

L'ATTUAZIONE IN ITALIA DELLA DIRETTIVA DAC 6 ALLA LUCE DELLE ULTIME DIPOSIZIONI MINISTERIALI E DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

WEBINAR NELL'AMBITO DEL PROGETTO INTERREG
INTECOFIN-INSUBRIA

01.02.2021

Relatori

Rosario Dolce, Avv. Dirigente UBI Banca (Gruppo Bancario Intesa Sanpaolo), Servizio Consulenza e Compliance Fiscale, Funzione Consulenza e Contenzioso Fiscale, Brescia

Adriano Fazio, Avv., Studio Uckmar Associazione Professionale, Milano

Stefano Massarotto, Dottore commercialista, Partner, Studio Legale Tributario FRM Facchini Rossi Michelutti, Milano

Renzo Parisotto, Consulente esterno di UBI Banca (Unione di Banche Italiane Scpa), Bergamo, Docente Università degli Studi di Bergamo e Insubria Varese, Pubblicista

Incoronato Sammarone, Dott., Legal Advisor, BRP Bizzozero & Partners SA, Zurigo

Moderazione

Alfonso Rivolta, Dott. Commercialista, Adv. LL.M., Senior Vice President Global Head Wealth Planning, EFG Bank SA, Lugano

Indice

L'attuazione in Italia della Direttiva DAC 6 alla luce delle ultime disposizioni ministeriali e dell'Agenzia delle Entrate <i>a cura di Adriano Fazio</i>	3
L'attuazione in Italia della Direttiva DAC 6 alla luce delle ultime disposizioni ministeriali e dell'Agenzia delle Entrate – Ambito soggettivo <i>a cura di Rosario Dolce e Renzo Parisotto</i>	34
DAC 6 – Elementi distintivi (Hallmarks) <i>a cura di Stefano Massarotto</i>	70
L'attuazione in Italia della Direttiva DAC 6 alla luce delle ultime disposizioni ministeriali e dell'Agenzia delle Entrate – Analisi degli impatti sulla piazza bancaria e finanziaria svizzera <i>a cura di Inco Sammarone</i>	103

L'attuazione in Italia della Direttiva DAC 6 alla luce delle ultime disposizioni ministeriali e dell'Agenzia delle Entrate

Avv. Adriano Fazio

Assegnista di ricerca in Diritto tributario

Università degli Studi dell'Insubria



Agenda

1. Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS.

Il D.lgs. n. 100/2020 e i provvedimenti attuativi

2. Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

2.1. Criteri di individuazione del meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione

2.2. Identificazione delle condizioni che devono sussistere per integrare la sussistenza del “meccanismo transfrontaliero”

**N.B. Le slides sono aggiornate al 25 gennaio 2021*



© CSVN: Vietata la riproduzione e la distribuzione senza l'autorizzazione del CSVN

Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

Lo scambio automatico di informazioni nel settore fiscale fra le amministrazioni degli Stati membri dell'Unione Europea costituisce un importante strumento di contrasto all'evasione e all'elusione fiscale transfrontalieri, nonché alle strategie di pianificazione fiscale aggressiva con cui le imprese possono trasferire gli utili in Paesi a minore imposizione fiscale producendo effetti sulla base imponibile di altri Stati membri.

Negli ultimi anni si è sensibilmente intensificato l'interesse su talune iniziative - sviluppate sia in ambito OCSE sia in ambito UE, riguardanti lo scambio automatico di informazioni, basato su accordi che consentono di inviare e ricevere elevate quantità di dati e informazioni a scadenze prefissate – precipuamente orientate alla definitiva affermazione del concetto di “trasparenza fiscale” quale paradigma opposto e contrario al concetto (per molti anni condiviso a livello internazionale) di “riservatezza fiscale”.



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

Più nello specifico, a seguito dello slancio politico creato dal progetto “*Base erosion and profit shifting*” dell'OCSE, il legislatore dell'UE, negli ultimi anni, ha compiuto notevoli passi diretti all'armonizzazione della tassazione del reddito (delle società) e alla creazione di rilevanti *minimum standards*, obiettivi, questi ultimi, raggiunti nelle “*Anti-Tax Avoidance Directives*” (i.e., direttiva 2016/1164/UE e direttiva 2017/952/UE, c.d. “ATAD 1 e ATAD 2”), le quali, in buona sostanza, rappresentano la trasposizione sotto forma di “*hard law*” della “*soft law*” di matrice OCSE.



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

Oltre alle disposizioni contenute nelle due direttive ATAD, gli Stati membri dell'UE hanno adottato, sulla base degli articoli 113 e 115 del TFUE, una serie di modifiche alla direttiva UE 2011/16/UE (*Directive on Administrative Cooperation*, c.d. DAC 1) in materia di cooperazione amministrativa nel settore fiscale, destinate a fornire alle novità giuridiche sostanziali apportate dalle citate direttive ATAD 1 e ATAD 2, un adeguato impianto procedurale, composto da norme in grado di assicurare la raccolta delle informazioni necessarie a prevenire forme di evasione/elusione transfrontaliere.



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

A questo scopo, l'ambito applicativo della DAC è stata modificato – o, meglio, ampliato – cinque volte negli ultimi anni.

Tali modifiche hanno comportato:

- l'introduzione, con riferimento alle informazioni sui conti finanziari all'interno dell'Unione, dello standard comune di comunicazione di informazioni (*Common Reporting Standard* - «CRS») elaborato dall'OCSE (direttiva 2014/107/UE, c.d. “DAC 2”);
- l'introduzione dell'obbligo di scambio automatico di informazioni sui *ruling* preventivi transfrontalieri (direttiva 2015/2376/UE, c.d. “DAC 3”);
- l'introduzione dello scambio automatico obbligatorio di informazioni in materia di rendicontazione paese per paese delle imprese multinazionali tra le autorità fiscali (direttiva 2016/881/UE, c.d. “DAC 4”);



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

- l'introduzione dell'obbligo per gli Stati membri di fornire alle autorità fiscali l'accesso alle procedure di adeguata verifica della clientela applicate dalle istituzioni finanziarie ai sensi della direttiva 2015/849/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (direttiva 2016/2258/UE, c.d. "DAC 5");
- da ultimo, l'introduzione dell'obbligo di scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri potenzialmente utilizzabili ai fini di pianificazione fiscale aggressiva (direttiva 2018/822/UE, c.d. "DAC 6").



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

La partita non è certo finita qui.

E infatti, la Commissione Europea, con una comunicazione del 15 luglio 2020, ha ancora una volta sottolineato come sia necessario ulteriormente migliorare le disposizioni esistenti relative a tutte le forme di scambio di informazioni e di cooperazione amministrativa, essendo risultate le nozioni di prevedibile pertinenza (sulla nozione cfr., da ultimo, CGUE, 6 ottobre 2020, cause riunite C-245/19 e C-246/19, *État luxembourgeois*) e le richieste di informazioni per gruppi di contribuenti tra gli elementi più problematici del quadro di riferimento a causa della loro scarsa chiarezza.

In questo contesto, la Commissione UE, con la summenzionata comunicazione, ha già formulato la proposta di un'ulteriore modifica alla direttiva 2011/16/UE ("DAC 7"), in quanto *"è necessario estendere la cooperazione amministrativa a nuovi settori nell'UE, al fine di affrontare le sfide poste dalla digitalizzazione dell'economia e coadiuvare le amministrazioni fiscali a riscuotere le imposte in modo migliore e più efficiente e a tenersi al passo con i nuovi sviluppi"*.



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

Nell'ambito delle iniziative realizzate in seno all'OCSE, occorre evidenziare quelle realizzate sia nell'ambito del progetto 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 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”)



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

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.

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.



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

Le linee guida contenute nell'azione 12 del BEPS si innestano su cinque punti chiave:

- ✓ L'individuazione del soggetto su cui gravano gli obblighi di comunicazione inerenti gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva (si parla di "*promoter*" e "*taxpayer*");
- ✓ Una descrizione degli schemi oggetto di *disclosure* (si distingue fra "*generic hallmarks*" e "*specific hallmarks*");
- ✓ L'individuazione del presupposto che fa sorgere l'obbligo informativo;
- ✓ La definizione di quale informazione deve essere comunicata;
- ✓ La previsione di sanzioni in caso di violazioni/inadempimenti.



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

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 DAC6), 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.



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

Peraltro, la citata Direttiva suggerisce che gli Stati Membri possano avvalersi del Report MDRs per l'interpretazione della medesima.

In particolare, il considerando 13 precisa che: *«[...] 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».*



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

Come sottolineato dalla dottrina (Selicato), l'Unione Europea, in applicazione dell'Azione 12 del progetto BEPS, e, facendo tesoro delle buone prassi internazionali illustrate nel citato Modello OCSE MDR, ha introdotto, con la direttiva DAC 6, un meccanismo del tutto inedito di “*disclosure anticipata*” di talune scelte imprenditoriali.

Secondo l'Autore, si tratta “*di un sistema di acquisizione delle informazioni che ruota su una prima valutazione prognostica, da parte dello stesso soggetto passivo dell'obbligazione tributaria, dell'astratta pericolosità fiscale della sua condotta e della sua idoneità a neutralizzare gli obblighi di scambio di informazioni*”



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

In effetti, esaminando il nuovo peculiare meccanismo di “investigazione predittiva” delle fattispecie elusive/evasive transfrontaliere introdotto dalla DAC 6, si nota immediatamente come le previsioni ivi contenute presentino un significativo elemento di novità nell’ambito della disciplina euro-unitaria sino ad oggi promulgata con riferimento al sistema di scambio automatico di informazioni fiscali.

Gli obblighi di notifica delle informazioni non incombono più soltanto su quei soggetti tradizionalmente individuati dalle direttive precedenti (tra cui le società fiduciarie, le SIM, le SGR, gli organismi di investimento collettivo, i trust a determinate condizioni e qualunque altra istituzione finanziaria italiana che presenti i requisiti di cui alle lettere f), g), h), i) dell’art. 1, co. 1, del D.M. 28 dicembre 2015) ma vengono estesi in capo ai “consulenti” del contribuente, o in capo al contribuente stesso, i quali, in definitiva, finiscono per assumere il “*ruolo di veri e propri ausiliari del Fisco (...)*” con l’onere del sostenimento di costi e adempimenti “*tipici di una funzione di controllo fino ad oggi assolta in via esclusiva dalle Autorità fiscali*”.



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

E' innegabile come ci si trovi dinanzi ad un nuovo modello di scambio di informazioni fiscali transfrontaliere che, a ben vedere, presenta fortissimi elementi di differenziazione rispetto all'approccio seguito con le precedenti direttive: con la DAC 6 si inaugura un processo estremo di "responsabilizzazione" degli intermediari e dei contribuenti, i quali, sopportando quasi interamente i costi di questa "*tax compliance* obbligata", andranno ad alimentare, con le loro comunicazioni sui potenziali meccanismi transfrontalieri finalizzati alla pianificazione fiscale aggressiva, una corposa banca dati unica cui avranno accesso tutte le amministrazioni finanziarie degli Stati membri.



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

In definitiva, la disciplina contenuta nella DAC 6 ha introdotto una sorta di «*sistema di allerta squisitamente preventiva, imperniato sull'anticipata verifica, ad opera degli intermediari e dei contribuenti, dei possibili punti di contatto del meccanismo transfrontaliero con (...) gli indicatori elencati al decreto legislativo*», che, a ben vedere, non rappresentando un nuovo e ulteriore *step* verso il rafforzamento della *tax compliance* tra Fisco e contribuenti, mira unicamente ad assicurare la massima trasparenza del sistema al fine di evitare che le procedure relative allo scambio di informazioni siano eluse o aggirate da schemi, negozi, intese o meccanismi suscettibili di conferire opacità ad operazioni transfrontaliere.



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

Prende corpo, in tal modo, un nuovo modello di collaborazione “forzata” che si spinge fino al limite estremo di indurre il consulente a “denunciare” la condotta fiscale del proprio cliente allorquando essa, prima ancora di produrre i propri effetti, intercetti indicatori di pericolosità predeterminati a livello normativo (c.d. elementi distintivi o *hallmarks* elencati nell'allegato dalla direttiva DAC 6).



Inquadramento della cd. Direttiva DAC 6 in rapporto all'azione 12 del BEPS

Nell'ordinamento italiano è stata data attuazione alla Direttiva DAC 6 con il decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100, cui ha fatto seguito il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 17 novembre 2020.

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.



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

L'articolo 2, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 100/2020, stabilisce che il meccanismo transfrontaliero è «uno schema, accordo o progetto, riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere».

Come precisato nella (bozza) Circolare dell'Agenzia delle Entrate, 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.

Il concetto di «accordo», in ultimo, ricomprende qualsiasi transazione o negozio che di per sé è atto a generare uno degli effetti da cui può derivare l'obbligo di notifica del meccanismo transfrontaliero.



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

Tale interpretazione del concetto di “accordo”, non sembra però fornire sufficienti delucidazioni in merito alla rilevanza di quelli che possono essere i naturali effetti giuridici di una “transazione” o un “negozio”, quale ad esempio la naturale scadenza di un contratto siglato tra due parti residenti in diversi paesi membri (magari stipulato anche prima del 25 giugno 2018), che non dovrebbe – di per sé – costituire una separata “transazione” o “negozio”.

Ciò risulta particolarmente rilevante con riguardo a quei casi in cui, allo spirare naturale del termine di un contratto, si manifestino degli effetti da cui possa potenzialmente sorgere l'obbligo di notifica di un meccanismo.



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

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 d.lgs. n. 100/2020.

Per giurisdizioni estere si intendono tutti gli Stati e le giurisdizioni (UE e extra-UE) diverse dall'Italia con le quali è in vigore uno specifico accordo sullo scambio di informazioni di cui all'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo.



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

Come sottolineato da Assonime (Consultazione 3/2021), a pag. 32 della Circolare – laddove si esamina il criterio della potenziale riduzione delle imposte – viene specificato che “al momento della pubblicazione della presente circolare non risultano sottoscritti specifici accordi per lo scambio di informazioni riguardanti i meccanismi transfrontalieri”.

Sicché, secondo Assonime, dai citati passaggi del documento sembrerebbe potersi trarre la conclusione che il meccanismo riguardante l'Italia e una giurisdizione estera diversa da quelle menzionate – i.e.: Stati UE, in quanto attualmente non sussistono accordi in vigore sullo scambio di informazioni in questa materia con Paesi extra-UE – non possa essere considerato “transnazionale” ai fini di questa particolare disciplina e sia perciò non soggetto all'obbligo di comunicazione.

In altri termini, questo tipo di meccanismo sembrerebbe del tutto “fuori campo” rispetto agli obblighi di disclosure della DAC 6 e non vi sarebbe necessità di andare oltre tale preliminare verifica.



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

Tuttavia, sottolinea sempre Assonime, questa conclusione, peraltro, sembrerebbe smentita poco dopo, in quanto a pag. 32 si afferma, altresì, che *“verificatasi la condizione della potenziale riduzione d'imposta in Italia, gli intermediari o i contribuenti sono, al ricorrere di tutte le altre condizioni, soggetti all'obbligo di comunicazione all'Agenzia delle entrate anche qualora il partecipante estero è residente o localizzato in uno Stato con cui non è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni sui meccanismi transfrontalieri”*.

Questa affermazione sarebbe *inutiliter data* se si ritenessero comunque esclusi dagli obblighi di comunicazione tutti i meccanismi che, pur integrando gli altri requisiti soggettivi ed oggettivi, riguardano l'Italia e un qualsiasi Paese (o territorio) “terzo” (e, cioè, uno Stato extra-UE privo di specifico accordo).

Accedendo a questa ipotesi ricostruttiva, infatti, in questo caso non si dovrebbe svolgere alcun ulteriore accertamento in ordine alla potenziale riduzione d'imposta generata in Italia dal meccanismo.



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

Nella considerazione che il meccanismo riguardi l'Italia ed un altro Paese estero, 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.**

Tale condizione 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: Costituisce un meccanismo transfrontaliero quello che coinvolge un contribuente residente in Italia ed un intermediario residente in Lussemburgo.



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

- 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.

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



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

- 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.**

Tale condizione 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.



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

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.



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

5. Lo schema, accordo o progetto può alterare la corretta applicazione delle procedure sullo scambio automatico di informazioni o sull'identificazione del titolare effettivo.

Tale condizione si riferisce all'aggiramento degli obblighi CRS (comunicazione di informazioni su conti finanziari in materia fiscale da parte di istituzioni finanziarie) o di identificazione del titolare effettivo ed è verificata con riferimento all'effetto conseguito, che deve consistere nell'aggiramento o indebolimento dei suddetti obblighi.

Ciò implica che in 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, il fatto che siano aggirati gli obblighi CRS o di identificazione del titolare effettivo comporta che il meccanismo sia considerato transnazionale.



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

Ai sensi dell'art. 5, co. 1, d.lgs. n. 100/2020, il meccanismo transfrontaliero è soggetto all'obbligo di comunicazione se sussiste almeno uno o più elementi distintivi, tra quelli indicati nell'Allegato 1 al decreto legislativo.

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 «susceptibili 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 la titolarità effettiva, 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.



Meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica

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 ad un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze la specificazione dei criteri in base ai quali verificare quando i suddetti meccanismi siano diretti ad ottenere detto vantaggio.

Tale specificazione è avvenuta ad 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).



L'attuazione in Italia della Direttiva DAC 6 alla luce delle ultime disposizioni ministeriali e dell'Agenzia delle Entrate – ambito soggettivo

Renzo Parisotto (consulente UBI Banca)*

Rosario Dolce (UBI Banca – Gruppo Intesa Sanpaolo)*

Aggiornato al 25 gennaio 2021

*Le opinioni espresse nella presente relazione sono riferibili esclusivamente agli autori della stessa



© CSVN: La presente documentazione ha esclusivo scopo didattico e non può essere utilizzata per fini differenti rispetto a quelli per cui è stata preparata. È vietata la riproduzione delle informazioni in essa contenute e la distribuzione, in qualsiasi forma e con qualsiasi strumento, senza un'espressa autorizzazione del CSVN.

Premessa

Fonti principali:

- Action 12 BEPS (base di DAC6 per hallmark tax – A, B, C, E) link <https://www.oecd.org/tax/mandatory-disclosure-rules-action-12-2015-final-report-9789264241442-en.htm>
- «Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures» - «**MDR CRS**» (base di DAC6 per hallmark D) link <https://www.oecd.org/tax/model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshore-structures.htm>
- Direttiva 2018/822/UE del Consiglio del 25 giugno 2018 (c.d. «**DAC6**»), di modifica della direttiva sulla cooperazione amministrativa-fiscale (Dir. 2011/16/UE – c.d. "DAC")
- D.Lgs. 30 luglio 2020, n. 100 («**d.lgs.**»), attuativo di DAC6
- Decr. Min. Ec. Finanze 17 novembre 2020 («**d.m.**»), recante regole tecniche per l'applicazione del d.lgs. ex art. 5 co. 2 d.lgs.
- Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate 26 novembre 2020, su termini e modalità della comunicazione dei meccanismi DAC6 *relevant* ex art. 7 co. 5 d.lgs. («**Provvedimento**»)
- Bozza di Circolare dell'Agenzia delle entrate in consultazione dal 28 dicembre 2020 al 15 gennaio 2021 («**Circolare**»)
- Nota Assonime n. 3/2021 («**Nota Assonime**») di risposta alla consultazione pubblica sulla Circolare – link http://www.assonime.it/attivita-editoriale/interventi/Pagine/Consultazioni-3_2021.aspx

Futuri sviluppi DAC

- «DAC7» (bozza) - scambio automatico di informazioni sui redditi percepiti dai venditori sulle piattaforme digitali, previsto dal 2023 – link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0314>
- «DAC8» (bozza) – scambio automatico di informazioni sui cripto-asset (es. cripto-valute) – link <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12632-Tax-fraud-evasion-strengthening-rules-on-administrative-cooperation-and-expanding-the-exchange-of-information>



Premessa (segue)

DAC6 in breve

- **Obiettivo:** contrastare operazioni («**meccanismi**») di pianificazione fiscale aggressiva (i) elusivi o evasivi delle imposte oggetto della DAC (sono escluse IVA, accise, dazi doganali), che coinvolgano più di uno Stato, oppure elusivi della normativa CRS / DAC2 (i.e. che compromettono l'obbligo di comunicazione dei conti finanziari da essa previsto) o che ostacolano l'identificazione dei titolari effettivi (a fini antiriciclaggio) degli enti
- DAC6 impone agli intermediari (enti/professionisti) e – in assenza di questi soggetti – ai contribuenti interessati di comunicare alla locale Autorità fiscale (Agenzia delle entrate, per l'Italia) meccanismi (i) **transnazionali** di pianificazione fiscale aggressiva che presentino (ii) determinati indizi di elusione/evasione (cd. «**elementi distintivi**» o «**hallmarks**»), e per taluni hallmark, che determinino (iii) una **riduzione d'imposta** per uno Stato UE e (iv) per cui il vantaggio fiscale sia superiore al 50% dei vantaggi (**test del vantaggio principale**)
- **Termini di reporting:**
 - ❑ 30 giorni da giorno successivo all'attuazione del meccanismo (alla prestazione del servizio se intermediario service provider), per meccanismi attuati dal 1° gennaio 2021
 - ❑ In caso di meccanismi commerciabili («standardizzati»), relazione periodica trimestrale – prima relazione entro il **30 aprile 2021** (Provvedimento par. 4.5)
 - ❑ Comunicazione una tantum entro il **31 gennaio 2021** per meccanismi attuati nel periodo 1° luglio 2020 – 31 dicembre 2020
 - ❑ Comunicazione una tantum entro il **28 febbraio 2021**, per meccanismi attuati dal 25 giugno 2018 (data della direttiva DAC 6) al 30 giugno 2020



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario ed il contribuente

2. Gli intermediari: il "promoter" e il "service provider". Criteri di individuazione

3. Il "reasonably be expected to know test" e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

4. Le esimenti

5. Focus sulla condizione di riservatezza



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario ed il contribuente

2. Gli intermediari: il “promoter” e il “service provider”. Criteri di individuazione

3. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

4. Le esimenti

5. Focus sulla condizione di riservatezza



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1.1. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario e il contribuente

Soggetti obbligati al reporting DAC6 sono l'intermediario e, in mancanza di questi o laddove si avvalga di esenzione, il contribuente (art. 3 co. 1 e co. 7 d.lgs.)

Intermediario (art. 2 co. 1 lett. c) d.lgs.):

- «un soggetto che **elabora, commercializza, organizza o mette a disposizione** ai fini dell'attuazione un meccanismo transfrontaliero da comunicare o ne **gestisce in autonomia l'intera attuazione**» (intermediario «**promoter**»)
«ovvero»
- «un soggetto che direttamente o attraverso altri soggetti, svolge un'**attività di assistenza o consulenza** riguardo all'elaborazione, commercializzazione, messa a disposizione ai fini dell'attuazione o gestione dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero da comunicare...» (intermediario «**service provider**»)
- «... 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» («reasonably expected to know test» o «**standard di conoscenza**», solo per service provider)



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1.2. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario e il contribuente

Criteri di collegamento dell'**intermediario** al territorio italiano

Gli **intermediari** sono **tenuti all'obbligo di comunicazione all'Ade italiana** «qualora ricorra almeno una delle seguenti condizioni» (art. 2 co. 1 lett. c) d.lgs.):

1. «siano **residenti** ai fini fiscali nel territorio dello Stato»
2. «abbiano una **stabile organizzazione** nel territorio dello Stato tramite la quale sono forniti i servizi con riguardo al meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione»
3. «siano costituiti, disciplinati o regolamentati secondo la legge dello Stato»
4. «siano **iscritti a un'associazione professionale** di servizi in ambito **legale, fiscale o di consulenza** nel territorio dello Stato»



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1.3. partecipanti al meccanismo: l'intermediario e il contribuente

Criteria di collegamento dell'intermediario al territorio italiano – punti di attenzione (segue)

1. Residenza fiscale in Italia

- Art. 2 TUIR persone fisiche – vedasi domicilio ex art. 43 c.c. (legami affettivi e interessi economici) o residenza ex art. 43 c.c. (dimora abituale), tie breaker rule → centro degli interessi vitali (v. domicilio)
- Art. 5 e 73 TUIR enti – vedasi sede dell'amministrazione (luogo di riunioni dell'organo amministrativo) o oggetto principale (sede di effettivo esercizio dell'attività), tie breaker rule → luogo di direzione effettiva (v. sede dell'amministrazione)

2. Stabile organizzazione (S.O.) in Italia

- vedasi S.O. personale (art. 162 co. 6 TUIR) e S.O. occulta (primo leading case Cass. 3367/2001 «Philip Morris»)

4. Iscrizione ad assoc.ne italiana di servizi legali, fiscali, consulenza

- es. intermediario estero iscritto ad associazione di cui sopra



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1.4. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario e il contribuente

Contribuente (art. 2 co. 1 lett. d) d.lgs.):

- «qualunque soggetto che attua o a favore del quale viene messo a disposizione, ai fini dell'attuazione, un meccanismo transfrontaliero...»

Criteri di collegamento del contribuente al territorio italiano

- «è tenuto all'obbligo di comunicazione qualora ricorra almeno 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» (v. territorialità art. 23 TUIR)
4. «non soddisfa le condizioni di cui ai punti precedenti e **svolge la propria attività** nel territorio dello Stato»
 - v. libera prestazione dei servizi – «La **libera prestazione di servizi** può essere svolta in Italia in modo temporaneo e occasionale da un cittadino legalmente stabilito in un altro Stato dell'UE, dello Spazio Economico Europeo (Islanda, Liechtenstein e Norvegia) o in **Svizzera**, ove esercita la stessa professione» (link <http://www.politicheeuropee.gov.it/it/attivita/riconoscimento-qualifiche-professionali/libera-prestazione-di-servizi/>)



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1.5. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario e il contribuente

Intermediario e contribuente –reporting DAC6 - osservazioni

Il meccanismo transfrontaliero è soggetto a reporting DAC6 se ricorrono i seguenti requisiti (pagg. 22-23 Circolare Ade):

1. **transnazionalità- tutti i meccanismi**
2. almeno uno degli elementi distintivi (**hallmark**) – *tutti i meccanismi*
3. **riduzione d'imposta** (“la presenza di una riduzione (potenziale) dell'imposta dovuta in un Paese dell'Unione Europea...”) - *meccanismi con hallmark A (contratti con clausole di riservatezza, con remunerazione success fee fiscale, meccanismi commerciabili), B (acquisto imprese con perdite fiscali, conversione redditi, operazioni circolari), E (prezzi di trasferimento – safe harbour, hard to value intangibles, trasferimento di funzioni/rischi/attività) e C diversi da quelli sub 4.*
4. “la presenza di un **“vantaggio fiscale principale”** realizzato da uno o più contribuenti in Italia” - *meccanismi con hallmark A, B, e C.1b)1), C.1.c) e C.1.d) (pagamento transfrontaliero a impresa associata (i) in Stato con corporate tax 0, (ii) pagamento esente da imposte, (iii) pagamento con regime fiscale preferenziale)*

Ade ritiene che il rinvio dell'art. 7 co. 2 d.m. (“... vantaggio fiscale... conseguibile da uno o più contribuenti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d)”) sia all'intero art. 2 co. 1 lett. d) d.lgs. – v. contribuente che ha collegamento con l'Italia; in merito osservazioni in Nota Assonime (pag. 11)



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1.6. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario e il contribuente

Intermediario e contribuente –reporting DAC6 – osservazioni (segue) Transnazionalità (pag. 16 e 32-33 Circolare)

- «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» (v. criteri di collegamento si intermediario e contribuente indicati retro)
- «per giurisdizioni estere si intendono tutti gli Stati e le giurisdizioni (UE e extra-UE) diverse dall'Italia» con le quali vige accordo per scambio di informazioni DAC6 di cui all'art. 6 co. 1 d.lgs.
- ad oggi nessuna giurisdizione extra UE ha siglato «accordo DAC6» (confermato a pag. 32 della Circolare), quindi per giurisdizioni estere di intendono solo UE diverse da Italia ?
 - contro tale (logica) conclusione pag. 33 della Circolare dove indica obbligo reporting «anche qualora il partecipante estero è residente o localizzato in uno Stato» con cui non vige accordo per scambio di informazioni DAC6,
 - da cui dubbio che Assonime chiede di chiarire (pag. 7 della Nota) nella Circolare definitiva



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1.7. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario e il contribuente

Intermediario e contribuente –reporting DAC6 – osservazioni (segue) Transnazionalità (pag. 16 e 32-33 Circolare)

- Ipotesi: meccanismo transfrontaliero in cui è presente un solo contribuente (che ha collegamento con Italia ex art. 2 co. 1 lett. d) d.lgs. e non ha collegamento con altri Stati U.E.) e un solo intermediario (istituto finanziario o professionista extra UE - ad esempio svizzero - che non ha collegamento con Italia ex art. 2 co. 1 lett. c) d.lgs.)
- A prescindere da esimenti (art. 3 d.lgs., su cui oltre)
 - ❑ Se confermata pag. 16 Circolare (meccanismo deve riguardare l'Italia e – ad oggi – una o più giurisdizioni UE), l'intermediario svizzero non è tenuto al reporting DAC6 all'Ade, né è tenuto il contribuente (Nota Assonime pag. 7: «questa soluzione, qualora confermata, potrebbe incentivare l'utilizzo di intermediari di un Paese terzo senza accordo, che potrebbero continuare ad elaborare o contribuire ad attuare – in veste di promotori del meccanismo e/o di service providers – meccanismi potenzialmente aggressivi sottratti all'obbligo di comunicazione»)
 - ❑ Se invece confermata pag. 33 Circolare (meccanismo deve riguardare l'Italia e una qualsiasi giurisdizione estera), l'intermediario svizzero resta non tenuto al reporting DAC6 all'Ade, al quale invece è tenuto il contribuente italiano



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario ed il contribuente

2. Gli intermediari: il “promoter” e il “service provider”. Criteri di individuazione

3. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

4. Le esimenti

5. Focus sulla condizione di riservatezza



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

2.1. Gli intermediari: il “promoter” e il “service provider”.

Criteri di individuazione

Intermediario promoter – precisazioni (Circolare pagg. 15-16)

- **Elaborazione** – «ideazione» del meccanismo, «concepire una o più fasi che, se attuate, determinano il conseguimento di uno degli effetti da cui può derivare l’obbligo di comunicazione»
- **Commercializzazione** – «attività finalizzata a rendere disponibile all’utente il meccanismo e, generalmente, comprende anche le attività di divulgazione, **promozione e vendita** dello stesso»
- **Organizzazione** – «predisposizione, coordinamento e monitoraggio di tutte le fasi necessarie alla concreta attuazione del meccanismo»
- **Messa a disposizione** – comunicazione a potenziali utilizzatori di meccanismo definito in tutti gli elementi costitutivi
- **Gestione in autonomia dell’intera attuazione** – porre in essere tutte le attività necessarie per l’attuazione del meccanismo



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

2.2. Gli intermediari: il “promoter” e il “service provider”.

Criteri di individuazione

Intermediario promoter – osservazioni

- Intermediari «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» (pagg. 12-13 Circolare)
- **Intermediario organizzatore:** soggetto che predispone documentazione tecnica, rilascia eventuali pareri (tax opinion, tax structure memorandum), costituisce veicoli societari, definisce le tempistiche del meccanismo (pag. 16 Circolare)
- **Commercializzazione** del meccanismo – potenziale coinvolgimento di intermediari finanziari, in specie se meccanismo commerciabile i.e. standardizzato (art. 2 co. 2 lett. g) d.lgs. – hallmark A.3 – meccanismo che può essere messo a disposizione di più contribuenti senza sostanziali modifiche)



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario ed il contribuente

2. Gli intermediari: il “promoter” e il “service provider”. Criteri di individuazione

3. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

4. Le esimenti

5. Focus sulla condizione di riservatezza



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

3.1. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

Standard di conoscenza dell’intermediario service provider

- «...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...» (pag. 18 della Circolare) – v. conoscenza o conoscibilità
- Art. 4 d.m. commi 2 e 3:
 - «2. Lo standard di conoscenza è determinato con riferimento:
 - a) alla conoscenza effettiva del meccanismo transfrontaliero che l’intermediario possiede sulla base delle informazioni prontamente disponibili in ragione dell’attività di assistenza o consulenza espletata nei confronti del cliente; e
 - b) al grado di competenza necessaria per fornire il servizio di assistenza o consulenza nonché al livello di esperienza ordinariamente richiesto per la prestazione di detto servizio
 - 3. Salvo prova contraria, lo standard di conoscenza non si considera soddisfatto per le **transazioni bancarie e finanziarie di routine.**» v. «operazioni caratterizzate da una discrezionalità minima dell’operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione» (relazione ad art. 4 co. 3 d.m.), quali ad esempio **trasferimento fondi e custodia** (MDR CRS OECD)



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

3.2. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

Standard di conoscenza dell'intermediario service provider (segue)

- «In merito alla disponibilità delle informazioni, l'articolo 4, comma 2 del decreto ministeriale fa esplicito riferimento 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 aggiuntive rispetto a quelle ordinariamente effettuate ai fini della prestazione professionale richiesta**» (pag. 19 della Circolare)
- La relazione illustrativa al d.m. 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)”** (pag. 19 della Circolare)



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

3.3. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

Standard di conoscenza dell'intermediario service provider (segue)

- «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 comunque disponibili per l'entità nel suo complesso, nonché in base alle competenze riconosciute ai soggetti coinvolti nel processo**» (pag. 19 Circolare)
- Nel caso di enti dotati di personalità giuridica di grandi dimensioni in cui le informazioni sono ripartite tra più unità funzionali, si ritiene che la valutazione dello standard di conoscenza deve essere effettuata con riguardo alle informazioni a disposizione di ciascuna unità funzionale e al suo grado di coinvolgimento nel meccanismo transfrontaliero
- In tal senso la Guida DAC6 dell'A.F. irlandese: «it is acknowledged that, in large organisations, knowledge may be spread out and disjointed. Provided that it can be clearly established that there is no attempt to deliberately fragment such knowledge, Revenue will not necessarily expect that all knowledge held within the organisation would be treated as known to one person» (link <https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/tdm/income-tax-capital-gains-tax-corporation-tax/part-33/33-03-03.pdf> ed. December 2020 par. 4.3.1.)



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

3.4. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

Standard di conoscenza dell'intermediario service provider (segue)

- Lo standard va rapportato anche al grado di esperienza e conoscenza richiesti per lo specifico servizio (così la relazione allo schema di d.lgs.; nello stesso senso la Guida dell'A.F. irlandese, citata, par. 4.3.1)
 - In tal senso, in caso di operatore che effettua una transazione bancaria di routine (es. trasferimento fondi o deposito) si presuppone l'assenza dello standard in quanto per tali operazioni non è richiesto un grado di conoscenza tale da poter comprendere che l'intermediario finanziario sta fornendo assistenza ad un meccanismo rilevante DAC6 posto in essere dal cliente
 - Coerentemente, non dovrebbe rilevare la maggiore conoscenza dell'operatore rispetto a quanto richiesto per lo svolgimento del servizio (es. operatore di sportello bancario che ha un master in diritto tributario internazionale)
- Alla luce di quanto sopra, nelle organizzazioni complesse la conoscenza dell'ufficio fiscale verrà in rilievo nella misura in cui le procedure aziendali prevedono un coinvolgimento dello stesso nell'analisi delle operazioni di business, secondo un ragionevole approccio risk based (i.e. che non sia qualificabile come un «tentativo deliberato di frammentare la conoscenza» – v. retro 3.3 richiamo a Guida dell'A.F. irlandese)

Nella **slide seguente esemplificazione** di un possibile **caso concreto di potenziale meccanismo DAC6 avente l'hallmark B.1** («Un meccanismo in cui un partecipante al meccanismo stesso adotta misure artificiose consistenti nell'acquistare 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») nel quale una banca italiana potrebbe intervenire quale service provider



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

3.4. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

Standard di conoscenza dell'intermediario service provider (segue) - esempio

Finanziamento effettuato / consulenza prestata dalla banca ad un'impresa italiana funzionale all'acquisizione di un'impresa estera con perdite fiscali

- Operazione potenzialmente rilevante qualora **dalla documentazione acquisita** in sede di due diligence (**AML, altre normative non fiscali o per motivi commerciali**) emerge (i) l'intenzione dell'acquirente di interrompere l'attività dell'acquisita, (ii) la presenza di **benefici per perdite fiscali** dell'acquisita nonché (iii) l'intenzione dell'acquirente di **utilizzare tali perdite per ridurre il proprio carico fiscale** (es. tramite fusione delle due società o tramite regimi di consolidamento degli imponibili)
- Esempi di documentazione acquisita: pratica di fido e relazione istruttoria, **eventuale business plan, eventuale situazione patrimoniale dell'acquisita, eventuale tax memorandum** (elaborato da o per conto dell'impresa cliente)
- Verosimile che in mancanza dei **documenti eventuali** l'intermediario service provider (v. banca erogante il finanziamento / prestazione di consulenza) non avrà obbligo di reporting DAC6 per mancanza di standard di conoscenza (e mancanza di conoscenza effettiva)



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

3.5. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

Standard di conoscenza dell'intermediario service provider (segue)

Il rischio che l'intermediario finanziario sia promoter in relazione a meccanismi con hallmark A (cfr. retro 2.2) può essere mitigato come segue:

- Hallmark A.1 ed A.2 – opportuno stabilire che, in fase di negoziazione dei contratti non standard, non è consentito l'inserimento di clausole di riservatezza e success fee strettamente correlate agli effetti fiscali dell'operazione
- Hallmark A.3 – con riguardo a prodotti collocati, ma emessi da soggetti terzi extra gruppo dell'intermediario, opportuno inserire nei relativi accordi di collocamento una clausola con cui la fabbrica prodotto terza dichiara che il prodotto non è un meccanismo commerciabile / standardizzato



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

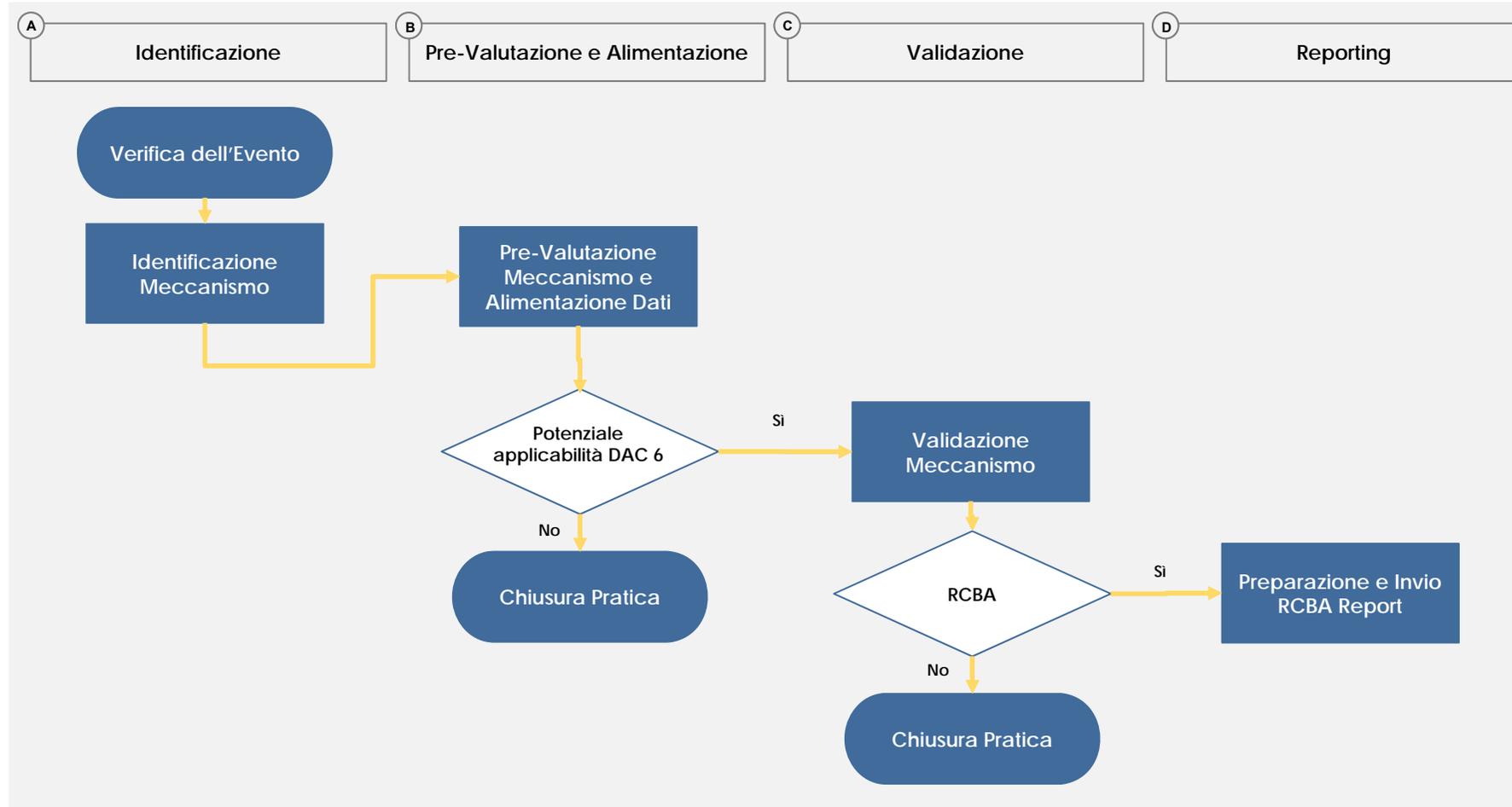
3.6. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

Implementazione DAC6 presso gruppo bancario/finanziario italiano anche alla luce dello standard di conoscenza – fiscalità della clientela – analisi d’impatto

- Intervista alle varie aree aziendali / società del Gruppo onde verificare il livello di potenziale impatto della normativa DAC6 in relazione alla specifica attività, anche illustrando la normativa (in particolare possibile coinvolgimento della banca come promoter piuttosto che come service provider nonché l’elemento della transnazionalità)
- conseguente individuazione delle aree di potenziale impatto
- In esito all’analisi, emergono livelli di rischio DAC6 differenziati per aree/divisioni aziendali:
 - a) **Rischio DAC6 elevato: Corporate & Investment Banking, Private Banking**
 - b) **Rischio DAC 6 medio/basso: asset management, insurance**
 - c) **Rischio DAC6 basso: retail banking**
- Check list DAC6 differenziate, a seconda delle aree aziendali
- Definizione di un questionario di business (con ulteriore dettaglio DAC6 rispetto alle check list)



3.7. Standard di conoscenza - Implementazione DAC6 presso gruppo bancario – fiscalità della clientela – software di analisi e reporting



Legenda:



Il processo illustrato deve essere concluso entro 30 giorni a partire dal giorno in cui (a seconda di quale si verifica per primo):

- Il meccanismo è reso disponibile per l'attuazione;
- Il meccanismo è pronto per l'attuazione;
- il primo passo di attuazione è stato fatto.

3.8. Standard di conoscenza Implementazione DAC6 presso gruppo bancario – fiscalità della clientela – software analisi e reporting

Attori coinvolti - Attribuzione delle attività nel processo DAC6 a ruoli predefiniti, come segue:

Attori del processo	Attività previste
<p>Desk/Gestori Strutture di business responsabili delle attività di intercettamento</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Input del processo: Identificazione attraverso check-list.
<p>Focal Point Strutture di business centrali responsabili della valutazione delle fattispecie DAC 6.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Pre-valutazione: questionari di business; • Data Enrichment: inserimento dati tracciato xml.
<p>Fiscale Ufficio responsabile delle attività di validazione e reporting DAC6 e del monitoraggio delle segnalazioni di competenza.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Validazione: questionario fiscale; • Reporting: segnalazione ad AdE; • Monitoraggio delle pratiche di riferimento della struttura fiscale.

Nella pagina seguente: workflow di processo



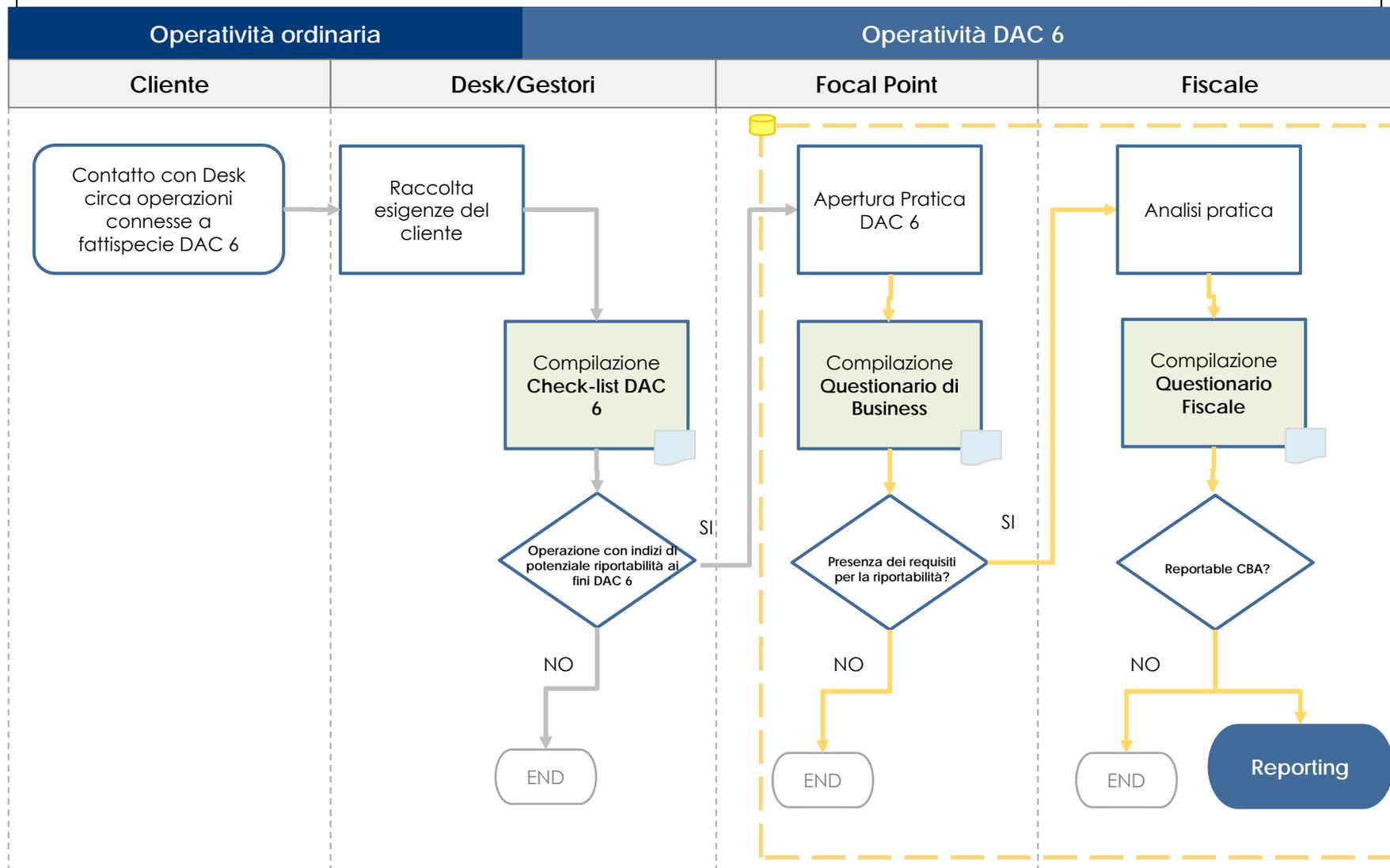
Attività

Inizio/Fine

Workflow di processo

© CSVN: Vietata la riproduzione e la distribuzione senza l'autorizzazione del CSVN

3.9. Standard di conoscenza Implementazione DAC6 presso gruppo bancario – fiscalità della clientela - software analisi e reporting



Legenda:

- Attività
- ◇ Decisione
- Inizio/Fine
- Flusso extra sistema
- Flusso a sistema Tagetik
- Tool Dac 6
- Questionario/checklist a supporto



© CSVN: Vietata la riproduzione e la distribuzione senza l'autorizzazione del CSVN

3.10. Standard di conoscenza Implementazione DAC6 presso gruppo bancario – fiscalità della clientela - tool analisi e reporting

Software («Tool») DAC6 - funzioni

- vengono «caricate» sul tool le operazioni potenzialmente rilevanti, con le relative evidenze documentali per l'analisi, che superano il primo filtro (check list DAC6) anche qualora non superino i successivi filtri («questionario di business» e «Questionario Fiscale»)
 - **necessità di archiviare check list con esito negativo in archivio diverso dal tool DAC6**
- consente al Fiscale, una volta rilevato un meccanismo come Reportable (RCBA), di provvedere automaticamente alla segnalazione mediante tracciato XML secondo le specifiche del Provvedimento Ade del 26/11/2020 (link <https://agenziaentrate.gov.it/portale/provvedimento-del-26-novembre-2020-scambio-automatico-meccanismi-transfrontalieri-dac6->)
- magazzino delle operazioni analizzate che hanno superato il filtro della check list, segnalate e non, in relazione a futuri eventuali controlli sia interni (es. Internal Audit) che esterni (es. Amministrazione finanziaria). In particolare:
 - Reporting effettuato - **conservare i dati ed i documenti relativi al meccanismo fino al 31 dicembre del quinto anno successivo** a quello in cui le informazioni sono comunicate (es. reporting DAC 6 effettuato il 31 gennaio 2021: conservazione documentale fino al 31 dicembre 2026) – art. 11 co. 1 lett. a) d.lgs.
 - Reporting non effettuato - **conservare i dati ed i documenti relativi al meccanismo fino al 31 dicembre del settimo anno successivo** a quello in cui le informazioni sono o avrebbero dovuto essere comunicate (es. reporting DAC 6 che avrebbe dovuto essere stato effettuato il 31 gennaio 2021: conservazione documentale fino al 31 dicembre 2028) - art. 11 co. 1 lett. b) d.lgs.



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario ed il contribuente

2. Gli intermediari: il “promoter” e il “service provider”. Criteri di individuazione

3. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

4. Le esimenti

5. Focus sulla condizione di riservatezza



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

4.1. Le esimenti (cause di esonero dall'obbligo di reporting)

Obbligo di reporting DAC6 (art. 3 d.lgs.)

- 3.1. Obbligo in capo a intermediari e contribuente
- 3.2. Se più soggetti coinvolti obbligo in capo a tutti
- 3.3. Esonero da obbligo per intermediario se può provare che le medesime informazioni concernenti il meccanismo sono state comunicate da altro intermediario ad Ade o all'autorità competente di altro Stato UE – analogo esonero per contribuente in art. 3.10
- 3.4. Esonero da obbligo dell'intermediario per segreto professionale
- 3.5. Esonero da obbligo dell'intermediario se può emergere sua responsabilità penale (divieto di autoincriminazione – *nemo tenetur se detegere*) – analogo esonero per contribuente in art. 3.9



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

4.2. Le esimenti (cause di esonero dall'obbligo di reporting)

Obbligo di reporting DAC6 (art. 3 d.lgs.) - segue

- 3.6. Se esoneri sub 3.4 e 3.5 l'intermediario deve informare ogni altro intermediario che sappia coinvolto nel meccanismo o in assenza il contribuente circa l'obbligo a loro carico di reporting DAC6
 - Possibili criticità: intermediario (es. professionista promoter) informa a ridosso dello scadere del termine di reporting altro intermediario (es. banca service provider) e/o altro intermediario non condivide valutazione di riportabilità del meccanismo
- 3.7. Obbligo in capo al contribuente se
 - Assente intermediario (es. meccanismi elaborati *in house* da enti strutturati – pag. 43 Circolare)
 - Intermediario non ha fornito al contribuente documentazione attestante l'avvenuto reporting ad Ade o autorità competente di altro Stato UE
- 3.8 Se più contribuenti, obbligo in capo a quello che ha concordato il meccanismo con l'intermediario o in assenza in capo al contribuente che ne ha gestito l'attuazione



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

4.3. Le esimenti (cause di esonero dall'obbligo di reporting)

Focus su alcune esimenti

- Art. 3.3. e 3.10 - Esonero di intermediario/contribuente se altro intermediario/contribuente ha comunicato le medesime informazioni all'Ade o all'autorità competente di altro Stato UE
 - ❑ per fruire di tale esonero l'intermediario/contribuente ha l'onere di ottenere dall'altro partecipante evidenza di ricezione della comunicazione DAC6 da parte di Ade o autorità competente di altro Stato UE e del relativo contenuto (pagg. 43 e 46 della Circolare): solo così può verificare che le informazioni fornite dall'altro partecipante sono le medesime che avrebbe dovuto comunicare all'Ade
- Art. 3.5 – Esonero da obbligo dell'intermediario se può emergere sua responsabilità penale (divieto di autoincriminazione)
 - ❑ poco verosimile applicazione concreta di tale fattispecie che significa di fatto comunicare ad altro intermediario o in mancanza al contribuente la propria responsabilità penale (e probabilmente anche quella di altro intermediario/contribuente a titolo di concorso ex art. 110 c.p.)
 - ❑ a parte art. 3.3, appare quale unica concreta causa di esonero per intermediario finanziario (non ha segreto professionale), e come sopra indicato esimente di poco verosimile utilizzo (si segnala all'altro intermediario il proprio potenziale coinvolgimento in un reato)



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

1. I partecipanti al meccanismo: l'intermediario ed il contribuente

2. Gli intermediari: il “promoter” e il “service provider”. Criteri di individuazione

3. Il “reasonably be expected to know test” e gli effetti per gli intermediari bancari e finanziari

4. Le esimenti

5. Focus sulla condizione di riservatezza



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

5.1. Focus sulla condizione di riservatezza

Esimente per segreto professionale (art. 3 co. 4 d.lgs.)

- «L'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione per le informazioni che riceve dal proprio cliente, o ottiene riguardo allo stesso nel corso dell'esame della posizione giuridica del medesimo o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del cliente stesso in un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria* o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentarlo o evitarlo, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso»
- Clausola di salvaguardia (contrattuale, civile e regolamentare): «... le comunicazioni effettuate ai sensi del presente decreto legislativo, se poste in essere per le finalità ivi previste e in buona fede, non costituiscono violazione di eventuali restrizioni alla comunicazione di informazioni imposte in sede contrattuale o da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e non comportano responsabilità di alcun tipo»

* Include qualunque ramificazione della magistratura (pag. 47 della Circolare)



DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

5.2. Focus sulla condizione di riservatezza

Segreto professionale

- Riferibile di massima a professioni liberali e ripreso nei relativi codici deontologici
- Tutelato con
 - ❑ sanzioni disciplinari in capo ai professionisti che lo violano (comminate dall'ordine professionale di riferimento)
 - ❑ art. 622 c.p. (reclusione fino ad un anno e multa per «chiunque, avendo notizia per ragione del proprio stato o ufficio o della propria professione o arte di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto»)
 - ❑ art. 200 c.p.p., in forza del quale non possono essere obbligati a deporre come testimoni su quanto hanno conosciuto in ragione della propria professione, tra l'altro, «gli avvocati... i consulenti tecnici e i notai... gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale»



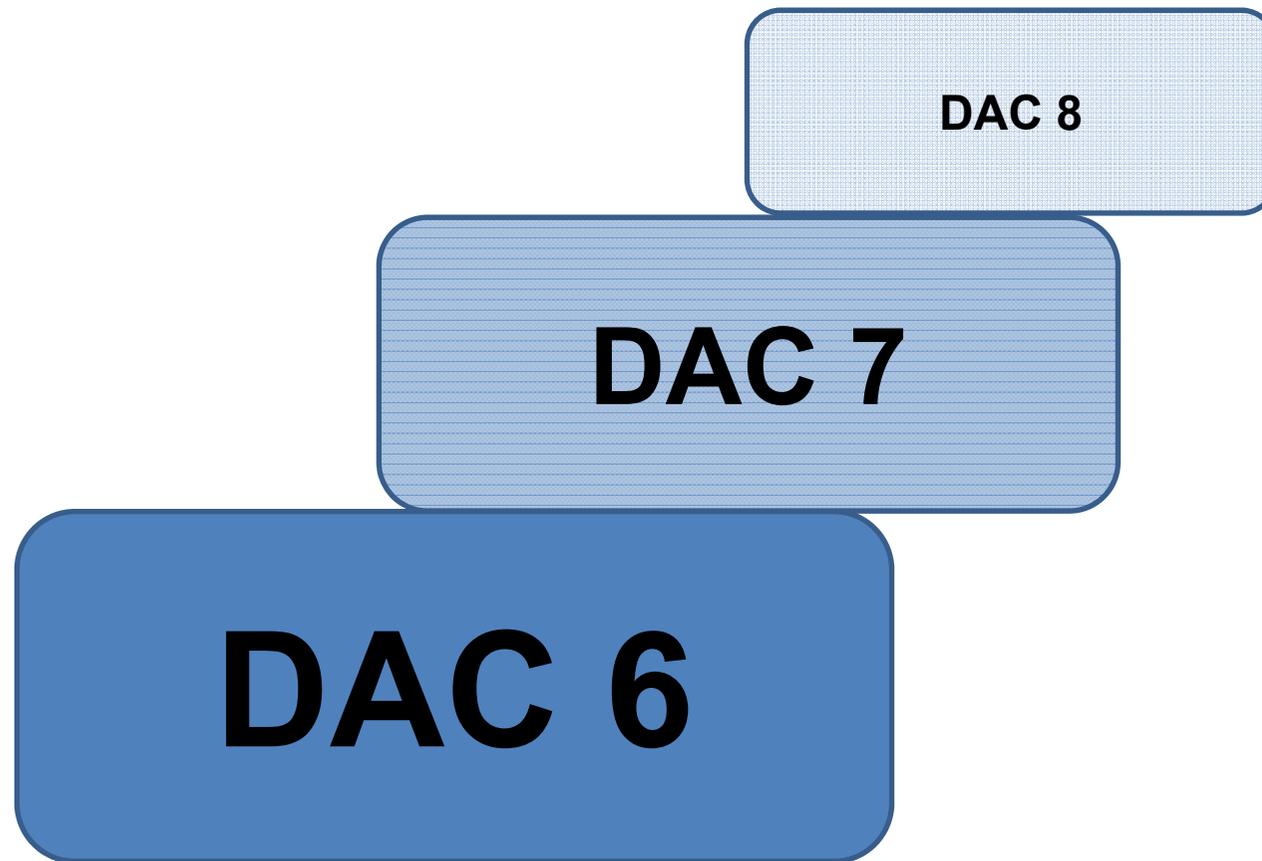
DAC 6 in Italia - Ambito soggettivo

5.3. Focus sulla condizione di riservatezza

Segreto professionale (segue)

- Non riferibile di massima a intermediari finanziari tenuti a reporting DAC6 (es. banche, SIM, SGR, imprese di assicurazione)
- Intermediari ai sensi dell'art. 2 co. 1 lett. c) d.lgs. – e quindi anche intermediari finanziari - neppure hanno il diritto di non effettuare reporting all'Ade qualora ciò possa comportare la rivelazione di un segreto commerciale o industriale
 - ❑ In tal caso l'art. 9 co. 3 d.lgs. prevede che le informazioni ricevute dall'Ade sui meccanismi DAC6 «non sono trasmesse» alle autorità competenti delle giurisdizioni estere «quando possono rivelare un segreto commerciale, industriale o professionale, un processo commerciale...»
 - ❑ In merito, il Provvedimento (su modalità e termini del reporting DAC6) punto 3.2 nel richiamare la sintesi del meccanismo precisa «senza divulgare un segreto commerciale, industriale o professionale, un processo commerciale...»; ove mai il reporting DAC6 richieda necessariamente la comunicazione di un segreto commerciale/industriale, tale previsione – di fonte sub-normativa – non appare tutelante per l'intermediario





◇ *Grazie per l'attenzione* ◇



DAC 6 – Elementi distintivi (*Hallmarks*)

Stefano Massarotto

LUGANO, 1 FEBBRAIO 2021



© CSVN: La presente documentazione ha esclusivo scopo didattico e non può essere utilizzata per fini differenti rispetto a quelli per cui è stata preparata. È vietata la riproduzione delle informazioni in essa contenute e la distribuzione, in qualsiasi forma e con qualsiasi strumento, senza un'espressa autorizzazione del CSVN.

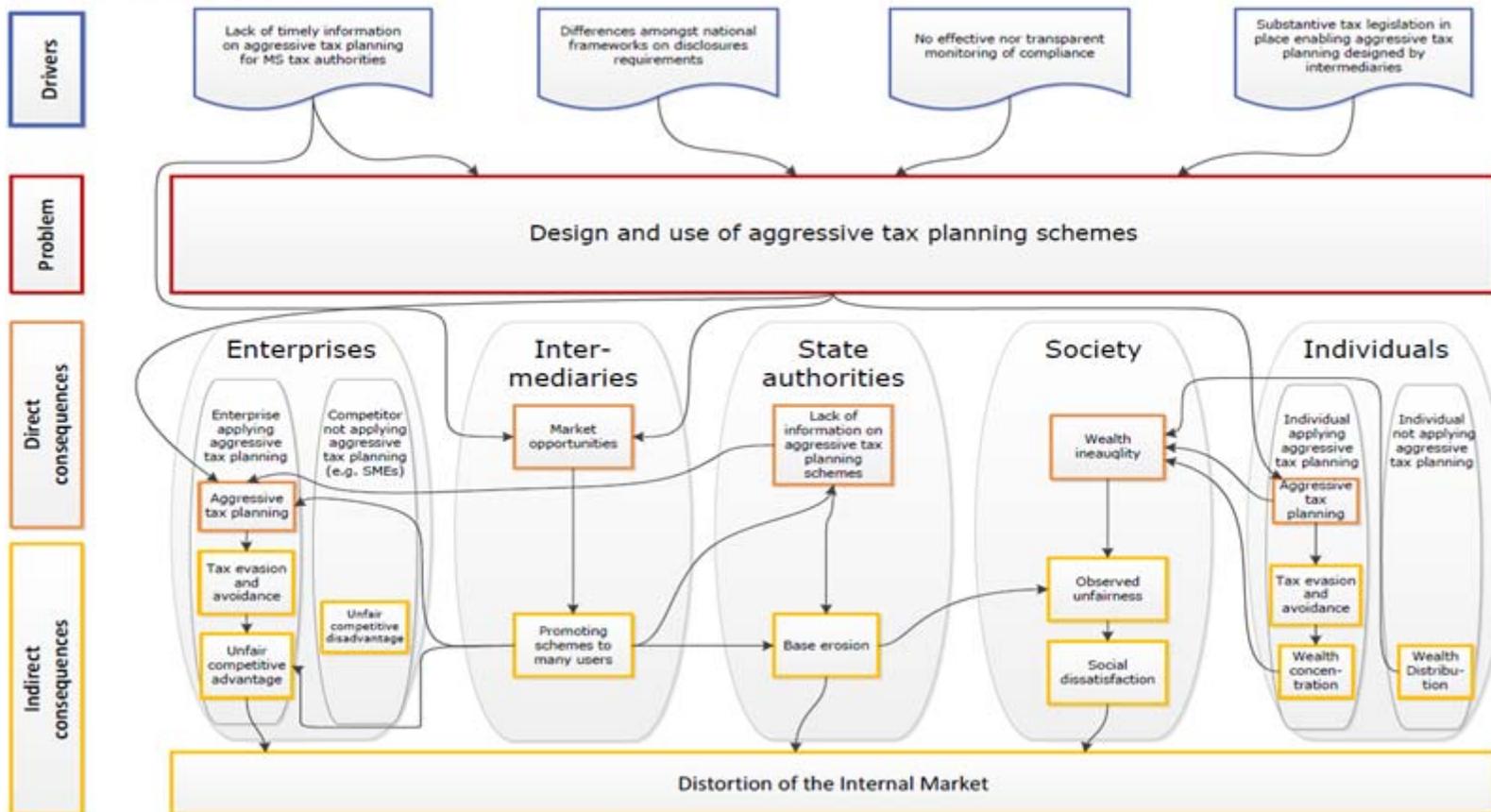
Premessa



© CSVN: Vietata la riproduzione e la distribuzione senza l'autorizzazione del CSVN

I problemi

Figure 1: Problem Tree

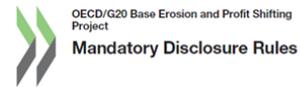


I problemi

Position Providers	Countries	Number of offshore companies requested
1	Bahamas, Cayman Islands, France, Germany, Hong Kong, Jersey, Luxembourg, Monaco, Singapore, Switzerland, Taiwan, UK, US, Indonesia, Canada	13 285
2	Singapore, Switzerland, Taiwan, UAE, UK, US, Bahamas, China, Gibraltar, Guernsey, Liechtenstein, Monaco	11 347
3	Bahamas, BVI, Guernsey, Jersey, Isle of Man	8 507
4	Hong Kong, China, Unidentified	7 515
5	Belize, Hong Kong, Jersey	7 061
6	Hong Kong, Luxembourg, Gibraltar	4 300
7	UK, Singapore, Jersey, Switzerland, Hong Kong, Indonesia, US, Bahamas, Jersey	3 393
8	Russia, Cyprus, Unidentified	2 909
9	Singapore, Guernsey, Hong Kong, Isle of Man, Israel, Jersey, Lebanon, Luxembourg, Singapore, Switzerland, Taiwan, UK, US, Guernsey, Bahamas, Switzerland	2 882
10	Bahamas, Switzerland, British Virgin Islands	2 262

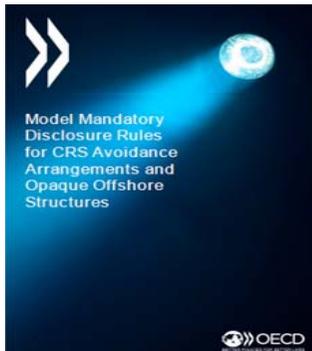


La DAC 6 nel contesto dei lavori OCSE



OECD

Pianificazione fiscale internazionale
aggressiva



OECD

Aggiramento potenziale del CRS o
dell'identificazione del titolare effettivo



© CSVN: Vietata la riproduzione e la distribuzione senza l'autorizzazione del CSVN

Le finalità della direttiva DAC 6

- Preambolo della **Direttiva (UE) 2018/822** del 25 maggio 2018:
- «Per gli Stati membri risulta sempre più difficile proteggere le basi imponibili nazionali dall'erosione ... E' pertanto fondamentale che le autorità fiscali degli Stati membri ottengano informazioni complete e pertinenti riguardo a **meccanismi fiscali potenzialmente aggressivi**. Tali informazioni permetterebbero a dette autorità di **reagire prontamente** alle pratiche fiscali dannose e di colmare le lacune mediante disposizioni legislative o lo svolgimento di adeguate valutazioni di rischio e audit»
- «Un quadro trasparente per lo sviluppo delle attività economiche può contribuire a contrastare l'elusione e l'evasione fiscali nel mercato interno» e «può contribuire in modo efficace agli sforzi per la creazione di un ambiente di tassazione equa nel mercato interno»



Le finalità della direttiva DAC 6

- «I meccanismi di pianificazione fiscale aggressiva si sono evoluti negli anni ... tenendo conto di ciò, sarebbe più efficace cercare di individuare i meccanismi di pianificazione fiscale potenzialmente aggressiva attraverso la compilazione di un **elenco delle peculiarità e degli elementi** delle operazioni che presentano una forte indicazione di elusione e abuso fiscale»
- È necessario «**ridurre al minimo** i costi e gli **oneri** amministrativi sia per le amministrazioni fiscali sia per gli intermediari»
- «In ottemperanza al **principio di proporzionalità** ... la presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo»



Framework normativo

- Direttiva **DAC6**:
 - Ha fissato un *minimum standard*
 - **Assenza** di un *set* di **regole uniformi** tra i Paesi
- In Italia:
 - Il **D.lgs n. 100 del 30 luglio 2020** ha recepito la Direttiva 2018/822/UE che modifica la Direttiva 2011/16/UE
 - Le disposizioni del D. Lgs. n. 100/2020 sono state integrate con il Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 17 novembre 2020
 - Con il successivo Provvedimento dell'Agenzia delle entrate n. 364425 del 26 novembre 2020 sono state stabilite le modalità tecniche di comunicazione delle informazioni
 - Bozza di Circolare dell'Agenzia delle entrate del 28 dicembre 2020 (115 pag.!).



Timeline

- Le disposizioni della Direttiva si applicano a decorrere **dal 1° luglio 2020**
- La Direttiva prevede inoltre lo scambio di informazioni anche in relazione ai meccanismi transfrontalieri «*la cui prima fase è stata attuata tra la data di entrata in vigore (25 giugno 2018) e il 30 giugno 2020*» (cd. **periodo transitorio**).
- Prima applicazione della Direttiva in Italia:
 - Le informazioni relative al **periodo compreso tra il 1° luglio e il 31 dicembre 2020** devono essere trasmesse all'Agenzia delle Entrate «**entro 30 giorni a decorrere dal 1° gennaio 2021**»
 - Per il **periodo transitorio**, le informazioni devono essere trasmesse all'Agenzia delle Entrate **entro il 28 febbraio 2011**
 - Per i meccanismi commerciabili (ovvero «*un meccanismo transfrontaliero che è suscettibile di essere messo a disposizione di una pluralità di contribuenti senza sostanziali modifiche*»), la prima relazione periodica deve essere presentata entro il 30 aprile 2021



Struttura della DAC 6

- Come precisato dalla Bozza di Circolare dell'Agencia, la concreta individuazione dei meccanismi transfrontalieri passa dai seguenti steps:
 - a) La transnazionalità del meccanismo (**transnazionalità**)
 - b) La sussistenza di almeno uno degli elementi distintivi classificati in cinque categorie identificate con lettere dalla A) alla E), previsti dall'Allegato 1 al D. Lgs. n. 100/2020 (**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 (**riduzione di imposta**)
 - d) La presenza di un «vantaggio fiscale principale» realizzato da uno o più contribuenti in Italia (**vantaggio principale**)



Gli hallmarks: selected issues



© CSVN: Vietata la riproduzione e la distribuzione senza l'autorizzazione del CSVN

Gli elementi distintivi

- I meccanismi transfrontalieri individuati tramite i cd. elementi distintivi (**hallmarks**) indicati nell'Allegato I al D.lgs. n. 100/2020:
 - Definizione di elemento distintivo: *come* «**indice di rischio di elusione o evasione fiscale**»
 - L'Allegato I prevede cinque categorie:
 - 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
 - D) Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva
 - E) Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento



Gli elementi distintivi

- Alcuni *hallmarks* possono essere presi in considerazione soltanto se soddisfano il «criterio del vantaggio principale» (*main benefit test*)

Categoria	Descrizione	<i>Main benefit test?</i>
A	Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale	SI
B	Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale	SI
C	Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere	Solo per quelli di cui al par. 1, lett. b), punto i), e lett. c) o d)
D	Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva	NO
E	Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento	NO



Il criterio del vantaggio fiscale

- Articoli 6 e 7 del Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 17 novembre 2020:
 - Gli elementi distintivi di cui all'Allegato 1, lettere A, B, C ed E, al Decreto Attuativo, 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
- **Vantaggio fiscale:**
 - «*Si calcola come **differenza** tra le **imposte** da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi*»



Il cd. Main Benefit Test

- «**Main benefit test**»:
 - «Tale criterio sarà soddisfatto se è possibile stabilire che **il principale vantaggio o uno dei principali vantaggi** che una persona, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti, si può ragionevolmente attendere da un meccanismo è ottenere un **vantaggio fiscale**» (cfr. art. 2, comma 1, lett. f), D.lgs. n. 100/2020)
- Decreto attuativo del 17 novembre 2020:
 - *Main benefit test* superato se il «**vantaggio fiscale è superiore al cinquanta per cento della somma del suddetto vantaggio fiscale e dei vantaggi extrafiscali**»



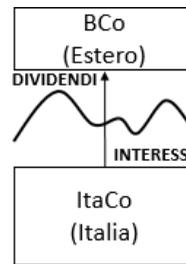
Il vantaggio fiscale e le norme limitative

- La Bozza di **Circolare** (cfr. pag. 31 e ss.):
 - *«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»*
 - Il caso della Bozza di Circolare, esempi 6, 11, 14, 20 e 24
- L'interpretazione dell'Agenzia delle entrate è allineata con le finalità della DAC6?



Il vantaggio fiscale e le norme limitative

Esempio 14: trasformazione di reddito in altre categorie esenti/escluse mediante utilizzo di strumenti finanziari ibridi

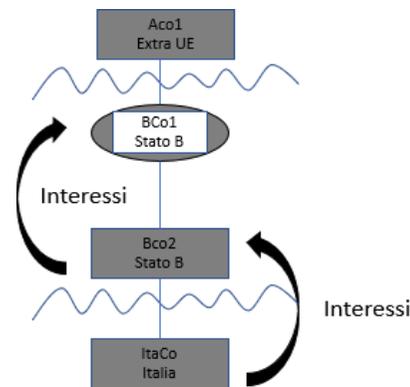


Meccanismo transfrontaliero	Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. Il meccanismo va comunicato anche se BCo è residente in un paese con il quale non è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni previsto dall'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo (cfr. par. 3.3)
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.



Il vantaggio fiscale e le norme limitative

Esempio 20: pagamenti a soggetti non residenti con uso di entità ibrida inversa



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

- Finanziamenti da Banche extra UE a società ITA?



Il vantaggio fiscale e le norme limitative

- Se lo **schema/meccanismo** è destinato a rimanere **non operativo**, **non** si realizza *ab origine* alcun **vantaggio fiscale**
- Il caso delle disposizioni anti-ibridi introdotte con il Decreto ATAD
- Conferme, a livello internazionale, secondo cui, in linea di principio, i meccanismi devono essere oggetto di comunicazione ove vi sia una potenziale riduzione d'imposta non neutralizzata dall'ordinamento
 - *Action 12 BEPS*
 - *Working party 2017*
 - *Considerando 2 alla Direttiva DAC 6*



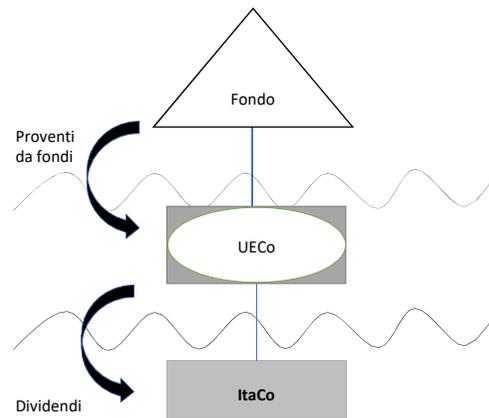
Il «necessario» confronto tra le imposte

- «Vantaggio fiscale: «**differenza** tra le **imposte** da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi»
- Il criterio dovrebbe implicare la **necessità di confrontare le imposte** che risultano dall'attuazione del meccanismo transfrontaliero quelle dovute in assenza di tale meccanismo, ma mantenendo ferma l'operazione reale (o lineare) sottostante che determina un risultato economico diverso dal vantaggio fiscale:
 - Fatti salvi i casi delle operazioni integralmente circolari, è sempre necessario un confronto con il carico impositivo dell'**operazione economica più lineare** che avrebbe condotto allo stesso risultato reale
 - Diversamente, ove l'assenza del meccanismo dovesse essere intesa come assenza dell'operazione, difetterebbe uno dei due termini di confronto, con la conseguenza che non potrebbe emergere alcun vantaggio fiscale nei casi in cui il meccanismo produce, come risultato, un effetto reddituale positivo (e, quindi, un'imposta dovuta)
- Le conferme in alcuni esempi della bozza di Circolare (ad es. 12 e 13)
- Esempio 7: dove è il confronto tra le imposte tra acquisto della società consociata rispetto a quello dell'acquisizione da terzi?



Il «necessario» confronto tra le imposte

Esempio 13: Conversione di redditi da fondi comuni d'investimento in dividendi:



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.

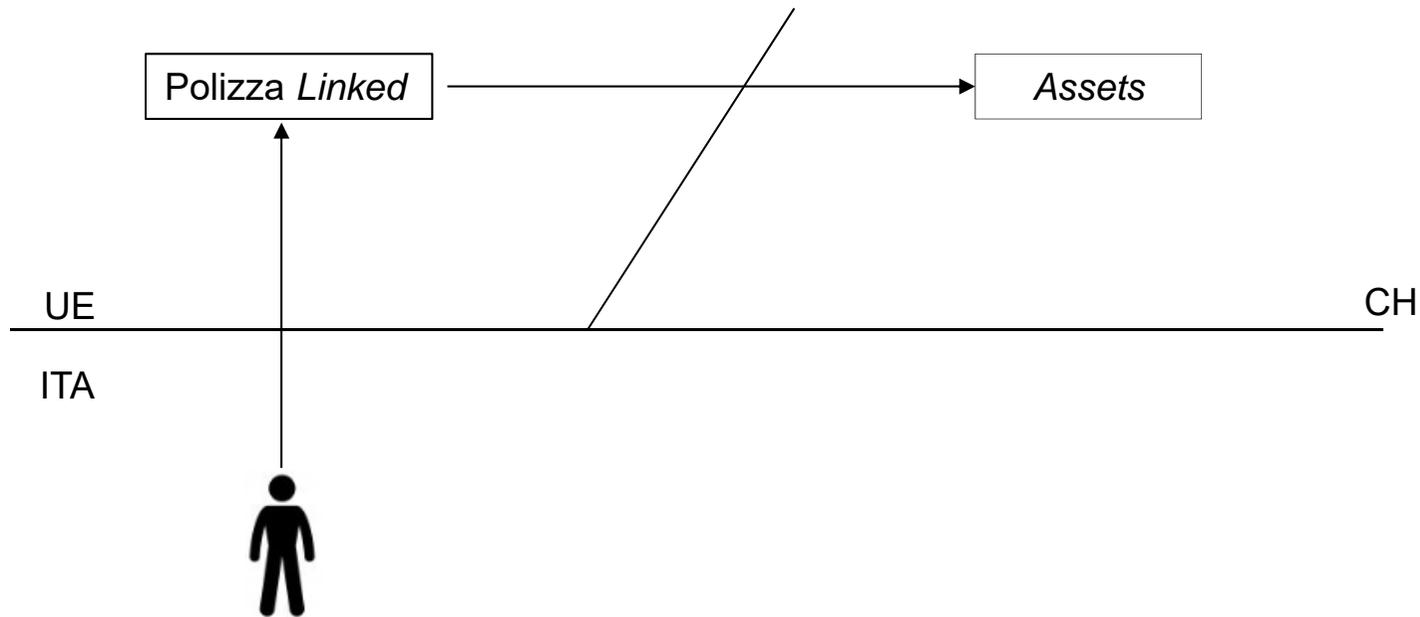


Il vantaggio fiscale nel rispetto delle norme

- Il vantaggio fiscale rileva anche se deriva dalla semplice fruizione di **regimi fiscali** di agevolazione o altri benefici fiscali **previsti dalle regole dell'ordinamento**?
- L'**esclusione** del decreto attuativo del 17 novembre:
 - **Esclusivamente** per l'*hallmark A.3*,
 - Se il meccanismo è «*finalizzato alla fruizione di un **singolo regime fiscale di agevolazione** previsto dall'ordinamento dello Stato e al ricorrere delle condizioni previste dalla disposizione fiscale di agevolazione*»



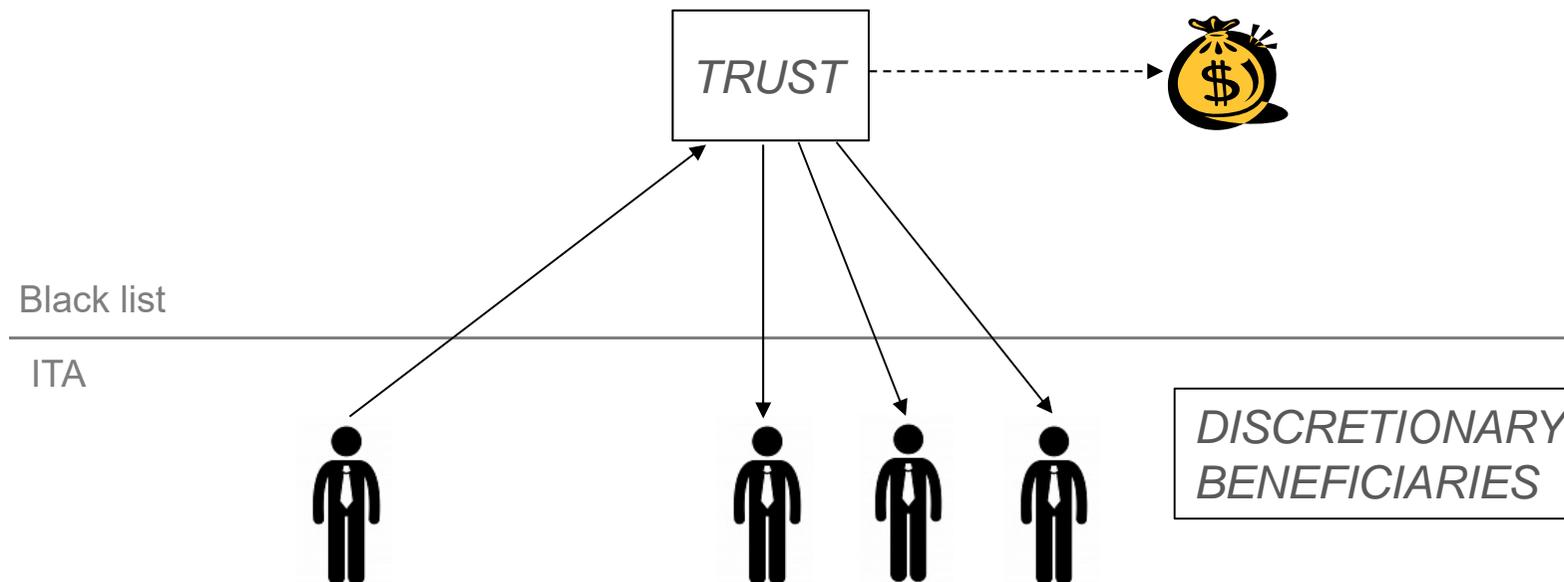
Hallmark A.3): strutture standardizzate



- Bozza Circolare: «*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 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**»*



Hallmark B.2): conversione del reddito



- Applicabilità art. 13 del D.L. n. 124/2019
- Trasferimento in ITA (o Paese white-list) realizza l'*hallmark* B2?



Hallmark D): scambio automatico di informazioni e titolarità effettiva

- Tra i meccanismi oggetto di comunicazione:
 - specifico riferimento al «*Model Mandatory disclosure rules*» dell'OCSE (2018):
 - **CRS avoidance arrangements**: schemi che hanno per obiettivo, o come oggetto, l'elusione dello scambio delle informazioni
 - **Opaque offshore structures**: veicoli privi di una effettiva attività economica, localizzati in una giurisdizione diversa da quella del *beneficial owner* e caratterizzati da una struttura opaca volta ad ostacolare l'identificazione del titolare effettivo
 - l'elenco semplificato (Allegato A) del decreto attuativo del 17 novembre

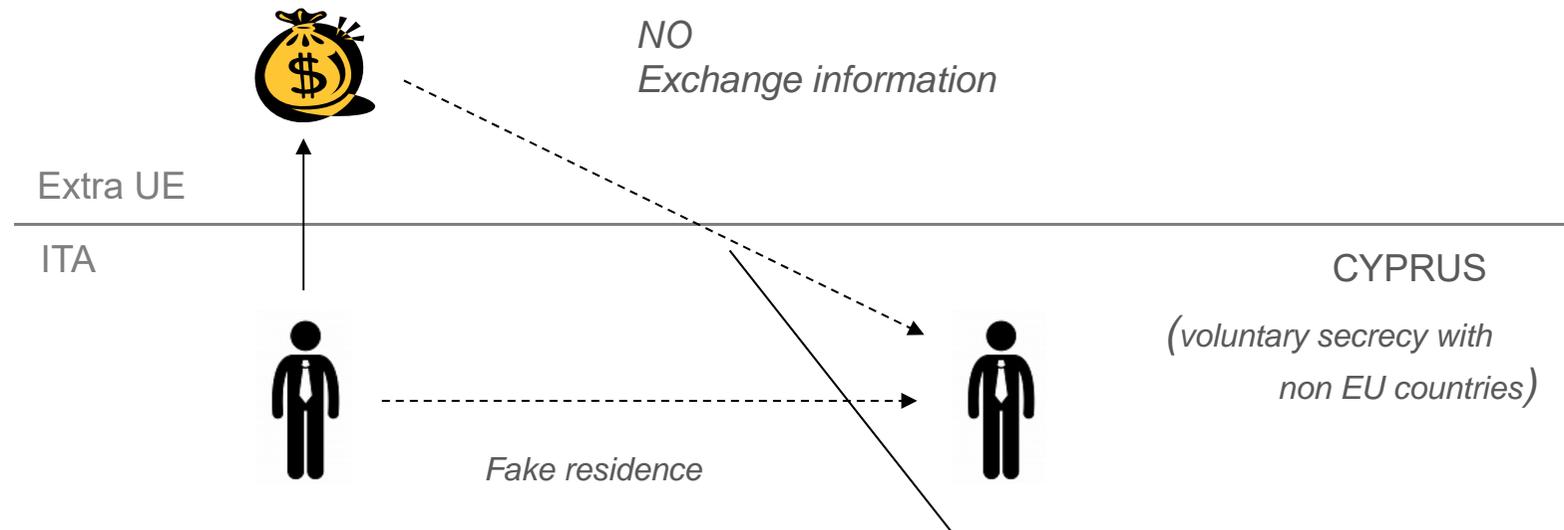


Hallmark D): scambio automatico di informazioni e titolarità effettiva

- MDR:
 - obbligo di comunicazione se «*it is reasonable to conclude that it is designed to... marketed as or has the effect of*» compromettere lo scambio automatico di informazioni o l'identificazione del titolare effettivo
- comunicazione per tutti i meccanismi che – **oggettivamente** – producono tali risultati a prescindere dall'effettiva **intenzione** delle parti?
- Secondo la Bozza di Circolare «*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*»



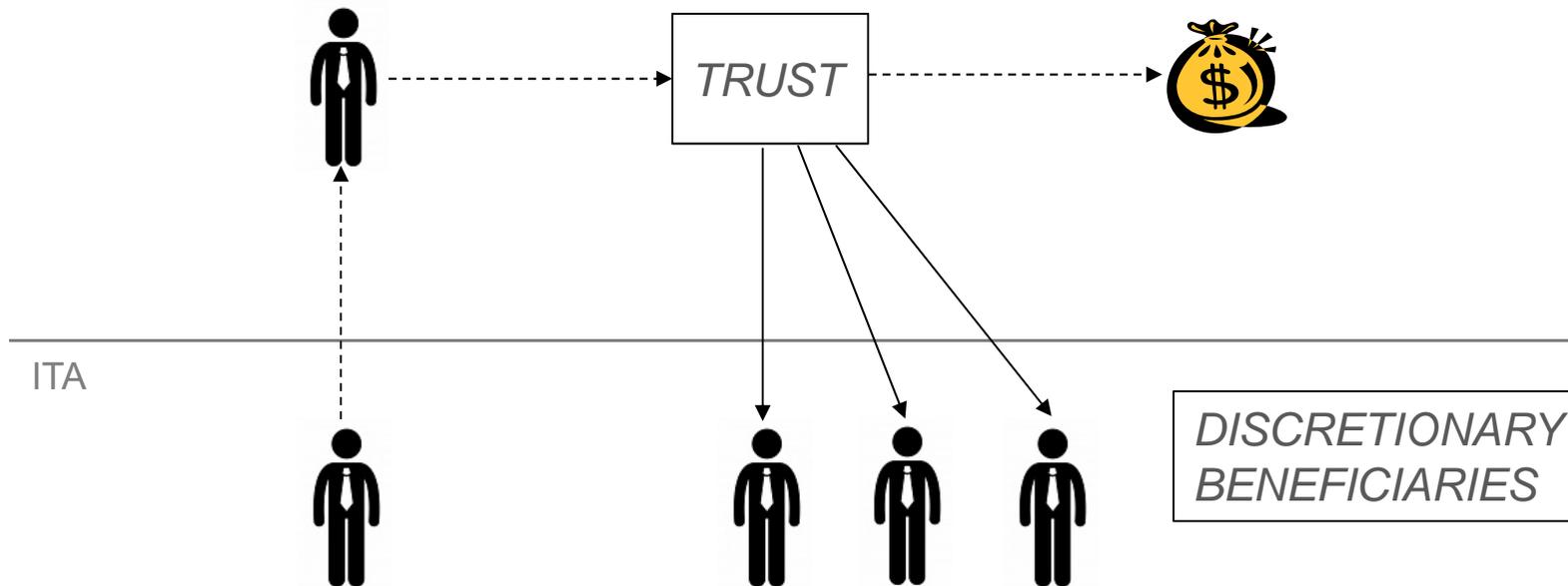
Hallmark D): schemi di elusione del CRS



- E Italia per neo-residenti ex art. 24-bis TUIR?



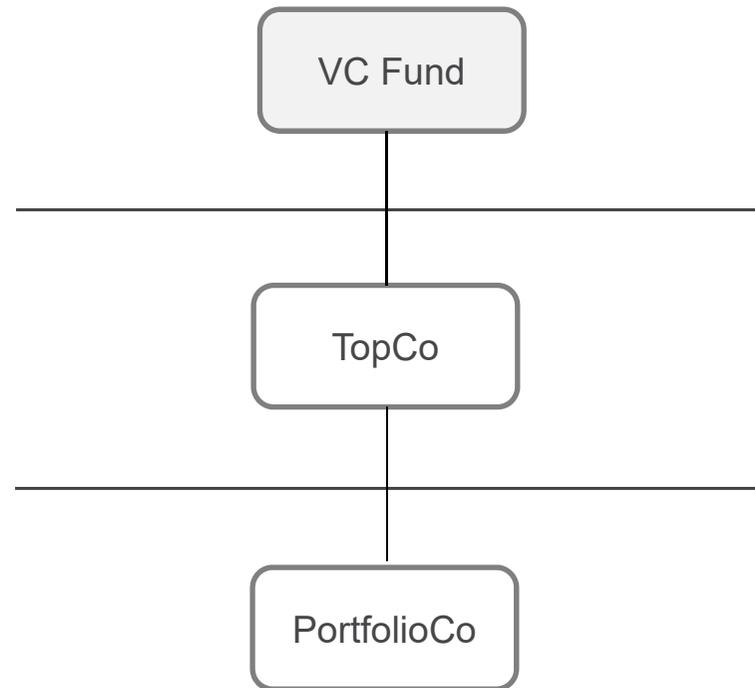
Hallmark D): schemi di elusione del CRS



- Trust: *FI vs Passive NFE*
- Nessuno scambio di informazioni?



Hallmark D): schemi di elusione del CRS



- Il ***carve out for Institutional Investors*** delle OECD MDR
- La definizione di «***struttura off-shore opaca***» del decreto attuativo del 17 novembre 2020



Hallmark D): esempi della Bozza di Circolare

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

Esempio 26: 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



Hallmark D): esempi della Bozza di Circolare

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

Esempio 27: 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.



Hallmark D): esempi della Bozza di Circolare

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

Esempio 28: 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. 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



Hallmark D): esempi della Bozza di Circolare

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

Esempio 29: 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



L'attuazione in Italia della Direttiva DAC 6 alla luce delle ultime disposizioni ministeriali e dell'Agenzia delle Entrate Analisi degli impatti sulla piazza bancaria e finanziaria svizzera

Incoronato Sammarone

BRP Bizzozero & Partners SA

WEBINAR 1 febbraio 2021



Gestione dei rischi derivanti da prestazioni di servizio transfrontaliere

- **Principio 7: rischi derivanti da prestazioni di servizio transfrontaliere**
 - > Se gli istituti o le relative società del gruppo erogano prestazioni di servizio transfrontaliere o distribuiscono prodotti finanziari, **occorre rilevare, limitare e sorvegliare in maniera adeguata** i rischi che risultano dall'applicazione della giurisdizione estera (diritto fiscale, penale, in materia di riciclaggio di denaro, ecc.).
 - > FINMA, in qualità di autorità di vigilanza, si attende che le banche rispettino il diritto in materia di vigilanza estero;

Gestione dei rischi derivanti da prestazioni di servizio transfrontaliere



Circolare 2008/21
Rischi operativi – banche

- **Principio 7: rischi derivanti da prestazioni di servizio transfrontaliere**
 - > Gli Istituti **sottopongono i propri servizi finanziari transfrontalieri** e la distribuzione transfrontaliera a **un'analisi approfondita** concernente le condizioni normative quadro da adempiere e i rischi connessi;
 - > Sulla base di questa analisi, gli istituti adottano le necessarie misure strategiche e organizzative volte a eliminare e a minimizzare i rischi;



Obbligo di segnalazione e collegamento con il mercato interno

> Campo di applicazione diretto della direttiva DAC 6:

- essere residente in uno Stato membro EU a fini fiscali ;
- avere una **stabile organizzazione** in uno Stato membro attraverso la quale vengono forniti i servizi relativi al dispositivo ;
- essere registrati o disciplinati dalla legge di uno Stato membro ;
- registrati presso un'associazione professionale in relazione a servizi legali, fiscali o di consulenza in uno Stato membro

> Implicazione di natura «indiretta»:

- In assenza di un intermediario ai sensi della direttiva - in particolare in presenza di un intermediario con sede in uno Stato terzo - l'obbligo di comunicare è a carico del contribuente che utilizza la pianificazione;
- Il fornitore di servizi di uno Stato terzo (una Entità svizzera, per esempio) che fornisce assistenza ai sensi della direttiva deve essere consapevole degli impatti sui Clienti ;
 - Obblighi di informazione?



Obbligo di segnalazione & Modelli di business

> La definizione di “*intermediario*” comprende:

- ***Promoter***: responsabile della progettazione, commercializzazione e gestione di un meccanismo transfrontaliero o lo mette a disposizione per l’attuazione;
- ***Service provider***: soggetto che fornisce qualsiasi aiuto materiale, assistenza o consulenza in tema di sviluppo, organizzazione, gestione e attuazione del meccanismo transfrontaliero:
 - ai fini degli obblighi di comunicazione, superamento del “*reasonably be expected to know test*”;



Obbligo di segnalazione & Modelli di business

- > ***Service provider, «reasonably be expected to know test»:***
- must take into account anything that they actually know about the Arrangement as well as any information that is readily available (including, for instance, in the case of Financial Institutions, information on the customer file or collected in connection with AML/KYC or CRS obligations)
 -do not impose any additional due diligence or enquiry obligations beyond those that would ordinarily be undertaken for commercial or regulatory purposes
 -not require Service Providers to have or apply a level of expertise beyond that which is reasonably required to provide the relevant services

Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures, (2018), Part III, Commentary, pag.34



Obbligo di segnalazione & Modelli di business

- > **Intermediari svizzeri** in qualità di *Service providers* andthe *reasonably be expected to know test*



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Swiss Confederation

Federal Department of Finance FDF
State Secretariat for International Financial Matters SIF

16 April 2018

SIF's position on the introduction of disclosure rules for intermediaries

Before the introduction of new rules: focus on effective implementation of the AEOI standard worldwide

- > Switzerland considers the introduction of **more extensive requirements** for intermediaries to be premature at this stage;
- > It therefore welcomes the fact that the model disclosure rules adopted by the OECD do not constitute a new minimum standard;
- > Switzerland believes that jurisdictions should gain initial experience with the AEOI before introducing any comprehensive disclosure requirements;
- > If it becomes clear that there are significant gaps in the AEOI standard, Switzerland will support the consideration of targeted measures to ensure the effectiveness of the AEOI.



Forum globale e basi legali svizzere per lo scambio automatico di informazioni

- > **Seguito verifica preliminare** da parte del **Forum globale** delle basi giuridiche svizzere per lo scambio automatico di informazioni sono scaturite delle raccomandazioni che ne hanno **reso necessario un adeguamento**:
- Legge federale sullo scambio automatico internazionale di informazioni a fini fiscali ("LSAI"), modifica del 19 giugno 2020
 - Ordinanza sullo scambio automatico internazionale di informazioni a fini fiscali ("OSAI"), modifica del 11 novembre 2020;
 - Direttiva Standard per lo scambio automatico di informazioni relative a conti finanziari Standard comune di comunicazione di informazioni, Amministrazione federale delle contribuzioni, aggiornamento del 8 gennaio 2021 ("Direttiva AFC 2021").



Hallmark D.2: Interazione tra Scambio Automatico di Informazioni e Procedure AML/KYC

- > The CRS provides that for purposes of determining the Controlling Persons of an Account Holder the AML/KYC Procedures as implemented in the domestic law and to which the Reporting Financial Institution is subject apply

(OECD, CRS-related Frequently Asked Questions, February 2019)



«Titolare effettivo» nella normativa svizzera

- > In Svizzera le Raccomandazioni del GAFI per la determinazione degli «aventi economicamente diritto» sono state implementate nell'ambito degli obblighi di diligenza degli intermediari finanziari (LRD e ORD-FINMA) e precisate mediante appositi regolamenti degli organismi di autodisciplina (Regolamenti OAD/CDB).

- > Legge sul riciclaggio di denaro, ("LRD") (art. 2 cpv.2 LRD)
 - Sono intermediari finanziari:
 - a. le **banche** secondo l'articolo 1a della legge dell'8 novembre 1934 sulle banche (LBCR) e le persone secondo l'articolo 1b LBCR;
 - a^{bis}. I gestori patrimoniali e i **trustee** secondo l'articolo 2 capoverso 1 lettere a e b della legge del 15 giugno 2018/11 sugli istituti finanziari (LsFi)



«Titolare effettivo» nella normativa svizzera: *post* implementazione raccomandazioni GAFI

- > Due concetti distinti:
- Detentore del controllo di società operative
 - Avente Diritto Economico di valori patrimoniali

Società operative

Società di sede

Detentore del controllo

ADE di valori patrimoniali

«Titolare effettivo» nella normativa svizzera: Detentore del controllo vs Avente diritto economico

> Detentore del controllo

- Persona fisica che detiene una percentuale pari o superiore al 25% dei diritti di voto o del capitale di una società operativa
- Sussidiario: persona fisica che esercita il controllo sulla società in maniera diversa
- Sub-sussidiario: direttore esecutivo (CEO)

> ADE di valori patrimoniali

- Nessuna definizione nella LRD/ORD FINMA e/o CDB 20
- Persona che esercita il controllo ultimo sui valori patrimoniali (DTF 125 I 239)
- Persona che ha un potere di disposizione di fatto e non formale sugli averi depositati (prassi Comm. Sorv. CDB 2011-2016, pag.23)



«Titolare effettivo» nella normativa svizzera: Detentore del controllo vs Avente diritto economico

Società operative

Detentore del controllo

- Accertamento dei detentori del controllo per Entità attive sul piano operativo:
 - applicazione a cascata secondo il principio della sussidiarietà

Società di sede

ADE di valori patrimoniali

- La nozione di avente diritto economico, non prevede un limite del 25% e obbliga gli intermediari finanziari ad accertare **tutti gli ADE**



«Titolare effettivo» nella normativa svizzera: Detentore del controllo vs Avente diritto economico

> Art. 2 lett. a ORD-FINMA ...si intende per:

- **società di sede**: le persone giuridiche, le **società**, gli istituti, le **fondazioni**, i **trust**, le società fiduciarie e le formazioni analoghe che **non esercitano un'attività commerciale**, di fabbricazione o un'altra attività gestita secondo criteri commerciali



Progetto di Modifica alla IV° Direttiva (EU) AML

> Progetto di Modifica alla IV° Direttiva (EU) AML

- The Commission proposes to lower to 10% the threshold set out in the 4AMLD in respect of certain limited types of entities which present a specific risk of being used for money laundering and tax evasion.
- For intermediary entities that do not have any economic activity and only serve to distance the beneficial owners from the assets, the 25% threshold is fairly easy to circumvent. Establishing a lower threshold where there is a specific risk will limit the scope of entities on which the obliged entities would need to collect additional information to those where the risk of use for illicit purposes is high. Accordingly, this enables the better detection of beneficial owner(s) with particular focus on entities that function as intermediary structures, do not create income on their own, but mostly channel income from other sources (*defined as Passive Non-Financial Entities under Directive 2011/16/EU*).



EUROPEAN
COMMISSION

Strasbourg, 5.7.2016
COM(2016) 450 final
2016/0208 (COD)

Proposal for a

DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL
amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system
for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive
2009/101/EC

Council of the
European Union

Brussels, 19 December 2017
(OR. en)

From: Presidency
Permanent Representatives Committee
To: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council
amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the
financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing
and amending Directive 2009/101/EC
Subject: - Analysis of the final compromise text with a view to agreement

(18) deleted

Proposta di modifica della Legge sul riciclaggio di denaro, LRD

- > «Le persone fisiche e giuridiche che a titolo professionale **forniscono determinati servizi di consulenza, segnatamente in relazione alla costituzione, gestione o amministrazione di società di domicilio o trust**, dovranno adempiere in futuro gli obblighi previsti dalla legge del 10 ottobre 1997 sul riciclaggio di denaro (LRD)»
 - *Proposta del Consiglio Federale concernente la modifica della legge sul riciclaggio di denaro, 26 giugno 2019*

- > Il Parlamento ha (per ora) respinto la proposta del *Consiglio Federale* :
 - 2 marzo 2020, Consiglio Nazionale : Non entrata in materia
 - 10 settembre 2020, Consiglio degli Stati : Stralcio della norma



Considerazioni finali

- Problematica coesistenza di obblighi tra ambiti normativi in capo agli Istituti finanziari:
 - Confine tra obbligo di comunicazione DAC 6 e obbligo di segnalazione AML?
- Scambio di informazione tra autorità fiscali europee:
 - Quid se il meccanismo coinvolge Stati terzi?



Grazie per l'attenzione!

BRP Bizzozero & Partners SA

GENEVE

Rue de Vermont 62

Case Postale 82

1211 Genève 20

T. +41 22 819 10 30

info@brpsa.com

ZURICH

Schanzeneggstrasse 3

8002 Zurich

T. +41 43 305 09 30

info@brpsa.com

www.brpsa.com

