

I QUADERNI DEL GRUPPO ASLA DELLA **DAC 6**

A CURA DI PAOLO DE' CAPITANI DI VIMERCATE  
CON TESTI DI MICHELE BISSOLI, MARCO ADDA, UMBERTO LORENZI,  
FRANCESCA SIPALA, ALBERTO PLUVIANO, FRANCESCO PISCIOTTA, MICHELE  
SANTOCCHINI, FEDERICO FRANCONI, MARCO MELISSE, GIULIA SIBILLA,  
GIORGIO VASELLI, ANDREA MIRABELLA, MARCO ETTORRE, ALESSANDRO  
CUZZOLA ALBANESE, FEDERICO CONSULICH

# PIANIFICAZIONE FISCALE INTERNAZIONALE: LA DAC 6 I NUOVI OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE IN CAPO A PROFESSIONISTI, INTERMEDIARI E CONTRIBUENTI



I QUADERNI DEL GRUPPO ASLA DELLA **DAC 6**

A CURA DI PAOLO DE' CAPITANI DI VIMERCATE  
CON TESTI DI MICHELE BISSOLI, MARCO ADDA, UMBERTO LORENZI,  
FRANCESCA SIPALA, ALBERTO PLUVIANO, FRANCESCO PISCIOTTA, MICHELE  
SANTOCCHINI, FEDERICO FRANCONI, MARCO MELISSE, GIULIA SIBILLA,  
GIORGIO VASELLI, ANDREA MIRABELLA, MARCO ETTORE, ALESSANDRO  
CUZZOLA ALBANESE, FEDERICO CONSULICH

# PIANIFICAZIONE FISCALE INTERNAZIONALE: LA DAC 6 I NUOVI OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE IN CAPO A PROFESSIONISTI, INTERMEDIARI E CONTRIBUENTI



# Indice

<b>CAPITOLO 1</b> di Paolo de' Capitani di Vimercate	9
La DAC 6 e gli obblighi di comunicazione delle operazioni di pianificazione fiscale internazionale aggressiva: l'ispirazione americana e il nuovo ruolo dei professionisti	
1. Introduzione	9
2. I meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione	11
3. L'ispirazione del sistema statunitense di comunicazione delle operazioni di pianificazione fiscale aggressiva (anche domestica)	15
4. La crepa nel segreto professionale e le questioni pregiudiziali rimesse alla Corte di Giustizia dal Consiglio di Stato francese e dalla Corte costituzionale belga per l'ipotizzata violazione del diritto primario UE da parte della DAC 6	17
4.1. Le questioni pregiudiziali pendenti innanzi alla Corte di Giustizia UE	22
4.2. Le prospettive dei giudizi pendenti innanzi alla Corte di Giustizia	24
5. Conclusioni	25
<b>CAPITOLO 2</b> di Michele Bissoli	27
Intermediari e contribuenti soggetti all'obbligo di comunicazione	
1. Premessa	27
2. L'intermediario	28
3. Il promotore	29
4. Il fornitore di servizi	31
5. Il collegamento territoriale	36
6. Contribuente	37
7. Il collegamento territoriale	38
8. Conclusioni	39
<b>CAPITOLO 3</b> di Marco Adda e Umberto Lorenzi	41
Gli Hallmarks A, B e C	
1. Premessa	41
2. Interpretazione ed esemplificazione	43
2.1. Introduzione	43
2.2. Hallmarks A	44
2.3. Hallmarks B	46
2.4. Hallmarks C	48

<b>CAPITOLO 4</b> di Francesca Sipala	53
Gli Hallmarks di categoria D	
1. Gli Hallmarks di categoria D	53
2. Meccanismi che hanno l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dallo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari (D.1)	55
3. Meccanismi che determinano una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente (D.2)	59
<b>CAPITOLO 5</b> di Alberto Pluviano	63
Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento (Hallmarks E)	
1. E.1. Safe harbour unilaterale	64
2. E.2. Trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione	66
3. E.3. Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività	70
<b>CAPITOLO 6</b> di Francesco Pisciotta, Michele Santocchini e Federico Franconi	73
La potenziale riduzione di imposta	
1. La potenziale riduzione d'imposta: ratio e rilevanza nel sistema delle mandatory disclosures rules nazionali	73
2. Il requisito della potenziale riduzione d'imposta: ambito applicativo	75
3. Il carattere potenziale della riduzione d'imposta	77
4. Le forme di manifestazione della potenziale riduzione d'imposta	79
5. Le modalità di calcolo della potenziale riduzione d'imposta	80
<b>CAPITOLO 7</b> di Marco Melisse e Giulia Sibilla	85
Il criterio del vantaggio principale	
1. Definizione e caratteristiche principali	85
2. Il MBT nella normativa italiana	87
2.1 Prima criticità del MBT: difficoltà a quantificare oggettivamente il vantaggio extrafiscale	89
2.2 Seconda criticità del MBT: coesistenza di più elementi distintivi	91
3. Il MBT in altri Stati Membri	91
3.1 Germania	91
3.2 Francia	92
3.3 Regno Unito	92

<b>CAPITOLO 8</b> di Giorgio Vaselli e Andrea Mirabella	95
DAC 6 e regimi fiscali di favore	
1. Introduzione	95
2. Cenni sul criterio della potenziale riduzione d'imposta	96
3. Cenni sul criterio del vantaggio principale	98
4. Il vantaggio fiscale derivante dalla fruizione di un regime fiscale di favore previsto dall'ordinamento	99
5. Analisi di casi specifici	101
<b>CAPITOLO 9</b> di Marco Ettore e Alessandro Cuzzola Albanese	107
Comunicazione all'Agenzia delle Entrate, conservazione dei documenti e dei dati relativi al meccanismo transfrontaliero, sanzioni amministrative-tributarie	
1. La comunicazione dei meccanismi transfrontalieri all'Agenzia delle Entrate	107
2. La comunicazione tra gli intermediari e con il contribuente	109
3. Gli obblighi di conservazione della documentazione	111
4. Sanzioni amministrative-tributarie	113
<b>CAPITOLO 10</b> di Federico Consulich	117
Societas tenetur se detergere? Luci e ombre penalistiche dopo l'introduzione del D. lgs. 100 del 2020	
1. <i>Compliance</i> e diritto penale: una relazione non semplice	117
2. Oggetto e soggetto dell'obbligo di comunicazione	118
3. L'indeterminatezza del rischio di responsabilità da omessa comunicazione	119
4. Il sistema sanzionatorio per l'omessa comunicazione	120
5. La rilevanza penale della violazione del segreto professionale	122
6. Il fulcro della disciplina: le cause di giustificazione dell'art. 3 del d. lgs. 100 del 2020	123
7. La persona giuridica obbligata alla confessione	125
8. Note conclusive, tra pessimismo dell'intelligenza e ottimismo della volontà	127



**CAPITOLO 1** di Paolo de' Capitani di Vimercate

# La DAC 6 e gli obblighi di comunicazione delle operazioni di pianificazione fiscale internazionale aggressiva: l'ispirazione americana e il nuovo ruolo dei professionisti\*

*\*Nota: Il presente contributo è destinato alla pubblicazione su Diritto e pratica tributaria internazionale n. 4/2021. Si ringrazia CEDAM per l'autorizzazione alla pubblicazione in questa collettanea.*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione. – 3. L'ispirazione del sistema statunitense di comunicazione delle operazioni di pianificazione fiscale aggressiva (anche domestica). – 4. La crepa nel segreto professionale e le questioni pregiudiziali rimesse alla Corte di Giustizia dal Consiglio di Stato francese e dalla Corte Costituzionale belga per l'ipotizzata violazione del diritto primario UE da parte della DAC 6 – 4.1 Le questioni pregiudiziali pendenti innanzi alla Corte di Giustizia UE – 4.2 Le prospettive dei giudizi pendenti innanzi alla Corte di Giustizia – 5 Conclusioni

## 1. Introduzione

Non essendo obiettivamente ipotizzabile, e probabilmente nemmeno desiderabile, soffocare la concorrenza fiscale tra stati nell'attrazione di basi imponibili e non riuscendosi quindi ad eliminare<sup>1</sup> le differenze tra i diversi ordinamenti che sono il brodo di coltura degli arbitraggi fiscali internazionali, l'impegno delle organizzazioni internazionali come G20, OCSE e UE si è concentrato negli ultimi anni sul miglioramento della cooperazione amministrativa, sia nel senso di incrementare l'assistenza nella riscossione delle imposte altrui, sia soprattutto nel senso di aumentare e rendere più utilizzabile lo scambio di informazioni. Entrambi gli strumenti sono impiegati nel contrasto all'evasione fiscale internazionale – che attraverso l'impiego di società senza sostanza

---

<sup>1</sup> A ridurle si: v. per esempio il progetto BEPS, Action 2, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*.

e intermediari disinteressati all'origine dei fondi ha prosperato e trovato porti sicuri anche nei Paesi più sviluppati e per altri versi alleati – e alla pianificazione fiscale aggressiva, che come accennato sfrutta le differenze nei diversi ordinamenti per estrarre altrimenti indebiti vantaggi tributari. La spinta iniziale alle ultime riforme può senz'altro ricondursi alla decisione degli Stati Uniti d'America di mettere fine alle opacità operative di alcuni intermediari finanziari esteri che raccoglievano e custodivano capitali sottratti alla tassazione negli USA e, al tempo stesso beneficiavano del loro enorme mercato finanziario. Il sistema FATCA ha messo questi intermediari di fronte al dilemma se mantenere tali opacità, rinunciando però all'operatività negli USA, o piegarsi e consegnare i dati dei loro clienti statunitensi<sup>2</sup>. La scelta, favorita dall'emersione della maggior parte dei clienti attraverso il programma di *voluntary disclosure* lanciato negli USA e dalle sanzioni applicate dalla magistratura americana nei confronti di alcune delle banche elvetiche più importanti, è stata appunto per l'adesione al FATCA da parte di questi Paesi e oggi, a diversi anni dalla sua introduzione<sup>3</sup>, la rete degli stati aderenti è piuttosto ampia, anche se incompleta e nonostante non siano mancate fortissime critiche al sistema, sia per l'assenza di reciprocità nello scambio dei dati da parte degli americani, sia per i costi di adempimento, che sono addossati agli intermediari e alle amministrazioni estere. Il FATCA è comunque stata la scintilla che ha indotto l'OCSE<sup>4</sup> a perseguire l'obiettivo dello scambio automatico di informazioni su scala globale e questo, con la cocente esclusione degli USA stessi, è senz'altro stato uno dei progressi più importanti nella lotta all'evasione fiscale internazionale.

Dopo lo scambio di informazioni automatico promosso dall'OCSE e recepito ormai su scala globale<sup>5</sup>, il passo successivo, compiuto con l'approvazione della direttiva UE 2018/822 ha proseguito in questo solco, accentuando ancor più il ruolo degli intermediari, sempre più coinvolti nel contrasto all'evasione e all'elusione fiscale internazionale. Il concetto di base della DAC 6, infatti, risiede nel nuovo ruolo che si affida agli intermediari finanziari e a quelli professionali, imponendogli di comunicare alle amministrazioni i meccanismi che comportino il rischio di perdite di gettito attraverso arbitraggi fiscali internazionali od ostacolino le attività di accertamento dell'Amministrazione finanziaria, per esempio nascondendo l'identità dei titolari di attività finanziarie e patrimoniali estere e frustrando gli scambi di informazioni tra le amministrazioni tributarie. Il paradigma non è più, non solo più, quello del Fisco che verifica *ex post*, per-

2 Già prima del FATCA gli Stati Uniti d'America avevano implementato (sezione 1441 del codice tributario americano) il cd. *qualified intermediary (QI) program*, che tuttavia si era rivelato inadatto a contrastare l'evasione fiscale internazionale di molti contribuenti americani, che nonostante esso si erano affidati a banche estere che pure erano qualificate come QI.

3 L'Italia ha dato avvio al FATCA dal 1° luglio 2014.

4 V. l'Action plan 12 del progetto BEPS, pubblicato nel dicembre 2015, e le relative *Mandatory Disclosure Rules e Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures* che la Direttiva UE stessa richiama al considerando n. 13, secondo il quale “[...] gli Stati membri potrebbero avvalersi dei lavori dell'OCSE e, più specificamente, dei suoi modelli di norme sulla comunicazione obbligatoria di informazioni per far fronte ai meccanismi di elusione del CRS e alle strutture offshore opache, e dei relativi commenti, quale fonte illustrativa o interpretativa, al fine di assicurare un'applicazione coerente in tutti gli Stati membri, nella misura in cui tali testi sono allineati alle disposizioni del diritto dell'Unione”.

5 Sotto la fortissima pressione internazionale hanno ormai aderito allo scambio automatico delle informazioni fiscali molti paesi, inclusi quelli che un tempo si qualificavano come stati black list per via della impenetrabilità dei loro archivi finanziari.

ché si sposta in avanti la frontiera, chiedendo agli intermediari e ai contribuenti stessi di alimentare un database che contenga gli schemi di pianificazione più pericolosi, in modo che le amministrazioni possano reagire tempestivamente, vuoi con verifiche più rapide e mirate, vuoi con la richiesta al legislatore di colmare le lacune su cui poggiano questi schemi. L'effetto più immediato del meccanismo pare quindi essere una inaudita deterrenza nei confronti dei contribuenti più aggressivi e sugli intermediari finanziari e professionali<sup>6</sup>.

## 2. I meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione

Le operazioni da segnalare sono gli schemi, i progetti o gli accordi “transfrontalieri” con rilevanza tributaria che coinvolgono dunque due o più stati membri UE, o uno stato UE e uno stato terzo e che presentino uno degli indici di rischio (i cd. *hallmark*) individuati nella direttiva.

La prima condizione richiesta è che il meccanismo sia transfrontaliero. Occorre quindi che si verifichi almeno una delle seguenti circostanze: non tutti i partecipanti al meccanismo – intesi come contribuenti e come intermediari<sup>7</sup> – sono residenti nello stesso Paese ma almeno uno di questi è residente o presenta un collegamento con l'Italia<sup>8</sup>. Il meccanismo si considera transfrontaliero anche quando riguarda o vi partecipi un contribuente con doppia o multipla residenza, o quando interessi o vi partecipi come intermediario la stabile organizzazione italiana di un soggetto non residente o quella estera di un contribuente residente in Italia. Evidente quindi il coinvolgimento negli obblighi di comunicazione, tra gli altri, delle banche d'affari, degli studi di consulenza e degli studi professionali internazionali che abbiano una stabile organizzazione italiana che si qualifichi come promotore o come prestatore di servizi nell'ambito di un meccanismo transfrontaliero soggetto a comunicazione. La circolare precisa, peraltro, che gli obblighi di comunicazione sussistono anche in capo alle stabili organizzazioni estere di intermediari italiani (banche, studi professionali ecc.), chiudendo quindi il varco a ipotetiche delocalizzazioni mirate ad aggirare la DAC 6<sup>9</sup>. Rientrano nel perimetro dei meccanismi transfrontalieri interessati anche i cd. *internal dealing* tra una stabile organizzazione alla sua casa madre

6 Per una critica di questa impostazione repressiva della DAC 6 v. Blum-Langer, *At a Crossroads: Mandatory Disclosure under DAC-6 and EU Primary Law*, in *European Taxation*, 2021/6 (part I) e 2021/7 (part II); Piran-Sartori, DAC 6 *Implementation in Italy in Practice: A Further Complication of an Already Burdensome Regime?*, in *European Taxation*, 2021/6.

7 Nel caso di intermediari che non siano promotori ma semplici prestatori di servizi, generalmente di consulenza, nell'ambito del meccanismo transfrontaliero interessato l'obbligo di comunicazione sussiste solo ove sia integrato lo standard di conoscenza: v. circolare 2/E, cit., pp. 19 e ss. e, in questa stessa pubblicazione, il contributo di Bissoli. Lo standard di conoscenza, peraltro, non si considera integrato – di per sé e salva la prova dell'effettiva consapevolezza dell'intermediario o del fatto che questi avesse un ragionevole motivo per concludere che l'operazione, pur di routine, si inseriva nell'ambito di un meccanismo soggetto a comunicazione – per le operazioni bancarie e finanziarie di routine; v. per maggiori dettagli il contributo di Bissoli in questa pubblicazione e la circolare 2/E cit., pp. 21-23.

8 V. circolare 2/E del 10 febbraio 2021, portante i “*Primi chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione – decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva “DAC 6”)*”, p. 28, ove anche la non chiarissima definizione dei singoli concetti di schema, progetto e accordo, riferiti in ogni caso a diversi gradi di complessità del meccanismo transfrontaliero.

9 V. circ. 2/E del 2021, cit., p. 32.

e le situazioni in cui un partecipante sia residente in uno stato ma, pur senza disporre di una stabile organizzazione, svolga la sua attività (anche) in un altro paese. Come accennato, infine, si considera transfrontaliero anche uno schema, progetto o accordo che possa frustrare il corretto dispiegarsi dello scambio automatico di informazioni tra autorità fiscali di paesi diversi o che comporti l'utilizzo di strutture di proprietà opache, che non consentano la corretta individuazione del titolare effettivo (*hallmark D*).

Oltre ad essere transfrontaliero, il meccanismo soggetto a comunicazione deve presentare almeno uno degli indici di rischio/elementi distintivi individuati dalla DAC 6 (allegato IV della direttiva)<sup>10</sup>. Rinviano ai singoli contributi che si occupano degli elementi distintivi per un'analisi di dettaglio, possiamo tuttavia ricordare che quelli della categoria A sono "generici" e ricorrono laddove si verifichi una di queste ipotesi: 1. il meccanismo preveda impegni di riservatezza nei confronti di altri intermediari o delle autorità fiscali rispetto alle modalità per cui potrebbe produrre un vantaggio fiscale; l'intermediario sia remunerato in proporzione al vantaggio fiscale conseguito dal contribuente, o a condizione che tale vantaggio sia effettivamente ottenuto; il meccanismo fiscale sia standardizzato, e quindi potenzialmente commerciabile nei confronti di una platea indistinta di destinatari<sup>11</sup>.

Gli altri indici di rischio, appartenenti alle categorie B, C, D ed E sono invece "specifici" e assumono rilevanza perché ritenuti pericolosi a causa degli effetti che possono produrre. Esemplificando, per la categoria B degli elementi distintivi rilevano: 1. i meccanismi che prevedano l'acquisizione di società con perdite pregresse da poter utilizzare dopo aver interrotto l'attività d'impresa, anche trasferendole ad altre entità o in altre giurisdizioni o accelerandone l'utilizzo; 2. quelli che consentano di convertire elementi di reddito in capitale o liberalità categorie reddituali tassate più lievemente o addirittura esenti da imposizione; 3. operazioni circolari che si risolvono in un «carosello» di fondi (*«roundtripping»*), in particolare tramite il coinvolgimento di entità interposte che non svolgono nessun'altra funzione commerciale primaria o di operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che presentano altre caratteristiche simili.

Per la categoria C degli elementi distintivi si può far riferimento ai fenomeni di arbitraggio fiscale internazionale, in cui le differenze tra un ordinamento e l'altro possono portare a situazioni di asimmetrico trattamento tributario di un medesimo componente reddituale, come tipicamente accade in presenza di strumenti finanziari ibridi o veicoli societari trasparenti, ma anche ai mismatch nelle regole di determinazione della residenza fiscale, che se da un lato possono portare a doppie imposizioni, dall'altro possono anche creare le

10 Nella disciplina di recepimento v. l'art. 5 del d.lgs. 100/2020 e il relativo allegato 1.V. inoltre il D.M. 17 novembre 2020, in particolare all'art. 8 per quanto concerne alcune specificazioni degli elementi distintivi.

11 In caso di meccanismi commerciabili, gli intermediari devono presentare all'Agenzia delle Entrate, ogni tre mesi, una relazione periodica con cui aggiornano le informazioni di cui all'articolo 6, comma 1, lettere a), d), g) e h), diventate disponibili dopo la comunicazione di cui al comma 1 o dopo la presentazione dell'ultima relazione. La prima relazione periodica è stata presentata dagli intermediari all'Agenzia delle entrate entro il 30 aprile 2021.

condizioni per salti di imposta e affrancamenti di valore non tassati. Lo stesso vale per la moltiplicazione dei rimedi contro le doppie imposizioni o delle deduzioni per ammortamento di un bene in più giurisdizioni o, infine, per i meccanismi che riguardino trasferimenti di attivi per cui, nelle diverse giurisdizioni interessate, vi sia una differenza significativa nell'importo considerato dovuto come contropartita.

Dell'*hallmark D* si è già detto, mentre l'*hallmark E* concerne il *transfer pricing* e, come prevedibile, è quello che all'avvio della disciplina ha comportato il maggior numero di segnalazioni alle autorità. In particolare, l'*hallmark E* concerne: 1. i meccanismi che comportino il ricorso a *safe harbour* "unilaterali", che si distacchino quindi dalle linee guida OCSE; 2. I meccanismi che comportino il trasferimento dei cd. *hard to value intangible*, vale a dire quei beni immateriali o diritti su beni immateriali per i quali al momento del trasferimento tra imprese associate non esistano affidabili transazioni comparabili e al momento della definizione dell'accordo sia difficile effettuare proiezioni dei flussi di cassa futuri o del reddito, o per i quali le assunzioni utilizzate nella valutazione siano altamente incerte; 3. i meccanismi che comportino il trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività, se la previsione annuale degli utili del cedente o dei cedenti al lordo di interessi e imposte (EBIT), nel periodo di tre anni successivo al trasferimento, sia inferiore al 50 per cento della previsione annuale degli EBIT del cedente in mancanza di trasferimento.

Gli elementi distintivi A, B, C ed E assumono rilevanza soltanto se suscettibili di portare a 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'art. 6, comma 1, del decreto legislativo di recepimento. Quanto ai meccanismi che interessino uno stato UE e uno stato terzo, la circolare 2/E del 10 febbraio 2021 rileva che non sussistono, allo stato attuale, Paesi terzi con i quali sia stato sottoscritto un accordo specifico per lo scambio dei dati "DAC 6", sicché, ove rilevante, la riduzione delle imposte va verificata soltanto in riferimento all'Italia o altri Paesi UE<sup>12</sup>. Laddove, per contro, la riduzione delle imposte riguarda l'Italia, il meccanismo dovrà essere comunicato anche laddove il partecipante risieda in un Paese extra UE; naturalmente, in queste circostanze la comunicazione dovrà essere inoltrata dai contribuenti o intermediari che, ai sensi dell'art. 2 del decreto di recepimento, abbiano un collegamento sufficiente con l'Italia. Va quindi specificato che la DAC 6 non riguarda l'IVA, i dazi doganali, le accise e nemmeno i contributi per la sicurezza sociale obbligatoria<sup>13</sup>. La riduzione di imposta può essere potenziale, identificandosi in un vantaggio fiscale che ci si attende possa derivare dall'applicazione del meccanismo rispetto a quanto avverrebbe in sua assenza. La riduzione va considerata tenendo presenti tutte le circostanze del caso, inclusa la disponibilità di perdite pregresse o crediti di imposta da portare in compensazione, l'adesione

12 V. circolare 2/E, cit., pp. 36-37.

13 Circ. 2/E cit., p. 36, per la quale rilevano invece a titolo esemplificativo l'IRPEF, l'IRES, e relative addizionali, l'IRAP, le ritenute a titolo d'imposta ed imposta sostitutiva, le imposte locali e le altre imposte indirette (imposta di registro, bollo ed ipotecarie e catastali, di successione e di donazione), IVAFE e IVIE, e per quanto riguarda gli altri Stati le imposte equivalenti.

al regime di consolidato fiscale. La circolare fornisce quindi un'elencazione di fattispecie che potrebbe comportare una riduzione di imposta rilevante ai fini della soggezione del meccanismo agli obblighi di comunicazione. In particolare, l'Agenzia richiama l'attenzione sui meccanismi che possano portare a riduzioni della base imponibile o delle imposte dovute, alla fruizione di crediti di imposta per tributi esteri, alla percezione di rimborsi di imposta, al differimento del pagamento di imposta o, ancora, all'esenzione o alla riduzione delle ritenute alla fonte altrimenti applicabili. A questo riguardo, peraltro, l'Agenzia delle Entrate ha assunto una posizione intransigente riguardo alle disposizioni domestiche che già di per sé scongiurino in concreto la sussistenza di riduzioni delle imposte, come è per esempio il caso della disciplina CFC<sup>14</sup> o di quelle che sterilizzano le fattispecie ibride. Secondo l'Agenzia, infatti, occorre comunicare anche quei meccanismi la cui rilevanza tributaria sarebbe sterilizzata dalle suddette disposizioni. Il motivo di questa impostazione dell'Agenzia risale al fatto che nel momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione le disposizioni di tutela previste dall'ordinamento non hanno ancora trovato concreta applicazione, essendo questa prevista in sede di dichiarazione, e quindi l'anno successivo rispetto alla messa a disposizione del meccanismo o alla sua attuazione. Si mira quindi, nello spirito della DAC 6, a garantire un flusso di informazioni a vantaggio dell'Amministrazione preventiva e il più completo possibile, per essere quindi in grado di intercettare agevolmente tutte le possibili violazioni che un contribuente potrebbe compiere "dimenticandosi" di applicare le disposizioni domestiche di tutela. È evidente, per contro, il gravame che in questo modo si addossa ai professionisti che assistano il contribuente in una di queste ipotesi.

La potenziale riduzione di imposta non è invece richiesta, ovviamente, per quanto concerne l'*hallmark* D, che riguarda come detto lo scambio automatico di informazioni e l'individuazione della titolarità effettiva di beni e redditi.

Oltre alle condizioni già descritte, i meccanismi che rientrano negli *hallmark* A, B, C.1.b.1, C.1.c, C.1.d sono soggetti alla comunicazione solo laddove ricorra l'ulteriore requisito del vantaggio fiscale principale (cd. *Main Benefit Test*), vale a dire quando il vantaggio fiscale sia preminente rispetto alle altre utilità del meccanismo. La circolare specifica inoltre che per far sorgere l'obbligo di comunicazione in Italia il vantaggio fiscale principale deve realizzarsi in Italia<sup>15</sup>; in altre parole, se il vantaggio fiscale si realizza in una diversa giurisdizione, purché appartenente all'UE<sup>16</sup>, è in quella giurisdizione, e non in Italia, che sorgeranno gli obblighi di comunicazione, anche laddove uno dei partecipanti fosse italiano. La necessaria misurabilità del vantaggio fiscale che deve appunto qualificarsi come "principale" richiede che esso sia oggettivamente misurabile, pur se ipotetico, in quanto la sua misurazione si deve svolgere *ex ante*, secondo un criterio di ragionevole attendibilità e tenendo ovviamente in considerazione anche le imposte dovute all'estero. Sicché, a fronte di una deduzione riconosciuta in Ita-

14 V. circ. 2/E cit., p. 35 e 36.

15 Circ. 2/E, cit., p. 39.

16 È dunque chiaro che la DAC 6 miri alla tutela della base imponibile degli Stati UE, mentre non rilevano ai suoi fini le erosioni di base imponibile che si realizzano in Stati extra UE (privi di accordi che replichino il regime della DAC 6).

lia, dovranno considerarsi, nella misurazione dell'ipotetico vantaggio fiscale, le imposte dovute all'estero in relazione al medesimo flusso reddituale.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. c), d.lgs. 100/2020, gli intermediari coinvolti<sup>17</sup> nel meccanismo sono tenuti all'obbligo di comunicazione qualora ricorra almeno una delle seguenti condizioni: 1. siano residenti ai fini fiscali nel territorio dello Stato; 2. abbiano una stabile organizzazione nel territorio dello Stato tramite la quale sono forniti i servizi con riguardo al meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione; 3. siano costituiti, disciplinati o regolamentati secondo la legge dello Stato; 4. siano iscritti a un'associazione professionale di servizi in ambito legale, fiscale o di consulenza nel territorio dello Stato.

Quanto ai contribuenti, invece, sorge l'obbligo di comunicazione in capo a quello che si ritrovi una delle seguenti condizioni: 1. è residente ai fini fiscali nel territorio dello Stato; 2. dispone di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato che beneficia del meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione; 3. non soddisfa le condizioni di cui ai punti precedenti e percepisce redditi o genera utili prodotti nel territorio dello Stato; 4. non soddisfa le condizioni di cui ai punti precedenti e svolge la propria attività nel territorio dello Stato.

### **3. L'ispirazione del sistema statunitense di comunicazione delle operazioni di pianificazione fiscale aggressiva (anche domestica)**

Chi conosca un poco il sistema tributario statunitense non fatterà a rintracciare, sempre in quell'ordinamento, anche il modello di riferimento cui si è ispirato il legislatore comunitario con la DAC 6. Verrebbe anzi da chiedersi come mai, laddove il sistema statunitense è in piedi da più di vent'anni, l'UE ci sia arrivata solo oggi, ma la risposta va probabilmente ricondotta ai diversi interessi di alcuni stati membri, non sempre allineati agli altri quando si tratta di contrastare l'evasione e l'elusione fiscale internazionale.

Come si accennava, l'ispirazione al sistema americano è evidente, già a partire dalla considerazione comune secondo cui gli intermediari possono giocare un ruolo fondamentale nel contrasto alle pratiche di pianificazione fiscale aggressiva, ben resa dallo statement secondo cui *"At the heart of every abusive tax shelter is a tax lawyer or accountant"*<sup>18</sup>, che in qualche modo risuona anche nel considerando n. 5 della Direttiva 822/2018, secondo il quale *"È necessario ricordare come taluni intermediari finanziari e altri fornitori di consulenza finanziaria sembrano aver aiutato attivamente i loro clienti a nascondere denaro offshore"*, pur dovendosi ricordare che non tutti i meccanismi che dovranno essere oggetto di comunicazione per la DAC 6 potranno, solo per questo, considerarsi abusivi o addirittura in violazione della legge<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Sul livello minimo di coinvolgimento che comporta l'insorgere dell'obbligo di comunicazione v. il capitolo redatto da Bissoli.

<sup>18</sup> V. Caplin, *The Tax Lawyer's Role in the Way the American Tax System Works*, 24 Virginia Tax Rev., 969, 976.

<sup>19</sup> Per contro, peraltro, il silenzio dell'Amministrazione finanziaria circa un meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione non implica l'accettazione della validità o del trattamento fiscale di tale

Come nella DAC 6, anche negli USA gli obblighi di comunicazione degli schemi di pianificazione fiscale aggressiva sono posti in capo ai contribuenti<sup>20</sup> e ai loro consulenti<sup>21</sup>. Sempre con evidenti analogie a quanto poi introdotto in UE con la DAC 6, le transazioni che devono essere riportate all'IRS sono quelle individuate dall'IRS come "*listed transactions*", quelle per cui sia previsto dal consulente e a carico del contribuente un obbligo di riservatezza – ovviamente dietro il pagamento di un corrispettivo minimo per la consulenza resa<sup>22</sup> –, quelle per cui la remunerazione del consulente sia legata ai benefici fiscali conseguiti dal contribuente (*refundable or contingent fees*), le cd. *loss transactions*<sup>23</sup> e le *transactions of interest*<sup>24</sup>, sempre come previamente identificate dall'IRS.

A differenza della DAC 6, peraltro, il sistema americano concerne tutte le operazioni di pianificazione fiscale aggressiva, e non solo quelle di natura transfrontaliera. È ben vero che alcuni stati UE (Polonia e Portogallo) hanno già esteso, in via autonoma, l'applicazione degli obblighi DAC 6 anche alle operazioni domestiche<sup>25</sup> e non è quindi escluso che, una volta rodato il meccanismo, anche in Italia esso sia esteso alle operazioni meramente domestiche ma in odore di abuso. Anche gli intermediari interessati dalle regole americane sono quelli che *provide[s] any material aid, assistance, or advice with respect to organizing, managing, promoting, selling, implementing, insuring, or carrying out any reportable transaction, and (ii) who directly or indirectly derive[s] gross income in excess of the threshold amount*<sup>26</sup>. E come in UE anche negli USA le operazioni oggetto di segnalazione ricevono un numero identificativo e vanno a comporre un database a disposizione delle attività di verifica dell'IRS. Anche negli USA, nel caso in cui nell'operazione siano coinvolti più consulenti, è possibile designarne uno solo ai fini del *reporting*. Le sanzioni americane per la mancata comunicazione spaziano dai 5.000 sino ai 200.000 dollari o, in caso l'importo sia più elevato, sino alla metà del compenso percepito dal consulente.

Evidenziate le analogie con il sistema di disclosure americano, va tuttavia ricordato che il meccanismo UE dovrà fare i conti con alcune difficoltà di contesto, prima fra tutte quella di operare in un "sistema" composto da 27 ordinamenti tributari differenti, nei quali già l'implementazione della direttiva non

---

meccanismo (art. 5, comma 3, d.lgs. 100/2020).

20 V. Treasury Reg. § 1.6011-4 e il form 8886 che deve essere trasmesso (*Reportable Transaction Disclosure Statement*). Si noti inoltre che nel primo anno in cui il contribuente beneficia del meccanismo di pianificazione deve trasmettere una specifica comunicazione al *Office of Tax Shelter Analysis* – Treas. Reg. § 1.6011-4(e)(1) –.

21 26 USC § 6111 (*disclosure of reportable transactions*). Per i consulenti soggetti all'obbligo di comunicazione è richiesta la compilazione del form 8918 *Material Advisor Disclosure Statement*. I consulenti sono poi tenuti a mantenere traccia dell'attività resa e dei dettagli dell'operazione secondo le disposizioni del *Code of Federal Regulations*: 26 CFR § 301.6112-1.

22 § 1.6011-4(b)(3)(iii) per la determinazione della soglia minima di compenso, che è di 50.000 dollari nel caso in cui il contribuente sia una persona fisica e 250.000 dollari negli altri casi.

23 § 1.6011-4(b)(5) per la definizione di *loss transaction*.

24 § 1.6011-4(b)(6).

25 V. AA.VV., *European Union – How Do You Do IT? MDR in Different EU Member States*, in *European Taxation*, 2021/9. Il Portogallo, peraltro, aveva già introdotto obblighi di comunicazione analoghi sin dal 2008, pur ottenendo pochissime trasmissioni di dati.

26 26 USC § 6111.

è stata del tutto omogenea<sup>27</sup> e le interpretazioni degli istituti fondamentali della direttiva potrebbero quindi divergere a seconda dello stato interessato.

#### **4. La crepa nel segreto professionale e le questioni pregiudiziali rimesse alla Corte di Giustizia dal Consiglio di Stato francese e dalla Corte costituzionale belga per l'ipotizzata violazione del diritto primario UE da parte della DAC 6**

Ai sensi dell'art. 6 della l. 247/2012 (Disciplina dell'ordinamento della professionale forense), «*L'avvocato è tenuto verso terzi, nell'interesse della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e del massimo riserbo sui fatti e sulle circostanze apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale*» e analoga previsione si ritrova nel codice deontologico (art. 13).

Secondo il comma 3 dell'art. 6 citato, «*L'avvocato, i suoi collaboratori e i dipendenti non possono essere obbligati a deporre nei procedimenti e nei giudizi di qualunque specie su ciò di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio della professione o dell'attività di collaborazione o in virtù del rapporto di dipendenza, salvi i casi previsti dalla legge*».

Secondo l'articolo 28 del Codice deontologico forense «1. È dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell'avvocato mantenere il segreto e il massimo riserbo sull'attività prestata e su tutte le informazioni che gli siano fornite dal cliente e dalla parte assistita, nonché su quelle delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato. 2. L'obbligo del segreto va osservato anche quando il mandato sia stato adempiuto, comunque concluso, rinunciato o non accettato. [...] 4. È consentito all'avvocato derogare ai doveri di cui sopra qualora la divulgazione di quanto appreso sia necessaria: a) per lo svolgimento dell'attività di difesa; b) per impedire la commissione di un reato di particolare gravità; c) per allegare circostanze di fatto in una controversia tra avvocato e cliente o parte assistita; d) nell'ambito di una procedura disciplinare. In ogni caso la divulgazione dovrà essere limitata a quanto strettamente necessario per il fine tutelato. 5. La violazione dei doveri di cui ai commi precedenti comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura e, nei casi in cui la violazione attenga al segreto professionale, l'applicazione della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni».

Limitandoci alle figure che più sovente intervengono nella pianificazione fiscale internazionale, disposizioni analoghe valgono per i commercialisti (art. 5, d.lgs. 139/2005, e art. 10 del Codice deontologico).

Avvocati, notai e commercialisti non possono essere obbligati a deporre su quanto conosciuto in ragione del mandato (art. 200 c.p.p. e 249 c.p.c.).

Come chiarito anche dalle Corti internazionali<sup>28</sup>, il segreto professionale mira a tutelare l'interesse del cliente ad affidarsi liberamente a un professioni-

<sup>27</sup> Per una ricognizione dell'implementazione nei diversi paesi UE v. Casi-Eberhard, Chen, Orlic, Spengel, *One Directive, Several Transpositions: A Cross-Country Evaluation of the National Implementation of DAC 6*, in *World Tax Journal*, 2021/1; AA.VV., Andrzejewska-Czernek (ed.), *How Do You Do It? MDR in Different EU Member States*, in *European Taxation*, 2021/9.

<sup>28</sup> Corte di Giustizia, 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05, secondo la quale «*L'avvocato non sarebbe in grado di svolgere adeguatamente il suo incarico di consulenza, di difesa e*

sta, senza il timore che le informazioni ostese per il miglior espletamento del mandato siano poi impiegate in altri contesti e per altri fini. Per questo l'art. 622 c.p. punisce "*chiunque, avendo avuto notizia di un segreto in virtù del proprio stato, ufficio, della propria professione o arte, lo rivela senza giusta causa o lo utilizza a proprio o altrui profitto, se dal fatto può derivare nocimento*". Allo stesso tempo, il segreto professionale tutela anche l'interesse del professionista a tutelare la sua attività, e a questo riguardo l'art. 200 c.p.c. garantisce ai professionisti ivi indicati la facoltà di astenersi dal testimoniare "*su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria*". La stessa Corte costituzionale italiana<sup>29</sup> ha ancorato il segreto professionale al diritto di difesa protetto dall'art. 24 della Costituzione e spiegato che esso soddisfa la "*esigenza di assicurare una difesa tecnica, basata sulla conoscenza di fatti e situazioni, non condizionata dalla obbligatoria trasferibilità di tale conoscenza nel giudizio, attraverso la testimonianza di chi professionalmente svolge una tipica attività difensiva*". Evidente dunque la necessità di bilanciamento che si pone tra la tutela del segreto professionale e altri interessi meritevoli di tutela che con essa di trovino in contrasto, nel caso deciso dalla Consulta nel 1997 l'obbligo di testimonianza. Ed è altresì evidente, già in base ai dati normativi, ma anche scorrendo le decisioni appena citate, il diverso grado di cedevolezza del segreto a seconda delle specifiche attività professionali coinvolte. Esiste infatti un nucleo essenziale, consistente nel segreto difensivo, che più difficilmente potrà cedere il passo nell'ambito di un giudizio di bilanciamento rispetto a quello concernente altre attività professionali<sup>30</sup>. Di qui per esempio, anche nel campo tributario, l'esclusione della derogabilità del segreto difensivo (art. 103 c.p.p.), pure a fronte di un'autorizzazione del Pubblico ministero<sup>31</sup>. Analogamente, nell'ambito della disciplina antiriciclaggio, l'esclusione dell'obbligo di comunicazione delle operazioni sospette da parte del professionista incaricato di compiti difensivi, o comunque strettamente connessi all'esercizio del diritto di difesa, come è la disamina della posizione giuridica del

---

*di rappresentanza del suo cliente, e quest'ultimo sarebbe, di conseguenza, privato dei diritti attribuitigli dall'art. 6, della CEDU, se l'avvocato stesso, nell'ambito di un procedimento giudiziario o della sua preparazione, fosse tenuto a collaborare con i pubblici poteri trasmettendo loro informazioni ottenute durante le consulenze giuridiche che hanno avuto luogo nell'ambito di un tale procedimento"; CEDU, 24 luglio 2008, André, secondo cui il segreto professionale è un corollario del diritto di non incriminarsi. Ancora di recente la CEDU, nella sentenza 17 dicembre 2020, 459/18, Saber v. Norvegia, ha ricordato che "[...] è chiaramente nell'interesse generale che chiunque voglia consultare un avvocato sia libero di farlo in condizioni che favoriscano una discussione piena e disinibita e che è per questo motivo che il rapporto avvocato-cliente è, in linea di principio, privilegiato. La Corte non ha limitato tale considerazione alle sole questioni relative al contenzioso pendente e ha sottolineato che, sia nell'ambito dell'assistenza per un contenzioso civile o penale, sia nell'ambito della richiesta di una consulenza legale, le persone che consultano un avvocato possono ragionevolmente aspettarsi che la loro comunicazione sia privata e confidenziale (si veda, ad esempio, Altay c. Turchia (n. 2), n. 11236/06, §§ 49-51, 9 aprile 2019, e i riferimenti ivi contenuti)."*

29 Sentenza n. 87 del 8 aprile 1997, che ricorda anche come "*L'esenzione dal dovere di testimoniare non è, dunque, diretta ad assicurare una condizione di privilegio personale a chi esercita una determinata professione. Essa è, invece, destinata a garantire la piena esplicazione del diritto di difesa, consentendo che ad un difensore tecnico possano, senza alcuna remora, essere resi noti fatti e circostanze la cui conoscenza è necessaria o utile per l'esercizio di un efficace ministero difensivo.*"V. anche Corte costituzionale, sentenza 229 del 19 giugno 1998, relativa all'illegittimità del sequestro probatorio degli appunti difensivi di un detenuto.

30 V. Marelli, *Segreto professionale e segreto difensivo nell'accertamento tributario*, in *Rass. Trib.*, 2011, 280, par. 3.

31 V. art. 52, comma 3, d.p.r. 633/1972. V. Viotto, *I poteri di indagine dell'amministrazione finanziaria*, Milano, 2002; Vanz, *Poteri conoscitivi e di controllo dell'amministrazione finanziaria*, Padova, 2012; Fransoni, *Poteri d'indagine, segretezza della corrispondenza e segreto professionale*, in *Rass. Trib.*, 2019, 484; Salvini, *Accesso e ispezione negli studi professionali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1991, 28.

cliente<sup>32</sup>. Evidente, invece, l'inapplicabilità del segreto professionale quando il professionista stesso sia oggetto di indagine o accertamento in riferimento a condotte proprie, con l'ovvio limite della proporzionalità delle verifiche, che non possono estendersi ad atti, fatti e documenti irrilevanti, o comunque ottenibili in altro modo (senza quindi interferire nei rapporti con la clientela)<sup>33</sup>.

Uno dei temi più delicati della DAC 6 e del suo recepimento nei diversi paesi UE è dunque quello del segreto professionale. La logica delle *mandatory disclosure rules*, infatti, picchia precisamente sul rapporto tra il contribuente e i suoi consulenti, sia finanziari sia professionali e le informazioni oggetto degli obblighi di comunicazione, così preziose per il contrasto alle operazioni di pianificazione fiscale aggressiva, sono evidentemente sensibili e spesso addirittura coperte dal segreto professionale. Il par. 5 dell'art. 8 *bis ter* della Direttiva lasciava agli Stati membri un ampio spazio di manovra nel bilanciamento tra gli obblighi di comunicazione e la tutela del segreto professionale.

A questo riguardo, analogamente a quanto previsto in materia di antiriciclaggio, il decreto di recepimento ha previsto che gli intermediari siano esonerati dall'obbligo di comunicazione per le informazioni che ricevono dai propri clienti, o che ottengono nel corso dell'esame della posizione giuridica dei medesimi o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza dei clienti stessi nell'ambito di un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intenderlo o evitarlo, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso. Si conferma quindi l'impenetrabilità, nella disciplina italiana di recepimento della DAC 6, del segreto difensivo, quanto meno in linea generale (v. *infra*).

Al di fuori del nucleo del segreto difensivo, come chiariscono le istruzioni fornite dall'Agenzia delle Entrate, non rilevano proprio ai fini degli obblighi di comunicazione le consulenze o i servizi che un professionista renda in relazione a meccanismi già attuati, a patto che attraverso di essi non si apportino modifiche o miglioramenti del meccanismo stesso. Per i meccanismi già attuati non assumono quindi 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 o nell'ambito di un contenzioso. Non rilevano quindi i pareri resi da un professionista riguardo ai rischi che un meccanismo già attuato può comportare, le consulenze o le istanze di interpello aventi ad oggetto i profili di adempimento rispetto alla disciplina in commento, l'assistenza resa ai fini della predisposizione della documentazione del *transfer pricing* o le istanze relative a *mutual agreement procedure* o procedimenti di *ruling* internazionale/accordi preventivi per le imprese con attività internazionali. Tutte queste attività, tuttavia, devono svolgersi dopo la completa attuazione del meccanismo, perché diversamente rientrerebbero invece nel campo di applicazione della direttiva e com-

<sup>32</sup> Art. 35, d.l.gs. 231 del 2007.

<sup>33</sup> V. di nuovo Marellò, op. cit., par. 2.3 e, in questa stessa pubblicazione, Consulich, *Societas tenetur se detegere? Luci e ombre penalistiche dopo l'introduzione del d.lgs. 100 del 2020*, par. 4.

porterebbero conseguentemente l'obbligo di comunicazione in capo ad ogni partecipante, a meno che questi non possa invocare il segreto professionale o un altro esonero<sup>34</sup>, nel quale caso, comunque, l'intermediario è tenuto "a informare ogni altro intermediario coinvolto nel meccanismo di cui abbia conoscenza o, in assenza di quest'ultimo, il contribuente «circa la sussistenza dell'obbligo a loro carico di comunicazione del meccanismo transfrontaliero...» (articolo 3, comma 6, d.lgs. 100/2020) entro il termine previsto dall'articolo 2, comma 4, del decreto ministeriale"<sup>35</sup>. E, come detto, il segreto professionale è riconosciuto per le informazioni ricevute dal cliente, o ottenute dal medesimo:

- nel corso dell'esame della sua posizione giuridica, oppure
- con riferimento ad attività di difesa e/o rappresentanza in un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria o, infine,
- sulla eventualità di intentare o evitare un procedimento innanzi a una autorità giudiziaria<sup>36</sup>.

In altre parole, il professionista che renda un parere *pro veritate/tax opinion* sulla legittimità o sulla abusività di un dato meccanismo prima che ad esso sia data attuazione sarà tenuto ad effettuare la comunicazione "DAC 6", anche laddove il meccanismo sia stato ideato dal contribuente stesso o da un altro intermediario e al professionista non si chieda di suggerire miglioramenti o modifiche di sorta e senza che egli sia per forza al corrente della successiva effettiva attuazione del meccanismo stesso. L'unica eccezione alla regola della comunicazione, a parte i casi più estremi del coinvolgimento diretto dello stesso intermediario in fattispecie di rilevanza penale (ove vige l'esonero basato sul *nemo tenetur se detegere*<sup>37</sup>) o della dimostrata comunicazione da parte di altro intermediario, è la sussistenza del segreto professionale, limitato alle informazioni ottenute nelle fattispecie di cui si è detto<sup>38</sup>. E quando, come appunto potrà accadere di frequente nel caso dei pareri *pro veritate*, ricorrano i requisiti per poter invocare il segreto professionale, l'intermediario sarà comunque tenuto a informare gli altri partecipanti, e in primo luogo gli altri intermediari coinvolti, con i quali non ricorre il suo rapporto professionale, affinché siano resi edotti del suo esonero e provvedano quindi alla comunicazione.

A questo riguardo occorre sottolineare due aspetti.

In primo luogo, i confini del segreto professionale garantito dalla disciplina di recepimento sono limitati alla figura dell'intermediario "prestatore di

34 V. art. 3, comma 4, d.lgs. 100/2020.

35 Circ. 2/E, cit., p. 52.

36 La circolare ricorda poi che "A tutela dell'intermediario, l'ultimo periodo del comma 4, dell'articolo 3 del decreto legislativo, prevede una clausola di salvaguardia da responsabilità per eventuali violazioni del segreto professionale secondo la quale le comunicazioni effettuate dagli intermediari, se poste in essere per le finalità previste dalla norma e in buona fede, «non costituiscono violazione di eventuali restrizioni alla comunicazione di informazioni imposte in sede contrattuale o da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e non comportano responsabilità di alcun tipo»."

37 Fattispecie in relazione alla quale potrebbe essere problematica, in concreto, l'applicazione dell'art. 3, comma 6, del decreto legislativo di recepimento, che impone comunque di comunicare il proprio esonero agli altri partecipanti coinvolti nel meccanismo.

38 Circolare 2/E, cit., p.

servizi”, escludendo quindi il promotore del meccanismo, che non potrebbe quindi mai invocare l’esonero, e anche il prestatore di servizi che partecipi al meccanismo per migliorarlo o contribuire alla sua esecuzione<sup>39</sup>. Trattasi in questo caso di una limitazione che, da un lato, può dirsi ragionevole alla luce degli scopi della direttiva, che vuole incidere sulla pianificazione fiscale aggressiva; dall’altro, non si può non rilevare che i meccanismi oggetto della DAC 6 non sono sovrapponibili a fenomeni di evasione o frode fiscale e in molti casi si tratterà di operazioni perfettamente legittime in tutti i Paesi interessati, per quanto comportanti riduzioni, anche rilevanti, del gettito tributario. È chiaro qui in tutta la sua portata l’effetto di deterrenza che la DAC 6 vuole esercitare nei confronti dei fiscalisti più spavaldi<sup>40</sup> e, forse, anche nei confronti degli stati che più sovente ricorrono a incentivi fiscali di varia natura per attrarre dall’estero attività e basi imponibili. L’incisività della DAC 6 è insomma evidente, se solo si pensa che, nell’ordinamento italiano, il codice deontologico forense (art. 28) non obbliga l’avvocato a denunciare il suo cliente nemmeno quando questi gli rappresenti propositi criminosi di particolare gravità, essendo in tal caso il dilemma rimesso alla coscienza del professionista. Se dunque un avvocato non è mai obbligato a denunciare il suo cliente, nemmeno in presenza di propositi criminosi di particolare gravità, si può legittimamente dubitare della proporzionalità di un obbligo di comunicazione al cospetto di meccanismi di pianificazione fiscale che, come detto, possono anche essere legittimi. Certamente meritevole di valorizzazione, a questo riguardo, è la distinzione tra il segreto difensivo e quello professionale più generalmente inteso, laddove il primo trova in effetti anche una disciplina normativa più rigorosa già all’interno del d.lgs. 100/2020 stesso (art. 3, comma 4) e il secondo può assumere minor peso, nel bilanciamento di valori, quando il professionista partecipi attivamente al meccanismo. Come evidenziato dal Consiglio di Stato francese, non vi sono peraltro precedenti specifici nelle giurisdizioni della Corte EDU e della Corte di Giustizia, anche se i principi enunciati dalla prima nel caso Michaud c. Francia e dalla seconda nel caso C-305/05 sono preziosi e probabilmente significativi anche nella materia in esame (v. *infra*).

In secondo luogo, è evidente che l’obbligo posto – già dalla direttiva – in capo all’intermediario che invochi il segreto professionale di informare del suo esonero soggetti terzi rispetto al rapporto professionale instaurato con il cliente vada a minare proprio quel canale di confidenzialità esclusiva che il segreto vorrebbe tutelare e questo è tanto più discutibile – in gergo comunitario, meno “proporzionato” – laddove gli altri intermediari coinvolti, oltre al contribuente, sarebbero comunque tenuti a effettuare la comunicazione, anche in assenza dell’informativa proveniente dall’intermediario esonerato.

<sup>39</sup> Non sono coperti dal segreto professionale gli intermediari prestatori di servizi che intervengano prima della completa attuazione del meccanismo in relazione al suo miglioramento o alla sua esecuzione, non potendosi far rientrare il loro operato nell’ambito del mero esame della posizione giuridica o nelle valutazioni sull’opportunità di intentare o evitare un procedimento innanzi a una autorità giudiziaria, né, tantomeno, in quello della difesa o rappresentanza in giudizio. In sostanza, resta fuori dal segreto professionale la consulenza “partecipativa”.

<sup>40</sup> In linea con quanto indicato dal settimo considerando della direttiva, secondo cui “È riconosciuto che la comunicazione di informazioni sui meccanismi transfrontalieri di pianificazione fiscale potenzialmente aggressiva avrebbe una migliore possibilità di raggiungere l’effetto deterrente previsto se le informazioni pertinenti raggiungessero le autorità fiscali in una fase precoce, ossia prima che tali meccanismi siano effettivamente attuati”.

La soluzione italiana è comunque analoga a quella di altri Paesi UE.

Nel paragrafo E2 delle istruzioni francesi<sup>41</sup>, infatti, si legge che “*Un intermédiaire prestataire de services est engagé par un intermédiaire concepteur pour fournir un conseil sur un dispositif transfrontière à déclarer. Dans ce cas, la déclaration de l’intermédiaire prestataire de services soumis au secret professionnel n’est souscrite qu’avec l’accord de son client, qui est l’intermédiaire concepteur. En cas de refus de l’intermédiaire concepteur, c’est à ce dernier qu’incombera l’obligation déclarative.*” La comunicazione dell’intermediario coperta dal segreto professionale potrà essere trasmessa alle autorità soltanto con il consenso del cliente. In assenza di questo consenso, l’intermediario esonerato dovrà informare gli altri partecipanti coinvolti e l’obbligo di comunicazione si sposterà in capo agli altri intermediari coinvolti o, in loro assenza, al cliente stesso, esonerando il professionista da ogni profilo di responsabilità per la mancata comunicazione.

La Spagna ha optato per l’imposizione dell’obbligo di comunicazione per tutti i servizi di consulenza legati al miglioramento o all’implementazione del meccanismo, e garantendo invece il segreto professionale per le valutazioni professionali inerenti alla legittimità del meccanismo transfrontaliero. Analogamente all’Italia, anche la Spagna pone dunque la linea di demarcazione sull’oggetto della prestazione professionale, escludendo l’esonero per segreto professionale nel caso di consulenza “partecipativa”, e non meramente valutativa rispetto ai profili di legittimità del meccanismo al perimetro degli adempimenti conseguenti.

Come in Francia e in Italia, peraltro, anche in Spagna l’intermediario che invochi il segreto professionale è tenuto a informare gli altri intermediari coinvolti, o in loro assenza il contribuente, circa il suo esonero. Né, d’altra parte, era possibile per gli stati UE adottare soluzioni diverse, visto che sul punto è chiaro e preciso il disposto dell’art. 8 *bis ter*, par. 5, della direttiva.

In tutti e tre questi paesi, come in altri stati UE, dunque, anche laddove si ritenga operativo il segreto professionale, l’intermediario è comunque tenuto a segnalare il suo esonero agli altri intermediari coinvolti, e questo collide evidentemente con le disposizioni di tutela del rapporto fiduciario tra cliente e professionista, visto che rientra nel campo di applicazione del segreto professionale anche il mero fatto di aver prestato una consulenza a un determinato cliente o essere stato interpellato dallo stesso<sup>42</sup>.

#### 4.1. Le questioni pregiudiziali pendenti innanzi alla Corte di Giustizia UE

A quest’ultimo riguardo, alcuni sviluppi potrebbero giungere dalla Corte di Giustizia, presso la quale sono state sollevate due questioni di rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale belga e del Consiglio di Stato francese,

41 V. BOI-CF-CPF-30-40-10-20, disponibili in [https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/12275-PGP/html/identifiant%3DBOI-CF-CPF-30-40-10-20-20210721#2%C2%B0\\_Secret\\_professionnel\\_0143](https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/12275-PGP/html/identifiant%3DBOI-CF-CPF-30-40-10-20-20210721#2%C2%B0_Secret_professionnel_0143).

42 V. gli artt. 13 e 28 del Codice deontologico forense (nonché le disposizioni analoghe dei codici disciplinari delle altre professioni ordinistiche).

entrambe occasionate da ricorsi presentati dagli ordini forensi e altre associazioni di avvocati belgi e francesi.

Secondo la Corte costituzionale belga, in particolare, è dubbio che l'obbligo di comunicare il proprio esonero agli altri intermediari coinvolti in un meccanismo transfrontaliero soggetto alla DAC 6 rispetti gli articoli 6 e 8 della CEDU e gli artt. 7, 8, 20, 21, 47, 48, 49 e 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ciò perché la misura non sarebbe proporzionata all'esigenza imperativa di interesse generale che si intende perseguire con la DAC 6, visto che il sacrificio del segreto professionale si realizzerebbe anche laddove non strettamente necessario. Il segreto professionale riguarda infatti anche il mero fatto che un determinato cliente si sia rivolto a un determinato professionista (nel caso di specie un avvocato): nel caso in cui il meccanismo veda la partecipazione di altri intermediari, tuttavia, non ricevendo l'attestazione di avvenuta comunicazione da parte del professionista esonerato e a prescindere dal fatto che sappiano del suo coinvolgimento, questi sono già di per sé tenuti ad effettuare la comunicazione alle autorità tributarie prevista dalla DAC 6.

Anche secondo il Consiglio di Stato francese si pone una questione di bilanciamento tra l'obiettivo perseguito dalla DAC 6 e i diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo. Si dubita infatti che gli obiettivi perseguiti dalla DAC 6 possano giustificare un contemperamento del segreto professionale, tutelato dagli artt. 7 e 47 della Carte dei Diritti fondamentali dell'UE e dagli artt. 6 e 8 della Carta europea dei Diritti dell'Uomo, anche in riferimento al diritto alla segretezza della corrispondenza vantato dal cliente e al rispetto della sua vita privata.

In particolare, il Consiglio di Stato francese individua l'obiettivo della DAC 6 non tanto nella lotta alla frode e all'evasione o all'abuso tributari<sup>43</sup> – che in effetti sono diverse dalla pianificazione fiscale aggressiva – quanto piuttosto nella “sorveglianza”, nel monitoraggio, di questi meccanismi e rileva che la Corte di Giustizia, non si è mai espressa sulla meritevolezza di un simile obiettivo ai fini del giudizio di proporzionalità che tutte le misure che limitano un diritto fondamentale devono superare. Come noto, infatti, ogni misura che limiti la fruizione di un diritto fondamentale può considerarsi compatibile con il diritto primario dell'UE soltanto laddove sia necessaria al perseguimento di interessi generali e sia proporzionata rispetto allo scopo, senza quindi comportare limitazioni superflue. In assenza di un precedente specifico della Corte di Giustizia, pertanto, il Consiglio di Stato ha sollevato la questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, comma 1, lett. B), del Trattato sul funzionamento dell'UE, che come noto concerne la legittimità degli atti dell'UE rispetto al diritto primario della stessa.

<sup>43</sup> Il cui contrasto è senza dubbio considerato dalla Corte di Giustizia un motivo imperativo di interesse generale v. le sentenze *Part Service*, 21 febbraio 2008, C-425/06; *Cussens*, 22 novembre 2017, C-251/16; 1° aprile 2014, *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd*, C-80/12.

## 4.2. Le prospettive dei giudizi pendenti innanzi alla Corte di Giustizia

Si pone, dunque, un tema di compatibilità della DAC 6 stessa con le superiori disposizioni del diritto primario UE che tutelano il segreto professionale, individuate come detto negli art. 7 e 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE e 6 e 8 della CEDU. La questione che si presenta innanzi alla Corte di Giustizia verte sul bilanciamento dei contrapposti interessi: da un lato, la tutela del segreto professionale, garantita dalle disposizioni di diritto primario dell'UE e della CEDU che abbiamo richiamato. Dall'altro il contrasto all'opacità delle strutture proprietarie e all'erosione delle basi imponibili dei Paesi UE attuate con la pianificazione fiscale internazionale aggressiva. Se è vero che questa è ben distinta dall'evasione e dalla frode fiscale, non può però concludersi che il suo contrasto non possa considerarsi uno degli obiettivi delle istituzioni comunitarie. Esse nascono in fondo, particolarmente nel settore della fiscalità diretta, con l'obiettivo di coordinare le politiche dei Paesi membri per scongiurare alterazioni della concorrenza e consentire il regolare funzionamento del mercato. È evidente invece che schemi di pianificazione aggressiva internazionale, tanto più se standardizzati, possano compromettere questi interessi, falsando la concorrenza a beneficio di quei paesi e quelle imprese che riescono "vincitori" in questo gioco di "beggar thy neighbor". L'impressione è quindi che la valutazione della Corte di Giustizia dovrà risolversi nell'apprezzare il bilanciamento di questi contrapposti interessi tracciato dalla direttiva e dunque – visto che come detto questa rimette ai diversi stati un ampio margine di manovra – è possibile che gli esiti possano essere diversi da stato a stato e da *hallmark* a *hallmark*.

Comunque legittima, tuttavia, sembrerebbe l'esclusione del segreto professionale nel caso di partecipazione attiva del professionista al meccanismo transfrontaliero soggetto a comunicazione. È vero che mancano su questo precedenti di giurisprudenza, ed è vero che il precedente della Corte di Giustizia C-305/05 così come la sentenza CEDU *Michaud c. Francia* concernevano fattispecie più gravi, legate al sospetto di riciclaggio di denaro e non alla sorveglianza di operazioni "meramente" dannose dal punto di vista tributario. Ma, da un lato, la partecipazione attiva al meccanismo da parte del professionista esula dal nucleo del segreto difensivo, ed è quindi già per questo più cedevole rispetto ai contrapposti interessi di carattere generale perseguiti dal legislatore UE e, dall'altro, come detto è indubbio l'interesse generale perseguito dalla DAC 6: tanto più laddove il professionista promotore o comunque "partecipante attivo" e il suo cliente non siano autonomamente perseguibili, perché non si è in presenza della violazione di alcuna disposizione, si potrebbe ritenere prevalente l'interesse dell'UE e dei paesi membri a intercettare i meccanismi più insidiosi per le loro basi imponibili. Meccanismi insidiosi anche e tanto più perché legittimi, e tuttavia meritevoli di un pronto intervento, per esempio sotto forma di armonizzazione a livello unionale. Sembra quindi che, nel solco dei due precedenti appena citati, anche in questa occasione la Corte di Giustizia potrebbe confermare la legittimità del contemperamento del segreto professionale, alla luce del fatto che "[...] *le secret professionnel des avocats a une grande importance tant pour l'avocat et son client que pour le bon fonctionnement de la justice. Il s'agit à n'en pas douter de l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la*

*justice dans une société démocratique. Il n'est cependant pas intangible, et la Cour a déjà eu l'occasion de juger qu'il peut notamment devoir s'effacer devant le droit à la liberté d'expression de l'avocat (Mor c. France, no 28198/09, 15 décembre 2011). Il convient en outre de mettre son importance en balance avec celle que revêt pour les Etats membres la lutte contre le blanchiment de capitaux issus d'activités illicites, susceptible de servir à financer des activités criminelles notamment dans le domaine du trafic de stupéfiants ou du terrorisme international (Grifhorst c. France, no 28336/02, § 93, 26 février 2009)."*<sup>44</sup>

In definitiva è vero, come detto, che la disciplina antiriciclaggio mira al contrasto di reati particolarmente gravi, laddove nel caso della DAC 6 i meccanismi interessati non dovrebbero invece assurgere a reato, ma anch'essa, come la DAC 6, ha una funzione preventiva e le limitazioni al segreto professionale, con la tutela del nucleo duro del segreto difensivo richiamata anche dalla appena citata sentenza Michaud<sup>45</sup>, potrebbero quindi considerarsi proporzionate rispetto alle finalità di tutela della base imponibile "unionale".

Al contrario, potrebbe ritenersi non proporzionata la disciplina di recepimento nella misura in cui imponga a un professionista che intervenga prima della completa attuazione del meccanismo e possa invocare il segreto professionale ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 100/2020 di informare del suo esonero gli altri partecipanti, così violando il rapporto bilaterale di confidenzialità con il suo cliente. Soprattutto laddove siano coinvolti altri professionisti, infatti, si potrebbe considerare sufficiente la loro già prevista soggezione all'obbligo di comunicazione, senza quindi costringere il professionista che possa invocare l'esonero a informarli.

## 5. Conclusioni

Se è vero che l'Italia ha sinora recepito la direttiva limitandone il campo di applicazione alle sole operazioni transfrontaliere, è anche vero che altri partner europei hanno invece generalizzato il meccanismo e non è quindi escluso che dopo un primo rodaggio anche da noi si estendano gli obblighi di segnalazione anche alle operazioni domestiche. Ad avvocati, notai, commercialisti e consulenti che assistono i contribuenti nei loro rapporti con il Fisco si ricorda quindi che fanno parte di una società e sono prima di tutto membri della comunità e che il loro ruolo deve svolgersi nell'ambito di regole condivise e nell'ottica di una legittima dialettica, a volte anche aspra, con l'ente impositore, ma senza sotterfugi o abusi. Ai professionisti si chiede quindi di portare il loro contributo nel miglioramento del sistema fiscale, in particolare per quel che concerne il coordinamento con quello di altri paesi, nell'ottica della riduzione dei fenomeni di arbitraggio fiscale internazionale e di opacità delle strutture proprietarie.

<sup>44</sup> Corte Edu, Michaud c. Francia, cit., par. 123.

<sup>45</sup> V. in particolare i parr. 127 e 128.

Nel contesto attuale, di sostanziale e prolungata tregua fiscale, nella quale le attività di riscossione forzata sono state a lungo sospese, gli accertamenti diradati e l'attenzione dell'apparato statale è stata più dedicata al dare che al riscuotere, potrà forse suonare stonato parlare di una chiamata alle armi dei professionisti nella lotta alla pianificazione fiscale aggressiva. Tuttavia, le tregue hanno sempre una fine e seppure questa fine coincidesse con una nuova "pace" fiscale, è inevitabile che nel giro di uno o due anni dalla fine della pandemia i numeri che tutto comandano facciano sentire il loro peso e che ripartano quindi verifiche e accertamenti. I nodi, prima o poi, verranno al pettine per tutti e, come detto, le limitazioni al segreto professionale imposte dalla DAC 6, al netto dell'obbligo di informativa nei confronti degli altri intermediari coinvolti già oggetto delle questioni di rinvio pregiudiziale in Corte di Giustizia, non sembrano ingiustificate.

Nell'anno del settecentesimo anniversario della morte di Dante, insomma, è giusto che i contribuenti e i loro professionisti ricordino le sue parole, tenendo a freno l'ingegno, "perché non corra che virtù nol guidi".

## CAPITOLO 2 di Michele Bissoli

# Intermediari e contribuenti soggetti all'obbligo di comunicazione

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'intermediario – 3. Il promotore – 4. Il fornitore di servizi – 5. Il collegamento territoriale – 6. Contribuente – 7. Il collegamento territoriale – 8. Conclusioni

### 1. Premessa

Attraverso la disciplina DAC 6 il legislatore europeo e, quindi, quello nazionale, perseguono un duplice obiettivo, di trasparenza e di deterrenza. Trasparenza a beneficio dell'Amministrazione finanziaria, che potrà venire a conoscenza preventivamente della struttura di operazioni potenzialmente "patologiche" sotto il profilo fiscale, impiegate quale strumento di pianificazione fiscale aggressiva; deterrenza nei confronti dei soggetti che, in ragione del proprio ruolo e delle proprie competenze, creano e/o gestiscono (ovvero supportano la creazione e/o la gestione) di siffatte operazioni, per metterle a disposizione dei contribuenti<sup>46</sup>.

Per raggiungere tale (duplice) obiettivo, sono stati delineati taluni obblighi comunicativi che impongono – al ricorrere degli ulteriori requisiti oggettivi e a pena di sanzioni la cui determinazione è demandata ai singoli Stati e la cui rilevanza è, in taluni casi, particolarmente significativa – una *disclosure* preventiva delle caratteristiche e dei dettagli dell'operazione, oltre che dei soggetti coinvolti.

Obblighi che, per garantire la puntualità e la completezza della *disclosure*, sono stati posti a carico dei principali attori attivi nel mercato situati, per ragioni e ruoli diversi, a diretto contatto con i "meccanismi transfrontalieri"<sup>47</sup>, vale a dire i cd. "intermediari" e i "contribuenti".

È in capo a tali soggetti che il legislatore europeo (e, di riflesso, quello italiano) ha individuato i rischi maggiori di creazione e attuazione degli strumenti

---

46 Cfr., Direttiva 2018/822/E, considerando nn. 4 e ss. In termini più specifici, cfr., Circolare dell'Agenzia delle Entrate 10 febbraio 2021, n. 2, par. 1.

47 La definizione di "meccanismo transfrontaliero", contenuta nel nuovo art. 3, punto 19, della Direttiva 2011/116/UE, introdotto dalla Direttiva 2018/822/UE, è stata dettagliata all'art. 2, co. 1, lett. a), d.lgs. 30 luglio 2020, n. 100.  
Cfr., Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio del 25 maggio 2018, considerando nn. 4 e ss. In termini più specifici, cfr., Circolare dell'Agenzia delle Entrate 10 febbraio 2021, n. 2, par. 1.

e meccanismi di pianificazione fiscale aggressiva. Ed è in capo a tali soggetti che si è ritenuto di imporre un obbligo di comunicazione (quasi) preventivo, così da consentire un coordinamento sovranazionale tra le Autorità fiscali destinarie della *disclosure*, garantire un più mirato ed efficace intervento di controllo e sanzionatorio, e, quindi, auspicare un più equo e corretto agire degli stessi soggetti obbligati a effettuare la comunicazione, indotti in tal modo a strutturare “*meccanismi transfrontalieri*” non aggressivi.

Fatta questa breve premessa, utile per meglio comprendere la logica del sistema introdotto e per meglio delineare l’interpretazione delle (non sempre coordinate, come si dirà nel prosieguo) definizioni, si procederà approfondendo il contenuto delle due categorie di soggetti coinvolti: gli “*intermediari*” e i “*contribuenti*”.

## 2. L’intermediario

Il termine “*intermediario*” identifica invero due gruppi di soggetti molto simili per il ruolo e le competenze che li contraddistinguono, ma, allo stesso tempo, molto diversi per il grado di coinvolgimento e connessione con il “*meccanismo transfrontaliero*”: i “*promotori*” e i “*fornitori di servizi*”<sup>48</sup>.

La distinzione tra le due categorie appare, implicitamente, sin dalla definizione adottata dalla Direttiva 2018/822/UE che, dopo il richiamo a “*qualunque persona che elabori, commercializzi, organizzi o metta a disposizione a fini di attuazione o gestisca l’attuazione di un meccanismo transfrontaliero soggetto all’obbligo di notifica*”, richiama “*altresì*” un’ulteriore classe di soggetti, vale a dire “*qualunque persona che, in considerazione dei fatti e delle circostanze pertinenti e sulla base delle informazioni disponibili e delle pertinenti competenze e comprensione necessarie per fornire tali servizi, sia a conoscenza, o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza, del fatto che si è impegnata a fornire, direttamente o attraverso altre persone, aiuto, assistenza o consulenza riguardo all’elaborazione, commercializzazione, organizzazione, messa a disposizione a fini di attuazione o gestione dell’attuazione di un meccanismo transfrontaliero soggetto all’obbligo di notifica*”<sup>49</sup>.

Il legislatore nazionale ha recepito, pressoché pedissequamente, la definizione di intermediario all’art. 2, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 100/2020, e ha esplicitato la presenza dei due sotto-gruppi nell’ambito dell’art. 1, lett. a) e b), D.M. 17 novembre 2020.

Qui compaiono espressamente i termini:

<sup>48</sup> Cfr., la definizione di “*intermediario*”, contenuta nel nuovo art. 3, punto 21, della Direttiva 2011/116/UE, introdotto dalla Direttiva 2018/822/UE, come dettagliata all’art. 2, co. 1, lett. c), d.lgs. 30 luglio 2020, n. 100 e all’art. 1, co. 1, lett. a) e b), D.M. 17 novembre 2020.

Cfr., Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio del 25 maggio 2018, considerando nn. 4 e ss. In termini più specifici, cfr., Circolare dell’Agenzia delle Entrate 10 febbraio 2021, n. 2, par. 1.

<sup>49</sup> Cfr., la definizione di “*intermediario*”, contenuta nel nuovo art. 3, punto 21, della Direttiva 2011/116/UE.

Cfr., Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio del 25 maggio 2018, considerando nn. 4 e ss. In termini più specifici, cfr., Circolare dell’Agenzia delle Entrate 10 febbraio 2021, n. 2, par. 1.

- “*promotore*”, che richiama la prima parte della definizione europea, corrispondente all’art. 2, co. 1, lett. c), primo periodo, prima parte, d.lgs. 100/2020 e
- “*fornitore di servizi*”, che rinvia alla seconda parte della definizione europea, ovvero all’art. 2, co. 1, lett. c), primo periodo, seconda parte, d.lgs. 100/2020.

In termini generali, si può affermare che la definizione di “*intermediario*” è stata delineata in modo, per così dire, funzionale, attribuendo rilevanza non tanto alle caratteristiche soggettive del soggetto coinvolto, quanto alla funzione dallo stesso svolta con riguardo al “*meccanismo transfrontaliero*”<sup>50</sup>.

Come si noterà, nel prosieguo, si tratta di una definizione focalizzata sulle attività poste in essere, prescindendo – in un’ottica evidentemente sostanzialista, tesa a evitare strumentalizzazioni – dalla natura del soggetto che le pone in essere.

### 3. Il promotore

Il promotore è il primo dei soggetti che, nella struttura del sistema DAC 6, è colpito dall’obbligo di comunicazione. E ciò non certo per caso, ma perché si tratta del soggetto che in prima persona si occupa di ideare, creare, attuare il “*meccanismo transfrontaliero*”: prima del suo intervento il meccanismo non esiste; con il suo intervento, il meccanismo viene a esistenza e trova attuazione nell’ordinamento.

Per delineare la categoria di soggetti in esame, la Direttiva e il d.lgs. 100/2020 – seppur con una formulazione estremamente ampia, così da scongiurare vuoti normativi – elencano talune specifiche attività che vanno dall’ideazione/creazione sino all’attuazione del “*meccanismo transfrontaliero*”: l’elaborazione, la commercializzazione, l’organizzazione, la messa a disposizione ai fini dell’attuazione o la gestione in autonomia dell’intera attuazione.

Sebbene l’individuazione del significato sotteso a ciascuna delle attività appena elencate non appaia complessa, vale comunque la pena di richiamare le indicazioni fornite al riguardo dall’Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 2/2021. In particolare,

<sup>50</sup> A conferma di ciò, vale la pena richiamare le indicazioni fornite dalla relazione illustrativa al d.lgs. 100/2020 – riprese anche dall’Agenzia delle Entrate nell’ambito della Circolare n. 2/2021 – ove, a mero titolo esemplificativo, sono indicate categorie estremamente ampie di soggetti che possono assumere la qualifica di intermediario, vale a dire:

- “*le istituzioni finanziarie tenute alla comunicazione delle informazioni rilevanti ai fini della normativa sullo scambio automatico di informazioni in base alla Direttiva 2014/107/UE e al Common Reporting Standard (CRS) di cui all’art. 1, comma 1, lett. n), D.M. 28 dicembre 2015, tra cui banche, società di gestione accentrata di strumenti finanziari, società di intermediazione mobiliare (SIM), società di gestione del risparmio (SGR), imprese di assicurazione, organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR), società fiduciarie, trust, stabili organizzazioni di istituzioni finanziarie estere che svolgono le medesime attività delle istituzioni finanziarie tenute alla comunicazione*”;
- “*professionisti soggetti agli obblighi anticiclaggio ai sensi dell’art. 3, comma 4, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, tra i quali rientrano i dottori commercialisti, gli esperti contabili, i consulenti del lavoro, i notai e gli avvocati (cfr. Circ. A.E. n. 2/E, citata che, a sua volta, richiama la relazione illustrativa al d.lgs. n. 100/2020)*”.

- l'elaborazione individua la fase primordiale, di concepimento di un "meccanismo transfrontaliero", i cui effetti possono integrare gli ulteriori presupposti necessari per attivare l'obbligo di comunicazione qui in esame;
- la commercializzazione è l'attività immediatamente successiva, volta a mettere il "meccanismo transfrontaliero" nelle mani dell'utilizzatore finale. Chiara in questo senso è l'indicazione estensiva fornita dall'Agenzia delle Entrate, che include in questa fase (non la mera attività di "vendita" del meccanismo, bensì anche) "le attività di divulgazione, promozione";
- l'organizzazione individua la gestione coordinata delle diverse fasi del "meccanismo transfrontaliero", così da predisporre il terreno per la successiva attuazione<sup>51</sup>;
- la messa a disposizione rappresenta la fase di effettivo trasferimento del "meccanismo transfrontaliero", completo di tutti gli elementi costitutivi, agli utilizzatori<sup>52</sup>;
- la gestione in autonomia dell'intera attuazione è, in sostanza, una formula di chiusura, che attrae le ipotesi in cui, a prescindere da chi abbia curato l'ideazione e la creazione del "meccanismo", il soggetto ne segua direttamente la gestione.

Il dato letterale della disposizione sembra categorizzare le attività appena descritte in tre diversi gruppi autonomi, ciascuno idoneo a qualificare il "promotore", separato dagli altri dalla disgiuntiva "o": (i) il primo, relativo alla elaborazione, commercializzazione e organizzazione, (ii) il secondo, relativo alla messa a disposizione ai fini dell'attuazione, (iii) il terzo, relativo alla gestione in autonomia dell'intera attuazione. Così interpretando la norma, solamente il completamento di uno dei tre gruppi di attività potrebbe qualificare il soggetto quale "promotore"; diversamente si dovrebbe trattare, al più, di un "fornitore di servizi". Tale interpretazione sembrerebbe peraltro coerente con la ratio della disciplina in esame, per cui rilevano i meccanismi definitivamente strutturati ed effettivamente attuati<sup>53</sup>, così avendo ragion d'essere l'obbligo comunicativo solamente in presenza di un contatto con il "meccanismo" tanto stretto e pervasivo da riconoscere la completa strutturazione dello stesso, sino a renderlo pronto per l'attuazione o, addirittura, la gestione; diversamente, si tratterebbe

51 Significativa (e criticabile) la menzione, nell'ambito della Circolare n. 2/2021, degli "eventuali pareri (c. dd. tax opinion)": l'attività di pareristica non sembra idonea a qualificare il consulente come "promotore", potendo, al più, porsi come "fornitore di servizi".

52 Secondo i chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate, "Ad esempio, un meccanismo è definito in tutti i suoi elementi costitutivi quando il potenziale utilizzatore può attuarlo senza ulteriore assistenza da parte del promotore" (cfr., par. 3.1).

53 La circostanza emerge con chiarezza dall'analisi della disposizione relativa al termine per adempiere all'obbligo di comunicazione, che (con riguardo ai "promotori") decorre dal "giorno seguente a quello in cui il meccanismo transfrontaliero [...] è messo a disposizione ai fini dell'attuazione o a quello in cui è stata avviata l'attuazione" ovvero (con riguardo ai "fornitori di servizi"), decorre "dal giorno seguente a quello in cui hanno fornito, direttamente o attraverso altre persone, assistenza o consulenza ai fini dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero [...]". Ciò che rileva è comunque la effettiva attuazione del meccanismo e non, ad esempio, la mera elaborazione.

di una mera speculazione dottrinale, ovvero di una attività di supporto, di cui è lecito dubitare della rilevanza ai fini comunicativi.

Tuttavia, sembra prevalere l'interpretazione autonoma delle diverse attività, così da assumere rilevanza l'aver posto in essere ciascuna di esse con riguardo a un "*meccanismo transfrontaliero*" da comunicare<sup>54</sup>.

Considerata la "*vicinanza*" del promotore rispetto al meccanismo e l'estrema ampiezza delle attività previste, è ragionevole ritenere che l'operatività del "*promotore*" debba interessare il meccanismo nella sua interezza e non una singola fase dello stesso. Diversamente, si ricadrebbe nella categoria dei "*fornitori di servizi*" (di cui si dirà nel prosieguo), vale a dire dei soggetti che, ricoprendo un ruolo, per così dire, secondario o, comunque, meno centrale, non hanno una conoscenza completa del meccanismo e delle sue implicazioni.

Ed è sempre la "*vicinanza*" con il meccanismo ad aver portato il legislatore europeo (e, quindi, quello italiano) a escludere la necessità di subordinare l'obbligo di comunicazione alla dimostrazione di uno specifico *standard* di conoscenza in capo al "*promotore*": se il presupposto è che si tratti dei soggetti "*autori*" del meccanismo stesso, o che hanno consentito di "*metterne in moto*" la macchina, non può che presumersi la conoscenza, da parte degli stessi, non solo dell'intera struttura, ma anche dei suoi effetti "*patologici*" e, quindi, dell'integrazione degli ulteriori requisiti che rendono attuale l'obbligo di comunicazione.

Detto altrimenti, la conoscenza, da parte del "*promotore*", dei presupposti che obbligano a procedere con la "*comunicazione DAC 6*" si assume sussistere in ogni caso, senza necessità di procedere con una specifica valutazione al riguardo (e, a quanto pare, senza possibilità di fornire una prova contraria)<sup>55</sup>.

#### 4. Il fornitore di servizi

Occorre ora indagare la figura del "*fornitore di servizi*", che può essere agevolmente definito, in termini generali, come colui che presta servizi di supporto al promotore o al contribuente.

Volendo semplificare, se il promotore è inteso come una sorta di demiurgo del meccanismo, il fornitore di servizi partecipa a una o più fasi dello stesso, senza tuttavia averne in mano l'intera ideazione, creazione o attuazione.

Anche in questo caso, la categoria viene delineata mediante l'individuazione delle attività svolte. Attività che identificano un collegamento indiretto (*rectius*: meno diretto) con il "*meccanismo transfrontaliero*", rappresentate dall'"*assistenza*" e

54 Questa sembra – quantomeno implicitamente – essere anche l'interpretazione adottata dall'Agenzia delle Entrate nella più volte richiamata Circolare n. 2/2021.

55 Inequivocabile in questo senso la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021, ove afferma che "*una delle peculiarità che distingue il fornitore di servizi dal promotore e dal contribuente è la circostanza che per il primo l'obbligo di comunicazione è subordinato ad uno standard di conoscenza definito dall'articolo 2, comma 1, lettera c) del decreto legislativo*" (cfr., par. 3.2). Quanto alla prova contraria, sebbene la sua ammissibilità dovrebbe essere riconosciuta in ragione dei principi fondamentali dell'ordinamento, è pur vero che, all'atto pratico, sembra difficile da costruire, rischiando di cadere nella dimostrazione della sostanziale incompetenza del soggetto coinvolto, vale a dire nell'aver reso una prestazione non all'altezza della competenza attesa in ragione della professionalità richiesta.

dalla “*consulenza*” al soggetto che elabora, commercializza, mette a disposizione ai fini dell’attuazione o gestisce l’attuazione del “*meccanismo transfrontaliero da comunicare*” (vale a dire al “*promotore*” o al “*contribuente*”).

Non sembrano sussistere dubbi interpretativi rispetto al significato dei servizi richiamati dalla disposizione in esame, trattandosi di termini tanto ampi da includere qualsivoglia attività di supporto ai soggetti che sono direttamente a contatto con il “*meccanismo transfrontaliero*”, per averlo ideato/creato o per curarne la gestione/attuazione.

Né sembrano assumere rilevanza i lievi disallineamenti tra il testo dell’art. 3, punto 21, della Direttiva 2011/116/UE, introdotto dalla Direttiva 2018/822/UE e il corrispondente art. 2, co. 1, lett. c), primo periodo, seconda parte, d.lgs. 100/2020.

La mancata riproposizione, da parte del legislatore italiano, dell’“*aiuto*” reso a promotori o contribuenti ben può essere dovuto al già ampio significato attribuibile ai termini riproposti nell’art. 2, citato, di per sé idonei a evidenziare il ruolo di supporto “*a tutto tondo*” attribuito al “*fornitore di servizi*”.

Allo stesso modo, la mancata riproposizione dell’attività di “*organizzazione*” tra la lista di quelle a cui afferiscono i servizi resi dalla categoria di soggetti in esame sembra potersi facilmente superare se solo si considera che il suo significato ben può essere assorbito dalla “*gestione dell’attuazione*”. Infatti, come notato *supra*, l’“*organizzazione*” del meccanismo comporta la gestione coordinata delle diverse fasi, al fine di procedere con la successiva attuazione. La “*gestione dell’attuazione*” presuppone quindi l’“*organizzazione*”. Del resto, la ratio della disposizione sembra chiara: qualsiasi attività resa lungo tutto il percorso che dalla ideazione porta alla attuazione del meccanismo consente di qualificare il soggetto come un “*fornitore di servizi*”.

Considerato il contatto, per così dire, “*mediato*” dei soggetti qui in esame con il “*meccanismo transfrontaliero*”, è ragionevole ritenere che l’intervento di supporto non debba necessariamente riguardare l’intero meccanismo, potendo piuttosto concentrarsi su una singola fase o su un singolo aspetto dello stesso.

Tuttavia, ciò non comporta l’immediata attrazione alla categoria del “*fornitore di servizi*”. Dato il limitato apporto reso al “*meccanismo transfrontaliero*”, l’obbligo di comunicazione ricade in capo a tale categoria di soggetti solamente in presenza di un particolare “*standard di conoscenza*”, delineato in termini generali dalla Direttiva 2011/116/UE e declinato, in modo più specifico, dall’art. 2, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 100/2020 e dall’art. 4, D.M. 17 novembre 2020.

Infatti, come previsto dalla Direttiva, è obbligato a effettuare la comunicazione solamente il “*fornitore di servizi*” che “*sia a conoscenza, o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza*” delle caratteristiche del “*meccanismo transfrontaliero*” e della sua rilevanza ai fini dell’obbligo di comunicazione (i.e., dell’integrazione degli ulteriori requisiti che fanno scattare l’obbligo di comunicazione).

Il d.lgs. n. 100/2020 introduce alcune indicazioni ulteriori al riguardo, richiamando – come chiarito dalla relazione illustrativa – lo “*standard di cono-*

scienza delineato nel “Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures” (MDR) dell’OCSE”, basato “sulla regola del “reasonably be expected to know test” che vale con riferimento alla conoscenza effettiva che il soggetto possiede in relazione alle informazioni prontamente disponibili e al grado di competenza e comprensione necessarie per fornire il servizio da parte del service provider”<sup>56</sup>.

In termini più specifici, come previsto dall’art. 4, co. 2, D.M. 17 novembre 2020, il siffatto standard deve essere determinato prestando attenzione a due profili:

- il primo, riguarda l’effettiva conoscenza del “meccanismo transfrontaliero” che il “fornitore di servizi” possiede sulla base delle informazioni che ha a disposizione per lo svolgimento dell’attività di “assistenza” o “consulenza”;
- il secondo, riguarda il grado di competenza che rileva per svolgere l’attività di “assistenza” o “consulenza”, unitamente al livello di esperienza che la prestazione di tale servizio richiede in via ordinaria.

Dunque, per ritenere integrato lo “standard di conoscenza” (e, quindi, per poter qualificare il soggetto che rende l’attività di supporto al promotore o al contribuente come “fornitore di servizi”), non è sufficiente che il soggetto disponga delle informazioni; lo stesso deve altresì essere dotato della competenza e dell’esperienza necessarie per valutare la sussistenza dell’obbligo comunicativo, vale a dire per valutare l’integrazione degli ulteriori presupposti. Competenza ed esperienza che, come notato *supra*, si ritengono invece sempre sussistenti nel caso del promotore.

56 I parr. 50-52 di tale documento, espressamente richiamati dalla relazione illustrativa al d.lgs. 100/2020, dispongono quanto segue:

“50. However a person will not be treated as a Service Provider unless that person can “reasonably be expected to know” that the Arrangement falls within the definition of CRS Avoidance Arrangement. This test requires that the Service Provider both has a sufficient knowledge of the facts of the Arrangement and understanding of its legal treatment to be in a position to determine whether the Arrangement has the effect of circumventing the CRS. As regards the facts of the Arrangement, Service Providers must take into account anything that they actually know about the Arrangement as well as any information that is readily available (including, for instance, in the case of Financial Institutions, information on the customer file or collected in connection with AML/KYC or CRS obligations). These model rules do not impose any additional due diligence or enquiry obligations. As regards the legal treatment of the Arrangement (including under the relevant CRS Legislation) the Service Provider is only required to have the level of expertise that would ordinarily be expected of someone providing the Relevant Services. 51. A person therefore falls within the definition of a Service Provider where their knowledge of the Arrangement combined with the degree of expertise and understanding required to provide the Relevant Services is such that the person can reasonably be expected to know that the Arrangement is a CRS Avoidance Arrangement. The definition of Service Provider would, for example, capture a Service Provider that works closely with the Promoter in designing or marketing the Arrangement. It would also capture a person that does not assist the Promoter, but assists a Reportable Taxpayer to enter into an Arrangement knowing that it is a CRS Avoidance Arrangement. It would also capture a person that provides administration and compliance services in respect of a CRS Avoidance Arrangement where their familiarity with the Arrangement and the degree of expertise required to provide those services means that they can be reasonably expected to know that the Arrangement is a CRS Avoidance Arrangement.

52. The model rules are not intended to impose any additional due diligence rules on a Service Provider beyond those that would ordinarily be undertaken for commercial or regulatory purposes and do not require Service Providers to have or apply a level of expertise beyond that which is reasonably required to provide the Relevant Services. For example, the definition would generally not capture Financial Institutions when carrying out routine banking transactions (e.g. money transfer, custody etc.), because the nature of their involvement and the information readily available to them would typically not meet the “reasonably be expected to know” standard”.

Due sono gli aspetti che meritano di essere sottolineati. Il primo, riguarda la disponibilità delle informazioni: l'art. 4, comma 2, D.M. 17 novembre 2020 fa riferimento a quelle “*prontamente disponibili in ragione dell'attività di assistenza o di consulenza espletate nei confronti del cliente*”, con la conseguenza che – in linea con l'orientamento delineato dall'OCSE nell'ambito del “*Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*” – non sono richieste specifiche attività di *due diligence* “*ulteriori rispetto a quelli ordinariamente già richiesti a fini regolamentari o commerciali*”. Il secondo riguarda il livello di competenza richiesto, che è quello tipico per incarichi analoghi a quello assegnato al “*fornitore di servizi*”, senza che sia richiesto “*di impiegare un livello di expertise superiore a quello richiesto per fornire il servizio*”<sup>57</sup>.

Se non sembrano sussistere dubbi circa la definizione dello “*standard di conoscenza*”, la declinazione nei casi concreti può rivelarsi particolarmente complicata considerato che, solitamente (e, in particolare, in relazione ai “*meccanismi*” più complessi) l'attività consulenziale è svolta in *team* composti da persone dotate ciascuna di specifiche competenze e, conseguentemente, concentrate su specifici aspetti dell'operazione.

In proposito, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che la valutazione dello “*standard di conoscenza*” deve avvenire in modo diverso in ragione della natura del soggetto che rende il servizio. Se si tratta di un soggetto dotato di personalità giuridica, la valutazione dovrà essere effettuata con riferimento alle informazioni complessivamente nella disponibilità dell'entità e alle competenze di tutti i soggetti coinvolti<sup>58</sup>. Diversamente, qualora si tratti di soggetti non dotati di personalità giuridica (si pensi, ad esempio, alle società di persone e alle associazioni tra professionisti), la valutazione dovrà avere riguardo al singolo soggetto che assume la responsabilità del mandato professionale nei confronti del cliente (i.e., del “*promotore*” o del “*contribuente*”).

Nell'ottica di semplificare la valutazione dello “*standard di conoscenza*” e in considerazione della scarsa rilevanza ai fini della determinazione del “*meccanismo transfrontaliero*”, l'art. 4, comma 3, D.M. 17 novembre 2020, ha introdotto una presunzione legale (relativa) che esclude l'integrazione dello “*standard di conoscenza*” nelle “*transazioni bancarie e finanziarie di routine*”, vale a dire di quelle transazioni – come definite, in termini generali, dall'Agenzia delle Entrate – “*caratterizzate da una discrezionalità minima dell'operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione*”<sup>59</sup>.

57 Così la relazione illustrativa al d.lgs. 100/2020.

58 “*Coerentemente, laddove i modelli di business risultino organizzati su più soggetti giuridicamente ed economicamente autonomi - come ad esempio nel caso delle SGR (società di gestione del risparmio) che si avvalgono di soggetti collocatori, banche depositarie e soggetti incaricati dei pagamenti -, la verifica dello standard di conoscenza deve essere effettuata da ciascun attore in via autonoma e sulla base delle rispettive informazioni disponibili. Va da sé che se i suddetti soggetti giuridicamente autonomi appartengono allo stesso gruppo d'impresa valgono le precisazioni contenute nel successivo paragrafo 3.3*” (così, Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021, par. 3.2).

59 Cfr., Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021, par. 3.2. La Circolare contiene una lista esemplificativa di tali operazioni, che include:

1. le operazioni allo sportello o da remoto per la predisposizione di bonifici, incassi e pagamenti ordinari;
2. le operazioni bancarie caratterizzate da procedure standardizzate quali le compravendite e i collocamenti di strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati italiani ed esteri e le correlate operazioni accessorie quali la custodia e l'amministrazione dei suddetti strumenti finanziari, nonché la raccolta ed esecuzione dei relativi ordini;
3. il mero collocamento di quote di Organismo d'Investimento Collettivo del Risparmio, salvo che non si tratti di

Seppur utile a scongiurare l'attrazione nella categoria in esame di un numero pressoché infinito di soggetti per il sol fatto di aver posto in essere operazioni meramente *routinarie*, afferenti a “*meccanismi transfrontalieri*” rilevanti ai fini dell'obbligo di comunicazione, sono evidenti le difficoltà applicative connesse a una simile presunzione. Da un lato, sono innumerevoli gli esempi di operazioni standardizzate che comportano l'acquisizione di una quantità tale di informazioni da poter difficilmente ritenere non integrato lo “*standard di conoscenza*”; dall'altro lato, è pur vero che tali informazioni sono spesso parcellizzate e suddivise tra numerosi soggetti, spesso non necessariamente in comunicazione tra loro, così da rendere, di fatto, impossibile ricostruire lo “*standard di conoscenza*”. Tutto ciò ulteriormente complicato dalla circostanza che, secondo l'Agenzia delle Entrate, la valutazione dello “*standard di conoscenza*” in caso di soggetti dotati di personalità giuridica (come sono tipicamente i soggetti bancari) deve avvenire in modo complessivo, avendo riguardo all'intera organizzazione (ancorché, come appena notato, composta da unità operative che non sono necessariamente – o, addirittura, non possono essere, per ragioni regolamentari – in diretto contatto tra loro).

Ciò assume una peculiare connotazione se si considera che si tratta di una presunzione legale relativa, con la conseguenza che l'Amministrazione finanziaria avrà sempre la possibilità di dimostrare – in attuazione dei due profili sopra descritti – come (anche) tali operazioni integrino lo “*standard di conoscenza*”<sup>60</sup>.

Dal limitato apporto del “*fornitore di servizi*” alla realizzazione e attuazione del “*meccanismo transfrontaliero*” oggetto di comunicazione, deriva un'ulteriore limitazione – tanto doverosa quanto scontata – chiarita dall'Agenzia delle Entrate nella più volte citata Circolare n. 2/2021: nel caso in cui l'intervento di supporto sia posto in essere avendo riguardo a un “*meccanismo transfrontaliero*” già attuato, non sussiste alcun obbligo di comunicazione<sup>61</sup>. E infatti, l'obbligo di comunicazione deve ritenersi essere già stato integrato prima dell'intervento del “*fornitore di servizi*”. Ciò, tuttavia, a condizione che l'attività resa non determini un aggiornamento o un miglioramento del meccanismo e, più in generale, non dia luogo a modifiche sostanziali. In questo caso, si sarebbe chiaramente in

---

*strumenti finanziari creati appositamente per una singola categoria di investitori,*

4. polizze assicurative vita e gestioni patrimoniali, laddove l'intermediario finanziario funga da mero collocatore e non da gestore del singolo strumento;

5. finanziamenti volti a supportare le ordinarie esigenze commerciali della clientela come nel caso di finanziamenti a breve termine per esigenze di gestione liquidità, factoring, anticipo fatture, fidi, finanziamenti a supporto attività di import/export, sconto di portafoglio, promissory notes, lettere di credito, rilascio di garanzie (advance bond, bid bond, performance bond), fedi di deposito o note di pegno;

6. operazioni di credito al consumo e stipula di contratti di cessione del quinto dello stipendio”.

60 In questo caso, l'obbligo di comunicazione ricadrebbe sul promotore o sul contribuente che hanno curato la strutturazione e l'attuazione, non sul “*fornitore di servizi*” successivamente intervenuto.

61 Del resto, la stessa Agenzia delle Entrate ha affermato che “*le transazioni bancarie e finanziarie di routine [...] realizzano comunque lo standard di conoscenza quando, sulla base delle informazioni prontamente disponibili, il fornitore di servizi sappia o abbia un ragionevole motivo per concludere che tali operazioni fanno parte di un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione, come ad esempio nel caso di trasferimento di conti o attività finanziarie/fondi per le quali una banca sia a conoscenza o abbia un ragionevole motivo per concludere, dalle informazioni prontamente disponibili, che il trasferimento è effettuato nell'ambito di meccanismi disegnati o commercializzati per compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dallo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari (vedasi par. 7.4.1.2 relativo all'elemento distintivo di cui alla categoria D.1.b.)*” (cfr., Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021, par. 3.2).

presenza di un diverso meccanismo, con conseguente integrazione di un ulteriore e autonomo obbligo di comunicazione.

L'Agenzia delle Entrate ha fornito una serie di esempi di attività che, quantomeno in linea di principio, non fanno sorgere l'obbligo comunicativo, vale a dire *“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, come già detto, 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”*<sup>62</sup>.

## 5. Il collegamento territoriale

Ulteriore presupposto per poter considerare l'“*intermediario*”, sia esso “*promotore*” o “*fornitore di servizi*”, quale soggetto all'obbligo di comunicazione è che lo stesso presenti un collegamento territoriale con lo Stato<sup>63</sup>.

La norma europea e il recepimento operato dal legislatore italiano non presentano particolari complessità. Il soggetto dovrà integrare uno dei seguenti requisiti:

1. essere residente, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato;
2. avere una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, tramite la quale ha fornito i servizi afferenti al meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione;
3. essere costituito, disciplinato o regolamentato secondo la legge Italiana;
4. essere iscritto a un'associazione professionale di servizi in ambito legale, fiscale o di consulenza nel territorio dello Stato.

Si tratta di criteri che non sembrano prospettare particolari complessità interpretative e/o applicative, salvi i casi in cui, ad esempio, la residenza fiscale sia oggetto di contestazione – magari a distanza di anni – da parte dell'Amministrazione finanziaria, così rischiando di trasformare una ordinaria operazione nazionale in un “*meccanismo transfrontaliero*” soggetto all'obbligo di comunicazione, o di rendere dovuto un obbligo di comunicazione nei confronti dell'Amministrazione finanziaria italiana.

<sup>62</sup> Sono, quindi, ricondotti alla predetta categoria, a titolo esemplificativo:

– *i pareri in merito a specifici rischi di natura fiscale del meccanismo transfrontaliero;*  
– *le consulenze, nonché le istanze di interpello, aventi ad oggetto i profili di adempimento rispetto alla disciplina in commento;*  
– *la predisposizione delle analisi economiche o di benchmark, nonché della documentazione relativa ai prezzi di trasferimento (Masterfile e Countryfile);*  
– *la predisposizione di un'istanza di procedura amichevole (MAP) o di rettifica unilaterale, volta a eliminare la doppia imposizione, nonché di un'istanza di accordo preventivo per le imprese con attività internazionale (unilaterale, bilaterale o multilaterale)”* (cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021).

<sup>63</sup> Cfr. art. 2, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 100/2020.

Una puntualizzazione merita l'ipotesi in cui più "intermediari" siano coinvolti e integrino i requisiti e i presupposti sin qui delineati: in questo caso l'obbligo di comunicazione spetterà "a ognuno dei soggetti coinvolti"<sup>64</sup>.

Invece, nel caso in cui un "intermediario" sia (astrattamente) tenuto a effettuare la comunicazione in più Stati (integrando più d'uno dei requisiti appena elencati), i criteri di collegamento territoriale consentono di delineare la priorità dell'obbligo di comunicazione: come rilevato dall'Agenzia delle Entrate, coerentemente con la Direttiva 2011/822/UE<sup>65</sup>, la comunicazione potrà essere effettuata solamente nello Stato Membro che appare per primo dall'applicazione dei criteri territoriali nell'ordine (sopra indicato e) previsto all'art. 2, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 100/2020.

## 6. Contribuente

L'ulteriore categoria di soggetti tenuti – al ricorrere degli ulteriori presupposti – ad adempiere all'obbligo di comunicazione è quella dei "contribuenti", definiti dall'art. 2, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 100/2020, come "qualunque soggetto che attua o a favore del quale viene messo a disposizione, ai fini dell'attuazione, un meccanismo transfrontaliero"<sup>66</sup>.

Anche in questo caso, la categoria è delineata avendo riguardo al rapporto con il "meccanismo transfrontaliero" oggetto di comunicazione e con l'attività posta in essere rispetto allo stesso.

I "contribuenti" si potrebbero definire, in termini generali, come i soggetti a cui il meccanismo è rivolto e si identificano per aver avviato l'attuazione del meccanismo stesso, ovvero per aver avuto conoscenza degli elementi strutturali e costitutivi del "meccanismo transfrontaliero".

Quanto all'attuazione, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto di darne un'interpretazione tanto ampia da arrivare a "ricomprendere anche una sola transazione determinante volta all'attuazione dello schema, accordo o progetto"<sup>67</sup>. Non potrà che essere la prassi applicativa a chiarire cosa si debba intendere per "transazione determinante", potendosi al momento supporre l'esclusione di mere attività prodromiche, di natura formale o, comunque, non decisiva rispetto al "meccanismo transfrontaliero" nel complesso. In ogni caso, considerato che, ai fini qui in esame, assume rilevanza anche la mera "messa a disposizione" del meccanismo e dato che – da un punto di vista logico, prima ancora che giuridico – l'attuazione di una "transazione determinante" presuppone la "messa a disposizione" del meccanismo, la questione potrebbe non assumere rilevanza all'atto pratico.

<sup>64</sup> Così art 3, co. 2, d.lgs. n. 100/2020.

<sup>65</sup> Cfr., art. 8 bis ter, punto 3, della Direttiva 2011/116/UE, introdotto dalla Direttiva 2018/822/UE.

<sup>66</sup> La definizione è sostanzialmente coincidente con quella di "contribuente pertinente" contenuta nel nuovo art. 3, punto 22, della Direttiva 2011/116/UE, introdotto dalla Direttiva 2018/822/UE, che comprende "qualunque persona a disposizione della quale è messo, a fini di attuazione, un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica o che è pronta ad attuare un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica o che ha attuato la prima fase di un tale meccanismo".

<sup>67</sup> Cfr., Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021, par. 3.3.

## 7. Il collegamento territoriale

Analogamente a quanto previsto per l'“*intermediario*”, l'integrazione dell'obbligo comunicativo in capo al “*contribuente*” presuppone che quest'ultimo abbia uno specifico collegamento con il territorio dello Stato<sup>68</sup>, e in specie che:

1. abbia la residenza ai fini fiscali nel territorio dello Stato;
2. abbia la disponibilità di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato che beneficia del meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione;
3. nel caso in cui non soddisfi le condizioni di cui ai punti precedenti, percepisca redditi o generi utili prodotti nel territorio dello Stato;
4. ancora, nel caso in cui non soddisfi le condizioni di cui ai punti precedenti, svolga comunque la propria attività nel territorio dello Stato.

Al fine di meglio delineare i criteri di collegamento territoriale, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che la percezione di redditi o la generazione di utili nel territorio dello Stato (punto 3) deve essere individuata a prescindere dagli effetti di eventuali Convenzioni contro le doppie imposizioni, avendo riguardo alla regola generale prevista all'art. 23, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

Inoltre, quanto al criterio residuale previsto al punto 4, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che si tratta dell'ipotesi di soggetti non residenti in Italia, senza stabile organizzazione nel territorio dello Stato, in relazione ai quali non è possibile individuare uno dei collegamenti di cui all'art. 23, da ultimo citato<sup>69</sup>.

Si possono verificare ipotesi di “*meccanismi transfrontalieri*” soggetti all'obbligo di comunicazione in cui vi siano più “*contribuenti*” coinvolti che integrano i criteri di collegamento territoriale. In questo caso – a differenza di quanto visto per gli “*intermediari*” – la normativa prevede che l'obbligo di comunicazione gravi, innanzitutto, sul soggetto che ha concordato con l'intermediario il “*meccanismo transfrontaliero*” oggetto di comunicazione, vale a dire sul soggetto che, per primo, ne è entrato in contatto; in sua assenza, l'obbligo graverà sul “*contribuente*” che ne ha gestito l'attuazione<sup>70</sup>.

Infine, analogamente allo schema previsto per gli “*intermediari*”, nel caso in cui il contribuente si trovi a integrare i presupposti per procedere con la comunicazione alle Autorità competenti di più di uno Stato membro, la comunica-

---

68 Cfr. art. 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 100/2020.

69 “*A titolo esemplificativo si consideri il caso di un soggetto non residente che percepisce interessi ed altri proventi derivanti da depositi e conti correnti bancari e postali (articolo 23, comma 1, lettera b)), oppure che svolge in Italia attività d'impresa senza che possa configurarsi una stabile organizzazione ai sensi dell'art. 162 TUIR o che realizza le plusvalenze di cui alla lettera c-bis) del comma 1, dell'articolo 67 del TUIR derivanti da cessioni a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti negoziate in mercati regolamentati e le altre fattispecie di plusvalenze previste dall'articolo 23, comma, 1 lettera f), numeri 2) e 3). I suddetti criteri di collegamento assumono rilevanza se sono attinenti ad un meccanismo transfrontaliero comunicabile*”.

70 Cfr. art. 3, co. 8, d.lgs. n. 100/2020.

zione potrà essere effettuata unicamente presso lo Stato membro che appare per primo nel predetto elenco.

## 8. Conclusioni

L'applicazione delle categorie appena delineate ai casi concreti evidenzierà senza dubbio parecchie complessità, soprattutto in considerazione del fatto che la realtà operativa è spesso estremamente articolata e difficilmente sussumibile sotto le formule generali previste dalla normativa di riferimento.

Con i primi chiarimenti, contenuti nella Circolare n. 2/2021, l'Agenzia delle Entrate ha cercato di risolvere sul nascere talune di queste problematiche.

Una riguarda l'applicazione della normativa nell'ambito dei gruppi di imprese e, in particolare, l'identificazione della categoria a cui attrarre le diverse società del gruppo che dovessero operare in modo distinto rispetto al "*meccanismo transfrontaliero*".

In queste ipotesi, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che una (o più) entità del gruppo potrebbe(ro) assumere la qualifica di "*intermediario*" qualora, ad esempio, si trovi(no) ad aver elaborato il meccanismo, mettendolo a disposizione di altre società del gruppo per l'attuazione (trattandosi, in questo caso, di un "*promotore*") o, ancora, nell'ipotesi in cui fornisca supporto nel processo di attuazione (essendo in questo caso annoverabile tra i "*fornitori di servizi*"). E ciò a prescindere dal fatto che tutti i soggetti coinvolti siano parte del medesimo soggetto economico, il gruppo d'impres.

Molte altre saranno sicuramente le complessità che emergeranno in sede applicativa e che si rifletteranno su aspetti ulteriori e diversi dalla mera applicazione degli obblighi comunicativi qui in esame.

Si pensi al caso di un professionista che rende la propria attività nell'ambito di un ente dotato di personalità giuridica. Pur curando in prima persona la gestione della pratica e i rapporti con il cliente (e, quindi, in ipotesi, la strutturazione e l'attuazione del "*meccanismo transfrontaliero*"), non sarebbe responsabile, in prima persona, per gli obblighi comunicativi, ricadendo tale responsabilità sull'ente. Nel caso in cui tale soggetto fuoriesca poi dall'ente, la responsabilità per l'attività da lui resa in precedenza permarrà in capo all'ente stesso, con notevole difficoltà, per lo stesso, di ricostruire il quadro fattuale e documentale di riferimento. È evidente che dovranno essere previste formule contrattuali ad hoc per garantire la collaborazione tra il professionista e l'entità da cui è fuoriuscito.

L'auspicio è, ovviamente, quello di un'applicazione della normativa in coerenza non solo con la *ratio*, ma anche con le innumerevoli sfumature dell'operatività quotidiana.



## CAPITOLO 3 di Marco Adda e Umberto Lorenzi

# Gli Hallmarks A, B e C

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Interpretazione ed esemplificazione – 2.1 Introduzione – 2.2 Hallmarks A – 2.3 Hallmarks B – 2.4 Hallmarks C

### 1. Premessa

Il panorama della fiscalità internazionale è stato caratterizzato, negli ultimi anni, dalla volontà da parte dell'OCSE di ridurre la pianificazione fiscale aggressiva, di evitare l'erosione delle basi imponibili e di potenziare il coordinamento delle politiche fiscali tra gli stati al fine di conseguire un sistema fiscale più equo ed efficiente (tra tutti si veda il progetto *Base Erosion e Profit Shifting* (“BEPS”) dell'OCSE). Simili intenzioni sono state condivise anche in ambito europeo e hanno portato all'emanazione di talune direttive volte ad introdurre norme contro specifiche pratiche di elusione fiscale (cd. *Anti tax avoidance directives – ATAD*<sup>71</sup>). In particolare, il progetto BEPS e le direttive ATAD si prefiggono, *inter alia*, di potenziare la cooperazione internazionale tra le amministrazioni fiscali e la trasparenza fiscale prevedendo specifici *standard* internazionali.

Con riferimento al progetto BEPS, l'*Action 12 – Mandatory Disclosure Rules*<sup>72</sup> – utilizzando l'esperienza di simili normative in vigore in altri stati (principalmente Regno Unito, Stati Uniti d'America, Irlanda, Canada e Sud Africa) – ha raccomandato il rafforzamento ulteriore della trasparenza fiscale, proponendo agli stati di introdurre obblighi di *disclosure* da parte degli intermediari e dei contribuenti aventi ad oggetto determinati schemi di pianificazione fiscale (c.d. *Mandatory Disclosure Rules – MDR*).

La direttiva (EU) 2018/822 del Consiglio del 25 maggio 2018 (“DAC 6” o la “Direttiva”), recepita nell'ordinamento italiano mediante il D.lgs. 30 luglio 2020, n. 100 (“Decreto”), si inserisce in tale contesto normativo e risente dell'esperienza maturata in ambito OCSE e confluita dapprima nell'*Action 12* del progetto BEPS e successivamente nel documento OCSE “*Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*”.

Tali indicazioni, in coerenza con i principi sopraindicati, sono state accolte in ambito europeo all'interno della DAC 6 (che apporta sostanziali modifiche alla direttiva 2011/16/UE). Infatti, la DAC 6 rivoluziona il meccanismo di scambio di informazioni in quanto, da un lato, anticipa il momento di acquisizione di un insieme di informazioni che potranno successivamente (ad esito

<sup>71</sup> Direttiva (UE) 2016/1164 e Direttiva (UE) 2017/952/UE.

<sup>72</sup> OECD (2015), *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

dell'avvenuta trasmissione) essere utilizzate dall'Amministrazione finanziaria e, dall'altro lato, individua in soggetti diversi dall'Amministrazione finanziaria i destinatari dell'obbligo di valutazione della necessità di effettuare la segnalazione di una determinata tipologia di operazione.

In via di estrema sintesi, la DAC 6 introduce un obbligo in capo a determinati soggetti (intermediari che intervengono in specifiche operazioni e contribuenti che sono parte delle stesse operazioni) di acquisire, valutare e, al ricorrere di determinate circostanze, comunicare alle autorità fiscali specifiche informazioni – che verranno successivamente scambiate tra le Amministrazioni finanziarie degli Stati membri attraverso la procedura di scambio automatico di informazioni. Le informazioni oggetto di comunicazione riguardano i c.d. “meccanismi transfrontalieri”<sup>73</sup> nell'ambito dei quali devono evidenziarsi determinati elementi sintomatici di rischio fiscale identificati come “elementi distintivi” o *Hallmarks*.

L'elaborazione degli *Hallmarks* deriva principalmente da esperienze maturate in altri stati<sup>74</sup> con regimi affini (denominati generalmente come *Mandatory Disclosure Rules*) e probabilmente risente dell'esperienza maturata con riferimento agli indicatori di pianificazione fiscale aggressiva (come ad esempio gli *Aggressive Tax Planning Indicators/structures* (ATP))<sup>75</sup>. In proposito, nelle fasi iniziali di ideazione della DAC 6, è prevalsa la scelta di predisporre un “elenco” volto a rappresentare le peculiarità e gli elementi delle operazioni che presentassero una forte indicazione di elusione e abuso fiscale, piuttosto che provvedere a definire un concetto ampio di pianificazione fiscale aggressiva<sup>76</sup>.

Nei seguenti paragrafi, si procederà alla disamina degli *Hallmarks* A, B e C in coerenza con le indicazioni fornite dalla Circolare n. 2 del 10 febbraio 2021 con la quale l'Agenzia delle Entrate ha fornito i primi chiarimenti in tema di meccanismi soggetti all'obbligo di comunicazione (“**Circolare**”).

73 Ai sensi dell'articolo 1 del Decreto, si definisce meccanismo transfrontaliero “uno schema, accordo o progetto, riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere, qualora si verifichi almeno una delle seguenti condizioni: 1) non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato; 2) uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto sono contemporaneamente residenti ai fini fiscali nel territorio del-lo Stato e in una o più giurisdizioni estere; 3) uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto svolgono la propria attività in una giurisdizione estera tramite una stabile organizzazione ivi situata e lo schema, accordo o progetto riguarda almeno una parte dell'attività della stabile organizzazione; 4) uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto, senza essere residenti ai fini fiscali o avere una stabile organizzazione in una giurisdizione estera, svolgono in tale giurisdizione un'attività; 5) lo schema, accordo o progetto può alterare la corretta applicazione delle procedure sullo scambio automatico di informazioni o sull'identificazione del titolare effettivo”.

74 Ciò trova conferma, ad esempio, nelle indicazioni fornite nel seguente documento: “*Commission services re-ponded to Working Party on Tax Questions* (Direct Taxation – DAC), *Examples and origin of the Hallmarks*” (WK 9981/2017 INIT), Brussels, 21 September 2017, nonché nell' *Action 12* del progetto BEPS.

75 Tali indicatori-strutture, finalizzati a colpire talune strutture volte ad approfittare delle discrepanze tra le normative fiscali di più stati, possono essere raggruppati in: (1) *Offshore loan ATP structure* (2) *Hybrid loan ATP structure* (3) *Hybrid entity ATP structure* (4) *Interest-free loan ATP structure* (5) *Patent box ATP structure* (6) *Two-tiered IP ATP structure* (7) *ATP structure based on IP and cost contribution agreement*. Per maggiori dettagli si rinvia al Taxation paper “*Aggressive tax planning indicators, Final Report*”, TAXUD/2016/DE/319, FWC No. TAXUD/2015/CC/131.

76 In tal senso si veda il considerando (9) della Direttiva.

## 2. Interpretazione ed esemplificazione degli Hallmarks A, B e C

### 2.1. Introduzione

Gli *Hallmarks* sono elencati nell'Allegato IV della Direttiva e nell'Allegato 1 del Decreto e possono essere generalmente interpretati come degli "indicatori di rischio di elusione o evasione fiscale". È richiesto che sia soddisfatto uno solo di essi affinché, al ricorrere di tutte le altre condizioni, sorga l'obbligo di segnalazione ai sensi della normativa DAC 6 in capo agli intermediari e/o ai contribuenti.

Di seguito vengono riportate le cinque categorie:

- **Categoria A:** Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale;
- **Categoria B:** Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale;
- **Categoria C:** Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere;
- **Categoria D:** Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatato di informazioni e la titolarità effettiva;
- **Categoria E:** Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento.

Gli *Hallmarks* si dividono in due macro-categorie: (i) generici, ovvero *Hallmarks* prevalentemente focalizzati sui rapporti tra intermediari e contribuenti e che possono anche essere usati per intercettare nuovi e innovativi schemi di pianificazione fiscale facilmente replicabili e commerciabili a una varietà di contribuenti e (ii) specifici, ovvero *Hallmarks* focalizzati su specifiche tipologie di operazioni che possono concretizzarsi in pratiche elusive o evasive utilizzate per colpire le lacune dei sistemi fiscali.

Generico è l'*Hallmark* A mentre specifici sono tutti i restanti *Hallmarks* B, C, D ed E.

Così come anche chiarito dal decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 17 novembre 2020 ("Decreto MEF"), gli *Hallmarks* di cui alle lettere A, B, C ed E rilevano solo se suscettibili di determinare una potenziale riduzione di imposta<sup>77</sup>.

Inoltre, alcuni *Hallmarks* possono essere presi in considerazione soltanto laddove soddisfino il cd. "criterio del vantaggio principale"<sup>78</sup>. Diversamente,

<sup>77</sup> In particolare, per maggiori dettagli si rimanda all'art. 6 del Decreto MEF e al paragrafo 4.3 della Circolare.

<sup>78</sup> Con riferimento al "criterio del vantaggio principale" (*Main Benefit Test*), si precisa che esso risulta essere soddisfatto quando sia possibile stabilire che il principale vantaggio o uno dei principali vantaggi che una persona, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti, possa ragionevolmente ottenere da un meccanismo, sia un vantaggio fiscale. Per maggiori dettagli si rinvia al paragrafo 4.4 della Circolare.

altri trovano una diretta applicazione senza dover verificare il rispetto o meno del criterio del vantaggio principale. Più nello specifico, le categorie A, B e C, punto 1, lettere b), sub 1), c) e d) sono interamente subordinate al rispetto del criterio del vantaggio principale<sup>79</sup>, mentre le categorie C, punto 1, lettere a) e b), sub 2), punti 2, 3 e 4 e le categorie D ed E trovano diretta applicazione.

La seguente figura riporta l'elencazione dei criteri richiesti dalla normativa italiana in relazione agli *Hallmarks*:

CATEGORIE DI HALLMARK	CRITERIO RICHIESTO		
	TRANSNAZIONALE	RIDUZIONE DI IMPOSTA	VANTAGGIO PRINCIPALE
A. ELEMENTI DISTINTIVI GENERICI COLLEGATI AL CRITERIO DEL VANTAGGIO PRINCIPALE	SI	SI	SI
B. ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI COLLEGATI AL CRITERIO DEL VANTAGGIO PRINCIPALE	SI	SI	SI
C. ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI COLLEGATI ALLE OPERAZIONI TRANSFRONTALIERE	SI	SI	SI – per i meccanismi classificati alla lettera C.1 b) sub i), c), d)
D. ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI RIGUARDANTI LO SCAMBIO AUTOMATICO DI INFORMAZIONI E LA TITOLARITÀ EFFETTIVA	SI	NO	NO
E. ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI RELATIVI AI PREZZI DI TRASFERIMENTO	SI	SI	NO

## 2.2. Hallmark A

### A. Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale

1. Un meccanismo in cui almeno un partecipante al meccanismo si impegna 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 potrebbe garantire un vantaggio fiscale.
2. Un meccanismo in cui l'intermediario è autorizzato a ricevere una commissione (o un interesse e una remunerazione per i costi finanziari e altre spese) per il meccanismo e tale commissione è fissata in riferimento: a) all'entità del vantaggio fiscale derivante dal meccanismo; oppure b) al fatto che dal meccanismo sia effettivamente derivato un vantaggio fiscale. Ciò includerebbe l'obbligo per l'intermediario di rimborsare parzialmente o totalmente le commissioni se il vantaggio fiscale previsto derivante dal meccanismo non è stato in parte o del tutto conseguito.
3. Un meccanismo che ha una documentazione e/o una struttura sostanzialmente standardizzate ed è a disposizione di più contribuenti pertinenti senza bisogno di personalizzarne in modo sostanziale l'attuazione.

Nell'*Hallmark A* rientrano i meccanismi transfrontalieri che soddisfano sia il criterio della potenziale riduzione d'imposta sia il criterio del vantaggio principale. In particolare, tali *Hallmarks* si riferiscono a (i) obblighi di riservatezza a

<sup>79</sup> Art. 7, comma 1 del Decreto MEF.

carico dei partecipanti nei confronti di altri intermediari o delle autorità fiscali (A.1), (ii) commissioni per l'intermediario e collegate, in misura fissa o variabile, all'ottenimento di un vantaggio fiscale derivante dal meccanismo transfrontaliero (A.2), (iii) prodotti fiscali standardizzati (A.3).

#### *Condizioni di riservatezza*

L'*Hallmark* A.1 individua le seguenti due forme di riservatezza (alternative tra loro): verso altri intermediari oppure verso altre autorità fiscali (italiane ed estere). Tali clausole possono avere anche carattere generale ed essere rivolte a soggetti terzi rispetto all'accordo. L'esempio di più facile comprensione potrebbe riguardare una clausola di riservatezza valevole nei confronti dell'Amministrazione finanziaria e non per gli altri intermediari.

Con riferimento all'*Hallmark* A.1, la Circolare ha chiarito che la clausola di riservatezza deve avere ad oggetto le "modalità con cui il meccanismo potrebbe garantire un vantaggio fiscale" e che, conseguentemente, non assumono rilevanza clausole di riservatezza che hanno ad oggetto ambiti diversi da quello fiscale (ad esempio, le clausole con finalità esclusiva della tutela del segreto industriale, della regolarità delle quotazioni sui mercati regolamentati o della riservatezza dei dati personali).

Nelle clausole di riservatezza potrebbero rientrare talune richieste di sottoscrizione di "not disclosure agreement" finalizzate ad escludere espressamente la comunicazione delle informazioni o del contenuto dei documenti all'Amministrazione finanziaria come, ad esempio, la presenza di specifici accordi, la presenza di corrispondenza scritta oppure evidenze di altro tipo con gli utilizzatori effettivi o potenziali di non divulgazione degli aspetti fiscali del meccanismo transfrontaliero.

Prove circa l'esistenza di un obbligo di confidenzialità sono desumibili anche sulla base di ulteriori fatti e circostanze come, ad esempio: il divieto esplicito o implicito a carico degli utilizzatori attuali o potenziali di conservare il materiale promozionale o altri dettagli circa il funzionamento del meccanismo; la 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; il divieto di ricorrere ad altre tipologie di consulenze esterne connesse alla attuazione del meccanismo.

#### *Commissioni correlate al vantaggio fiscale*

Per quanto concerne la tematica connessa alla parametrizzazione della remunerazione al vantaggio fiscale è stato chiarito che l'*Hallmark* A.2 trova applicazione soltanto nei casi in cui vi è la presenza di un intermediario al quale viene riconosciuta una commissione riferibile all'ammontare o alla semplice esistenza del vantaggio fiscale.

Inoltre, tale *Hallmark* comprende sia i casi in cui la commissione è parametrizzata al vantaggio fiscale (e.g., una percentuale dello stesso), sia i casi in cui è stabilita in misura fissa ma la spettanza è subordinata alla condizione che il vantaggio fiscale si realizzi.

### *Documentazione standardizzata*

Con riferimento all'*Hallmark A.3*, il Decreto MEF ha specificato che un meccanismo non rientra in tale *Hallmark* "se finalizzato alla fruizione di un singolo regime fiscale di agevolazione previsto dall'ordinamento dello Stato e al ricorrere delle condizioni previste dalla disposizione di agevolazione"<sup>80</sup>. Infatti, negli indici segnaletici di standardizzazione rientrano l'utilizzo di (i) documentazione non diversificata, (ii) schemi negoziali e strutture societarie sostanzialmente tipizzate, enfatizzando il fatto che lo schema deve essere replicabile, e (iii) procedure di approvazione da parte di un organismo di vertice nell'organizzazione del *promoter*.

La stessa Circolare ha poi precisato, a titolo d'esempio, che non costituisce un meccanismo standardizzato la predisposizione di documentazione non diversificata al fine di ottenere autorizzazioni, permessi o domande per accedere ad agevolazioni fiscali od ottenere rimborsi di crediti di imposta, ritenute e altri benefici fiscali previsti da apposite disposizioni dell'ordinamento, qualora ovviamente tale documentazione non rientri in un più ampio schema di pianificazione fiscale aggressiva che possa essere rilevante rispetto ad altri elementi indiziari.

Qualora invece vengano analizzate polizze assicurative "standard" che consentono di fruire di un regime fiscale di agevolazione (e.g., la non applicazione di una ritenuta) e che al contempo costituiscono parte di un meccanismo più ampio che, a latere della sottoscrizione delle polizze, prevede anche la possibilità per l'assicurato di disporre direttamente dei capitali versati a titolo di premio assicurativo e di movimentarli, dovrebbero essere attentamente ponderate in quanto potrebbero integrare l'*Hallmark A.3*<sup>81</sup>.

Si segnala, infine, che il requisito della standardizzazione è anche richiamato con riferimento ai meccanismi commerciabili<sup>82</sup>. Tuttavia, la presenza di sostanziale standardizzazione non costituisce di per sé elemento idoneo a qualificare il meccanismo come "commerciale".

## **2.3. Hallmark B**

### **B. Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale**

1. Un meccanismo in cui un partecipante al meccanismo stesso adotta misure artificiali consistenti nell'acquisire una società in perdita, interromperne l'attività principale e utilizzarne le perdite per ridurre il suo debito d'imposta, anche mediante il trasferimento di tali perdite verso un'altra giurisdizione o l'accelerazione dell'uso di tali perdite.
2. 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.
3. Un meccanismo comprendente operazioni circolari che si traducono in un «carosello» di fondi (*«roundtripping»*), in particolare tramite il coinvolgimento di entità interposte che non svolgono nessun'altra funzione commerciale primaria o di operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che presentano altre caratteristiche simili.

<sup>80</sup> Art. 8, comma 1 del Decreto MEF.

<sup>81</sup> In tal senso, si veda la Circolare, paragrafo 8.1.3, pag. 71.

<sup>82</sup> Meccanismo commerciabile: un meccanismo transfrontaliero che è suscettibile di essere messo a disposizione di una pluralità di contribuenti senza sostanziali modifiche. Inoltre, si rammenta che per tali meccanismi deve essere presentata all'Agenzia delle entrate, ogni tre mesi, un'apposita relazione periodica (come previsto dall'articolo 7, comma 2 del Decreto).

Nell'*Hallmark B* assumono rilevanza i meccanismi transfrontalieri che integrano sia il criterio della potenziale riduzione d'imposta sia il criterio del vantaggio principale. In particolare, rientrano nell'ambito di tale *Hallmark (i)* l'utilizzo *cross-border* di perdite fiscali mediante il commercio delle cd. "bare fiscali" (*Hallmark B.1*), *(ii)* schemi di "conversione" del reddito finalizzati all'ottenimento di un livello di tassazione inferiore o nullo (*Hallmark B.2*), e *(iii)* operazioni per le quali non si hanno reali vantaggi economici diversi dai vantaggi di natura fiscale e che si sostanziano in un "carosello" di fondi (cd. operazioni circolari o *round tripping*) (*Hallmark B.3*).

#### *Acquisizione di società in perdita*

L'*Hallmark B.1* richiede la contemporanea sussistenza delle seguenti fasi:

- acquisizione di una società in perdita;
- interruzione della sua attività principale (da intendersi in senso sostanziale, senza assumere rilievo taluni elementi formali come la mera modifica dell'oggetto sociale);
- utilizzazione delle perdite per ridurre il debito d'imposta<sup>83</sup>.

La Circolare ha chiarito che con "acquisizione della società in perdita" si intende l'acquisizione del controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, ossia l'acquisizione di un controllo che, in diritto o in fatto, garantisca l'influenza dominante sulla gestione della società acquisita e che consenta, di conseguenza, la possibilità di determinarne l'interruzione o il cambiamento dell'attività principale in senso sostanziale.

L'elemento distintivo in commento viene, inoltre, integrato nei casi di concentrazione di redditi imponibili in capo a entità le cui perdite sono compensabili, al fine di ridurre l'orizzonte temporale del loro utilizzo.

#### *Schemi di conversione del reddito*

L'*Hallmark B.2* mira a contrastare i meccanismi che, alternativamente, determinano una:

- conversione del reddito in capitale, conferimenti o apporti;
- conversione del reddito in doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiori o esenti da imposta.

Rientrano in tale elemento distintivo le diverse qualificazioni dei flussi reddituali e le trasformazioni di componenti reddituali operate attraverso l'utilizzo di strumenti finanziari derivati e strumenti finanziari ibridi.

L'esempio 12 fornito dalla Circolare, attinente la conversione di redditi da fondi comuni d'investimento in dividendi, è utile per comprendere meglio l'ambito applicativo dell'*Hallmark* in commento. In proposito, una società fiscalmente residente in Italia costituisce in uno Stato membro UE una società

<sup>83</sup> Vedasi l'esempio 10 della Circolare (paragrafo 8.2.1, pag. 77) secondo il quale "lo schema non integra l'elemento distintivo in commento, mancando l'elemento dell'interruzione/mutamento dell'attività principale".

veicolo, fiscalmente trasparente nello stato di costituzione e considerata fiscalmente opaca in Italia. La società italiana successivamente effettua un conferimento in denaro in tale società e quest'ultima investe la provvista ricevuta in fondi comuni di investimento esteri ritraendone proventi finanziari che sistematicamente vengono retrocessi alla società italiana sotto forma di dividendi. In sostanza, l'utilizzo della struttura ibrida ha come effetto la conversione dei proventi finanziari derivanti dai fondi esteri, tassabili in misura piena in Italia, in un'altra categoria reddituale (i.e., dividendi) soggetta a un regime fiscale più favorevole.

### *Operazioni circolari*

Rientrano nell'*Hallmark B.3* i meccanismi transfrontalieri che, pur assumendo diverse caratteristiche, strutture o configurazioni, sono accomunati dal fatto di non determinare reali vantaggi economici diversi dal risparmio fiscale.

In particolare, l'elemento distintivo in commento si configura al ricorrere di almeno una delle seguenti circostanze:

- (i) utilizzo di entità interposte che non svolgono nessun'altra attività commerciale principale (a tal riguardo, dovrà essere applicato il criterio della prevalenza rispetto a eventuali ulteriori attività commerciali svolte);
- (ii) operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che producono effetti simili sia a livello di singola entità e sia a livello di gruppi di imprese<sup>84</sup>.

Con riferimento all'attività commerciale principale, è stato precisato che essa deve essere valutata in termini sostanziali, avuto riguardo anche alle possibilità concrete di svolgere tale attività e tenuto conto della disponibilità di personale, attrezzature, attività e locali.

## **2.4. Hallmark C**

### **C. Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere**

1. Un meccanismo che prevede pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate, dove si verifica almeno una delle condizioni seguenti:

- a) il destinatario non è residente a fini fiscali in alcuna giurisdizione;
- 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; oppure
  - 2) è 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;
- c) il pagamento beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali;
- d) il pagamento beneficia di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali.

2. Per lo stesso ammortamento sul patrimonio sono chieste detrazioni in più di una giurisdizione.

<sup>84</sup> Sul punto la Circolare fornisce l'esempio di componenti positivi realizzati da un'entità del gruppo mentre quelli negativi da un'altra entità del gruppo medesimo e determinandosi in tal modo a livello consolidato un effetto di compensazione (si veda l'esempio 15 della Circolare, paragrafo 8.2.3, pag. 84).

3. È chiesto lo sgravio dalla doppia tassazione rispetto allo stesso elemento di reddito o capitale in più di una giurisdizione.
4. Esiste un meccanismo che include trasferimenti di attivi e in cui vi è una differenza significativa nell'importo considerato dovuto come contropartita degli attivi nelle giurisdizioni interessate.

Nell'*Hallmark C* rientrano i meccanismi transfrontalieri che integrano il criterio della potenziale riduzione di imposta. Solamente i punti 1, lettera b), sub1), e lettere c) e d) devono soddisfare anche il criterio del vantaggio principale.

In particolare, rientrano nell'ambito della categoria C fenomeni di (i) deduzione senza inclusione o di doppia deduzione, anche attraverso l'utilizzo di strumenti finanziari, pagamenti, entità e stabili organizzazioni ibride (*Hallmark C.1*), (ii) moltiplicazione di rimedi contro la doppia imposizione (*Hallmarks C.2* e *C.3*), (iii) significative differenze nei trasferimenti di attivi tra l'importo dovuto come corrispettivo nelle giurisdizioni interessate e il valore di mercato degli attivi trasferiti (*Hallmark C.4*).

#### *Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate*

L'*Hallmark C.1* trova applicazione solamente in presenza di pagamenti transfrontalieri tra imprese associate<sup>85</sup> e qualora tali pagamenti siano "deducibili". Con riferimento alla nozione di pagamento, la Circolare ha chiarito che assumono rilevanza i componenti negativi di reddito fiscalmente deducibili. Si ritiene che la presente disposizione sia eccessivamente ampia, risultando potenzialmente applicabile anche a fattispecie diverse dai pagamenti di interessi e *royalties*.

Ciò premesso, l'*Hallmark C.1* troverà applicazione laddove:

- a) il destinatario finale<sup>86</sup> del pagamento non sia fiscalmente residente in alcuna giurisdizione. Inoltre, specifici criteri sono stati previsti per individuare il destinatario dei pagamenti effettuati a favore di società o entità considerate fiscalmente trasparenti nello stato di costituzione o localizzazione (ad esempio *limited partnership* britanniche, australiane o neozelandesi LP, oppure le *commanditaire vennootschap* olandesi CV)<sup>87</sup>;

85 Con riferimento al concetto di imprese associate, occorre tenere in considerazione quanto specificato dal Decreto MEF, il quale, all'art. 8, comma 2, chiarisce che: "[...] nella definizione di impresa associata si tiene conto di quanto segue:

- a) nel caso in cui più di un soggetto partecipi alla gestione, al controllo, al capitale o agli utili dello stesso soggetto, tutti soggetti coinvolti sono considerati imprese associate;
- b) nel caso in cui i medesimi soggetti partecipino, alla gestione, al controllo, al capitale o agli utili di più di un soggetto, tutti i soggetti coinvolti sono considerati imprese associate;
- c) un soggetto che agisce congiuntamente con un altro soggetto in relazione ai diritti di voto o alla proprietà del capitale di un'entità è considerato detentore di una partecipazione in tutti i diritti di voto o nell'intera proprietà del capitale dell'entità detenuti dall'altro soggetto;
- d) il rispetto dei requisiti di cui dell'articolo 2, comma 1, lettera e), punto c) è determinato moltiplicando le percentuali delle partecipazioni attraverso i livelli successivi, fermo restando che un soggetto che detiene più del 50 per cento dei diritti di voto è considerato detentore del 100 per cento di tali diritti."

86 In proposito, la Circolare ha chiarito che eventuali entità interposte non devono essere considerate.

87 In particolare, il paragrafo 8.3.1 della Circolare precisa che in tali circostanze, il destinatario o i destinatari del pagamento transfrontaliero, in ragione della quota di loro spettanza, andranno individuati secondo i seguenti criteri: (a) il destinatario del pagamento coincide con il socio (*partner*), qualora l'entità sia considerata trasparente anche dallo Stato in cui il socio è fiscalmente residente (in continuità con le indicazioni del *Working Party IV – Direct Taxation 24 September 2018 SUMMARY REPORT – prepared by the Commission Services*); (b) il destinatario del pagamento rimane individuato nell'entità, qualora la stessa sia considerata "opaca" dallo Stato in cui il socio (*partner*) è fiscalmente residente. In tal caso, se lo Stato di costituzione dell'entità trasparente non assoggetta a imposizione

- b) nonostante il destinatario sia fiscalmente residente in una giurisdizione tale giurisdizione (i) non impone alcuna imposta<sup>88</sup> sul reddito delle società o impone un'imposta il cui tasso è pari o prossimo a zero (ovvero tutti quei casi in cui l'aliquota nominale è inferiore all'1%), oppure qualora (ii) tale giurisdizione sia inserita in una lista di paesi non cooperativi, ovvero paesi inclusi negli elenchi "EU List of Non-Cooperative Jurisdictions for Tax purposes" e "*List of Jurisdictions which have not made satisfactory progress in implementing the international tax transparency standards*" predisposta dall'OCSE<sup>89</sup>;
- c) il pagamento benefici di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è fiscalmente residente. Tale condizione si riferisce a situazioni in cui siano riconosciuti sgravi fiscali nella forma di esenzioni, esclusioni dalla base imponibile, riduzioni d'imposta, compensazioni, rimborsi e crediti d'imposta legati ad agevolazioni riferibili esclusivamente al componente reddituale correlato al pagamento transfrontaliero e non allo *status* soggettivo del destinatario;
- d) il pagamento benefici di un regime preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è fiscalmente residente. In particolare, con riferimento al significato di regime preferenziale, la Circolare ha chiarito che tale espressione è desumibile dal rapporto OCSE "*Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*"<sup>90</sup> secondo cui alcuni regimi di tassazione agevolata, in virtù delle loro caratteristiche, possono essere ritenuti potenzialmente dannosi in quanto utilizzabili per pratiche di pianificazione fiscale aggressiva in ambito internazionale. A tal riguardo, si evidenzia che l'OCSE, tramite la pubblicazione di rapporti periodici<sup>91</sup>, svolge una costante attività di monitoraggio circa i trattamenti fiscali derivanti da specifici regimi accordati dai Paesi aderenti al cd. "*OECD inclusive framework*" per incentivare determinati tipi di attività o investimenti in specifiche zone geografiche. In particolare, non sono considerati come regimi preferenziali quelli ai quali è stato attribuito il giudizio di "non dannoso"

---

il socio non residente sul reddito conseguito dall'entità trasparente a lui imputabile, l'entità integrerà l'elemento distintivo C.1 a). Qualora invece lo Stato di costituzione dell'entità trasparente assoggetti a imposizione il socio non residente sul reddito ad esso imputato dall'entità trasparente, sarà necessario verificare il livello di imposizione che il socio non residente sconta nello Stato di costituzione dell'entità trasparente ai fini dell'integrazione dell'elemento distintivo C.1 b1).

88 Il paragrafo 8.3.1 della Circolare chiarisce che si intendono escluse le società in regime 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 giurisprudenza di residenza, costituzione o direzione effettiva.

89 Si precisa che i paesi rientranti nell'elenco predisposto dall'OCSE devono presentare *Overall Rating "not compliant"* o "*partially compliant*" in esito alle *peer review* condotte dall'OCSE. Inoltre, l'elenco dei paesi non cooperativi da prendere in considerazione è quello pubblicato alla data in cui sorge l'obbligo di comunicazione ai sensi della normativa DAC 6.

90 *Action 5 – 2015, Final Report* del Progetto BEPS.

91 Denominati "*Harmful Tax Practices – Progress Report on Preferential Regimes*" che riportano regolarmente l'avanzamento dei lavori del *Forum on Harmful Tax Practices* (FHTP).

(i.e., *not harmful*) da parte dell'OCSE (tali si devono ritenere i regimi di Patent Box rispettosi del requisito del *nexus approach*).

L'esempio 18 della Circolare chiarisce l'ambito applicativo dell'*Hallmark C.1* in commento, in presenza di entità ibride inverse, ovvero di fattispecie aventi l'effetto di generare una deduzione in Italia e una non inclusione del correlato componente di reddito in un altro Stato (ad esempio finanziamenti *back to back*).

Talune fattispecie rientranti nell'*Hallmark C.1* in commento sono soggette solitamente alle limitazioni contenute nell'articolo 96 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("TUIR") e alla normativa anti-ibridi prevista dal D.lgs. n. 142/2018; a tal riguardo, precedentemente all'emanazione della Circolare, ci si chiedeva se la comunicazione dovesse essere inviata anche in tali circostanze. In seguito, la Circolare è intervenuta chiarendo che, ai fini della normativa DAC 6, non devono essere considerati eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell'ordinamento tributario, come ad esempio la disciplina sulle imprese controllate estere (CFC) o le disposizioni anti-ibridi, le quali, al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione, non sono state ancora applicate. L'effetto di tali limitazioni, infatti, si riflette in un momento successivo, ovvero nel calcolo delle imposte e nella compilazione della dichiarazione dei redditi da parte della società.

*Per lo stesso ammortamento sul patrimonio sono chieste deduzioni multiple in più di una giurisdizione*

L'*Hallmark C.2* contempla situazioni in cui un medesimo attivo patrimoniale genera ammortamenti dedotti in più di una giurisdizione.

In particolare, è stato chiarito che tali circostanze possono verificarsi in presenza di disallineamenti tra il concetto di "proprietà in senso economico" (attestata dal passaggio dei rischi relativi al cespite) e "proprietà in senso giuridico formale" (certificata da un valido titolo di proprietà)<sup>92</sup>.

*Simultaneo utilizzo di rimedi contro la doppia imposizione in più giurisdizioni*

L'*Hallmark C.3* trova applicazione quando viene richiesto lo sgravio dalla doppia tassazione rispetto allo stesso elemento di reddito o capitale in più di una giurisdizione.

Tali circostanze possono, ad esempio, verificarsi in casi di meccanismi elaborati appositamente per sfruttare particolari situazioni con l'effetto di consentire la simultanea utilizzazione di crediti d'imposta, esenzioni o esclusioni in diverse giurisdizioni<sup>93</sup>.

*Trasferimento di attivi*

L'*Hallmark C.4* trova applicazione nei casi di meccanismi che trasferiscono attivi e in cui vi è una differenza significativa nell'importo dovuto come contropartita degli stessi.

<sup>92</sup> Cfr. esempio 20 al paragrafo 8.3.2 della Circolare, pag. 96.

<sup>93</sup> Cfr. esempio 21 al paragrafo 8.3.3 della Circolare, pag. 97.

A tal riguardo, la Circolare ha fornito i seguenti chiarimenti:

- (i) il trasferimento di attivi risulta essere integrato ogniqualvolta vi è una differenza tra l'importo dovuto come corrispettivo e il relativo valore di mercato;
- (ii) per valore di mercato si intende il valore rilevante in considerazione della disciplina dei prezzi di trasferimento (applicando pertanto le previsioni contenute nel decreto 14 maggio 2018 del Ministero dell'economia e delle finanze con riferimento all'articolo 110, comma 7 del TUIR);
- (iii) deve essere tenuta in considerazione anche la valorizzazione dell'avviamento determinato sulla base delle "*funzioni svolte e dei rischi trasferiti*";
- (iv) l'oggetto della transazione deve riguardare attivi patrimoniali, ossia beni giuridicamente tutelabili e funzionalmente strumentali all'attività dell'impresa che non costituiscono l'oggetto dell'attività economica (ad esempio beni prodotti per la successiva rivendita). In particolare, nella definizione di "attivo" rientrano tutti i beni di natura patrimoniale a prescindere dalla loro qualificazione (beni materiali, immateriali, finanziari) e dalla loro modalità di rilevazione in contabilità;
- (v) la differenza tra il valore fiscale (che si presume, e parrebbe confermato nell'esempio 22 della Circolare, sia "l'importo dovuto come corrispettivo") e il valore di mercato dell'attivo trasferito risulta essere significativa se, in valore assoluto, è pari almeno al 10% del valore di mercato attribuito all'attivo (art. 4, c. 1-ter D.lgs. 74/2000).

Si rileva ancora una volta che, come già avvenuto a titolo d'esempio con le recenti modifiche apportate ai commi 4 degli articoli 166 e 166-*bis* del TUIR, il principio di libera concorrenza trova applicazione in circostanze non tecnicamente ascrivibili a fattispecie rientranti nella disciplina dei prezzi di trasferimento, in quanto sembrerebbero rientrare nell'*Hallmark* C.4 anche operazioni non poste in essere tra imprese associate.

Capitolo a cura di Marco Adda, Partner presso Bonelli Erede Lombardi (marco.adda@belex.com) e Umberto Lorenzi, associato presso Bonelli Erede Lombardi (umberto.lorenzi@belex.com)

## CAPITOLO 4 di Francesca Sipala

# Gli Hallmarks di categoria D

SOMMARIO: 1. Gli Hallmarks di categoria D – 2. Meccanismi che hanno l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dallo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari (D.1) – 3. Meccanismi che determinano una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente (D.2)

### 1. Gli Hallmarks di categoria D

La lettera D dell'Allegato 1 al Decreto Legislativo 30 luglio 2020, n. 100 (di seguito il "D.Lgs. 100/2020") individua gli elementi distintivi specifici (cd. *hallmarks*) riguardanti:

- (i) lo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari (lettera D.1),  
e
- (ii) la titolarità effettiva (lettera D.2).

Tali *hallmarks* derivano, in particolare, dal cd. *Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures* ("Disclosure Rules") approvato, nel marzo 2018, dal Comitato Affari Fiscali dell'OCSE e sono volti ad intercettare quei meccanismi che si qualificano come:

- "CRS avoidance arrangements", ossia i meccanismi concepiti per aggirare, essere utilizzati per o avere l'effetto di eludere l'obbligo di comunicazione imposto dalle leggi che attuano la normativa dell'Unione Europea o eventuali accordi equivalenti sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, compresi accordi con i paesi terzi, o che traggono vantaggio dall'assenza di tale normativa o di tali accordi, e
- "Opaque offshore structures", ossia gli schemi o veicoli che non svolgono un'effettiva attività economica per mezzo di persone, attrezzature, beni e locali adeguati e che sono localizzati in una giurisdizione diversa da quella del titolare effettivo (c.d. *beneficial owner*), nonché caratterizzati da una struttura opaca volta ad ostacolare l'identificazione di quest'ultimo soggetto.

In considerazione di ciò, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2 del 10 febbraio 2021 (la "Circolare") ha espressamente chiarito che le disposizioni attuative della Direttiva 2018/822/EU ("DAC 6"), come contenute nel D.Lgs. 100/2020 e nel Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 17 novembre 2020 (il "Decreto Ministeriale"), possono essere interpretate avvalendosi delle *Disclosure Rules*. Ciò in linea con quanto disposto dal legislatore comunitario che, al fine di garantire un'applicazione uniforme della DAC 6, ha

espressamente previsto la possibilità per gli Stati membri di avvalersi dei lavori dell'OCSE in materia di comunicazione obbligatoria di informazioni relative ai meccanismi di elusione del CRS e alle strutture offshore opache (quali, per l'appunto, le *Disclosure Rules*) da utilizzare “*quale fonte illustrativa o interpretativa, al fine di assicurare un'applicazione coerente in tutti gli Stati membri, nella misura in cui tali testi sono allineati alle disposizioni del diritto dell'Unione*”.

Tra i criteri indicati dalle *Disclosure Rules* ai fini dell'individuazione di un meccanismo comunicabile emerge, in particolare, il cd. “*reasonable to conclude test*”, in forza del quale gli *hallmarks* di categoria D si considerano integrati qualora sia “ragionevole concludere” che il meccanismo sia disegnato o commercializzato per o abbia l'effetto di aggirare la disciplina sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari o di compromettere l'identificazione del titolare effettivo. Tale verifica deve essere eseguita da un punto di vista oggettivo, avendo riguardo a tutte le circostanze del caso, e si ritiene soddisfatta qualora l'effetto di elusione o di aggiramento cui mira il meccanismo emerga sulla base delle informazioni prontamente disponibili e tenuto conto del grado di competenza e conoscenza dei soggetti coinvolti. Rimane fermo, a tal riguardo, che l'intermediario fornitore di servizi, eventualmente coinvolto nel meccanismo, non è tenuto a svolgere attività di *due diligence* ulteriori rispetto a quelli ordinariamente previsti dalla normativa regolamentare per “rimediare” alla mancata integrazione dello standard di conoscenza<sup>94</sup>.

Un punto sul quale la normativa domestica di attuazione sembrerebbe però discostarsi dalle *Disclosure Rules* riguarda, invece, l'elemento soggettivo dato dall'intenzione di “alterare” lo scambio di informazioni o l'identificazione del titolare effettivo. Infatti, mentre le *Disclosure Rules* sembrerebbero prescindere da tale elemento, prevedendo l'obbligo di comunicazione in relazione a tutti quei meccanismi che producono oggettivamente l'effetto di compromettere lo scambio di informazioni o l'identificazione del titolare effettivo, gli esempi di meccanismi comunicabili in relazione agli *hallmarks* in oggetto di cui al Decreto Ministeriale (come di seguito dettagliati) parrebbero, invece, valorizzarlo. Sul punto sarebbe auspicabile un chiarimento da parte dell'Amministrazione finanziaria.

A differenza degli *hallmarks* delle altre categorie, gli elementi distintivi di cui alla lettera D non richiedono, ai fini della segnalazione del meccanismo, ulteriori condizioni (quali, ad esempio, la potenziale riduzione d'imposta in uno Stato membro o il conseguimento di un vantaggio fiscale). In sostanza, il meccanismo risulta segnalabile anche nelle ipotesi in cui non vi sia alcun vantaggio fiscale, in quanto volto ad occultare il reale titolare effettivo o ad ostacolare lo scambio di informazioni sui conti finanziari. Per tale motivo, non è richiesta la verifica del cd. vantaggio fiscale principale (“*main benefit test*”).

<sup>94</sup> Al riguardo, la relazione illustrativa al Decreto Ministeriale specifica che il fornitore di servizi «non debba adempiere ad ulteriori obblighi di *due diligence* rispetto a quelli ordinariamente già richiesti dalla legge ad altri fini (es. anti-riciclaggio) ovvero già disponibili per altre ragioni (ad esempio, commerciali). Inoltre, non viene richiesto al fornitore di servizi di possedere o esercitare un livello di *expertise* superiore a quello richiesto per fornire il servizio».

In riferimento a tali *hallmarks*, inoltre, il Decreto Ministeriale contiene, nell'Allegato A, un elenco esemplificativo di meccanismi suscettibili di segnalazione.

A fini di chiarezza espositiva, si illustrano separatamente le caratteristiche delle due categorie di *hallmarks*. Come segue.

## **2. Meccanismi che hanno l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dallo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari (D.1)**

Il contesto normativo in cui si inseriscono i meccanismi caratterizzati dagli elementi distintivi di cui alla lettera D.1 è quello del cd. *Common Reporting Standard* ("CRS"), standard di comunicazione elaborato dall'OCSE che prevede l'obbligo per le autorità fiscali degli Stati aderenti di scambiarsi automaticamente le informazioni raccolte sui conti finanziari detenuti – da soggetti non residenti – presso le istituzioni finanziarie localizzate nel loro territorio.

Tale modello individua, in particolare, le istituzioni finanziarie tenute al monitoraggio, i conti finanziari soggetti a comunicazione, le procedure di *due diligence* a carico delle istituzioni finanziarie nonché le modalità di comunicazione dei dati raccolti all'autorità fiscale, la quale provvederà al loro scambio con le autorità fiscali degli Stati di residenza dei titolari.

A livello comunitario, allo scopo di fornire una base giuridica comune agli Stati membri per permettere l'attuazione dello standard, è stata adottata la Direttiva 2014/107/UE (di seguito la "DAC 2") che ha modificato ed ampliato l'ambito di applicazione della precedente Direttiva 2011/16/EU in materia di cooperazione amministrativa nel settore fiscale.

Nell'ordinamento italiano, il CRS è stato recepito con la legge 18 giugno 2015, n. 95 e con il successivo Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 28 dicembre 2015 ("Decreto Attuativo del CRS") che ha disciplinato in dettaglio l'ambito soggettivo, oggettivo e procedurale dello scambio di informazioni, da ultimo modificato dal Decreto Ministeriale 26 aprile 2021 che ha aggiornato l'elenco delle giurisdizioni oggetto di comunicazione (alle quali l'Italia è tenuta a effettuare segnalazioni) di cui all'Allegato C e l'elenco delle giurisdizioni partecipanti (che effettuano le segnalazioni verso l'Italia) di cui all'Allegato D al Decreto Attuativo del CRS.

Non è ancora ben chiaro, invece, se tra gli eventuali "accordi equivalenti sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari" rientri anche l'accordo intergovernativo FATCA stipulato tra l'Italia e gli Stati Uniti d'America, finalizzato a contrastare, dunque, l'evasione fiscale – realizzata da cittadini e residenti statunitensi mediante conti intrattenuti presso istituzioni finanziarie italiane e da residenti italiani mediante conti intrattenuti presso istituzioni finanziarie statunitensi – tramite lo scambio automatico di informazioni finanziarie.

Nonostante le *Disclosure Rules* abbiano espressamente equiparato gli accordi di tipo IGA 1 (i.e., quegli accordi in cui le istituzioni finanziarie localizzate nel

Paese che ha stipulato l'accordo con gli Stati Uniti d'America si obbligano a comunicare le informazioni richieste dalla normativa FATCA all'autorità fiscale del Paese stesso, che le trasmette all'*Internal Revenue Service* statunitense) al CRS, i vari Stati membri hanno adottato un approccio differente al riguardo. Basti pensare che mentre l'autorità fiscale britannica ha espressamente escluso l'applicazione della DAC 6 agli accordi FATCA, la bozza di linee guida del Ministero delle Finanze tedesco ha incluso la disciplina FATCA nel novero dell'analisi concernente il ricorrere degli *hallmarks* della categoria in esame.

Quanto all'Italia, mentre nella bozza di Circolare che è stata oggetto di consultazione pubblica era stato affermato che gli *hallmarks* compresi nella categoria D.1 riguardassero anche i meccanismi che avessero l'effetto di compromettere gli obblighi di comunicazione previsti dall'accordo attuativo del FATCA, nella versione definitiva della Circolare non è stato indicato alcunché. Rimane, dunque, da chiarire se la mancata riproduzione di tale inciso sia frutto di una precisa scelta ovvero una semplice dimenticanza.

I meccanismi che gli *hallmarks* della categoria D.1 mirano a portare alla luce sono, dunque, quelli con caratteristiche tali da porre i medesimi al di fuori del raggio applicativo del CRS o che, pur non eliminando l'obbligo di comunicazione ai sensi del CRS, evitano di fatto detta comunicazione o comportano uno scambio di informazioni inesatte o incomplete con la giurisdizione di residenza fiscale del soggetto che sfrutta l'accordo medesimo.

In attuazione dell'articolo 5, comma 2 del D.Lgs. 100/2020, l'Allegato A al Decreto Ministeriale fornisce, a tal proposito, diverse esemplificazioni di tali meccanismi che si esaminano, più nel dettaglio, nel prosieguo.

Il D.Lgs. 100/2020, Allegato 1, lettera D, punto 1, a) richiama l'elemento distintivo costituito dall' **“uso di un conto, prodotto o investimento che non è un conto finanziario, o non appare come tale, ma ha caratteristiche sostanzialmente simili a quelle di un conto finanziario”**. Il Decreto Ministeriale specifica che si tratta, ad esempio, di determinati tipi di moneta elettronica quali sostituti di un conto di deposito o dell'emissione, da parte di istituzioni finanziarie, di taluni tipi di contratti derivati che replicano le attività finanziarie sottostanti e che non sono soggetti all'obbligo di comunicazione. A tal proposito, rileverebbe sia l'uso di tali prodotti che il trasferimento di fondi in tali prodotti.

In altri termini, un prodotto finanziario non soggetto all'obbligo di comunicazione e che fornisce le stesse funzionalità di base di un conto finanziario oggetto di comunicazione è utilizzato con l'evidente fine di evitare la comunicazione di un determinato prodotto finanziario. Si pensi, ad esempio, all'apertura di un *“escrow account”* (conto fiduciario o deposito a garanzia) – non soggetto a comunicazione ai fini del CRS in quanto ritenuto a basso rischio – accompagnato dalla dichiarazione da parte del detentore che il medesimo conto è funzionale all'acquisto di un immobile: in tal modo, simulando la volontà di acquistare una proprietà immobiliare (che, di fatti, non verrebbe mai acquistata), il detentore si avvale delle risorse finanziarie detenute nel conto di deposito aggirando la comunicazione richiesta dal CRS.

La successiva lettera b) tratta l'elemento distintivo del **“trasferimento di conti o attività finanziari 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 giurisdizioni”**. Tale *hallmark* risulterebbe integrato, ad esempio, laddove venga commercializzato uno schema che incentiva il contribuente 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 un'altra giurisdizione che non ha implementato il CRS o che non scambia le informazioni con l'autorità competente della giurisdizione di residenza del contribuente ovvero o in conti finanziari non comunicabili per via di esenzioni previste dalla normativa domestica di implementazione del CRS. L'Agenzia delle Entrate, nella Circolare, riporta l'esempio del trasferimento delle attività finanziarie detenute in un conto di deposito in prossimità della data di rilevazione, ossia il 28 dicembre, presso un'istituzione finanziaria localizzata in una giurisdizione che non partecipa allo scambio di informazioni di cui al CRS con la giurisdizione di residenza del titolare del conto di deposito, seguito dal successivo ri-trasferimento, in data 2 gennaio, presso l'istituzione finanziaria originaria (partecipante, invece, al predetto scambio di informazioni con la giurisdizione di residenza del titolare). Considerato che la comunicazione CRS fotografa il saldo o il valore del conto finanziario al 31 dicembre dell'anno, viene così eluso lo scambio di informazioni sul quel conto finanziario.

Tale *hallmark* non dovrebbe ritenersi integrato, invece, laddove il conto finanziario sia trasferito negli Stati Uniti d'America (giurisdizione non aderente al CRS) e le informazioni su quel conto sia comunque scambiare in forza di un accordo intergovernativo FATCA di tipo IGA 1A in essere tra gli Stati Uniti d'America e la giurisdizione di residenza del titolare del conto.

In riferimento a tale elemento distintivo, l'Agenzia delle Entrate ha ribadito poi la necessità che sia soddisfatto lo standard di conoscenza – ricordando, sul punto, la presunzione legale relativa di assenza di tale standard per le “transazioni bancarie e finanziarie di *routine*” di cui all'articolo 4, comma 3, del Decreto Ministeriale – e specificato che, una volta soddisfatto lo *standard* di conoscenza, l'elemento distintivo risulterebbe integrato solo ove il meccanismo comporti il trasferimento di attività finanziarie di valore superiore al 50% della giacenza media annuale registrata dal singolo conto finanziario al 31 dicembre dell'anno solare precedente (o, nell'ipotesi di conto aperto in un momento successivo a tale data, di altro adeguato periodo di rendicontazione alla clientela).

L'elemento distintivo previsto alla lettera c) e relativo alla **“riclassificazione di redditi e capitali come prodotti o pagamenti che non sono soggetti allo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari”**, include tutte quelle situazioni nelle quali l'istituzione finanziaria, in luogo di effettuare pagamenti o accrediti a favore del contribuente che sarebbero oggetto di comunicazione, quali interessi, dividendi o capital gain, utilizzi forme di pagamento che risultano escluse dall'ambito di applicazione del CRS. Nello specifico, la Sezione I dell'Allegato A, lettera M al Decreto Ministeriale, fa esplicitamente riferimento al caso di un *trust* che paga conti o fatture per conto di un benefi-

ciario: in altri termini, se il *trust* è residente in Italia e attribuisce delle somme al beneficiario fiscalmente residente all'estero, il pagamento sarebbe comunicabile ai fini del CRS, salvo che – per evitare detta segnalazione – il *trustee* residente in Italia paghi direttamente delle spese per conto del beneficiario.

L'elemento distintivo inserito alla lettera d) consiste nel **“trasferimento o conversione di un'istituzione finanziaria, o di un conto finanziario o delle relative attività in un'istituzione finanziaria o in un conto o in attività finanziari non soggetti a comunicazione nell'ambito dello scambio automatico di informazioni sui conti finanziari”**. Rientrano, a titolo esemplificativo, in tale fattispecie: 1) la commercializzazione di uno schema che incentivi un trasferimento di fondi da un conto di deposito oggetto di comunicazione a un conto finanziario escluso dall'obbligo di comunicazione quale, ad esempio, un prodotto pensionistico; 2) la commercializzazione di uno schema che incentivi un trasferimento di fondi da un'istituzione finanziaria soggetto all'obbligo di comunicazione sui conti finanziari a un'istituzione finanziaria esclusa da tale obbligo; 3) la commercializzazione di uno schema che incentivi la trasformazione di fondi detenuti presso un conto di deposito oggetto di comunicazione in attività non finanziarie (es. immobili, oro, pietre preziose, opere d'arte), ove lo scopo prevalente in tutte le ipotesi considerate sia quello di aggirare l'obbligo di comunicazione imposto dal CRS.

La lettera e) del Decreto Legislativo include, poi, tra gli elementi distintivi, anche **“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”**. In tal caso, l'obbligo di segnalazione scatterebbe, ad esempio, al ricorrere di meccanismi che consentano, attraverso investimenti *back-to-back*, di considerare un'entità non finanziaria quale titolare di un conto, con l'obiettivo di impedire l'identificazione dei soggetti che realmente detengono il conto, da parte dell'intermediario finanziario presso cui il conto è detenuto, o ancora di meccanismi che, intervenendo sugli assetti proprietari di un'entità non finanziaria passiva che detiene un conto, hanno l'effetto di impedire che l'investitore che esercita il controllo su tale entità sia identificato come soggetto controllante.

Tale elemento distintivo, in sostanza, è diretto ad individuare quelle situazioni in cui è celata l'identità del titolare effettivo del conto attraverso l'utilizzo di entità non sono soggette ad obblighi di *disclosure* ovvero quei casi in cui viene aggirata la definizione di “soggetto controllante” intervenendo sugli assetti proprietari (es. attraverso forme di frammentazione della partecipazione).

Da ultimo, l'elemento distintivo di cui alla lettera f) intende individuare **“i 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”**.

Si tratta di tutti quei meccanismi che minano l'effettività e sfruttano le debolezze delle procedure di adeguata verifica non consentendo all'intermediario finanziario presso cui il conto finanziario è detenuto la corretta identificazione dello Stato di residenza del titolare del conto o dei soggetti che esercitano il controllo di un'entità non finanziaria passiva. Ciò può avvenire, ad esempio, attraverso 1) l'utilizzo di certificati di residenza emessi da Stati che richiedono una presenza minima o nessuna presenza nel territorio ai fini dell'ottenimento della residenza fiscale (si pensi alle giurisdizioni che offrono regimi fiscali di favore per attrarre ed incentivare il trasferimento della residenza nel Paese dei c.d. *high net worth individuals*, richiedendo l'effettuazione di investimenti di natura immobiliare in loco o il pagamento di una *fee* di ingresso e che prevedono, talvolta, una presenza fisica minima o nulla ai fini dell'ottenimento della residenza o della cittadinanza, i cd. *residence and citizenship by investment scheme*<sup>95</sup>); 2) lo sfruttamento delle criticità delle procedure di adeguata verifica fiscale dovute ad una inadeguata implementazione delle procedure di adeguata verifica antiriciclaggio rispetto alle ultime raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale («GAFI»); 3) la creazione di appositi indizi o prove documentali.

Il Decreto Ministeriale richiama poi quali ulteriori fattispecie esemplificative: (i) la commercializzazione o implementazione di strategie di suddivisione delle somme detenute in un conto finanziario per rimanere al di sotto di un ammontare in valuta nazionale corrispondente a 250.000 dollari (soglia al di sopra della quale scatterebbe l'obbligo di comunicazione previsto dal CRS per un conto cd. preesistente, ovvero già detenuto da un'entità alla data di entrata in vigore del medesimo CRS), al fine di eludere l'obbligo comunicativo, e (ii) un meccanismo elaborato per indurre in errore un'istituzione finanziaria circa i reali beneficiari di un *trust*, all'atto dell'apertura del conto (si pensi, ad esempio, alla designazione nell'atto costitutivo del *trust*, quale unico beneficiario discrezionale, di un ente senza scopo di lucro che viene successivamente sostituito – evitando accuratamente di informare l'istituzione finanziaria presso cui il conto è detenuto – dai reali beneficiari).

### **3. Meccanismi che determinano una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente (D.2)**

Gli *hallmarks* di tipo D.2 attengono a quei meccanismi che consentono di mascherare il reale detentore di beni che non sono necessariamente produttivi di redditi di natura finanziaria (es. immobili) e che, pertanto, potrebbero non rientrare nell'ambito applicativo degli *hallmarks* di cui alla lettera D.1 sopra esaminati.

<sup>95</sup> A tal proposito, si precisa che, dopo aver analizzato oltre cento *residence and citizenship by investment schemes* tra quelli offerti dalle giurisdizioni partecipanti al CRS, l'OCSE ha affermato che gli schemi che potrebbero potenzialmente compromettere l'integrità del CRS sono presenti nei seguenti paesi: Antigua e Barbuda, Bahamas, Bahrain, Barbados, Cipro, Dominica, Grenada, Malta, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Seychelles, Turks and Caicos Islands, Emirati Arabi Uniti, Vanuatu. Per un approfondimento sul tema si veda il sito dell'OCSE: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/residence-citizenship-by-investment/>.

Tale risultato è ottenuto mediante l'utilizzo di un veicolo (consistente in persone, dispositivi giuridici o strutture giuridiche) che soddisfi le seguenti tre caratteristiche:

- (a) non svolge un'attività economica sostanziale supportata da personale, attrezzatura, attività e locali adeguati;
- (b) è costituito, gestito, residente, controllato o stabilito in una giurisdizione diversa dalla giurisdizione di residenza di uno o più dei titolari effettivi delle attività che si intendono celare; e
- (c) è "opaco", ossia strutturato in modo tale da non consentire l'identificazione del titolare effettivo di quel veicolo o da creare l'impressione che tale soggetto non possa essere considerato come tale.

È opportuno sottolineare che affinché il presente elemento distintivo possa configurarsi, facendo sorgere conseguentemente l'obbligo di notifica, le suddette caratteristiche devono sussistere congiuntamente. Il venir meno di anche una sola di esse, infatti, renderebbe la struttura irrilevante ai fini della DAC 6. Ad esempio, non si configurerebbe alcun meccanismo comunicabile in presenza di strutture cd. "attive" (ovvero caratterizzate da personale, attrezzature, beni e locali adeguati) ovvero di strutture che sono da considerare interamente domestiche (es., una società stabilita in un determinato Stato e detenuta solo da soci ivi residenti e/o un *trust* familiare costituito in un determinato Stato i cui beneficiari sono ivi residenti e i cui *trustees* sono altresì residenti nella medesima giurisdizione dei beneficiari).

In coerenza con il Modello OCSE, l'obiettivo di tali *hallmarks* è dunque quello di individuare la detenzione di *assets* e delle fonti di reddito che ne derivano attraverso strutture che non consentono l'accurata determinazione dell'identità del relativo beneficiario effettivo.

Ciò premesso, il Decreto Ministeriale contiene i seguenti esempi di meccanismi che utilizzano una struttura *offshore* opaca, ripresi in larga parte dai lavori fatti dall'OCSE in sede di predisposizione delle *Disclosure Rules*:

- 1) *la detenzione da parte di un soggetto prestanome (nominee) delle azioni o quote di una entità veicolo offshore passivo, quando viene celata l'identità del soggetto (nominator) per conto del quale le azioni o quote sono detenute. Non sono ricompresi fra i soggetti prestanome gli intermediari finanziari che agiscono in qualità di brokers o di depositari di azioni di enti a diffusa partecipazione attivamente negoziate su un mercato finanziario;*
- 2) *un trust in cui un trustee gestisce il trust in base alle istruzioni di un altro soggetto, non riconosciuto come trustee o protector in base all'atto costitutivo del trust;*
- 3) *un meccanismo attraverso il quale un soggetto fornisce fondi a una società non consociata in cambio di un'opzione per acquisire tutte (o sostanzialmente tutte) le attività di tale società per un importo nominale esiguo prestabilito, con l'effetto*

*di acquisire l'effettivo controllo sulla società o sulle attività detenute dalla stessa e non essere legalmente identificabile quale proprietario;*

- 4) *un meccanismo che distrae denaro o valore da una struttura offshore opaca a favore di un beneficiario, attraverso pagamenti di cui non è individuabile la fonte o che non sono rilevabili dall'amministrazione finanziaria della giurisdizione di residenza fiscale del beneficiario (ad esempio, attraverso l'erogazione di prestiti infruttiferi a favore del beneficiario o la messa a disposizione di carte di debito prepagate a favore di quest'ultimo);*
- 5) *un meccanismo che utilizza persone o istituti giuridici costituiti in giurisdizioni che non hanno recepito in modo adeguato i più recenti requisiti per l'individuazione della titolarità legale e del titolare effettivo previsti dal GAFI con riferimento alle persone o agli istituti giuridici utilizzati.*

Si precisa che la Circolare non chiarisce se sia stato recepito o meno in Italia il criterio del “*Carve-Out for Institutional Investors*” quale esimente dagli obblighi di comunicazione, come previsto nell'ambito delle *Disclosure Rules* (essendo altamente improbabile che i veicoli che si qualificano come “investitori istituzionali” o che sono interamente detenuti da uno o più “investitori istituzionali” siano utilizzati per non consentire l'identificazione accurata delle persone fisiche che ne detengono il controllo). Dunque, nel silenzio del legislatore e dell'amministrazione finanziaria, la presenza di “investitori istituzionali” (es. banche, compagnie assicurative, fondi pensione o organismi di investimento collettivo del risparmio) nella catena partecipativa di un veicolo *offshore* potrebbe non escludere la ricorrenza di un meccanismo transfrontaliero oggetto di notifica. Anche su questo aspetto sarebbe opportuno ricevere un'indicazione specifica da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Infine, in tema di interconnessione tra normativa fiscale e disciplina antiriciclaggio, era sorto il dubbio che l'obbligo di informare il proprio cliente dell'avvenuta comunicazione all'Agenzia delle Entrate ai fini della DAC 6 potesse pregiudicare la riservatezza delle segnalazioni di operazioni sospette sancite dall'articolo 39 del D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (ben potendo il cliente intuire l'avvenuto inoltro della segnalazione di operazione sospetta), creando un corto circuito nel sistema per via del mancato coordinamento tra le due discipline. Per tale motivo, in sede di consultazione pubblica della bozza di Circolare, diversi operatori avevano richiesto che fosse espressamente previsto un esonero dalla segnalazione di cui alla DAC 6 ove la medesima operazione fosse già segnalata come operazione sospetta ai sensi della disciplina sull'antiriciclaggio<sup>96</sup>.

Sul tema, la versione definitiva della Circolare, dopo aver premesso che le comunicazioni dell'intermediario, se effettuate in buona fede e per le finalità della norma, “*non costituiscono violazione di eventuali restrizioni alla comunicazione di informazioni imposte in sede contrattuale o da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e non comportano responsabilità di alcun tipo*”, precisa espressamente

<sup>96</sup> Sul punto, si segnalano le Osservazioni della Associazione Bancaria Italiana alla bozza di Circolare e si precisa che, in subordine alla proposta di esonero dall'obbligo di comunicazione previsto dalla DAC 6, l'ABI aveva richiesto che l'intermediario inviante la comunicazione fosse esonerato dall'obbligo di comunicazione al cliente.

che, ed è qui l'elemento di novità, *“non costituisce causa di esonero la presenza di vincoli imposti dalla disciplina sulle segnalazioni di operazioni sospette prevista dal combinato disposto degli artt. 39 co. 1, 41 co. 3 e 55 co. 4 del DLgs. 231/2007”*.

Anche la Guardia di Finanza, in risposta a uno specifico quesito, ha espressamente escluso qualsiasi sovrapposizione tra le due discipline, sottolineando che, pur se similari *“prevedono adempimenti distinti a carico dei soggetti attivi e, pertanto, secondo la DAC 6, l'intermediario e il contribuente sono esonerati dall'obbligo di comunicazione a favore dell'Agenzia delle Entrate solo se provano di aver già comunicato le medesime informazioni in un altro Stato membro in forza di uno dei requisiti di connessione territoriale, a prescindere dalle ulteriori azioni di collaborazione attiva nel settore antiriciclaggio”*.

I punti di contatto tra la normativa DAC 6 e quella antiriciclaggio (coincidenza dei soggetti obbligati, elementi di somiglianza tra la comunicazione dei meccanismi transfrontalieri e la segnalazione di operazione sospetta ai fini antiriciclaggio) non bastano ad esimere l'intermediario dal rispettare allo stesso modo entrambe le normative, le quali si basano su presupposti informativi differenti destinati ad autorità diverse (Agenzia delle Entrate nel caso della DAC 6 e Unità di Informazione Finanziaria di Banca d'Italia nel caso della normativa antiriciclaggio), con una compresenza, tra l'altro, dei relativi quadri sanzionatori.

# Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento (Hallmarks E)

SOMMARIO: 1. E.1. Safe harbour unilaterale – 2. E.2. Trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione – 3. E.3. Trasferimento transfrontaliero infragrupo di funzioni e/o rischi e/o attività

Questo capitolo si focalizza sui tre elementi distintivi specifici (*hallmarks*) relativi ai prezzi di trasferimento previsti dalla sezione E dell'Allegato 1 al Decreto Legislativo 30 luglio 2020, n. 100:

- E.1.: un meccanismo che comporta l'uso di norme "porto sicuro" (*safe harbour unilaterali*).
- E.2.: un meccanismo che comporta il trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione.
- E.3.: Un meccanismo che implica un trasferimento transfrontaliero infragrupo di funzioni e/o rischi e/o attività, se la previsione annuale degli utili del cedente o dei cedenti al lordo di interessi e imposte (EBIT), nel periodo di tre anni successivo al trasferimento, è inferiore al 50 per cento della previsione annuale degli EBIT del cedente o cedenti in questione in mancanza di trasferimento.

Per questi tre elementi distintivi la comunicazione è necessaria in ogni caso, indipendentemente dal fatto che producano o meno un vantaggio fiscale principale: semplicemente non si applica, quindi, il test del vantaggio fiscale principale (MBT).

In sostanza, gli elementi distintivi appartenenti a questa categoria vengono considerati di natura talmente rischiosa o complessa da comportare un obbligo di comunicazione che scaturisce dal semplice fatto che la struttura del meccanismo corrisponda a quelle indicate: "*non assumendo alcuna rilevanza il fatto che in base ad una analisi condotta dall'intermediario o dal contribuente la transazione risulti a valore di libera concorrenza*"<sup>97</sup>.

L'analisi in questo capitolo si focalizza in particolare sulle connessioni con le Linee Guida OCSE<sup>98</sup>. Si fa inoltre ampio riferimento ai chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 2 del 10 febbraio 2021 ("Circolare 2"): detta circolare qualifica il proprio contenuto come "*primi chiarimenti*

<sup>97</sup> Agenzia delle Entrate, Circolare n. 2 del 10 febbraio 2021, p. 114.

<sup>98</sup> *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, 2017.

*in merito all'applicazione delle norme per la comunicazione delle informazioni relative ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica*<sup>99</sup>, precisando che successivi documenti di prassi forniranno chiarimenti a quesiti specifici contenuti nei contributi pervenuti a seguito della pubblica consultazione che ne ha preceduto la pubblicazione; l'analisi che segue, in questo capitolo, propone quindi anche degli spunti di riflessione per eventuali ulteriori chiarimenti ed approfondimenti.

## 1. E.1. Safe harbour unilaterale

Secondo la definizione contenuta nella Circolare 2, per “safe harbour” si intende: “un regime che, in relazione a specifiche categorie di transazioni, fissa preventivamente regole certe e parametri minimi, conformandosi ai quali le imprese non sono tenute ad ulteriori oneri probatori previsti dalle disposizioni o dalla prassi in materia di prezzi di trasferimento”<sup>100</sup>.

Per quanto riguarda la definizione di “unilaterale”, la Circolare 2 lo interpreta come un “regime che, nel dettare le regole di determinazione del valore, si discosti dagli standard internazionali previsti nelle Linee Guida dell'OCSE sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali”<sup>101</sup>.

La Circolare 2 estende inoltre il concetto di “safe harbour” a regimi che presentino similarità rispetto ai “safe harbour unilaterali”. Rientrerebbe quindi nel novero dei safe harbour unilaterali: “anche in assenza di un atto normativo che lo istituisca, una prassi costante, che sfocia in una serie di accordi tra un'Autorità fiscale e contribuenti, caratterizzata da un approccio sistematico ed assenza di attività discrezionale da parte della pubblica amministrazione e che, con riferimento a singole transazioni o operazioni, produce effetti sostanzialmente simili a quelli di un “safe harbour””<sup>102</sup>.

Questa interpretazione estensiva apre un'area di incertezza per il contribuente (e/o l'intermediario) che si trovasse nella situazione di ottenere una qualche forma di accordo da parte di un'Autorità fiscale straniera sui prezzi di trasferimento applicabili a certe operazioni: il contribuente o intermediario si troverebbe in sostanza gravato dell'onere di verificare se la posizione assunta dall'Autorità fiscale straniera rappresenti il mero riconoscimento del carattere “arm's length” dell'operazione, oppure ci si trovi di fronte ad una “prassi costante”, ancorché non resa pubblica con provvedimenti normativi.

Nel breve paragrafo (8.5.1) dedicato al “safe harbour unilaterale”, la Circolare 2 presenta infine un esempio nel quale una società residente in Italia (ACo), cede beni alla sua controllata, società BCo, residente fiscalmente in uno stato estero (B) all'interno dell'Unione Europea, la quale società BCo a sua volta distribuisce i beni acquistati a terzi indipendenti. Lo Stato B riconosce sulle attività di distribuzione, attraverso costanti provvedimenti di prassi (ad esempio *ruling* unilaterali), come conforme al principio di libera concorrenza (“arm's

<sup>99</sup> Agenzia delle Entrate, Circolare n. 2 del 10 febbraio 2021, p. 6.

<sup>100</sup> Ibid., par. 2, punto n. 20, p. 11.

<sup>101</sup> Ibid., p. 115.

<sup>102</sup> Ibid., p. 116.

*length*”) una redditività pari a un mero ricarico sui costi di struttura del 2%, senza che sia stata delineata accuratamente la transazione e indipendentemente dagli utili effettivamente conseguiti. Secondo la posizione della Circolare 2 questo approccio sarebbe quindi simile a un regime di “*safe harbour*” e sarebbe inoltre “unilaterale”, in quanto difforme dai metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento previsti dalle linee guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento, “*inclusi gli approcci semplificati ivi contemplati*”<sup>103</sup>.

Quest’ultima frase è di particolare interesse, perché sembra significare che l’obbligo di comunicazione non si applicherebbe all’approccio semplificato previsto dalle Linee Guida OCSE (a partire dall’edizione 2017) per i servizi infragruppo a basso valore aggiunto, che prevede, a certe condizioni, la semplice applicazione di un *mark-up* pari al 5% sui costi, senza ulteriori analisi sulla congruità di tale *mark-up* nel caso specifico.

Tornando all’esempio, questo appare di difficile interpretazione, poiché non risultano del tutto chiare le caratteristiche dell’operazione che sarebbe oggetto dell’accordo da parte dello Stato B: verosimilmente si allude alla vendita di beni da A a B. Si può supporre, quindi, che ci si riferisca ad un accordo circa gli aggiustamenti (a posteriori) ai prezzi di trasferimento praticati, che riconducano la redditività annua di B al 2% dei costi di struttura: si tratterebbe peraltro di un trattamento tendenzialmente più favorevole per l’Italia e penalizzante per lo Stato B, trattandosi di attività di distribuzione, la quale viene generalmente remunerata con margini calcolati sul valore delle vendite. Al di là delle incertezze sull’interpretazione dell’esempio, esso sembra confermare l’obbligo di segnalazione anche in circostanze in cui il regime risulti più favorevole per l’Amministrazione italiana rispetto agli standard previsti dalle Linee Guida OCSE.

Sorprende infine, in materia di esempi, l’assenza di casi basati su meccanismi conosciuti. In particolare, sarebbe utile conoscere la posizione dell’Amministrazione fiscale su un caso assai noto e sollevato da vari commentatori: quello del *Services Cost Method* (SCM) previsto dalle regole di *transfer pricing* statunitensi, che consente alle imprese ivi residenti di addebitare alle consociate estere certi servizi a basso valore aggiunto al puro costo. Giova innanzitutto osservare che si tratta di un metodo che non può che favorire l’entità non-statunitense, che viene addebitata senza applicare un margine di profitto. Come indicato precedentemente, l’obbligo di comunicazione sussiste, per gli elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento, indipendentemente dal fatto che la transazione risulti a valore di libera concorrenza<sup>104</sup>. Tuttavia esistono ragionevoli dubbi circa il fatto che il metodo SCM possa essere considerato “unilaterale”, cioè, secondo la definizione della Circolare 2, non conforme agli standard previsti nelle Linee Guida dell’OCSE<sup>105</sup>. Infatti, la sezione B.2.3.2 del Capitolo VII delle Linee Guida OCSE indica chiaramente la possibilità che la fornitura

103 Ibid., p. 116.

104 v. *supra*, nota 97.

105 v. *supra*, nota 101.

di servizi infragruppo senza un margine di profitto venga considerata, in certe circostanze, conforme al principio “*arm's length*”.

Un chiarimento sarebbe utile anche in relazione al fatto che gli aspetti definitori relativi all'*hallmark* E.1. rischiano di essere interpretati in maniera contraddittoria a causa del fatto che la definizione di “unilaterale” comprenderebbe solo i regimi che si discostano dagli standard OCSE, ma al tempo stesso l'approccio generale per gli elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento prevede che l'obbligo di comunicazione sussista in ogni caso. Sembra logico focalizzarsi prioritariamente sull'aspetto definitorio dell'*hallmark* E.1., per cui un regime conforme alle Linee Guida OCSE, non essendo “unilaterale”, non coinciderebbe con la definizione e quindi sarebbe escluso dal secondo passaggio concettuale: sarebbe comunque preferibile che il dubbio venisse eliminato del tutto con un chiarimento interpretativo.

Sarebbe, infine, particolarmente auspicabile che venissero identificati esempi reali di *Safe harbour* unilaterali, di cui le Amministrazioni fiscali europee sono verosimilmente a conoscenza, vista la scelta della Direttiva di attribuire a questa tematica un particolare livello di rischiosità: se per qualche ragione si volesse evitare di indicarli nominativamente o di identificare uno specifico Stato, sarebbe comunque utile che gli esempi forniti rappresentassero caratteristiche tipiche dei modelli considerati più problematici e/o diffusi.

## 2. E.2. Trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione

Il Decreto Legislativo 30 luglio 2020, n. 100, definisce tale tipologia come:

*“Un meccanismo che comporta il trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione. Si intende per «beni immateriali di difficile valutazione» (hard-to-value intangibles) quei beni immateriali o i diritti su beni immateriali, per i quali al momento del loro trasferimento tra imprese associate:*

- a) *non esistono affidabili transazioni comparabili; e*
- b) *al momento della definizione dell'accordo, le proiezioni dei flussi di cassa futuri o del reddito derivante dal bene immateriale trasferito o le assunzioni utilizzate nella sua valutazione sono altamente incerte, rendendo difficile prevedere il livello di successo finale del bene immateriale trasferito”.*

La definizione coincide con il testo nella Direttiva 2018/822/UE, che a sua volta coincide con la definizione contenuta nel paragrafo 6.189 delle Linee Guida OCSE.

La Direttiva, e quindi necessariamente anche il suo recepimento in Italia, istituiscono un obbligo di comunicazione basato sulla semplice definizione OCSE, senza entrare nel dettaglio delle particolari regole di *transfer pricing* applicabili ai beni immateriali di difficile valutazione (introdotte in Ottobre 2015 con la pubblicazione dei documenti finali del Progetto BEPS e poi integrate nella versione 2017 delle Linee Guida OCSE), le quali identificano una serie

di situazioni che vengono considerate meno critiche e per le quali sono quindi previste eccezioni.

Benché le eccezioni OCSE non si applichino agli obblighi di comunicazione discussi in questo capitolo, appare comunque importante ricordare i principi applicabili alla fissazione dei prezzi di trasferimento con tali obblighi di comunicazione, poiché le analisi richieste e la documentazione da costituire presentano vari punti in comune e dovrebbero essere organizzate in maniera coerente.

È utile innanzitutto richiamare brevemente la genesi della normativa OCSE sui prezzi di trasferimento relativi a beni immateriali di difficile valutazione: appena terminata la revisione dei Capitoli I, II e III delle Linee Guida e la contemporanea istituzione del nuovo Capitolo IX sul “*business restructuring*” nel 2010, l’OCSE aveva immediatamente iniziato i lavori per la revisione del Capitolo VI, dedicato agli “*intangibles*”, considerandolo come il successivo tema prioritario da affrontare. Con la nascita del Progetto BEPS nel 2013, i lavori sugli intangibles sono stati incorporati nel progetto stesso e progressivamente il tema degli “*hard to value intangibles*” (“HTVI”) è emerso come un aspetto particolarmente critico e dibattuto, al punto che per qualche tempo l’OCSE ha esplicitamente contemplato l’ipotesi di istituire “*special measures*” che si sarebbero discostate dal principio *arm’s length* per definire le regole di *transfer pricing* applicabili agli HTVI.

La soluzione finale adottata dall’OCSE è stata definita come conforme al principio *arm’s length*<sup>106</sup>, pur rappresentandone una interpretazione che si avvicina ai limiti di uno dei principi cardine sanciti storicamente dalle Linee Guida OCSE, il quale vieta l’uso di “*hindsight*”: impedisce, cioè, di contestare un prezzo di trasferimento semplicemente sulla base di fatti posteriori alla transazione che le parti non potevano conoscere al momento della sua conclusione. Le regole applicabili agli HTVI prevedono infatti che un’Amministrazione fiscale possa utilizzare i risultati *ex-post* come presunzione del fatto che al momento di concludere la transazione esistessero incertezze di valutazione, o che le informazioni utilizzate fossero poco affidabili, oppure che non si sia tenuto conto di prevedibili sviluppi. In sostanza, l’Autorità fiscale può utilizzare, nel caso degli HTVI, i risultati *ex-post* come elemento di presunzione, che peraltro il contribuente ha la possibilità di contestare se dimostra che la validità dei prezzi di trasferimento non è stata inficiata da tali fattori. L’eventuale aggiustamento sarebbe quindi basato sulla ricostruzione dei prezzi di trasferimento (o metodologia) che sarebbero stati fissati *ex-ante*, sulla base di fattori che non sono stati adeguatamente tenuti in conto secondo le presunzioni generate dall’analisi *ex-post*.

Le Linee Guida OCSE prevedono peraltro una serie di eccezioni, secondo le quali l’approccio sopra descritto non si applica se si verifica almeno una delle seguenti condizioni:

*i.* Il contribuente fornisce:

---

106 Linee Guida OCSE, Par. 6.188

1. Dettagli delle previsioni *ex ante* utilizzate al momento del trasferimento per determinare il prezzo, comprese le informazioni sui rischi presi in considerazione nei calcoli per determinare il prezzo (ad esempio, rapporto probabilità – effetto) e l'adeguatezza in ordine alla previsione di eventi ragionevolmente prevedibili e altri rischi, oltre alla probabilità del verificarsi degli stessi; e
2. Adeguata dimostrazione che qualsiasi differenza significativa tra le proiezioni finanziarie e i risultati effettivi è dovuta a:
  - a) sviluppi imprevedibili o eventi verificatisi dopo la determinazione del prezzo che non avrebbero potuto essere previsti dalle imprese associate al momento della transazione; oppure
  - b) la realizzazione della probabilità del verificarsi di risultati prevedibili e che tali probabilità non sono state sopravvalutate o sottovalutate significativamente al momento della transazione.
- ii. Il trasferimento degli HTVI è coperto da accordi bilaterali o multilaterali in tema di definizione anticipata dei prezzi di trasferimento vigenti per il periodo in questione tra il Paese del cessionario e quello del cedente.
- iii. Qualsiasi differenza significativa fra le proiezioni finanziarie e i risultati effettivi menzionati nel punto i.2. di cui sopra non comporta una rettifica della remunerazione determinata al momento della transazione per il trasferimento degli HTVI di più del 20%, in diminuzione o in aumento.
- iv. Sia terminato un periodo di commercializzazione di cinque anni dall'anno in cui il bene HTVI ha iniziato a generare i primi ricavi del cessionario verso soggetti terzi e durante tale periodo di commercializzazione ogni differenza significativa tra le proiezioni finanziarie e i risultati effettivi di cui al punto i.2. che precede non è stata superiore al 20% delle proiezioni per quel periodo.

Oltre alle eccezioni, nei paragrafi che precedono quelli dedicati alla definizione delle regole di *transfer pricing* applicabili agli HTVI le Linee Guida OCSE illustrano delle soluzioni che indirizzerebbero il problema dell'incertezza nelle valutazioni: in particolare la fissazione preventiva di clausole di aggiustamento di prezzo. Le considerazioni contenute nelle Linee Guida OCSE sembrano suggerire che qualora tali soluzioni vengano adottate (e a condizione, naturalmente, che le clausole di aggiustamento del prezzo siano conformi al principio *arm's length*), le operazioni in questione non rivestirebbero più la criticità che ha condotto a istituire delle regole speciali di *transfer pricing*. Tuttavia il concetto non è espresso chiaramente nelle Linee Guida OCSE e, soprattutto, la definizione di HTVI non esclude formalmente queste casistiche; in sostanza quindi, anche se verosimilmente considerate meno critiche sotto il profilo del *transfer pricing*, queste operazioni riguarderebbero comunque degli HTVI e, poiché la direttiva ha ripreso unicamente la definizione formale di HTVI, non si può ipotizzare, a questo stadio, una esclusione dagli obblighi di comunicazione anche in casi in cui il contribuente abbia fatto di tutto per assicurare una equa ripartizione dei profitti globali generati da beni immateriali grazie a clausole di aggiustamento

di prezzo che garantirebbero l'eliminazione, a posteriori, dell'incertezza che può caratterizzare inizialmente l'operazione.

Vi è peraltro almeno una delle eccezioni previste dall'OCSE che avrebbe potuto suggerire una semplificazione negli obblighi di comunicazione: quella (ii) prevista in caso di accordi bilaterali o multilaterali in tema di definizione anticipata dei prezzi di trasferimento.

Per le altre eccezioni (i, iii e iv), invece, le regole stesse di *transfer pricing* presuppongono che il contribuente costituisca una adeguata documentazione che dimostri le previsioni e le informazioni utilizzate al momento della fissazione dei prezzi di trasferimento: appare quindi altamente consigliabile che intermediari e contribuenti adottino un approccio coordinato a partire dal momento in cui l'operazione viene concepita. Logicamente, il primo punto da indirizzare dovrebbe essere quello della fissazione del prezzo di trasferimento: in questa fase, appare fondamentale che si stabilisca se gli *intangibles* in questione ricadano sotto la definizione di HTVI. In caso affermativo, sarà opportuno verificare se il caso possa rientrare nelle eccezioni previste dalle Linee Guida OCSE, oppure predisporre al fatto che l'operazione potrebbe essere rettificata *ex-post*. In ogni caso, come detto sopra, anche qualora si ritenga di poter rientrare tra le eccezioni, dovrà essere costituita una adeguata documentazione a supporto dei prezzi di trasferimento ed appare altamente raccomandabile che, in parallelo, si indirizzino coerentemente anche gli obblighi di comunicazione.

Si noti che anche qualora si concludesse, in sede di analisi preventiva, che non ci si trova in presenza di HTVI, appare opportuno che si mantenga traccia delle analisi effettuate e delle relative conclusioni in modo da potere adeguatamente rispondere a possibili contestazioni.

Come si è visto, la tematica è articolata e complessa, al punto da rendere certamente difficoltosa la pubblicazione di chiarimenti dettagliati in tempi ristretti. Forse per questa ragione, il paragrafo (8.5.2) della Circolare 2 dedicato ai beni immateriali di difficile valutazione si limita, in sostanza, al seguente commento (oltre ad un esempio estremamente semplificato):

*“L'elemento distintivo ricomprende tutte quelle transazioni che determinano il trasferimento di beni immateriali (brevetti, marchi, know how, diritti d'autore, ecc.) o la concessione di diritti su beni immateriali, che per loro natura risultano di difficile valutazione.*

*Il termine “hard to value intangibles” coincide con la definizione contenuta nelle Linee Guida dell'OCSE sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali ed in particolare con quanto indicato al paragrafo 6.190.”<sup>107</sup>*

Il commento è breve ma significativo perché sembra allargare lo spettro delle transazioni riconducibili alla definizione di HTVI focalizzandosi sulla “natura” delle operazioni e ponendo l'accento sul paragrafo 6.190 delle Linee Guida OCSE che elenca alcune caratteristiche che possono manifestarsi in transazioni relative a HTVI. Se confermata, tale interpretazione potrebbe risultare estensiva rispetto alla definizione contenuta nel paragrafo 6.189 delle Linee Guida OCSE

107 Agenzia delle Entrate, Circolare n. 2 del 10 febbraio 2021, pp. 117-118.

e ripresa esattamente nel testo del Decreto Legislativo 30 luglio 2020, n. 100: in tale definizione, gli elementi fondamentali sono l'assenza di transazioni comparabili affidabili e il fatto che le proiezioni di reddito o le assunzioni utilizzate nella valutazione siano altamente incerte. Certo, il paragrafo 6.190 identifica situazioni che hanno alte probabilità di ricadere nella casistica HTVI<sup>108</sup>, tuttavia la formulazione della prima frase sopra citata della Circolare 2, che, riferendosi alla "natura", sembra direttamente legarsi all'ampia casistica ivi elencata (brevetti, marchi, *know how*, diritti d'autore, ecc.) potrebbe prestarsi a interpretazioni estensive che non sembrano corrispondere alla definizione OCSE (si pensi, ad esempio, al caso di concessione in licenza dell'utilizzo di marchi per i quali esistono affidabili transazioni comparabili): sarebbe auspicabile che il punto venisse chiarito ulteriormente nell'ambito di futuri interventi interpretativi.

Per completare il quadro, giova infine ricordare che l'OCSE ha pubblicato a dicembre 2020, nelle pagine web dedicate al *transfer pricing*, 40 schede che riassumono, ciascuna per un paese diverso, lo stato di implementazione in tale paese dei principi OCSE applicabili agli HTVI. Benché non vi si trovino informazioni direttamente correlate agli obblighi di comunicazione, si tratta comunque di una fonte di informazione interessante per conoscere almeno sommariamente l'approccio adottato da un paese in tema di HTVI (non c'è peraltro, allo stato attuale, una scheda dedicata all'Italia). Di particolare interesse è quella dedicata agli Stati Uniti, che ricorda tra l'altro come gli Stati Uniti siano stati precursori in questo ambito, istituendo il principio di "*commensurate with income*" che ha sicuramente influenzato i lavori dell'OCSE<sup>109</sup>.

### 3. Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività

Anche in questo caso, il recepimento in Italia della Direttiva ne segue necessariamente l'impostazione e adotta quindi una definizione onnicomprensiva per quanto riguarda la natura dei trasferimenti infragruppo, utilizzando la definizione di "trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività" (si noti peraltro che, coerentemente con il testo della Direttiva, il termine "attività" sembra doversi interpretare come "*assets*" in lingua inglese: la stessa Circolare 2 usa anche il termine "asset" nel paragrafo 8.5.3 dedicato a questo *hallmark*).

Analogamente al caso degli HTVI, appare importante un'analisi coordinata con quella da effettuarsi ai fini dell'applicazione dei principi OCSE, perché è evidente che di fronte a trasferimenti infragruppo di funzioni e/o rischi e/o

108 Il bene immateriale è solo parzialmente sviluppato, oppure non sarà commercialmente sfruttabile prima di svariati anni, oppure è parte integrante dello sviluppo o del miglioramento di altri beni immateriali che rientrano nella definizione di HTVI, oppure è destinato a un tipo di sfruttamento innovativo e l'assenza di esperienza di sviluppo o di sfruttamento di beni simili rende altamente incerte le proiezioni, oppure è trasferito a un'impresa associata a fronte del pagamento di una somma forfettaria, oppure viene utilizzato o sviluppato all'interno di un accordo di contribuzione dei costi o di accordi similari.

109 Per una analisi dettagliata sul principio "*commensurate with income*", la giurisprudenza statunitense in materia e come tale principio abbia influenzato i lavori dell'OCSE sugli HTVI, v.: P. Penelle, *The OECD hard-to-value intangible guidance: International Tax Review*, aprile 2017.

*assets*, ci si debba interrogare sulle implicazioni che derivano dai principi statuiti nel capitolo IX delle Linee Guida OCSE dedicato al “*Business Restructuring*”, tra cui in particolare le articolate indicazioni sulla necessità o meno di una compensazione per il cedente.

Ai fini della verifica circa l’obbligo di comunicazione, senza dubbio l’elemento più critico da analizzare risulta essere quello quantitativo, legato alla determinazione della previsione degli EBIT del cedente nel periodo di tre anni successivo al trasferimento, per verificare se questo sia inferiore al 50 per cento della previsione annuale degli EBIT del cedente in mancanza di trasferimento. La Circolare 2 sembra condividere questa visione, dedicando agli aspetti quantitativi l’essenziale dei commenti nella sezione dedicata a questo *hallmark*.

Si noti innanzitutto che la Circolare 2 (richiamando esplicitamente la coerenza con gli *standard* OCSE) precisa che ai fini del calcolo della potenziale riduzione d’imposta occorre includere, ove ne ricorrano le condizioni, l’eventuale indennizzo dovuto, determinato in conformità al principio di libera concorrenza<sup>110</sup>.

La Circolare 2 precisa quindi che le determinazioni riguardanti l’EBIT sono da effettuarsi sulla base dei bilanci previsionali delle singole entità interessate, piuttosto che a livello di consolidato locale. Viene inoltre precisato che in considerazione dei diversi settori in cui l’impresa potrebbe svolgere la propria attività e, per esigenze di semplificazione, per convenzione, ai fini della determinazione dell’EBIT, si assume il “risultato operativo” (seguono, alle pagine 119 e 120 della stessa Circolare, dettagliate indicazioni su come interpretare tale definizione per diverse tipologie di imprese).

La Circolare 2 sottolinea anche il fatto che l’elemento distintivo in commento troverà applicazione anche in caso di trasferimenti da una stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente ad una società italiana appartenente allo stesso gruppo o viceversa.

Infine, la Circolare 2 fornisce un utile chiarimento sui come comportarsi nel caso in cui ci si trovi a confrontare risultati positivi/negativi: “*nel caso in cui l’EBIT medio del cedente, durante il triennio successivo alla transazione, risulti negativo, a fronte di un EBIT medio positivo in assenza di trasferimento, l’elemento distintivo dovrà ritenersi sempre integrato. Al contrario, in caso di EBIT medio negativo in assenza del trasferimento, l’hallmark non sarà verificato in caso di EBIT medio prospettico nullo o positivo*”<sup>111</sup>.

La Circolare 2 chiude questa sezione con un esempio molto semplificato di cessione di ramo d’azienda, concentrato su una tabella che indica le proiezioni di EBIT per i tre anni successivi elaborati prima del trasferimento e quelli che integrano gli effetti del trasferimento; il confronto della somma dei valori dei tre anni in ciascuna ipotesi mostra che l’EBIT medio diminuisce del 52,17%<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> Agenzia delle Entrate, Circolare n. 2 del 10 febbraio 2021, p. 119.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>112</sup> La Circolare non fornisce alcun commento sugli altri aspetti fiscali che tipicamente accompagnano una cessione di ramo di azienda.

La presentazione di un esempio con risultati così vicini al 50% sembra voler sottolineare come una piccola variazione (nell'ambito di previsioni che implicano necessariamente un certo grado di incertezza) possa avere conseguenze molto significative. Questa osservazione richiama in generale un tema che non sembra essere stato contemplato dal legislatore: l'eventualità di introdurre una graduazione delle sanzioni per tenere conto di eventuali errori di valutazione molto limitati ma tali da far oltrepassare la soglia dell'obbligo di comunicazione. Analogamente, ci si potrebbe anche interrogare sulla possibilità di graduare le sanzioni in caso di operazioni di valore molto limitato (si pensi, ad esempio, al trasferimento di HTVI all'interno di una piccolissima impresa multinazionale il cui valore risulti estremamente modesto).

Auspicabilmente l'esperienza pratica porterà a ulteriori chiarimenti ed esempi. A tale proposito ci si permette in questa sede di segnalare due scenari che possono verificarsi con relativa facilità nella pratica:

- Il caso in cui una attività venga trasferita progressivamente, e quindi non ci sia un chiaro momento da cui iniziare il confronto triennale perché, ad esempio, il cedente continuerà a svolgere una parte dell'attività per un periodo di x anni.
- La questione dell'impatto temporale sui flussi di reddito: se, cioè, in particolare nel caso in cui il cedente ottenga un indennizzo al momento del trasferimento, sia opportuno procedere al confronto attraverso un'analisi che tenga conto del fatto che a fronte di un indennizzo certo e immediato, il valore dei flussi di reddito previsti dovrebbe essere attualizzato per tener conto sia del ritardo temporale con cui verrebbero percepiti, sia della eventuale incertezza circa la loro piena realizzazione.

**CAPITOLO 6** di Francesco Pisciotta, Michele Santocchini e  
Federico Franconi

# La potenziale riduzione d'imposta

SOMMARIO: 1. La potenziale riduzione d'imposta: *ratio* e rilevanza nel sistema delle *mandatory disclosure rules* nazionali. - 2. Il requisito della potenziale riduzione d'imposta: ambito applicativo - 3. Il carattere potenziale della riduzione d'imposta. - 4. Le forme di manifestazione della potenziale riduzione d'imposta. - 5. Le modalità di calcolo della potenziale riduzione d'imposta.

## 1. La potenziale riduzione d'imposta: *ratio* e rilevanza nel sistema delle *mandatory disclosure rules* nazionali

La sussistenza di una potenziale riduzione d'imposta rappresenta un presupposto dell'obbligo di comunicazione dei meccanismi transfrontalieri di cui al d.lgs. n. 100/2020 che integrano *hallmarks* diversi da quelli di cui alla lett. D dell'allegato al decreto suddetto. Ciò è previsto dall'art. 6 del D.M. 17 novembre 2020, a mente del quale “*Gli elementi distintivi di cui all'Allegato 1, lettere A, B, C ed E, al decreto legislativo 30 luglio 2020, n. 100 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*”.

Tale presupposto dell'obbligo di comunicazione non è espressamente disposto dalla Direttiva DAC6, né dal d.lgs. n. 100/2020. Senonché, subordinare l'obbligo di comunicazione alla condizione che il meccanismo transfrontaliero sia suscettibile di determinare una riduzione delle imposte in uno Stato Membro<sup>113</sup> è coerente con la *ratio* giustificatrice della Direttiva DAC6.

E infatti, il considerando n. 2 della Direttiva DAC6 identifica tra le ragioni d'essere della Direttiva medesima la circostanza che “*Per gli Stati membri risulta sempre più difficile proteggere le basi imponibili nazionali dall'erosione*”. Inoltre, il medesimo considerando evidenzia che gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva da reprimere “*trasferiscono gli utili imponibili verso regimi tributari favorevoli o hanno come effetto quello di ridurre le imposte esigibili nei confronti dei contribuenti*”, il che “*determina spesso riduzioni considerevoli del gettito fiscale degli Stati membri*”. È la stessa Direttiva, dunque, a ricollegare il sistema di *mandatory disclosure rules* unionale all'esigenza di proteggere il gettito fiscale degli Stati Membri;

<sup>113</sup> O in uno Stato con il quale sia in vigore un accordo per lo scambio di informazioni sulla falsariga della DAC6 (vedi *infra*).

tale assunto sembra sottendere che, qualora uno schema di pianificazione fiscale non risulti in un'effettiva riduzione dell'imposta dovuta in uno Stato Membro, non sussista la necessità di comunicare tale meccanismo alle autorità fiscali. In questi termini è ancor più esplicito l'*Impact Assessment* della Commissione Europea allegato alla proposta di Direttiva DAC6<sup>114</sup>, secondo cui “*sembra vi sia un interesse degli Stati Membri dell’Unione Europea di condividere informazioni fintantoché vi sia un potenziale impatto della base imponibile di altri Stati Membri*”<sup>115</sup>.

Peraltro, la previsione di un simile requisito è altresì coerente con al principio di proporzionalità, sulla base del quale non può ritenersi conforme al diritto dell’Unione Europea una disposizione che grava un operatore economico di oneri di *compliance* eccedenti quanto necessario per realizzare lo scopo perseguito, pertanto disincentivando l’esercizio delle libertà fondamentali garantite dai trattati<sup>116</sup>. Nel caso di specie, qualora un meccanismo non abbia nemmeno un potenziale impatto sul gettito di uno Stato Membro, risulta evidente che imporne la comunicazione da parte dell’intermediario/contribuente all’autorità fiscale sarebbe una reazione eccessiva rispetto allo scopo di tutelare la base imponibile unionale.

Ebbene, la normativa nazionale, laddove limita l’obbligo di comunicazione ai soli casi suscettibili di determinare una riduzione dell’imposta dovute in uno Stato Membro o in uno Stato con il quale sia in vigore un accordo per lo scambio di informazioni analogo alla DAC6, sembra conformarsi alle suddette indicazioni, andando così a declinare un sistema di *mandatory disclosure rules* che si concentra sui meccanismi transfrontalieri “pericolosi” per il gettito UE (o di altri Paesi per il quale sono in vigore accordi in tal senso).

In questi termini, risulta comprensibile la ragione per cui il medesimo art. 6 del decreto ministeriale ha disposto che il requisito della potenziale riduzione d’imposta sia applicabile ai soli meccanismi transfrontalieri contrassegnati dagli *hallmark* delle categorie A, B, C ed E. Infatti, tali *hallmark*, che possono per semplicità definirsi “*hallmark* fiscali”, sono legati a meccanismi transfrontalieri di diretta matrice fiscale, la cui comunicazione è necessaria proprio qualora vi sia un impatto sul gettito degli Stati Membri. La potenziale riduzione d’imposta è invece irrilevante per l’integrazione di un meccanismo transfrontaliero di cui agli *hallmark* della categoria D, ossia quelli che riguardano lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva. In questi casi, infatti, la reazione dell’ordinamento prescinde da un’effettiva perdita di gettito e si verifica per il solo fatto che, tramite meccanismi elusivi, risultino compromessi lo scambio di informazioni sui conti finanziari nel contesto dalla disciplina del *Common*

114 Commission Staff Working Document, *Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements*, SWD(2017) 237 final.

115 Di seguito si riporta la versione originale, in lingua inglese, del passaggio appena citato: “*there seems to be an interest on the side of EU Member States to share information in so far as there is a potential impact on the tax base of other Member States*”.

116 Si vedano, tra le tante, Corte di Giustizia, 5 luglio 2007, causa C-522/04, *Commissione c. Belgio*; Corte di Giustizia, 11 dicembre 2014, causa C-678/11, *Commissione c. Spagna*.

*Reporting Standard* e/o gli obblighi normativi in tema di identificazione del titolare effettivo<sup>117</sup>.

Infine, va sottolineato che nel sistema delle *mandatory disclosure rules* nazionali la potenziale riduzione d'imposta non rileva solamente quale presupposto dell'obbligo di comunicazione, ma è altresì uno degli elementi che compone il c.d. *main benefit test*. In particolare, nel commentare le disposizioni primarie e secondarie sull'argomento, la Circolare n. 2/E del 2021 chiarisce che il *main benefit test* postula un confronto tra le imposte che risultano dall'attuazione del meccanismo transfrontaliero e quelle che sarebbero state dovute in assenza dello stesso, e che qualora le prime siano inferiori alle seconde si determina una "potenziale riduzione d'imposta" che rappresenta il "vantaggio fiscale" rilevante ai fini del *test* (da contrapporre agli eventuali vantaggi extra-fiscali così da valutarne la natura principale o meno). In tale contesto, la Circolare afferma espressamente che la potenziale riduzione d'imposta d'interesse per il *main benefit test* va determinata secondo gli stessi criteri indicati con riguardo all'omonimo presupposto dell'obbligo di comunicazione. Ovviamente, nel caso del *main benefit test*, la sussistenza di una potenziale riduzione d'imposta non sarà sufficiente affinché il *test* possa dirsi integrato, dovendosi altresì verificare la prevalenza della potenziale riduzione d'imposta (*alias* vantaggio fiscale) sugli eventuali vantaggi *extra-fiscali* derivanti dall'attuazione del meccanismo transfrontaliero.

## 2. Il requisito della potenziale riduzione d'imposta: ambito applicativo

Si è già notato come la potenziale riduzione d'imposta rappresenti un presupposto per l'obbligo di comunicazione con riguardo ai soli "*hallmark fiscali*", ossia quelli diversi dagli *hallmark D*.

Inoltre, la potenziale riduzione d'imposta deve verificarsi con riguardo ad imposte dovute da un contribuente in un Paese dell'Unione Europea oppure 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 d.lgs. n. 100/2020. Trattasi degli Stati che hanno stipulato, con l'Italia o l'Unione Europea, accordi in tema di *mandatory disclosure rules* analoghi a quelli previsti della DAC6 (c.d. accordi MDR). Nel caso in cui la potenziale riduzione d'imposta si verifichi in uno Stato extra-UE che non abbia stipulato accordi MDR con l'Italia o l'Unione Europea, essa risulta irrilevante ai fini dell'obbligo di comunicazione<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> La questione è ben colta dall'Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 2/E del 2021, ove si legge che "per disposizione normativa, restano esclusi dall'applicazione di tale criterio gli elementi distintivi di cui alla lettera D del citato allegato, ossia quelli riguardanti lo scambio automatico di informazioni e l'utilizzo di strutture offshore opache, i quali avranno rilevanza per il fatto oggettivo di determinare l'aggravamento degli obblighi di comunicazione previsti dal CRS o di occultare la titolarità effettiva di asset e correlati redditi".

Per la distinzione tra *hallmark fiscali* e *hallmark CRS*, cfr. Torre R. - Lio M. - Macario E., *DAC 6: verso i primi adempimenti, in un quadro interpretativo ancora incerto*, in *Fisco*, 3, 2021, p. 274 e ss.

<sup>118</sup> Altri Paesi, come la Francia, hanno adottato una diversa posizione, ritenendo che assumano rilevanza anche i vantaggi fiscali ottenuti in giurisdizioni esterne all'Unione.

Allo stato, nota la Circolare n. 2/E del 2021, “*non risultano sottoscritti specifici accordi per lo scambio di informazioni riguardanti i meccanismi transfrontalieri*” e quindi “*la riduzione potenziale d’imposta va verificata con riferimento agli Stati membri dell’Unione Europea*”. In realtà, ad esito della dipartita del Regno Unito dall’Unione Europea, l’art. 5.2, par. 1.a dell’accordo commerciale tra Unione e Regno Unito<sup>119</sup> avrebbe potuto fungere da accordo MDR, ove prevede che “*Ciascuna parte si astiene dall’indebolire o abbassare il livello di tutela offerto dalla propria normativa alla fine del periodo di transizione al di sotto del livello garantito dalle norme e dai principi concordati in sede OCSE alla fine del periodo di transizione, in termini di: scambio di informazioni, sia esso su richiesta, spontaneo o automatico, su [...] potenziali meccanismi transfrontalieri di pianificazione fiscale*”. Tuttavia, il Regno Unito ha disatteso quest’impegno, disponendo con l’*Amendment of the International Tax Enforcement (Disclosable Arrangements) Regulations 2020* del 30 dicembre 2020 che, in Regno Unito, gli obblighi derivanti dalla Direttiva DAC6 restano applicabili alle sole operazioni che rientrano negli *hallmark D*, cancellando quindi in modo esplicito i meccanismi transfrontalieri che integrano gli altri *hallmark* (ossia quelli fiscali).

Alla luce della posizione adottata dal Regno Unito, che nella sostanza si pone in violazione dell’accordo con l’Unione Europea, risulta condivisibile l’approccio adottato dall’Agenzia nella Circolare. Pertanto, non saranno suscettibili di comunicazione i meccanismi transfrontalieri che, pur integrando *hallmark* fiscali, determinino una potenziale riduzione d’imposta nel Regno Unito cui non corrisponda una potenziale riduzione d’imposta almeno in uno Stato Membro.

Sempre in punto di identificazione degli Stati in cui deve verificarsi la riduzione d’imposta, la già richiamata Circolare n. 2/E del 2021 chiarisce che la riduzione d’imposta può essere conseguita da una stabile organizzazione localizzata nel territorio di uno Stato Membro, la cui casa madre risulta fiscalmente residente in uno Stato extra-UE che non abbia sottoscritto uno specifico accordo MDR. In tale ipotesi, infatti, la riduzione d’imposta rimane integrata nello Stato Membro di insediamento della stabile organizzazione e, per questo, è rilevante ai fini dell’obbligo di comunicazione. Analogamente, a fronte di una potenziale riduzione d’imposta italiana, l’obbligo di comunicazione sussiste anche qualora il partecipante estero è residente o localizzato in uno Stato con cui non è in vigore un accordo MDR.

Infine, ai sensi dell’art. 6 del decreto ministeriale, la riduzione d’imposta rilevante quale presupposto per l’obbligo di comunicazione deve avere ad oggetto una delle imposte di cui alla Direttiva 2011/16/UE, ossia la Direttiva in tema di cooperazione amministrativa tra gli Stati Membri. L’art. 2 della Direttiva ricomprende nell’ambito di applicazione della medesima tutte le imposte ad eccezione di IVA, dazi doganali, accise e contributi sociali obbligatori<sup>120</sup>. In relazione all’Italia, la Circolare n. 2/E del 2021 elenca tra i tributi rilevanti l’IR-

119 Parte seconda, Rubrica prima, Titolo XI.

120 In altri Paesi, come ad esempio Polonia e Portogallo, anche l’IVA è stata ricompresa nel perimetro dei tributi rilevanti ai fini DAC6.

PEF e l'IRES con le relative addizionali, l'IRAP, le ritenute a titolo d'imposta e le imposte sostitutive, le imposte locali e le altre imposte indirette (imposta di registro, bollo ed ipotecarie e catastali, di successione e di donazione), IVAFE e IVIE. Quanto agli altri Stati, la Circolare ritiene che rilevinno le imposte ivi considerabili equivalenti a quelle a cui si applica la Direttiva DAC6.

### 3. Il carattere potenziale della riduzione d'imposta

Nel delineare il concetto di "riduzione d'imposta" di cui all'art. 6 del decreto ministeriale, la Circolare n. 2/E del 2021 rinvia alla definizione di vantaggio fiscale contenuta all'art. 2, comma 1, lett. i) del d.lgs. n. 100/2020, rilevante ai fini del *main benefit test*. Tale disposizione definisce il vantaggio fiscale come *"uno tra i principali vantaggi avente natura fiscale che ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero, tenuto conto dei fatti e delle circostanze"*.

Sulla base di tale definizione, secondo l'Agenzia, *"la riduzione d'imposta è da intendersi in termini potenziali, ossia quale vantaggio di natura fiscale che ci si può attendere come logica conseguenza dei fatti e delle circostanze del caso"*.

Il carattere meramente potenziale della riduzione d'imposta quale presupposto dell'obbligo di comunicazione può derivarsi anche dall'art. 6 del decreto ministeriale, che si riferisce all'integrazione di *hallmarks* fiscali *"suscettibili di determinare una riduzione delle imposte"*, senza disporre che la riduzione d'imposta si debba verificare in concreto. Inoltre, questa caratteristica pare coerente con lo stesso sistema delle *mandatory disclosure rules*, che è volto a disporre obblighi di trasparenza per meccanismi potenzialmente utilizzabili ai fini di pianificazione fiscale aggressiva, senza che la segnalazione del meccanismo alle autorità coincida con un giudizio di effettiva elusività dello stesso.

L'esistenza di una riduzione d'imposta "potenziale", come riconosce la stessa Circolare, postula un giudizio probabilistico da parte del soggetto destinatario dell'obbligo di comunicazione. In particolare, la riduzione d'imposta dovrà essere la *"logica conseguenza dei fatti e delle circostanze del caso"*; analogamente, il d.lgs. n. 100/2020 dispone che il vantaggio fiscale sia quello che *"ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero"*. In stretta connessione con quanto appena osservato, e in linea con il carattere preventivo dell'obbligo di *reporting*, la valutazione andrà condotta sul piano prognostico, ossia alla luce delle circostanze sussistenti nel momento in cui sorge in capo all'intermediario o al contribuente l'obbligo di comunicare un meccanismo transfrontaliero. Sul punto, la Circolare richiede altresì agli operatori di condurre una nuova valutazione qualora si verificano, in momenti successivi, variazioni negli elementi a base delle stime operate tali da incidere sulla determinazione dell'imposta dovuta.

L'adozione di un criterio probabilistico per determinare l'integrazione di una potenziale riduzione d'imposta impone all'interprete un giudizio sull'attitudine del meccanismo transfrontaliero a cagionare una perdita di gettito per l'erario di uno o più Stati Membri. Mutuando una terminologia penalistica, si può parlare di *"approccio di pericolo"*. Il requisito sarà dunque integrato

qualora il bene giuridico protetto dalle *mandatory disclosure rules* (i.e. il gettito fiscale) sia minacciato, senza che sia necessaria la concreta lesione.

Alla luce di quanto appena notato, il fatto che non sia necessaria un'effettiva verifica circa la sussistenza di una riduzione d'imposta non vale ad escludere qualsivoglia valutazione da parte dell'operatore in ordine alla pericolosità del meccanismo. È infatti necessario che il meccanismo transfrontaliero sia tale da mettere a rischio il gettito fiscale di uno o più Stato Membro. Non dovrebbero, invece, essere oggetto di comunicazione meccanismi che non sono, neppure in astratto, idonei a cagionare una riduzione d'imposta. Ciò anche al fine di conformare la normativa al principio di proporzionalità che, come si è già osservato, impone di gravare gli operatori di oneri che non siano eccessivi rispetto allo scopo perseguito.

In questi termini, è difficilmente comprensibile la posizione adottata dall'Agenzia delle Entrate nella più volte richiamata Circolare n. 2/E del 2021, secondo cui “*nella determinazione degli effetti fiscali derivanti dal meccanismo transfrontaliero non si deve tener conto degli eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell'ordinamento tributario, quali ad esempio la disciplina sulle imprese controllate estere (CFC) o le disposizioni anti ibridi, che al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione non sono state ancora applicate*” e “*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*”.

In effetti, a fronte di una normativa fiscale che preveda la sterilizzazione degli effetti fiscali del meccanismo in dichiarazione, non si comprende quale possa essere il rischio di perdita di gettito che un obbligo di comunicazione vada a prevenire. Si tratta infatti di meccanismi che non possono mai generare, neppure teoricamente, un vantaggio fiscale, salvo che il contribuente, in sede dichiarativa, si spinga a non applicare la normativa tributaria di sterilizzazione, nel qual caso più che un disegno elusivo si realizzerebbe una violazione di legge<sup>121</sup>.

Inoltre, la posizione proposta dalla Circolare sembra contraddetta dalle stesse Linee Guida OCSE in tema di *mandatory disclosure rules*, contenute nel rapporto emesso in seno all'Action 12 del Progetto BEPS. In quel documento, l'OCSE afferma che nel caso in cui un contribuente, in applicazione della normativa anti-ibridi, sterilizzi una deduzione in reazione a un ibrido importato in sede dichiarativa, non si rende necessaria nessuna comunicazione, dal momento che la potenziale riduzione di imposta è già eliminata dalla disposizione anti-ibridi. Residuerà un obbligo di comunicazione solo ove la normativa anti-ibridi

<sup>121</sup> Tale questione è stata sollevata anche da numerosi commentatori della bozza di Circolare in seno alla pubblica consultazione indetta dall'Agenzia delle Entrate – si vedano, tra gli altri, i contributi di Assonime (p. 9) e quello del Gruppo di lavoro AIDC Milano – UGDCEC Milano (pp. 10-11). Quanto alla dottrina, cfr. Resnati C., *L'individuazione dei meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione*, in *Fisco*, 2021, 13, pp. 1249 e ss.; Bellini M. – De Lucia D., *Riduzione d'imposta e benefit test: i nodi da sciogliere*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 marzo 2021.

prevista dallo stato di residenza del contribuente non consenta di sterilizzare la deduzione<sup>122</sup>.

In tale contesto, sembra che l’Agenzia voglia fare leva sul sistema delle *mandatory disclosure rules* quale mezzo per stimolare i contribuenti alla *compliance* spontanea in dichiarazione, quasi che gli intermediari siano tenuti a comunicare all’Agenzia delle Entrate tutti i meccanismi ad esito dei quali i contribuenti siano obbligati ad applicare norme che limitano determinati benefici. Senonché, non è questa la *ratio* della normativa in tema di obblighi di comunicazione, che vuole fungere da deterrente rispetto all’implementazione di schemi di pianificazione fiscale aggressiva e non da “pungolo” per il corretto adempimento di doveri dichiarativi.

L’interpretazione proposta dall’Agenzia, peraltro, comporta difficoltà pratiche per gli operatori nell’individuare le “specifiche disposizioni limitative” i cui effetti non devono essere considerati nella determinazione degli effetti fiscali derivanti dal meccanismo transfrontaliero. E infatti, sono numerose le disposizioni, spesso con funzione antielusiva, che limitano i benefici fiscali fruibili dal contribuente nella dichiarazione dei redditi. Si può pensare che, in aggiunta alle disposizioni anti-ibridi e CFC richiamate dalla Circolare, possano annoverarsi nella categoria suddetta le disposizioni in tema di dividendi *black list* e quelle in tema di riporto di *tax attributes* nel contesto di operazioni straordinarie. Tuttavia, la dizione adottata dall’Agenzia è ampia e potenzialmente idonea a ricomprendere tutti i costi per cui il contribuente debba apportare variazioni in aumento in *dichiarazione*.

#### **4. Le forme di manifestazione della potenziale riduzione d’imposta**

Fermo restando la necessità che la riduzione d’imposta assuma un carattere almeno potenziale, le forme concrete in cui tale riduzione può manifestarsi sono le più varie. La Circolare n. 2/E del 2021 contiene una lista di ipotesi che sono ritenute rilevanti ai fini dell’integrazione di una riduzione d’imposta, definita quale meramente esemplificativa ma che, in realtà, sembra sufficientemente onnicomprensiva.

Secondo la Circolare, a titolo esemplificativo, rientrano nel concetto di riduzione d’imposta:

- l’ottenimento di una riduzione di base imponibile o d’imposta rispetto a quelle determinabili in assenza del meccanismo;
- l’ottenimento di un rimedio contro la doppia imposizione, oppure un incremento dello stesso rispetto a quello spettante in assenza del meccanismo;

<sup>122</sup> OECD (2015), *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, par. 269. A tale paragrafo fa altresì riferimento Assonime nel proprio contributo presentato all’Agenzia delle Entrate nel contesto della consultazione pubblica sulla bozza di *Circolare*.

- l'ottenimento di un rimborso d'imposta o l'incremento dello stesso rispetto a quello spettante in assenza del meccanismo;
- il differimento non a breve termine del pagamento dell'imposta;
- l'eliminazione delle ritenute alla fonte ovvero la loro riduzione.

Tutti i casi suddetti rappresentano vantaggi economici definitivi per il contribuente, salvo che per il differimento del pagamento dell'imposta, nel qual caso viene in rilievo un vantaggio di tipo finanziario che, in linea di principio, è meramente temporaneo. Secondo l'Agenzia, tuttavia, deve trattarsi di un differimento "non a breve termine", quindi di un differimento caratterizzato da un certo grado di stabilità temporale. Seppur la terminologia usata dalla Circolare non sia chiarissima, è ragionevole ritenere che il differimento del pagamento dell'imposta debba essere tale da perpetuarsi nel tempo e qualificarsi come una "sospensione da tassazione" potenzialmente sine die, come nel caso di pagamenti effettuati a favore di entità ibride inverse (ipotesi che viene trattata dalla stessa Circolare nella sezione degli *hallmark* della categoria C.1.).

## 5. Le modalità di calcolo della potenziale riduzione d'imposta

Per definire le modalità di computo della riduzione d'imposta, la Circolare n. 2/E del 2021 richiama i criteri stabiliti dal D.M. 17 novembre 2020 con riguardo al vantaggio fiscale, stabilendo che lo stesso si calcoli "*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*". Dunque, occorre porre a confronto, in maniera ipotetica, gli effetti fiscali in presenza del meccanismo, compresi quelli derivanti dall'applicazione di norme agevolative, con gli effetti che si verificherebbero in sua assenza. La Circolare ritiene altresì che le imposte dovute devono essere calcolate con riferimento a tutte le circostanze del caso (ad esempio, tenendo in considerazione le perdite fiscali pregresse, il regime di consolidato, le detrazioni d'imposta), oggettivamente stimabili sulla base delle informazioni disponibili al momento in cui sorge l'obbligo di notifica. Inoltre, qualora si verificchino, in momenti successivi, variazioni negli elementi a base delle stime operate, tali da incidere sulla determinazione del vantaggio fiscale, è necessario tenerne conto ai fini della verifica dell'eventuale obbligo di comunicazione.

Quel che emerge dalla Circolare, pertanto, è la necessità di un'analisi approfondita, che per quanto debba avere ad oggetto una riduzione d'imposta potenziale, deve essere effettuata alla luce del caso concreto, tenendo in considerazione le caratteristiche dei soggetti coinvolti, ivi inclusi i *tax assets* e l'applicazione di regimi opzionali.

Ovviamente, qualora un intermediario, nella qualità di *service provider*, presti assistenza in relazione ad un meccanismo transfrontaliero, sarà necessario accertare la sussistenza in capo allo stesso dello *standard* di conoscenza minimo anche con riguardo alla potenziale riduzione d'imposta derivante dall'attuazione del meccanismo. Pertanto, l'intermediario sarà tenuto all'obbligo di comunicazione

solo qualora abbia conoscenza, in termini di elementi informativi, e comprensione, sotto forma di competenza tecnica, della riduzione d'imposta<sup>123</sup>. Con la conseguenza che, ove l'intermediario non sia a conoscenza di tutte le circostanze fattuali che determinano una potenziale riduzione d'imposta, oppure non abbia la competenza tecnica per giungere alla conclusione che sussiste un'effettiva riduzione d'imposta, questi non sarà tenuto a comunicare il meccanismo transfrontaliero.

Si ricorda che lo *standard* di conoscenza "fattuale" è determinato con riferimento alle "informazioni prontamente disponibili in ragione dell'attività di assistenza o consulenza espletata nei confronti del cliente", non essendo richiesto all'intermediario di svolgere indagini specifiche al fine di raccogliere informazioni ulteriori rispetto a quelle fornite dal cliente per lo svolgimento dell'incarico. Con riguardo allo *standard* di conoscenza "tecnica", invece, si dovrà avere riguardo "al grado di competenza necessaria per fornire il servizio di assistenza o consulenza nonché al livello di esperienza ordinariamente richiesto per la prestazione di detto servizio". Di conseguenza, tipicamente, l'intermediario italiano non potrà ritenersi soggetto ad obbligo di comunicazione qualora la potenziale riduzione d'imposta abbia luogo in un ordinamento di un altro Stato Membro e questi non abbia le competenze tecniche per comprendere che effettivamente possa derivare una potenziale riduzione d'imposta dall'attuazione del meccanismo transfrontaliero.

Sulle modalità di calcolo, infine, alcuni esempi svolti dall'Agenzia nella Circolare n. 2/E del 2021 con riguardo al *main benefit test* possono essere utili ai nostri fini, in particolare per quanto attiene allo scenario da confrontare rispetto a quello risultante ad esito dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero.

In merito, viene in rilievo anzitutto l'esempio 6 della Circolare, categorizzato dall'Agenzia nell'*hallmark* B.3 ("Un meccanismo comprendente operazioni circolari che si traducono in un «carosello» di fondi («round-tripping»), in particolare tramite il coinvolgimento di entità interposte che non svolgono nessun'altra funzione commerciale primaria o di operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che presentano altre caratteristiche simili"). Tale esempio riguarda una complessa struttura d'investimento che si sviluppa come segue:

- ITACo, residente fiscalmente in Italia, effettua un conferimento di capitale a favore della controllata BCo, residente in uno Stato UE;
- la provvista finanziaria derivante dal conferimento viene (a) per l'80%, retrocessa da BCo alla stessa ITACo in base ad uno strumento finanziario ibrido considerato strumento di debito in Italia e di capitale nella giurisdizione di BCo; (b) per il restante 20%, investito in titoli azionari negoziati su mercati regolamentati dai quali BCo ottiene dividendi pari a 2, non assoggettati a tassazione per l'effetto del regime di *participation exemption* applicato dallo Stato UE di residenza di BCo;
- ITACo paga e deduce interessi passivi per 10 sullo strumento finanziario ibrido, mentre BCo non assoggetta a tassazione gli interessi maturati considerando gli stessi come dividendi;

123 Cfr. art. 4 del decreto ministeriale.

- BCo, nell'anno successivo, distribuisce a ITACo dividendi pari a 12 che, ai sensi dell'art. 89 del TUIR, sono esclusi da imposizione nella misura del 95% per effetto del regime di *participation exemption*.

In questo esempio, l'Agenzia ritiene si verifichi una potenziale riduzione d'imposta rilevante ai fini del *main benefit test*. La riduzione d'imposta viene calcolata sulla base dei conteggi riportati nella seguente tabella.

ESEMPIO 6 CALCOLO DELLA POTENZIALE RIDUZIONE D'IMPOSTA IN CAPO AD ITACO	
Interessi passivi	-10
Dividendi	0,6
Imponibile	-9,4
Risparmio d'imposta in Italia (24%)	2,256

In quest'esempio, l'Agenzia ritiene che lo scenario cui raffrontare la situazione post-attuazione del meccanismo transfrontaliero sia quello in cui il meccanismo non viene attuato. Infatti, la potenziale riduzione d'imposta risultante dall'attuazione del meccanismo viene assunta come valore in sé, senza individuare un meccanismo alternativo che avrebbe potuto comportare diversi ammontari di risparmio fiscale.

Invece, l'esempio 7 ha ad oggetto un meccanismo transfrontaliero categorizzato dall'Agenzia nell'*hallmark* C.1. b.1 (*“Un meccanismo che prevede pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate, dove si verifica almeno una delle condizioni seguenti: [...] nonostante il destinatario sia residente a fini fiscali in una giurisdizione, quest'ultima 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”*). Lo scenario ipotizzato dall'Agenzia confronta un meccanismo transfrontaliero che prevede la cessione di beni a un *procurement hub* soggetto a tassazione inferiore all'1%, con uno scenario di cessione diretta senza l'intermediazione dell'*hub*. In particolare, l'esempio dell'Agenzia è articolato come segue:

- ITACo, fiscalmente residente in Italia, cede beni ad una impresa associata, ACo, fiscalmente residente in uno Stato extra-UE con il quale non è in vigore un accordo MDR; in tale Stato, ACo svolge l'attività di *procurement hub* godendo di un regime fiscale privilegiato in base al quale è assoggettata a imposta inferiore all'1%;
- BCo è residente in uno Stato UE ed è soggetta a imposta societaria nella misura del 15%;
- si assume che BCo possa acquistare i beni prodotti da ITACo direttamente da ACo a un prezzo di mercato pari a 3.000;

- i medesimi beni, alle medesime condizioni, sono invece ceduti da ITACo ad ACo a un prezzo pari a 2.800, che li vende a sua volta a BCo al loro prezzo di mercato di 3.000. La quota residua di 200 che resta in capo a ACo va a remunerare l'attività di *procurement hub* svolta da ACo a favore del gruppo di appartenenza.

In quest'esempio, dunque, l'Agenzia pone a confronto la situazione risultante ad esito del meccanismo con un'operazione alternativa che si assume "elusa" per il tramite del meccanismo, come risulta evidente anche dalla tabella che segue, che riprende i conteggi effettuati nella Circolare.

ESEMPIO 7 - CALCOLO DELLA POTENZIALE RIDUZIONE D'IMPOSTA			
Stati UE	Senza meccanismo (cessione diretta)	Con meccanismo (cessione tramite procurement hub)	Potenziale riduzione d'imposta
<b>Italia</b>			
Ricavi per cessione di beni da parte di ITACo	3.000	2.800	
Imposte ITACo (27,9%)	837	781,20	55,80
<b>Stato B</b>			
Costo per acquisto di beni da parte di BCo	3.000	3.000	
Imposte BCo (15%)	450	450	0

Senza entrare nel merito dei conteggi svolti dall'Agenzia, dai due esempi risulta un'apparente divergenza di approcci, laddove nell'esempio 6 l'Agenzia individua quale scenario di confronto la situazione "di partenza", in assenza di meccanismo, mentre nell'esempio 7 delinea un'operazione alternativa che avrebbe comportato diverse conseguenze fiscali, pur determinando il raggiungimento del medesimo obiettivo giuridico/fiscale.

Senonché, tale divergenza è coerente con i concreti "modi d'essere" in cui gli schemi elusivi possono manifestarsi nella pratica.

E infatti, in dottrina si è avuto modo di sottolineare come, tra gli schemi di attuazione delle condotte abusive, si distinguano le operazioni "circolari" o di rilievo meramente fiscale e le operazioni "lineari"<sup>124</sup>.

Sono "circolari" le operazioni in cui gli atti posti in essere non determinano una modificazione significativa dell'assetto giuridico/economico preesistente del contribuente e le scelte compiute determinano, in sostanza, effetti prettamente fiscali. Nel caso delle operazioni circolari, la sequenza negoziale si compone di atti o di negozi i cui effetti sono destinati ad elidersi in modo da lasciare sostanzialmente immutato l'assetto originario. Nell'ambito delle operazioni circolari, evidentemente, il risultato fiscale coincide con quello economico ed è questo stesso risultato che, ove si ponga in contrasto con la *ratio* delle norme

124 Cfr. Circolare Assonime n. 21/2016, pp. 53-55.

tributarie o con i principi dell'ordinamento, viene a qualificarsi come vantaggio tributario indebito (c.d. elusione pura).

Le fattispecie di operazioni circolari ben si attagliano ad essere ricomprese nell'*hallmark* B.3, che proprio nella circolarità dei flussi finanziari ravvisa un indice di elusione meritevole di comunicazione. Dunque, nel caso di simili operazioni circolari, lo scenario di raffronto naturale per il calcolo della potenziale riduzione d'imposta è quello "di partenza", non sussistendo un effettivo obiettivo economico perseguito dal contribuente se non l'ottenimento del vantaggio fiscale.

Sono, invece, "lineari" le operazioni che si caratterizzano per il fatto di produrre modificazioni significative nella posizione giuridico/economica del contribuente precedente all'operazione. Si tratta dei casi in cui vi è un obiettivo economico programmato che viene però attuato mediante l'indebito ricorso ad un regime fiscale diverso rispetto a quello altrimenti applicabile per raggiungere quel determinato obiettivo. L'abuso, in questi casi, non riguarda il mutamento dell'assetto originario in sé considerato, ma l'*iter* negoziale seguito che ha consentito di fruire di un regime fiscale in contrasto con la *ratio* a esso sottostante. Nell'ambito delle operazioni lineari, pertanto, il risultato ottenuto ai fini fiscali è da intendersi in termini relativi e, cioè, emerge dal raffronto tra i tributi assolti per effetto delle operazioni poste in essere rispetto ai tributi altrimenti dovuti per giungere al medesimo risultato economico (c.d. elusione differenziale). In questo secondo caso, il vantaggio tributario suscettibile di essere sconosciuto non dipende dall'obiettivo economico che il contribuente ha legittimamente realizzato, ma dalle modalità con le quali è stato conseguito e che hanno determinato l'applicazione di regimi fiscali non previsti o non ammessi in quella determinata fattispecie.

La valutazione in termini relativi del vantaggio fiscale nell'ipotesi di operazioni lineari richiede, pertanto, una comparazione con uno scenario alternativo, realizzato con differenti modalità rispetto a quelle perseguite dal contribuente. Ciò implica che, nel caso di meccanismi transfrontalieri che abbiano ad oggetto operazioni lineari (come quello dell'esempio 7 della Circolare), la valutazione della potenziale riduzione d'imposta dovrà anch'essa effettuarsi in termini relativi, ossia rintracciando l'operazione alternativa che si assume "elusa" dal complesso negoziale che costituisce il meccanismo transfrontaliero.

## CAPITOLO 7 di Marco Melisse e Giulia Sibilla

# Il criterio del vantaggio principale

SOMMARIO: 1. Definizione e caratteristiche principali - 2. Il MBT nella normativa italiana - 2.1 Prima criticità del MBT: difficoltà a quantificare oggettivamente il vantaggio extrafiscale - 2.2 Seconda criticità del MBT: coesistenza di più elementi distintivi - 3. Il MBT in altri Stati Membri - 3.1 Germania - 3.2 Francia - 3.3 Regno Unito

### 1. Definizione e caratteristiche principali

La Direttiva (UE) 2018/822 (“Direttiva”)<sup>125</sup>, all’allegato IV – parte I prevede che:

*“...Gli elementi distintivi generici della categoria A e quelli specifici della categoria B e della categoria C, paragrafo 1, lettera b), punto i), e lettere c) e d) possono essere presi in considerazione soltanto laddove soddisfino il “criterio del vantaggio principale”.*

*Tale criterio sarà soddisfatto se è possibile stabilire che il principale vantaggio o uno dei principali vantaggi che una persona, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti, si può ragionevolmente attendere da un meccanismo è ottenere un vantaggio fiscale...”*<sup>126</sup> (grassetto dello scrivente)

In particolare, in base a quanto previsto dalla Direttiva, l’integrazione di alcuni elementi distintivi è condizionata al superamento del c.d. *test* del vantaggio principale (*Main Benefit Test*, “MBT”), ovvero al fatto che sia possibile stabilire che il principale vantaggio o uno dei principali vantaggi che, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti, ci si può ragionevolmente attendere da un meccanismo è l’ottenimento di un determinato vantaggio fiscale.

In altre parole, la presenza di un vantaggio fiscale di misura congrua, anche in presenza di altri vantaggi, è sufficiente a considerare superato il test con obbligo di segnalazione.

Vedremo in seguito che questa valutazione, nella normativa italiana è stata trasposta in una formula matematica che non trova eguali nell’implementazione della Direttiva negli altri Stati membri.

<sup>125</sup> Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di notifica

<sup>126</sup> Pagina 11 della Direttiva

Al contrario, gli altri elementi distintivi che non richiedono l'ulteriore garanzia del superamento del *test*, dovranno essere comunicati all'Agenzia in ogni caso, come meglio esplicato nello schema che segue.

Nella Tabella 1, in verde, gli elementi distintivi che richiedono la verificata del MBT mentre in blu, quelli che non lo richiedono ai fini della segnalazione

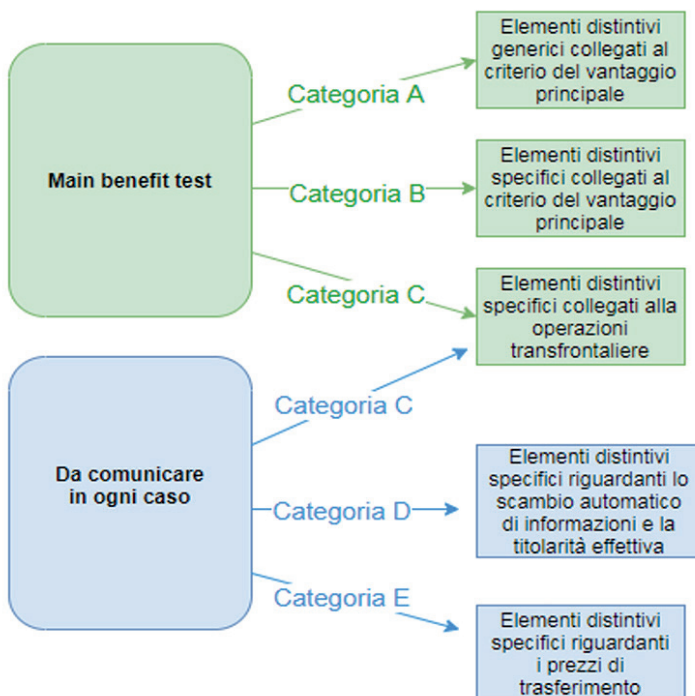


Tabella 1

Il superamento del MBT è richiesto solo ed esclusivamente per i seguenti elementi distintivi:

- Categoria A – A1 (riservatezza), A2 (*success fee*), A3 (*standard*);
- Categoria B – B1 (bare fiscali), B2 (conversione del reddito), B3 (circularità);
- Categoria C – C1, lett. b), punto i), lett. c) e d) (pagamenti transfrontalieri deducibili).

In altre parole, per gli elementi distintivi sopra elencati, affinché sussista un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica, non è sufficiente l'integrazione della fattispecie concreta sussumibile all'interno dell'elemento distintivo di riferimento, ma è altresì necessaria l'integrazione del MBT.

## 2. Il MBT nella normativa italiana

In Italia, la Direttiva è stata implementata dal Decreto Legislativo n. 100 del 2020 (“Decreto attuativo”)<sup>127</sup> il quale si limita ad introdurre nel diritto Italiano quanto già previsto dalla normativa UE, senza prevedere ulteriori indicazioni.

È solo per mezzo del Decreto attuativo del Ministero dell’Economia e delle Finanze (“Decreto”) del 17 novembre 2020 che il MBT viene finalmente misurato in termini pratici.

Infatti, l’articolo 7 del Decreto (rubricato “Criterio del vantaggio principale”) statuisce che:

- “...1. Fermo restando quanto previsto dall’articolo 6, gli elementi distintivi di cui all’Allegato 1, lettere A, B e C, punto 1, lettere b), sub 1), c) e d), al decreto legislativo 30 luglio 2020, n. 100 rilevano ai fini dell’obbligo di comunicazione di cui all’articolo 3 del medesimo decreto legislativo, qualora siano soddisfatte le condizioni di cui al comma 2.
2. Il criterio di cui al comma 1 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.
3. 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...”<sup>128</sup>

In altri termini, come indicato al comma 2 dell’articolo 7 di cui sopra, il test del vantaggio principale è affidato alla seguente formula matematica:

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

Nella formula di cui sopra, il vantaggio fiscale (come chiarito nel comma 3 dell’articolo 7 del Decreto) è dato dalla differenza tra le imposte dovute in seguito all’applicazione di un certo meccanismo transfrontaliero e quelle dovute in sua assenza. Mentre, il vantaggio extrafiscale è dato dall’insieme dei vantaggi conseguibili a seguito dell’applicazione di un meccanismo transfrontaliero che, come desumibile dalla parola stessa, non hanno natura fiscale.

<sup>127</sup> Decreto Legislativo n. 100 del 30 luglio 2020, attuativo della direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di notifica

<sup>128</sup> Pagina 6 del Decreto

Ulteriori chiarimenti sulla formula per verificare il superamento o meno del MBT sono stati forniti altresì dalla Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 2 del 2021 (“Circolare”)<sup>129</sup>, dove viene statuito che:

*“... Questa formulazione implica, innanzitutto, un confronto tra le imposte che risultano dall’attuazione del meccanismo transfrontaliero e quelle che sarebbero state dovute in assenza dello stesso. Allorché le prime siano inferiori alle seconde si determina un vantaggio fiscale, rappresentato da una potenziale riduzione di imposta...”*<sup>130</sup>

In conclusione, è possibile affermare che l’intermediario (o il contribuente) che si trova a dover valutare se un meccanismo transfrontaliero debba o meno essere comunicato all’Autorità fiscale competente dovrà quindi procedere come segue (Tabella 2):

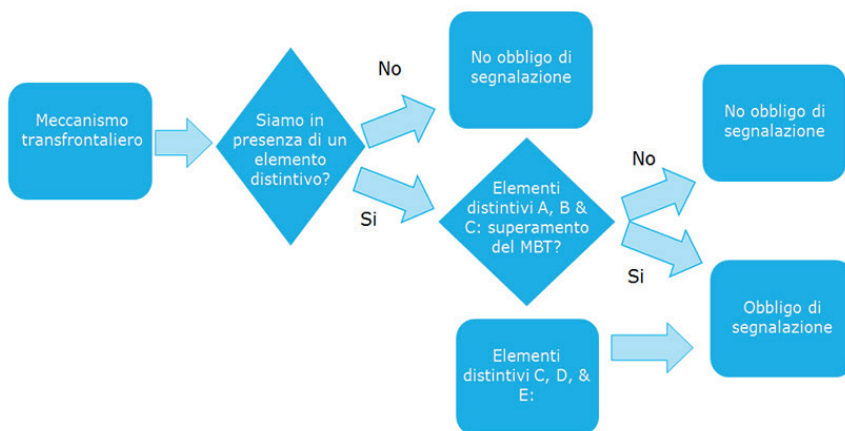


Tabella 2

<sup>129</sup> Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 2 del 10 febbraio 2021 “Primi chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di comunicazione - decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva “DAC 6”)

<sup>130</sup> Pagina 40 della Circolare

La Circolare riassume i criteri per individuare la necessità o meno di effettuare la comunicazione all’Agenzia delle Entrate di un meccanismo transfrontaliero come segue (Tabella 3, fonte: pagina 38 della Circolare dell’Agenzia delle Entrate n.2 del 2021, vedasi nota 3):

CATEGORIE DI HALLMARK	CRITERIO RICHIESTO		
	TRANSNAZIONALE	RIDUZIONE DI IMPOSTA	VANTAGGIO PRINCIPALE
A. ELEMENTI DISTINTIVI GENERICI COLLEGATI AL CRITERIO DEL VANTAGGIO PRINCIPALE	Sì	Sì	Sì
B. ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI COLLEGATI AL CRITERIO DEL VANTAGGIO PRINCIPALE	Sì	Sì	Sì
C. ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI COLLEGATI ALLE OPERAZIONI TRANSFRONTALIERE	Sì	Sì	Sì
D. ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI RIGUARDANTI LO SCAMBIO AUTOMATICO DI INFORMAZIONI E LA TITOLARITÀ EFFETTIVA	Sì	NO	NO
E. ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI RELATIVI AI PREZZI DI TRASFERIMENTO	Sì	Sì	NO

Tabella 3

## 2.1. Prima criticità del MBT: difficoltà a quantificare oggettivamente il vantaggio extrafiscale

Il MBT, e più in particolare la relativa verifica, conduce a più di una criticità.

Innanzitutto, è chiaro come mentre la quantificazione del vantaggio fiscale sia di semplice applicazione, sussistano invece oggettive difficoltà nel quantificare il vantaggio extrafiscale che, proprio per la sua natura, non si presta ad essere oggetto di una comparazione di tipo esclusivamente “quantitativo”.

L’Agenzia, nella Circolare, infatti, ha tentato di fornire una soluzione a tale questione affermando che:

*“...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...”<sup>131</sup>*

Tali vantaggi (quantitativi) devono, per potersi considerare rilevanti al fine del calcolo, essere oggettivamente determinabili quando sorge l’obbligo di comunicazione e comprovabili attraverso adeguata documentazione contabile o extracontabile.

Questa creazione del Decreto sembra un eccesso di delega: mentre la Direttiva fa riferimento all'esistenza di vantaggi extrafiscali che non necessariamente sono immediatamente misurabili e quantificabili, il Decreto svuota di valore tutti quei vantaggi di natura commerciale, contrattuale, ambientale che non sono direttamente misurabili.

La valutazione, al fine di verificare il superamento o meno del *test* del vantaggio principale, dovrà quindi basarsi solo ed esclusivamente su elementi quantificabili rinvenibili dalle circostanze fattuali.

Appare, quindi, opportuno fornire un esempio al fine di far emergere l'oggettiva difficoltà a dimostrare i c.d. vantaggi extrafiscali:

Come riportato da fonti aperte, nel 2012 il Gruppo Piaggio ha aperto negli Stati Uniti il proprio *Advanced Design Center* con sede a Pasadena, in California.

È evidente che le ragioni alla base di tale scelta, sono molto probabilmente connesse al favorevole ambiente di sviluppo tecnologico che caratterizza la California ed in particolare Pasadena, nota anche per il centro di ricerche della NASA. Può immaginarsi che quel luogo attragga i migliori talenti da tutto il mondo favorendo la ricerca e la circolazione di idee.

Immaginiamo, solo ai fini esemplificativi che il trasferimento abbia dato luogo ad un meccanismo transfrontaliero di tipo A, B o C1 con un vantaggio fiscale anche minimo.

Aderendo alla formula matematica indicata dal Decreto, sarebbe facile dimostrare che l'eventuale vantaggio fiscale conseguito dia luogo a verificare la presenza di un MBT fiscale nello spostare il proprio centro di ricerca e sviluppo in California, in quanto il vantaggio extrafiscale non sarebbe oggettivamente quantificabile.

In sintesi, quindi, immaginando un vantaggio fiscale di 100, la formula sarà la seguente:

$$100/(100+0)=100\%$$

Ne consegue che sarà obbligatorio segnalare il meccanismo all'Agenzia delle Entrate Italiana.

Questo obbligo non sussisterà necessariamente in un altro Stato, in un caso analogo.

Il 19 gennaio 2021, Assonime ha pubblicato la propria risposta n.3/2021 ("Risposta") alla procedura di consultazione pubblica indetta dall'Agenzia delle Entrate sulla bozza della Circolare.

Anche Assonime, in tema di MBT, segnala l'evidente difficoltà a quantificare oggettivamente il confronto tra vantaggio fiscale ed extrafiscale, come segue:

*"...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")...*<sup>132</sup>

Sottolineando, in particolare, la relativa difficoltà a "quantificare numericamente" il vantaggio extrafiscale:

*"...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>133</sup>

Per completezza, tale criticità non è stata risolta nella versione finale della Circolare.

## **2.2 Seconda criticità del MBT: coesistenza di più elementi distintivi**

Un'altra criticità che emerge relativa alla verifica del MBT è quella di un meccanismo che integra contestualmente elementi distintivi per i quali è richiesta la verifica del criterio del vantaggio principale ed elementi distintivi per i quali non lo è.

Il caso potrebbe essere dato dall'acquisizione di una società in perdita da parte di un non residente (elemento distintivo B1) e contestuale cessione ad un soggetto non residente degli *intangibles* della società acquisita (elemento distintivo E2).

La Direttiva non si pronuncia al riguardo e neanche il Decreto attuativo.

Essa, infatti, si limita a distinguere (ed elencare) gli elementi distintivi che devono superare il MBT da quelli per i quali tale condizione non era necessaria.

La Circolare, al contrario, offre una soluzione al quesito, stabilendo che nel caso di specie è necessario effettuare la segnalazione dell'intero meccanismo transfrontaliero senza distinguere tra elementi distintivi che richiedono la verifica o meno del MBT. In particolare:

*"...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..."*<sup>134</sup>

## **3. Il MBT in altri Stati Membri**

Sembra opportuno, quindi, in conclusione, fornire una breve panoramica di come altri Stati Membri abbiano implementato le disposizioni concernenti il MBT nella loro normativa interna.

### **3.1. Germania**

In Germania, la normativa d'implementazione della Direttiva non ha fornito una definizione esaustiva di vantaggio fiscale, ma si è limitata a indicare

132 Pagina 12 della Risposta

133 Vedasi nota 131

134 Pagina 38 della Circolare

alcune specifiche fattispecie in cui è sussumibile, tra cui *tax refund*, *tax rebate*, *tax claim*, ecc.

Inoltre è stato chiarito che non è sufficiente dimostrare la presenza di vantaggi extra-fiscali derivanti dal meccanismo, ma è necessario verificare che il vantaggio fiscale non costituisca, appunto, il vantaggio principale e sostanziale dell'operazione ma sussistono ulteriori elementi.

Bisogna essere quindi in grado di dimostrare che il vantaggio fiscale non è l'unico elemento cardine del meccanismo ma è da aggiungersi ad altri vantaggi conseguibili attraverso il meccanismo stesso.

Tuttavia, come specificato dalla normativa di recepimento, MBT non deve intendersi soddisfatto ove l'impatto fiscale sia circoscritto al territorio nazionale, il vantaggio sia legalmente previsto e riconosciuto dalla normativa interna e, infine, l'ottenimento di un vantaggio fiscale sia coerente con i principi e le finalità della legge applicabile.

### 3.2. Francia

Anche nel caso della Francia, la normativa di attuazione non fornisce una definizione puntuale di "vantaggio fiscale", ma le autorità fiscali francesi si limitano a rifarsi alla normativa UE.

In particolare, il MBT è soddisfatto quando il vantaggio principale o uno dei vantaggi principali che, tenuto conto di tutti gli elementi rilevanti fatti e circostanze, un contribuente può ragionevolmente aspettarsi di derivare da un meccanismo è ottenere di un vantaggio fiscale.

L'Autorità fiscale francese ("AFF") indica che per determinare se questo test è soddisfatto, l'accordo deve essere analizzato nel suo complesso, considerando gli effetti negli Stati membri dell'Unione europea nonché in Stati non UE.

Inoltre, l'AFF afferma che l'analisi deve essere oggettiva senza tener conto dell'intento delle parti, ma la valutazione deve essere svolta sulla base della quantificazione del vantaggio fiscale ottenuto rispetto ad altri benefici derivanti dal meccanismo stesso.

### 3.3. Regno Unito

Secondo l'ultimo accordo sugli scambi e la cooperazione tra Regno Unito e Unione Europea<sup>135</sup>, il Regno Unito applica obblighi di rendicontazione ridotti ai sensi del DAC 6 limitandosi ai meccanismi transfrontalieri che rientrano negli elementi distintivi della categoria D (corrispondente allo scambio automatico informazioni e titolarità effettiva).

---

<sup>135</sup> EU-UK Trade and Cooperation Agreement, sottoscritto il 24 dicembre 2020 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2021

Infatti, l'Autorità fiscale britannica ("HMRC") ha pubblicato un emendamento alla legislazione di attuazione della DAC 6 del Regno Unito poco dopo la conclusione dei negoziati tra il Regno Unito e l'UE che limitava l'applicazione della DAC6 ai meccanismi che hanno ad oggetto accordi che implicano tentativi di occultamento di proventi finanziari o di occultamento della titolarità effettiva.

La nota esplicativa che è stata pubblicata nello stesso momento affermava che il Regno Unito avrebbe consultato e implementato le regole di divulgazione obbligatoria (MDR) dell'OCSE non appena possibile, per sostituire il DAC 6 e la transizione dalle norme europee a quelle internazionali.

Di conseguenza, poiché l'MBT non è applicabile nella categoria D, l'MBT non è applicabile secondo le regole del Regno Unito.

Nonostante l'ambito di applicazione ridotto, i requisiti stabiliti nella direttiva DAC 6 continueranno a essere applicabili quando un intermediario dell'UE sarà coinvolto in un meccanismo transfrontaliero, e quindi le imprese del Regno Unito (o i loro consulenti con sede nell'UE) che fanno parte di un meccanismo transfrontaliero dovranno ancora considerare l'intero campo di applicazione della DAC 6 implementato in quello Stato membro dell'UE in questione.



## CAPITOLO 8 di Giorgio Vaselli e Andrea Mirabella

# DAC 6 e regimi fiscali di favore

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Cenni sul criterio della potenziale riduzione d'imposta – 3. Cenni sul criterio del vantaggio principale – 4. Il vantaggio fiscale derivante dalla fruizione di un regime fiscale di favore previsto dall'ordinamento – 5. Analisi di casi specifici

### 1. Introduzione

L'attuazione della Direttiva 2018/822/UE (“Direttiva DAC6”), avvenuta con d.lgs. n. 100 del 30 luglio 2020 (“d.lgs. 100/2020”), richiede ai partecipanti ad meccanismo transfrontaliero – intermediari, *in primis*, e contribuenti – un'accurata valutazione prodromica degli effetti fiscali generati dall'esecuzione dello schema (o accordo o progetto), nella prospettiva di un eventuale assolvimento degli obblighi di comunicazione preventiva all'Autorità fiscale previsti da tale normativa.

Le operazioni caratterizzate dalla presenza di almeno uno degli elementi distintivi (c.d. *hallmark*) di matrice fiscale (A, B, C ed E), elencati nell'Allegato 1 del d.lgs. 100/2020, richiedono una siffatta valutazione in quanto, stando all'art. 6 del decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 17 novembre 2020 (“DM 17 Novembre 2020”), rilevano ai fini dell'obbligo di comunicazione solo se suscettibili di determinare una riduzione delle imposte dovute cui si applica la Direttiva 2011/16/UE. Come chiarito dalla successiva Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2 del 10 febbraio 2021 (“Circolare 2/2021”), detta riduzione d'imposta va letta in termini potenziali e non reali, come conseguenza dell'implementazione del meccanismo.

Al “*test*” della potenziale riduzione d'imposta, per alcuni *hallmark* – segnatamente, gli elementi distintivi di cui alle categorie A, B e C, punto 1, lett. b), sub 1), c) e d) – si aggiunge, quale condizione per la loro applicabilità, anche la verifica di un vantaggio fiscale principale ottenibile dall'esecuzione di un meccanismo transfrontaliero (“criterio del vantaggio principale” o “*main benefit test*”), come previsto dall'art. 7, comma 2, del DM 17 novembre 2020.

La Direttiva DAC6 non fornisce una puntuale definizione di “vantaggio fiscale”; locuzione, invece, definita in sede di recepimento nella normativa domestica alla lett. i) dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. 100/2020, per cui detto vantaggio deve intendersi come uno tra i principali vantaggi, avente natura fiscale, che ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero, tenuto conto dei fatti e delle circostanze. Con il DM 17 novembre 2020, la determinazione

dei vantaggi fiscali rinvenibili dal ricorso ad un meccanismo transfrontaliero è stata affidata ad un metodo prettamente quantitativo, incentrato sul confronto delle imposte da assolvere sulla base di uno o più meccanismi e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi (art. 7, comma 3, DM 17 novembre 2020).

Nonostante i (primi) chiarimenti della Circolare 2/2021 in merito all'applicabilità del criterio della potenziale riduzione d'imposta e, ove richiesto, del calcolo del *main benefit test*, insistono incertezze interpretative ove gli effetti fiscali virtualmente convenienti siano il prodotto dell'adesione da parte del contribuente ad un regime strutturale espressamente previsto dal legislatore domestico. In altre parole, l'indeterminatezza risiederebbe nel qualificare come "meccanismi transfrontalieri connotati da elementi di pericolosità fiscale" in quanto "schemi potenzialmente suscettibili di determinare effetti che sotto il profilo fiscale sono disapprovati dall'ordinamento o sono contrastanti con il medesimo" (Circolare 2/2021, par. 4) quei regimi fiscali agevolativi previsti dalla normativa tributaria italiana e conformi a finalità "politiche" volute dal legislatore.

## 2. Cenni sul criterio della potenziale riduzione d'imposta

L'art. 6 del DM 17 novembre 2020 dispone che sono oggetto di comunicazione i meccanismi transfrontalieri contraddistinti da almeno uno degli *hallmark* elencati nell'Allegato 1 del d.lgs. 100/2020, a eccezione di quelli relativi allo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari e all'utilizzo di strutture *offshore* opache (categoria D), solo qualora siano suscettibili di determinare una riduzione delle imposte a cui si applica la Direttiva 2011/16/UE, dovute da un contribuente residente 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 oggetto di comunicazione.

Con riferimento all'Italia, la Circolare 2/2021 chiarisce come le tra imposte da considerare vi siano l'IRPEF, l'IRES (con relative addizionali), l'IRAP, le ritenute a titolo d'imposta ed imposta sostitutiva, l'IVIE e l'IVAFE le imposte locali, nonché le imposte indirette come le imposte di successione e donazione, l'imposta di registro, di bollo e le imposte ipotecarie e catastali. Per quanto riguarda gli altri Stati, rilevano le imposte equivalenti a quelle a cui si applica la Direttiva DAC6.

Per l'accertamento del *test* della potenziale riduzione d'imposta, la Circolare 2/2021 include nella nozione di riduzione d'imposta, in maniera non esaustiva, fattispecie come:

- l'ottenimento di una riduzione di base imponibile o d'imposta rispetto a quelle determinabili in assenza del meccanismo;
- l'ottenimento di un rimedio contro la doppia imposizione, oppure un incremento dello stesso rispetto a quello spettante in assenza del meccanismo;

- l'ottenimento di un rimborso d'imposta o l'incremento dello stesso rispetto a quello spettante in assenza del meccanismo;
- il differimento non a breve termine del pagamento dell'imposta;
- l'eliminazione delle ritenute alla fonte ovvero la loro riduzione.

Ad avviso dell'Agenzia delle Entrate, la comunicabilità di un'operazione non viene meno nemmeno quando il potenziale vantaggio venga successivamente sterilizzato nella successiva dichiarazione dei redditi, presentata in un momento successivo rispetto a quando scatterebbe l'obbligo di *reporting*, con specifiche disposizioni antielusive come quelle relative alle CFC e di contrasto agli *hybrid mismatches*.

La circostanza che il decremento del carico fiscale originato dall'attuazione di un determinato meccanismo sia da intendersi in termini potenziali significa che detto vantaggio è misurabile ponendo a confronto ipoteticamente gli effetti fiscali del meccanismo – compresi quelli derivanti dall'applicazione di norme agevolative, sottolinea la Circolare 2/2021 – con gli effetti che si verificherebbero in sua assenza.

Il partecipante allo schema, in sede di valutazione circa la sua comunicabilità, dovrà confrontare lo *status quo ante* l'implementazione del meccanismo con la fiscalità di cui sarà gravato il relativo contribuente come “logica conseguenza” – per utilizzare le parole della Circolare 2/2021 – dell'attuazione del meccanismo. Nella comparazione rilevano tutte le circostanze del caso – comprese, ad esempio, le eventuali perdite fiscali pregresse, l'adesione al regime di consolidato fiscale o eventuali detrazioni d'imposta – oggettivamente stimabili sulla base delle informazioni disponibili al momento in cui sorge l'obbligo di notifica.

Da ultimo, in merito all'individuazione del luogo in cui deve essere verificata la riduzione d'imposta, l'Agenzia delle Entrate ha confermato che il perimetro della disciplina si estende fino a coprire quei meccanismi la cui teorica influenza interessi soltanto la fiscalità dei Paesi dell'Unione Europea, posto che ad oggi non sono stati stipulati accordi con giurisdizioni terze per lo scambio delle informazioni oggetto di comunicazione *ex art. 6, comma 1, d.lgs. 100/2020*. Pertanto, laddove la (potenziale) riduzione di imposta sia prodotta in uno Stato extra-UE, il meccanismo transfrontaliero non sarebbe oggetto ad obblighi di *disclosure* all'Autorità fiscale. Alcuni dubbi sorgono sulla portata della precisazione della Circolare 2/2021 per cui “*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*”.

Tale affermazione potrebbe essere vista come irrilevante qualora 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 Stato terzo (senza accordo); per contro c'è chi sostiene che con essa l'Agenzia abbia voluto disincentivare l'intervento di soggetti stabiliti in uno

Stato terzo (senza accordo) che, agendo come intermediari ai fini della DAC6, potrebbero elaborare o attuare meccanismi transfrontalieri sottratti all'obbligo di comunicazione<sup>136</sup>.

### 3. Cenni sul criterio del vantaggio principale

Si è detto in precedenza di come gli elementi distintivi delle categorie A, B e C, punto 1, lett. *b)*, *sub 1)*, *c) e d)* per poter rilevare, affinché un meccanismo sia oggetto di comunicazione, debbano integrare il criterio del vantaggio principale, ossia si possa stabilire che uno dei principali vantaggi che un soggetto si può ragionevolmente attendere da un meccanismo è ottenere un vantaggio fiscale, tenendo conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti.

Il dettato dell'art. 7, comma 2, del DM 17 novembre 2020 delinea le due componenti di detto criterio, ovvero che il vantaggio fiscale sia conseguibile da uno o più contribuenti in Italia e che tale vantaggio sia prevalente rispetto ad altri vantaggi di natura non fiscale conseguibili dalla messa in atto del meccanismo.

Riguardo al primo elemento, la Circolare 2/2021 chiarisce che il beneficio fiscale debba essere fruito da un contribuente avente un collegamento con l'Italia ai sensi dell'art. 2, comma, 1, lett. *d)*, d.lgs. 100/2020, ovvero che si tratti di un contribuente fiscalmente residente in Italia, o che abbia una stabile organizzazione in Italia, o che percepisca redditi o generi utili in Italia, o che svolga un'attività nel nostro Paese. Se il vantaggio fiscale non riguarda un contribuente che presenti uno dei criteri di collegamento menzionati, il *test del main benefit* non è verificabile e, di conseguenza, il meccanismo transfrontaliero non è soggetto ad obblighi di comunicazione in Italia, fermo restando che sarà cura del contribuente estero ad effettuare, eventualmente, la comunicazione all'autorità competente del proprio Paese.

Il secondo elemento concerne la determinazione quantitativa del vantaggio principale, rinvenibile dal rapporto fra vantaggio fiscale e vantaggi complessivi; quest'ultimo dato sarebbe il frutto della somma tra vantaggio fiscale e vantaggi extrafiscali. Ove il risultato di tale formula comporti che i primi siano superiori del 50% rispetto ai secondi si riterrà soddisfatto il *main benefit test* e, pertanto, l'operazione sarà soggetta a notifica. La Circolare 2/2021 precisa anche che qualora il meccanismo transfrontaliero integri contestualmente anche elementi distintivi per i quali non è richiesta l'esistenza del vantaggio principale, ai fini dell'obbligo di notifica sarà sufficiente l'esistenza del mero vantaggio fiscale (che, con tutta evidenza, è soggetto a requisiti meno stringenti).

Sulla nozione di vantaggio fiscale ci si è già soffermati: esso equivale al delta tra le imposte da assolvere in presenza del meccanismo transfrontaliero e quelle in sua assenza.

<sup>136</sup> Come opportunamente segnalato da Assonime nel documento n. 3/2021 contenente le risposte alla procedura di consultazione pubblica indetta dall'Agenzia delle Entrate sulla bozza della circolare sulla normativa in commento.

I vantaggi extrafiscali, invece, sono definiti dall'art. 1, comma 1, lett. c), del DM 17 novembre 2020, come qualunque vantaggio economico quantificabile di natura non fiscale derivante dal meccanismo transfrontaliero. Tali vantaggi economici, ritraibili in via diretta o indiretta, devono essere oggettivamente determinabili al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione e comprovabili attraverso adeguata documentazione contabile o extracontabile. L'Agenzia delle Entrate, nella Circolare 2/2021, precisa che, indipendentemente dalle ragioni alla base del meccanismo, che possono essere di varia natura, ciò che rileva è l'impatto concreto in termini di riduzione di costi o incremento dei ricavi attesi.

In effetti, ciò che più caratterizza il test del vantaggio principale è la sua oggettività: esso *“deve rispondere a criteri oggettivi senza la necessità di dover indagare circa i motivi specifici o le intenzioni dei soggetti che attuano l'accordo, schema o progetto aventi la caratteristica di meccanismo transnazionale rilevante”* (Circolare 2/2021, par. 4.4). Secondo l'interpretazione fornita dall'Agenzia delle Entrate, al partecipante al meccanismo non sarebbe richiesto alcun giudizio riguardo la genuinità dell'operazione e al fatto che il beneficio fiscale da essa ricavabile sia lecito o indebito, né, al fine di poter neutralizzare il vantaggio fiscale, sarebbe possibile astrattamente invocare il supporto delle *“valide ragioni extrafiscali”* che non siano economicamente calcolabili e documentalmente attestabili<sup>137</sup>.

#### **4. Il vantaggio fiscale derivante dalla fruizione di un regime fiscale di favore previsto dall'ordinamento**

L'interpretazione fornita dall'Agenzia delle Entrate riguardo la rilevanza del vantaggio fiscale ai fini della computazione del vantaggio principale non sembra fare alcun discernimento circa *“l'origine”* dei benefici in termini di riduzione del carico fiscale. In altre termini, gli obblighi di notifica sussisterebbero a prescindere dal fatto che il vantaggio fiscale consegua all'esito della mera fruizione da parte del contribuente interessato di un regime fiscale *“strutturalmente”* previsto da una determinata giurisdizione.

Detto orientamento sembrerebbe suffragato dal dettato della versione definitiva della Circolare 2/2021 in tema di applicazione del criterio della potenziale riduzione d'imposta, citato in precedenza, che, rispetto a quanto originariamente previsto nella bozza pubblicata il 28 dicembre 2020, specifica che gli effetti fiscali in presenza del meccanismo da raffrontare a quelli che si verificherebbero in sua assenza devono comprendere anche quelli derivanti dall'applicazione delle norme agevolative<sup>138</sup>.

137 Tale approccio è stato adottato dalle linee guida olandesi, per cui, ai fini del criterio del vantaggio principale, rileva il fatto che l'operazione non si sarebbe concretizzata in assenza del prospettato vantaggio fiscale e, in secondo luogo, che la struttura implementativa del meccanismo transfrontaliero contenga elementi che siano stati aggiunti al solo fine dell'ottenimento artificioso di un beneficio fiscale (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-34991.html#n14>).

138 L'inciso *“compresi quelli derivanti dall'applicazione di norme agevolative”* non era contemplato nella bozza di circolare. La precedente versione del capoverso in commento del par. 4.3 della Circolare 2/2021 (par. 3.3 della bozza) recitava: *“Ne consegue che la riduzione d'imposta è da intendersi in termini potenziali, ossia quale vantaggio di natura fiscale che ci si può 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”*.

Invero, la stessa Circolare 2/2021 afferma che il regime di comunicazione obbligatoria dei meccanismi transfrontalieri persegue da un lato un obiettivo di trasparenza, consentendo all'Amministrazione di acquisire tempestivamente informazioni su operazioni potenzialmente irregolari sotto il profilo fiscale, e dall'altro un obiettivo di deterrenza nei confronti dei soggetti che, a vario titolo, strutturano, promuovono o favoriscono operazioni potenzialmente irregolari, in modo da avversare situazioni patologiche in cui l'oggetto della prestazione è orientato alla ricerca e all'attuazione di soluzioni volte a perseguire risultati o vantaggi fiscali a vario titolo contrastanti con l'ordinamento o disapprovati dal medesimo (par. 3).

Alla luce delle predette finalità di trasparenza e di prevenzione di operazioni potenzialmente irregolari, le modalità applicative della novella disciplina non risultano scovre da incertezze interpretative allorché il vantaggio fiscale sia previsto da una determinata norma tributaria e al ricorrere delle condizioni da essa previste. Nello specifico, nel misurare il vantaggio fiscale quale parametro di riferimento del *main benefit test*, potrebbe essere corretto e non contrastante con gli scopi della Direttiva DAC6 depurarlo da quei benefici previsti *ex lege* e fisiologici rispetto alle scelte di politica fiscale di una determinata giurisdizione<sup>139</sup>.

Il legislatore italiano ha contemplato una tale esclusione solo con riguardo all'elemento distintivo A.3 (un meccanismo che ha una documentazione e/o una struttura sostanzialmente standardizzate ed è a disposizione di più contribuenti pertinenti senza bisogno di personalizzarne in modo sostanziale l'attuazione). L'art. 8, comma 1, del DM 17 novembre 2020 dispone che *“Un meccanismo non rientra tra quelli indicati alla lettera A, punto 3, dell'Allegato 1 al decreto legislativo 20 luglio 2020, n. 100, se finalizzato alla fruizione di un singolo regime fiscale di agevolazione previsto dall'ordinamento dello Stato e al ricorrere delle condizioni previste dalla disposizione di agevolazione”*.

Sul punto, la Circolare 2/2021, al par. 8.1.3, chiarisce che *“la predisposizione di documentazione standardizzata al fine di ottenere autorizzazioni, permessi o domande per accedere ad agevolazioni fiscali o ottenere rimborsi di crediti di imposta, ritenute, ed altri benefici fiscali previsti da apposite disposizioni dell'ordinamento, non costituisce di per sé un meccanismo standardizzato”* e che *“Dette attività, ad ogni modo, restano escluse 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”*. A tali condizioni, soltanto questa tipologia di meccanismi può essere esclusa dagli obblighi di comunicazione.

Sebbene il provvedimento normativo in commento non fornisca una definizione di agevolazione fiscale ai presenti fini, nel summenzionato passaggio della Circolare 2/2021 l'Agenzia delle Entrate sembra suggerire un'interpretazione particolarmente ampia tale da consentire di includere ogni regime che

<sup>139</sup> Le originarie linee guida del Regno Unito hanno previsto un'esclusione ai fini del calcolo del vantaggio principale per quei benefici fiscali lecitamente conseguiti, previsti dall'ordinamento e sostenuti da una specifica politica fiscale: *“where the obtaining of a tax advantage cannot reasonably be regarded as consistent with the principles on which the provisions that are relevant to the cross-border arrangement are based and the policy objectives of those provisions”*.

consenta una riduzione del carico impositivo a beneficio dei contribuenti, soprattutto tenendo conto che sul piano formale appare generalmente poco agevole identificare i tratti distintivi delle norme di agevolazione tributaria<sup>140</sup>.

Sul punto, è anche stata rilevata un'incongruenza con le disposizioni comunitarie con riferimento agli *hallmark* relativi alle operazioni internazionali<sup>141</sup>. Benché il recepimento della Direttiva DAC6 nell'ordinamento domestico sia avvenuto senza sostanziali modifiche, il nostro legislatore non ha riprodotto quanto previsto nell'Allegato IV, Parte I, terzo periodo, dove viene specificato 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) o d) non può di per sé costituire un motivo per concludere che un meccanismo soddisfi il criterio del vantaggio principale*”.

Andrebbe valutato se un approccio puramente “matematico” al test del vantaggio principale che inglobi anche quelle agevolazioni insite in regimi strutturali previsti dalle legislazioni domestiche degli Stati interessati possa indurre a notificare anche operazioni che non rivestano i canoni della pianificazione fiscale aggressiva o che non costituiscano una minaccia alle basi imponibili delle giurisdizioni protette dalla Direttiva DAC6, con conseguente rischio di generare un flusso eccessivo di comunicazioni all'Agenzia delle Entrate da parte di intermediari e contribuenti, considerato dalla grande maggioranza degli operatori del settore come inefficiente e in contrasto con le stesse finalità della Direttiva DAC6<sup>142</sup>.

## 5. Analisi di casi specifici

È stato da più parti osservato che la deroga prevista dall'articolo 8 del DM 17 novembre 2020 dovrebbe essere considerata come un principio generale applicabile a tutti gli elementi distintivi e non solamente a quello individuato al punto A.3 dell'allegato 1 al d.lgs. 100/2020. Ciononostante, un'interpretazione letterale della norma in commento e l'indicazione dell'Agenzia delle Entrate di includere nel calcolo della potenziale riduzione d'imposta i vantaggi fiscali derivanti anche dall'applicazione di norme agevolative (definiti genericamente

140 Per un'ampia disamina del concetto di agevolazioni tributarie cfr. *ex multis* P. Boria, “Il sistema tributario”, UTET, 2008, pag. 1043 “(...) con riguardo alla misura dell'imposta, non è facile distinguere l'esistenza di un'aliquota ordinaria rispetto alle aliquote ridotte o maggiorate, e, al contempo, nell'ambito delle aliquote ridotte stabilire se il minor prelievo abbia carattere strutturale o agevolativo. In tema di detrazioni, in linea generale esse possono considerarsi espressione di principi che informano la stessa configurazione del tributo, pur se talora mostrano un carattere agevolativo in ragione di interessi peculiari (ad es. le detrazioni delle imposte dirette a favore di Onlus o di enti non commerciali (...)). Ed ancora, nell'ambito delle imposte sui redditi, le regole di determinazione del reddito di alcune categorie non sembrano essere concepite come agevolative, così come può dubitarsi della natura agevolativa di regimi (quale la tassazione separata o le imposte sostitutive), che hanno funzione perequativa e correttiva delle incongruenze cui darebbe luogo la rigida applicazione del modello base.” Cfr. anche M. Basilavecchia “Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni (diritto tributario)”, in *Rassegna Tributaria* n. 2/2002.

141 Cfr. Assonime, news legislativa del 24 novembre 2020.

142 Cfr. Considerando 13 della Direttiva 2018/822/UE: “Al fine di ridurre al minimo i costi e gli oneri amministrativi sia per le amministrazioni fiscali sia per gli intermediari e di garantire l'efficacia della presente direttiva nello scoraggiare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva, l'ambito di applicazione dello scambio automatico di informazioni in relazione ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica all'interno dell'Unione dovrebbe essere coerente con gli sviluppi internazionali.”

nel paragrafo 4.3 della Circolare 2/2021) impongono a tutti i partecipanti ad un meccanismo transazionale un ulteriore sforzo interpretativo per identificare, caso per caso, quando l'applicazione di un incentivo fiscale possa effettivamente far sorgere gli obblighi di comunicazione ai fini DAC6.

In tale contesto, quindi, è opportuno interrogarsi sull'interazione tra la normativa relativa alla DAC6, come attuata in Italia, e alcuni regimi fiscali dell'ordinamento italiano contenenti misure agevolative (intese come deroghe al regime ordinario impositivo altrimenti applicabile in Italia) riservate a contribuenti che soddisfino determinate condizioni soggettive e oggettive di volta in volta individuate dalla legge.

Per le ragioni anzidette, sembra opportuno sviluppare alcune riflessioni in merito all'elemento distintivo A.3 che riguarda *“un meccanismo che ha una documentazione e/o una struttura sostanzialmente standardizzate ed è a disposizione di più contribuenti pertinenti senza bisogno di personalizzarne in modo sostanziale l'attuazione”*. Dal punto di vista soggettivo, tale elemento distintivo comprende qualsiasi soggetto che opera nell'ambito di un'attività d'impresa o meno (pertanto include contribuenti che siano persone fisiche non imprenditori o enti non commerciali). Affinché tale elemento distintivo si possa configurare, è necessaria la presenza del vantaggio principale.

Esperti e operatori del settore si sono fin da subito interrogati sul possibile impatto della DAC6 in relazione ai principali strumenti/veicoli di investimento e al settore del *wealth planning* potenzialmente interessati dalla normativa in commento nella misura in cui possano beneficiare di regimi fiscali di favore in Italia.

Con particolare riguardo alla gestione collettiva del risparmio, i prodotti e servizi tipicamente offerti dalle società di gestione del risparmio (SGR) nell'ambito dell'istituzione, promozione e gestione di fondi comuni d'investimento di diritto italiano (OICR) sono stati attentamente analizzati sotto la lente della DAC 6. Come noto, gli OICR istituiti in Italia beneficiano di un regime fiscale considerato agevolato in base al quale l'OICR è esente dall'imposta sui redditi delle società (con alcune eccezioni<sup>143</sup>) mentre gli investitori (dell'OICR) sono tassati sui proventi derivanti in caso di distribuzione, cessione delle quote o azioni (e in altri casi assimilati)<sup>144</sup>. Inoltre, gli investitori residenti o stabiliti in Stati c.d. *“white list”* ai fini fiscali italiani che soddisfino determinate condizioni soggettive e oggettive<sup>145</sup> possono beneficiare di una esenzione dalle imposte sui redditi italiane sui proventi derivanti dal loro investimento nell'OICR<sup>146</sup>. Non

143 Pur essendo gli OICR istituiti in Italia soggetti passivi ai fini IRES.

144 L'imposta è applicata mediante una ritenuta del 26% a titolo d'acconto o d'imposta a seconda dei casi.

145 I requisiti variano a seconda che si tratti di OICR mobiliari o immobiliari. Un ulteriore vantaggio fiscale derivante dall'investimento in un OICR potrebbe essere rappresentato dal *“differimento non a breve termine del pagamento dell'imposta”* (per usare le parole della Circolare 2/2020, al paragrafo 4.3 relativo al vantaggio fiscale) derivante dalla possibilità per la SGR di qualificare le distribuzioni periodiche agli investitori come rimborsi di capitale non soggetti ad imposta (in tal caso, ovviamente, si avrebbe una corrispondente riduzione del costo fiscale della quota/azione dell'OICR detenuta dall'investitore).

146 Infine, determinate condizioni, gli investitori esteri possono beneficiare anche dell'esenzione dall'imposta di bollo dello 0,2% sulle comunicazioni periodiche alla clientela relative ai prodotti finanziari.

è agevole stabilire se tale regime di esenzione spettante ai soggetti non residenti possa rientrare nel campo di applicazione di uno degli elementi distintivi di cui all'allegato 1 del d.lgs. 100/2020. In linea di principio, l'elemento distintivo A.3 potrebbe essere l'unico in grado di intercettare il caso in esame, a condizione però che l'investimento in un OICR italiano (i) costituisca un meccanismo transazionale rilevante ai fini della DAC6 e (ii) abbia una documentazione e una struttura sostanzialmente standardizzata nei termini anzidetti<sup>147</sup>. A tale riguardo, secondo un'interpretazione delle norme applicabili proposte in Dottrina, si potrebbe sostenere che le caratteristiche peculiari della struttura e della documentazione relativa agli OICR di diritto italiano portino ad escludere l'esistenza di entrambe le condizioni<sup>148</sup> in quanto (i) l'investimento nell'OICR italiano non costituirebbe un meccanismo transazionale mancando un'attività svolta in Italia da parte di un soggetto non residente (che non agisca tramite una stabile organizzazione italiana)<sup>149</sup> e (ii) mancherebbe l'elemento della standardizzazione ogniqualvolta la documentazione relativa all'investimento sia oggetto di negoziazioni e personalizzazioni tra l'investitore estero e il gestore dell'OICR<sup>150</sup>. Sotto un diverso profilo, la regola stabilita dall'articolo 8 del DM 17 novembre 2020 sembra sufficientemente ampia per escludere che un OICR di diritto italiano possa qualificarsi come un meccanismo transazionale rilevante ai fini della DAC6<sup>151</sup>.

Le medesime argomentazioni potrebbero rilevare, *mutatis mutandis*, nel caso degli investimenti da parte di persone fisiche residenti in Italia in un OICR c.d. "PIR compliant" (cioè fondi di investimento che soddisfino i requisiti soggettivi e oggettivi per essere considerati un "investimento qualificato" ai sensi della legge italiana) istituito in uno Stato membro dell'Unione Europea o appartenente allo Spazio Economico Europeo. In tal caso, infatti, l'agevolazione fiscale a favore delle persone fisiche residenti in Italia è rappresentata dall'esenzione dalle imposte sui redditi dei proventi di natura finanziaria derivanti dall'investimento nell'OICR PIR compliant e dall'imposta sulle successioni in caso di trasferimento *mortis causa* delle quote (o partecipazioni) nell'OICR PIR compliant<sup>152</sup>.

In entrambi i casi, sembra ragionevole sostenere che l'esenzione in capo agli investitori (esteri o italiani a seconda del tipo di investimento) non è determinata dalla ideazione, organizzazione e attuazione di uno schema, accordo o

147 E, ovviamente, sia soddisfatto il requisito del vantaggio principale.

148 Per una disamina dettagliata del caso in questione cfr. "DAC6: applicabilità ad un OICR italiano partecipato Da investitori esteri" di F. Brunelli e S. Tronci, in *Diritto Bancario*, gennaio 2021.

149 Non sarebbe integrata la definizione di meccanismo internazionale di cui all'articolo 2, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 100/2021.

150 Come nel caso delle side letter spesso stipulate in occasione della sottoscrizione delle quote dell'OICR.

151 Come indicato nella Circolare 2/2021: "la predisposizione di documentazione standardizzata al fine di ottenere autorizzazioni, permessi o domande per accedere ad agevolazioni fiscali o ottenere rimborsi di crediti di imposta, ritenute, ed altri benefici fiscali previsti da apposite disposizioni dell'ordinamento, non costituisce di per sé un meccanismo standardizzato." Tale precisazione permetterebbe di escludere dallo scrutinio DAC6 anche il set di dichiarazioni e certificazioni generalmente richiesto dalle SGR italiane agli investitori esteri degli OICR da essi gestiti al fine di garantire l'esenzione dalle imposte sui redditi (e in casi specifici dall'imposta di bollo dello 0,2% sulle comunicazioni periodiche alla clientela relative ai prodotti finanziari).

152 A cui si potrebbe aggiungere l'esenzione dalle imposte sui redditi in capo all'OICR "PIR compliant" di diritto e stero e sulle relative distribuzioni agli investitori ai sensi della legge dello Sato di istituzione o residenza del medesimo OICR.

progetto, ma è strutturalmente voluta dal legislatore, non potendo quindi costituire il presupposto per l'individuazione degli elementi distintivi dell'elemento distintivo di cui al punto A.3 in commento.

Nell'ambito dei principali strumenti di pianificazione patrimoniale, anche le polizze di assicurazione sono già state oggetto di attente riflessioni ai fini della DAC 6, in ragione del loro peculiare regime fiscale<sup>153</sup>. I prodotti assicurativi aventi una elevata componente finanziaria, come le assicurazioni sulla durata della vita umana (appartenenti al ramo I) e le assicurazioni sulla durata della vita umana le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di OICR o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento, note anche come *unit linked* (appartenenti al ramo III), beneficiano di una serie di vantaggi dal punto di vista fiscale tra cui i seguenti:

- il differimento della tassazione (ai fini delle imposte sui redditi) del risultato lordo maturato al momento del riscatto totale o parziale della polizza rispetto al regime fiscale generalmente applicabile in caso di investimento diretto nei titoli sottostanti (cosiddetto *tax deferral*);
- la possibilità di compensare i risultati positivi e negativi dei titoli detenuti indirettamente tramite la polizza assicurativa, evitando l'applicazione delle limitazioni generalmente applicabili in caso di investimento diretto nei titoli sottostanti;
- la tassazione (dei redditi derivanti dalla polizza) con l'aliquota del 26% tale da includere anche redditi che potrebbero invece essere soggetti all'aliquota marginale dell'imposta sul reddito delle persone fisiche (ad es. le quote di OICR istituiti al di fuori dell'Unione Europea);
- l'esclusione dall'asse ereditario che sottrarre tali polizze all'imposta sulle successioni<sup>154</sup>.

Come noto, uno degli aspetti più controversi delle polizze assicurative (è il caso soprattutto delle *unit linked* di diritto estero) riguarda la loro corretta qualificazione ai fini fiscali italiani. In diverse occasioni, infatti, tali prodotti di investimento sono stati riqualificati dall'amministrazione finanziaria italiana come negozi con causa speculativa-finanziaria, privi di una vera e propria funzione assicurativa e come tali sottratti al regime fiscale di favore sopra menzionato.

Questo aspetto delicato è stato espressamente trattato dalla Circolare 2/2021 nella parte in cui si afferma che, in termini generali, regimi agevolativi potranno essere oggetto di scrutinio da parte dell'amministrazione finanziaria proprio ai fini dell'individuazione dell'elemento distintivo A.3:“(…) *così ad esempio, integre-rebbero l'elemento distintivo di cui trattasi polizze assicurative “standard” che consentono di fruire di un regime fiscale di agevolazione (ad esempio la non applicazione di una ritenuta) che al contempo costituiscono parte di un meccanismo più ampio che, a latere della sottoscrizione delle polizze, prevede la possibilità per l'assicurato di disporre direttamente*

153 Cfr. S. Massarotto “*Il wealth management e l'impatto delle regole della Direttiva DAC 6*”, in *Corriere Tributario* n. 1/2021, pag. 84 e ss.

154 I beneficiari ricevono le “indennità” derivanti dal contratto assicurativo iure proprio e non per successione ereditaria.

*dei capitali versati a titolo di premio assicurativo e di movimentarli.*” Le poche parole spese dalla circolare sul punto (che avrebbe invece meritato maggiore attenzione considerata l’importanza dell’argomento e l’ampiezza del concetto di agevolazioni fiscali) sembrano indicare la tendenza dell’Agenzia delle Entrate a:

- interpretare in maniera estensiva l’elemento distintivo A.3 (con particolare riguardo alla “standardizzazione” di strutture e documentazione) considerandolo sufficientemente ampio da includere i prodotti assicurativi in commento che si qualificano come meccanismi transnazionali<sup>155</sup> e
- sottoporre ad un generale giudizio di genuinità dal punto di vista sostanziale dei meccanismi transnazionali che possano beneficiare di regimi fiscali di favore (quantomeno in Italia).

Restando nell’ambito dei regimi fiscali di favore relativi a operazioni di carattere finanziario, ci si potrebbe chiedere se il regime dell’imposta sostitutiva sui finanziamenti di cui agli articoli 15 e seguenti del D.P.R. 601/1973 possa rientrare nell’ambito di applicazione dell’elemento distintivo di cui al punto A.3. Tale regime, avente in origine finalità agevolativa (e successivamente mutato in un regime “strutturale” delle operazioni di finanziamento), prevede un’esenzione generalizzata dalle imposte di registro, di bollo, ipotecarie e catastali e dalle tasse sulle concessioni governative per le operazioni relative ai finanziamenti a medio e lungo termine qualificati. L’esenzione si estende a tutti i provvedimenti, atti, contratti e formalità inerenti alle operazioni medesime comprese le garanzie di qualunque tipo da chiunque e in qualsiasi momento prestate. In luogo del pagamento dei menzionati tributi, l’istituto di credito erogante è tenuto al versamento di un’imposta sostitutiva pari (salvo limitate eccezioni) allo 0,25% dell’importo del finanziamento. Il vantaggio fiscale derivante dal regime dell’imposta sostitutiva è quindi rappresentato dal minor carico impositivo (ai fini di specifiche imposte indirette italiane) sugli atti relativi all’operazione di finanziamento<sup>156</sup>.

Dal punto di vista soggettivo, il regime è applicabile anche alle operazioni di finanziamento effettuate da istituti di credito residenti o stabiliti nel territorio dell’Unione Europea (in favore di soggetti residenti o stabiliti in Italia), che quindi potrebbero costituire meccanismi transnazionali rilevanti ai fini della DAC6. Dal punto di vista oggettivo, le predette imposte “sostituite” rientrano nel campo di applicazione della DAC6 (come confermato dalla Circolare 2/2021 al paragrafo 4.3).

155 Se l’Agenzia delle Entrate è giunta a considerare un meccanismo standardizzato quello relativo alle polizze assicurative con elevato contenuto finanziario (soprattutto se di diritto estero), non può escludere a priori che possa fare lo stesso con altri strumenti di investimento come appunto le quote di OICR di diritto estero (sebbene tale conclusione sia discutibile sotto diversi aspetti, come sopra descritto).

156 Particolarmente nel caso in cui il security package include determinate garanzie stipulate in forma notarile tra cui cessioni di crediti (soggette a imposta di registro dello 0,5%, ipoteche (soggette a imposta ipotecaria del 2% e a imposta di registro dello 0,5% se garantisce obbligazioni di terzi) o pegno su quote di s.r.l. (soggetta a imposta di registro dello 0,5% se garantisce obbligazioni di terzi).

Per quanto riguarda il rapporto tra il regime in commento e l'elemento distintivo A.3, in mancanza di chiarimenti ufficiali si potrebbe sostenere che manchi l'elemento della standardizzazione della documentazione e della struttura relativa alle operazioni di finanziamento transnazionali considerato che le stesse richiedono solitamente un elevato livello di personalizzazione e adattamento alle caratteristiche soggettive delle parti dell'operazione (avendo riguardo sia al *lender* che al *borrower*), alle finalità dell'operazione di finanziamento e alle caratteristiche dell'operazione oggetto del finanziamento<sup>157</sup>. Inoltre mancherebbe anche l'elemento del vantaggio principale considerato che la riduzione d'imposta in Italia determinata dall'applicazione del regime in commento (in luogo delle imposte ordinarie) sarebbe evidentemente inferiore ai vantaggi extrafiscali economicamente quantificabili per le parti dell'operazione<sup>158</sup>.

---

157 Anche nei casi in cui i contratti di finanziamento partono da modelli elaborati da organizzazioni internazionali come la *Loan Market Association*, le trattative e le negoziazioni tra le parti dell'operazione possono determinare modifiche rilevanti alla relativa documentazione.

158 Che seguendo le indicazioni generali fornite dalla Circolare 2/2021 (al paragrafo 4.4) sarebbero rappresentati dalla liquidità per il *borrower* e dagli interessi maturati a favore del *lender*.

**CAPITOLO 9** di Marco Ettore e Alessandro Cuzzola Albanese

# Comunicazione all’Agenzia delle Entrate, conservazione dei documenti e dei dati relativi al meccanismo transfrontaliero, sanzioni amministrative-tributarie

SOMMARIO: 1. La comunicazione dei meccanismi transfrontalieri all’Agenzia delle Entrate - 2. La comunicazione tra gli intermediari e con il contribuente - 3. Gli obblighi di conservazione della documentazione - 4. Sanzioni amministrative-tributarie

## **1. La comunicazione dei meccanismi transfrontalieri all’Agenzia delle Entrate**

I meccanismi transfrontalieri, al verificarsi dei presupposti di legge, devono essere comunicati all’Agenzia delle Entrate secondo le modalità ed i termini indicati dagli articoli 6 e 7 del d.lgs. n. 100 del 30 luglio 2020, secondo le regole tecniche di cui agli articoli 2 e 3 del decreto ministeriale del 17 novembre 2020 e nel rispetto delle modalità procedurali specificate nel Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate prot. n. 364425 del 26 novembre 2020.

L’articolo 6 del sopra richiamato d.lgs. n. 100 del 2020 prescrive che gli intermediari ed i contribuenti, per quanto di rispettiva competenza, siano tenuti a trasmettere all’Agenzia delle Entrate le informazioni afferenti i soggetti e gli elementi caratterizzanti ciascun meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione.

Per quanto riguarda i soggetti dotati di personalità giuridica, l’obbligo riguarderà i relativi legali rappresentanti.

In caso di soggetti privi di personalità giuridica (*i.e.* associazioni tra professionisti, società di persone etc.), la Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 2 del 10 febbraio 2021 ha chiarito che occorrerà distinguere tra intermediari e contribuenti.

Per gli intermediari, l’obbligo graverà infatti sul soggetto che ha assunto la relativa responsabilità professionale.

Per il contribuente, il suddetto obbligo riguarderà invece il rappresentante del soggetto privo di personalità giuridica venuto in considerazione.

La medesima Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 2/2021 ha specificato che l’obbligo di comunicazione non viene meno in caso di comunicazioni già effettuate ad altro titolo, per effetto ad esempio di istanze di interpello o del ricorso al regime dell’adempimento collaborativo di cui agli articoli 3 e seguenti del d.lgs. n. 128 del 5 agosto 2015.

Per quanto concerne il contenuto, il Provvedimento dell’Agenzia delle Entrate prot. 364425/2020 prevede che costituiscano oggetto di comunicazione:

- a) il codice fiscale del soggetto, intermediario e/o contribuente, che effettua la comunicazione;
- b) l’indirizzo di posta elettronica certificata del soggetto che effettua la comunicazione;
- c) le informazioni afferenti al meccanismo transfrontaliero nei limiti delle informazioni conosciute e disponibili;
- d) il codice fiscale italiano, ove presente, delle persone o entità cui si riferiscono le informazioni relative al meccanismo transfrontaliero;
- e) il numero di riferimento del meccanismo transfrontaliero che sia già stato oggetto di una prima comunicazione all’Agenzia delle entrate o all’Autorità competente di un altro Stato membro dell’Unione europea e in relazione al quale venga effettuata una comunicazione successiva.

In merito alla descrizione del meccanismo transfrontaliero (*supra* punto c), lo stesso provvedimento del direttore dell’Agenzia delle Entrate specifica che occorra indicare il nome attraverso cui il meccanismo è comunemente noto ed una descrizione in termini astratti del meccanismo stesso, senza che siano diffusi segreti commerciali, industriali, professionali, o processi commerciali o informazioni la cui divulgazione sia contraria all’ordine pubblico.

Più in dettaglio, ai sensi dell’articolo 6, comma 1, del d.lgs. n. 100/2020, le informazioni afferenti al meccanismo transfrontaliero che devono formare oggetto di comunicazione riguardano gli estremi identificativi degli intermediari, dei contribuenti interessati e dei soggetti costituenti imprese associate di tali contribuenti, il contenuto in sintesi del meccanismo, la relativa data di avvio, le disposizioni nazionali che impongono e sono alla base della comunicazione, il valore del meccanismo, le giurisdizioni coinvolte e ogni altro soggetto potenzialmente interessato allo stesso.<sup>159</sup>

L’articolo 2 del dm 17 novembre 2020, ad ulteriore specificazione di quanto previsto, richiede che la sintesi del contenuto del meccanismo transfrontaliero sia redatta in lingua italiana e corredata da una breve descrizione in lingua inglese.

<sup>159</sup> Cfr Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 2 del 10 febbraio 2021, par. 5.2.

A questi fini, è inoltre previsto che la data di avvio del meccanismo sia assunta in corrispondenza del momento in cui il contribuente compie il primo atto giuridicamente rilevante o la prima transazione finanziaria volta all'attuazione dello stesso.

Per quanto concerne il valore ai fini della comunicazione all'Agenzia delle Entrate, l'articolo 2 del dm 17 novembre 2020 distingue a seconda degli elementi distintivi (*Hallmarks*) che vengono in considerazione.

Con riferimento agli elementi distintivi di cui all'Allegato 1, lettera D, punti 1-2, del d.lgs. n. 100/2020 (possibile compromissione dello scambio automatico di informazioni o "catena" proprietaria non trasparente), occorrerà in particolare assumere il valore dei conti finanziari determinato ai sensi dell'art. 3, comma 1, del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 28 dicembre 2015, in materia di scambio automatico di informazioni tra Italia ed USA ovvero, in caso di attività o redditi non finanziari, il valore del vantaggio fiscale derivabile dal meccanismo transfrontaliero in considerazione (articolo 7, comma 3, del decreto 17 novembre 2020).

Con riferimento agli *Hallmarks* di cui alle lettere A (elementi di possibile criticità a carattere generale), B (misure artificiose, conversione di redditi in capitale ed operazioni circolari), C (operazioni transfrontaliere) ed E (prezzi di trasferimento), di cui al predetto Allegato 1 del medesimo d.lgs. n. 100/2020, ai fini della determinazione del valore del meccanismo, occorrerà correlativamente prendere a riferimento il valore del vantaggio fiscale derivabile dal meccanismo transfrontaliero, determinato ai sensi dell'articolo 7, comma 3, dello stesso dm 17 novembre 2020.

Il valore dei conti finanziari è quello al 31 dicembre dell'anno precedente o, se istituiti successivamente, è quello alla data dell'ultimo giorno del mese solare precedente a quello della comunicazione DAC 6 (Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021).

A norma dell'articolo 7, comma 3, del decreto 17 novembre 2020, il vantaggio fiscale si calcola, a sua volta, 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.

La Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021 ha specificato che, per gli *Hallmarks* soggetti alla verifica del vantaggio principale (c.d. *Main Benefit Test* o "MBT"), il valore da indicare è pari al vantaggio fiscale considerato per tale verifica.

La Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021 ha infine chiarito che, nel caso il valore non sia disponibile o non determinabile, sia possibile inserire "0".

Le suddette informazioni, per quanto riguarda gli intermediari (fornitori di servizi), diversi dai promotori del meccanismo e dai contribuenti, devono essere comunicate se è soddisfatto il c.d. *standard* di conoscenza e nei limiti delle informazioni prontamente disponibili, senza l'adozione di ulteriori obblighi di

adeguata verifica rispetto a quelli già previsti (articoli 2, commi 2 e 3, e 4 del decreto 17 novembre 2020).<sup>160</sup>

A norma dell'articolo 7, comma 1, del d.lgs. n. 100/2020 gli intermediari comunicano all'Agenzia delle entrate le informazioni relative ai meccanismi transfrontalieri entro 30 giorni a decorrere:

- a) dal giorno seguente a quello in cui gli stessi sono messi a disposizione ai fini dell'attuazione o a quello in cui ne è stata avviata l'attuazione (promotori);
- b) dal giorno seguente a quello in cui sono state fornite, direttamente o attraverso altre persone, assistenza o consulenza ai fini dell'attuazione dei medesimi (fornitori di servizi).

La Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2 del 10 febbraio 2021 ha specificato come, nel caso in cui un dato intermediario metta a disposizione e avvii l'attuazione di un dato meccanismo transfrontaliero, i termini per la comunicazione decorrano dal giorno dal quale si verifichi la prima delle due possibili fattispecie considerate.

Gli intermediari sono inoltre tenuti a presentare ogni tre mesi all'Agenzia delle Entrate una relazione, sotto forma di comunicazione periodica, per rendere un aggiornamento rispetto ai meccanismi commerciabili.<sup>161</sup>

Tale comunicazione periodica riguarderà le informazioni in merito a:

- identificazione degli intermediari e dei contribuenti interessati, compresi il nome, la data e il luogo di nascita ovvero la denominazione sociale o ragione sociale, l'indirizzo, la residenza ai fini fiscali, il NIF (numero fiscale di identificazione), nonché identificazione dei soggetti che costituiscono imprese associate di tali contribuenti;
- data di avvio dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero;
- identificazione delle giurisdizioni di residenza fiscale dei contribuenti interessati nonché delle eventuali altre giurisdizioni potenzialmente interessate dal meccanismo transfrontaliero;
- identificazione di qualunque altro soggetto potenzialmente interessato dal meccanismo transfrontaliero nonché delle giurisdizioni a cui tale soggetto è riconducibile.

<sup>160</sup> A norma dell'articolo 4 del decreto 17 novembre 2020 "Per i fornitori di servizi, ai fini della qualificazione di intermediario, deve essere soddisfatto lo standard di conoscenza definito nei commi 2 e 3.

Lo standard di conoscenza è determinato con riferimento:

a) alla conoscenza effettiva del meccanismo transfrontaliero che l'intermediario possiede sulla base delle informazioni prontamente disponibili in ragione dell'attività di assistenza o consulenza espletata nei confronti del cliente; e  
b) al grado di competenza necessaria per fornire il servizio di assistenza o consulenza nonché al livello di esperienza ordinariamente richiesto per la prestazione di detto servizio.

Salvo prova contraria, lo standard di conoscenza non si considera soddisfatto per le transazioni bancarie e finanziarie di routine.

<sup>161</sup> Ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera g), del d.lgs. n. 100/2020 costituisce un meccanismo commerciabile "un meccanismo transfrontaliero che è suscettibile di essere messo a disposizione di una pluralità di contribuenti senza sostanziali modifiche"

I medesimi termini valgono anche per il contribuente nel caso di meccanismi transfrontalieri che non hanno visto l'intervento di alcun intermediario.

In presenza di un intermediario, il termine di trenta giorni di cui sopra decorre invece per il contribuente dal giorno seguente a quello in cui lo stesso ha ricevuto dall'intermediario la comunicazione della sussistenza in capo a quest'ultimo di una causa di esonero.

Le comunicazioni devono essere effettuate, alle scadenze prestabilite, utilizzando i servizi telematici *Entratel* o *Fisconline* dell'Agenzia delle Entrate direttamente o tramite i soggetti incaricati di cui all'articolo 3, commi 2-*bis* e 3, del d.p.r. n. 322/1998 (società del gruppo a ciò preposta e intermediari abilitati).

L'Agenzia delle Entrate, una volta avvenuta la comunicazione, ne rilascia la ricevuta nel termine di cinque giorni lavorativi, salvo forza maggiore, da quello di protocollazione del file di trasmissione. La comunicazione scartata si considera non presentata (articoli 6.1 e 6.2 del provvedimento del Direttore dell'Agenzia Entrate protocollo 364425/2020).

La ricevuta conterrà, tra l'altro, il numero di riferimento della comunicazione ed il numero di riferimento del meccanismo transfrontaliero. Il numero di riferimento del meccanismo transfrontaliero dovrà essere indicato dal contribuente nelle proprie pertinenti dichiarazioni fiscali ed in ogni successiva comunicazione con l'Agenzia delle Entrate.<sup>162</sup>

L'intermediario o il contribuente può sostituire o annullare una precedente comunicazione fatta nei termini entro la fine di ciascun trimestre di riferimento.

Le informazioni ricevute con le comunicazioni sono a loro volta trasmesse dall'Agenzia delle Entrate alle autorità competenti degli altri Stati UE entro un mese dalla fine di ciascun trimestre di riferimento.

La comunicazione relativa ai meccanismi transfrontalieri relativi al periodo dal 1° luglio al 31 dicembre 2020 è effettuata entro il 31 gennaio 2021, mentre la comunicazione relativa al periodo dal 25 giugno 2018 fino al 30 giugno 2020 è effettuata entro il 28 febbraio 2021.

Come chiarito dalla già richiamata Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021, sono dunque esclusi dalla comunicazione all'Amministrazione finanziaria i meccanismi transfrontalieri già in corso di attuazione alla data del 25 giugno 2018.

Per converso, saranno oggetto di comunicazione i meccanismi transfrontalieri che, sebbene messi a disposizione prima, siano stati avviati in data 25 giugno 2018 o successiva.

Il primo scambio di informazioni tra Agenzia delle Entrate e autorità degli altri Stati UE è effettuato entro il 30 aprile 2021.

---

162 Per la comunicazione del numero di riferimento agli altri partecipanti *infra* paragrafo 2.

## 2. La comunicazione tra gli intermediari e con il contribuente

Come visto sopra, la comunicazione dei meccanismi transfrontalieri è obbligo posto innanzitutto in capo agli intermediari e, in subordine, in capo al contribuente interessato dal meccanismo stesso.

In particolare, il contribuente è soggetto all'obbligo di comunicazione tutte le volte in cui il meccanismo transfrontaliero non abbia visto l'intervento di alcun intermediario, quando l'intermediario coinvolto sia esonerato ai sensi di legge o quando quest'ultimo non abbia fornito al contribuente la documentazione attestante che le informazioni sono già state trasmesse all'Agenzia delle Entrate (articolo 3, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 100/2020).

In presenza di più contribuenti, obbligato alla comunicazione è il contribuente che ha concordato con l'intermediario il relativo meccanismo transfrontaliero o, in mancanza, il contribuente che ne ha gestito l'attuazione (articolo 3, comma 8, del d.lgs. n. 100/2020).

A sua volta, è previsto che gli intermediari ed i contribuenti siano esonerati dalla comunicazione all'Agenzia delle Entrate nel caso le medesime informazioni siano già state trasmesse da altro contribuente o da altro intermediario (articolo 3, commi 3 e 10, del d.lgs. n. 100/2020).<sup>163</sup>

Al fine di assicurare il coordinamento tra i diversi possibili soggetti obbligati alla comunicazione, il d.lgs. n. 100/2020 ed il decreto 17 novembre 2020 impongono specifici oneri di comunicazione tra intermediari e con il contribuente.

L'articolo 3, comma 6, del d.lgs. n. 100/2020 prescrive al riguardo che, in caso di esonero per le cause di cui ai commi 4 e 5, l'intermediario sia obbligato a darne comunicazione agli altri intermediari di cui abbia conoscenza o, in caso di loro assenza, al contribuente.

L'articolo 2, comma 4, del decreto 17 novembre 2020 ha prescritto, a questo riguardo, che la sussistenza di una causa di esonero sia comunicata dall'intermediario interessato agli altri intermediari ed al contribuente entro il termine di 30 giorni previsto per la comunicazione all'Agenzia delle Entrate.

In tale modo, si intende assicurare che la comunicazione venga effettuata dagli ulteriori soggetti obbligati, diversi (altri intermediari o contribuente) da quelli esonerati.

---

163 L'articolo 3, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 100/2020 prescrive che “L'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione per le informazioni che riceve dal proprio cliente, o ottiene riguardo allo stesso nel corso dell'esame della posizione giuridica del medesimo o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del cliente stesso in un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentarlo o evitarlo, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso. In ogni caso, le comunicazioni effettuate ai sensi del presente decreto legislativo, se poste in essere per le finalità ivi previste e in buona fede, non costituiscono violazione di eventuali restrizioni alla comunicazione di informazioni imposte in sede contrattuale o da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e non comportano responsabilità di alcun tipo. L'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero qualora dalle informazioni trasmesse possa emergere una sua responsabilità penale”.

L'articolo 3, comma 7, del d.lgs. n. 100/2020 prevede ulteriormente l'onere per gli intermediari di trasmettere al contribuente la documentazione attestante la trasmissione all'Agenzia delle Entrate delle informazioni relative al meccanismo transfrontaliero.

A sua volta, l'articolo 3, comma 2, del medesimo decreto 17 novembre 2020 prevede che il numero di riferimento attribuito al meccanismo transfrontaliero dall'Agenzia delle Entrate a seguito della comunicazione sia trasmesso agli altri partecipanti di cui si ha conoscenza.

In tale modo si permette dunque ai diversi soggetti interessati di poter valutare se e in quale misura siano tenuti a specifici o ulteriori obblighi di comunicazione rispetto a quelli già adempiuti da un dato intermediario e/o da un dato contribuente.

A questo proposito, in merito alle interrelazioni tra intermediari e contribuenti, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021 ha specificato che *“è da ritenere adeguata la consegna al contribuente di idonea documentazione attestante l'avvenuta ricezione della comunicazione da parte dell'autorità competente, nonché il contenuto della comunicazione stessa. Solo in tal caso, infatti, il contribuente potrà da un lato appurare l'avvenuta comunicazione e dall'altro la completezza della stessa in relazione alle informazioni atte a rappresentare in maniera compiuta il meccanismo oggetto di comunicazione.*

*Ciò assume particolare rilevanza considerato che, qualora l'intermediario non abbia comunicato al contribuente “le medesime informazioni” che quest'ultimo valuta come essenziali per la completa e corretta rappresentazione del meccanismo, anche alla luce delle disposizioni dell'articolo 6 del decreto legislativo (Oggetto della comunicazione), detta comunicazione dell'intermediario è da intendersi carente e non idonea a liberare dall'obbligo di comunicazione il contribuente che ha collegamenti con l'Italia e che dispone di tutte le informazioni sul meccanismo. Dunque, il contribuente può ritenersi liberato quando la comunicazione effettuata dall'intermediario è completa”.*

L'insieme di questo scambio informativo tra gli intermediari e con il contribuente permette dunque ai diversi soggetti obbligati di curare il rispetto degli obblighi di comunicazione, eventualmente posti a loro carico, alla luce di una ricognizione delle situazioni di esonero e di quanto già comunicato all'Agenzia delle Entrate.

### **3. Gli obblighi di conservazione della documentazione**

A norma dell'articolo 11 del d.lgs. n. 100/2020, gli intermediari e i contribuenti obbligati ai sensi dell'articolo 3 hanno l'obbligo di conservare i documenti e i dati utilizzati ai fini dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero:

- a) fino al 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui le informazioni sono comunicate;

- b) fino al 31 dicembre del settimo anno successivo a quello in cui le informazioni avrebbero dovuto essere trasmesse, nel caso di omessa comunicazione.

Tra questi assumono rilevanza sia la documentazione comprovante la sussistenza delle varie cause di esonero, inclusa la documentazione ricevuta dagli altri intermediari e già da questi trasmessa all'Agenzia delle Entrate, sia la documentazione comprovante i contenuti, l'avvio e l'attuazione di un dato meccanismo nonché la documentazione a supporto della determinazione del vantaggio fiscale e del c.d. MBT.

Tra questa documentazione, la Circolare n. 2/2021 dell'Agenzia delle Entrate richiama, a titolo esemplificativo, *opinions, brochures*, prospetti, fogli di calcolo e quant'altro utile e/o necessario al fine di supportare sia quanto comunicato, sia l'assenza di un obbligo in tal senso, sia la sussistenza di una eventuale causa di esonero.

#### 4. Sanzioni amministrative-tributarie

In caso di omessa, incompleta o inesatta comunicazione, l'articolo 12 del d.lgs. n. 100/2020 prescrive che si applichino le sanzioni di cui all'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471<sup>164</sup>.

In particolare, in caso di omessa comunicazione all'Agenzia delle Entrate di un dato meccanismo transfrontaliero, si applica la sanzione amministrativa da euro 3.000 a euro 31.500.

A tale fine, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/2021 ha specificato che si considera omessa la comunicazione non eseguita nei termini di legge (*supra 1*).

Tale sanzione è ridotta alla metà (da euro 1.500 a euro 15.750), nel caso la prescritta comunicazione sia effettuata tardivamente, nei quindici giorni successivi alla scadenza.

Nel caso, infine, di comunicazione incompleta o inesatta, la sanzione di cui all'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 471, ai sensi dell'articolo 12, comma 2, del d.lgs. n. 100/2020 è ridotta alla metà (da euro 1.000 a euro 10.500).

La Circolare n. 2/2021 dell'Agenzia delle Entrate ha precisato che, nel caso di società o enti con personalità giuridica, le suddette sanzioni saranno irrogate alla persona giuridica, in linea con quanto previsto dall'articolo 7 del d.l. n. 269/2003, come convertito in legge.

<sup>164</sup> L'art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 471/1997 dispone che “*se viene omessa la trasmissione dei dati, delle notizie e dei documenti richiesti ai sensi dell'articolo 32, primo comma, numero 7, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e dell'articolo 51, secondo comma, numero 7, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633 nell'esercizio dei poteri inerenti all'accertamento delle imposte dirette o dell'imposta sul valore aggiunto ovvero i documenti trasmessi non rispondono al vero o sono incompleti, si applica la sanzione amministrativa da euro 2.000 a euro 21.000. Si considera omessa la trasmissione non eseguita nel termine prescritto. La sanzione è ridotta alla metà se la trasmissione avviene nei quindici giorni successivi*”.

In ottemperanza al principio di personalità di cui all'articolo articolo 2, comma 2 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, la medesima circolare ha inoltre specificato che per i soggetti non dotati di personalità giuridica, la sanzione è riferibile alla persona fisica che ha commesso o concorso a commettere la violazione.

Nel caso di intermediari persone fisiche facenti parte di strutture prive di personalità giuridica (ad esempio associazioni professionali), la sanzione è a carico della persona fisica che ha assunto la responsabilità del mandato nei confronti del partecipante al meccanismo.

In caso di una pluralità di violazioni, sarà dovuta una sanzione unica determinata secondo le regole dettate dall'articolo 12 del d.lgs. n. 472/1997.

All'irrogazione delle sanzioni provvedono gli Uffici competenti in relazione al domicilio fiscale dell'intermediario o del contribuente destinatario dell'obbligo di comunicazione.

In caso di intermediario o contribuente non residente, la notifica del provvedimento sanzionatorio è operata ai sensi dell'articolo 60 del d.P.R. n. 600/1973, o, in subordine, dell'articolo 60-*bis* del medesimo decreto (assistenza per richiesta di notifica tra Stati UE).

In caso di mancato pagamento, la Circolare n. 2/2021 dell'Agenzia delle Entrate afferma come il recupero di quanto dovuto possa avvenire secondo le disposizioni relative alla reciproca assistenza in materia di recupero dei crediti risultanti da dazi, imposte ed altre misure.<sup>165</sup>

Le violazioni qui esaminate sono suscettibili di regolarizzazione mediante ravvedimento operoso *ex* articolo 13 del d.lgs. n. 472/1997.

---

165 D.lgs. n. 149 del 14 agosto 2012 di attuazione della direttiva 2010/24/UE.



## CAPITOLO 10 di Federico Consulich

# Societas tenetur se detegere? Luci e ombre penalistiche dopo l'introduzione del d. lgs. 100 del 2020

SOMMARIO: 1. *Compliance* e diritto penale: una relazione non semplice – 2. Oggetto e soggetto dell'obbligo di comunicazione – 3. L'indeterminatezza del rischio di responsabilità da omessa comunicazione – 4. Il sistema sanzionatorio per l'omessa comunicazione – 5. La rilevanza penale della violazione del segreto professionale – 6. Il fulcro della disciplina: le cause di giustificazione dell'art. 3 del d. lgs. 100 del 2020 – 7. La persona giuridica obbligata alla confessione – 8. Note conclusive, tra pessimismo dell'intelligenza e ottimismo della volontà

### 1. Compliance e diritto penale: una relazione non semplice

Il d. lgs. n. 100/2020 ha tradotto nel nostro ordinamento la Direttiva 2018/822/UE, nota agli addetti ai lavori come DAC 6, che introduce un nuovo obbligo di trasparenza rispetto all'Agenzia delle Entrate per quel particolare tipo di contribuenti che hanno caratteristiche transnazionali, cioè abbiano un'operatività che superi i confini.

Nell'ottica dell'Unione, lo scopo della direttiva è era di ridurre le asimmetrie informative esistenti con le Amministrazioni finanziarie.

I primi commentatori hanno inquadrato la disciplina DAC 6 come una positiva spinta alla *compliance* preventiva<sup>166</sup>, il che senza dubbio è compatibile con il diritto civile e tributario, ma assai meno con il diritto penale, destinato per sua natura a intervenire in via reattiva nei confronti di offese a interessi sociali afferrabili.

Effettivamente il diritto penale rimane formalmente sullo sfondo nella direttiva, ma si tratta del convitato di pietra della disciplina: la tematica sottesa al meccanismo obbligatorio di comunicazione è evidentemente quella dell'evasione fiscale, sicché la responsabilità penale è un'eventualità più che concreta per colui che abbia abusato di schemi negoziali a valenza transazionale.

<sup>166</sup> Ad esempio, si leggano Pacelli-Palazzi, *DAC 6: ennesimo obbligo di trasparenza o nuova spinta alla compliance preventiva?*, in *Corr. trib.*, 2020, 755 ss.

Il diritto penale entra però in gioco anche in capo all'intermediario che 'tratti' la posizione del contribuente resosi autore o beneficiario di operazioni rilevanti ai sensi della DAC 6, a tal punto che il professionista può trovarsi di fronte ad un vero e proprio conflitto di doveri penalmente sanzionati:

- i) ove comunichi informazioni in ordine al cliente potrebbe teoricamente integrare il delitto di rivelazione di segreto professionale, ai sensi dell'art. 622 c.p.;
- ii) ove non comunichi le informazioni egli si trova al cospetto non solo delle sanzioni amministrative immediatamente previste dal d. lgs. 100 del 2020, ma soprattutto di quelle potenzialmente attivabili con un ragionamento giuridico solo un poco più complesso di quello teso ad applicare le sanzioni del decreto. Si tratta dell'ipotesi del concorso nel reato del contribuente o del favoreggiamento personale.

Prima di analizzare da vicino gli aspetti ora indicati, si impone un ambientamento del lettore nella disciplina dettata dal d. lgs. 100 del 2020.

## 2. Oggetto e soggetto dell'obbligo di comunicazione

L'*oggetto* dell'obbligo di comunicazione all'Agenzia delle Entrate da parte degli intermediari o dei contribuenti è rappresentato dal meccanismo transfrontaliero, definito all'art. 2 comma 1 lett. a) del d. lgs. 100 del 2020 come uno "schema, accordo o progetto" che riguardi l'Italia e uno o più Paesi esteri, qualora si verificano una serie di requisiti alternativi. Perché il meccanismo sia oggetto di obbligo di comunicazione, è richiesta l'ulteriore sussistenza di almeno uno dei c.d. elementi distintivi (*hallmarks*), definiti alla lett. f) del medesimo articolo quali "indici di rischio di elusione o evasione fiscale". Il soggetto che dovrebbe procedere alla comunicazione è l'"intermediario", vale a dire, ai sensi della lett. c) dell'art. 2 comma 1: (i) chi elabora, commercializza, organizza, mette a disposizione il meccanismo oppure ne gestisce in autonomia l'attuazione (*promoter*); (b) chi, con riferimento a una delle medesime fasi, si limita a fornire, anche indirettamente, attività di assistenza e consulenza (*service provider*).

In ragione dell'inferiore livello di coinvolgimento, questi ultimi soggiacciono agli obblighi di comunicazione solo se sono effettivamente a conoscenza o, in ogni caso, sussistono elementi tali da indurli ragionevolmente a ritenere che il meccanismo è rilevante ai fini della segnalazione.

Il *soggetto* obbligato non è però solo il professionista, poiché anche il contribuente è destinatario del vincolo comunicativo seppure in via sussidiaria. Si tratta per la precisione di chi attua o 'riceve' (senza ancora attuarlo) il meccanismo transfrontaliero.

Ai fini del decreto, il contribuente deve presentare un collegamento con il territorio italiano, che può essere limitato alla mera percezione di redditi di fonte italiana o allo svolgimento di un'attività in Italia (anche in assenza di stabile organizzazione).

Capita però che talvolta intervengano professionalmente a vario titolo nel progetto o accordo negoziale rilevante ai sensi del decreto più professionisti, come possono essere plurimi i contribuenti interessati.

In presenza di un intermediario e di un contribuente, gli obblighi di comunicazione all’Agenzia delle Entrate sono posti in via principale in capo all’*intermediario*.

Qualora nel meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione siano coinvolti *più intermediari*, l’obbligo spetta *a ciascuno di essi*, a meno che un intermediario possa provare che le medesime informazioni concernenti il meccanismo transfrontaliero siano già state comunicate da un altro intermediario, ovunque residente, all’Agenzia delle Entrate o all’autorità competente di uno Stato membro dell’Unione Europea o di altre giurisdizioni estere con le quali sia in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni oggetto di comunicazione.

L’obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero spetta, in ogni caso, al *contribuente* qualora l’intermediario sia assistito da una fattispecie di esonero oppure non vi siano intermediari coinvolti.

Diversamente da quel che accade in presenza di più intermediari, tutti obbligati, in caso di pluralità *di contribuenti*, l’obbligo grava su quello che ha “concordato” con l’intermediario il meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione e, in sua assenza, sul contribuente che “ne ha gestito l’attuazione”.

Naturalmente, per il principio di effettività del conseguimento del risultato, come per gli intermediari, il contribuente è esonerato se può provare che un altro contribuente ha trasmesso all’Agenzia delle Entrate le medesime informazioni.

### **3. L’indeterminatezza del rischio di responsabilità da omessa comunicazione**

Ai sensi dell’art. 2 lett. f, l’elemento distintivo (*hallmark*) è un indice di rischio di elusione o evasione fiscale e tanto deve bastare per l’interprete, almeno così ritiene il legislatore, che poi per il resto rimanda all’allegato 1 al decreto. Senza entrare nello specifico di ciò che è indicato in quest’ultimo, è bene solo considerare che vi è una rilevante probabilità che, come è accaduto per la manipolazione del mercato con la comunicazione Consob del novembre 2005<sup>167</sup>, i giudici, tanto in sede tributaria che penale, guarderanno a questi elementi (che dovrebbero essere meri indicatori) considerandoli già di per sé come gravemente indiziari, se non probatori, di un meccanismo elusivo-evasivo.

In secondo luogo, traspare anche da questo punto di vista l’accentuata logica anticipatoria dell’intervento pubblico, per cui gli obblighi, a pena di san-

<sup>167</sup> Si tratta della Comunicazione n. DME/5078692 del 29 novembre 2005 avente come oggetto: “Esempi di manipolazione del mercato e di operazioni sospette indicati dal Committee of European Securities Regulators (CESR) nel documento “Market Abuse Directive. Level 3 - First set of Cesr guidance and information on the common operation of the Directive”. Istruzioni per la segnalazione di operazioni sospette.

zione, divengono imperativi ben prima che vi sia una offesa agli interessi erariali, essendo sufficiente il rischio di questa evenienza.

Tracima anche in questo settore la logica precauzionale che ammorba ben altri lidi del diritto, anche penale, e che risponde a impulsi irrazionalistici che ormai hanno contaminato ampi spazi del sistema giuridico contemporaneo, dalla legislazione pandemica a quella della responsabilità da prodotto alla disciplina della sicurezza e igiene del lavoro.

#### 4. Il sistema sanzionatorio per l'omessa comunicazione

Il *bright side* del sistema sanzionatorio dedicato all'omessa comunicazione all'Agenzie delle Entrate è contemplato dall'art. 12 del d. lgs. 100 del 2020, in base al quale, nei casi di pura e semplice omessa comunicazione delle informazioni, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'articolo 10, comma 1, del d.lgs. del 18 dicembre 1997, n. 471<sup>168</sup>, aumentata della metà (ridotta della metà nei casi di incompleta o inesatta comunicazione).

Il precedente normativo di una simile disciplina è evidente, vale a dire il d. lgs. 231 del 2007 in materia di antiriciclaggio. Peraltro, per il penalista, si tratta di un parallelo non beneaugurante, poiché i reati di mera omissione previsti originariamente all'art. 55 del decreto del 2007 sono rimasti a lungo lettera morta, tanto da venire radicalmente rivisti ad opera della legge 90 del 2017. Dopo 10 anni il legislatore è passato da un modello sostanzialmente neutro dal punto di vista del disvalore della condotta (si puniva ad esempio la semplice omessa comunicazione da parte degli esponenti aziendali di intermediari finanziari, ai sensi del combinato disposto dell'art. 11 con l'art. 55 comma 5 e 7, nella versione originaria) ad uno caratterizzato da un marcato incremento dell'antidoverosità della condotta: oggi infatti tutte le sottofattispecie in cui si articola il novellato art. 55 si caratterizzano per *note di falsità e artificiosità* della condotta punita.

Ciò detto, quelle di cui all'art. 12 sono somme che possono non essere indifferenti, ma senza dubbio meno afflittive di quelle che invece si nascondono se alziamo lo sguardo dall'esegesi della novella per aprirlo al sistema normativo in cui questa disciplina va ad inserirsi.

Con grande probabilità, infatti, ove il meccanismo transfrontaliero abbia una rilevanza penale in termini di evasione fiscale, l'omessa comunicazione da parte dell'intermediario ben potrebbe assumere tonalità diverse da quelle meramente amministrative ora considerate.

Accanto al volto visibile della disciplina introdotta con il d. lgs. 100 del 2020 si percepisce insomma un *dark side* del sistema delle sanzioni: la condotta dell'intermediario potrebbe assumere rilevanza in termini di *concorso di persone* nel reato fiscale del contribuente ai sensi dell'art. 110 c.p., nonché, ove il reato si sia già realizzato in tutti i suoi estremi, del *favoreggiamento personale* a beneficio del cliente ai sensi dell'art. 378 c.p.

168 La sanzione amministrativa prevista della legge del 1997 va da euro 2.000 a euro 21.000.

Quello del concorso del professionista nel reato del cliente è un tema di crescente impatto pratico anche in campo tributario. Sono solo un ricordo i tempi in cui la giurisprudenza riteneva di trovarsi di fronte a una sorta di reato proprio esclusivo che conduceva a ritenere responsabile solo l'interessato finale dello schema fiscale fraudolento. Il consulente poteva al più assumere il ruolo di partecipe morale in termini di istigazione<sup>169</sup>. Sempre più spesso invece, anche qui come nel campo fallimentare o societario, si registra oggi il coinvolgimento di colui che fornisca un consiglio tecnico grazie al quale il cliente possa individuare la strada più redditizia e meno individuabile per commettere l'infedeltà fiscale<sup>170</sup>.

Si legge in questo senso la possibilità di coinvolgere il professionista che abbia prestato opera di consulenza a beneficio di soggetti palesemente incapaci di elaborare una frode fiscale senza il contributo di un fiscalista esperto<sup>171</sup>, oppure chiamandolo a rispondere del reato di dichiarazione infedele quale istigatore del contribuente per aver prestato la sua attività professionale in continuativa difformità rispetto ai doveri professionali e «omettendo, poi, ogni adempimento utile per ripristinare la legalità»<sup>172</sup>.

Si badi bene però: la giurisprudenza punisce la condotta del consulente che collabori attivamente al reato fiscale altrui, in termini di ideazione dello schema illecito o di istigazione al compimento del fatto. Siamo, dunque, di fronte ad un contributo commissivo che va ben al di là della singola omissione della comunicazione all'Agenzia delle Entrate di un illecito oramai già integrato *aliunde*.

La mera omissione non potrebbe a nostro parere integrare un concorso, sulla base del principio generale per cui la partecipazione omissiva necessita di una posizione di garanzia in capo all'omittente, volta specificamente all'impedimento del reato altrui. La mera omissione della comunicazione non può, dunque, di per sé, concretizzare un concorso perché manca quell'obbligo giuridico richiesto dall'art. 40 cpv. c.p. per rendere rilevante l'inerzia o l'*aliud facere*.

Ben più confacente alla condotta del professionista che si astenga dal comunicare l'esistenza di un meccanismo transfrontaliero a rischio, ove questo poi concretamente abbia natura penalmente illecita, è il *favoreggiamento*, ai sensi dell'art. 378 c.p., ove sussista il congruo elemento soggettivo. La fattispecie, infatti, parla genericamente di *aiuto a eludere le investigazioni delle autorità*, senza implicare per necessità una condotta commissiva e ben potendo essere integrato, a rigore, anche in forma omissiva, ove naturalmente l'omissione sia antidoverosa rispetto ai doveri che gravano sul professionista. Si tratta di un'acquisizione

169 In questi termini si è espressa, rispetto alla nota vicenda Dolce & Gabbana e dunque alla fattispecie di cui all'art. 5 d. lgs. 74 del 2000, Cass., III, 30 ottobre 2015 n. 43809 in *Giur. it.*, 2016, 971.

170 Si vedano in proposito i contributi di Masucci, Sul "*rischio penale*" del professionista. *Contributo alla teoria generale del concorso di persone*, Napoli, 2012, 105 ss. e, più di recente di Basile, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, Torino, 2018, 175 ss., con particolare riferimento alla criminalizzazione del consulente nella giurisprudenza. In giurisprudenza, Cass, III, 2 marzo 2016 (2 marzo 2016), n. 17418, in *Guida dir.*, 2016, 21, 29.

171 Cass., III, 1° ottobre 2014 (3 novembre 2014), n. 45249, in *Dejure*.

172 Si legga in motivazione Cass., III, n. 24967 del 14 maggio 2015 (dep. 16 giugno 2015), Rv. 264097 – 01.

giurisprudenziale oramai risalente<sup>173</sup> e che anche di recente trova conferma: l'inadempimento di un dovere di agire, sotto forma di denuncia alle autorità, può condurre a riconoscere la sussistenza del reato, ove l'omittente sia consapevole dell'utilità che ne derivi agli autori del reato presupposto<sup>174</sup>.

## 5. La rilevanza penale della violazione del segreto professionale

Come detto l'intermediario si trova al centro di un conflitto tra doveri, come è accaduto in tema di antiriciclaggio<sup>175</sup>.

Quelli riferibili alla riservatezza del mandato professionale vengono presi dalla fattispecie codicistica, frustra e bagatellare, dell'art. 622, che punisce colui che, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocumento.

La rivelazione non deve produrre un nocumento, ma semplicemente renderlo possibile ed è altresì perseguibile solo a querela della persona offesa, che nel caso che ci occupa sarebbe senza dubbio il contribuente.

Il condizionale è d'obbligo perché in realtà la rivelazione delle informazioni rilevanti alla Agenzie delle Entrate è oggetto di esplicita giustificazione all'art. 3, comma 4 del d. lgs. 100 del 2020: «in ogni caso, le comunicazioni effettuate ai sensi del presente decreto legislativo, se poste in essere per le finalità ivi previste e in buona fede, non costituiscono violazione di eventuali restrizioni alla comunicazione di informazioni imposte in sede contrattuale o da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e non comportano responsabilità di alcun tipo».

È però da notare che anche senza un'esplicita presa di posizione sul punto forse avrebbe potuto essere legittimata la condotta del professionista che trasferisse informazioni in merito a meccanismi transfrontalieri sospetti, poiché la norma già contempla una clausola di salvaguardia, per vero indeterminata, per simili condotte. Si tratta della nozione di *giusta causa di rivelazione del segreto*, in cui prende forma il bilanciamento tra diritto alla riservatezza del privato e interessi dell'amministrazione della giustizia o altri beni pubblicistici, che, ove presenti, rendono lecito il fatto<sup>176</sup>.

173 Cass., VI, n. 15391 del 21 giugno 1990 Ud. (dep. 21 novembre 1990) Rv. 185819 – 01, secondo cui «l'azione tipica del reato di favoreggiamento personale (art. 378 cod. pen.) può anche consistere in una omissione, specie quando il dovere di agire rientri proprio fra le attribuzioni del colpevole, quale impiegato, non importa se pubblico o privato».

174 Si veda con riferimento alla posizione dell'appartenente alle forze dell'ordine, Cass., VI, n. 51508 del 4 dicembre 2013 Cc. (dep. 19 dicembre 2013) Rv. 258506 – 01. L'intermediario di cui al d. lgs. 100 del 2020 è sicuramente assimilabile al pubblico ufficiale poiché come quest'ultimo è gravato da un obbligo di comunicazione ad un'autorità pubblica, seppure sanzionato direttamente solo in via amministrativa e non penale.

175 Si vedano le riflessioni svolte all'epoca dell'estensione ai professionisti degli obblighi di segnalazione di operazioni sospette, da Amodio, *Prevenzione del riciclaggio e obblighi di collaborazione dei professionisti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1051 ss.

176 Ritengono sussistente la giusta causa se l'interesse pubblico è prevalente rispetto a quello individuale alla sicurezza N. Mazzacupa, *I delitti contro la persona: le altre ipotesi di tutela*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2016, 690; Borgogno, *Segreto professionale e riservatezza*, Roma, 2013, 143.

## 6. Il fulcro della disciplina: le cause di giustificazione dell'art. 3 del d. lgs. 100 del 2020

L'equilibrio tra collaborazione con le autorità fiscali e necessità di salvaguardare i diritti del cliente (ma anche dell'intermediario stesso) trova un tentativo di compimento nelle fattispecie di esonero.

L'esenzione dall'obbligo di comunicazione riguarda una duplice ipotesi.

La prima è valida solo per gli intermediari. Ai sensi del comma 4, si tratta delle informazioni ricevute da un cliente o ottenute nell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento innanzi all'autorità giudiziaria o in relazione a tale procedimento. È compresa la consulenza resa al cliente sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento giudiziario, ove le informazioni rilevanti siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso.

Si segue qui il modello della normativa antiriciclaggio (art. 35, comma 5, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231).

Nel conflitto tra cooperazione con l'Agenzia delle Entrate e tutela del segreto professionale, il legislatore conferma la prevalenza del secondo, che rappresenta una causa di esonero, una vera e propria causa di giustificazione a nostro parere, in quanto espressione del principio superiore e generale del giusto processo garantito dall'art. 6 della CEDU. Si noti, per inciso, che, benché la disposizione della Convenzione non lo menzioni espressamente, il diritto a rimanere in silenzio costituisce nondimeno norma internazionale generalmente riconosciuta e principio immanente alla garanzia dell'"equo processo"<sup>177</sup>.

Ovviamente non vi è prevalenza della protezione del giusto processo (sembra un truismo, ma vale la pena chiarire) qualora un procedimento giudiziario non sia neppure all'orizzonte, cioè in mancanza di una connessione tra attività del professionista e difesa del cliente da una contestazione<sup>178</sup>.

La necessaria attinenza del segreto professionale allo svolgimento di un processo al fine di garantire l'esenzione dall'obbligo di comunicazione è stata affermata da tempo anche in ambito eurolunitario. La Corte di Giustizia ha stabilito, nell'ambito della normativa antiriciclaggio, la necessità di uno stretto collegamento tra l'attività del professionista e un procedimento giudiziario, escludendo che la causa di esonero possa trovare applicazione per tutte le attività, quali forme di consulenza relative a operazioni finanziarie o immobiliari, che, "a causa della loro stessa natura, si situano in un contesto che non è collegato ad un procedimento giudiziario e, pertanto, si pongono al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto a un equo processo", tutelato dall'art. 6 della CEDU<sup>179</sup>.

<sup>177</sup> Lo rileva di recente la stessa Corte costituzionale, ord. n. 117 del 2019, § 7.

<sup>178</sup> I co. 4 e 5 dell'art. 3 del d. lgs. 100 del 2020 riproducono sostanzialmente i co. 4 e 5 dell'art. 35 d. lgs. 231 del 2007.

<sup>179</sup> CGUE, Grande Sez., sent. 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, cfr. in particolare par. 33.

In assenza di cause legittime di esclusione dall'obbligo, l'intermediario deve provvedere alla comunicazione, violando di fatto il segreto professionale. Già alla luce della disciplina della prima parte del comma 4, si sarebbe stati condotti a ritenere che il professionista non avrebbe integrato alcuna forma di responsabilità, avendo semplicemente adempiuto al dovere di comunicazione previsto dal decreto e dunque integrando la causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. Il legislatore di oggi però, si sa, è malfermo nella conoscenza dei principi generali e dunque ha ritenuto di dover esplicitare comunque, nel medesimo comma, che l'intermediario può beneficiare della salvaguardia da qualsiasi responsabilità.

La seconda fattispecie di esonero, valida questa volta sia per gli intermediari che per i contribuenti, è rappresentata dai casi in cui dalla trasmissione delle informazioni possa emergere una propria responsabilità penale, a garanzia dal rischio di autoincriminazione (*nemo tenetur se detegere*).

Non si può negare che si tratta di un'evenienza frequente, visto che gli *hallmarks* che rendono doverosa la comunicazione all'Agenzia delle Entrate, ai sensi dell'art. 5 del decreto, sono indicativi di un meccanismo evasivo.

La scelta di non procedere alla comunicazione non è indolore, poiché si tratta di una scelta destinata a non rimanere riservata. Ai sensi del comma 6, l'intermediario (*promoter* o *service provider* che sia) deve di fatto far suonare un campanello di allarme: egli è obbligato a comunicare di non aver potuto assolvere all'obbligo, così facendo capire che vi è una possibile problematica di rilevanza penale.

In un simile scenario, peraltro, il rischio penale potrebbe riguardare anche gli altri intermediari.

Ciò posto, si ripete, il professionista che ravvisi la sussistenza di una causa di esonero dall'obbligo di comunicazione è tenuto a informare ogni altro intermediario coinvolto nel meccanismo transfrontaliero di cui abbia conoscenza e, se non ve ne sono altri, il contribuente interessato, poiché la spendita della causa di esonero determina l'insorgere a loro carico dell'obbligo di comunicazione all'Agenzia delle Entrate.

Ne deriva che tutti gli altri soggetti coinvolti percepiscono così il potenziale coinvolgimento del primo intermediario in un reato, con tutte le conseguenze, reputazionali, commerciali e investigative che ne derivano: l'autorità fiscale potrebbe in effetti essere insospettata dalla scelta dell'intermediario e ben potrebbe segnalare l'episodio alla competente Procura della Repubblica per ogni approfondimento opportuno.

La tutela contro l'autoincriminazione, avendo portata generale, giova però anche al contribuente. In questo caso, ove il contribuente sia uno solo o il rischio riguardi tutti i soggetti coinvolti come clienti, non vi sarà alcuna comunicazione del meccanismo transfrontaliero all'Agenzia delle Entrate.

In sintesi, se l'intermediario o gli intermediari sono esonerati l'obbligo è in capo al contribuente, che però è esonerato a sua volta se dalle informazioni può

emergere una sua responsabilità penale (art. 3 co. 9). In questo caso, in definitiva, l'Agenzia delle Entrate non avrà segnalazione.

Vi è però contribuente e contribuente, poiché quanto detto finora vale per le persone fisiche, ma non pare possa in alcun modo riferirsi alle persone giuridiche, con implicazioni complesse che è il caso di considerare brevemente.

## 7. La persona giuridica obbligata alla confessione

In altre occasioni avevamo notato come sia ormai giunto il tempo di riflettere non più solo sulla capacità alla pena dell'ente e sulle condizioni della sua responsabilità, ma anche sulla idoneità dello stesso ad essere centro di imputazione di diritti fondamentali, una volta posta sul banco degli imputati accanto alla persona fisica autrice di un reato nel suo interesse<sup>180</sup>.

*Societas delinquere potest, sed societas se defendere debet.*

Per quel che concerne il decreto che recepisce la DAC 6, non vi è ormai più dubbio che, essendo stati inclusi anche i reati fiscali nel catalogo dei reati presupposto (art. 25 *quinquiesdecies*) per effetto del duplice intervento del legislatore, dapprima con il d.l. 124 del 2019 (convertito dalla l. 157 del 2019), poi con il d. lgs. 75 del 2020, anche il contribuente persona giuridica dovrebbe essere protetto dalle comunicazioni che ne indizino la responsabilità, ma la formulazione testuale del dell'esimente di cui al co. 9 dell'art. 3 non pare riferibile al contribuente persona giuridica<sup>181</sup>.

La possibilità di esonerarsi dall'obbligo di comunicazione in presenza di una responsabilità penale da parte della persona fisica che amministra l'ente non giova automaticamente all'ente stesso.

In primo luogo, l'organo può tacere e dunque non comunicare informazioni che implicino la propria responsabilità, ma questa garanzia non vale rispetto alla responsabilità di un altro soggetto giuridico, quale è appunto l'ente.

Inoltre, potrebbe ben darsi il caso che l'attuale amministratore dell'ente non sia colui che abbia commesso il reato, essendo ad esempio succeduto nella carica all'autore dell'illecito, il che esclude che sia consentito al nuovo amministratore di non provvedere alla comunicazione. Il dovere di trasmettere le informazioni implicherebbe dunque in questi casi il coinvolgimento del predecessore, ma soprattutto dell'ente.

Insomma, di fronte a questo effetto di trascinamento che indubbiamente la dichiarazione della persona fisica genera ai danni dell'ente, non pare possibile

<sup>180</sup> Sia consentito il rinvio a Consulich, *L'ente alla Corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *Rivista* 231, 2019, 21 ss.

<sup>181</sup> Sulla introduzione della responsabilità dell'ente per reati tributari nel suo interesse Piva, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in *Sist. pen.*, 15 settembre 2020; Dell'Oso, *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario: spunti (critici) sul c.d. decreto fiscale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 318 ss.; Ielo, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, in *Rivista* 231, 2020, 1 ss.; Ingrassia, *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 307 ss.; F. Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *Sist. pen.*, 4 giugno 2020.

spendere la causa di esonero, poiché essa è limitata alle fattispecie di contribuenti persone fisiche.

Il riferimento testuale alla “responsabilità penale”, lo si dice *ad abundantiam*, induce a escludere che l’esonero possa coprire le fattispecie di responsabilità amministrativa da reato ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001.

Guardando alle disposizioni del nostro codice di procedura penale, è ben vero che il d. lgs. 231/2001 vi fa rinvio, ma solo «in quanto compatibili», come recitano gli artt. 34 e 35. Non si può dedurre in via interpretativa che valga per gli enti e la loro responsabilità *amministrativa* da reato il principio del *nemo tenetur* ricavabile dal complesso di disposizioni previsto agli artt. 63 e 350 c.p.p. per l’indagato/imputato con riferimento alla responsabilità *penale*. Né si può invocare il principio di cui all’art. 384 c.p., che già con fatica pare estendibile ad alcuni limitati casi ulteriori a quelli esplicitamente menzionati, ma solo con riferimento alle persone fisiche<sup>182</sup>.

Occorre infatti essere consapevoli del particolare rigore con cui la giurisprudenza legge tradizionalmente i confini del principio in analisi. Senza difendersi nell’esposizione dei precedenti, si consideri che, proprio in tema di reati fiscali, la Cassazione ha affermato come fosse manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 Cost. e 6 CEDU, la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 5 del d.lgs. 74 del 2000, 14 della l. n. 537 del 1993 e 36, comma 34-bis, del d.l. n. 223 del 2006, nella parte in cui queste disposizioni prevedono, al fine di non commettere il reato di omessa presentazione della dichiarazione di redditi, l’obbligo di presentare la dichiarazione all’Agenzia delle Entrate, ancorché riguardi redditi provenienti da attività illecita, in quanto il principio del *nemo tenetur se detegere* opererebbe esclusivamente nell’ambito di un procedimento penale già avviato e deve ritenersi recessivo rispetto all’obbligo di concorrere alle spese pubbliche previsto dall’art. 53 Cost<sup>183</sup>.

Sempre nel settore dei reati tributari, il diritto al silenzio è stato di fatto conculcato con riguardo al tema della tassazione dei proventi da reato: la giurisprudenza ha infatti a più riprese affermato la sussistenza dell’obbligo alla loro dichiarazione, con ciò imponendo di fatto l’autoincriminazione rispetto al reato che li abbia generati<sup>184</sup>.

182 Lo dimostra la recentissima estensione della norma ai conviventi *more uxorio* Cass., S.U., sent. 26 novembre 2020 (dep. 17 marzo 2021), n. 10381, in *Sist. pen.*, 18 marzo 2021, su cui Palazzo, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza “giusta” più che ardita*, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2021.

183 Cass., III, n. 53656 del 03 ottobre 2018 Cc. (dep. 29 novembre 2018) Rv. 275452 – 01.

184 Si vedano in proposito Cass., V civ., 30 settembre 2011, n. 20032, Rv. 619267; nonché, in sede penale, Cass., III n. 53137 del 22 settembre 2017 Ud. (dep. 22 novembre 2017), Rv. 271827 – 01, secondo la quale: «salvo specifiche previsioni di legge di segno contrario, il principio processuale del “nemo tenetur se detegere” non può dispiegare efficacia al di fuori del processo penale e pertanto non giustifica la violazione di regole di comportamento poste a tutela di interessi non legati alla pretesa punitiva». Le sentenze della Suprema Corte vanno nella medesima direzione, anche in altri ambiti del diritto penale, si pensi ad esempio ai reati fallimentari. Riguardo alla bancarotta documentale commessa per occultare la commissione di precedenti illeciti, l’inapplicabilità del principio è affermata da Cass., V, n. 9746 del 12 dicembre 2014 Cc. (dep. 5 marzo 2015), Rv. 262941 – 01 e da Cass., V, n. 18962 del 7 marzo 2012 Ud. (dep. 17 maggio 2012), Rv. 252524 – 01. Critico sull’inopponibilità all’Autorità del diritto al silenzio già da tempo Marcheselli, *Legittimità costituzionale, responsabilità penale e problemi applicativi della tassazione dei proventi illeciti*, in *Dir. prat. trib.*, 1997, 490. Di recente torna sul tema Faiella, *L’obbligo di dichiarazione fiscale dei*

## 8. Note conclusive, tra pessimismo dell'intelligenza e ottimismo della volontà

Il motto gramsciano sembra adeguato alla chiusa di queste brevi riflessioni. A oggi, è doveroso constatare, infatti, che la legge precluda al contribuente persona giuridica di godere della garanzia del *nemo tenetur* e, per quel che rileva nello specchio del d. lgs. 100 del 2020, dell'esonero di cui all'art. 3 comma 9, nonostante si tratti di manifestazioni essenziali del diritto di difesa e dell'equità del processo<sup>185</sup>.

Al contempo, però, si deve rilevare come il riconoscimento del principio stia conoscendo una particolare espansione fuori dal diritto penale, fino ad interessare gli illeciti amministrativi punitivi, pur se allo stato sempre con riferimento alle persone fisiche.

La Corte di Giustizia<sup>186</sup>, interpellata dalla nostra Corte costituzionale<sup>187</sup>, ha di recente affermato, in materia di *market abuse*, la sussistenza di una violazione degli artt. 47 e 48 CDFUE allorché una persona venga sanzionata per il rifiuto di fornire all'autorità competente informazioni *contra se*, sia in riferimento a illeciti amministrativi riportabili alla *matière pénale*, sia rispetto a reati in senso stretto. Le disposizioni eurounitarie in materia di abusi di mercato dovrebbero essere armonizzate con i principi della Carta dei diritti dell'Unione e interpretate nel senso che non impongano agli Stati membri di sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente, si rifiuti di fornire risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.

D'altra parte, due sono gli argomenti che possono spingere al riconoscimento del diritto al silenzio anche a beneficio dell'ente.

---

*proventi da reato. Responsabilità penale vs diritto al silenzio*, in *Cass. pen.*, 2021, 718 ss.

185 La stessa Cassazione riconduce il diritto al silenzio all'art. 24 Cost., cfr. *Cass.*, III, n. 9239 del 19 gennaio 2010 Ud. (dep. 9 marzo 2010), Rv. 246233 – 01 e *Cass.*, V, n. 2337 del 22 dicembre 1998 Ud. (dep. 23 febbraio 1999), Rv. 212618 – 01. Nella dottrina penalistica, in merito al fondamento del diritto al silenzio, Pulitanò, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1280 ss., che esclude che l'introduzione di una scusante generale ispirata al principio del *nemo tenetur* sia costituzionalmente imposta al di fuori dell'esercizio del diritto di difesa. Nella dottrina processualpenalistica Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 46 s. rileva che il riconoscimento della legittimità del contegno non collaborativo dell'interrogato si fonda sulla presunzione di innocenza di cui all'art. 27 comma 2 Cost. Per un'analisi dei plurimi modelli di attuazione del principio del *nemo tenetur* Catalano, *Diritto al silenzio*, right not to be questioned e tutela dall'autoincriminazione. Note storico comparative, in *Cass. pen.*, 2011, 4018 ss.; per un'analisi dal punto di vista del penalista sostanziale, anche in ottica comparata, si veda Tassinari, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012, 275 ss., che rileva la natura polisensiva di siffatta garanzia e l'ampia gamma di comportamenti che vengono ad essa ricondotti.

186 CGUE, Grande Sezione, sent. 2 febbraio 2021, in C-489/19, D.B. c. CONSOB, su cui si vedano le riflessioni di Basile, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"*, in *Sist. pen.*, 3 febbraio 2021.

187 Si tratta di Corte cost., ord. 119 del 2019, in cui la Consulta si è confrontata con l'art. 187-quinquiesdecies t.u.f. ("Tutela dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob") sotto il profilo della piena osservanza del canone *nemo tenetur se detegere*. Sulla importante ordinanza, tra gli altri, Confalonieri, *Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2020, 108 ss.

In primo luogo, anche le persone giuridiche, nell'ambito dei diritti a contenuto patrimoniale, godono della tutela della Convenzione Edu e dunque devono poterli tutelare anche con il silenzio a fronte di richieste della pubblica autorità, formulate sotto minaccia di una sanzione sostanzialmente penale qual è quella di cui al d. lgs. 231 del 2001<sup>188</sup>.

In secondo luogo, i diritti di un ente, sono, in via mediata, diritti degli individui di cui la persona giuridica è sintesi di interessi, dunque lasciare esposta quest'ultima al dovere di rendere dichiarazione *contra se* per mezzo dei suoi organi significa pregiudicare indirettamente gli *shareholders*.

In sintesi, la persona giuridica è certamente ancora oggi alla ricerca di un maturo statuto processuale di garanzia, ma di fronte a siffatte prese di posizione delle Corti superiori (cui va aggiunta la già citata sentenza della Cassazione rispetto all'art. 384 c.p. in tema di conviventi *more uxorio*<sup>189</sup>), espressive di una rinnovata sensibilità per la tutela dei diritti dei privati, perché non pensare che si possa giungere presto ad una estensione, quanto meno in via pretoria in prima battuta, del principio anche agli enti?

---

188 Sia consentito il rinvio, per una più compiuta argomentazione sul punto, a Consulich, *L'ente alla Corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, cit., 25 s.

189 Deve rilevarsi che la Corte costituzionale (ord. n. 33 del 2002) ha affermato, sul piano del contenzioso tributario, la sussistenza del diritto al silenzio a fronte del disposto dell'art. 51 comma 2, n. 2 d.p.r. 633 del 1972, che consente agli Uffici iva di procedere ad accertamenti fiscali anche per il tramite di convocazione e audizione del contribuente. Per la Corte la sanzione amministrativa pecuniaria collegata alla inottemperanza all'invito a comparire, ai sensi dell'art. 11, lett. c) d. lgs. n. 471 del 1997, attiene agli obblighi del contribuente nel procedimento tributario e non si può applicare per il solo fatto che il privato abbia ommesso di fornire giustificazioni delle operazioni risultanti dalla documentazione raccolta nel corso del procedimento.





ASLA, Associazione Studi Legali Associati ([www.aslaitalia.it](http://www.aslaitalia.it)), editrice di questo Quaderno comprende circa cento fra i principali Studi legali nazionali e di affiliazione estera operanti in Italia (fra cui quelli a cui appartengono il curatore e i co-autori del Quaderno stesso, sotto specificati), ove è stata costituita nel 2003 come organizzazione apolitica senza scopo di lucro, operando in particolare nel settore del diritto d'impresa e con il fine di promuovere e diffondere la cultura e le modalità più attuali dell'esercizio della professione legale in forma associata, organizzata e certificabile.

**Paolo de' Capitani di Vimercate**, curatore e co-autore (cap. 1) di questo Quaderno, è avvocato in Italia e a New York, socio dello Studio Uckmar Associazione Professionale, redattore capo della rivista Diritto e Pratica Tributaria Internazionale e Presidente della Commissione fiscale di ICC Italia; curatore della rubrica italiana sulla rivista Fiscalité internationale [https://www.studiouckmar.com/avv\\_paolo\\_de\\_capitani.html](https://www.studiouckmar.com/avv_paolo_de_capitani.html)

L'Avv. **Michele Bissoli**, co-autore (cap. 2) di questo Quaderno, si occupa prevalentemente di fiscalità d'impresa, piani di incentivazione del management e diritto tributario internazionale presso lo studio Gatti Pavesi Bianchi Ludovici.

L'Avv. **Marco Adda**, co-autore (cap. 3) di questo Quaderno, è partner dello studio Bonelli Erede Lombardi e si occupa di diritto tributario, in particolare negli ambiti: fiscalità di impresa; fiscalità internazionale; prezzi di trasferimento.

L'Avv. **Umberto Lorenzi**, co-autore (cap. 3) di questo Quaderno, è associato presso lo studio Bonelli Erede Lombardi e si occupa di diritto tributario, in particolare negli ambiti: fiscalità internazionale; transfer pricing; fiscalità d'impresa.

L'Avv. **Francesca Sipala**, co-autrice (cap. 4) di questo Quaderno, è senior associate dello studio Legance Avvocati Associati, dipartimento di diritto tributario. Si occupa di fiscalità diretta, fiscalità immobiliare, fiscalità degli strumenti finanziari e fiscalità dei fondi di investimento nonché di contenzioso tributario.

Il Dott. **Alberto Pluviano**, co-autore di questo Quaderno (cap. 5), opera da oltre 30 anni come specialista di *transfer pricing* a livello internazionale; attualmente collabora con Fieldfisher.

Il Dott. **Francesco Pisciotta**, co-autore di questo Quaderno (cap. 6), è managing partner degli uffici italiani di Baker McKenzie ed è co-coordinatore del dipartimento Tax. Specializzato in fiscalità domestica ed internazionale ed in particolare in consulenza e pianificazione fiscale per multinazionali, con particolare riferimento alla pianificazione fiscale di operazioni internazionali, riorganizzazioni societarie, operazioni immobiliari, IVA ed altre imposte indirette. È relatore a convegni e seminari su temi di fiscalità internazionale.

Il Dott. **Michele Santocchini**, co-autore di questo Quaderno (cap. 6), è partner dell'ufficio di Roma di Baker McKenzie e co-coordinatore del dipartimento Tax degli uffici italiani. Fornisce assistenza a gruppi multinazionali sia per la consulenza e la pianificazione fiscale nazionale ed internazionale, sia per la gestione dei rapporti con le autorità in fase precontenziosa e contenziosa. È autore di numerose pubblicazioni su collettanee e riviste specializzate e partecipa correntemente a convegni e seminari in materia fiscale.

L'Avv. **Federico Franconi**, co-autore di questo Quaderno (cap. 6), è senior associate dell'ufficio di Roma di Baker McKenzie e assiste gruppi multinazionali principalmente nell'ambito della fiscalità internazionale e delle operazioni straordinarie d'impresa, domestiche e transfrontaliere. E' autore di numerose pubblicazioni su collettanee e riviste specializzate e partecipa a convegni e seminari sulla fiscalità internazionale e delle operazioni straordinarie.

L'Avv. **Marco Melisse**, co-autore di questo Quaderno (cap. 7), è partner presso lo studio Eversheds Sutherland e si occupa principalmente di fiscalità nell'ambito di operazioni transazionali.

L'Avv. **Giulia Sibilla**, co-autrice di questo Quaderno (cap. 7) è senior tax consultant presso Mazars.

L'Avv. **Giorgio Vaselli**, co-autore di questo Quaderno (cap. 8), è socio presso lo studio Giovannelli e Associati; è specializzato in fiscalità domestica e internazionale e assiste sia imprese che private client.

L'Avv. **Andrea Mirabella**, co-autore di questo Quaderno (cap. 8), è associate presso lo studio Withersworldwide; si occupa di diritto tributario interno e internazionale.

L'Avv. **Marco Ettore**, co-autore di questo Quaderno (cap. 9), è Partner di Gitti and Partners – Studio Legale Associato, si occupa prevalentemente di contenzioso in materia tributaria.

L'Avv. **Alessandro Cuzzola Albanese**, co-autore di questo Quaderno (cap. 9), è Associate di Gitti and Partners – Studio Legale Associato e si occupa prevalentemente di contenzioso in materia tributaria.

Il Prof. Avv. **Federico Consulich**, co-autore di questo quaderno (cap. 10), è socio fondatore dello studio legale associato Giannangeli Consulich di Milano ed è Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Genova.



**Pubblicazione giuridica n° 20 di ASLA** (Associazione Studi Legali Associati)  
(30 gennaio 2022)

A cura del Gruppo di lavoro sulla DAC 6  
Curatore: Paolo de' Capitani di Vimercate

Editor: Ezio Rotamartir

I materiali raccolti nella presente pubblicazione hanno valore soltanto  
esemplificativo e non vanno intesi come specifiche raccomandazioni di ASLA.

©2022 ASLA - Associazione Studi Legali Associati

Impaginazione, elaborazioni grafiche e illustrazioni: Ezio Rotamartir  
Progetto grafico originale: Edoardo Steiner

*www.aslaitalia.it*

Tutti i diritti riservati. È vietata la riproduzione con qualsiasi mezzo, salvo  
autorizzazione scritta di ASLA - Associazione Studi Legali Associati.

**ASLA, Associazione Studi Legali Associati** ([www.aslaItalia.it](http://www.aslaItalia.it)), editrice di  
questo Quaderno, comprende circa cento fra i principali Studi nazionali e di  
affiliazione estera operanti in Italia, ove è stata costituita nel 2003 come orga-  
nizzazione apolitica senza scopo di lucro, operando in particolare nel settore del  
diritto d'impresa e col fine di promuovere e diffondere la cultura e le modalità  
più attuali dell'esercizio della professione legale in forma associata, organizzata  
e certificabile.



**Paolo de' Capitani di Vimercate**, curatore e co-autore (cap. 1) di questo Quaderno, è avvocato in Italia e a New York, socio dello Studio Uckmar Associazione Professionale, redattore capo della rivista Diritto e Pratica Tributaria Internazionale e Presidente della Commissione fiscale di ICC Italia; curatore della rubrica italiana sulla rivista Fiscalité internationale  
[https://www.studiouckmar.com/avv\\_paolo\\_de\\_capitani.html](https://www.studiouckmar.com/avv_paolo_de_capitani.html)

L'Avv. **Michele Bissoli**, co-autore (cap. 2) di questo Quaderno, si occupa prevalentemente di fiscalità d'impresa, piani di incentivazione del management e diritto tributario internazionale presso lo studio Gatti Pavesi Bianchi Ludovici.

L'Avv. **Marco Adda**, co-autore (cap. 3) di questo Quaderno, è partner dello studio Bonelli Erede Lombardi e si occupa di diritto tributario, in particolare negli ambiti: fiscalità di impresa; fiscalità internazionale; prezzi di trasferimento.

L'Avv. **Umberto Lorenzi**, co-autore (cap. 3) di questo Quaderno, è associate presso lo studio Bonelli Erede Lombardi e si occupa di diritto tributario, in particolare negli ambiti: fiscalità internazionale; transfer pricing; fiscalità d'impresa.

L'Avv. **Francesca Sipala**, co-autrice (cap. 4) di questo Quaderno, è senior associate dello studio Legance Avvocati Associati, dipartimento di diritto tributario. Si occupa di fiscalità diretta, fiscalità immobiliare, fiscalità degli strumenti finanziari e fiscalità dei fondi di investimento nonché di contenzioso tributario.

Il Dott. **Alberto Pluviano**, co-autore di questo Quaderno (cap. 5), opera da oltre 30 anni come specialista di transfer pricing a livello internazionale; attualmente collabora con Fieldfisher.

Il Dott. **Francesco Pisciotta**, co-autore di questo Quaderno (cap. 6), è managing partner degli uffici italiani di Baker McKenzie ed è co-coordinatore del dipartimento Tax. Specializzato in fiscalità domestica ed internazionale ed in particolare in consulenza e pianificazione fiscale per multinazionali, con particolare riferimento alla pianificazione fiscale di operazioni internazionali, riorganizzazioni societarie, operazioni immobiliari, IVA ed altre imposte indirette. È relatore a convegni e seminari su temi di fiscalità internazionale.

Il Dott. **Michele Santocchini**, co-autore di questo Quaderno (cap. 6), è partner dell'ufficio di Roma di Baker McKenzie e co-coordinatore del dipartimento Tax degli uffici italiani. Fornisce assistenza a gruppi multinazionali sia per la consulenza e la pianificazione fiscale nazionale e internazionale, sia per la gestione dei rapporti con le autorità in fase precontenziosa e contenziosa. È autore di numerose pubblicazioni su collettanee e riviste specializzate e partecipa correntemente a convegni e seminari in materia fiscale.

[www.aslaitalia.it](http://www.aslaitalia.it)

L'Avv. **Federico Franconi**, co-autore di questo Quaderno (cap. 6), è senior associate dell'ufficio di Roma di Baker McKenzie e assiste gruppi multinazionali principalmente nell'ambito della fiscalità internazionale e delle operazioni straordinarie d'impresa, domestiche e transfrontaliere. È autore di numerose pubblicazioni su collettanee e riviste specializzate e partecipa a convegni e seminari sulla fiscalità internazionale e delle operazioni straordinarie.

L'Avv. **Marco Melisse**, co-autore di questo Quaderno (cap. 7), è partner presso lo studio Eversheds Sutherland e si occupa principalmente di fiscalità nell'ambito di operazioni transazionali.

L'Avv. **Giulia Sibilla**, co-autrice di questo Quaderno (cap. 7) è senior tax consultant presso Mazars.

L'Avv. **Giorgio Vaselli**, co-autore di questo Quaderno (cap. 8), è socio presso lo studio Giovannelli e Associati; è specializzato in fiscalità domestica e internazionale e assiste sia imprese che private client.

L'Avv. **Andrea Mirabella**, co-autore di questo Quaderno (cap. 8), è associate presso lo studio Withersworldwide; si occupa di diritto tributario interno e internazionale.

L'Avv. **Marco Ettore**, co-autore di questo Quaderno (cap. 9), è Partner di Gitti and Partners - Studio Legale Associato, si occupa prevalentemente di contenzioso in materia tributaria.

L'Avv. **Alessandro Cuzzola Albanese**, co-autore di questo Quaderno (cap. 9), è Associate di Gitti and Partners - Studio Legale Associato e si occupa prevalentemente di contenzioso in materia tributaria.

Il Prof. Avv. **Federico Consulich**, co-autore di questo quaderno (cap. 10), è socio fondatore dello studio legale associato Giannangeli Consulich di Milano ed è Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Genova.

**ASLA, Associazione Studi Legali Associati** ([www.aslaitalia.it](http://www.aslaitalia.it)), editrice di questo Quaderno, comprende circa cento fra i principali Studi nazionali e di affiliazione estera operanti in Italia, ove è stata costituita nel 2003 come organizzazione apolitica senza scopo di lucro, operando in particolare nel settore del diritto d'impresa e col fine di promuovere e diffondere la cultura e le modalità più attuali dell'esercizio della professione legale in forma associata, organizzata e certificabile.