In dirittura di arrivo il recepimento della DAC 6

di Bruno Ferroni (*)

La recente approvazione della Legge di delegazione europea 2018 permette di recepire nel termine del 31 dicembre 2019 la Direttiva del Consiglio UE 2018/822 del 25 maggio 2018 relativa ai meccanismi transfrontalieri soggetti ad obbligo di comunicazione, c.d. DAC 6. Lo schema del Decreto legislativo di recepimento è stato da tempo reso noto e sottoposto a pubblica consultazione dal MEF al fine di acquisire valutazioni, osservazioni e suggerimenti da parte della comunità professionale. Permangono, tuttavia, rilevanti dubbi sotto il profilo interpretativo e applicativo che dovranno essere affrontati dal testo finale del Decreto di recepimento per consentire alle imprese ed agli intermediari di rispettare i nuovi obblighi di comunicazione già dal prossimo anno, oltretutto con riferimento retroattivo alle operazioni svolte a partire dal 25 giugno 2018. Questi nuovi obblighi di *disclosure*, che si inquadrano nel nuovo sistema OCSE per la lotta all'evasione internazionale, andrebbero bilanciati da nuovi strumenti messi a disposizione dei contribuenti per conseguire un maggiore livello di *tax certainty* a livello internazionale.

1. Premessa

La Legge di delegazione europea 2018 (1) contiene le disposizioni di delega necessarie per il recepimento delle Direttive e degli altri atti dell'Unione Europea ed è quindi uno strumento di adeguamento al suo ordinamento. In particolare, l'Allegato A della legge elenca 26 Direttive di cui è disposto il recepimento in via legislativa dall'art. 1, comma 1, tra le quali, al numero 16, figura la Direttiva del Consiglio UE 2018/822 del 25 maggio 2018 relativa ai meccanismi transfrontalieri soggetti ad obbligo di comunicazione, che deve essere recepita entro il 31 dicembre 2019. Perfezionata la delega, può così essere approvato, nei termini richiesti, il Decreto legislativo che impone agli intermediari e/o ai contribuenti di segnalare tutte le strutture e i modelli di pianificazione fiscale transnazionali potenzialmente aggressivi finalizzati ad ottenere un vantaggio fiscale.

L'implementazione di questo nuovo obbligo segue di poco la recente introduzione nel sistema tributario unionale e nazionale delle c.d. Direttive ATAD 1 e 2, che hanno l'obiettivo di contrastare l'uso di strumenti transfrontalieri "ibridi" ovvero i fenomeni di doppia deduzione di un componente negativo di reddito o di doppia non tassazione di un componente positivo di reddito (2). In termini di obblighi a carico del contribuente, invero, quello in esame fa seguito all'introduzione del *country by country reporting* (CbCR), che è stato recentemente avviato con l'obiettivo di alimentare una banca digitale in ambito OCSE da cui le varie autorità fiscali pos-

(*) Professore di *International Business Law*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Piacenza.

(1) Legge 4 ottobre 2019, n. 117, "Delega al Governo per il recepimento delle Direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione Europea - Legge di delegazione europea 2018", pubblicata in G.U. n. 245 del 18 ottobre 2019, in vigore dal 2 novembre 2019.

(2) Cfr. D. Liburdi - L. Nobile, "Le norme sul disallineamento da ibridi e il rapporto con le disposizioni in materia di abuso del diritto", in *il fisco*, n. 47-48/2018, pag. 4547; B. Ferroni, "Gli strumenti ibridi nel BEPS e nella Direttiva UE antielusione", in *il fisco*, n. 35/2018, pag. 3357.

sono desumere indici rilevanti ai fini fiscali su come la *value chain* globale del gruppo è declinata in ciascun Paese (3). È evidente che, nel nuovo scenario della lotta all'elusione internazionale che si è realizzato con l'attuazione del c.d. Progetto BEPS, non solo sono state aggiornate ed inasprite le misure normative di contrasto e di controllo del fenomeno, ma si è reso più stringente l'onere a carico dei contribuenti internazionali di adempiere ad obblighi di trasparenza, di informazione e di documentazione. A fronte di ciò dovrebbero essere favoriti ed incentivati, altresì, tutti gli strumenti e le forme di cooperazione con l'Amministrazione finanziaria per rendere più efficiente e tempestiva l'azione di controllo della stessa ma, anche e soprattutto, per garantire al contribuente sempre maggiore certezza fiscale.
Al riguardo, è stata recentemente celebrata la giornata della certezza fiscale, quale momento significativo di un percorso per migliorare la trasparenza fiscale che l'OCSE ha intrapreso da almeno due decenni e che ha consolidato nel 2009, istituendo, con più di 150 Amministrazioni, il *Global Forum* sulla trasparenza e sullo scambio di informazioni fiscali, al fine di sviluppare lo scambio di informazioni su richiesta (EOIR) e lo scambio automatico di informazioni finanziarie per fini fiscali (AEOI) basato su uno *standard* comune, il *Common Reporting Standard* (CRS), e su uno specifico strumento tecnico di comunicazione, il *common transmission system* (CTS) (4). Allo stesso tempo, l'OCSE ha promosso parallelamente il rafforzamento della cooperazione da parte dei contribuenti per conseguire una effettiva *compliance* fiscale e ha sostenuto le Amministrazioni fiscali per attuare iniziative efficaci di *voluntary disclosure*.

2. Linee guida dell'OCSE

Così come il *country by country reporting* è espressione dell'*Action* 13 del Progetto BEPS, l'*Action* 12 ha raccomandato l'adozione di un meccanismo di comunicazione di dati obbligatorio volto ad intercettare le pianificazioni internazionali ad alto rischio fiscale e potenzialmente elusive (c.d. ***Mandatory Disclosure Rules***) (5). Lo scopo è di individuare tempestivamente i fenomeni che sfruttano eventuali varchi nelle nuove forme di contrasto all'elusione internazionale, creando un **sistema informativo centralizzato** dei modelli di **pianificazione fiscale** che perseguono un vantaggio fiscale e determinando un deterrente per intermediari e contribuenti dal proporre e dall'adottare schemi di pianificazione fiscale aggressiva. Le previsioni disposte in sede BEPS dall'*Action* 12 non costituiscono uno *standard* minimo cui adeguarsi, bensì rappresentano una raccolta di *best practices*, offrendo alle Amministrazioni finanziarie una serie di opzioni potenzialmente adottabili. Le linee guida si innestano su cinque punti chiave: una descrizione degli accordi oggetto di ***disclosure*** (*arrangements*); il soggetto passivo cui incombe l'obbligo di comunicare gli schemi posti in essere; il presupposto per l'assoggettamento ad imposta dello schema medesimo; la definizione di quale informazione deve essere comunicata e, infine, la predisposizione di adeguate sanzioni in caso di violazioni e/o inadempimenti.
Le condotte oggetto della trasmissione dei dati in analisi vengono classificate a monte in quanto aventi caratteristiche generiche (***generic hallmarks***), basate perlopiù sul regime della confidenzialità ovvero sul pagamento di una *premium fee* cioè una remunerazione calcolata in percentuale sul guadagno ottenuto con la realizzazione dello schema stesso; oppure quelle pianificazioni fiscali aggressive nuove con specifiche caratteristiche (***specific hallmarks***), quali le tecniche che consentono di individuare a fini elusivi le lacune presenti nei diversi sistemi tributari, come ad esempio l'utilizzo delle perdite.
Al riguardo, l'OCSE raccomanda agli Stati di adottare un regime che preveda sia *generic* che *specific hallmarks*, con la possibilità di inserire una **soglia *de minimis*** sotto la quale le operazioni, anche se aventi le caratteristiche previste dalla normativa, non siano soggette a comunicazione così riducendo il rischio di eccesso di informazioni. In tal modo, l'utilizzo congiunto delle due tipologie di tratti caratteristici delle operazioni riuscirebbe a intercettare sia gli schemi standardizzati (attraverso i *generic hall-*

(3) Vd. OECD, BEPS, *Action* 13: *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, 2015 *Final Report*; la Direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio del 25 maggio 2016; l'art. 1, commi 145 e 146, Legge 28 dicembre 2015, n. 208 e il Decreto MEF del 23 febbraio 2017.

(4) Cfr. OECD *Work on Taxation* 2018-19, OECD 2018, e *Forum on Tax Administration*, *Tax certainty day*, OECD *Conference Center*, Parigi, 16 settembre 2019.

(5) OECD/G20 *Base Erosion and Profit Shifting Project - Mandatory Disclosure Rules - Action* 12: 2015 *Final Report*, 2015.

marks), sia quelli personalizzati (attraverso gli *specific hallmarks)*.
L'OCSE suggerisce, altresì, che la comunicazione effettuata dall'obbligato debba contenere tutti gli elementi idonei a fornire una completa conoscenza dello schema, dei soggetti beneficiari e degli intermediari coinvolti, senza tuttavia prevedere raccomandazioni di dettaglio circa la tempistica della comunicazione o gli aspetti sanzionatori limitandosi, a tale ultimo proposito, a suggerire una sanzione pecuniaria in caso di inottemperanza.
Questa impostazione è stata poi integrata ed accorpata nel **Modello OCSE MDR**, il quale però è circoscritto alla comunicazione obbligatoria di schemi ascrivibili a due categorie: gli accordi elusivi del *Common Reporting Standard* (**CRS *Avoidance Arrangements***) e delle particolari strutture *offshore (Opaque Offshore Structures)* (6). I primi sono da intendersi quali accordi e strutture che mirano, direttamente o indirettamente, ad eludere la specifica normativa dello scambio automatico: al riguardo, occorre che gli stessi siano stati designati, promossi o commercializzati oppure che, comunque, abbiano l'effetto di eludere l'invio dei dati ai sensi del CRS allo Stato di residenza del contribuente (7). Pertanto, gli accordi in questione devono essere caratterizzati da elementi precisi ed occorre che gli schemi posti in essere siano stati, in qualche modo, pianificati, studiati e poi commercializzati da un soggetto promotore, che può identificarsi in un intermediario finanziario, il quale offre la proposta e l'attuazione di schemi di pianificazione fiscale aggressiva ovvero, in ipotesi più remota, può coincidere con il contribuente beneficiario dell'indebito vantaggio fiscale (8).
L'altra fattispecie prevista dal Modello OCSE MDR è rappresentata dalle c.d. ***Opaque Offshore Structures***, le quali vengono delineate quali interposizioni di entità passive site in giurisdizioni differenti dallo Stato di residenza di uno (o più) beneficiari effettivi e che sono predisposte, promosse o hanno, comunque, l'effetto di evitare l'identificazione del beneficiario effettivo. Nell'ampia definizione di struttura opaca ricadono innumerevoli tipologie, tra le quali possono annoverarsi il ricorso a *nominee shareholders*, il controllo indiretto di persone giuridiche ovvero la strumentalizzazione di sistemi normativi che abbiano *deficit* importanti in tema di identificazione del beneficiario effettivo. Va sottolineato, al riguardo, che tali schemi, non risultando strettamente connessi ai conti detenuti presso intermediari finanziari e quindi non specificamente ascrivibili alle condotte elusive della normativa CRS, ampliano notevolmente il panorama delle operazioni di pianificazione soggette all'obbligo di comunicazione alle autorità fiscali. Il Modello MDR, poi, fornisce numerose ipotesi di *specific hallmarks* e in particolare gli schemi che siano in grado di vanificare lo scopo delle procedure di *due diligence* di procedere ad una corretta identificazione del beneficiario effettivo e/o della sua residenza, inducendo gli intermediari finanziari a produrre elementi documentali ingannevoli o fuorvianti e a presentare una rendicontazione incompleta (9).

3. Direttiva DAC 6

A seguito di quanto suggerito nell'*Action* 12 BEPS in materia di *mandatory disclosure* ed in concomitanza con la pubblicazione del Modello OCSE MDR (10), l'Unione Europea ha approvato la Direttiva 2018/822/UE, con lo scopo di rendere ancora più complesso l'utilizzo di schemi di **pianificazione fiscale aggressiva**, modificando la Direttiva 2011/16/UE in tema di procedure di cooperazione amministrativa tra Stati

(6) *Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*, OECD, 2018. Il documento, infatti, definisce la specifica applicazione dello scambio automatico di informazioni, secondo lo *standard* OCSE, sulla base sia di *hallmarks* generici, comprensivi delle strutture che possono costituire un'elusione alla comunicazione dei dati, che di *hallmarks* specifici, che rappresentano un'elencazione esemplificativa di quelli che possono essere gli schemi maggiormente diffusi ed utilizzati dai contribuenti.

(7) Sono contemplate anche le ipotesi in cui: si approfitta dell'assenza della normativa CRS nello Stato interessato ovvero l'incompleta attuazione della stessa; ci si avvale dell'assenza di un accordo bilaterale avente ad oggetto il CRS con il Paese di residenza del contribuente; si sfruttano i punti deboli della procedura di *due diligence* posta in capo agli intermediari finanziari ai sensi del CRS e, comunque, si violano gli intenti e gli obiettivi del CRS.

(8) Il fatto che lo schema posto in essere si risolva in una non-trasmissione delle informazioni ai fini del CRS non costituisce di per sé condizione sufficiente per ritenere la condotta censurabile, occorre che l'operazione nel suo complesso violi lo spirito e gli obiettivi del CRS, in quanto la struttura sia stata studiata e predisposta allo scopo principale di eluderlo.

(9) Per una disamina combinata della proposta di Direttiva e del *Model* MDR, cfr. F. Amaddeo, "Intermediari: scambio di automatico di informazioni sugli accordi *cross-border*", in *Novità Fiscali*, n. 5, maggio 2018, SUPSI.

(10) Infatti, in data 9 marzo 2018 l'OCSE ha pubblicato il *Model Mandatory Disclosure Rules* e il successivo 13 marzo è stata adottata da parte del Consiglio europeo la proposta di Direttiva, poi approvata in tempi estremamente rapidi il 25 maggio 2018.

membri nel settore fiscale e prevedendo uno scambio di informazioni automatico tra gli Stati (sulla base delle informazioni disponibili) con riferimento a specifiche categorie di reddito e di capitale.
Si ricorda che la Direttiva 2011/16/UE, la c.d. DAC 1, relativa alla **cooperazione amministrativa** nel settore fiscale, ha subìto diverse modifiche nel corso del tempo. La Direttiva 2014/107/UE, la c.d. DAC 2, ha introdotto lo *standard* comune di comunicazione di informazioni il c.d. ***Common Reporting Standard***(CRS) elaborato dall'OCSE per informazioni sui conti finanziari all'interno dell'Unione. Il CRS prevede lo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari di cui sono titolari persone fiscalmente non residenti e stabilisce un quadro per tale scambio a livello mondiale. La Direttiva 2015/2376/UE, la c.d. DAC 3, ha disposto lo **scambio automatico di informazioni** sui ***ruling*** **preventivi** e gli **APA transfrontalieri**, mentre la Direttiva 2016/881/UE, la c.d. DAC 4, ha stabilito lo scambio automatico obbligatorio di informazioni in materia di rendicontazione Paese per Paese delle imprese multinazionali tra le autorità fiscali (**CbCR**). Inoltre, alla luce dell'utilità che le informazioni in materia di antiriciclaggio possono avere per le autorità fiscali, la Direttiva 2016/2258/UE, la c.d. DAC 5, ha disposto l'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 sull'antiriciclaggio.
In questo contesto, la Direttiva in esame è parte significativa del c.d. **pacchetto trasparenza** avviato dalla Commissione UE all'esito dei lavori del Progetto BEPS: infatti, in piena coerenza con l'*Action* 12, l'obiettivo primario delle procedure di comunicazione e scambio automatico da essa disposte è quello di mettere tempestivamente a disposizione delle Amministrazioni finanziarie informazioni complete e pertinenti sui meccanismi potenzialmente aggressivi di natura transfrontaliera, contribuendo alla creazione di un ambiente di ***fair taxation*** e, dunque, al buon funzionamento del mercato unico. Così, ottenendo le informazioni in una fase precoce le Amministrazioni interessate avranno l'opportunità di decidere prontamente se sia il caso di proporre disposizioni legislative o regolamentari di contrasto o adottare documenti interpretativi che indirizzino gli Uffici in sede di verifica e controllo.
L'ulteriore obiettivo è quello della **deterrenza**, cioè di scoraggiare l'attività degli intermediari che elaborano questi schemi e li mettono a disposizione dei contribuenti: infatti, il presupposto che fa scattare gli obblighi di comunicazione risulta integrato, indipendentemente dalla valutazione di elusività del meccanismo transfrontaliero, per il solo fatto della presenza di uno degli elementi distintivi che si connotano come indici di potenziale rischiosità fiscale (*hallmarks*) e che l'Allegato IV della Direttiva classifica in cinque categorie. Su questi presupposti, la Direttiva prevede l'introduzione dell'obbligo per gli intermediari di informare le autorità fiscali sui meccanismi transfrontalieri potenzialmente utilizzabili per attuare ipotesi di pianificazione fiscale aggressiva. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per imporre agli intermediari la comunicazione alle autorità competenti di informazioni sui meccanismi transfrontalieri di cui sono a conoscenza, che sono in loro possesso o di cui hanno il controllo. Inoltre, al fine di garantire la massima efficacia delle misure proposte e data la dimensione transfrontaliera dei meccanismi da dichiarare, le informazioni comunicate vengono scambiate automaticamente.
Sotto un primo profilo, la Direttiva innova la definizione di **scambio automatico** e introduce alcuni **nuovi istituti** quali: il meccanismo transfrontaliero, il meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica, l'elemento distintivo, l'intermediario, il contribuente pertinente, l'impresa associata, il meccanismo commerciabile e il meccanismo su misura. La Direttiva anzitutto prevede che ciascuno Stato membro imponga agli intermediari la **comunicazione** alle autorità competenti di informazioni sui meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica di cui sono a conoscenza, che sono in loro possesso o di cui hanno controllo. Ciascuno Stato membro adotta, inoltre, le misure necessarie per imporre che, laddove non vi sia un intermediario o l'intermediario notifichi al contribuente pertinente o a un altro intermediario l'applicazione di un'esenzione, l'obbligo di comunicare informazioni su un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica spetti all'altro intermediario notificato o, in sua assenza, al contribuente pertinente. Se l'obbligo di comunicazione coinvolge le autorità competenti di più di uno Stato membro, l'intermediario o il contribuente pertinente sono tenuti a comunicare le informazioni soltanto a uno Stato membro. Si stabilisce poi che ciascuno Stato membro può adottare le misure necessarie per concedere agli intermediari il diritto all'esenzione dalla comunicazione di informazioni quando l'obbligo di comunicazione violerebbe il segreto

professionale sulla base del diritto nazionale (11).
Inoltre, l'autorità competente di uno Stato membro cui l'informazione è stata comunicata è tenuta a trasmettere le informazioni attraverso lo scambio automatico alle autorità competenti di tutti gli Stati membri e la Commissione deve istituire un **registro centrale** sicuro per gli Stati membri relativo alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale, in cui sono registrate le informazioni che devono essere comunicate nell'ambito di applicazione dello scambio automatico obbligatorio di informazioni sui *ruling* preventivi transfrontalieri e sugli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento, nonché sui meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica.
Gli Stati membri stabiliscono inoltre le norme relative alle **sanzioni** applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della Direttiva e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'applicazione. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Infine, è stato previsto al 31 dicembre 2019 il termine per il recepimento della Direttiva da parte degli Stati membri, mentre la data di efficacia delle nuove disposizioni è quella del 1° luglio 2020, essendo poi richiesto entro il 31 agosto 2020 la comunicazione relativa agli schemi implementati nel periodo transitorio, ovvero quello che decorre dal 25 giugno 2018, disponendo infine al 31 ottobre 2020 la scadenza del primo scambio automatico di informazioni tra gli Stati membri che avrà, successivamente, ordinaria cadenza trimestrale.

4. *Hallmarks*

Una particolare attenzione va posta all'esame delle tipologie di elementi distintivi (*hallmarks*) che la Direttiva prevede proprio sulla base dell'analogo perimetro già delineato dall'*Action* 12 del BEPS e dal citato Modello OCSE di *Mandatory Disclosure Rules*. Sempre in coerenza con le raccomandazioni dell'*Action* 12, viene adottato un sistema misto in cui gli **elementi distintivi generici**, che meglio riescono a catturare gli schemi innovativi di nuova produzione disponibili sul mercato, convivono con quelli **specifici** i quali riflettono tecniche e strategie già note.
Tuttavia, con riferimento a particolari *hallmark* (gli elementi distintivi "generici" della categoria A e gli elementi distintivi "specifici" delle categorie B e C.1.b.i, C.1.c e C.1.d), la Direttiva ha adottato un approccio secondo cui l'obbligo di *disclosure* è subordinato, oltre che alla presenza di almeno un elemento distintivo, anche ad un altro prerequisito, consistente nel mancato superamento del criterio del vantaggio principale (c.d. ***main benefit test***) (12).
Tale "**criterio del vantaggio principale**" è soddisfatto ove sia possibile stabilire che il principale vantaggio o uno dei principali vantaggi che una persona, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti, si può ragionevolmente attendere da un meccanismo è di tipo fiscale. Ciò comporta l'individuazione preliminare del vantaggio fiscale derivante dallo schema, per poi compararlo con gli altri possibili benefici (ad esempio, di natura commerciale, o attinenti alla protezione di segreti industriali) che, qualora prevalenti, non fanno "scattare" l'obbligo di comunicazione. In particolare, l'Allegato IV pone riferimento a cinque categorie di elementi distintivi: tra queste, la categoria A riguarda i c.d. *generic hallmarks*, che selezionano gli elementi segnaletici di rischio fiscale comunemente presenti negli schemi potenzialmente aggressivi, invece le categorie da B a D individuano i c.d. *specific hallmarks*, idonei a selezionare aree di rischio comuni e già note dei sistemi fiscali e specifiche vulnerabilità di una data giurisdizione.
Come detto, alcuni *hallmarks* sono correlati al *main benefit test*, vediamoli in dettaglio.
Vi sono quelli della **categoria A** e, cioè, la clausola di riservatezza con cui si impone al cliente di mantenere confidenziale lo schema che gli è stato messo a disposizione; il pagamento di un *premium fee* all'intermediario commisurato al valore del beneficio fiscale effettivamente conseguito; oppure la commercializzazione di schemi che sono replicabili e facilmente utilizzabili da più contribuenti e che comportano l'uso di documentazione standardizzata.
Vi rientrano poi quelli della **categoria B**: un meccanismo per acquisire e utilizzare perdite fiscali; un meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in capitale o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o

(11) Sulle problematiche relative agli intermediari, cfr. G. Barbagelata, "*Mandatory Disclosure Rules*: definizione di intermediario e relativi obblighi", in *Novità Fiscali*, n. 5, maggio 2019, SUPSI.

(12) Cfr. Direttiva 2018/822/UE, Allegato IV, par. 1: "gli elementi distintivi delle menzionate categorie possono essere presi in considerazione soltanto laddove soddisfino il criterio del vantaggio principale".

esenti da imposta; un meccanismo comprendente operazioni circolari che si traducono in un "carosello" di fondi (*round-tripping*) tramite il coinvolgimento di entità interposte che non svolgono nessun'altra funzione commerciale primaria o di operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che presentano altre caratteristiche simili.
Nella **categoria C**, tra gli elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere, sono **correlati al *main benefit test***: un meccanismo che prevede pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate dove il destinatario è residente fiscale in una giurisdizione che non impone alcuna imposta sul reddito delle società o impone un'imposta sul reddito delle società prossima a zero, ovvero beneficiano, nella giurisdizione in cui il destinatario è residente, di un'esenzione totale dalle imposte o di un regime fiscale preferenziale. Invece, **non** sono **correlati** al prerequisito del *main benefit test*, gli altri *hallmarks* della categoria C quali: un meccanismo che prevede pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate, dove il destinatario non è residente a fini fiscali in alcuna giurisdizione fiscale; oppure è residente in una giurisdizione inserita nell'elenco delle giurisdizioni non cooperative, o ancora: per lo stesso ammortamento sul patrimonio sono chieste detrazioni in più di una giurisdizione; viene chiesto lo sgravio dalla doppia tassazione rispetto allo stesso elemento di reddito o capitale in più di una giurisdizione; esiste un trasferimento di attivi in cui vi è una differenza significativa nell'importo considerato dovuto come contropartita degli attivi nelle giurisdizioni interessate. Al di fuori del perimetro del *main benefit test*, inoltre, troviamo gli elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento, in particolare: un meccanismo che comporta l'uso di norme *safe harbour* unilaterali; un meccanismo che comporta il trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione (*hard-to-value intangibles* - HTVI); un meccanismo che implica un trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività (*business restructuring*) con un impatto superiore al 50% dell'EBIT previsto nella giurisdizione del cedente o dei cedenti, nel periodo di tre anni successivo al trasferimento.
Infine, sempre fuori dalla correlazione con il *main benefit test* e nel solco del *Model* MDR dell'OCSE, troviamo gli elementi distintivi specifici della **categoria D**, riguardanti lo **scambio automatico di informazioni** e la **titolarità effettiva**, in ispecie: (a) un meccanismo che può avere come effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione imposto dalle leggi che attuano la normativa dell'Unione o eventuali accordi equivalenti sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, compresi accordi con i Paesi terzi, o che trae vantaggio dall'assenza di tale normativa o tali accordi; (b) un meccanismo che comporta una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente, con l'utilizzo di strutture che non svolgono un'attività economica sostanziale ed i cui *beneficial owners* sono resi non identificabili.

5. Schema di Decreto legislativo

Lo schema del Decreto legislativo di recepimento della Direttiva DAC 6 si compone di quattordici articoli e, tenuto conto della complessità della materia, è stato da tempo reso noto e sottoposto a pubblica consultazione dal MEF al fine acquisire valutazioni, osservazioni e suggerimenti da parte della comunità professionale (13): i principali contributi sono pervenuti, come di consueto, dalle associazioni di categoria, dai professionisti e dagli esperti del settore e, come di consueto, particolarmente significativi sono apparsi i commenti formulati dall'autorevole Assonime (14).
Passando all'esame dello schema di Decreto legislativo, è opportuno verificare se lo schema si sia strettamente attenuto alle indicazioni della Direttiva, ovvero abbia adottato soluzioni che ne estendano l'operatività, per evidenziarne le eventuali criticità. E questo pur sempre in relazione a quanto richiesto dalla Direttiva e cioè: l'individuazione del meccanismo transfrontaliero, la verifica degli "elementi distintivi" previsti (e, quindi, dell'obbligo di comunicazione), l'individuazione dei soggetti tenuti ad effettuare la comunicazione e dell'autorità destinataria e la sussistenza di casi di esonero dall'obbligo di comunicazione.

(13) Cfr. M. Piazza - C. Resnati, "Scambio internazionale di informazioni: definizioni e sanzioni nel Decreto di attuazione della DAC 6", in *Norme e Tributi Mese*, febbraio 2019.

(14) Vd. "Risposta alla procedura di consultazione pubblica indetta dal MEF - Dipartimento delle Finanze, in data 30 luglio 2018, riguardante lo schema di Decreto legislativo recante attuazione della Direttiva 2018/822/UE del Consiglio del 25 maggio 2018, relativa ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione (DAC 6)", Assonime, Consultazioni n. 9/2018.

Pur ricalcando questa impostazione, va subito evidenziato che lo schema di Decreto rinvia l'individuazione degli elementi distintivi dei meccanismi transfrontalieri che fanno sorgere l'obbligo di comunicazione all'emanazione di un apposito **Decreto di natura non regolamentare** del MEF. Questo rinvio ad una successiva decretazione assicura più flessibilità nella definizione dei c.d. *hallmarks* ma rende anche più incerto, come vedremo, il comportamento degli operatori nel periodo transitorio che di fatto è già in corso.
Per quanto concerne il contenuto della comunicazione, il meccanismo transfrontaliero viene definito come "uno schema, accordo o progetto riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere", quindi, giurisdizioni che possono essere *intra* o *extra* UE. Diversamente la Direttiva individua, per "**meccanismo transfrontaliero**", "un meccanismo che interessa più Stati membri o uno Stato membro e un Paese terzo", dal testo dello schema di Decreto si dovrebbe evincere che per i meccanismi che intervengono fra Stati diversi dall'Italia non dovrebbe sorgere alcun obbligo di comunicazione all'Agenzia delle entrate (15).
Lo schema di Decreto, poi, disciplina l'individuazione di **contribuente "pertinente"** e la sua eventuale distinzione dal **soggetto "partecipante"** al meccanismo transfrontaliero: tale distinzione risente delle incertezze già ritraibili dalla Direttiva, la quale fornisce la definizione di contribuente "pertinente" come "qualunque persona a disposizione della quale è messo, a fini di attuazione, un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica o che è pronta ad attuare un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica o che ha attuato la prima fase di un tale meccanismo". Tale ultima definizione, peraltro, sembra del tutto slegata dal "vantaggio fiscale" che il meccanismo transfrontaliero dovrebbe assicurare, anche se nel Considerando 8 della Direttiva si fa esplicito riferimento all'opportunità di trasferire l'obbligo di comunicazione "al contribuente che trae beneficio dal meccanismo" nel caso in cui sussista un'esimente per l'intermediario.
Ancora al riguardo del contribuente, lo schema di Decreto prevede che può evitare la comunicazione "qualora dalle informazioni trasmesse possa emergere una sua **responsabilità penale**": tale esimente, che non ha riscontro nella Direttiva, si presenta comunque di difficile applicazione. Analogamente, lo schema definisce l'intermediario come colui che mette a disposizione ai fini dell'attuazione un meccanismo transfrontaliero o ne gestisce l'attuazione o svolge un'attività di assistenza o consulenza ai fini dell'attuazione del meccanismo. Quindi, per quanto concerne le attività che identificano l'intermediario, dovrebbero essere escluse quelle che non siano finalizzate all'attuazione di tale meccanismo transfrontaliero. D'altra parte, sia l'*Action* 12 che la Direttiva fanno espresso riferimento alle attività finalizzate all'attuazione di un meccanismo transfrontaliero, dunque l'obbligo di comunicazione non potrebbe derivare da un qualsiasi coinvolgimento professionale, ma da attività qualificate finalizzate all'ottenimento di un determinato risultato (16).
Sull'**obbligo di comunicazione**, poi, è opportuno soffermarsi sia riguardo ai termini di adempimento che al contenuto della comunicazione. Quanto agli **aspetti temporali**, la Direttiva prevede un termine unico di trenta giorni valevole sia per il contribuente "pertinente" sia per l'intermediario. Detto termine decorre o dal giorno seguente a quello in cui il meccanismo transfrontaliero è messo a disposizione a fini di attuazione ovvero è pronto per l'attuazione; o ancora, dal giorno in cui è stata compiuta la prima fase nell'attuazione del meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica a seconda della situazione che si verifica per prima. Lo schema di Decreto - basandosi, evidentemente, sulla previsione del termine unico previsto dalla Direttiva ed in coerenza con le possibilità delineate nell'*Action* 12 - prevede espressamente proprie responsabilità parallele e autonome tanto dell'intermediario che del contribuente.

(15) Ad esempio, un meccanismo ideato da un intermediario italiano al quale partecipino soggetti residenti in altri Stati membri non sarebbe soggetto all'obbligo di comunicazione. Lo stesso nel caso in cui il meccanismo sia ideato da una capogruppo residente in Italia e attuato fra società figlie residenti in Stati esteri: la comunicazione spetterebbe solo alle società figlie nella UE, quali contribuenti pertinenti verso le rispettive Amministrazioni di riferimento (così Assonime, documento citato).

(16) Riguardo alle attività rilevanti, ad esempio, è stato posto il dubbio se rientri o meno nella nozione di intermediario obbligato alla comunicazione, l'ipotesi del consulente che rende un parere *pro veritate*; parere che potrebbe avere ad oggetto un determinato meccanismo transfrontaliero che il contribuente intende adottare, ovvero riguardare la valutazione di una serie di meccanismi transfrontalieri potenzialmente adottabili dal contribuente e da mettere a confronto: "in questi casi, il consulente si limita a svolgere un'analisi obiettiva e un giudizio di merito sui *pro* e i contro dell'operazione e non svolge alcuna attività propulsiva" (vd. Assonime, documento citato).

Quanto al **contenuto della comunicazione**, non risulta del tutto chiaro se l'intermediario debba comunicare solo quello di cui è venuto a conoscenza o se debba attivarsi in qualche modo per avere un quadro conoscitivo più ampio, in quanto gli elementi distintivi potrebbero essere individuabili solo a seguito di una valutazione complessiva del meccanismo transfrontaliero, di cui l'intermediario potrebbe conoscere solo una parte. Infatti, il Decreto dispone che, per gli intermediari, gli elementi che definiscono il meccanismo transfrontaliero "sono oggetto di comunicazione solo nella misura in cui gli stessi ne sono a conoscenza, ne sono in possesso o ne hanno il controllo": in buona sostanza, l'intermediario che non è a conoscenza di questi elementi distintivi non dovrebbe poter essere tenuto alla comunicazione. Peraltro, con riferimento agli **intermediari**, sono previsti dei casi di esonero dall'obbligo di comunicazione: quando l'obbligo è stato assolto da altro intermediario, oppure, in ordine al c.d. segreto professionale, ma solo quando viene esaminata la posizione giuridica del cliente o vengano espletati compiti di difesa o di rappresentanza del cliente in un procedimento giudiziario, nonché qualora dalle informazioni trasmesse possa emergere una propria responsabilità penale.
Un altro aspetto che presenta profili critici, ma che è parte essenziale dell'attuazione della Direttiva, è quello relativo alla definizione delle **sanzioni**. La Direttiva europea precisa che "gli Stati membri dovrebbero stabilire sanzioni contro la violazione delle norme nazionali che attuano la presente Direttiva" e che "tali sanzioni dovrebbero essere effettive, proporzionate e dissuasive". Nello schema di Decreto, il profilo sanzionatorio è disciplinato dall'art. 12 che prevede la modulazione della sanzione in considerazione, tra l'altro, della "gravità della violazione", gravità che "è determinata anche tenendo conto del vantaggio economico conseguito". Inoltre, nei casi di violazioni gravi, quando la sanzione amministrativa è irrogata nella misura massima, può essere disposta la sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio delle attività professionali, ovvero l'interdizione dalle cariche di amministratore, sindaco o revisore di società di capitali e di enti con personalità giuridica per un determinato periodo. Quest'ultima previsione sottolinea il tema della personalità della sanzione e, perciò, anche l'importanza di evitare discriminazioni tra soggetti che operano in qualità di professionisti e soggetti che sono parte integrante della struttura organizzativa del contribuente.

6. Conclusioni

L'attuazione della Direttiva DAC 6 presenta profili interpretativi ed applicativi complessi di cui devono tener conto fin d'ora le imprese ed i professionisti, ma che soprattutto la prassi amministrativa deve affrontare in modo da mantenere il giusto equilibrio, bilanciando le richieste di *disclosure* apportate dalla nuova disciplina e l'esigenza di limitare un eccessivo onere aggiuntivo a carico degli operatori. È quindi auspicabile che il Decreto attuativo di natura non regolamentare del MEF previsto dallo schema di Decreto individui, non solo gli elementi distintivi (***hallmarks***) dei meccanismi transfrontalieri, nonché i criteri in base ai quali verificare quando essi sono diretti ad ottenere un vantaggio fiscale (***main benefit test***), ma anche alcune delle regole tecniche di applicazione delle nuove disposizioni.
In particolare, la nozione di **vantaggio fiscale** dovrebbe basarsi su una valutazione globale degli effetti dello specifico meccanismo transfrontaliero, sull'insieme cioè dei benefici fiscali generati dallo schema, anche per più partecipanti in differenti giurisdizioni. Infatti, tale vantaggio non è scontato che sia fruito dal contribuente tenuto alla comunicazione ma può andare, in tutto o in parte, a beneficio del gruppo nel suo insieme o di altre consociate. Come pure è necessario definire i criteri idonei per individuare il **meccanismo transfrontaliero** oggetto di comunicazione nel suo insieme, le **transazioni** che ad esso sono riconducibili e le **persone** che vi partecipano o che sono coinvolte (17). Una formulazione eccessivamente generica di quanto riferibile ai meccanismi da segnalare potrebbe generare una situazione di incertezza contraria alla stessa finalità della Direttiva, come pure un'interpretazione eccessivamente ampia del profilo dei soggetti tenuti agli obblighi di comunicazione potrebbe farvi ricomprendere non solo i soggetti ideatori, promotori e gestori dei meccanismi transfrontalieri ma anche quegli intermediari finanziari che svolgono una mera at-

(17) Ad esempio, nel caso di un'acquisizione, lo schema globale dovrebbe includere non solo l'oggetto dell'acquisizione stessa, ma anche le modalità di finanziamento dell'operazione e le successive azioni di ristrutturazione e di integrazione del *business* (cfr. l'*Action* 12 BEPS).

tività materiale di gestione con riguardo solo ad alcune fasi degli stessi; d'altra parte, la necessità di un chiaro indirizzo interpretativo e applicativo è resa ancora più evidente se solo si considera che gli intermediari devono poter predisporre un adeguato sistema di monitoraggio.
Altri aspetti molto rilevanti, inoltre, sono legati alla circostanza che gli operatori saranno chiamati in generale ad **adempiere ai nuovi obblighi retroattivamente** con riguardo ai meccanismi attuati dal 25 giugno 2018, data di entrata in vigore della Direttiva, al 1° luglio 2020, mentre un **periodo transitorio** ancora più ampio (29 ottobre 2014 - 24 giugno 2020) è previsto in relazione alle informazioni relative ai meccanismi che contengono almeno uno degli elementi distintivi riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva, di cui alla categoria D dell'Allegato IV della Direttiva. Al riguardo, per tutte le fattispecie rientranti nell'ambito del periodo transitorio, non sarebbe fuori luogo prevedere, quanto meno per i casi di tardiva e/o incompleta comunicazione, la non irrogazione di sanzioni, in conformità alla disposizione sulle obiettive condizioni di incertezza (18).
Da altro punto di vista, tuttavia, va considerato che la disciplina attuativa non può assumere una configurazione di eccessivo dettaglio definitorio e dispositivo, posto che le finalità generali della Direttiva rimangono quelle di incentivare la trasparenza dei contribuenti, di imporre un obbligo finalizzato ad alimentare l'archivio dei meccanismi potenzialmente elusivi o di pianificazione fiscale aggressiva a disposizione delle Amministrazioni fiscali, ma anche quello di precostituire un deterrente credibile allo sviluppo ed all'utilizzo di tali meccanismi. Al riguardo, sarebbe auspicabile che gli schemi elusivi oggetto dello scambio di informazioni, registrati nella banca dati a disposizione delle autorità fiscali, siano resi pubblici al fine di orientare una sorta di opinione comune sul concetto di pianificazione fiscale aggressiva e favorire la diffusione di un più elevato senso di responsabilità fiscale.

Anche se, a ben vedere, questi nuovi obblighi di ***disclosure***, che costringono il contribuente e gli intermediari a condurre un esame preventivo ancora più approfondito delle conseguenze delle loro scelte di **pianificazione** e, di fatto, responsabilizzano le imprese con attività internazionale, generano un insieme di obblighi e oneri a carico del contribuente e dei suoi consulenti che appaiono non del tutto coerenti con i valori di fondo di una politica di sviluppo della *tax compliance* (19). Una problematica analoga, del resto, è stata a suo tempo sollevata per il FATCA che, dal 2010, consente all'autorità fiscale USA di ottenere uno scambio di informazioni automatico dagli intermediari finanziari sulle movimentazioni finanziarie di tutti i cittadini statunitensi che si sono verificate nel territorio di uno degli Stati contraenti del relativo accordo internazionale (20). Nell'intreccio normativo degli obblighi sullo scambio di informazioni internazionale, forse, la figura del contribuente riceve tutele limitate e, soprattutto, ricopre un ruolo poco proattivo (21).
Invero, il nuovo obbligo di comunicazione automatica della volontà di porre in essere uno schema potenzialmente elusivo si inquadra perfettamente nell'architettura del sistema OCSE per la lotta all'elusione internazionale, ma, almeno nell'ottica del mercato unico dell'Unione Europea, andrebbe bilanciato dall'avvio di ulteriori concrete iniziative volte mettere ad incentivare forme diffuse di *cooperative compliance* o, comunque, strumenti che consentano ai contribuenti di conseguire un livello di maggiore ***tax certainty*** internazionale. A questo riguardo, se solo si fa riferimento a titolo esemplificativo al programma di *international compliance assurance* (ICAP) (22) - a cui attualmente aderiscono diciassette Paesi, tredici dei quali europei - ben si comprende come avrebbe senso dare impulso ad un progetto che, pur tenendo conto del differente approccio sinora adottato da parte di alcuni importanti Stati membri come l'Italia, persegua l'obiettivo di introdurre un meccanismo di ***cooperative compliance*** omogeneo nell'ambito della Unione Europea.

(18) Cfr. l'art. 10, comma 3, dello Statuto dei diritti del contribuente, ai sensi del quale "le sanzioni non sono comunque irrogate quando la violazione dipende da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria".

(19) Cfr. G. Selicato, Le comunicazioni preventive secondo la Direttiva 822/2018/EU: dalla "collaborazione incentivata" agli "obblighi di *disclosure*", in *Rass. trib.*, n. 1/2019.

(20) Cfr. T. Di Tanno, "Lo scambio di informazioni tra Amministrazioni finanziarie: limiti ed opportunità", in *Rass. trib.*, n. 3/2015.

(21) Cfr. G. Baroni, "Scambio automatico di informazioni: si può ancora parlare di 'sana' *tax compliance*?", in *Rivista diritto tributario*, aprile 2019.

(22) OECD, *Forum on Tax Administration, International Compliance Assurance Programme, Pilot Handbook* 2.0, *Working Document.*