



Divisione Contribuenti

Roma, 10 febbraio 2021

OGGETTO: *Primi chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione - decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva "DAC 6")*

INDICE

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUZIONE..... | 4 |
| 2 | DEFINIZIONI..... | 8 |
| 3 | AMBITO SOGGETTIVO | 12 |
| 3.1 | INTERMEDIARI..... | 14 |
| 3.2 | STANDARD DI CONOSCENZA..... | 19 |
| 3.3 | CONTRIBUENTE | 23 |
| 4 | AMBITO OGGETTIVO | 25 |
| 4.1 | MECCANISMO TRANSFRONTALIERO: ASPETTI DEFINITORI | 28 |
| 4.2 | ELEMENTO DISTINTIVO (<i>HALLMARK</i>)..... | 33 |
| 4.3 | CRITERIO DELLA POTENZIALE RIDUZIONE D’IMPOSTA | 34 |
| 4.4 | CRITERIO DEL VANTAGGIO PRINCIPALE..... | 37 |
| 5 | OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE | 45 |
| 5.1 | CAUSE DI ESONERO DALL’OBBLIGO DI COMUNICAZIONE..... | 49 |
| 5.1.1 | <i>Cause di esonero per l’intermediario</i> | <i>49</i> |
| 5.1.2 | <i>Cause di esonero per il contribuente.....</i> | <i>52</i> |
| 5.2 | ELEMENTI OGGETTO DI COMUNICAZIONE | 53 |
| 5.3 | TERMINE DI PRESENTAZIONE ALL’AGENZIA DELLE ENTRATE..... | 57 |
| 6 | OBBLIGHI DI CONSERVAZIONE DELLA DOCUMENTAZIONE..... | 62 |
| 7 | PROFILI SANZIONATORI..... | 63 |
| 8 | GLI ELEMENTI DISTINTIVI (“HALLMARKS”)..... | 66 |
| 8.1 | ELEMENTI DISTINTIVI GENERICI COLLEGATI AL CRITERIO DEL VANTAGGIO PRINCIPALE. | 68 |
| 8.1.1 | <i>Condizione di riservatezza.....</i> | <i>69</i> |
| 8.1.2 | <i>Commissioni correlate al vantaggio fiscale</i> | <i>71</i> |
| 8.1.3 | <i>Documentazione e/o struttura standardizzate</i> | <i>71</i> |
| 8.2 | ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI COLLEGATI AL CRITERIO DEL VANTAGGIO PRINCIPALE | 74 |
| 8.2.1 | <i>Acquisizione di società in perdita.....</i> | <i>74</i> |
| 8.2.2 | <i>Conversione del reddito in capitale, conferimenti, apporti, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta</i> | <i>78</i> |
| 8.2.3 | <i>Operazioni circolari.</i> | <i>82</i> |
| 8.3 | ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI COLLEGATI ALLE OPERAZIONI TRANSFRONTALIERE | 87 |
| 8.3.1 | <i>Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate.....</i> | <i>88</i> |
| 8.3.2 | <i>Per lo stesso ammortamento sul patrimonio sono chieste deduzioni multiple in più di una giurisdizione.....</i> | <i>96</i> |
| 8.3.3 | <i>Simultaneo utilizzo di rimedi contro la doppia imposizione in più giurisdizioni.....</i> | <i>97</i> |

| | | |
|-------|---|-----|
| 8.3.4 | <i>Trasferimenti di attivi</i> | 98 |
| 8.4 | ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI RIGUARDANTI LO SCAMBIO AUTOMATICO DI INFORMAZIONI E LA TITOLARITÀ EFFETTIVA | 100 |
| 8.4.1 | <i>Meccanismi transfrontalieri che hanno l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dallo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari</i> | 102 |
| 8.4.2 | <i>Meccanismi che determinano una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente</i> | 112 |
| 8.5 | ELEMENTI DISTINTIVI SPECIFICI RELATIVI AI PREZZI DI TRASFERIMENTO | 114 |
| 8.5.1 | <i>Safe harbour unilaterale</i> | 115 |
| 8.5.2 | <i>Beni immateriali di difficile valutazione</i> | 117 |
| 8.5.3 | <i>Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività</i> | 118 |

1 Introduzione

La cooperazione amministrativa in ambito fiscale rappresenta un importante strumento per il contrasto all'evasione e all'elusione fiscale da parte delle autorità fiscali di molti Paesi nel mondo, anche per la possibilità di poter disporre di informazioni tempestive e qualificate relative a schemi di pianificazione fiscale aggressiva transnazionale.

Di recente, sono stati avviati a livello internazionale specifici progetti, nell'ambito dello scambio automatico di informazioni, volti a stabilire obblighi di comunicazione dei cosiddetti "meccanismi transfrontalieri", ossia schemi di pianificazione fiscale aggressiva, che comprendono anche meccanismi finalizzati a compromettere il funzionamento dello scambio automatico di informazioni sui conti finanziari (Common Reporting Standard – CRS) o l'identificazione delle persone fisiche titolari effettive di *asset* e redditi schermati da strutture opache.

Ulteriore finalità perseguita da tali progetti è quella della "deterrenza", poiché l'obbligo di comunicazione, nonché le conseguenze derivanti dalla violazione dello stesso, scoraggia i partecipanti dall'elaborare, proporre ed attuare schemi, accordi o progetti soggetti a tale obbligo.

Nell'ambito di queste iniziative, occorre evidenziare quelle realizzate in seno all'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), sia nell'ambito del progetto OCSE/G20 "*Base Erosion and Profit Shifting*" (BEPS), sia nell'ambito dello scambio automatico di informazioni a livello di *Global Forum on Transparency and Exchange of information*.

Ci si riferisce in particolare:

- all'azione 12 del progetto "*Base Erosion and Profit Shifting*" (BEPS) denominata "*Mandatory Disclosure Rules*" – (di seguito "Report MDRs azione 12");
- alle "*Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*" (di seguito "Report

MDRs”).

In particolare il “Report MDRs azione 12” contiene raccomandazioni per gli Stati volte all’introduzione di regimi di comunicazione obbligatoria da parte degli operatori (intermediari e contribuenti), e relativo scambio tra le rispettive autorità fiscali, di informazioni sui meccanismi di pianificazione fiscale aggressiva, con particolare riguardo alle imposte oggetto del progetto BEPS. Tra le finalità di dette misure vi è quella di permettere alle Amministrazioni fiscali di disporre di informazioni tempestive, complete e pertinenti sui possibili rischi fiscali connessi alle strategie che i contribuenti intendono adottare.

Del pari, il Report MDRs disegna un analogo sistema di raccolta e scambio di informazioni relativamente a schemi idonei a rendere inefficace il funzionamento del CRS o volti a fornire ai titolari effettivi “schermi” attraverso strutture non trasparenti.

Le suddette raccomandazioni OCSE sono state recepite in ambito europeo con la Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018 (di seguito anche Direttiva DAC 6), pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell’Unione europea* del 5 giugno 2018, recante la modifica della Direttiva 2011/16/UE per quanto concerne lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di notifica.

Peraltro, la citata Direttiva suggerisce che gli Stati Membri possano avvalersi del Report MDRs per l’interpretazione della medesima. Si veda il considerando 13 in base al quale: «[...] *Nel dare attuazione alle parti della presente direttiva che disciplinano i meccanismi di elusione del CRS e i meccanismi che coinvolgono persone giuridiche o istituti giuridici o ogni altra struttura analoga, 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.* ».

La Direttiva DAC 6, in particolare, introduce l'obbligo per gli Stati Membri di scambiare in maniera automatica le informazioni sui meccanismi transfrontalieri soggetti a notifica da parte degli intermediari e dei contribuenti che attuano il meccanismo. In pratica, tale scambio viene effettuato mediante la messa a disposizione delle informazioni in un registro centrale sicuro al quale hanno accesso tutti gli Stati membri.

Secondo la Direttiva, lo scambio automatico di informazioni ha luogo entro un mese a decorrere dalla fine del trimestre in cui le informazioni sono state comunicate all'Amministrazione. Il primo scambio automatico, per effetto dell'opzione esercitata dall'Italia ai sensi della Direttiva 2020/876/UE del Consiglio, per affrontare l'urgente necessità di rinvio dei suddetti termini, a causa della pandemia di Covid-19, è effettuato entro il 30 aprile 2021 e riguarda le informazioni relative ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica comunicati nel primo trimestre 2021, nonché quelli attuati tra il 1° luglio 2020 e il 31 dicembre 2020 e comunicati entro il 30 gennaio 2021 e quelli la cui prima fase è stata attuata tra la data di entrata in vigore e la data di applicazione della Direttiva, cioè i meccanismi transfrontalieri attuati a decorrere dal 25 giugno 2018.

Nell'ordinamento è stata data attuazione alla Direttiva DAC 6 con il decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (di seguito decreto legislativo), cui ha fatto seguito il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 17 novembre 2020 (di seguito anche decreto ministeriale). L'insieme della predetta disciplina è definita successivamente anche come “disposizioni rilevanti”.

La fissazione delle modalità tecniche per la comunicazione delle informazioni sui meccanismi transfrontalieri da parte di intermediari e contribuenti è disciplinata dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate prot. n. 364425 del 26 novembre 2020 (di seguito Provvedimento).

Con la presente circolare, si forniscono primi chiarimenti in merito all'applicazione delle norme per la comunicazione delle informazioni relative ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica, con particolare

riguardo all'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo delle disposizioni e dei criteri che rendono un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione da parte degli intermediari o dei contribuenti.

La presente circolare tiene conto dei contributi pervenuti in termini di proposte di modifiche e integrazioni a seguito della pubblica consultazione avviata in data 28 dicembre 2020 e conclusasi in data 15 gennaio 2021. Dai predetti contributi sono stati enucleati i principi indispensabili per elaborare la presente circolare, recante i primi chiarimenti in merito alla interpretazione delle disposizioni rilevanti. Con successivi documenti di prassi saranno forniti chiarimenti a quesiti specifici contenuti nei predetti contributi.

Si precisa che le esemplificazioni contenute nella presente circolare hanno a oggetto le modalità e le condizioni sottese agli obblighi di comunicazione, mentre l'appuramento di eventuali violazioni e le relative contestazioni dovranno fondarsi sull'analisi dei fatti e circostanze del singolo caso. Del pari, tali esemplificazioni non debbono essere intese in alcun modo come punto di riferimento per l'interpretazione delle rilevanti discipline impositive cui eventualmente viene fatto riferimento.

È necessario inoltre ricordare, in questo contesto, che la mancata reazione dell'Amministrazione finanziaria a fronte della comunicazione del meccanismo transfrontaliero da parte dell'intermediario o del contribuente non comporta l'accettazione della validità o del trattamento fiscale dello stesso (articolo 5, comma 3 del decreto legislativo). Coerentemente, si ritiene che la comunicazione di un meccanismo rilevante da parte di un intermediario o contribuente non costituisce di per sé ammissione di condotta elusiva o evasiva.

2 Definizioni

Ai fini dell'applicazione della presente circolare, si intende per:

1. "MECCANISMO TRANSFRONTALIERO": uno schema, accordo o progetto riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere.
2. "INTERMEDIARIO": un soggetto, inclusi quelli indicati all'articolo 1, comma 1, lettera n) del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 28 dicembre 2015 e all'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, che:
 - a) elabora, commercializza, organizza o mette a disposizione ai fini della attuazione un meccanismo transfrontaliero soggetto ad obbligo di comunicazione o che ne gestisce in autonomia l'intera attuazione;
 - b) direttamente o attraverso altri soggetti svolge un'attività di assistenza o consulenza riguardo all'elaborazione, commercializzazione, messa a disposizione ai fini della attuazione o gestione dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero soggetto ad obbligo di comunicazione, qualora, avuto riguardo alle informazioni disponibili e alle competenze necessarie per svolgere tale attività, sappia o abbia un motivo ragionevole per concludere che il medesimo meccanismo sia rilevante ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo.
3. "PROMOTORE": gli intermediari indicati al punto *sub* 2, lettera a).
4. "FORNITORE DI SERVIZI": gli intermediari indicati al punto *sub* 2, lettera b).
5. "CONTRIBUENTE": qualunque soggetto che attua o a favore del quale viene messo a disposizione, ai fini della relativa attuazione, un meccanismo transfrontaliero.
6. "PARTECIPANTE": l'intermediario o il contribuente.

7. “IMPRESA ASSOCIATA”, un soggetto che svolge attività di impresa che, alternativamente:

- a) esercita un’influenza dominante nella gestione di un altro soggetto ai sensi dell’articolo 2 del decreto ministeriale del 14 maggio 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 118 del 23 maggio 2018;
- b) ha una partecipazione superiore al 25% del capitale o del patrimonio di un altro soggetto;
- c) ha più del 25% dei diritti di voto esercitabili nell’assemblea ordinaria di un altro soggetto; nel caso in cui il soggetto detenga più del 50% dei diritti di voto è considerato detentore del 100% dei diritti stessi;
- d) ha diritto ad almeno il 25% degli utili di un altro soggetto.

Ai fini della presente definizione si tiene conto delle percentuali di partecipazione o di diritto di voto possedute dai familiari della persona fisica di cui all’articolo 5, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto Presidente Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, TUIR).

In aggiunta, come previsto dall’articolo 8, comma 2 del decreto ministeriale, ai fini dell’articolo 2, comma 1, lettera e) del decreto legislativo, nonché delle lettere C, punto 1 ed E, punto 2, dell’Allegato 1 al medesimo decreto legislativo, 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 i 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) 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.

8. "ELEMENTO DISTINTIVO": un indice di rischio di elusione o evasione fiscale di cui all'Allegato 1 del decreto legislativo.
9. "MECCANISMO COMMERCIBILE": un meccanismo transfrontaliero che è suscettibile di essere messo a disposizione di una pluralità di contribuenti, senza sostanziali modifiche.
10. "MECCANISMO SU MISURA": un meccanismo transfrontaliero, diverso da un meccanismo commerciabile, che non può essere messo a disposizione di una pluralità di contribuenti, senza modifiche sostanziali.
11. "VANTAGGIO FISCALE": uno tra i principali vantaggi, avente natura fiscale, che ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero, tenuto conto dei fatti e delle circostanze.
12. "VANTAGGIO EXTRAFISCALE": qualunque vantaggio economico quantificabile di natura non fiscale derivante dal meccanismo transfrontaliero.
13. "NUMERO DI IDENTIFICAZIONE FISCALE" (NIF): un codice di identificazione fiscale o, in assenza di tale codice, un equivalente funzionale.

14. “CONDIZIONE DI RISERVATEZZA”: una clausola che vincola contrattualmente l’intermediario o il contribuente a non divulgare a terzi uno o più elementi del meccanismo commerciabile o su misura.
15. “CONTO FINANZIARIO”: un conto come definito dall’articolo 1, comma 2, lettera a), del decreto del Ministero dell’economia e delle finanze 28 dicembre 2015.
16. “ISTITUZIONE FINANZIARIA”: un soggetto di cui all’articolo 1, comma 1, lettera e), del decreto del Ministero dell’economia e delle finanze 28 dicembre 2015.
17. “ATTIVITÀ FINANZIARIA”: un’attività come definita dall’articolo 1, comma 1, lettera l), del decreto del Ministero dell’economia e delle finanze 28 dicembre 2015.
18. “TITOLARE DEL CONTO”: un soggetto di cui all’articolo 1, comma 2, lettera s), del decreto del Ministero dell’economia e delle finanze 28 dicembre 2015.
19. “PERSONE CHE ESERCITANO IL CONTROLLO”: i soggetti di cui dall’articolo 1, comma 2, lettera q), del decreto del Ministero dell’economia e delle finanze 28 dicembre 2015.
20. “SAFE HARBOUR”: 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.
21. “BENI IMMATERIALI DI DIFFICILE VALUTAZIONE”: 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;

- 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 profittabilità complessiva finale del bene immateriale trasferito.
22. "CLIENTE": un soggetto che richiede, per sé o per altri, a un intermediario una delle prestazioni indicate nell'articolo 2, comma 1, lettera c), del decreto legislativo.
23. "ENTITA": un'entità come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera dd), del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 28 dicembre 2015.
24. "VEICOLO OFFSHORE PASSIVO": entità che non svolge un'attività economica sostanziale supportata da personale, attrezzature, attività e locali adeguati ed è costituita, residente, gestita, controllata o stabilita al di fuori della giurisdizione di residenza di almeno uno dei titolari effettivi delle attività detenute dall'entità.
25. "STRUTTURA OFFSHORE OPACA" un veicolo offshore passivo in cui la proprietà è ideata in modo tale da non consentire l'identificazione accurata del titolare effettivo o da far apparire che un soggetto non sia il titolare effettivo, ovvero, un veicolo offshore passivo commercializzato quale mezzo idoneo a conseguire i suddetti effetti.

3 Ambito soggettivo

Come indicato in premessa, 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.

Tali soggetti possono essere coloro che possiedono conoscenze e competenze qualificate e a cui gli operatori economici generalmente si rivolgono per strutturare le proprie attività in modo efficiente, anche fiscalmente. Si tratta ad esempio, di esperti in campo fiscale, legale, finanziario o comunque soggetti qualificati che forniscono consulenza nella definizione della struttura legale e fiscale più appropriata al contesto operativo dei propri clienti.

In detti contesti, vi possono essere 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. Ad esempio, l'elaborazione o commercializzazione di "prodotti fiscali standardizzati" rivolti a più utilizzatori, tali da sfociare nell'elusione o evasione fiscale oppure idonei ad incidere sul corretto funzionamento dello scambio automatico di dati finanziari o che utilizzano una struttura offshore opaca che non consente l'identificazione del titolare effettivo.

Le forme di pianificazione in commento, tuttavia, possono coinvolgere, e generalmente coinvolgono, anche il contribuente che può assumere il duplice ruolo di utilizzatore del meccanismo e di intermediario dello stesso. Si pensi ad esempio ai gruppi di imprese più strutturati nell'ambito dei quali le articolazioni centrali possono avere le competenze necessarie per predisporre soluzioni di pianificazione fiscale aggressiva da attuare a livello di gruppo o, quantomeno, per contribuire alla realizzazione di meccanismi proposti da altri intermediari esterni al gruppo.

Ciò premesso, sotto il profilo soggettivo, l'articolo 2, comma 1, lettera b) del decreto legislativo specifica che i partecipanti al meccanismo sono l'intermediario o il contribuente.

3.1 Intermediari

Gli intermediari sono individuati dall'articolo 2, comma 1, lettera c), del decreto legislativo in funzione del ruolo svolto nella elaborazione, commercializzazione, organizzazione o messa a disposizione ai fini dell'attuazione di un meccanismo transfrontaliero.

La relazione illustrativa del decreto legislativo, a titolo meramente esemplificativo, chiarisce che in caso di svolgimento delle attività suddette sono inclusi nella categoria degli intermediari:

- 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'articolo 1, comma 1, lettera n) del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 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;
- i professionisti soggetti agli obblighi antiriciclaggio, individuati dall'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, fra cui: dottori commercialisti, esperti contabili, consulenti del lavoro, notai e avvocati.

Gli intermediari, inoltre, sono tenuti alla comunicazione solamente al ricorrere di uno dei seguenti criteri di collegamento territoriale previsti dall'articolo 2, comma 1, lettera c) del decreto legislativo:

- 1) siano residenti ai fini fiscali nel territorio dello Stato;

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

Nel caso in cui vi siano più intermediari, in relazione ai quali è soddisfatto uno dei suelencati criteri di collegamento, come precisato più avanti, l'obbligo di comunicazione spetta "a ognuno dei soggetti coinvolti" (articolo 3, comma 2 del decreto legislativo).

In aggiunta, per ragioni di coerenza con la Direttiva DAC 6¹, l'intermediario, quando è tenuto a comunicare informazioni sui meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica alle Autorità competenti di più di uno Stato membro, le comunica soltanto nello Stato membro che appare per primo nell'elencazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c) del decreto legislativo.

La descrizione funzionale contenuta nell'articolo 2, comma 1 lettera c), consente di individuare all'interno della categoria di "intermediario" due figure distinte ossia:

- a) il "**promotore**" (*promoter*), cioè colui che è responsabile della elaborazione, commercializzazione, organizzazione o messa a disposizione ai fini dell'attuazione di un meccanismo transfrontaliero da comunicare, o ne gestisce in autonomia l'intera attuazione;
- b) il "**fornitore di servizi**" (*service provider*), cioè colui che direttamente o attraverso altri soggetti, svolge una attività di assistenza o consulenza riguardo alla elaborazione, commercializzazione, messa a disposizione

¹ Direttiva DAC 6 articolo 8 bis-ter, paragrafo 3 (Ambito di applicazione e condizioni dello scambio automatico obbligatorio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica).

ai fini dell'attuazione o gestione dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero.

In merito alle attività che qualificano il promotore si specifica quanto segue:

1. *Elaborazione*

L'elaborazione di un meccanismo attiene al momento della ideazione dello stesso e consiste nel concepire un meccanismo (che può comprendere più di una fase) che, se attuato, determina il conseguimento di uno degli effetti da cui può derivare l'obbligo di comunicazione.

2. *Commercializzazione*

La commercializzazione è l'attività finalizzata a rendere disponibile all'utilizzatore il meccanismo e, generalmente, comprende anche le attività di divulgazione, promozione e vendita dello stesso.

3. *Organizzazione*

L'organizzazione e gestione consistono nella predisposizione, coordinamento e monitoraggio di tutte le fasi necessarie alla concreta attuazione del meccanismo. A titolo esemplificativo, possono rientrare in tali concetti le attività di predisposizione della documentazione tecnica, eventuali pareri (cc.dd. *tax opinion*), la costituzione di veicoli societari, la definizione delle tempistiche e la ricerca di "un fornitore di servizi".

4. *Messa a disposizione*

Un meccanismo è messo a disposizione quando è definito in tutti i suoi elementi costitutivi ed è comunicato ai potenziali utilizzatori. 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.

5. *Gestione in autonomia dell'intera attuazione*

Tale attività ricorre allorché il promotore, indipendentemente dalla circostanza che il meccanismo sia stato elaborato dallo stesso o da terzi,

ponga in essere tutte le attività necessarie per l'attuazione del meccanismo, ancorché a vantaggio di un cliente.

Per contro, il “fornitore di servizi” svolge attività di assistenza e consulenza che si sostanziano in attività di supporto al promotore o al contribuente.

Potrebbero verificarsi situazioni in cui un fornitore di servizi svolga attività di consulenza o assistenza in relazione a meccanismi transfrontalieri già attuati dal contribuente. In tali casi, le attività svolte non integrano i requisiti per la qualificazione di intermediario, a condizione che le stesse non determinino un aggiornamento o miglioramento del meccanismo stesso e, più in generale, qualora non diano luogo a modifiche sostanziali.

In merito e con riferimento a meccanismi già attuati, non assumono rilevanza: la mera interpretazione delle norme fiscali interessate dal meccanismo, la ricognizione del meccanismo in occasione della revisione contabile, l'invio delle dichiarazioni fiscali, l'assistenza durante le verifiche fiscali, l'assistenza nell'ambito di un contenzioso, purché effettuate, 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. A titolo esemplificativo, rientrano in questo ambito:

- 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).

Si precisa che quanto sopra vale nei casi in cui il fornitore di servizi in questione non sia in precedenza intervenuto nella elaborazione, commercializzazione, organizzazione o messa a disposizione del meccanismo cui si riferiscono le attività testé elencate. Nel caso in cui il medesimo fornitore di servizi fosse, invece, intervenuto in una di tali fasi, l'eventuale obbligo di comunicazione deriverebbe dalle attività svolte ai fini della elaborazione, commercializzazione, organizzazione o messa a disposizione del meccanismo e non già dalle successive attività precedentemente elencate.

Esempio 1: assistenza rispetto a meccanismi già attuati

La Società ItaCo, residente in Italia, nel corso del 2018 effettua un conferimento di capitale alla controllata residente in un altro Stato, società BCo, entità senza altre funzioni commerciali primarie, la quale contestualmente retrocede i fondi alla società ItaCo sotto forma di prestito a titolo oneroso. Il capitale e gli interessi maturati sono pagabili in unica soluzione dopo tre anni.

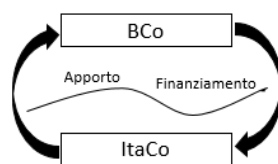


Figura 1

Terminata la fase di attuazione del meccanismo, l'anno successivo, il contribuente ItaCo chiede l'assistenza di un consulente per la compilazione ed invio del modello REDDITI SC nel quale sono esposti - ai fini della deduzione ex articolo 96 del TUIR - gli interessi passivi prodotti dal meccanismo nel 2018.

In detta circostanza il consulente che compila ed invia la dichiarazione per conto del contribuente non è tenuto all'obbligo della comunicazione ai sensi della disciplina in commento. Il meccanismo, infatti, è stato attuato nel 2018 e, sebbene i suoi effetti siano ancora in essere, il professionista sta svolgendo una prestazione che riguarda i meri adempimenti connessi agli obblighi dichiarativi

del contribuente, senza con ciò determinare un aggiornamento o miglioramento del meccanismo.

| | | | |
|---|---------------|---------------|---|
| 31/10/2018 | 30/11/2018 | 02/12/2019 | Il consulente che compila e invia la dichiarazione per conto del proprio cliente non è tenuto alla comunicazione del meccanismo |
| Apporto | Finanziamento | Dichiarazione | |
| La dichiarazione espone gli interessi maturati dal 30/11/2018 al 31/12/2018 | | | |

Tabella 1

Il “fornitore di servizi” è in genere tenuto agli stessi obblighi di comunicazione del “promotore” in relazione al meccanismo transfrontaliero rilevante, fatte salve le seguenti peculiarità:

- la subordinazione dell’obbligo di comunicazione ad uno *standard di conoscenza* definito dall’articolo 2, comma 1 lettera c) del decreto legislativo che si sostanzia nel fatto che il fornitore di servizi «... *avuto riguardo alle informazioni disponibili, alle competenze necessarie per svolgere tale attività, sappia o abbia un motivo ragionevole per concludere che il medesimo meccanismo sia rilevante...*».
- la previsione, all’articolo 7 del decreto legislativo, di uno specifico termine di decorrenza per l’obbligo di comunicazione da parte dei fornitori di servizi: entro trenta giorni a decorrere «*dal giorno seguente a quello in cui hanno fornito, direttamente o attraverso altre persone, assistenza o consulenza ai fini dell’attuazione del meccanismo transfrontaliero soggetto all’obbligo di comunicazione*».

3.2 Standard di conoscenza

L’articolo 6 del decreto legislativo, nel disciplinare l’oggetto della comunicazione, specifica al comma 2 che «*per gli intermediari, le informazioni di cui al comma 1 sono oggetto di comunicazione solo nella misura in cui gli stessi ne sono a conoscenza, ne sono in possesso o ne hanno il controllo*».

Ciò premesso, 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.

Tale *standard* si sostanzia nel fatto che il fornitore di servizi, tenuto conto delle informazioni disponibili e delle competenze necessarie per svolgere tale attività sappia o abbia un motivo ragionevole per concludere che il medesimo meccanismo sia rilevante.

Sul punto, l'articolo 4, comma 2 del decreto ministeriale, specifica che lo *standard* di conoscenza deve essere 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.

Lo *standard* di conoscenza, infatti, prevede quale elemento qualificante, in aggiunta alla disponibilità delle informazioni, la valutazione della sussistenza in capo al fornitore di servizi della competenza e dell'esperienza necessarie per individuare la presenza di un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione. Competenza ed esperienza che, diversamente, nel caso del promotore sono da intendersi comunque sussistenti.

In merito alla disponibilità delle informazioni, l'articolo 4, comma 2 del decreto ministeriale fa esplicito riferimento a quelle prontamente disponibili per il fornitore di servizi in ragione dell'attività di assistenza o di consulenza espletate nei confronti del cliente, facendo desumere che ai fini della presente disciplina non sono richieste all'intermediario attività di verifica addizionali rispetto a quelle ordinariamente effettuate ai fini della prestazione professionale richiesta.

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».

Nelle realtà organizzative più complesse potrebbe accadere che le attività del fornitore di servizi siano suddivise tra più unità funzionali. In tali ipotesi, laddove l'organizzazione si configuri come un ente con personalità giuridica, si ritiene che la valutazione dello *standard* di conoscenza debba essere effettuata con riferimento alle informazioni prontamente disponibili per l'entità nel suo complesso e alle competenze riconosciute ai soggetti coinvolti nel processo.

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'impresе valgono le precisazioni contenute nel successivo paragrafo 3.3.

Diversamente, in caso di mancanza della personalità giuridica (ad esempio società di persone e associazioni tra professionisti) lo *standard* di conoscenza, come specificato dalla relazione illustrativa al decreto ministeriale, andrà verificato in capo al soggetto che assume la responsabilità del mandato professionale nei confronti del partecipante al meccanismo transfrontaliero oggetto di notifica.

L'articolo 4, comma 3 del decreto ministeriale prevede una presunzione legale relativa di assenza dello standard di conoscenza per le “transazioni bancarie e finanziarie di routine”, ossia come specificato dalla relazione illustrativa, operazioni caratterizzate da una discrezionalità minima dell'operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione.

In particolare, sono ricomprese in questo specifico ambito, a titolo esemplificativo:

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 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.

Tenuto conto che, ai sensi dell'articolo 4, comma 3, del decreto ministeriale, le transazioni bancarie e finanziarie di routine sono qualificabili come tali "salvo prova contraria", le operazioni sopra elencate 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.).

3.3 Contribuente

Come precisato nel paragrafo 2, per contribuente si intende *«qualunque soggetto che attua o a favore del quale viene messo a disposizione, ai fini dell'attuazione, un meccanismo transfrontaliero»*.

La disposizione in esame attribuisce la qualifica di contribuente, in primo luogo, al soggetto che pone in essere il meccanismo transfrontaliero. Tuttavia, la concreta attuazione non costituisce un elemento essenziale a tali fini, essendo sufficiente, per la configurazione della qualifica di contribuente, anche la sola disponibilità del meccanismo transfrontaliero ossia la conoscenza degli elementi costitutivi dello stesso.

Il concetto di attuazione, inoltre, deve essere inteso in senso ampio sino a ricomprendere anche una sola transazione determinante volta all'attuazione dello schema, accordo o progetto.

Anche nel caso del contribuente, l'obbligo di comunicazione è subordinato al ricorrere di uno dei seguenti criteri di collegamento territoriale previsti dal citato articolo 2, comma 1, lettera d) del decreto legislativo. In particolare, il contribuente è tenuto all'obbligo di comunicazione qualora ricorra 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.

Con riferimento al punto 3), si chiarisce che i criteri per l'individuazione dei redditi percepiti e degli utili prodotti sono quelli previsti esclusivamente dall'articolo 23 del TUIR, prescindendo dall'effetto di eventuali Convenzioni contro le doppie imposizioni sottoscritte dall'Italia al fine di evitare le doppie imposizioni sul reddito ed il patrimonio.

Il criterio residuale di cui al punto 4) trova applicazione nei casi di redditi prodotti in Italia da parte di soggetti non residenti, senza stabile organizzazione o altro collegamento configurabile in base all'articolo 23 del TUIR. 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.

Nel caso in cui vi siano più contribuenti in relazione ai quali è soddisfatto uno dei suelencati criteri di collegamento, l'obbligo di comunicazione 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 (articolo 3, comma 8 del decreto legislativo).

Inoltre, come chiarito precedentemente in relazione agli intermediari, quando il contribuente pertinente ha l'obbligo di comunicare informazioni sul meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica alle Autorità competenti di più di uno Stato membro, tali informazioni sono comunicate soltanto alle Autorità competenti dello Stato membro che appare per primo nell'elenco di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d) del decreto legislativo².

Il contribuente, peraltro, potrebbe assumere la qualifica di intermediario qualora all'interno di un gruppo d'impresе elabori il meccanismo mettendolo a disposizione di altre società del gruppo per l'attuazione (promotore) o fornisca assistenza o consulenza nel processo di attuazione del meccanismo (fornitore di servizi).

In tali casi, pur in presenza di un unico soggetto economico, cioè il gruppo d'impresе, occorre distinguere tra la figura dell'intermediario, individuabile nell'entità che elabora, gestisce e mette a disposizione il meccanismo o che svolge assistenza o consulenza al fine di attuarlo o gestirne l'attuazione, e la figura del contribuente, identificabile con l'entità del gruppo che attua lo stesso. Ciò assume rilevanza in relazione alle modalità di assolvimento degli obblighi di comunicazione del meccanismo transfrontaliero soggetto a notifica.

4 Ambito oggettivo

Oggetto dell'obbligo di comunicazione sono in generale i meccanismi transfrontalieri connotati da elementi di pericolosità fiscale o potenzialmente idonei ad aggirare il funzionamento dello scambio automatico di informazione sui conti finanziari ovvero a consentire l'utilizzo di strutture offshore opache.

Si tratta di schemi potenzialmente suscettibili di determinare effetti che sotto il profilo fiscale sono disapprovati dall'ordinamento o sono contrastanti con il medesimo.

² In senso conforme alla Direttiva DAC 6 articolo 8 bis-ter, paragrafo 7 (Ambito di applicazione e condizioni dello scambio automatico obbligatorio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica).

La concreta individuazione dei meccanismi transfrontalieri oggetto di comunicazione deriva dalla lettura combinata di diverse disposizioni del decreto legislativo e del decreto ministeriale che nel loro insieme introducono un sistema di criteri selettivi focalizzati essenzialmente sui seguenti aspetti:

- a) la transnazionalità del meccanismo (articolo 2, comma 1, lettera a) del decreto legislativo) - ***transnazionalità***;
- b) la sussistenza di almeno uno degli elementi distintivi (di seguito anche *hallmarks*), classificati in cinque categorie identificate con lettere dalla A) alla E), previsti dall'Allegato 1 al decreto legislativo (articolo 5, comma 1 del decreto legislativo) – ***elementi distintivi***;
- c) la presenza di una riduzione (potenziale) dell'imposta dovuta in un Paese dell'Unione Europea o in uno Stato terzo con il quale è in vigore uno specifico accordo per lo scambio di informazioni relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica (articolo 6, comma 1 del decreto ministeriale) - ***riduzione di imposta***;
- d) la presenza di un vantaggio fiscale principale realizzato da uno o più contribuenti in Italia (articolo 7, comma 2 del decreto ministeriale) - ***vantaggio principale***.

Salvo quanto verrà meglio precisato nel paragrafo 8, in questa sede si ritiene opportuno anticipare che i primi due criteri, ossia la natura transnazionale e la sussistenza di almeno uno degli elementi distintivi previsti dalla normativa di riferimento, devono sempre sussistere ai fini della qualificazione del meccanismo soggetto all'obbligo di notifica, mentre gli altri criteri sono richiesti solo in relazione a determinate categorie di meccanismi.

Per quanto attiene ai successivi criteri, occorre precisare che:

- per i meccanismi caratterizzati dagli elementi distintivi di cui alle lettere A, B, C.1, b) sub 1), c) e d), deve essere integrato sia il criterio della riduzione di imposta sia quello del vantaggio principale;
- per i meccanismi caratterizzati dagli elementi distintivi di cui alle lettere E

e C diversi da quelli indicati al punto precedente, deve essere verificato solamente quello della riduzione di imposta;

- per i meccanismi caratterizzati dagli elementi distintivi di cui alla lettera D, i criteri della riduzione di imposta e del vantaggio principale non hanno rilevanza.

La seguente tabella sinottica contiene la descrizione dei criteri richiesti in relazione alle varie classificazioni dei meccanismi descritti al paragrafo 8.

| <i>Categoria elementi distintivi Allegato 1 al decreto legislativo</i> | <i>Criterio richiesto</i> | | |
|--|------------------------------|---------------------------------|--|
| | <i>Transnazionale</i> | <i>Riduzione di imposta</i> | <i>Vantaggio Principale</i> |
| Classificati alla lettera A) Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale (illustrati al par. 7.1) | SI | SI | SI |
| Classificati alla lettera B) Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale (illustrati al par. 7.2) | SI | SI | SI |
| Classificati alla lettera C) Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere (illustrati al par. 7.3) | SI | SI | SI per i meccanismi classificati alla lettera C.1 b) sub 1), c), d). |
| Classificati alla lettera D) Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva (illustrati al par. 7.4.) | SI (sempre verificato) | NO | NO |
| Classificati alla lettera E) Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento (illustrati al par. 7.5.) | SI | SI | NO |

Tabella 2

Risulta evidente che il requisito della transnazionalità è sempre verificato in presenza di meccanismi rilevanti ai fini degli elementi distintivi di cui alla lettera D) dell'Allegato 1 al decreto legislativo, finalizzati a evitare l'aggiramento

della normativa sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari e l'utilizzo di strutture offshore opache.

4.1 Meccanismo transfrontaliero: aspetti definitivi

L'articolo 2, comma 1, lettera a) del decreto legislativo stabilisce in primo luogo che il meccanismo transfrontaliero è «*uno schema, accordo o progetto, riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere*».

Giova preliminarmente osservare che i termini «*schema*», «*accordo*», «*progetto*» si riferiscono a diversi gradi di complessità del meccanismo.

Così ad esempio può rientrare nel concetto di «*schema*» un meccanismo che prevede una serie di entità coinvolte e transazioni tra di loro interconnesse. Il «*progetto*», per altro verso, è l'insieme delle ipotesi teoriche che compongono uno «*schema*» che, se realizzate, determinano il conseguimento di uno degli effetti da cui può derivare l'obbligo di comunicazione. L'accordo ricomprende qualsiasi intesa legalmente vincolante.

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

Per altro verso, per giurisdizioni estere si intendono tutti gli Stati UE e le giurisdizioni extra-UE.

Nella considerazione che il meccanismo riguardi l'Italia ed un altro Paese estero, nel senso sopra specificato, al fine di valutare lo stesso come «*transfrontaliero*», deve essere verificata almeno una delle seguenti condizioni previste dall'articolo 2, comma 1, lettera a) del decreto legislativo.

1. Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato.

La condizione sopra riportata è da intendersi nel senso che in presenza di due o più partecipanti (contribuente o intermediario), almeno uno di essi sia fiscalmente residente in Italia ed almeno uno sia fiscalmente residente all'estero.

Esempio 2: contribuente residente fiscalmente in Italia e promotore residente fiscalmente in uno Stato UE

Costituisce un meccanismo transfrontaliero ai sensi del punto 1) quello che coinvolge un contribuente residente in Italia e un intermediario residente in Lussemburgo.

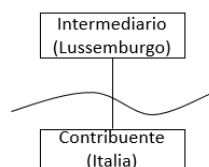


Figura 2

Esempio 3: contribuente e promotore fiscalmente residenti in Stati UE e *service provider* collegato con il territorio italiano

Costituisce un meccanismo transfrontaliero ai sensi del punto 1) quello che coinvolge un contribuente residente in Spagna, un promotore residente in Francia, che si avvalgono quale fornitore di servizi (intermediario) di una banca italiana che integra lo *standard* di conoscenza.

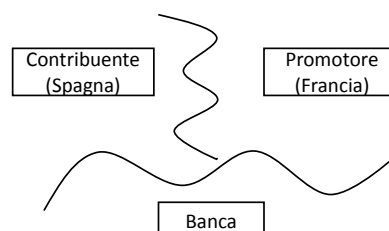


Figura 3

2. Uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto sono contemporaneamente residenti ai fini fiscali nel territorio dello Stato e in una o più giurisdizioni estere.

Tale condizione intende “catturare” situazioni in cui almeno uno dei partecipanti (contribuente o intermediario) abbia la doppia residenza fiscale di cui una in Italia.

Inoltre, la condizione sopra riportata è altresì da intendersi nel senso che una persona fisica con doppia residenza fiscale comunica di essere residente nello Stato in cui non sono previsti obblighi CRS, evitando di dichiarare di essere contestualmente residente nell’altro Stato interessato a ricevere le informazioni sui rilevanti conti finanziari.

Esempio 4: contribuente con doppia residenza

È transfrontaliero il meccanismo in cui è presente un contribuente residente (in base alla normativa interna) in Lussemburgo, ma residente fiscalmente anche in Italia.

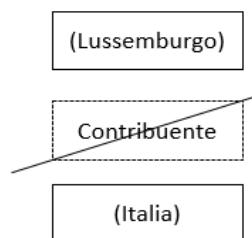


Figura 4

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.

La condizione sopra riportata è da intendersi nel senso che in presenza di due partecipanti (contribuente o intermediario) uno dei due svolge la propria attività tramite una stabile organizzazione in uno Stato estero rispetto a quella di residenza fiscale.

Esempio 5: partecipanti residenti fiscalmente nello stesso Stato qualora almeno uno di essi operi con una SO estera

- a) È transfrontaliero il meccanismo che coinvolge due partecipanti, entrambi residenti in Italia, qualora almeno uno dei due operi con una stabile organizzazione estera e il meccanismo riguardi almeno in parte tale stabile organizzazione.

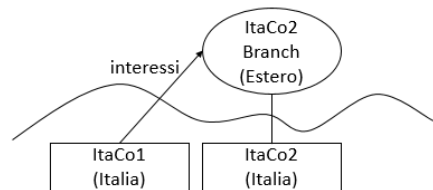


Figura 5

- b) È transfrontaliero il meccanismo che coinvolge due partecipanti, residenti in giurisdizioni estere, qualora almeno uno dei due abbia una stabile organizzazione in Italia e il meccanismo riguardi almeno in parte tale stabile organizzazione.

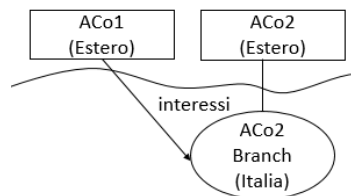


Figura 6

- c) È transfrontaliero il meccanismo che coinvolge un contribuente e un intermediario, entrambi fiscalmente residenti in giurisdizioni estere, e l'intermediario fornisce consulenza qualificata al contribuente tramite la propria stabile organizzazione in Italia.

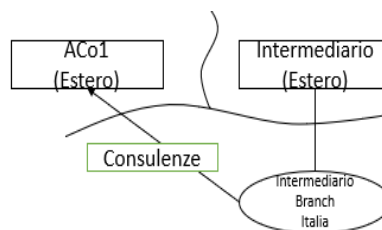


Figura 7

- d) È transfrontaliero il meccanismo che coinvolge un contribuente e un intermediario, entrambi fiscalmente residenti in Italia, e l'intermediario fornisce consulenza qualificata al contribuente tramite la propria stabile organizzazione all'estero.

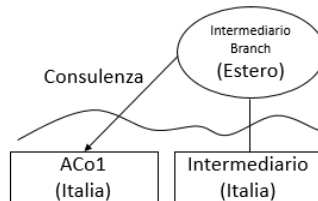


Figura 8

- e) È transfrontaliero il meccanismo che coinvolge un solo partecipante che risiede in Italia ma che ha una stabile organizzazione in uno Stato estero e il meccanismo riguarda almeno in parte tale stabile organizzazione (ad esempio *internal dealing*).

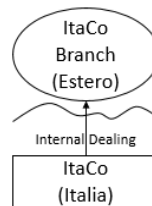


Figura 9

- f) È transfrontaliero il meccanismo che coinvolge un solo partecipante che risiede in uno Stato estero ma che ha una stabile organizzazione in Italia e il meccanismo riguarda almeno in parte tale stabile organizzazione (ad esempio *internal dealing*).



Figura 10

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 la propria attività.

La condizione sopra riportata è da intendere nel senso che:

- un partecipante (contribuente o promotore) è fiscalmente residente in Italia e svolge l'attività in uno Stato estero senza che si configuri una stabile organizzazione; oppure
 - un partecipante (contribuente o promotore) è residente in uno Stato estero e svolge l'attività in Italia senza che si configuri una stabile organizzazione.
5. Lo schema, accordo o progetto può alterare la corretta applicazione delle procedure sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari o consentire l'utilizzo di strutture offshore opache.

Ciò implica che la presenza di un partecipante che abbia un collegamento con il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettere c) e d) del decreto legislativo, comporta che il meccanismo sia considerato transnazionale.

4.2 Elemento distintivo (*hallmark*)

Come già indicato, un meccanismo transfrontaliero è «*rilevante ai fini della comunicazione*» all'Agenzia delle entrate qualora uno o più elementi distintivi, tra quelli indicati nell'Allegato 1 al decreto legislativo, risultino integrati (articolo 5, comma 1, del decreto legislativo).

Il suddetto allegato, individua le categorie degli elementi distintivi o *hallmarks* dei meccanismi transfrontalieri la cui presenza è «*un indice di rischio di elusione o evasione fiscale*».

Gli elementi distintivi sono diffusamente esaminati *infra* al par. 7.

4.3 Criterio della potenziale riduzione d'imposta

L'articolo 6 del decreto ministeriale prevede che gli elementi distintivi di cui all'Allegato 1, lettere A, B, C ed E, al decreto legislativo, rilevano ai fini dell'obbligo di comunicazione solo se sono «*suscettibili di determinare una riduzione delle imposte cui si applica la Direttiva 2011/16/UE*» in uno dei Paesi membri dell'Unione Europea o in un Paese terzo con il quale è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'articolo 6, comma 1 del decreto legislativo.

Dunque, 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'aggiramento degli obblighi di comunicazione previsti dal *CRS* o di occultare la titolarità effettiva di *asset* e correlati redditi.

In merito alla riduzione d'imposta, la disposizione in commento deve esser letta in combinato disposto con gli articoli 2, comma 1, lettera i) del decreto legislativo e 7, comma 3, del decreto ministeriale.

Il decreto legislativo 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*», mentre il decreto ministeriale detta i criteri per la sua determinazione prevedendo che lo stesso 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*».

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, compresi quelli derivanti dall'applicazione di norme agevolative, con gli effetti che si

verificherebbero in sua assenza.

In aggiunta, le imposte dovute devono essere calcolate con riferimento a tutte le circostanze del caso (ad esempio anche con riferimento a perdite fiscali pregresse, regime di consolidato, detrazioni d'imposta), oggettivamente stimabili sulla base delle informazioni disponibili al momento in cui sorge l'obbligo di notifica.

Qualora si verificassero, 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.

A titolo esemplificativo, rientra nel concetto di riduzione dell'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;
- 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.

Al riguardo, occorre precisare che nella determinazione degli effetti fiscali derivanti dal meccanismo transfrontaliero non si deve tener conto degli eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell'ordinamento tributario, quali ad esempio la disciplina sulle imprese controllate estere (CFC) o le disposizioni anti ibridi, che al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione non sono state ancora applicate. In altri termini, l'obbligo di comunicazione sussiste anche quando in sede di dichiarazione dei redditi, che normalmente viene presentata l'anno successivo e quindi oltre il termine di comunicazione del meccanismo, il contribuente è tenuto a sterilizzare in tutto o in parte gli effetti fiscali del

meccanismo stesso in virtù di specifiche disposizioni limitative.

Con riferimento alle imposte interessate dalle disposizioni in commento, il richiamo alla Direttiva 2011/16/UE consente di escludere l'IVA, i dazi doganali e le accise, in quanto coperte da altra legislazione dell'UE in materia di cooperazione amministrativa, nonché i contributi per la sicurezza sociale obbligatoria.

Sono invece rilevanti tutte le altre imposte riscosse da o per conto di uno Stato membro o delle ripartizioni territoriali o amministrative di uno Stato membro, comprese le autorità locali.

Quindi, per quanto attiene all'Italia, a titolo esemplificativo, vi rientrano 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, mentre per quanto riguarda gli altri Stati rilevano le imposte ivi considerabili equivalenti a quelle a cui si applica la direttiva DAC 6.

In ultimo, l'articolo 6 del decreto ministeriale, prevede che la riduzione d'imposta riguardi un contribuente che abbia un collegamento, secondo le disposizioni della Direttiva, con uno Stato dell'Unione Europea o con un Paese con il quale è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'articolo 6, comma 1 del decreto legislativo.

In merito a tale ultimo aspetto, si precisa che al momento della pubblicazione della presente circolare non risultano sottoscritti specifici accordi per lo scambio di informazioni riguardanti i meccanismi transfrontalieri, dunque, allo stato la riduzione potenziale d'imposta va verificata con riferimento agli Stati membri dell'Unione Europea.

Inoltre può accadere che la riduzione d'imposta sia 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 per lo scambio di informazioni sui meccanismi

transfrontalieri. In tale scenario si è in presenza di una riduzione d'imposta nell'UE, con la conseguenza che i partecipanti (intermediari o contribuenti) al meccanismo transfrontaliero, che presentano un collegamento con il territorio dello Stato italiano ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettere c) e d) del decreto legislativo, sono tenuti alla comunicazione nei confronti dell'Agenzia delle entrate, che a sua volta trasmetterà le informazioni ricevute all'Autorità dello Stato membro in cui si è verificata la riduzione d'imposta per effetto del meccanismo transfrontaliero.

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

4.4 Criterio del vantaggio principale

Come già anticipato, alcuni meccanismi transfrontalieri rilevano ai fini dell'obbligo di comunicazione qualora, in aggiunta ai criteri già indicati, sia verificata la sussistenza di un vantaggio fiscale principale.

Al riguardo, l'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo rimanda a un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze la specificazione dei criteri in base ai quali verificare quando i suddetti meccanismi siano diretti a ottenere detto vantaggio.

Tale specificazione è avvenuta a opera dell'articolo 7 del decreto ministeriale, il quale prevede, in relazione a determinate categorie di meccanismi, che sia soddisfatto il “*criterio del vantaggio principale*” o anche *Main Benefit Test* (MBT).

In base al comma 1 del citato articolo, il vantaggio principale deve essere verificato in relazione agli elementi distintivi di seguito indicati, rientranti tra quelli elencati nell'Allegato 1 al decreto legislativo:

| <i>Categorie di elementi distintivi soggetti all'MBT</i> |
|---|
| A - Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale . |
| B - Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale . |
| C - Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere limitatamente ai seguenti . |
| <p>1. Un meccanismo che prevede pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate, dove si verifica almeno una delle condizioni seguenti:</p> <ul style="list-style-type: none"> b) nonostante il destinatario sia residente a fini fiscali in una giurisdizione, quest'ultima: <ul style="list-style-type: none"> 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; 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. |

Tabella 3

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

Ad esempio, un meccanismo integrante l'elemento distintivo di cui alla lettera C, punto 3 dell'Allegato 1 al decreto legislativo, vale a dire quando «*E' chiesto lo sgravio dalla doppia tassazione rispetto allo stesso elemento di reddito o capitale in più di una giurisdizione*», per il quale non è richiesto il *test* del "vantaggio fiscale principale", potrebbe altresì integrare l'elemento distintivo di cui alla lettera A, punto 3 del medesimo allegato, vale a dire «*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*», per il quale è richiesto l'MBT.

In tal caso, non sarà necessario porre in essere il *test* del vantaggio fiscale principale giacché assume prevalenza il primo elemento distintivo (C.3).

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

Tale disposizione fissa due elementi caratterizzanti il criterio del vantaggio principale ai fini dell'obbligo di comunicazione dei meccanismi transfrontalieri ossia:

1. l'esistenza di un vantaggio fiscale conseguibile da uno o più contribuenti in Italia;
2. la prevalenza del vantaggio fiscale rispetto ai vantaggi extrafiscali.

Il primo elemento si riferisce alla circostanza che il vantaggio fiscale principale sia conseguibile da un contribuente che soddisfi almeno uno dei criteri di collegamento con l'Italia, stabiliti ai fini della disciplina in commento (i.e. residenza fiscale o stabile organizzazione in Italia, redditi o utili di fonte italiana, attività svolta nel territorio dello Stato). Ciò discende dal richiamo ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d) del decreto legislativo.

A titolo esemplificativo si consideri un meccanismo transfrontaliero che: *i)* è caratterizzato da documentazione standardizzata (elemento distintivo A.3); *ii)* è elaborato da un promotore residente in Italia senza alcun collegamento con altri Stati esteri; *iii)* viene messo a disposizione di un contribuente residente in uno Stato UE senza coinvolgimento di contribuenti italiani.

In tale ipotesi, la circostanza che il vantaggio fiscale non è riferibile ad alcun contribuente italiano, rende non verificabile l'MBT e dunque il meccanismo non è soggetto all'obbligo di comunicazione in Italia. Sarà cura del contribuente estero, al ricorrere delle circostanze previste dalla Direttiva DAC 6, effettuare la comunicazione alla competente autorità fiscale del proprio Stato.

Il secondo elemento caratterizzante l'MBT attiene alla modalità di calcolo del vantaggio principale che è affidata a una formula matematica che pone in relazione il vantaggio fiscale conseguibile con l'insieme dei vantaggi (fiscali ed extrafiscali) derivanti dall'attuazione del meccanismo:

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

Tabella 4

Ne consegue che l'MBT 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.

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

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.

Sul concetto di “potenziale riduzione di imposta” si è già argomentato al paragrafo 4.3. della presente circolare; in questo ambito giova evidenziare che, ai fini del calcolo dell'MBT, l'ampio richiamo alle «*imposte da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri*» porta a concludere che la riduzione di imposta rispetto all'ipotesi di non attuazione del meccanismo debba essere determinata con riferimento agli effetti fiscali complessivi conseguibili dallo stesso.

La relazione illustrativa all'articolo 7 del decreto ministeriale precisa infatti

che «*il vantaggio fiscale si calcola tenuto conto delle imposte dovute in Italia e di quelle dovute negli altri Paesi dell'Unione europea, nonché in altre giurisdizioni estere con le quali vige uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'articolo 6, comma 1 del decreto legislativo*».

Così ad esempio, laddove un meccanismo determini un pagamento deducibile in Italia e un corrispondente componente positivo di reddito soggetto a tassazione in un altro Stato UE, ai fini del calcolo del vantaggio fiscale del contribuente collegato con il territorio italiano dovranno essere considerate anche le imposte pagate all'estero.

I vantaggi di natura extrafiscale sono definiti dall'articolo 1, comma 1, lettera c) del decreto ministeriale come «*qualunque vantaggio economico quantificabile di natura non fiscale*».

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.

Tali vantaggi, peraltro, devono essere oggettivamente determinabili al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione e comprovabili attraverso adeguata documentazione contabile o extracontabile (ad esempio bilanci previsionali, *due diligence* predisposte in occasione di operazioni straordinarie etc.).

Al fine di meglio coordinare e rendere equipollenti i termini di “vantaggio fiscale” e di “vantaggio extrafiscale” si precisa che il vantaggio extrafiscale deve essere quello che, sulla base della documentazione disponibile, ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero, tenuto conto dei fatti e delle circostanze.

A titolo esemplificativo, potranno assumere rilevanza nella misura in cui determinano vantaggi economici, il prezzo della transazione, la presenza di costi accessori (ad esempio costi di stoccaggio e di magazzino, commissioni di gestione, ecc.), le modalità di attuazione dell'operazione (ad esempio i tempi di consegna del bene o di realizzazione del servizio), l'impossibilità di acquisire il prodotto o servizio presso altri fornitori, l'esistenza di vincoli regolamentari, organizzativi, commerciali e produttivi che renderebbero eccessivamente onerosa la transazione con altri fornitori, l'ottenimento di sinergie organizzative.

Esempio 6: MBT in caso di meccanismo circolare con soggetti fiscalmente residenti in uno Stato ove il pagamento beneficia di esenzione totale (elementi distintivi B.3)

La Società ITACo, residente fiscalmente in Italia e operativa nel settore industriale, nel corso del mese di luglio 2018 effettua un conferimento di capitale alla controllata BCo, residente in uno Stato UE. Il promotore che elabora il meccanismo prevede di utilizzare la provvista finanziaria derivante dal conferimento per investimenti in valori mobiliari su mercati regolamentati europei.

BCo retrocede l'80% dei fondi alla Società ITACo in base ad uno strumento finanziario ibrido considerato strumento di debito in Italia e di capitale nella giurisdizione di BCo, e investe il restante 20% in titoli azionari "cum cedola" negoziati su mercati regolamentati dai quali ottiene dividendi pari a 2, totalmente esenti/esclusi.

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.

La società BCo, nell'anno successivo, come previsto in base alle ipotesi di sviluppo del meccanismo, distribuisce a ItaCo dividendi pari a 12 che, ai sensi dell'articolo 89 del TUIR, sono esclusi da imposizione nella misura del 95% per effetto del regime della *participation exemption*.

Nell'esempio considerato, il meccanismo, ancorché composto da diverse transazioni, deve essere valutato nella sua integrità. In altri termini:

- il vantaggio fiscale è conseguito da un contribuente italiano e quindi l'MBT assume rilevanza;
- il vantaggio fiscale è determinato con riferimento alla riduzione d'imposta potenzialmente conseguibile in Italia in quanto nel caso di specie l'imposta estera sui rendimenti derivanti dal meccanismo è pari a zero.
- il vantaggio extrafiscale è determinato con riferimento ai risultati economici complessivi del meccanismo, che nel caso di specie presenta elementi di circolarità (operazione di conferimento seguita da finanziamento) da cui derivano effetti economici che si compensano (interessi -10 e dividendi +10) ed elementi di redditività sostanziale individuati nel risultato dell'investimento finanziario in titoli (+2).

In definitiva i costi (interessi passivi) e i rendimenti (dividendi) sono diretta conseguenza del meccanismo e quindi devono essere presi in considerazione ai fini del calcolo del vantaggio extrafiscale:

| Applicazione del MBT | Risultato civilistico (bilancio) | Risultato fiscale (dichiarazione) |
|-------------------------------------|----------------------------------|-----------------------------------|
| Interessi passivi | - 10 | - 10 |
| Dividendi | + 12 | + 0,6 |
| Imponibile | | - 9,4 |
| a) Risparmio d'imposta Italia (24%) | | 2,256 |
| b) Imposta estera | | 0 |
| Vantaggio Fiscale (a-b) | | 2,256 |
| Vantaggio extra fiscale (12-10) | + 2 | |
| MBT $(2,256 / (2,256 + 2))$ | | 53% |

Tabella 5

In tale esempio, l'MBT è verificato e quindi il meccanismo va comunicato.

Esempio 7: MBT in caso di coinvolgimento di un *procurement hub* localizzato in uno Stato in cui vige un regime fiscale privilegiato (elemento distintivo C.1. b.1)

- La Società ItaCo, residente fiscalmente in Italia, cede beni ad una impresa associata, Società ACo, residente fiscalmente in uno Stato extra-UE con il quale non è in vigore un accordo MDR; in tale Stato, ACo svolge l’attività di “centrale acquisti” 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 ad imposta societaria nella misura del 15%;
- BCo acquista i beni prodotti da ItaCo direttamente da ACo;
- Si ipotizza che il prezzo *at arm’s length* che ItaCo avrebbe dovuto applicare alle cessioni dei beni verso BCo sia pari a 3.000;
- I medesimi beni, alle medesime condizioni, sono invece ceduti da ItaCo ad ACo (*procurement hub*) a un prezzo pari a 2.800; in questo ambito, ItaCo usufruisce di vantaggi extrafiscali d’importo pari a 250, imputabili alla riduzione dei costi logistici e di stoccaggio. Ne discende che il vantaggio extrafiscale netto è pari a 50.
- Il gruppo di appartenenza di ItaCo usufruisce delle attività di “centrale acquisti” svolte da ACo (*procurement hub*);
- Il meccanismo integra l’elemento distintivo C.1.b.1) per il quale è richiesta la verifica dell’MBT.

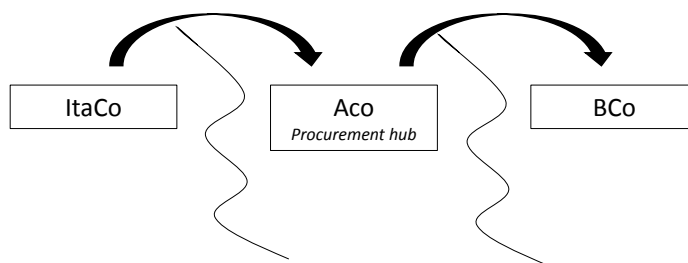


Figura 11

- la valutazione dell’MBT considera i singoli componenti di reddito che

scaturiscono dal pagamento transfrontaliero deducibile, coerentemente alla formulazione letterale dell'elemento distintivo che prevede *«pagamenti transfrontalieri deducibili (rectius componenti negativi di reddito) 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»*.

- In assenza del meccanismo transfrontaliero, l'alternativa è quella di cedere i beni direttamente a BCo a un valore superiore. In tal caso l'MBT non è verificato e quindi il meccanismo non deve essere comunicato.

Il calcolo del MBT è il seguente:

| Applicazione MBT | Senza meccanismo (Cessione diretta) | Con meccanismo (Cessione tramite procurement hub) | Vantaggio fiscale |
|---|-------------------------------------|---|-------------------|
| a) Prezzo di cessione | 3.000,00 | 2.800,00 | |
| b) Imposte ItaCo @27,9% ossia (24%+3,9%) | 837,00 | 781,20 | |
| c) Prezzo di Cessione (Aco vs. Bco) | 0 | 3.000,00 | |
| d) Imposte Aco @0% <i>(non considerate perché fuori ambito DAC6)</i> | 0 | 0 | |
| e) Imposte deducibili per Bco (@15%) | (450,00) | (450,00) | |
| f) Carico fiscale complessivo | 387,00 | 331,20 | 55,80 |
| Vantaggio extrafiscale | | | 50,00 |
| a) Minori ricavi di vendita (3.000 - 2.800 = 200) | | -200,00 | |
| b) Risparmi extrafiscali (logistica e stoccaggio) | | 250,00 | |
| MBT | | 52,74% | |

Tabella 6

5 Obblighi di comunicazione

Il comma 1, dell'articolo 3 del decreto legislativo dispone che *«Sono tenuti all'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero all'Agenzia delle*

entrate gli intermediari e il contribuente».

Si tratta, quindi, di un obbligo che grava su più soggetti, ossia sugli intermediari, che hanno svolto le attività rilevanti in relazione al meccanismo transfrontaliero, e sul contribuente che ne ha la disponibilità ai fini della relativa attuazione.

Tuttavia, lo stesso articolo 3 detta specifiche regole che consentono di individuare i soggetti cui è posto l'obbligo di comunicazione secondo un ordine di priorità.

In primo luogo, detto obbligo è posto in capo agli intermediari e, solo al ricorrere di almeno una delle seguenti circostanze, tale obbligo è traslato sul contribuente:

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

Tali circostanze sono disciplinate dai commi 6 e 7 dell'articolo 3.

In particolare, il comma 7 dell'articolo 3 pone l'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero sul contribuente in assenza di un intermediario, ovvero qualora quest'ultimo non abbia fornito al contribuente la documentazione attestante che le medesime informazioni sono state già oggetto di notifica all'Agenzia delle entrate o all'autorità competente estera. In merito si osserva che l'elaborazione e l'attuazione di un meccanismo non sempre richiedono la presenza di un intermediario. Vi possono essere situazioni, infatti, in cui il contribuente elabora e attua il meccanismo in piena autonomia (cosiddetto meccanismo "*in house*"), disponendo delle competenze necessarie per predisporre soluzioni di pianificazione fiscale.

Il contribuente, inoltre, è obbligato qualora l'intermediario non abbia dato

prova di aver comunicato all’Agenzia delle entrate³ o all’autorità competente di uno Stato membro dell’Unione europea o con il quale è in vigore uno specifico accordo MDR per lo scambio delle informazioni, di aver assolto all’obbligo di comunicazione. Al riguardo, 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’articolo 3 del decreto legislativo prescrive anche i criteri per l’attribuzione dell’obbligo di comunicazione nell’ipotesi in cui il meccanismo transfrontaliero sia oggetto dell’attività di più intermediari o coinvolga più contribuenti.

Per quanto concerne gli intermediari, il comma 2 dell’articolo 3 specifica che *«Nel caso di meccanismo transfrontaliero oggetto dell’attività di più intermediari, l’obbligo di comunicazione delle relative informazioni spetta ad ognuno dei soggetti coinvolti»*.

Il comma 8, in merito alla presenza di più contribuenti, dispone che «...

³ Per la prova dell’avvenuta comunicazione all’Agenzia dell’entrate si rinvia al paragrafo 6 (Ricevuta) del Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate prot. n. 364425 del 26 novembre 2020.

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».

Al riguardo, si chiarisce che il soggetto che ha concordato con l'intermediario il meccanismo transfrontaliero è individuabile nel contribuente che abbia conferito il mandato.

D'altro lato, il contribuente che ha gestito l'attuazione è rinvenibile in colui che abbia attuato un meccanismo transfrontaliero *in house* o anche nel contribuente che abbia ricevuto la messa a disposizione del meccanismo transfrontaliero dall'intermediario carente di qualsivoglia collegamento con il territorio di uno Stato membro (o di uno Stato con cui è in vigore uno specifico accordo per lo scambio di informazioni di cui all'articolo 6 del decreto legislativo).

In ultimo, si osserva che l'individuazione del soggetto su cui grava l'obbligo di comunicazione potrebbe non essere agevole in relazione a realtà organizzative complesse, caratterizzate dalla presenza di diversi centri di responsabilità funzionale, o ad entità prive di personalità giuridica.

Al riguardo, si ritiene che nelle entità dotate di personalità giuridica, a prescindere dalla struttura organizzativa adottata, l'obbligo di comunicazione gravi sul legale rappresentante della stessa.

Diversamente, in mancanza di personalità giuridica (ad esempio associazioni tra professionisti, società di persone) occorre distinguere a seconda che si tratti di intermediario o di contribuente.

Nel primo caso (intermediario), l'obbligo è da intendersi in capo al soggetto che assume la responsabilità del mandato professionale nei confronti del partecipante, nel secondo caso (contribuente), l'obbligo graverà esclusivamente sul rappresentante legale.

Va, in ogni caso, segnalato che a norma del comma 7 dell'articolo 3 l'intermediario è tenuto a fornire al contribuente «...*la documentazione attestante*

che le medesime informazioni sono state già oggetto di comunicazione all’Agenzia delle Entrate o ad altra autorità competente».

5.1 Cause di esonero dall’obbligo di comunicazione

I soggetti destinatari dell’obbligo di comunicazione, al ricorrere di determinate condizioni, possono esserne esonerati. Una prima causa di esonero, che riguarda sia gli intermediari che i contribuenti, è prevista dall’articolo 4 del decreto legislativo che prevede: *“quando un intermediario o un contribuente sono obbligati a comunicare il medesimo meccanismo transfrontaliero a più di uno Stato membro, l’intermediario o il contribuente sono esonerati dall’obbligo di comunicazione nei confronti dell’Agenzia delle entrate se provano l’avvenuta comunicazione delle stesse informazioni alle autorità competenti di un altro Stato membro secondo quanto stabilito dall’articolo 8 bis ter, paragrafi 3, 4, 7 e 8 della direttiva 2011/16/UE”*. La relazione illustrativa al decreto legislativo precisa che l’esonero a favore di intermediario e contribuente *“opera a condizione che essi siano in grado di provare che le medesime informazioni sono state già oggetto di comunicazione alle autorità competenti di un altro Stato membro”*.

Al di fuori del predetto caso, occorre distinguere tra intermediario e contribuente.

5.1.1 Cause di esonero per l’intermediario

Con riferimento all’intermediario, il decreto legislativo all’articolo 3 prevede le seguenti cause di esonero:

- comunicazione delle informazioni da parte di altro intermediario o concorrenza di obblighi tra intermediari (comma 3);
- tutela del “segreto professionale” (comma 4);
- rischio di “autoincriminazione” (comma 5).

In primo luogo l'articolo 3, comma 3 del decreto legislativo stabilisce che *«l'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione se può provare che le medesime informazioni concernenti il meccanismo transfrontaliero sono state comunicate da 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 è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni»*.

In altri termini, nel caso in cui sussistano tutti gli elementi per far “scattare” l'obbligo di comunicazione in capo ad un intermediario avente un collegamento con il territorio dello Stato italiano (in base ai criteri di cui al citato articolo 2, comma 1, lettera c, del decreto legislativo), lo stesso ne sarebbe esonerato laddove le medesime informazioni, concernenti il meccanismo transfrontaliero, siano già state comunicate da altro intermediario in Italia o in uno Stato tenuto ad effettuare lo scambio automatico obbligatorio di informazioni sui meccanismi transfrontalieri. In tal caso è comunque necessario che il predetto intermediario sia in grado di provare l'avvenuta comunicazione, fornendo le relative evidenze documentali.

In questo ambito, peraltro, occorre considerare che l'articolo 3, comma 3 del decreto legislativo utilizza la locuzione *«medesime informazioni concernenti il meccanismo transfrontaliero»*. Ne consegue che la comunicazione effettuata da altro intermediario diviene rilevante solamente qualora contenga tutte le informazioni che l'intermediario, che intende far valere l'esonero, avrebbe dovuto fornire secondo le disposizioni dello Stato italiano o disposizioni equivalenti.

Al riguardo rilevano i chiarimenti forniti più avanti in relazione al caso in cui il contribuente possa ritenersi esonerato dall'obbligo di comunicazione a seguito dell'ottenimento, da parte dell'intermediario partecipante al meccanismo, di una prova dell'avvenuta comunicazione da lui effettuata all'Agenzia delle entrate o ad altra Autorità competente.

Come anticipato, ai fini della tutela del “segreto professionale”,

l'intermediario può limitare le informazioni soggette a obbligo di comunicazione a quelle non indicate nell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo, ossia:

- informazioni ricevute dal cliente, o ottenute dal medesimo, nel corso dell'esame della sua posizione giuridica;
- informazioni ricevute dal cliente, o ottenute dal medesimo, con riferimento ad attività di difesa e/o rappresentanza in un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria;
- informazioni ricevute dal cliente, o ottenute dal medesimo, sulla eventualità di intentare o evitare un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria.

Si chiarisce che in relazione alla locuzione “autorità giudiziaria” la stessa include ogni ramificazione della Magistratura, nonché le Commissioni Tributarie.

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»*.

Pertanto, non costituisce causa di esonero la presenza di vincoli imposti dalla disciplina sulle “segnalazione di operazioni sospette” prevista dal combinato disposto degli articoli 39, comma 1, 41, comma 3, e 55, comma 4, del decreto legislativo n. 231 del 2007.

In merito all'ultima causa di esonero, il comma 5, dell'articolo 3 del decreto legislativo dispone che *«L'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero qualora dalle informazioni trasmesse possa emergere una sua responsabilità penale»*. Anche in tal caso si

tratta di una causa di esonero circoscritta che può essere fatta valere solamente qualora l'intermediario, avuto riguardo all'attività da lui posta in essere in relazione al meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione, ravvisi gli elementi da cui può derivare una propria responsabilità di carattere penale.

In tutti i casi di esonero, l'intermediario è obbligato a informare ogni altro intermediario coinvolto nel meccanismo transfrontaliero 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 del decreto legislativo) entro il termine previsto dall'articolo 2, comma 4, del decreto ministeriale.

5.1.2 Cause di esonero per il contribuente

Anche per il contribuente, il decreto legislativo prevede delle specifiche cause di esonero. Infatti, il contribuente è esonerato dall'obbligo di comunicazione nei seguenti casi:

- rischio di “autoincriminazione” (articolo 3, comma 9).
- comunicazione delle informazioni da parte di altro contribuente (articolo 3, comma 10);

Dunque, il contribuente è esonerato dall'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero, qualora dalle informazioni trasmesse possa emergere una sua responsabilità penale. A tal proposito si rinvia a quanto già indicato con riferimento agli intermediari.

In ultimo, analogamente a quanto più sopra esposto per gli intermediari, i contribuenti sono esonerati dall'obbligo di comunicazione nei confronti dell'Agenzia delle entrate se provano che la comunicazione delle stesse informazioni è stata effettuata da parte di altri contribuenti nei confronti delle autorità competenti di altri Stati membri o con i quali è in vigore uno specifico accordo MDR.

5.2 Elementi oggetto di comunicazione

Le informazioni riguardanti il meccanismo transfrontaliero oggetto di notifica da comunicare all’Agenzia delle entrate sono indicate nell’articolo 6 del decreto legislativo con le ulteriori specifiche fornite dall’articolo 2 del decreto ministeriale.

La comunicazione dovrà in primo luogo contenere le informazioni che consentono di identificare i soggetti interessati, ossia gli intermediari ed i contribuenti coinvolti nella predisposizione e attuazione del meccanismo transfrontaliero, nonché i soggetti che costituiscono imprese associate dei contribuenti. Sono richiesti inoltre elementi specifici quali il nome, la data e il luogo di nascita ovvero la denominazione sociale o ragione sociale, l’indirizzo, la residenza ai fini fiscali, il numero di identificazione fiscale (NIF).

Occorre anche fornire l’identificazione delle giurisdizioni di residenza fiscale dei contribuenti interessati, nonché delle eventuali altre giurisdizioni potenzialmente interessate dal meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione, l’identificazione di qualunque altro soggetto potenzialmente interessato dal meccanismo transfrontaliero nonché delle giurisdizioni a cui tale soggetto è riconducibile.

Ciò nondimeno, il fulcro della comunicazione riguarda gli elementi distintivi presenti nel meccanismo transfrontaliero che lo rendono oggetto di comunicazione, una sintesi del contenuto del meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione redatta in lingua italiana e corredata da una breve relazione in lingua inglese, nonché le disposizioni nazionali che stabiliscono l’obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero. A tal ultimo riguardo, si precisa che si tratta anche delle disposizioni nazionali che sono alla base del meccanismo transfrontaliero.

Inoltre, va sottolineato che in base al punto 3.2 del Provvedimento, la sintesi del contenuto del meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione «[...] riporta il riferimento al nome con il quale è comunemente noto detto

meccanismo e una descrizione in termini astratti delle pertinenti attività economiche o dei meccanismi, senza divulgare un segreto commerciale, industriale o professionale o un processo commerciale o informazioni la cui divulgazione contrasta con l'ordine pubblico».

È richiesta, inoltre, l'indicazione della data di avvio dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero, corrispondente «[...] *al momento in cui il contribuente compie il primo atto avente effetti giuridici o la prima transazione finanziaria ai fini dell'attuazione del meccanismo»* (articolo 2, comma 1, lettera b) del decreto ministeriale);

Il valore del meccanismo transfrontaliero rappresenta una ulteriore informazione richiesta obbligatoriamente; non è possibile omettere l'informazione circa l'Amount, tuttavia è possibile indicare il valore "0", qualora non sia possibile determinare il valore del meccanismo transfrontaliero⁴.

Ai fini della determinazione del valore da comunicare, l'articolo 2, comma 1, lettera c) del decreto ministeriale distingue tra elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari e l'utilizzo di strutture offshore opache, di cui alla lettera D dell'Allegato 1 al decreto legislativo, ed altri elementi distintivi di cui alle lettere A, B, C ed E del medesimo allegato.

In relazione ai primi (elementi distintivi di cui alla lettera D), il decreto ministeriale distingue ulteriormente tra:

1. meccanismo classificabile alla lettera D, punto 1 (D.1) dell'Allegato 1 al decreto legislativo, ossia un *«meccanismo che può avere come effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione imposto dalle leggi che attuano la normativa dell'Unione o eventuali accordi equivalenti sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, compresi accordi con i paesi terzi, o che trae vantaggio dall'assenza di tale normativa o tali accordi»*;

⁴ In tal caso occorre specificare l'attributo currCode: es. <Amount currCode="EUR">0</Amount>.

2. meccanismo classificabile alla lettera D, punto 2 (D.2) dell'Allegato 1 al decreto legislativo, ossia un «*meccanismo che comporta una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente, con l'utilizzo di persone, dispositivi giuridici o strutture giuridiche*».

Nel primo caso (D.1) il valore da dichiarare è il valore dei conti finanziari determinato ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 28 dicembre 2015. In questo caso la data a cui fare riferimento per determinare il valore dei conti finanziari è quella del 31 dicembre dell'anno solare precedente a quello della segnalazione DAC 6 e che per i conti aperti successivamente a tale data occorre fare riferimento al valore dell'ultimo giorno del mese solare precedente a quello in cui ricorre l'obbligo della segnalazione DAC 6.

Nel secondo caso (D.2), occorre ulteriormente distinguere in base alla diversa natura dell'*asset* occultato.

Per i conti finanziari il valore da dichiarare è quello determinato ai sensi dell'articolo 3, comma 1 del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 28 dicembre 2015 (similmente a quanto avviene per il valore dei meccanismi di cui alla lettera D.1).

Differentemente, per le attività e i redditi di natura non finanziaria, il valore da dichiarare è dato dal vantaggio fiscale derivabile dal meccanismo transfrontaliero, determinato ai sensi dell'articolo 7, comma 3 del decreto ministeriale, ossia la differenza tra le imposte da assolvere sulla base del meccanismo dichiarato e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza dello stesso.

Per quanto concerne il valore degli altri elementi distintivi di cui alle lettere A, B, C ed E dell'Allegato 1 al decreto legislativo, lo stesso è costituito dal vantaggio fiscale derivabile dal meccanismo transfrontaliero.

A tal riguardo, nelle ipotesi di meccanismi soggetti alla verifica del vantaggio principale (MBT), di cui all'articolo 7, comma 2 del decreto

ministeriale, il vantaggio fiscale da comunicare è quello utilizzato ai fini di detta verifica.

Si precisa che, in considerazione della specificità della normativa in esame, non può considerarsi sostitutiva della comunicazione delle informazioni previste dall'articolo 2 del decreto ministeriale, la comunicazione di informazioni relative ad un meccanismo nell'ambito delle procedure di seguito riportate:

- interpello ordinario, disciplinato dall'articolo 11, comma 1, lettera a), legge 27 luglio 2000, n. 212;
- interpello probatorio, di cui all'articolo 11, comma 1, lettera b), legge 27 luglio 2000, n. 212;
- interpello anti-abuso (articolo 11, comma 1, lettera c), legge 27 luglio 2000, n. 212);
- interpello disapplicativo (articolo 11, comma 2, legge 27 luglio 2000, n. 212);
- interpello sui nuovi investimenti (articolo 2 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147);
- accordi preventivi per le imprese con attività internazionali articolo 31 ter decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600;
- comunicazioni effettuate nell'ambito del regime dell'adempimento collaborativo di cui al decreto legislativo n. 128 del 2015

In ultimo, l'Agenzia delle entrate al momento della comunicazione rilascia un numero di riferimento del meccanismo transfrontaliero da utilizzare in ogni eventuale successiva comunicazione relativa al medesimo meccanismo e nella relazione periodica di cui all'articolo 7, comma 2 del decreto legislativo.

I contribuenti che attuano il meccanismo transfrontaliero, inoltre, sono tenuti ad indicare il numero di riferimento nelle pertinenti dichiarazioni fiscali per tutti i periodi d'imposta in cui il meccanismo transfrontaliero è utilizzato (articolo 3, comma 3 del decreto ministeriale).

Si tratta quindi di un obbligo dichiarativo che grava esclusivamente sui

contribuenti tenuti a presentare le pertinenti dichiarazioni fiscali in Italia, che deve essere reiterato in relazione a ciascun periodo d'imposta in cui il meccanismo transfrontaliero produce i suoi effetti fiscali.

5.3 Termine di presentazione all'Agenzia delle entrate

L'articolo 7 del decreto legislativo prevede i termini di presentazione della comunicazione per gli intermediari (commi 1 e 2) e per il contribuente (comma 3). Come già anticipato in premessa, lo stesso ha recepito le modifiche dei termini per le comunicazioni e lo scambio delle informazioni relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica previste dalla Direttiva del Consiglio n. 2020/876/UE.

Nello specifico, gli intermediari sono tenuti a comunicare all'Agenzia delle entrate le informazioni di cui all'articolo 6 del decreto legislativo entro trenta giorni a decorrere:

- a) dal giorno seguente a quello in cui il meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione è messo a disposizione ai fini dell'attuazione o a quello in cui è stata avviata l'attuazione;
- b) dal giorno seguente a quello in cui gli stessi hanno fornito, direttamente o attraverso altre persone, assistenza o consulenza ai fini dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione.

La disposizione di cui alla lettera a) è indirizzata ai promotori ossia agli intermediari che, avendo ideato il meccanismo, lo mettono a disposizione per la relativa attuazione. La disposizione tuttavia prende in considerazione un altro evento rilevante, consistente nella circostanza che sia “*stata avviata l'attuazione*” del meccanismo. In tutti i casi in cui si possono verificare entrambe le circostanze previste dalla lettera a), ossia messa a disposizione del meccanismo e avvio dell'attuazione, il *dies a quo* del termine di trenta giorni è da individuare con riferimento al giorno in cui si verifica la prima delle stesse.

La disposizione di cui alla lettera b) è invece indirizzata agli intermediari qualificabili come “fornitori di servizi”, per i quali, appunto, il termine di 30 giorni decorre dal giorno seguente a quello in cui hanno fornito, direttamente o attraverso altre persone, assistenza o consulenza ai fini dell’attuazione del meccanismo transfrontaliero soggetto all’obbligo di comunicazione.

Il comma 2 dell’articolo 7 del decreto legislativo prevede una specifica procedura in caso di meccanismi “commerciabili”. In tali casi, infatti, gli intermediari oltre a comunicare le informazioni rilevanti secondo i suddetti termini previsti per il «*meccanismo su misura*» devono, in aggiunta, presentare all’Agenzia delle entrate, ogni tre mesi, una relazione periodica con cui aggiornano le informazioni di cui all’articolo 6, comma 1, lettera a), d), g) e h), del decreto legislativo, diventate disponibili dopo la comunicazione di cui al comma 1 o dopo la presentazione dell’ultima relazione.

Si tratta in particolare delle seguenti informazioni:

- 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, nonché i 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.

Ai sensi dell’articolo 7, comma 2 del decreto legislativo, la prima relazione periodica deve essere presentata dagli intermediari all’Agenzia delle entrate entro il **30 aprile 2021**.

Con riferimento al contribuente, il decreto legislativo ha inteso disciplinare

l'ipotesi residuale in cui quest'ultimo sia tenuto alla comunicazione in virtù dell'esonero dell'intermediario. In merito, il comma 3, dell'articolo 7 del decreto legislativo dispone la trasmissione delle informazioni sui meccanismi transfrontalieri entro trenta giorni a decorrere dal giorno successivo a quello in cui lo stesso contribuente è stato informato dall'intermediario esonerato circa la sussistenza dell'obbligo di comunicazione a suo carico.

In ogni caso l'intermediario informerà il contribuente della sussistenza delle cause di esonero "senza indugio" (cfr. art. 8 bis ter, comma 5 della Direttiva), al fine di consentire a quest'ultimo la tempestiva comunicazione delle informazioni e comunque, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, del decreto ministeriale, non oltre gli stessi termini previsti dall'art. 7, comma 1 del decreto legislativo ai fini della comunicazione degli intermediari all'Agenzia delle entrate.

Resta fermo che in tutti gli altri casi, i termini ordinari per le comunicazioni da parte del contribuente sono quelli previsti dall'articolo 2, comma 5 del decreto ministeriale, richiamati al punto 4.3 del Provvedimento, secondo cui «[...] *il contribuente comunica all'Agenzia delle Entrate le informazioni di cui all'articolo 6, comma 1, del medesimo decreto entro trenta giorni a decorrere dal giorno seguente a quello in cui il meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione è stato messo a sua disposizione ai fini dell'attuazione o a quello in cui è stata avviata l'attuazione*».

Parimenti a quanto già detto in relazione agli intermediari, anche in questo caso, i contribuenti comunicano all'Agenzia delle entrate le informazioni di cui al combinato disposto dell'articolo 6 del decreto legislativo e dell'articolo 2 del decreto ministeriale, relative al periodo compreso tra il 1° luglio 2020 e il 31 dicembre 2020, **entro trenta giorni a decorrere dal 1° gennaio 2021** (articolo 7, comma 4 del decreto legislativo).

Il decreto legislativo, coerentemente con le indicazioni della Direttiva DAC 6, prevede all'articolo 8 un obbligo di comunicazione "una tantum", per i meccanismi transfrontalieri riportabili «*la cui prima fase è stata attuata tra il 25 giugno 2018 e il 30 giugno 2020*». Si tratta quindi di comunicazioni che devono

essere **effettuate entro il 28 febbraio 2021**.

L'esplicito riferimento operato dalla disposizione in commento alla “prima fase” consente di escludere dall'ambito della comunicazione in commento i meccanismi transfrontalieri che alla data del 25 giugno 2018 erano già in fase di realizzazione, ancorché essi continuino a produrre effetti rilevanti anche dopo tale data.

Esempio 8: meccanismi transfrontalieri in fase di realizzazione al 25 giugno 2018

La Società ItaCo, residente in Italia, controlla la Società BCo, residente in uno Stato estero (UE). La Società ItaCo apporta un conferimento di capitale alla Società BCo e la Società BCo – un'entità interposta senza altre funzioni commerciali primarie – retrocede i fondi alla Società ItaCo sotto forma di prestito.

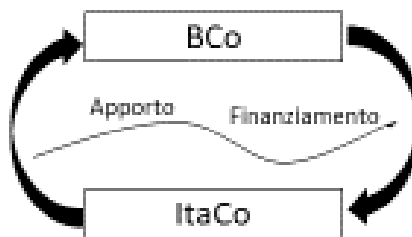


Figura 12

Nel caso di specie è possibile individuare le seguenti fasi:

- messa a disposizione dello schema;
- apporto (primo *step* di attuazione);
- finanziamento (ultimo *step* di attuazione).

Oltre a ciò, il capitale e gli interessi maturati sono pagabili in unica soluzione dopo tre anni e gli interessi sono deducibili per competenza.

Ciò premesso, possono verificarsi i seguenti scenari:

1. la messa a disposizione, effettuazione dell'apporto (prima fase) ed accensione del finanziamento (ultima fase), sono stati effettuati prima del 25 giugno 2018. Il meccanismo non è comunicabile.

Meccanismo non comunicabile

| | | |
|---|------------------------------|------------------------------------|
| 01.03.2018 Messa a disposizione del meccanismo | 31.03.2018 Apporto | 30.04.2018 Finanziamento |
|---|------------------------------|------------------------------------|

Tabella 7

2. La messa a disposizione ed effettuazione dell'apporto (prima fase) sono stati effettuati in data 24.06.2018, mentre i primi contatti volti all'accensione del finanziamento (ultima fase) sono stati effettuati il 25.06.2018. Il meccanismo non è comunicabile.

Meccanismo non comunicabile

| | | |
|---|------------------------------|------------------------------------|
| 24.06.2018 Messa a disposizione del meccanismo | 24.06.2018 Apporto | 25.06.2018 Finanziamento |
|---|------------------------------|------------------------------------|

Tabella 8

3. La messa a disposizione in data 24.06.2018, mentre l'effettuazione dell'apporto (prima fase) ed i primi contatti volti all'accensione del finanziamento (ultima fase) sono stati effettuati il 25.06.2018. Il meccanismo è comunicabile.

Meccanismo comunicabile

| | | |
|---|------------------------------|------------------------------------|
| 24.06.2018 Messa a disposizione del meccanismo | 25.06.2018 Apporto | 25.06.2018 Finanziamento |
|---|------------------------------|------------------------------------|

Tabella 9

4. La messa a disposizione, effettuazione dell'apporto (prima fase) ed i primi contatti volti all'accensione del finanziamento (ultima fase) sono stati effettuati il 25.06.2018. Il meccanismo è comunicabile.

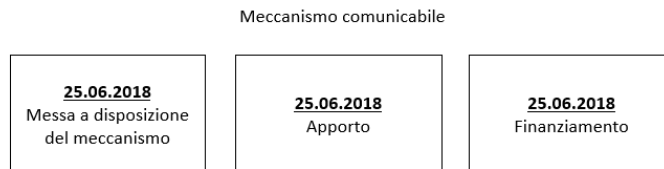


Tabella 10

Le considerazioni sopra riportate prescindono dall'effetto prodotto dalla maturazione e deduzione degli interessi passivi.

Giova inoltre precisare che l'intermediario o il contribuente avranno cura di conservare la documentazione probatoria per i successivi controlli da parte dell'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo.

6 Obblighi di conservazione della documentazione

La conservazione della documentazione relativa alle attività degli intermediari e contribuenti (ad esempio *opinion*, *brochure*, prospetti, fogli di calcolo), rilevanti ai fini della comunicazione DAC 6, è richiesta dall'articolo 11 del decreto legislativo, che impone precisi obblighi di conservazione in capo ai partecipanti allo schema, accordo o progetto.

In particolare, secondo il citato articolo: «*Gli intermediari ed i contribuenti obbligati ai sensi dell'articolo 3 conservano 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 presentate, nel caso di omessa comunicazione».

7 Profili Sanzionatori

L'articolo 12 del decreto legislativo, nel disciplinare le sanzioni amministrative previste per la violazione degli obblighi di comunicazione delle informazioni di cui all'articolo 6, richiama espressamente la sanzione prevista dall'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471.

In particolare, l'articolo 12 del decreto legislativo, coerentemente con il presupposto oggettivo, prevede due distinte ipotesi sanzionatorie:

- omessa comunicazione delle informazioni di cui all'articolo 6, a cui si applica la sanzione amministrativa prevista dall'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 471, aumentata della metà;
- incompleta o inesatta comunicazione delle informazioni di cui al predetto articolo 6, a cui si applica la sanzione amministrativa prevista dall'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 471, ridotta della metà.

Al riguardo, si considera omessa la trasmissione non eseguita nel termine prescritto dall'articolo 7 del decreto legislativo e dall'articolo 2, comma 5, del decreto ministeriale.

Si ritiene - per effetto del rinvio operato dall'articolo 12 del decreto legislativo all'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo n. 471 del 1997 che all'ultimo periodo dispone che *«La sanzione è ridotta alla metà se la trasmissione avviene nei quindici giorni successivi»* - che quando la comunicazione è eseguita tardivamente ma comunque entro quindici giorni, la sanzione applicabile è ridotta della metà.

Ad esempio, in caso di omessa comunicazione si applica la sanzione amministrativa da euro 3.000 a euro 31.500; in caso di comunicazione effettuata nei quindici giorni successivi alla scadenza, si applica la sanzione amministrativa da euro 1.500 a euro 15.750. Di contro, in caso di comunicazione incompleta o inesatta, si applica la sanzione da euro 1.000 a euro 10.500; in caso di comunicazione rettificativa presentata nei quindici giorni successivi alla

scadenza del termine, finalizzata a correggere la comunicazione incompleta o inesatta, si applica la sanzione amministrativa da euro 500 a euro 5.250.

Si chiarisce inoltre che, nel caso di società o enti con personalità giuridica, le sanzioni in commento sono esclusivamente a carico della persona giuridica, in conformità con quanto previsto dall'articolo 7, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

Per converso, il principio di personalità (articolo 2, comma 2 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472), in base al quale la sanzione è riferibile alla persona fisica che ha commesso o concorso a commettere la violazione, resta impregiudicato per i soggetti non dotati di personalità giuridica.

Nel caso di intermediari persone fisiche, inquadrati in realtà organizzative complesse ma senza personalità giuridica (ad esempio associazioni tra professionisti), la sanzione è a carico della persona fisica che ha assunto la responsabilità del mandato nei confronti del partecipante.

Come precisato nel paragrafo 5, vi possono essere casi in cui ricorra l'obbligo concorrente di comunicazione da parte dell'intermediario e del contribuente; in questi casi, qualora la comunicazione sia omessa, inesatta o incompleta, la sanzione di cui all'articolo 12 del decreto legislativo è applicata autonomamente su entrambi i soggetti, in ragione della violazione da ciascuno commessa, ed entrambi potranno autonomamente accedere all'istituto del ravvedimento operoso. Considerata l'autonomia dei rispettivi obblighi, non vige un principio di solidarietà per cui il pagamento effettuato da un soggetto non libera l'altro soggetto per le violazioni ad egli riferibili.

Per le comunicazioni di cui all'articolo 8, comma 1 del decreto legislativo, le sanzioni previste dall'articolo 12 del medesimo decreto si intendono comminabili con riferimento ad ogni singolo meccanismo transfrontaliero; ciò in quanto, come precisato nel paragrafo 5.3, si tratta di singole comunicazioni da effettuarsi entro il 28 febbraio 2021.

Si evidenzia inoltre che l'articolo 12 del decreto legislativo opera un rinvio al solo articolo 10, comma 1 – e non anche all'articolo 12 – del decreto legislativo n. 471 del 1997; ne consegue che non risulta applicabile la sanzione accessoria prevista dall'articolo 12, comma 4, del decreto legislativo n. 471 del 1997 che, nel disciplinare le ipotesi di recidiva, si riferisce esclusivamente alle violazioni previste dal richiamato articolo 10, comma 1.

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 dell'atto di irrogazione delle sanzioni è operata ai sensi dell'articolo 60 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, o in subordine dell'articolo 60-*bis* del medesimo decreto che reca la disciplina dell'assistenza per le richieste di notifica tra le autorità competenti degli Stati membri dell'Unione europea. In caso di mancato pagamento, il corrispondente importo è recuperato ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 2012, n. 149, recante le disposizioni di attuazione della direttiva 2010/24/UE relativa all'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da dazi, imposte ed altre misure.

In considerazione della generale applicabilità dell'istituto del ravvedimento operoso, al sistema sanzionatorio in commento trova applicazione l'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472.

Si ritiene inoltre applicabile l'articolo 12, comma 1, del decreto legislativo n. 472 del 1997 secondo cui *«E' punito con la sanzione che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata da un quarto al doppio, chi [...] commette, anche con più azioni od omissioni, diverse violazioni formali della medesima disposizione»*.

È opportuno ricordare che il soggetto interessato a sanare le violazioni poste in essere potrà ravvedersi effettuando gli adempimenti omessi o non corretti e corrispondendo le relative sanzioni previste per ciascuno di essi.

In generale, si rendono applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai decreti legislativi n. 471 e 472 del 1997.

Infine, in considerazione della complessità della materia, che fra l'altro prevede un obbligo di ricognizione retrospettivo dei meccanismi transfrontalieri, per effetto di quanto previsto dall'articolo 10, comma 3 della legge n. 212 del 2000 (Statuto dei diritti del contribuente), nonché per effetto delle disposizioni di cui all'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo n. 472 del 1997, non si applicano le suddette sanzioni per tutte le comunicazioni inviate entro il 28 febbraio 2021, anche qualora il termine ordinario scada antecedentemente a tale data.

8 Gli Elementi distintivi (“Hallmarks”)

In termini generali, le “*mandatory disclosure rules*” si concentrano su specifici meccanismi potenzialmente insidiosi dal punto di vista fiscale o aventi l'effetto di compromettere lo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari o che consentono l'utilizzo di strutture offshore opache.

Come anticipato nel paragrafo 4.2, l'articolo 5, comma 1 del decreto legislativo prevede che «*il meccanismo transfrontaliero è soggetto all'obbligo di comunicazione se sussiste almeno uno degli elementi distintivi*».

Tali elementi sono previsti nell'Allegato 1 del decreto legislativo; inoltre, ulteriori specificazioni sono contenute nel decreto ministeriale, segnatamente nell'articolo 8 rubricato «*Specificazioni riguardanti gli elementi distintivi*» e nell'Allegato A che contiene maggiori dettagli ed esemplificazioni relativamente agli elementi distintivi indicati nell'Allegato 1, lettera D, del decreto legislativo.

Si tratta di «*indici di rischio di elusione o evasione fiscale*» che identificano i meccanismi soggetti all'obbligo di notifica; all'uopo si ritiene che sia sufficiente che uno solo di essi sia soddisfatto affinché, al ricorrere delle altre condizioni, sorga l'obbligo di segnalazione.

In conformità con quanto previsto dall'ALLEGATO della Direttiva DAC 6, il decreto legislativo individua 5 categorie di elementi distintivi che sono riconducibili a due macro categorie:

1. Elementi distintivi generici;
2. Elementi distintivi specifici.

Gli elementi distintivi generici individuano caratteristiche comuni agli accordi, schemi o progetti commercializzati da promotori quali il requisito di riservatezza o il pagamento di una commissione. Inoltre, gli stessi sono strutturati in modo tale da poter intercettare anche meccanismi transfrontalieri particolarmente insidiosi in quanto “innovativi”, facilmente replicabili e che, per le loro caratteristiche intrinseche, si prestano ad essere facilmente commercializzati verso un numero indefinito di contribuenti.

Per altro verso, gli *hallmarks* specifici identificano fattispecie determinate, ritenute pericolose in ragione dei potenziali effetti fiscali che da esse possono derivare.

Rientrano in tale categoria, a titolo esemplificativo, anche gli elementi distintivi riguardanti l'aggiramento degli obblighi relativi allo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari oppure relativi alla identificazione della titolarità effettiva di *asset* e redditi finanziari e non, nonché riguardanti alcune transazioni soggette all'applicazione dell'*arm's length principle*.

Come già anticipato, seguendo l'ordine di elencazione dell'Allegato 1 al decreto legislativo, la classificazione degli elementi distintivi è quella indicata nella seguente tabella:

| Categorie di elementi distintivi <i>Decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100</i> | |
|--|--|
| Classificazione di cui alla lettera A | Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale |
| Classificazione di cui alla lettera B | Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale |
| Classificazione di cui alla lettera C | Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere |
| Classificazione di cui alla lettera D | Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni e l'utilizzo di strutture offshore opache. |
| Classificazione di cui alla lettera E | Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento |

Tabella 11

8.1 Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale.

La lettera A dell'Allegato 1 del decreto legislativo include i cosiddetti elementi distintivi generici, tipici di accordi, schemi o progetti, incentrati sulla figura dell'intermediario del meccanismo e caratterizzati dalla presenza di:

- obblighi di riservatezza a carico dei partecipanti nei confronti di altri intermediari o delle autorità fiscali (lettera A, punto 1);
- commissioni richieste dall'intermediario e collegate, in misura fissa o variabile, all'ottenimento del vantaggio fiscale derivante dallo schema, accordo o progetto (lettera A, punto 2);
- prodotti fiscali standardizzati (lettera A, punto 3).

I meccanismi appartenenti a questa categoria, in base all'articolo 7 del decreto ministeriale, sono soggetti al *test* del vantaggio principale (MBT).

8.1.1 Condizione di riservatezza

La lettera A, punto 1 dell'Allegato 1 del decreto legislativo (A.1) introduce l'elemento distintivo della "riservatezza", individuabile nel caso «[...] *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*».

La norma prevede due forme di riservatezza:

- quella verso altri intermediari (*«la non comunicazione ad altri intermediari»*);
- quella verso l'Amministrazione finanziaria italiana ed estere (*«la non comunicazione [...] alle autorità fiscali»*).

È utile evidenziare in merito ai destinatari della clausola di riservatezza, che ai fini della integrazione dell'elemento identificativo in commento non è necessario che la stessa sia rivolta contemporaneamente agli altri intermediari ed alle autorità fiscali, essendo sufficiente che la riservatezza sia richiesta nei confronti di una sola categoria di soggetti.

Ad esempio, una clausola di riservatezza che preveda la possibilità di comunicare i dettagli del meccanismo alle Amministrazioni finanziarie, tenendoli riservati nei confronti di altri intermediari, comporterebbe l'integrazione dell'*hallmark*, così come una clausola di riservatezza che, al contrario, imponesse l'obbligo di riservatezza solamente nei confronti delle Amministrazioni finanziarie.

Assumeranno rilevanza, peraltro, anche le clausole di riservatezza a carattere generale, in cui non sono menzionati i destinatari della clausola, rivolte alla totalità dei soggetti terzi rispetto al meccanismo.

Circa il contenuto della clausola di riservatezza, è necessario che la stessa abbia ad oggetto le *«modalità con cui il meccanismo potrebbe garantire un vantaggio fiscale»*.

Al riguardo, esempi di casi in cui si ritiene verificato l'elemento distintivo della riservatezza sono i seguenti:

- presenza di accordi di non divulgazione degli aspetti fiscali del meccanismo;
- corrispondenza scritta che include un obbligo di non divulgazione, esplicito riguardante gli aspetti fiscali del meccanismo;
- evidenze di accordi di altro tipo con gli utilizzatori effettivi o potenziali, relativamente alla riservatezza dei dettagli fiscali del meccanismo.

In aggiunta a quanto sopra, le prove circa l'esistenza di un obbligo di riservatezza sono desumibili anche sulla base di ulteriori fatti e circostanze, quali:

- il divieto esplicito 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;

Da quanto sopra, è possibile desumere che non assumono rilevanza, ai fini dell'integrazione dell'elemento distintivo in esame, le clausole di riservatezza che hanno ad oggetto ambiti diversi da quello fiscale quali, ad esempio, le clausole che hanno l'esclusiva finalità di tutela del segreto industriale, della regolarità delle quotazioni sui mercati regolamentati o della riservatezza dei dati personali e sempre che tali clausole non siano idonee ad impedire la comunicazione delle modalità attraverso le quali un meccanismo potrebbe generare vantaggi fiscali.

In altri termini, una clausola di riservatezza a carattere generale che abbia a

oggetto esclusivamente informazioni diverse da quelle comunicabili ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo non integra l'elemento distintivo in commento.

8.1.2 Commissioni correlate al vantaggio fiscale

La lettera A, punto 2 dell'Allegato 1 del decreto legislativo (A.2), individua l'elemento distintivo nella circostanza che *«l'intermediario è autorizzato a ricevere una commissione (o un interesse e una remunerazione per 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...»*

L'elemento in commento trova applicazione soltanto in caso di presenza di un intermediario ed è integrato nella misura in cui la commissione per lo stesso è riferibile all'ammontare o alla semplice esistenza del vantaggio fiscale.

L'elemento distintivo, pertanto, comprende sia i casi in cui la commissione è parametrata al vantaggio fiscale (ad esempio una percentuale dello stesso), sia i casi in cui è stabilita in misura fissa ma la spettanza, in entrambi i casi, è subordinata alla condizione che il vantaggio fiscale si realizzi.

In tale ultima ipotesi rientra anche l'accordo che impone l'obbligo per l'intermediario di *«rimborsare parzialmente o totalmente le commissioni se il vantaggio fiscale presumibilmente derivante dal meccanismo non è stato in parte o del tutto conseguito»*.

8.1.3 Documentazione e/o struttura standardizzate

La lettera A, punto 3 dell'Allegato 1 al decreto legislativo (A.3) individua l'elemento distintivo della “standardizzazione” che si verifica nel caso di *«un*

meccanismo che ha una documentazione e/o una struttura sostanzialmente standardizzate ed è a disposizione di più contribuenti pertinenti senza bisogno di personalizzarne in modo sostanziale l'attuazione».

Dal tenore letterale della disposizione emerge quale elemento caratterizzante il meccanismo standardizzato, quello della sua applicazione generalizzata che ne consente il potenziale utilizzo da parte di una pluralità indeterminata di soggetti, senza la necessità di particolari adattamenti in relazione alla specificità dell'utilizzatore.

Al riguardo, giova precisare, peraltro, che non assume alcuna rilevanza il numero effettivo di utilizzatori, essendo la standardizzazione una caratteristica oggettiva, sostanzialmente connessa alla replicabilità dello schema.

Ciò posto, rappresentano indici segnaletici della standardizzazione l'utilizzo di:

- documentazione non diversificata;
- schemi negoziali e strutture societarie sostanzialmente tipizzati e ripetibili.

Si tratta di elementi in genere riscontrabili in meccanismi ove la ripetibilità dello schema, a prescindere dalle caratteristiche specifiche dell'utilizzatore, rende utilizzabile sia documentazione non diversificata (ad esempio proposte, contratti, moduli, predeterminati e prontamente disponibili), sia schemi negoziali, modalità operative, strutture societarie o strumenti finanziari, sostanzialmente tipizzati e ripetibili. A titolo di esempio, può costituire indice segnaletico di standardizzazione la presenza di veicoli societari precostituiti e localizzati in Stati esteri, funzionali alla realizzazione del meccanismo transfrontaliero.

In molti casi, elemento sintomatico della struttura standardizzata o della documentazione non diversificata è la circostanza che il “prototipo” di meccanismo sia sottoposto ad un processo di approvazione da parte di un organismo di vertice nell'organizzazione del “*promoter*”. Trattasi tuttavia di elemento sintomatico, la cui assenza, di per sé, non è idonea a escludere l'elemento distintivo in esame.

Il requisito della standardizzazione è anche richiamato dall'articolo 2, comma 1, lettera g) del decreto legislativo che definisce il “meccanismo commerciabile” come un meccanismo transfrontaliero suscettibile di essere messo a disposizione di una pluralità di contribuenti senza sostanziali modifiche.

Laddove il meccanismo standardizzato sia considerato anche “commerciabile”, in considerazione della accentuata replicabilità e quindi della maggiore facilità di diffusione, il comma 2 dell'articolo 7 del decreto legislativo pone a carico degli intermediari l'obbligo di presentare all'Agenzia delle entrate, ogni tre mesi, una relazione periodica nella quale vengono aggiornate le informazioni ex art. 6, comma 1, lettere a), d), g) e h) del decreto legislativo, diventate disponibili dopo la comunicazione di cui al comma 1, o dopo la presentazione dell'ultima relazione; in questo ambito si rinvia a quanto previsto dal paragrafo 4 del Provvedimento.

Occorre tuttavia precisare che la presenza di sostanziale standardizzazione non costituisce di per sé elemento idoneo a qualificare il meccanismo come “commerciabile”. Rientrano infatti in quest'ultima categoria quei meccanismi nei quali si assiste a un legame con la figura del “promotore” il quale sviluppa un “prodotto” disponibile per una “pluralità” di contribuenti senza sostanziali modifiche.

L'articolo 8, comma 1 del decreto ministeriale prevede che *«Un meccanismo non rientra tra quelli indicati alla lettera A, punto 3, dell'Allegato 1 al decreto legislativo 30 luglio 2020, n. 100, se finalizzato alla fruizione di un singolo regime fiscale di agevolazione previsto dall'ordinamento dello Stato e al ricorrere delle condizioni previste dalla disposizione di agevolazione»*.

Ne consegue, ad esempio, 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.

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.

Così ad esempio, integrerebbero 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 dei capitali versati a titolo di premio assicurativo e di movimentarli.

8.2 Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale

A differenza degli elementi distintivi “generici” che sono prevalentemente focalizzati sui rapporti tra intermediari e contribuenti, gli elementi distintivi “specifici”, classificati alla lettera B dell'Allegato 1 al decreto legislativo, hanno ad oggetto operazioni che possono concretizzare pratiche elusive o evasive.

Rientrano in questo ambito, ad esempio, l'utilizzo *cross-border* delle perdite fiscali attraverso il commercio delle cc.dd. “bare fiscali”, schemi di «*conversione*» del reddito volti ad ottenere un livello di tassazione inferiore o nullo, anche per effetto di differenze nella qualificazione “fiscale” di strumenti finanziari o dei relativi pagamenti (strumenti finanziari ibridi), nonché le operazioni in cui non si hanno reali vantaggi economici diversi da quelli di natura fiscale e che in genere si sostanziano in un «*carosello*» di fondi (cc.dd. operazioni circolari o *round tripping*).

Tutti gli elementi distintivi compresi in questa categoria assumono rilevanza laddove risulti anche verificato il *test* del vantaggio principale (MBT).

8.2.1 Acquisizione di società in perdita

In termini generali, rientrano negli elementi distintivi di cui alla lettera B,

punto 1 dell'Allegato 1 al decreto legislativo (B.1), schemi, accordi o progetti che pur assumendo diverse caratteristiche, strutture o configurazioni sono accomunati dalla finalità di mettere a disposizione degli utilizzatori perdite fiscali utilizzabili per ridurre il loro debito d'imposta.

In particolare, l'elemento distintivo classificato alla lettera B.1 è integrato quando *«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»*.

L'elemento distintivo in commento, quindi, richiede la contemporanea sussistenza delle seguenti fasi:

- acquisizione di una società in perdita;
- interruzione della sua attività principale;
- utilizzazione delle perdite per ridurre il debito d'imposta.

Dal tenore letterale dell'elemento B.1 si desume che la contemporanea presenza dei tre suddetti elementi integra di per sé il requisito di artificialità della fattispecie.

Il requisito dell'acquisizione di una società, in mancanza di una specifica indicazione nella norma in commento, si ritiene integrato in caso di acquisizione del controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile; a tal fine andranno considerati anche i diritti amministrativi riconosciuti da strumenti finanziari partecipativi non azionari di cui all'articolo 2346, comma 6 del codice civile o i diritti particolari dei soci di cui all'articolo 2468, comma 3 del codice civile, nell'ipotesi in cui gli stessi consentano di fatto l'esercizio di una influenza dominante sulla gestione della società acquisita.

Deve trattarsi, infatti, di un controllo che consenta, in diritto o in fatto, una influenza dominante sulla gestione della società acquisita, talché sia possibile determinarne anche la interruzione o il cambiamento dell'attività principale che

costituisce il secondo elemento caratterizzante.

In merito a tale secondo elemento, si chiarisce che il termine “*interruzione della attività principale*” deve essere inteso in senso sostanziale, avuto riguardo alla effettiva attività svolta dalla società, non assumendo rilievo meri aspetti formali come, ad esempio, la modifica dell’oggetto sociale non seguita da un effettivo cambiamento dell’attività.

Completa la configurazione dell’elemento distintivo, l’utilizzazione delle perdite della società acquisita da parte del soggetto controllante allo scopo di ridurre il suo debito d’imposta.

In tema di utilizzo delle perdite, si prevede che ciò possa avvenire «*anche mediante il trasferimento di tali perdite verso un’altra giurisdizione o l’accelerazione dell’uso di tali perdite*».

Da ciò si desume, in primo luogo, che l’utilizzazione può avvenire anche da parte di un soggetto localizzato in uno Stato diverso da quello di formazione delle perdite. Inoltre, configurano ipotesi di utilizzazione delle perdite rilevanti ai fini dell’integrazione dell’*hallmark* in commento, anche i casi in cui si ha concentrazione degli utili imponibili su entità le cui perdite sono compensabili, al fine di ridurre l’orizzonte temporale del loro utilizzo.

Esempio 9: importazione di perdite con stabile organizzazione estera

- BCo, fiscalmente residente in Italia, opera nello Stato B per il tramite di una stabile organizzazione (non in regime di *branch exemption*) in perdita.
- ItaCo, anch’essa fiscalmente residente in Italia acquisisce il controllo della società BCo.
- ItaCo incorpora BCo e ne interrompe l’attività commerciale principale al fine di utilizzarne le perdite.

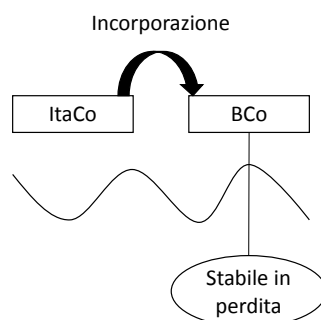


Figura 13

| | |
|-----------------------------|---|
| Meccanismo transfrontaliero | 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 |
| Elemento distintivo | B.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. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |

Esempio 10: accelerazione nell'utilizzo delle perdite con Transfer Pricing

- ItaCo (società di diritto italiano) acquisisce la società estera BCo (residente in un altro Stato membro UE) che riporta perdite fiscali compensabili dai precedenti periodi di imposta.
- ItaCo effettua operazioni commerciali con BCo non *at arm's length* che producono uno spostamento di utili verso la società BCo.
- Il maggiore utile di BCo viene, quindi, compensato con le perdite fiscali che la stessa aveva accumulato nei periodi di imposta precedenti.
- Lo schema non integra l'elemento distintivo in quanto la società BCo non muta o interrompe la sua attività principale.

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | Lo schema non integra l'elemento distintivo in commento, mancando l'elemento dell'interruzione/mutamento dell'attività principale. |

8.2.2 Conversione del reddito in capitale, conferimenti, apporti, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta

L'elemento distintivo riportato alla lettera B, punto 2 dell'Allegato 1 al decreto legislativo (B.2), individua «*Un meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in capitale, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta*».

In termini generali, tale *hallmark* mira ad intercettare schemi diversamente strutturati che, tuttavia, determinano alternativamente una:

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

Rientrano nel primo ambito i meccanismi che, in virtù di una diversa qualificazione dei flussi reddituali da parte del percipiente, hanno l'effetto di determinare l'esclusione di detti flussi dalla base imponibile dello stesso, in quanto trattati fiscalmente come capitale, conferimenti o apporti.

Il secondo ambito intercetta tutte le fattispecie che determinano la trasformazione di una tipologia di reddito in altra, al fine di ottenere un livello di imposizione inferiore o una esenzione da imposta.

Rientrano in questa categoria anche le trasformazioni di componenti reddituali operate attraverso l'utilizzo di strumenti finanziari derivati e strumenti finanziari ibridi.

Esempio 11: conversione del reddito in capitale

- UECo (società residente in un paese UE) eroga un prestito fruttifero di interessi alla società ItaCo residente in Italia, che li deduce fiscalmente (-100).
- UECo, in applicazione di un *ruling* unilaterale beneficia nel proprio Stato della possibilità di considerare parte degli interessi attivi percepiti come

equity (30).

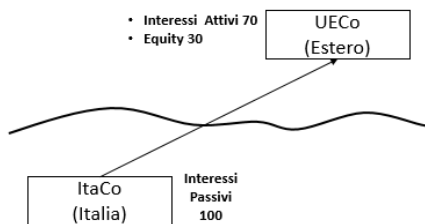


Figura 14

| | |
|-----------------------------|---|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo 1 | B.2. Un meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in capitale. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |
| Elemento distintivo 2 | E.1. Un meccanismo che comporta l'uso di norme «porto sicuro» (<i>safe harbour</i>) unilaterali. Per tale elemento distintivo non occorre la verifica del MBT. |

Esempio 12: Conversione di redditi da fondi comuni d'investimento in dividendi.

- ItaCo, fiscalmente residente in Italia, costituisce in uno Stato Membro UE una società veicolo UECò, fiscalmente trasparente nello stato di costituzione.
- ItaCo effettua un conferimento a favore di UECò la quale investe la provvista derivante dal conferimento in fondi comuni di investimento esteri.
- UECò ritrae dai propri investimenti in fondi comuni proventi finanziari che sistematicamente rigira a ItaCo.
- ItaCo tratta i pagamenti ricevuti come dividendi distribuiti da un soggetto (UECò) considerato fiscalmente opaco ai sensi dell'articolo 73, comma 1, lettera d), del TUIR.
- la presenza di UECò ha quindi come effetto la conversione dei proventi finanziari derivanti dai fondi esteri, tassabili in misura piena in Italia, in

altre categorie di reddito (dividendi) soggette a un diverso regime fiscale, a seconda delle scelte che ItaCo intende operare in dichiarazione.

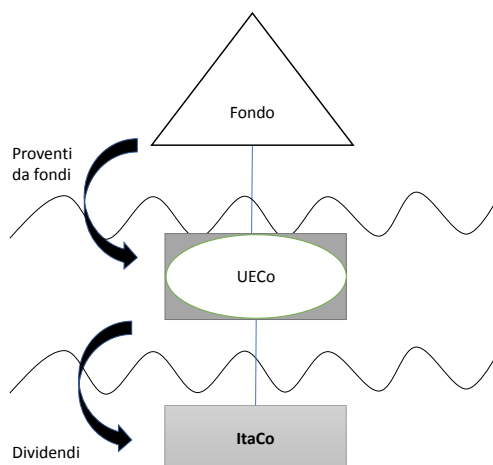


Figura 15

| | |
|-----------------------------|---|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo 1 | B.2. Un meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |

Esempio 13: trasformazione di reddito in altre categorie esenti/escluse mediante utilizzo di strumenti finanziari ibridi

- La Società ItaCo, fiscalmente residente in Italia, emette uno strumento finanziario sottoscritto da BCo, residente nello Stato B, per un importo di 10.
- In base allo strumento, la Società ItaCo è obbligata ad un pagamento annuale (pari a 450 bps sul capitale).
- In Italia, lo strumento finanziario è classificato come strumento di debito e i flussi correlati pagati da ItaCo a BCo sono considerati interessi, deducibili dall'imposta sul reddito delle società.
- Nel Paese B, lo strumento finanziario è qualificato come strumento di capitale e i flussi pagati da ItaCo sono considerati dividendi, esclusi dall'imposta sul reddito delle società.
- Il pagamento ibrido produce l'effetto di convertire gli interessi in

dividendi.

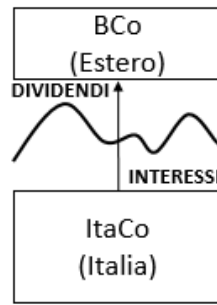


Figura 16

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo 1 | B.2. Un meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta. In questo caso con effetto di deduzione non tassazione. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |
| Elemento distintivo 2 | C.1, c) il pagamento beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali, assunto che avvenga tra imprese associate. Per tale elemento distintivo occorre la verifica del MBT. |

Esempio 14: trasformazione con strumenti finanziari ibridi importati

- ACo, residente nello Stato A (Extra-UE), sottoscrive un titolo denominato *Convertible Preferred Equity Certificates* (CPEC) emesso da BCo1, residente nello Stato B (UE).
- Il titolo CPEC è uno strumento finanziario ibrido in quanto è qualificato come titolo di capitale dallo Stato A e di debito dallo Stato B.
- Tale disallineamento determina che BCo1 deduce fiscalmente gli interessi maturati (o pagati), mentre ACo non tassa gli interessi in quanto li considera come dividendi esclusi.
- BCo1, a sua volta, sottoscrive un titolo denominato *CPEC "back to back"* (medesime caratteristiche, termini e condizioni del CPEC sottoscritto da ACo) emesso da BCo2, residente nel Paese B (UE); pertanto BCo1 maturerà interessi attivi sul *CPEC "back to back"*, mentre BCo2 maturerà interessi passivi (l'effetto fiscale della deduzione è stato trasferito da

BCo1 a BCo2).

- BCo2 concede un finanziamento denominato *Interest Bearing Loan (IBL)* ad ItaCo, società fiscalmente residente in Italia; tale finanziamento è strutturato in modo che, ai fini fiscali, sia in Italia che nello Stato B possa qualificarsi come strumento di debito: pertanto ItaCo maturerà interessi passivi deducibili (l'effetto fiscale della deduzione è stato trasferito da BCo2 a ItaCo).

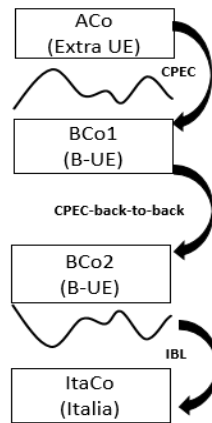


Figura 17

- Il meccanismo dà luogo a un effetto di deduzione senza inclusione e dunque è rilevante ai fini della comunicazione all'Amministrazione finanziaria italiana.

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo 1 | B.2. Un meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta. Conversione tra categorie reddituali con effetto di deduzione non tassazione. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |

8.2.3 Operazioni circolari.

Rientrano in questa categoria schemi, accordi o progetti che, pur assumendo diverse caratteristiche, strutture o configurazioni, sono in genere accomunati dal

fatto di non determinare reali vantaggi economici diversi dal risparmio fiscale.

La descrizione dell'elemento distintivo è contenuta alla lettera B, punto 3 dell'Allegato 1 al decreto legislativo (B.3) che lo definisce come: *«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».*

Affinché si possa configurare l'elemento distintivo, deve quindi ricorrere almeno una delle seguenti circostanze alternative:

- utilizzo di entità interposte che non svolgono nessun'altra attività commerciale principale;
- operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che producono effetti simili.

La prima circostanza ricorre qualora un'entità, nel contesto del funzionamento del meccanismo, svolga la funzione di veicolare gli effetti economico-finanziari di operazioni poste in essere tra altre entità parti dello schema e per la quale lo svolgimento di tale funzione assume carattere prevalente rispetto ad eventuali ulteriori attività commerciali svolte. A tal ultimo riguardo, si osserva che il requisito della sussistenza o meno dello svolgimento di altra attività commerciale principale deve essere valutato in termini sostanziali, avuto riguardo anche alle possibilità concrete di svolgere tale attività e tenuto conto della disponibilità di personale, attrezzature, attività e locali.

Integrano l'elemento distintivo in commento anche meccanismi in cui le transazioni nel loro complesso hanno l'effetto di compensarsi o annullarsi reciprocamente sotto il profilo economico finanziario.

È opportuno precisare, in merito, che l'effetto di compensazione può verificarsi sia a livello di singola entità sia a livello di gruppo di imprese.

Così, ad esempio, i componenti positivi potrebbero essere realizzati da una

entità del gruppo mentre quelli negativi essere registrati da un'altra entità del gruppo medesimo determinandosi a livello consolidato un effetto di compensazione.

Esempio 15: operazione circolare con entità interposta.

- Una banca italiana (BancaITA) finanzia una impresa italiana ItaCo che utilizza la liquidità ricevuta per sottoscrivere azioni di una parte correlata estera BCo, la quale presenta notevoli perdite fiscali riportate dai precedenti periodi di imposta.
- BCo deposita la liquidità ricevuta presso la stabile organizzazione estera della banca che ha concesso il finanziamento (BancaITA Branch).
- La stabile organizzazione remunera il deposito con interessi attivi a valore di mercato in favore di BCo.
- In capo a BCo, gli interessi sono compensati con le perdite fiscali riportate.
- L'operazione circolare genera la deduzione di interessi in Italia in cambio di dividendi esclusi con l'utilizzo della società interposta BCo.

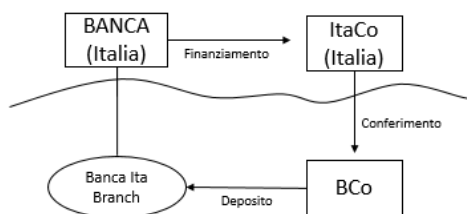


Figura 18

| | |
|-----------------------------|---|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo 1 | B.3 Un meccanismo comprendente operazioni circolari che si traducono in un «carosello» di fondi «round-tripping», in particolare tramite operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che presentano altre caratteristiche simili. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |

Esempio 16: operazioni circolari con *Interest Free Loan*

- La società ItaCo residente in Italia effettua un conferimento in denaro a

favore della società A residente nello Stato A dell'UE.

- A, con le risorse finanziarie ricevute, effettua un apporto di capitale di eguale ammontare a favore di B, società fiscalmente residente nello Stato B dell'UE.
- B, con le risorse ricevute, concede un finanziamento infruttifero ad A che, nel proprio Stato, beneficia della deduzione di un interesse nozionale su tale finanziamento, confermata da un *ruling* unilaterale con la pertinente Amministrazione fiscale.
- A, a sua volta, impiega i fondi ricevuti per concedere un finanziamento a titolo oneroso alla società ItaCo fiscalmente residente in Italia.
- Il meccanismo transfrontaliero determina una deduzione di interessi passivi in Italia da parte di ItaCo, cui non corrisponde la simmetrica tassazione all'estero. A, infatti, compensa gli interessi attivi sul finanziamento concesso alla società italiana con gli interessi passivi nozionali riconosciuti dallo Stato sul prestito infruttifero ricevuto da B. Al contempo, B non rileva interessi attivi sul prestito infruttifero concesso ad A.

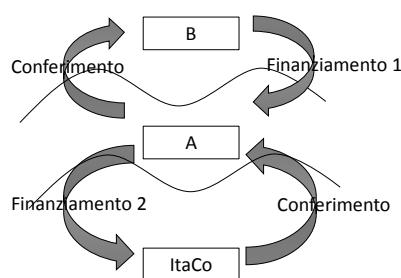


Figura 19

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo 1 | 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. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |

Esempio 17: operazioni circolari con utilizzo di “After Tax Hedging” asimmetrico.

- La società ItaCo stipula un contratto derivato del tipo *swap* assumendo una posizione al rialzo (lunga) rispetto ad un dato indice di riferimento con una controparte bancaria.
- La banca a sua volta stipula contestualmente un contratto di swap sullo stesso indice di riferimento con una società BCo, controllata da ItaCo e residente in un paese che non applica l’imposta sui redditi delle società, che assume nel contratto una posizione al ribasso (corta).
- Gli importi nozionali degli swap stipulati dalle due società sono calcolati in modo tale che i risultati economici per le società del gruppo, al netto degli effetti fiscali, si compensino perfettamente (*after tax hedging*).
- L’*indice* di riferimento è stato “costruito” in modo tale che le probabilità che lo stesso registri dei decrementi sia maggiore di quella riferibile agli incrementi.
- Per effetto di tale schema, il Gruppo è neutrale alle variazioni dell’indice di riferimento sotto il profilo economico ma non lo è sotto quello fiscale, giacché una riduzione del valore dello stesso determina un onere finanziario deducibile in Italia cui corrisponde un provento finanziario non tassato nello Stato estero.

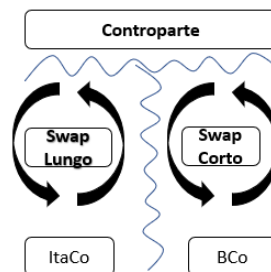


Figura 20

| | |
|-----------------------------|---|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo 1 | B.3 Un meccanismo comprendente operazioni circolari che si traducono in un «carosello» di fondi anche «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. Operazioni circolari che si compensano o si annullano – <i>After Tax Hedging</i> . L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |

8.3 Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere

Gli elementi identificativi di cui alla lettera C dell'Allegato 1 al decreto legislativo sono caratterizzati dal fatto che sfruttano le “asimmetrie” riservate al trattamento fiscale di medesime componenti reddituali da parte delle norme adottate da diverse giurisdizioni.

Gli elementi identificativi inclusi in questa categoria individuano fenomeni di:

- deduzione senza inclusione o di doppia deduzione, anche attraverso l'utilizzo di strumenti finanziari, pagamenti, entità e stabili organizzazioni ibride;
- moltiplicazione di rimedi contro la doppia imposizione;
- significative differenze nei trasferimenti di attivi tra l'importo dovuto come corrispettivo nelle giurisdizioni interessate e il valore di mercato degli attivi trasferiti.

Tutti gli elementi appartenenti a detta categoria devono integrare il criterio della potenziale riduzione di imposta di cui al paragrafo 4.3, e solo alcuni di questi devono soddisfare anche il criterio del vantaggio fiscale principale (MBT), di cui al paragrafo 4.4.

In particolare richiedono la verifica del criterio dell'MBT gli elementi distintivi contemplati alla lettera C, punto 1, dell'Allegato 1 al decreto legislativo (C.1), caratterizzati dalla presenza di un meccanismo che prevede pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate, dove si verifica almeno una delle condizioni seguenti:

«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;

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».

Tanto premesso, si forniscono di seguito chiarimenti in merito agli elementi distintivi rientranti nella classificazione di cui alla lettera C, punto 1, del citato Allegato 1.

8.3.1 Pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate

Rientrano nella categoria di elementi distintivi di cui alla lettera C, punto 1 dell'Allegato 1 al decreto legislativo (C.1) tutti quei meccanismi caratterizzati dalla previsione di un pagamento transfrontaliero deducibile tra due o più imprese associate, in relazione al quale si verifica almeno una delle seguenti condizioni di seguito riportate:

a) il destinatario non è residente a fini fiscali in alcuna giurisdizione;

b) il destinatario è fiscalmente residente in una giurisdizione che:

1. non impone alcuna imposta sul reddito delle società o impone un'imposta sul reddito delle società la cui aliquota è pari o prossima allo zero. Ai sensi dell'articolo 8, comma 3 del decreto ministeriale sono 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 giurisdizione di residenza, costituzione o direzione effettiva;

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 una 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.

Giova sottolineare che gli elementi distintivi in commento sono integrati esclusivamente laddove il pagamento avvenga tra imprese associate così come definite al paragrafo 2, punto 7 della presente circolare (definizioni).

Nell'ambito dell'elemento distintivo in commento, è opportuno svolgere alcune considerazioni con riferimento alla "natura" e al "destinatario" del pagamento.

Al riguardo, con riferimento alla nozione di pagamento assume rilevanza il concetto di componente negativo di reddito fiscalmente deducibile.

In aggiunta, si ritiene che l'elemento distintivo in commento sia altresì integrato in caso di cc.dd. pagamenti figurativi tra stabile organizzazione (esente o con credito) e casa madre ovvero tra stabili organizzazioni della medesima casa madre.

Il secondo tema attiene ai casi in cui il pagamento transfrontaliero sia effettuato da un contribuente a favore di un'impresa associata per il tramite di un soggetto interposto, che non assume alcuna significativa funzione sotto il profilo economico-finanziario in relazione alla transazione da cui origina il pagamento e che può anche non essere un'impresa associata; si pensi ad esempio, al caso della corresponsione di interessi su un finanziamento ad una entità che, sulla base di accordi negoziali, è obbligata a retrocedere i flussi finanziari al destinatario finale.

In tali circostanze, i soggetti in relazione ai quali occorre verificare l'esistenza degli elementi distintivi in commento sono il pagatore e il destinatario

finale del pagamento, entrambi imprese associate.

Un secondo aspetto meritevole di chiarimenti riguarda i casi di 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).

In tali casi, il destinatario o i destinatari del pagamento transfrontaliero, in ragione della quota di loro spettanza, andranno individuati secondo i seguenti criteri:

1. qualora l'entità sia considerata trasparente anche dallo Stato in cui il socio è fiscalmente residente⁵, allora il destinatario del pagamento coincide con il socio (partner);
2. qualora l'entità è considerata “opaca” dallo Stato in cui il socio (partner) è fiscalmente residente, il destinatario del pagamento rimane individuato nell'entità medesima. In questo caso, se lo Stato di costituzione dell'entità trasparente non assoggetta a imposizione il socio non residente sul reddito conseguito dall'entità trasparente a lui imputabile, l'entità sarà considerata come non residente in alcuna giurisdizione, integrando conseguentemente l'elemento distintivo C.1.a) per il quale non è richiesta la verifica dell'MBT. Nondimeno, qualora lo Stato di costituzione dell'entità trasparente assoggetti a imposizione il socio non residente sul reddito ad esso imputato dall'entità trasparente, si deve 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) (...*impone un'imposta sul reddito delle società la cui aliquota è pari o prossima allo zero.*).

⁵ Sul punto si segnala la precisazione del *Working Party IV – Direct Taxation 24 September 2018 SUMMARY RECORD – prepared by the Commission Services*. Il documento è reperibile al seguente indirizzo web: <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=19686> «*regarding tax transparent entities (such as partnerships) being recipients of a cross-border payment, one will need to search for the tax regime applying to the partners. C.1 would apply if the partners are tax exempt and resident for tax purposes in the same jurisdiction as the partnership*».

Un'ulteriore precisazione deve essere effettuata in relazione alle situazioni in cui il pagamento sia riferibile ad una stabile organizzazione all'estero di un'impresa associata, in regime di *branch exemption*. Può accadere che lo Stato della casa madre riconosca l'esistenza della stabile organizzazione esente, mentre lo Stato in cui viene svolta l'attività non ravvisi l'esistenza di una *permanent establishment*; in una siffatta ipotesi, la casa madre è da considerarsi quale destinatario del pagamento, integrando in tal modo l'elemento distintivo di cui alla lettera C, punto 1, c), ossia, «*il pagamento beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali*».

Nella diversa ipotesi di riconoscimento della stabile organizzazione esente, sebbene l'Allegato 1 al decreto legislativo nel configurare gli elementi distintivi di cui trattasi faccia testualmente riferimento «*alla giurisdizione in cui il destinatario del pagamento è residente ai fini fiscali*», per ragioni sistematiche e d'integrità delle disposizioni DAC 6, è da ritenere che, laddove secondo la prospettiva dello Stato della casa madre il pagamento sia attribuito alla stabile organizzazione, la verifica degli elementi distintivi in commento debba essere effettuata con riferimento alla giurisdizione di localizzazione della stabile organizzazione.

In merito all'elemento distintivo di cui alla lettera C punto 1, b) sub 1), si osserva che l'elemento distintivo è integrato qualora il destinatario del pagamento è fiscalmente residente in una giurisdizione «*che 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*».

Al fine di fornire un elemento oggettivo di riferimento e favorire l'applicazione uniforme della disposizione, è da ritenere che la locuzione «*[...] il cui tasso è pari o prossimo allo zero*» debba essere interpretata nel senso di ricomprendere tutti i casi in cui l'aliquota nominale è inferiore all'1%.

Passando all'elemento distintivo di cui alla lettera C) punto 1, lettera b) sub 2) dell'Allegato 1 al decreto legislativo, ovvero al caso di pagamenti effettuati a beneficio di un soggetto residente in una giurisdizione «*che 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», si chiarisce che l'elenco dei Paesi non collaborativi collettivamente valutato dagli Stati Membri della Unione Europea è la *“EU List of Non-Cooperative Jurisdictions for Tax purposes”* mentre per Paesi non collaborativi secondo l'OCSE si intendono quelli inseriti nella lista OCSE/G20 *“List of Jurisdictions which have not made satisfactory progress in implementing the international tax transparency standards⁶”*.

Tali liste sono aggiornate periodicamente. In relazione a ciò, al fine di fornire un elemento obiettivo di riferimento, è da ritenere che l'elenco degli Stati non cooperativi da prendere in considerazione è quello reso pubblico alla data in cui sorge l'obbligo di comunicazione ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo e dall'articolo 2, comma 5, del decreto ministeriale.

Con riferimento al meccanismo di cui alla lettera C, punto 1, lettera c), ossia *«il pagamento beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali»*, la condizione prevista dall'elemento distintivo si riferisce a situazioni in cui il componente reddituale correlato al pagamento non sia assoggettato alle pertinenti imposte nello Stato del destinatario quale conseguenza del riconoscimento di sgravi fiscali nella forma di esenzioni, esclusioni dalla base imponibile, riduzioni d'imposta, compensazioni, rimborsi e crediti di imposta legati ad agevolazioni.

Tali cause di esenzione, peraltro, considerato lo specifico riferimento al concetto di “pagamento”, devono intendersi riferite esclusivamente al componente reddituale correlato al pagamento transfrontaliero e non allo *status* soggettivo del destinatario.

In ultimo, in relazione all'elemento distintivo di cui alla lettera C, punto 1, lettera d) del decreto legislativo, che risulta integrato quando *«il pagamento beneficia di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il*

⁶ La lista OCSE/G20 *“List of Jurisdictions which have not made satisfactory progress in implementing the international tax transparency standards”* è visionabile al seguente indirizzo internet a pagina n. 25 del documento. <https://www.oecd.org/g20/topics/international-taxation/oecd-secretary-general-tax-report-g20-leaders-november-2020.pdf>

destinatario è residente a fini fiscali», si ritiene che il concetto di regime preferenziale è quello desumibile dal rapporto OCSE *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report* del progetto BEPS, che fa riferimento a quei regimi di tassazione agevolata che, in ragione delle loro caratteristiche (ad esempio basso livello di tassazione effettiva, mancanza di requisiti sostanziali delle attività agevolate, scarsa trasparenza), sono ritenuti potenzialmente dannosi, in quanto concretamente utilizzabili per pratiche di pianificazione aggressiva a livello internazionale.

Si rammenta a tal proposito che l'OCSE, tramite la pubblicazione di rapporti periodici (*Harmful Tax Practices - Progress Report on Preferential Regimes*), riporta regolarmente l'avanzamento dei lavori del *Forum on Harmful Tax Practices (FHTP)*, ponendo in essere un "monitoraggio" riguardante trattamenti fiscali specifici accordati da singoli Stati o giurisdizioni fiscali per incentivare determinati tipi di attività o investimenti in zone geografiche definite, con riferimento ai Paesi aderenti al cosiddetto "Quadro Inclusivo" ("OECD *inclusive framework*"), ossia Stati o giurisdizioni che hanno assunto l'impegno internazionale ad attuare le misure BEPS che costituiscono il cosiddetto *minimum standard*, tra cui anche l'Azione 5, attribuendo loro un giudizio sulla base della sussistenza o meno dei requisiti richiesti dagli standard internazionali per considerare un regime "non dannoso".

Coerentemente con l'impostazione assunta nei citati rapporti⁷, si ritiene che possano essere considerati come regimi non preferenziali esclusivamente quelli per i quali a seguito di verifica da parte dell'OCSE sia stato loro attribuito il giudizio di "non dannoso" (*Not harmful*).

È da ritenere che l'elenco dei citati regimi da prendere in considerazione è quello pubblicato alla data in cui sorge l'obbligo di comunicazione ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo e dell'articolo 2, comma 5 del decreto

⁷ Il rapporto è consultabile al seguente indirizzo web:

<http://www.oecd.org/ctp/harmful-tax-practices-2018-progress-report-on-preferential-regimes-9789264311480-en.htm>

ministeriale.

In relazione agli elementi distintivi in commento valgono le considerazioni svolte nel paragrafo 4.3 (riduzione potenziale d'imposta) in relazione agli effetti prodotti dalle norme antielusive specifiche (ad esempio norme anti-ibridi e CFC) riguardo alla valutazione della sussistenza dei requisiti richiesti dall'elemento distintivo in commento e per le valutazioni inerenti alla riduzione potenziale d'imposta.

Esempio 18: pagamenti a soggetti non residenti in alcuna giurisdizione con uso di entità ibrida inversa

- La società ACo1, assoggettata alle leggi dello Stato A (Extra-UE), costituisce la società BCo1 nello Stato B (UE).
- Sotto il profilo fiscale BCo1 è considerata trasparente o non soggetta a imposizione nello Stato B mentre è considerata opaca dallo Stato A (c.d. entità ibrida inversa).
- ACo1 conferisce *equity* in BCo1 la quale utilizza i fondi ricevuti per concedere un finanziamento alla controllata BCo2 residente nello stesso Stato B.
- BCo2, a sua volta stipula un contratto di finanziamento con l'impresa associata ItaCo, residente in Italia, finanziamento che replica le stesse condizioni di quello erogato da BCo1 a BCo2 (finanziamento *back to back*).
- L'effetto dello schema è quello di generare una deduzione in Italia e una non inclusione del correlato componente di reddito in nessun altro Stato.
- Nello Stato B, infatti, BCo2 compensa gli interessi attivi con quelli passivi; BCo1 essendo trasparente non è considerato autonomo soggetto passivo d'imposta e quindi non è tassato. ACo1 considera BCo1 come un'entità opaca, ossia soggetta alle leggi fiscali dello Stato di localizzazione B.

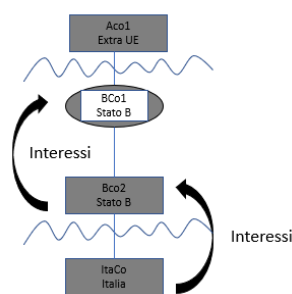


Figura 21

| | |
|-----------------------------|---|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | C.I. 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; L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Non occorre la verifica del MBT. |

Esempio 19: pagamento che beneficia dell'esenzione dall'imposte a seguito di riallocazione di beni immateriali

- Il gruppo MNE costituisce la controllata BCo nello Stato B.
- La stessa BCo ha il *place of effective management* nello Stato E ed è quindi considerata residente fiscalmente in E.
- Lo Stato E (extra-UE) esenta da imposte tutti i redditi.
- Il Gruppo MNE trasferisce la proprietà di un bene immateriale a BCo che lo concede in uso ad ItaCo, società residente fiscalmente in Italia che, in contropartita, corrisponde canoni (royalties) per l'utilizzo del bene.
- Il meccanismo determina una situazione in cui vi è una deduzione netta in Italia a fronte di una non tassazione del relativo reddito da parte del percipiente. Il reddito da royalties ricevuto da BCo, infatti, non è tassato in nessuno degli Stati coinvolti.

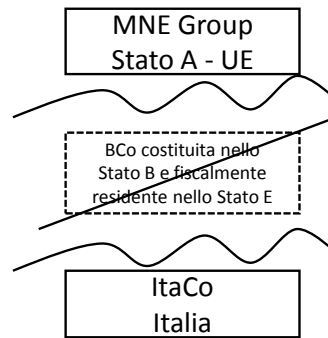


Figura 22

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento Distintivo | C.1, c) il pagamento beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |

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

L'elemento distintivo di cui alla lettera C, punto 2 dell'Allegato 1 al decreto legislativo (C.2), si riferisce in generale a meccanismi nei quali un medesimo attivo patrimoniale genera ammortamenti dedotti in più di una giurisdizione.

Tali circostanze, ad esempio, 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).

Esempio 20: doppia deduzione di componenti di costo riferibili a beni patrimoniali come conseguenza dell'applicazione di diversi principi contabili.

- La Società A, residente nel Paese A, è titolare giuridica di un *asset* e lo iscrive nel suo Stato Patrimoniale.
- La società B, residente nel Paese B, ha la disponibilità economica del medesimo *asset* in quanto ne sopporta tutti i rischi connessi con l'utilizzo dello stesso.

- In applicazione dei rispettivi principi contabili adottati, entrambe le società includono l'*asset* nei loro bilanci e deducono anche fiscalmente l'ammortamento del cespite come onere di competenza.
- Questa situazione ricade nell'elemento identificativo, perché l'effetto prodotto dal meccanismo risiede nella doppia deduzione dello stesso ammortamento che viene richiesta in due distinte giurisdizioni fiscali.

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | C.2 Per lo stesso ammortamento sul patrimonio sono chieste detrazioni in più di una giurisdizione. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Non occorre la verifica del MBT. |

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

L'elemento distintivo classificato alla lettera C, punto 3, dell'Allegato 1 al decreto legislativo (C.3) è associato a meccanismi che consentono di richiedere *«lo sgravio dalla doppia tassazione rispetto allo stesso elemento di reddito o capitale in più di una giurisdizione»*.

Ciò, ad esempio, può verificarsi nei casi di meccanismi elaborati per sfruttare situazioni in cui i redditi ritraibili da uno strumento finanziario risultano attribuibili contestualmente a più soggetti residenti fiscalmente in Stati diversi con l'effetto di consentire la simultanea utilizzazione di crediti d'imposta, esenzioni o esclusioni in diverse giurisdizioni.

Esempio 21: trasferimento ibrido di azioni “Cum Dividend”.

- Un intermediario residente in Italia “vende” un meccanismo transnazionale che prevede le seguenti fasi.
- La Società ACo, residente fiscalmente nello Stato A, prende a prestito titoli azionari dalla Società BCo, residente fiscalmente nello Stato B (mutuo di titoli).
- In base al meccanismo, i rendimenti sui titoli sottostanti ricevuti dal

mutuatario durante il periodo del prestito devono essere retrocessi al mutuante BCo (*manufactured dividend*).

- Lo stato B attribuisce la titolarità dei dividendi a BCo, come se continuasse a riceverli direttamente sui titoli sottostanti.
- Lo Stato A considera ACo come destinatario degli stessi dividendi e, al tempo stesso, consente la deduzione del *manufactured dividend*.
- Il trasferimento ibrido, quindi, consente il godimento del rimedio contro la doppia imposizione (esclusione/esenzione dei dividendi) in entrambi gli Stati.

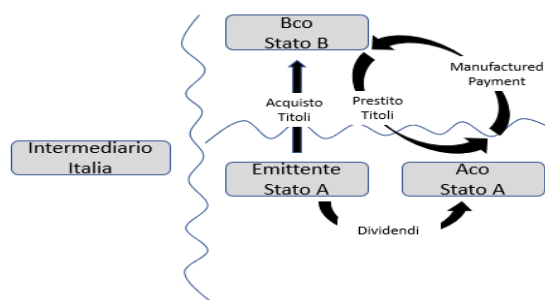


Figura 23

| | |
|-----------------------------|---|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | C.3. È chiesto lo sgravio dalla doppia tassazione rispetto allo stesso elemento di reddito o capitale in più di una giurisdizione. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Non occorre la verifica del MBT. |

8.3.4 Trasferimenti di attivi

L'elemento distintivo di cui alla lettera C, punto 4, dell'Allegato 1 al decreto legislativo (C.4), intercetta una tipologia di 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».

L'elemento distintivo in commento risulta integrato ogni qualvolta in almeno una delle giurisdizioni interessate si verifica una differenza tra il valore attribuito all'attivo trasferito ed il relativo valore di mercato, come peraltro precisato dall'articolo 8, comma 4 del decreto ministeriale, in base al quale, «*A fini della lettera C, punto 4, [...], la differenza di importo generata dal trasferimento di attivi è da intendersi come differenza tra l'importo dovuto come corrispettivo nelle giurisdizioni interessate e il valore di mercato degli attivi trasferiti*».

In aggiunta, «*per valore di mercato*» degli attivi trasferiti deve essere inteso quello rilevante in considerazione della disciplina dei prezzi di trasferimento e dunque applicando lo *standard dell'arm's length principle*, recepito in Italia dal decreto 14 maggio 2018 del Ministero dell'economia e delle finanze con riferimento all'articolo 110, comma 7 del TUIR.

Del pari, si dovrà tenere in considerazione la valorizzazione dell'avviamento, in caso di cessione di complessi aziendali o rami d'azienda, quest'ultimo determinato sulla base delle «*funzioni svolte e dei rischi trasferiti*».

Il primo elemento caratterizzante l'elemento distintivo in commento è l'oggetto della transazione che 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, in virtù dell'ampio riferimento al concetto di «*attivi*» è da ritenere che rientrano in tale categoria tutti i beni di natura patrimoniale a prescindere dalla loro qualificazione (beni materiali, immateriali, finanziari) e dalla loro modalità di rilevazione in contabilità.

La differenza tra valore fiscale riconosciuto all'attivo oggetto di transazione negli Stati interessati rispetto al valore di mercato dello stesso deve essere significativa nel senso che deve trattarsi di differenze che in valore assoluto siano

pari almeno al 10%⁸ del valore di mercato attribuito all'attivo.

La determinazione di tale percentuale viene assunta per ragioni di semplificazione e di certezza ed è coerente con analoghe soglie utilizzate in altri contesti.

Esempio 22: Diversa valorizzazione fiscale in caso di cessione di un attivo patrimoniale.

- La Società ACo, residente nello Stato UE, trasferisce un impianto alla Società BCo, residente nello Stato B, al prezzo di 100 pari al suo valore fiscale senza realizzare alcuna plusvalenza.
- Il valore di mercato dell'impianto oggetto di trasferimento è pari a 200.
- La differenza è significativa essendo pari al 100% del valore di mercato.
- L'*hallmark*, pertanto, è da ritenersi integrato.

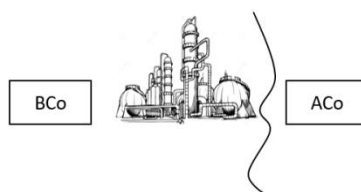


Figura 24

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | C.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. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Non occorre la verifica del MBT. |

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

La lettera D dell'Allegato 1 al decreto legislativo è dedicato all'individuazione degli elementi distintivi specifici intesi ad intercettare:

- i meccanismi elaborati per eludere gli obblighi in materia di scambio

⁸ Si veda il comma 1-ter, articolo 4, del decreto legislativo 74 del 2000, per il quale non danno luogo a fatti punibili penalmente le valutazioni che complessivamente considerate, differiscono in misura inferiore al 10 per cento da quelle corrette.

automatico di informazioni sui conti finanziari, classificati alla lettera D, punto 1 (D.1);

- i meccanismi che utilizzano una struttura offshore opaca, classificati alla lettera D, punto 2 (D.2).

Si premettono alcune considerazioni sugli ambiti normativi cui si riferiscono tali elementi distintivi.

Gli elementi distintivi elencati alla lettera D.1 s'inquadrano nel contesto del *Common Reporting Standard* (CRS) elaborato in ambito OCSE che prevede l'obbligo, in capo alle Amministrazioni finanziarie degli Stati aderenti, di scambiarsi automaticamente i dati relativi ai "conti finanziari", detenuti da soggetti non residenti, ad esse trasmessi dalle istituzioni finanziarie (banche, fondi comuni, assicurazioni, trust, fondazioni, ecc.) residenti o localizzate nel loro territorio.

Nel contesto comunitario, allo scopo di fornire una base giuridica agli Stati membri per l'attuazione del CRS in base allo standard OCSE, è stata adottata la Direttiva 2014/107/UE del Consiglio del 9 dicembre 2014 (DAC 2), che ha ampliato l'ambito di applicazione della Direttiva 2011/16/UE del Consiglio, del 15 febbraio 2011, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale.

La Direttiva DAC2 è stata recepita in Italia con la legge 18 giugno 2015, n. 95 che ha altresì introdotto le disposizioni concernenti gli adempimenti cui sono tenute le istituzioni finanziarie italiane ai fini dell'attuazione dello scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, disposizioni derivanti da altri Accordi e intese tecniche conclusi dall'Italia con i Governi di Paesi esteri secondo lo standard OCSE.

Con il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 28 dicembre 2015, sono state introdotte le disposizioni di attuazione della citata legge n. 95 del 2015, con particolare riguardo alle modalità di rilevazione, trasmissione e comunicazione all'Agenzia delle entrate delle informazioni relative ai conti finanziari, nonché le procedure relative agli obblighi di adeguata verifica (*due*

diligence) ai fini fiscali.

Gli elementi distintivi elencati alla lettera D.2 si riferiscono all'utilizzo delle strutture offshore opache che non consentono l'individuazione del titolare effettivo. La definizione di titolare effettivo è quella stabilita dalla normativa antiriciclaggio italiana contenuta nel decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231.

Detta disciplina ha previsto tra l'altro l'obbligo, principalmente in capo ad operatori finanziari e professionisti, di svolgere un processo di "adeguata verifica della clientela", con riferimento ai rapporti e alle operazioni inerenti allo svolgimento dell'attività, volto all'identificazione del "titolare effettivo" da intendersi come la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell'interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è istaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita.

In merito alla concreta applicazione degli elementi distintivi in commento (D.1 e D.2), si ribadisce che gli stessi non sono ricompresi tra quelli per i quali l'articolo 6 del decreto ministeriale prevede la condizione della potenziale riduzione d'imposta in uno Stato membro, trovando quindi applicazione a prescindere dalla individuazione di uno specifico vantaggio fiscale. Di conseguenza, gli elementi distintivi specifici D1 e D2 sono altresì esclusi dalla verifica del criterio del vantaggio fiscale principale (MBT).

8.4.1 Meccanismi transfrontalieri che hanno l'effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione previsto dallo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari

Gli elementi distintivi specifici afferenti allo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari sono descritti, come detto, alla lettera D.1. Inoltre, un elenco di esempi è stato introdotto nell'Allegato A del decreto ministeriale (Sezione I).

Ciò premesso, il decreto legislativo definisce gli elementi distintivi classificati alla lettera D.1 facendo riferimento a «*Un meccanismo che può avere*

come effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione imposto dalle leggi che attuano la normativa dell'Unione o eventuali accordi equivalenti sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, compresi accordi con i paesi terzi, o che trae vantaggio dall'assenza di tale normativa o tali accordi».

In ultimo, come già riportato in premessa, occorre evidenziare che, conformemente alle indicazioni presenti nei considerando alla Direttiva DAC 6, le disposizioni contenute nelle norme di recepimento nazionali (decreto legislativo e decreto ministeriale) in relazione alla categoria di elementi distintivi in esame possono essere interpretate avvalendosi del MDRs predisposto dall'OCSE nel 2018.

Tra le indicazioni contenute nelle MDRs assume rilievo il concetto di *reasonable to conclude test* per la verifica degli elementi in esame. Alla luce di tale criterio, gli elementi distintivi di cui alla lettera D si considerano integrati qualora sia *«ragionevole concludere»* che il meccanismo sia disegnato o commercializzato per (o abbia l'effetto di) aggirare la disciplina CRS o di sfruttarne l'assenza.

Il *reasonable to conclude test* deve essere eseguito da un punto di vista oggettivo, avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze del caso e sarà integrato qualora l'effetto di aggiramento emerga dalle informazioni prontamente disponibili anche tenuto conto del grado di competenza e comprensione dei soggetti coinvolti. Al riguardo si rinvia a quanto precisato con riferimento al paragrafo 3.2 in relazione allo standard di conoscenza.

Si precisa inoltre che analoghe considerazioni possono essere estese agli elementi distintivi della successiva categoria D.2.

8.4.1.1 Meccanismi transfrontalieri che comportano l'uso di un conto, prodotto o investimento che non è un conto finanziario

Il decreto legislativo, Allegato 1, lettera D, punto 1, a) tratta 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».

L'esemplificazione dell'elemento distintivo in commento è contenuta nel decreto ministeriale nella Sezione I, lettera E, dell'Allegato A, che ne individua le caratteristiche come segue: *«L'uso di un prodotto finanziario non soggetto all'obbligo di comunicazione e che fornisce all'investitore le funzionalità di base di un conto finanziario oggetto di comunicazione. 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. L'elemento distintivo ricorre sia per l'uso di tali prodotti sia per il trasferimento di fondi in tali prodotti».*

Si tratta di schemi, accordi o progetti che impiegano un prodotto finanziario non oggetto di monitoraggio per finalità diverse da quelle per le quali è stato originariamente realizzato.

Esempio 23: apertura di un conto di moneta elettronica con funzionalità analoga ad un conto di deposito

- La persona fisica A (PF A) residente nella giurisdizione A intende aprire un conto deposito presso la Banca B residente nella giurisdizione B.
- Le giurisdizioni coinvolte (A e B) partecipano allo scambio di informazioni automatico sui conti finanziari.
- PF A decide di aprire un conto in moneta elettronica che però presenta funzionalità e servizi analoghi a quelli disponibili in un conto deposito, con l'effetto di mascherare la detenzione di un prodotto finanziario che sarebbe oggetto di monitoraggio.

Esempio 24: apertura di un deposito a garanzia (*escrow account*) per mascherare un conto di deposito

- La persona fisica A (PF A) residente nella giurisdizione A intende aprire un conto deposito presso la Banca B residente nella giurisdizione B.
- Le giurisdizioni coinvolte partecipano allo scambio di informazioni

automatico sui conti finanziari.

- PF A decide di aprire un “*escrow account*” (conto fiduciario o deposito a garanzia), dichiarando che è funzionale all’acquisto di un immobile.
- La disciplina CRS qualifica a basso rischio un *escrow account* che, quindi, rientra nella categoria “*non reporting*”.
- La disciplina CRS viene in tal modo aggirata, in quanto viene simulata la volontà di acquistare una proprietà immobiliare (acquisto che non si realizza mai effettivamente), lasciando nella sostanza le risorse finanziarie a disposizione del reale beneficiario in un conto deposito.

8.4.1.2 Meccanismi transfrontalieri che comportano il trasferimento del conto finanziario in giurisdizioni non soggette all’obbligo di scambio CRS

Il decreto legislativo, Allegato 1, lettera D, punto 1), b) declina l’elemento distintivo in commento nel modo seguente: *«il trasferimento di conti o attività finanziarie in giurisdizioni che non sono vincolate dallo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari con lo Stato di residenza del contribuente pertinente, o l'utilizzo di tali giurisdizioni».*

La Sezione I dell’Allegato A, lettera D al decreto ministeriale fornisce a tal proposito il seguente esempio: *«La commercializzazione di uno schema che incentiva un contribuente fiscalmente residente nella Giurisdizione X a trasferire un conto finanziario soggetto all’obbligo di comunicazione, o la maggior parte delle attività finanziarie in esso contenute, presso un intermediario finanziario residente o localizzato in una Giurisdizione Y che non ha implementato il Common Reporting Standard o che non scambia le informazioni con l’autorità competente della Giurisdizione X».* In estrema sintesi, l’*hallmark* è integrato a seguito della commercializzazione di uno schema che incentiva il contribuente a trasferire l’intero valore delle attività finanziarie, o di una parte rilevante di esso, presso un intermediario finanziario localizzato in un’altra giurisdizione che non è obbligata ad effettuare lo scambio di informazioni con il Paese di residenza del contribuente.

A tal riguardo si richiamano le regole riferibili alle operazioni routinarie di natura bancaria e finanziaria, come già esplicitate nel paragrafo 3.2 in relazione alla verifica dello standard di conoscenza.

Una volta soddisfatto lo standard di conoscenza, si chiarisce che l'elemento distintivo in commento si intende verificato in presenza di meccanismi che determinano 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, in caso di conto aperto successivamente alla predetta data, di altro adeguato periodo di rendicontazione alla clientela.

A titolo esemplificativo, in data 28/12/2021 PF, un soggetto residente in Spagna, trasferisce euro 260.000 da un conto di deposito acceso presso un istituto creditizio in Italia verso un conto di deposito detenuto presso una banca nello Stato X che non ha implementato il CRS o che non scambia i dati CRS con la Spagna. Il conto, al momento del trasferimento dei fondi, ha un saldo di euro 1.000.000. La giacenza media annuale calcolata al 31/12/2020 è di euro 500.000. Pertanto, al verificarsi delle altre condizioni previste dalle disposizioni rilevanti, il trasferimento di attività finanziarie costituisce un meccanismo comunicabile.

Si precisa che gli elenchi delle giurisdizioni oggetto di comunicazione e delle giurisdizioni partecipanti allo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari sono riportati, rispettivamente, negli Allegati C e D del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 28 dicembre 2015, periodicamente aggiornati con appositi provvedimenti del direttore generale delle finanze e del direttore dell'Agenzia delle entrate⁹.

Esempio 25: trasferimento del saldo del conto finanziario in prossimità della data di rilevazione

- La persona fisica A (PF A) residente nella giurisdizione A detiene un conto deposito presso la Banca B residente nella giurisdizione B.

⁹ L'elenco delle giurisdizioni partecipanti allo scambio automatico delle informazioni sui conti finanziari (CRS) è riscontrabile al seguente indirizzo web, che contiene aggiornamenti costanti:
<http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/exchange-relationships/>.

- Le giurisdizioni coinvolte partecipano allo scambio di informazioni automatico sui conti finanziari.
- PF A ha interesse che le disponibilità presenti nel conto deposito non siano oggetto di comunicazione da parte del Paese B all'autorità finanziaria del Paese A.
- Pertanto il 28 dicembre decide di trasferire le attività finanziarie in un conto deposito aperto presso la Banca C residente nel Paese C.
- Le giurisdizioni A e C non partecipano allo scambio di informazioni automatico sui conti finanziari.
- Il 2 gennaio dell'anno successivo PF A fa rientrare le somme sul conto deposito presso la Banca B residente nella giurisdizione B.

8.4.1.3 Meccanismi transfrontalieri che comportano la riclassificazione dei flussi finanziari

Il decreto legislativo, Allegato 1, identifica l'elemento distintivo D, punto 1, c) nel modo seguente: *«la riclassificazione di redditi e capitali come prodotti o pagamenti che non sono soggetti allo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari»*.

La Sezione I dell'Allegato A, lettera M al decreto ministeriale fornisce a tal proposito il seguente esempio: *«Meccanismi che consentono la classificazione di un pagamento tra quelli non soggetti ad obbligo di comunicazione. Per esempio, il caso di un trust che paga conti o fatture per conto di un beneficiario»*.

L'elemento distintivo, in questo caso, prende in considerazione situazioni in cui l'istituzione finanziaria, in luogo di effettuare pagamenti o accrediti sul conto del beneficiario che sarebbero oggetto di comunicazione, come ad esempio interessi, dividendi o *capital gain*, utilizzi forme alternative di pagamenti a vantaggio dello stesso che ricadono fuori dall'ambito di applicazione del CRS.

Inoltre, rientra nell'elemento distintivo in commento qualsiasi riclassificazione di un reddito o capitale in un pagamento derivante da un prodotto finanziario o assicurativo che si qualifica come pagamento derivante da

un conto escluso ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera ee) del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 28 dicembre 2015.

8.4.1.4 Meccanismi transfrontalieri che comportano il trasferimento o la conversione di istituzioni finanziarie, conti finanziari e/o attività finanziarie

Il decreto legislativo, Allegato 1, lettera D, punto 1, identifica l'elemento distintivo di cui alla lettera d) come *«trasferimento o la 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 finanziarie non soggetti a comunicazione nell'ambito dello scambio automatico di informazioni sui conti finanziari»*.

L'elemento distintivo in commento, dunque, si riferisce sia al caso di trasferimento o conversione di un'istituzione finanziaria tenuta alla comunicazione (articolo 1, comma 1, lettera n) del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 28 dicembre 2015) in un'istituzione finanziaria non soggetta all'obbligo di comunicazione, sia al caso in cui l'oggetto di trasferimento o conversione non è l'istituzione finanziaria, bensì un conto finanziario o le relative attività finanziarie.

Coerentemente con quanto previsto nella Direttiva DAC 6, rientra nell'elemento distintivo in esame anche il trasferimento di un'istituzione finanziaria in uno Stato nel quale, secondo la propria normativa interna, l'istituzione non è tenuta ad effettuare la comunicazione ai sensi della disciplina sullo scambio automatico dei conti finanziari.

Ciò premesso, il decreto ministeriale nella Sezione I, lettera A, dell'Allegato A, fornisce una prima esemplificazione come segue:

«La commercializzazione di uno schema che incentiva un trasferimento di fondi da un conto di deposito oggetto di comunicazione a un conto finanziario escluso dall'obbligo di comunicazione (es. prodotto pensionistico), con lo scopo prevalente di aggirare tale obbligo. Le esclusioni dall'obbligo di comunicazione

dei conti finanziari sono contenute nelle normative interne di implementazione del Common Reporting Standard adottate da ciascuna Giurisdizione».

In aggiunta a quanto sopra, la Sezione I dell'Allegato A, lettera B, contiene l'ulteriore seguente esempio:

«La commercializzazione di uno schema che incentiva un trasferimento di fondi da un'istituzione finanziaria soggetto all'obbligo di comunicazione sui conti finanziari a un'istituzione finanziaria esclusa da tale obbligo, con lo scopo prevalente di aggirare tali obblighi. Le esclusioni dall'obbligo di comunicazione da parte delle istituzioni finanziarie sono contenute nelle normative interne di implementazione del Common Reporting Standard adottate da ciascuna Giurisdizione».

Infine, la Sezione I dell'Allegato A, lettera C, contiene, il seguente esempio:

«La commercializzazione di uno schema che incentiva 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), con lo scopo prevalente di aggirare tale obbligo».

8.4.1.5 Meccanismi transfrontalieri che comportano il ricorso a soggetti, meccanismi o strutture giuridici che eliminano o hanno lo scopo di eliminare la comunicazione su titolari o persone che esercitano il controllo

Il decreto legislativo, Allegato 1, identifica l'elemento distintivo di cui alla lettera D, punto 1, e) nel modo seguente: *«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».*

La Sezione I dell'Allegato A, lettera I, al decreto ministeriale fornisce inoltre il seguente esempio:

«Meccanismi che consentono, attraverso investimenti back-to-back, di considerare un'entità non finanziaria quale titolare di un conto, con lo scopo di impedire l'identificazione dei soggetti che realmente detengono il conto, da parte dell'intermediario finanziario presso cui il conto è mantenuto».

Infine, la Sezione I dell'Allegato A, lettera L, al decreto ministeriale contiene il seguente esempio:

«Meccanismi che consentono, intervenendo sugli assetti proprietari di un'entità non finanziaria passiva che detiene un conto, di impedire che l'investitore che esercita il controllo su tale entità sia identificato come controllante».

In sostanza, l'elemento distintivo in commento intende individuare tutti i casi in cui entità non tenute all'obbligo di comunicazione sono utilizzate per celare l'identità del titolare effettivo del conto, altrimenti soggetto a comunicazione, ovvero i casi in cui sono posti in essere accordi finalizzati ad aggirare la definizione di "persona che esercita il controllo" di una entità non finanziaria passiva, ad esempio attraverso forme di frammentazione della partecipazione.

8.4.1.6 Meccanismi transfrontalieri che comportano la compromissione delle procedure di adeguata verifica

Il decreto ministeriale identifica l'elemento distintivo di cui alla lettera D, punto 1, f) nel modo seguente: *«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».*

Ciò premesso, la Sezione I dell'Allegato A del decreto ministeriale, lettera F, propone il seguente esempio:

«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 USD, al fine di evitare l'obbligo di comunicazione».

In aggiunta, la Sezione I dell'Allegato A del decreto ministeriale, lettera G, contiene un ulteriore esempio dal seguente tenore:

«I meccanismi che non consentono all'intermediario finanziario, presso cui il conto finanziario è mantenuto, la corretta identificazione del paese di residenza del titolare del conto o dei soggetti che ne esercitano il controllo, attraverso: 1) l'utilizzo di certificati di residenza emessi da giurisdizioni che richiedono una presenza fisica minima (o nessuna presenza) nel territorio ai fini dell'ottenimento della residenza fiscale; 2) lo sfruttamento delle debolezze di procedure di adeguata verifica fiscale che fanno affidamento su una inadeguata implementazione delle procedure di adeguata verifica antiriciclaggio rispetto alle più recenti raccomandazioni del GAFI; 3) la creazione di appositi indizi o prove documentali».

E inoltre, la Sezione I dell'Allegato A del decreto ministeriale, lettera H, tratta l'esempio di:

«Un meccanismo elaborato per indurre in errore un'istituzione finanziaria circa i reali beneficiari di un trust, all'atto dell'apertura del conto. Ad esempio, nel caso in cui, all'apertura del conto, risulti un ente di beneficenza quale unico beneficiario discrezionale e, in seguito, l'ente di beneficenza venga sostituito con i reali beneficiari, senza informare l'istituzione finanziaria presso cui il conto è detenuto. La commercializzazione di una società che ha lo scopo di beneficiare automaticamente dello status di entità non finanziaria attiva nella giurisdizione di costituzione».

I meccanismi di cui trattasi hanno lo scopo di indebolire o rendere inefficaci le procedure di *due diligence* (adeguata verifica della clientela) che le istituzioni finanziarie definite nel decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 28

dicembre 2015 adottano al fine di identificare correttamente il beneficiario effettivo di un conto finanziario oggetto di monitoraggio nell'ambito di tale disciplina.

Si precisa che per beneficiari del trust si intendono coloro che al momento dell'apertura del conto sono titolari di diritti verso il trustee o che tali diventano successivamente. E ciò anche per coloro che sono titolari di diritti verso il trustee, sebbene non inclusi nella categoria "beneficiari" definita nell'atto costitutivo.

Esempio 26: sostituzione del beneficiario di un trust

- Un *trustee* residente nella giurisdizione A intende aprire un conto deposito a favore di un trust presso la Banca B residente nella giurisdizione B.
- A tal proposito, all'atto di apertura del conto produce l'atto costitutivo del trust che individua come beneficiario discrezionale un ente senza scopo di lucro.
- Successivamente all'apertura del conto il beneficiario del trust viene sostituito con quello reale senza informare l'istituzione finanziaria.

8.4.2 Meccanismi che determinano una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente

Il decreto legislativo, Allegato 1, lettera D, punto 2 (D.2), prevede ipotesi che coinvolgono l'utilizzo di veicoli societari o accordi giuridicamente vincolanti che consentono di schermare il reale detentore di *asset* non necessariamente produttivi di redditi di natura finanziaria (ad esempio proprietà immobiliari), che dunque non rientrano nel contesto della disciplina sullo scambio automatico di informazione sui conti finanziari.

Si tratta nello specifico di meccanismi che comportano «... *una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente, con l'utilizzo di persone, dispositivi giuridici o strutture giuridiche*».

Affinché l'elemento distintivo in commento sia integrato, occorre che il

veicolo utilizzato (persone, dispositivi giuridici o strutture giuridiche) presenti tre specifiche caratteristiche:

- non deve svolgere un’attività economica sostanziale supportata da personale, attrezzature, attività e locali adeguati;
- deve essere residente, gestito, controllato o stabilito al di fuori della giurisdizione di residenza di almeno uno dei titolari effettivi delle attività che si intendono occultare;
- deve configurarsi come “opaco” ossia deve essere strutturato in modo tale da non consentire l’identificazione del titolare effettivo o da far apparire che un soggetto non sia il titolare effettivo.

Ciò premesso, il decreto ministeriale, Allegato A, elenca i seguenti esempi di meccanismi che utilizzano una struttura *offshore* opaca:

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.

8.5 Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento

Il decreto legislativo, Allegato 1, lettera E, prevede elementi distintivi riferibili a transazioni che, in ragione della natura o della complessità dell'oggetto della transazione stessa, si prestano a valutazioni che potrebbero, anche in astratto, non essere conformi al principio del valore di libera concorrenza.

La circostanza che per gli elementi distintivi in commento il rischio potenziale è insito nella natura o complessità dell'oggetto, determina che ai fini della loro identificazione occorre avere riguardo esclusivamente alla struttura del meccanismo, 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.

Sempre in relazione ai presupposti, occorre specificare che, in considerazione del riferimento esplicito ai prezzi di trasferimento, ai fini dell'integrazione dell'elemento distintivo in commento è richiesto il requisito oggettivo del controllo tra le imprese che pongono in essere la transazione, così come regolato dall'articolo 110, comma 7 del TUIR.

Sul punto, con riferimento al solo elemento distintivo classificato alla lettera E, punto 2, dell'Allegato 1 al decreto legislativo (E.2), si rinvia a quanto precisato con riferimento agli elementi distintivi classificati alla lettera C.1

dell'Allegato 1 del decreto legislativo, in relazione al concetto di imprese associate.

In ultimo, si ricorda che il *test* del vantaggio fiscale principale (MBT) non si applica agli elementi distintivi di questa categoria e, quindi, i meccanismi sono rilevanti ai fini della comunicazione indipendentemente dal fatto che producano o meno un vantaggio fiscale principale nei termini indicati dal comma 2 dell'articolo 7 del decreto ministeriale.

8.5.1 *Safe harbour unilaterale*

L'elemento distintivo di cui alla lettera E, punto 1, dell'Allegato 1 al decreto legislativo (E.1), riguarda l'applicazione di «*un safe harbour unilaterale*», come definito al paragrafo 2, punto n. 20 della presente circolare (definizioni).

Si tratta, in altri termini, di regimi che fissano preventivamente regole di determinazione del valore dei beni e servizi trasferiti, conformandosi ai quali le imprese non sono tenute ad ulteriori oneri probatori previsti dalle disposizioni o dalla prassi in materia di prezzi di trasferimento.

Questi meccanismi potrebbero integrare schemi finalizzati a manipolare la determinazione dei prezzi di trasferimento, dando luogo a significative riduzioni di imposta in almeno uno degli Stati interessati.

L'elemento distintivo in commento, inoltre, qualifica il *safe harbour* come “unilaterale”. Al riguardo è da intendersi unilaterale il 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*.

Tanto si desume dal *Working Party IV – Direct Taxation - 24 September 2018 prepared by the Commission Services*, nel quale si stabilisce che: «*The Commission Services took the view that national rules on safe harbours should be "unilateral" when they depart from the international consensus, as this is*

enshrined in the OECD transfer pricing guidelines (TPG)».

I *safe harbour* unilaterali possono generare opportunità di pianificazione fiscale aggressiva nella misura in cui generano asimmetrie valutative dei prezzi di mercato. Pertanto, nel valutare la comunicabilità di schemi, accordi o progetti in base all'elemento distintivo in commento, è opportuno verificare tutte quelle circostanze che presentano similarità rispetto ai *safe harbour unilaterali*.

In particolare, può essere considerato regime rientrante nel novero dei *safe harbour unilaterali*, anche in assenza di un atto normativo che lo istituisca, una prassi costante, che sfocia in una serie di accordi tra un'Autorità fiscale e contribuenti, caratterizzata da un approccio sistematico ed assenza di attività discrezionale da parte della pubblica amministrazione e che, con riferimento a singole transazioni o operazioni, produce effetti sostanzialmente simili a quelli di un "*safe harbour*".

Esempio 27: utilizzo di una struttura che beneficia di un *safe harbour* unilaterale

- La Società ACo, residente in Italia, cede beni alla sua controllata, Società BCo, residente fiscalmente nello Stato B (UE), la quale a sua volta distribuisce i beni acquistati a terzi indipendenti.
- Lo Stato B (UE) ha adottato un regime di "*safe harbour*" secondo il quale, sulle attività di distribuzione riconosce, attraverso costanti provvedimenti di prassi (ad esempio *ruling* unilaterali), come conforme al principio di libera concorrenza ("*at arm's 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 e dai risultanti di bilancio.
- Il regime di "*safe harbour*" deve essere considerato "unilaterale", nell'ambito dell'elemento distintivo in commento, perché si discosta 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.

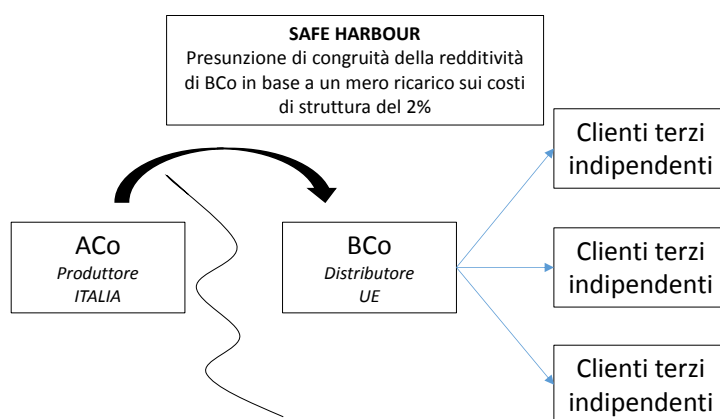


Figura 25

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo E | <i>Safe harbour</i> unilaterale redditività non conforme al principio di libera concorrenza, garantita da provvedimento amministrativo unilaterale. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Non occorre la verifica del MBT. |

8.5.2 Beni immateriali di difficile valutazione

L'elemento distintivo di cui alla lettera E, punto 2, dell'Allegato 1 al decreto legislativo (E.2), si verifica in presenza di «*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 profittabilità complessiva finale del bene immateriale trasferito».

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.

Esempio 28: trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione

- La società ACo residente nello Stato A, controlla la società ItaCo, residente fiscalmente in Italia.
- ItaCo trasferisce alla controllante ACo beni immateriali del tipo *hard-to-value-intangibles* di sua proprietà.
- ACo concede in licenza a ItaCo tali beni in cambio del pagamento di royalties.

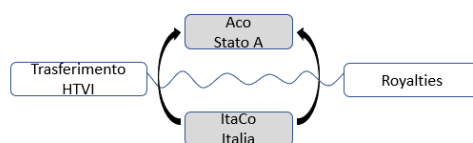


Figura 26

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | Beni immateriali Hard-to-value (trasferimento beni immateriali) L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Non occorre la verifica del MBT. |

8.5.3 Trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività

La lettera E, punto 3, dell’Allegato 1 al decreto legislativo (E.3), infine, considera elemento distintivo la circostanza che «*Un meccanismo che implica un 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, è inferiore al 50 per cento della previsione annuale degli EBIT del cedente o cedenti in questione in mancanza di trasferimento*».

Si precisa che in considerazione del dato letterale dell'elemento distintivo l'*hallmark* si intende verificato in caso di trasferimento transfrontaliero di:

1. funzioni;
2. e/o rischi;
3. e/o attività.

Nell'applicazione dell'elemento distintivo in commento si dovrà fare riferimento al capitolo 9 delle Linee Guida dell'OCSE sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali.

In merito, coerentemente con quanto previsto dal richiamato standard OCSE, con riguardo al presente *hallmark*, ai fini del calcolo della potenziale riduzione d'imposta occorre includere, ove ne ricorrono le condizioni, l'eventuale indennizzo dovuto, determinato in conformità al principio di libera concorrenza.

L'applicazione dell'elemento distintivo, dal punto di vista quantitativo, richiede determinazioni riguardanti l'EBIT da effettuarsi sulla base dei bilanci previsionali delle singole entità interessate, piuttosto che a livello di consolidato locale.

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", così come individuato nelle disposizioni del decreto legislativo n. 446 del 1997 e, cioè, in base al conto economico redatto secondo i corretti principi contabili, senza considerare le specifiche esclusioni previste dagli articoli da 5 a 7 del medesimo decreto (ad esempio spese del personale, svalutazione dei crediti, accantonamenti per rischi). In caso di società di persone (società in nome collettivo e in accomandita semplice) e persone fisiche esercenti attività d'impresa, si considererà il regime opzionale previsto dall'articolo 5-bis del menzionato decreto.

Pertanto, ad esempio:

- in caso di imprese industriali e commerciali si farà riferimento alla differenza tra valore della produzione e costi della produzione come determinata in base all'articolo 2425 del codice civile;
- per le banche e gli altri enti e società finanziari si considererà il margine d'intermediazione (voce 120 del conto economico).
- per le società di gestione del risparmio e le SICAV si considererà la differenza tra commissioni attive e commissioni passive al netto degli ammortamenti dei beni materiali ed immateriali ad uso funzionale (100%), delle spese amministrative (100%) e considerando tutte le spese del personale.
- per le imprese d'assicurazione si considererà la somma del conto tecnico dei rami danni (voce 29) e vita (voce 80) considerando interamente gli ammortamenti dei beni strumentali (ovunque classificati), tutte le spese di amministrazione (voci 24 e 70) e tutti i dividendi (voce 33).

Coerentemente con i chiarimenti forniti al paragrafo 4.1., al verificarsi di tutte le altre condizioni, l'elemento distintivo in commento troverà applicazione anche in caso di meccanismi transfrontalieri che prevedono il trasferimento di *asset, rischi e funzioni* da una stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente ad una società italiana appartenente allo stesso gruppo o viceversa.

A titolo esemplificativo, in assenza di intermediari, l'obbligo di comunicazione rimane in capo alla stabile organizzazione localizzata in Italia qualora la sede centrale fosse fiscalmente residente in una giurisdizione non tenuta all'obbligo di comunicazione delle informazioni di cui all'articolo 6 del decreto legislativo. Diversamente, l'obbligo di notifica è da intendersi in capo alla sede centrale estera. Considerazioni analoghe valgono nell'ipotesi inversa, ossia in caso di *head office* fiscalmente residente in Italia.

Ciò premesso, la verifica circa la presenza dell'elemento distintivo richiede di determinare se l'EBIT medio del cedente, durante il triennio successivo alla transazione, determinato al momento in cui sorge l'obbligo, sia inferiore al 50% dell'EBIT medio che si sarebbe prodotto in assenza del trasferimento

transfrontaliero.

A tal proposito si chiarisce che 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.

Esempio 29: cessione di ramo aziendale

- La Società A, residente nel Paese A, trasferisce un ramo d'azienda alla Società B, residente nel Paese B.
- Il trasferimento del ramo d'azienda implica il trasferimento di attività e di funzioni, insieme ai rischi connessi.

La tabella seguente riporta le cifre delle proiezioni dell'EBIT della Società A (informazioni dei piani aziendali della Società A, elaborati prima del trasferimento dell'unità aziendale).

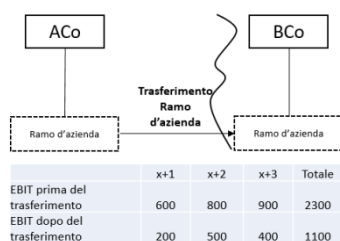


Figura 27

Secondo le proiezioni, su un periodo di tre anni successivo al trasferimento, l'EBIT medio diminuisce del 52,17%.

Il meccanismo fa scattare l'obbligo di notifica in relazione all'*hallmark* in commento.

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | Trasferimento infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività - riduzione EBIT superiore al 50%. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Non occorre la verifica del MBT. |

IL DIRETTORE DELL'AGENZIA

Ernesto Maria Ruffini

(firmato digitalmente)