbligatoria. Con riguardo, inoltre, alle imposte estere da considerare ai fini del confronto viene specificato che *“per quanto riguarda gli altri Stati rilevano le imposte ivi considerabili equivalenti a quelle italiane”* (pag. 32). A questo proposito – e al fine di evitare incertezze e/o possibili disallineamenti con le regole di recepimento proprie di altri Stati UE – riterremmo opportuno porre riferimento alle imposte della giurisdizione estera da considerare equivalenti a quelle cui si applica la DAC (e non *“a quelle italiane”*). Questo per non ingenerare dubbi, ad esempio, in ordine alla rilevanza o meno, ai fini del confronto, di un’imposta estera di tipo patrimoniale e personale che, pur avendo caratteristiche tali da poter essere considerata (virtualmente) inclusa nella DAC, non trovi alcuna corrispondenza nella tipologia di imposte prevista dal nostro ordinamento nazionale.

Sempre con riferimento all’effetto di potenziale riduzione d’imposta che il meccanismo è idoneo a generare, a pag. 31 della bozza di circolare si afferma che *“non si deve tener conto degli eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell’ordinamento tributario, quali ad esempio la disciplina sulle imprese controllate estere (CFC) o le disposizioni anti ibridi, che al momento in cui sorge l’obbligo di comunicazione non sono state ancora applicate. In altri termini l’obbligo di comunicazione sussiste anche quando in sede di dichiarazione dei redditi, che normalmente viene presentata l’anno successivo e quindi oltre il termine di comunicazione del meccanismo, il contribuente è tenuto a sterilizzare in tutto o in parte gli effetti fiscali del meccanismo stesso in virtù di specifiche disposizioni limitative”*. Questa conclusione suscita qualche perplessità: appare, infatti, difficile ipotizzare una potenziale aggressività del meccanismo – in termini, appunto, di riduzione d’imposta – in presenza di regole idonee a sterilizzarne gli effetti fiscali pregiudizievoli sin dal momento della presentazione della dichiarazione dei redditi e, ancor di più, con riferimento ad un contribuente residente in Italia, la cui “fedeltà fiscale” è, peraltro, direttamente verificabile<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Oltre a quanto già evidenziato, segnaliamo che le disposizioni domestiche e unionali di riferimento non contemplano analoghe previsioni e che il *Final Report* OCSE dell’*Action 12* relativo alle *Mandatory Disclosure Rules* chiarisce, semmai, che i meccanismi devono essere oggetto di comunicazione soltanto ove comportino una potenziale riduzione della base imponibile che non sia neutralizzata, ad esempio, dall’applicazione di norme di contrasto dei disallineamenti ibridi, pur riconoscendo alla giurisdizione interessata l’interesse ad assicurarsi che le predette norme di neutralizzazione – ove operanti in un ordinamento estero – siano applicate in modo corretto e a monitorarne l’efficacia: *“Enquiry and notification requirements not triggered if interest payment is subject to full adjustment under imported mismatch rule”*.

Si tratta di una conclusione che meriterebbe, forse, un'ulteriore riflessione. A nostro avviso, infatti, laddove la singola giurisdizione interessata già preveda idonee misure per "sterilizzare" gli effetti fiscali derivanti dal meccanismo transfrontaliero, occorre attentamente valutare la necessità o meno di confermare l'obbligo di comunicazione. In altri termini – come già avevamo evidenziato nel documento Consultazioni 9/2018 – gli obblighi di comunicazione imposti dalla normativa in esame non dovrebbero perdurare *sine die* in relazione ad un determinato meccanismo transfrontaliero, ma dovrebbero essere destinati ad operare solo fino a quando non siano state adottate specifiche contromisure per neutralizzare gli effetti fiscali del meccanismo soggetto a notifica, ovvero – in alternativa – fino a quando non ne sia stata definitivamente riconosciuta la piena legittimità, in quanto palesemente non elusivo<sup>7</sup>.

### 3.3. Il Main Benefit Test (MBT)

L'art. 7 del D.M. stabilisce che il "*criterio del vantaggio principale*" (*i.e.*: *main benefit test*; MBT) – riguardante gli elementi distintivi di cui all'Allegato 1, lettere A, B e C, punto 1, lett. b), *sub* 1), c) e d), al d.lgs. n. 100 del 2020 – risulta integrato "*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*"; con l'ulteriore precisazione che tale vantaggio fiscale "*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*".

Il MBT, quindi, richiede di per sé un *quid pluris* rispetto alla mera verifica dell'idoneità del meccanismo ad essere utilizzato come strumento di erosione o di distoglimento della base imponibile di uno Stato membro.

In questa prospettiva, la bozza di circolare in consultazione distingue ancor più chiaramente il requisito della "potenziale riduzione d'imposta" dal criterio del "vantaggio

---

Cfr. OECD (2015), *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final report*, OECD/G20 *Base Erosion and Profit Shifting Project*, PECD Publishing, Paris, parr. 260 e ss. e, in particolare, rubrica par. 268.

<sup>7</sup> Ciò pare in linea anche con quanto prevede il Considerando 2 della direttiva DAC 6 ove si afferma la necessità che "*le autorità fiscali degli Stati membri ottengano informazioni complete e pertinenti riguardo a meccanismi fiscali potenzialmente aggressivi. Tali informazioni permetterebbero a dette autorità di reagire prontamente alle pratiche fiscali dannose e di colmare le lacune mediante disposizioni legislative o lo svolgimento di adeguate valutazioni di rischio e audit fiscali. Tuttavia, il fatto che le autorità fiscali non reagiscano a un meccanismo soggetto a notifica non dovrebbe implicare l'accettazione della validità o il trattamento fiscale di tale meccanismo*".

fiscale principale” individuabile attraverso il c.d. *main benefit test* (MBT): infatti, mentre la potenziale riduzione di imposta può interessare un qualsiasi Paese UE (o uno Stato terzo con accordo) affinché un meccanismo riconducibile ad uno qualsiasi degli indici distintivi A, B, C ed E sia da considerare *in the scope* e come tale soggetto agli obblighi di comunicazione, il “vantaggio fiscale principale” individuabile attraverso il MBT, oltre ad essere richiesto solo in presenza di alcuni *hallmarks*, deve essere realizzato (pag. 22) “da uno o più contribuenti in Italia”. E in questo senso, viene ulteriormente precisato che l’art. 7 del D.M. “*fissa due elementi caratterizzanti il criterio del vantaggio principale ai fini dell’obbligo di comunicazione dei meccanismi transfrontalieri ossia: 1. l’esistenza di un vantaggio fiscale conseguibile da uno o più contribuenti in Italia; 2. la prevalenza del vantaggio fiscale rispetto ai vantaggi extrafiscali*” (pag. 35).

L’Agenzia quindi, da un lato, adotta la soluzione per cui, ai fini del MBT, rileva il solo vantaggio fiscale conseguito in Italia, il che – laddove tale soluzione sia ritenuta conforme alla direttiva DAC 6 (tema sul quale rimettiamo le valutazioni alla nostra Amministrazione<sup>8</sup>) – permette di circoscrivere notevolmente l’ambito applicativo della disciplina in esame e, in questo senso, potrebbe essere valutata positivamente dai soggetti interessati. Dall’altro, conferma l’approccio “quantitativo” del MBT e, cioè, la necessità di effettuare la somma “algebrica” dei vantaggi derivanti dal meccanismo per verificare se il vantaggio fiscale supera il 50 per cento dei vantaggi complessivi. In particolare, sotto questo profilo – e analogamente a quanto previsto per il criterio della potenziale riduzione di imposta – anche per il MBT si pone riferimento a tutti i benefici ed oneri che, potenzialmente, derivano dall’operazione nel suo complesso ed in questo senso è precisato che ai fini del calcolo del MBT “*la riduzione di imposta rispetto all’ipotesi di non attuazione del meccanismo debba essere determinata con riferimento agli effetti fiscali complessivi prodotti dallo stesso*” (pag. 36) tenendo conto delle imposte dovute in Italia e di quelle dovute negli altri Paesi UE (o extra-UE con specifico accordo). E ciò dovrebbe valere – a quanto è lecito ipotizzare – non solo in relazione

---

<sup>8</sup> Tale soluzione comporta, in effetti, l’esclusione da qualsiasi obbligo di comunicazione all’Agenzia delle Entrate dei meccanismi che comportano il realizzo del MBT in un altro Stato UE. Ed in questa prospettiva si potrebbe determinare l’effetto di sottrarre sistematicamente gli intermediari residenti in Italia – o che presentano un collegamento qualificato con il territorio nazionale – sui quali, nella visione della direttiva incombe invece, in via prioritaria, l’obbligo di comunicazione, da qualsiasi obbligo di comunicazione degli schemi da essi creati a vantaggio di contribuenti di altri Stati UE sui quali verrebbe, dunque, ribaltato il relativo onere. Effetto, quest’ultimo, espressamente considerato nella bozza di circolare, laddove si specifica che “*la circostanza che il vantaggio fiscale non è riferibile ad alcun contribuente italiano, rende non verificabile il MBT e dunque il meccanismo non è soggetto all’obbligo di comunicazione in Italia. Sarà cura del contribuente estero, al ricorrere delle circostanze previste dalla Direttiva DAC 6, effettuare la comunicazione alla competente autorità fiscale del proprio Stato*” (cfr. pag. 35). Si tratta, quindi, di una conclusione che, verosimilmente, dovrebbe essere stata affermata avuto riguardo a tutte le relative implicazioni e tenendo conto delle esigenze di coordinamento con la posizione assunta dalle altre Autorità fiscali degli Stati UE in ordine ai criteri interpretativi del *test* del vantaggio fiscale principale.

agli effetti che il meccanismo produce sul contribuente, ma anche a quelli riguardanti le sue imprese associate UE: ciò sembra evincersi, in particolare, dalla lettura di pag. 41 della bozza di circolare, relativamente all'esempio 7.

Resta, tuttavia, un *vulnus* di fondo di questa disciplina e riguarda proprio l'adozione dell'approccio "quantitativo" del confronto, ai fini del MBT, tra vantaggio fiscale ed extrafiscale (quest'ultimo definito all'art. 2 del D.M. come "*qualunque vantaggio economico quantificabile di natura non fiscale derivante dal meccanismo transfrontaliero*").

In proposito, per la bozza di circolare (pag. 37) la circostanza che il vantaggio extrafiscale "*debba essere «economicamente quantificabile» consente in primo luogo di circoscriverne l'ambito a quei benefici connessi agli aspetti economici dell'impresa oggettivamente determinabili. In altri termini, indipendentemente dalle ragioni sottese all'attuazione del meccanismo, che possono essere di varia natura (commerciale, organizzativa, regolamentare), ciò che rileva è l'impatto concreto in termini di riduzione di costi o incremento dei ricavi attesi*". Si tratta di una conclusione che di certo semplifica il calcolo del MBT, ma nello stesso tempo ne "impoverisce" di molto la portata, perché potrebbe determinare l'esclusione dal computo di tutti quei vantaggi che non sono economicamente determinabili in quel dato momento storico come, ad esempio, sovente accade per i benefici c.d. reputazionali, che possono determinare solo in una prospettiva futura un accrescimento della capacità dell'impresa di competere sul mercato.

Dunque, le maggiori difficoltà, a nostro avviso, sorgono proprio in sede di comparazione tra vantaggio fiscale e vantaggio c.d. "extrafiscale"; vantaggio questo che, di per sé, mal si presta, di norma, ad essere oggetto di una comparazione di tipo esclusivamente "quantitativo"<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Ed in questa prospettiva, a quanto ci consta, altri Stati UE si sono orientati diversamente, valorizzando un approccio di tipo "qualitativo". Ad esempio, le istruzioni diffuse da altri Paesi, in particolare dal Regno Unito (Cfr. HMRC, *International Exchange of Information Manual*, 6 luglio 2020), pongono riferimento ad uno scrutinio di natura qualitativa, in ragione del quale la "precondizione" del MBT (ove richiesta) agisce come filtro idoneo ad escludere dagli obblighi di comunicazione gli schemi che realizzano un vantaggio fiscale "non indebito", da considerare, cioè, coerente con l'intenzione e le finalità della legislazione di pertinenza del Paese in cui il vantaggio si realizza. In senso conforme, ma con una portata più limitata è la tesi interpretativa adottata dall'Amministrazione finanziaria francese (cfr. *Bofip.impots.gouv.fr. "BOI –CF-CPF- 30-40-10-10" del 25 novembre 2020* paragrafi 140-160), secondo cui il vantaggio fiscale principale rileva (nel senso che comporta gli obblighi di comunicazione del meccanismo) anche se ottenuto in altri Stati UE, ma – ove realizzato in Francia – diventa irrilevante qualora sia da ritenere conforme all'intenzione del legislatore francese.

Ad ogni modo, a questo proposito, merita segnalare che l'esempio 7 formulato a pag. 39 della bozza di circolare andrebbe forse meglio chiarito alla luce delle seguenti considerazioni.

L'esempio in questione riguarda l'acquisto da parte di una società italiana di beni di magazzino che vengono forniti da una società consociata intermedia (che gode di un regime di imposizione inferiore all'1%) al corrispettivo di 100 la quale, a sua volta, li acquisisce da altra società consociata residente in uno Stato UE ad un corrispettivo pari al costo di produzione (50). Si prospetta altresì che l'alternativa sarebbe quella di acquistare le medesime merci da altro fornitore ad un corrispettivo più alto (110 in luogo di 100).

La fattispecie viene ricondotta all'elemento distintivo C.1.b.1 e, cioè, all'ipotesi di *“un meccanismo che prevede pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate”* in cui *“b) nonostante il destinatario sia residente a fini fiscali in una giurisdizione, quest'ultima: 1) non impone alcuna imposta sul reddito delle società o impone un'imposta sul reddito delle società il cui tasso è pari o prossimo a zero”*.

Proprio in quest'ottica, per quanto è dato comprendere, ai fini del calcolo del MBT, l'assunto di base è che il vantaggio fiscale conseguito in Italia, da confrontare con quello extrafiscale, sia costituito dalla deduzione del costo (al netto delle imposte assolute in altro Paese UE in relazione al medesimo meccanismo) corrispondente alla merce acquistata. Allo stesso tempo, sempre nell'esempio citato, si individua il vantaggio extrafiscale nel risparmio conseguito a seguito della scelta di acquistare la merce dalla consociata rispetto all'alternativa dell'acquisto presso terzi (10).

Al riguardo, osserviamo innanzitutto che nell'ambito dell'elemento distintivo in parola C.1.b.1, sembra logico che il vantaggio fiscale – sotto forma di deduzione di un costo a fronte di una non tassazione presso altra consociata – si possa configurare nei casi in cui il costo sia espressivo di un'effettiva riduzione del patrimonio dell'impresa che effettua il pagamento. Appare invece eccessivo che possa individuarsi un vantaggio fiscale quando il pagamento venga effettuato per acquisire beni di magazzino in quanto, in questa ipotesi, siamo in presenza di investimenti di un'impresa in beni reali – che, peraltro, ove acquistati dal fornitore terzo, sarebbero stati pagati di più – i quali potranno dar luogo ad effettive riduzioni patrimoniali solo successivamente e in via eventuale (ad esempio, in caso di rivendita a prezzo inferiore o di perdita).

In secondo luogo e in ogni caso segnaliamo che il calcolo della prevalenza o meno del vantaggio fiscale rispetto a quello extrafiscale (MBT) andrebbe effettuato assumendo ai

fini del confronto termini omogenei. Se, infatti, ai fini della quantificazione del vantaggio extrafiscale si tiene conto del risparmio netto di costi derivante dal confronto tra due alternative (acquisto infragruppo o acquisto dal fornitore terzo), lo stesso criterio dovrebbe essere adottato ai fini della determinazione del vantaggio fiscale, confrontando cioè l'impatto sulla base imponibile italiana che può aver comportato la scelta di acquistare dalla società consociata rispetto a quella dell'acquisizione presso terzi<sup>10 11</sup>.

## 4. La comunicazione

### 4.1. I termini

Nella bozza di circolare (pag. 42) viene precisato che gli obblighi di comunicazione ricadono, secondo un ordine gerarchico, *in primis* sull'intermediario e poi sul contribuente. Ed in questo senso, infatti, si esprime anche la normativa di riferimento. Il D.Lgs. n. 100 del 2020, in particolare, pone riferimento al contribuente quale soggetto tenuto ad effettuare la comunicazione nei seguenti termini:

- a) *“l'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero spetta, in ogni caso, al contribuente in caso di assenza di un intermediario, ovvero qualora quest'ultimo non abbia fornito al contribuente la documentazione attestante che le medesime informazioni sono state già oggetto di comunicazione all'Agenzia delle entrate o all'autorità competente di uno Stato membro dell'Unione europea”*

<sup>10</sup> In altri termini, anche volendo assumere il medesimo punto di vista dell'esempio 7 – che quantifica il vantaggio fiscale applicando l'aliquota IRES italiana del 24 % direttamente al costo di acquisto (di 100) delle merci – è comunque difficile ipotizzare che il supposto vantaggio fiscale di 24 configuri un'ipotesi di MBT, mentre l'operazione alternativa – e, cioè, nell'esempio, l'acquisto da fornitore italiano al prezzo maggiore (di 110) – che pure, seguendo la medesima logica, avrebbe dovuto determinare un “maggior” vantaggio fiscale (di 26,4), non venga presa minimamente in considerazione nel rapporto costi-benefici complessivi dell'operazione. In effetti, il contribuente italiano si limita ad acquistare merci da una consociata al prezzo di mercato e in una situazione in cui, addirittura, il *comparable* nazionale avrebbe imposto un prezzo maggiore.

Sotto altro profilo, sempre in relazione all'esempio 7, non si comprende come si possa, nel medesimo esempio, ipotizzare la presenza di un'imposta dovuta dalla società UE che vende le merci “al puro costo” al fornitore estero dell'impresa italiana.

<sup>11</sup> Per altro verso, sempre in tema di definizione del MBT, desta qualche perplessità anche l'esempio 6, relativo ad un meccanismo circolare rilevante ai fini dell'*hallmark* B.3 (nella bozza di circolare erroneamente indicato come A.3; cfr. pag. 37), per le modalità con le quali viene determinato il vantaggio extrafiscale. Nell'esempio 6, infatti, si assume che i dividendi percepiti dal contribuente italiano rappresentino un vantaggio extrafiscale (di 2) perché sono il frutto di un investimento in azioni effettuato dalla controllata UE (di 20) con fondi ricevuti dallo stesso contribuente italiano; fondi, tuttavia, che la società italiana avrebbe potuto anch'essa investire direttamente – e magari anche con migliori risultati – senza realizzare un meccanismo circolare potenzialmente aggressivo.

*o di altre giurisdizioni estere con le quali è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'articolo 6, comma 1" (cfr. art. 3, comma 7, del D.Lgs. n. 100 del 2020);*

- b) *"il contribuente destinatario dell'obbligo di comunicazione ai sensi dell'articolo 3 trasmette le informazioni sui meccanismi transfrontalieri entro trenta giorni a decorrere dal giorno successivo a quello in cui è stato informato dall'intermediario esonerato circa la sussistenza dell'obbligo di comunicazione a suo carico" (cfr. art. 7, comma 3, del D.Lgs. n. 100 del 2020).*

Conformemente al dettato della norma primaria, nella bozza di circolare (pag. 42) è quindi confermato che *"il contribuente assume l'obbligo di comunicazione al ricorrere di una delle seguenti circostanze:*

- *l'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione;*
- *assenza dell'intermediario;*
- *qualora l'intermediario non abbia fornito allo stesso la documentazione attestante che le medesime informazioni sono già state oggetto di comunicazione".*

A questo proposito, peraltro, il D.M., all'art. 2, comma 4, precisa che in caso di esonero dell'intermediario, quest'ultimo *"informa gli altri intermediari e il contribuente entro i termini" previsti dall'art. 7, comma 1, del D.Lgs. n. 100 del 2020 (e, cioè, entro gli ordinari trenta giorni che decorrono: a) dal giorno seguente a quello in cui il meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione è messo a disposizione ai fini dell'attuazione o a quello in cui è stata avviata l'attuazione; b) dal giorno seguente a quello in cui hanno fornito, direttamente o attraverso altre persone, assistenza o consulenza ai fini dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione").*

Ne consegue, in buona sostanza, che il contribuente è soggetto all'obbligo di comunicazione "in prima battuta" solo quando è assente la figura dell'intermediario (intermediario che poi è, in sostanza, il vero "destinatario" della normativa in esame) e ciò perché solo in questo caso il contribuente assume, contemporaneamente, la "doppia veste" di *promoter* e contribuente. Negli altri casi, invece, il soggetto tenuto alla comunicazione in prima istanza è sempre (e solo) l'intermediario, che nel termine di 30 giorni – decorrente, rispettivamente, da quando il meccanismo "è messo a disposizione ai fini dell'attuazione o a quello in cui è stata avviata l'attuazione" se trattasi di *promoter*, ovvero da quando è stata fornita "direttamente o attraverso altre persone,

assistenza o consulenza ai fini dell'attuazione del meccanismo” se trattasi di service provider – può, alternativamente:

- a) adempiere all'obbligo di comunicazione (e, di conseguenza, fornire al contribuente la documentazione che attesta l'avvenuta comunicazione);
- b) non adempiere all'obbligo di comunicazione;
- c) informare gli altri intermediari e il contribuente di essere esonerato dall'obbligo di comunicazione.

Dunque, in tutte le ipotesi in cui il contribuente *ab origine* non è obbligato alla comunicazione, non può essere qualificato come soggetto all'obbligo di comunicazione prima della scadenza del termine dei 30 giorni concesso all'intermediario per adempiere, ovvero del giorno successivo a quello in cui tale intermediario ha trasmesso l'informativa riguardante la causa di esonero. Ed una conferma in tal senso si ricava anche dalla bozza di circolare, ove a pag. 54 è chiarito che “con riferimento al contribuente, il comma 3, dell'articolo 7 del decreto legislativo, dispone la trasmissione delle informazioni sui meccanismi transfrontalieri entro trenta giorni a decorrere dal giorno successivo a quello in cui lo stesso contribuente è stato informato dall'intermediario esonerato circa la sussistenza dell'obbligo di comunicazione a suo carico. In tal modo il decreto legislativo ha inteso disciplinare l'ipotesi residuale in cui il contribuente sia tenuto alla comunicazione in virtù dell'esonero dell'intermediario”.

In questa prospettiva, a nostro avviso, deve essere interpretato altresì il comma 5 dell'art. 2 del D.M., per il quale, ai fini dell'art. 3, comma 1 del D.Lgs. n. 100 del 2020 – e, cioè, soltanto nell'ipotesi in cui il contribuente è tenuto all'obbligo della comunicazione *in primis*, perché non sussiste un intermediario – il contribuente effettua la comunicazione “entro trenta giorni a decorrere 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”.

Il quadro normativo domestico, così interpretato, appare pienamente conforme alla direttiva: il Considerando 8 della DAC 6<sup>12</sup> nonché l'art. 8 *bis ter*, parr. 1 e 6,

---

<sup>12</sup> Secondo il Considerando 8: *“Al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno e per evitare lacune nel quadro normativo proposto, l'obbligo di comunicazione di informazioni dovrebbe essere imposto a tutti gli attori che sono di solito coinvolti nell'elaborazione, commercializzazione, organizzazione e gestione dell'attuazione di un'operazione transfrontaliera (...) nonché a coloro che forniscono assistenza o consulenza. Non si dovrebbe neanche ignorare che, in alcuni casi, l'obbligo di comunicazione di informazioni non sarebbe applicabile ad un intermediario a causa del segreto professionale o laddove non esistano intermediari perché, ad esempio, il contribuente elabora e attua un sistema internamente (...). In*



introducono, a nostro avviso, una vera e propria “*rule of order*” che mira a dissuadere gli intermediari dall’elaborazione e messa a disposizione di schemi potenzialmente aggressivi a vantaggio dei clienti, nel presupposto che, senza l’apporto qualificato degli “ideatori” professionali, difficilmente i contribuenti sarebbero in grado, in autonomia, di creare e gestire tali schemi; ragion per cui l’obbligo di comunicazione viene fatto ricadere sul contribuente solo nelle ipotesi in cui esso agisca – come detto – nella doppia veste di “contribuente/intermediario”, che realizza direttamente *in house* i meccanismi o, in via subordinata, quando l’intermediario sia privo di collegamento territoriale con qualsiasi Stato UE (o con uno Stato extra-UE per cui vige uno specifico accordo) o possa invocare una specifica causa di esonero.

Sulla base di questo quadro normativo, a nostro avviso, eventuali (e residuali) criticità possono porsi in due specifiche ipotesi:

- a) innanzitutto, nel caso in cui l’intermediario non adempia nei suddetti 30 giorni all’obbligo di comunicazione e non informi il contribuente del proprio inadempimento;
- b) inoltre, qualora l’intermediario, pur adempiendo correttamente, secondo il suo *standard* di conoscenza, nei 30 giorni all’obbligo di comunicazione e consegnando la documentazione al contribuente, abbia rappresentato il meccanismo in modo insufficiente.

La prima ipotesi non è esaminata espressamente dalla bozza di circolare, mentre la seconda è presa in considerazione a pag. 43, laddove si afferma che la comunicazione effettuata dall’intermediario che non ha ad oggetto le “*medesime informazioni*” considerate essenziali dal contribuente per la corretta rappresentazione del RCBA, è una comunicazione “*carente e non idonea a liberare dall’obbligo di comunicazione il contribuente che ha collegamenti con l’Italia e che dispone di tutte le informazioni sul meccanismo*”.

Ad entrambe queste ipotesi, tuttavia, sembra porre riferimento la bozza di circolare allorché (pag. 54) viene specificato che, a prescindere dall’obbligo di comunicazione imposto all’intermediario, “*ad ogni modo, i termini ordinari per le comunicazioni da parte del contribuente sono quelli previsti dall’articolo 2, comma 5 del decreto ministeriale, richiamati al punto 4.3 del Provvedimento, secondo cui «...il contribuente comunica all’Agenzia delle Entrate le informazioni di cui all’articolo 6, comma 1, del*

---

*tali casi, sarebbe dunque necessario trasferire l’obbligo di comunicazione di informazioni al contribuente che trae beneficio dal meccanismo*”.

*medesimo decreto entro trenta giorni a decorrere 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»*. Inoltre, a pag. 59 del documento si ribadisce questa conclusione allorché si afferma: *“come precisato nel paragrafo 4, vi possono essere casi in cui ricorra l'obbligo concorrente di comunicazione da parte dell'intermediario e del contribuente”*.

Peraltro, la conclusione espressa nel documento – quella, cioè, in base alla quale sarebbe possibile ravvisare, in talune ipotesi, la sussistenza di un obbligo di comunicazione “concorrente” – gravante, cioè, sia sull'intermediario che sul contribuente e decorrente dal medesimo *dies a quo* – finisce per riverberare i suoi effetti anche sul piano sanzionatorio, poiché comporta (pag. 59) che *“in questi casi, qualora la comunicazione sia omessa, inesatta o incompleta, la sanzione di cui all'articolo 12 del decreto legislativo è applicata autonomamente su entrambi i soggetti, in ragione della violazione da ciascuno commessa, ed entrambi potranno autonomamente accedere all'istituto del ravvedimento operoso. Considerata l'autonomia dei rispettivi obblighi, il pagamento effettuato da un soggetto non libera l'altro soggetto per le violazioni ad egli riferibili”*.

A questo riguardo, a nostro avviso, dovrebbero forse essere approntate maggiori tutele per il contribuente: quindi, sarebbe semmai necessario dare la possibilità al contribuente – magari tramite accesso al proprio cassetto fiscale dal sito dell'Agazia delle Entrate – di prendere visione di tutte le comunicazioni che lo riguardano, al fine di verificare in piena autonomia il corretto adempimento dell'obbligo di comunicazione da parte dell'intermediario e, tra l'altro, di valutare l'eventuale “carezza” della comunicazione trasmessa<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Sotto questo profilo, peraltro, appare sicuramente molto opportuna la conferma, contenuta nella bozza di circolare, della possibilità di ricorrere all'istituto del ravvedimento operoso (di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 472 del 1997) per sanare eventuali violazioni degli obblighi di comunicazione. A questo proposito, viene innanzitutto chiarito (pag. 58) che, per effetto del rinvio operato dall'art. 12 del D.Lgs. n. 100 del 2020 all'art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 471 del 1997 – *“che all'ultimo periodo dispone che «La sanzione è ridotta alla metà se la trasmissione avviene nei quindici giorni successivi»* – quando la comunicazione è eseguita tardivamente *“ma comunque entro quindici giorni, la sanzione applicabile è ridotta della metà. Ad esempio, in caso di omessa comunicazione si applica la sanzione amministrativa da euro 3.000 a euro 31.500; in caso di comunicazione effettuata nei quindici giorni successivi alla scadenza, si applica la sanzione amministrativa da euro 1.500 a euro 15.750”*. Inoltre, a pag. 60 è precisato che *“in considerazione della generale applicabilità dell'istituto del ravvedimento operoso, al sistema sanzionatorio in commento trova applicazione l'articolo 13 del decreto legislativo decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472”*. Ne dovrebbe conseguire quindi – analogamente a quanto già riconosciuto dall'Agazia delle Entrate con riguardo ai profili sanzionatori del c.d. CBCR (*Country-by-Country reporting*) – che in ipotesi di presentazione della comunicazione entro i 15 giorni successivi alla scadenza del termine, la riduzione prevista dall'art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 471 del 1997 si cumula con l'ulteriore riduzione a un nono del minimo prevista dall'art. 13, comma 1, lett. a-bis), del D.Lgs. n. 472 del 1997.

Ad ogni modo, lo ribadiamo, l'obbligo di comunicazione a nostro avviso non può decorrere dal medesimo *dies a quo* per entrambi i soggetti (contribuente e intermediario) perché – come detto – al di là del caso in cui sia assente *ab origine* un intermediario, tale obbligo viene sempre “trasferito” sul contribuente “in seconda battuta” e, quindi, può sorgere – e, in questo senso, “aggiungersi” all'obbligo dell'intermediario – solo una volta che siano inutilmente decorsi i più volte citati 30 giorni stabiliti per l'adempimento dell'intermediario, ovvero dal giorno successivo a quello in cui l'intermediario abbia trasmesso la documentazione che conferma l'avvenuto adempimento ma che è ritenuta comunque insufficiente a rappresentare in modo adeguato il meccanismo.

Il tema meriterebbe, quindi, ulteriori valutazioni.

#### 4.2. Il contenuto

Con riguardo, poi, al contenuto della comunicazione, la bozza di circolare offre importanti indicazioni per gli operatori, con l'intento di semplificare i relativi adempimenti.

Innanzitutto, viene precisato che “*si possono verificare casi in cui il meccanismo integri contestualmente anche elementi distintivi per i quali non sia richiesta la verifica del criterio del vantaggio principale. In tali circostanze si chiarisce che, ai fini dell'obbligo di notifica, prevale l'elemento distintivo per il quale non è richiesta la verifica del criterio del vantaggio principale*” (pag. 34).

Con riguardo al periodo c.d. “transitorio” – e, cioè, per i meccanismi transfrontalieri riportabili, la cui prima fase è stata attuata tra il 25 giugno 2018 e il 30 giugno 2020 – viene (pag. 54 della bozza di circolare), da un lato, confermato che l'obbligo di comunicazione, da effettuare entro il 28 febbraio 2021, è “*una tantum*” e comporta una

---

Sempre con riferimento ai profili sanzionatori della disciplina, poi, si conferma (pag. 60) l'applicabilità dell'istituto del cumulo giuridico di cui all'art. 12, comma 1, del D.Lgs. n. 472 del 1997, per cui “*è punito con la sanzione che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata da un quarto al doppio, chi [...] commette, anche con più azioni od omissioni, diverse violazioni formali della medesima disposizione*”. Tuttavia, secondo il tradizionale orientamento dell'Agenzia delle Entrate il cumulo giuridico non si renderebbe applicabile in caso di ravvedimento operoso, in quanto “*nel caso di ravvedimento, chi ha commesso più violazioni deve ravvedere le singole sanzioni ad esse applicabili*”. Si tratta di un principio espresso sin dalla circolare 10 luglio 1998, n. 180/E, ove era stato chiarito che “*ai fini del ravvedimento, le singole violazioni non possono essere cumulate giuridicamente secondo le regole sul concorso di violazioni e sulla continuazione di cui all'art. 12 del D.Lgs. n. 472 del 1997, per l'assorbente rilievo che le disposizioni contenute nello stesso possono essere applicate solo dagli uffici o enti impositori, in sede di irrogazione di sanzioni*” di modo che il cumulo giuridico sarebbe applicabile solo dall'ufficio.

Si tratta, quindi, di una conclusione che rimette alla scelta del soggetto che ha commesso la violazione di valutare, a seconda del caso concreto, la convenienza di ravvedere o meno le singole violazioni ovvero attendere l'atto di irrogazione delle sanzioni.

“trasmissione cumulativa” delle informazioni rilevanti. Dall'altro che, relativamente a tale periodo transitorio, non sono soggetti all'obbligo di comunicazione “*i meccanismi transfrontalieri che alla data del 25 giugno 2018 erano già in fase di realizzazione, ancorché essi continuino a produrre effetti rilevanti anche dopo tale data*”<sup>14</sup>.

Restano, tuttavia, alcune criticità che non vengono direttamente esaminate nella bozza di circolare in commento e che riguardano, in buona sostanza, tutti in casi in cui il soggetto tenuto alla comunicazione incontra oggettive difficoltà nella complessa verifica degli elementi del meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione. Gli errori che possono incidere sull'idoneità della comunicazione a rappresentare fedelmente il meccanismo possono essere i più vari: ad esempio, il valore del meccanismo transfrontaliero potrebbe non essere facilmente determinabile<sup>15</sup>; il meccanismo potrebbe essere rappresentato come rilevante ai fini di un *hallmark* diverso da quello ritenuto corretto dall'ufficio; oppure potrebbero essere trasmesse informazioni che, pur relative al rapporto, esulano dai profili rilevanti ai fini della DAC 6 (c.d. *over-reporting*). Così come non è sempre facile identificare nella comunicazione tutti i soggetti – diversi dal contribuente e dagli intermediari – interessati dal meccanismo e fornirne i dati relativi all'identità e alla giurisdizione di appartenenza.

Proprio in considerazione di queste eventualità – che molto facilmente si potrebbero verificare in questa prima fase di applicazione della disciplina in commento – sarebbe quanto mai opportuno valutare l'ipotesi della non applicazione di sanzioni

---

<sup>14</sup> Peraltro, passando ad un profilo più generale, la bozza di circolare chiarisce che la comunicazione di informazioni relative ad un meccanismo effettuata nell'ambito delle varie procedure di interpello previste dal legislatore – ed espressamente elencate a pag. 51 della bozza di circolare – non assolve agli obblighi di comunicazione in considerazione della specificità della normativa DAC 6. Questa sarebbe stata, per la verità, una rilevante semplificazione per i soggetti coinvolti dai nuovi adempimenti ma è probabile che la procedura, necessariamente “standardizzata”, di comunicazione richiesta dalla DAC 6 mal si conciliasse con le modalità di comunicazione previste nell'ambito delle varie procedure di interpello. Ed in questa prospettiva, semmai, andrebbe anche precisato se l'elenco di pag. 51 è da intendersi come puramente esemplificativo, onde fugare ulteriori dubbi in ordine alla rilevanza delle comunicazioni rese nell'ambito di ulteriori procedure (si pensi, ad esempio, alle capillari informazioni che sono rese nell'ambito del regime di adempimento collaborativo previsto dal D.Lgs. n. 128 del 2015).

<sup>15</sup> Soprattutto rispetto al passato, ma anche “a regime”, vi potrebbero essere casi in cui il “meccanismo” è realizzato ogni anno – si pensi, ad esempio, ad ipotesi di contratti di somministrazione periodica dal quale sorgano una pluralità di rapporti giuridici (riaddebiti di personale, di garanzie, ecc.) – e da cui originano ogni anno migliaia di operazioni, singolarmente fatturate. In questi casi, quindi, si pone il dubbio sulle modalità con cui effettuare la comunicazione e, in particolare, sul valore da indicare e sulla necessità o meno di reiterare annualmente la comunicazione. Questa ipotesi non è espressamente considerata dalla bozza di circolare, tuttavia, a pag. 51, viene precisato che al momento della comunicazione viene rilasciato “*un numero di riferimento del meccanismo transfrontaliero da utilizzare in ogni eventuale successiva comunicazione relativa al medesimo meccanismo e nella relazione periodica*”, specificando altresì che i contribuenti “*sono tenuti ad indicare il numero di riferimento nelle pertinenti dichiarazioni fiscali per tutti i periodi d'imposta in cui il meccanismo transfrontaliero è utilizzato*”. Si potrebbe ritenere, quindi, che in tali ipotesi la comunicazione vada resa *una tantum* e non debba essere reiterata periodicamente specificando i valori derivanti dal meccanismo di anno in anno. Il punto tuttavia meriterebbe un chiarimento.

amministrative per le comunicazioni che presentano una scadenza molto ravvicinata. Facciamo riferimento in buona sostanza – lo abbiamo già accennato in premessa – alle comunicazioni che attengono al c.d. periodo transitorio e che, come detto, devono essere trasmesse entro il prossimo 28 febbraio nonché, a maggior ragione, alle comunicazioni che interessano il periodo compreso tra il 1° luglio 2020 e il 31 dicembre 2020, in relazione alle quali è addirittura prevista la scadenza per il prossimo 30 gennaio 2021 (salvo che – come già accennato in premessa – non sia possibile procrastinare tali adempimenti).

Come abbiamo più volte avuto modo di osservare, infatti, la soluzione di non applicare sanzioni in relazione al non corretto adempimento di questi primi obblighi comunicativi, appare pienamente giustificabile, tra l'altro, alla luce del ritardo con cui è stato completato in Italia l'*iter* di recepimento della direttiva ed è in linea anche con l'art. 25-*bis* della direttiva DAC 6, che attribuisce a ciascuno Stato membro il potere di stabilire autonomamente "*le norme relative alle sanzioni applicabili*" nel rispetto dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività.

## 5. Gli *hallmarks*: analisi degli esempi contenuti nella bozza di circolare

Di particolare interesse ed utilità per l'interprete si dimostrano gli esempi, contenuti nella bozza di circolare, volti a chiarire la riconducibilità dei meccanismi transfrontalieri nei vari *hallmarks*. Anche a questo riguardo merita, però, formulare alcune precisazioni.

In merito ad alcuni esempi riguardanti l'*hallmark B* il meccanismo rilevante sembra essere caratterizzato dal mancato rispetto della disciplina di *transfer pricing*. Intendiamo riferirci ai casi in cui, in sostanza, una società italiana trasferisce utili alla controllata estera – per accelerare l'utilizzo di perdite pregresse della controllata (cfr. esempio 10 illustrato a pag. 71 e riguardante l'*hallmark B.1*, rispetto al quale tuttavia si conclude per la non integrazione di un RCBA) o per trasformare profitti d'impresa imponibili in dividendi esenti (cfr. esempio 12 a pag. 73, relativo all'*hallmark B.2.*) – attraverso l'effettuazione di operazioni commerciali *intercompany* a prezzi non di libera concorrenza: situazioni, cioè, che si configurano come vere e proprie violazioni delle disposizioni dell'art. 110, comma 7, del TUIR in materia di prezzi di trasferimento e non come meri schemi a rischio di potenziale elusione e/o evasione. E a questo riguardo, riteniamo che in simili ipotesi, in ogni caso, non si dovrebbe configurare in capo al contribuente un obbligo di comunicazione, dal quale emergerebbe chiaramente, in

modo preciso e attuale, un'infedeltà dichiarativa autonomamente sanzionabile. Insomma, in queste ipotesi, la riclassificazione del reddito (utile da *transfer pricing* in componente soggetta a minore tassazione) deriva da un'erosione soggetta alle comuni regole di accertamento previste dal nostro ordinamento<sup>16</sup>.

Sempre con riferimento all'*hallmark B*, molti degli esempi successivi si riferiscono ad operazioni di riclassificazioni di redditi tassabili in apporti o redditi soggetti a minore tassazione o, ancora, si riferiscono ad operazioni circolari che implicano una conoscenza dei meccanismi elusivi e una loro applicazione *inter partes* che è possibile solo fra imprese associate o nell'ambito di accordi strutturati. Si veda, per tutti, l'esempio 13, nel quale è utilizzata una società estera *reverse hybrid* (i.e.: trasparente nello Stato in cui è costituita e opaca nell'ottica dell'investitore) della cui presenza l'investitore potrebbe non essere consapevole qualora non sia un'impresa associata o parte di un accordo strutturato<sup>17</sup>.

Poiché l'*hallmark B* non pone riferimento all'esistenza di questi legami (a differenza di quanto previsto, invece, dagli *hallmarks C* ed *E*) occorre precisare che tali legami devono comunque sussistere perché possa scattare l'obbligo di comunicazione<sup>18</sup>.

Ulteriori chiarimenti poi, più in generale, meriterebbero gli elementi distintivi relativi all'**hallmark C**, e precisamente, a nostro avviso, appare imprescindibile fornire ulteriori precisazioni in ordine alle ipotesi rilevanti nell'*hallmark C.1.c* (pagamento che gode di un'esenzione) e *C.1.d.* (pagamento che beneficia di un regime fiscale preferenziale) nonché garantire un adeguato coordinamento con quanto previsto per i meccanismi c.d. standardizzati (o "comerciali") di cui all'*hallmark A.3*; meccanismi in relazione ai quali, se finalizzati alla fruizione di un'agevolazione fiscale domestica, è escluso

---

<sup>16</sup> Si tengano presenti al riguardo anche le considerazioni che la circolare svolge in premessa (e che abbiamo sopra riportato) e, cioè, che la comunicazione non è finalizzata a "confessare" un'evasione o un'elusione, ma solo i meccanismi che presentino uno degli elementi segnaletici previsti dalla DAC 6.

<sup>17</sup> In particolare, soffermando l'attenzione sull'esempio 15, ove si ipotizza un caso di ibrido importato, l'aspetto critico deriva proprio dalla circostanza che non viene detto che tutte le società interessate appartengono al medesimo gruppo, generando il dubbio che qualsiasi società italiana che accenda un finanziamento con una società estera (anche UE) debba farsi carico di risalire la catena delle sovrastanti operazioni finanziamento per verificare se si è in presenza di un ibrido importato che, nel caso, provocherebbe conseguenze ai fini degli obblighi da DAC 6 anche al di fuori delle operazioni interne al gruppo o connesse con un accordo strutturato; ossia, anche oltre i limiti soggettivi di applicazione delle misure di contrasto dei disallineamenti da ibridi.

<sup>18</sup> Per completezza, rileviamo altresì che sarebbe di particolare utilità per gli operatori interessati da questa disciplina avere chiarimenti in ordine all'eventuale rilevanza – ai fini dell'*hallmark B.2* – dei piani di *stock options* previsti a favore dei dipendenti, per i quali risulta applicabile un regime fiscale di favore e che comportino la conversione del reddito di lavoro dipendente in reddito di capitale. Il dubbio si pone, in particolare, per tutti i piani di *stock options* a favore di dipendenti non residenti. Il tema – che a quanto ci consta sta interessando anche le autorità fiscali di altri Stati UE – meriterebbe, a nostro avviso, di essere espressamente esaminato nell'ambito della circolare.

qualsiasi obbligo di comunicazione “a condizione che rispettino i limiti e le condizioni previste dalle pertinenti disposizioni normative e che non rientrino in un più ampio schema di pianificazione fiscale aggressiva che assume rilevanza rispetto agli obblighi di comunicazione dei meccanismi transfrontalieri” (cfr. pag. 67 della bozza di circolare).

Il tema è particolarmente delicato e merita di essere meglio precisato.

Innanzitutto, nell'Allegato IV della DAC 6 è espressamente chiarito, tra l'altro, che “nel contesto dell'elemento distintivo della categoria C, paragrafo 1, la presenza delle condizioni di cui alla categoria C, paragrafo 1, lettera b), punto i) e lettere c) e d) non può di per sé costituire un motivo per concludere che un meccanismo soddisfi il criterio del vantaggio principale”. Questo dovrebbe significare, per l'appunto, che relativamente ai menzionati elementi distintivi dell'*hallmark* C, par. 1, lett. b), punto 1) e lett. c) e d) dell'Allegato I al D.Lgs. n. 100/2020, il criterio del MBT non possa mai ritenersi integrato, *sic et simpliciter*, per il solo fatto che una determinata giurisdizione accordi un regime fiscale “preferenziale” o comunque di favore. In altri termini, rispetto alle ipotesi che astrattamente presentano i citati elementi distintivi della categoria C, dovrebbe essere necessario individuare un *quid pluris*, che valga a connotare in senso “negativo” il vantaggio fiscale ottenuto in ragione della fruizione del regime fiscale di favore; ed in questo senso, peraltro, si sono già pronunciati altri Stati membri dell'UE.

Per contro, nell'ambito della disciplina domestica e, precisamente, nel contesto degli elementi distintivi dell'*hallmark* C, questa importante prescrizione contenuta nella direttiva non è stata recepita. Anzi, il D.M. si è limitato ad introdurre un criterio di valutazione “rafforzata” del MBT per le sole ipotesi di meccanismi c.d. “commerciali” riconducibili all'*hallmark* A, punto 3; soltanto tali meccanismi, infatti, possono essere esclusi dagli obblighi di comunicazione, ove l'*arrangement* sia “finalizzato alla fruizione di un singolo regime fiscale di agevolazione previsto dall'ordinamento dello Stato e al ricorrere delle condizioni previste dalla disposizione di agevolazione” (cfr. art. 8, c. 1, del D.M.<sup>19</sup> e pag. 67 della bozza di circolare).

<sup>19</sup> L'art. 8, comma 1, del DM ha operato, quindi, in modo ulteriormente selettivo riservando lo scrutinio di conformità del meccanismo rispetto alla *ratio legis* – necessario ad escludere gli obblighi di comunicazione – ai soli *hallmark* della categoria A.3; soltanto, cioè, ad una specifica tipologia di *hallmark* sottoposti a MBT: la norma domestica stabilisce, infatti, che “un meccanismo non rientra tra quelli indicati alla lettera A, punto 3, dell'Allegato 1 al decreto legislativo 30 luglio 2020, n. 100, se finalizzato alla fruizione di un singolo regime di agevolazione previsto dall'ordinamento dello Stato e al ricorrere delle condizioni previste dalla disposizione di agevolazione”. Questa scelta ha lasciato aperto il problema di individuare un altro criterio per distinguere i meccanismi che presentano uno o più degli elementi distintivi sottoposti al test del vantaggio fiscale principale rispetto agli altri meccanismi che, invece, presentano anche (o soltanto) elementi distintivi di altro tipo: problema che la bozza di circolare risolve limitando la rilevanza degli *hallmark* soggetti a MBT alle sole ipotesi in cui il vantaggio principale sia conseguito in Italia.

Su questo tema di particolare importanza neppure la bozza di circolare sembra fornire precisazioni. A pag. 86 del documento, infatti, ci si limita a precisare che la condizione prevista dall'elemento distintivo C, punto 1, lettera c) – riguardante il pagamento che beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali – *“si riferisce a situazioni in cui il componente reddituale correlato al pagamento non sia assoggettato alle pertinenti imposte nello Stato del destinatario quale conseguenza del riconoscimento di sgravi fiscali nella forma di esenzioni, esclusioni dalla base imponibile, riduzioni d'imposta, compensazioni, rimborsi e crediti di imposta legati ad agevolazioni”*; precisando, altresì, che *“tali cause di esenzione, peraltro, considerato lo specifico riferimento al concetto di “pagamento”, devono intendersi riferite esclusivamente al componente reddituale correlato al pagamento transfrontaliero e non allo status soggettivo del destinatario”*.

Inoltre, in ordine al concetto di “regime fiscale preferenziale” di cui all'*hallmark* C, punto 1, lett. d) – che risulta integrato quando *“il pagamento beneficia di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali* – nella bozza di circolare sono richiamati i criteri elaborati nel contesto dei lavori dell'*Action 5* del BEPS per distinguere i regimi *harmful* e *not harmful* e i lavori di periodica revisione dei regimi vigenti nei Paesi che hanno aderito all'*Inclusive Framework on BEPS*, per poi fornire però solo un chiarimento “in negativo” (cfr. pag. 86), nel senso che devono essere *“considerati come regimi non preferenziali esclusivamente quelli per i quali a seguito di verifica da parte dell'OCSE sia stato loro attribuito il giudizio di “non dannoso” (Not harmful)”*.

A fronte di queste precisazioni, quindi, permangono rilevanti criticità di fondo. *In primis*, ci si chiede se, con riferimento ai meccanismi ricadenti nella categoria C.1.c, assumano rilievo o meno anche regimi fiscali di favore *not harmful* e, in caso affermativo, come queste ipotesi possano essere coordinate con quelle previste dalla categoria C.1.d. A nostro avviso, infatti, delle due l'una: o il regime fiscale di favore è dannoso e, quindi, si ricade nel C.1.d; oppure l'agevolazione è *not harmful* e, quindi, al pari di quanto è previsto per le agevolazioni fiscali domestiche di cui all'*hallmark* A.3, anche in tali ipotesi se la fruizione del regime di favore è coerente con la *ratio* della norma di agevolazione e rispetta i limiti e le condizioni da questa previste, deve essere, *ex se*, idonea ad escludere il meccanismo dall'*hallmark* C.1.c.

Resta, inoltre, in ogni caso, aperto il problema della qualificazione dei regimi vigenti in Stati che non abbiano aderito all'*Inclusive Framework*. In tali casi, a nostro avviso, si potrebbe comunque porre riferimento ai requisiti di sostanza individuati dall'*Action 5* senza giungere alla conclusione che debba essere considerato privilegiato qualsiasi



regime presente in tali giurisdizioni per il solo fatto di non essere stato sottoposto a “scrutinio” presso l'*Inclusive Framework*<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Infine, non abbiamo particolari osservazioni in merito ai restanti *hallmarks* della categoria A, nonché delle categorie D ed E. Semmai, ai fini dell'*hallmark A*, ci limitiamo a riportare quanto segnalatoci da alcune imprese, che hanno espresso più di un dubbio interpretativo sull'ampio concetto di clausola di riservatezza rilevante ai fini della DAC 6 secondo la bozza di circolare (cfr. par. 7.1.1). In particolare, nel documento (pag. 63) è innanzitutto precisata la necessità “che la stessa abbia ad oggetto le «modalità con cui il meccanismo potrebbe garantire un vantaggio fiscale»”. Quanto alle prove circa la sua esistenza, poi, è chiarito che l'obbligo di confidenzialità può essere, tra l'altro, desunto dalla presenza di accordi “che impongono all'utilizzatore l'obbligo di comunicazione al promotore della corrispondenza riguardante il meccanismo, in particolare quella intercorsa con l'Amministrazione finanziaria” (pag. 64). Alla luce di questi chiarimenti, sorge il dubbio di come considerare le clausole – spesso contenute negli accordi che intercorrono tra intermediario e cliente – che potrebbero essere definite “di reciproca informativa e di riservatezza” e che, pur non originando da esigenze fiscali, prevedono espressamente un'apposita ma del tutto generica dicitura in merito all'eventuale ricomprensione o, viceversa, esclusione dall'obbligo di reciproca informativa degli aspetti fiscali.