

Mandatory Disclosure Rules: definizione di intermediario e relativi obblighi

Dall'Action 12 del Progetto BEPS allo schema di Decreto di recepimento della Direttiva DAC 6



Giovanni Barbagelata
Dottore commercialista,
Studio legale Chiomenti, Milano

Le misure di introduzione nell'ordinamento nazionale italiano delle cd. "Mandatory Disclosure Rules" elaborate in sede OCSE e recepite con la Direttiva DAC 6, benché risultino sufficientemente delineate quanto ai relativi presupposti oggettivi di applicazione, lasciano ancora notevoli margini di incertezza riguardo alcuni aspetti fondamentali, quali l'individuazione precisa della figura soggettiva dell'"intermediario", la concreta attuazione delle notifiche in caso di più intermediari coinvolti, nonché l'attuazione concreta delle varie ipotesi di esonero. Si auspica, quindi, che il dato normativo definitivo, corredato dai provvedimenti di attuazione, superi le numerose incertezze sollevate dagli operatori chiamati a confrontarsi con il nuovo obbligo di disclosure.

I. L'impulso di matrice OCSE sul contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva: l'Action 12 del Progetto BEPS	239
II. La Direttiva n. 2018/822/UE: la risposta euro-unionale al contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva basata sullo scambio automatico di informazioni	240
A. Premessa	240
B. La definizione di "intermediario"	241
C. Gli elementi distintivi delle operazioni oggetto di comunicazione: gli hallmarks e il main benefit test.....	241
D. Le operazioni di comunicazione e decorrenza.....	243
III. Lo schema di Decreto di attuazione della Direttiva n. 2018/822/UE	243
IV. Conclusioni	244

I. L'impulso di matrice OCSE sul contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva: l'Action 12 del Progetto BEPS

Nell'ambito del complesso di proposte finalizzate al contrasto delle pianificazioni fiscali aggressive presentate nei *Final Report* dell'ottobre 2015, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), nell'Action 12, ha suggerito l'adozione di un meccanismo di comunicazione di dati obbligatorio, cd. "Mandatory Disclosure Rules", finalizzato ad intercettare situazioni ad alto rischio fiscale offerte ai contribuenti da "intermediari", per dotare in anticipo le Amministrazioni fiscali di informazioni sempre aggiornate circa le pianificazioni fiscali transnazionali utilizzate dai contribuenti anche solo potenzialmente elusive. Inoltre, la misura è volta a individuare fenomeni che riescono a sfruttare potenziali varchi ("loopholes") eventualmente non coperti dalle nuove forme di contrasto ai fenomeni elusivi transnazionali previste nel progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), con il duplice obiettivo di acquisire maggiori informazioni per controllo fiscale attraverso la creazione di un sistema informativo centralizzato contenente tutti i modelli di pianificazione fiscale dai quali derivano anche potenzialmente un vantaggio fiscale, nonché di instaurare un efficace deterrente per intermediari e contribuenti, che, per effetto della *mandatory disclosure* in parola, sarebbero molto più cauti nell'adottare schemi che fanno rientrare nelle fattispecie riportabili, con ciò aumentando altresì notevolmente i costi di "ricerca" per gli intermediari che vogliono continuare a proporre ai propri clienti pianificazioni fiscali aggressive.

Gli elementi fondanti l'architettura del sistema di *mandatory disclosure* sono incentrati su determinati obblighi informativi a carico dei *promoters* e/o dei contribuenti (*who has to report*), nonché sull'identificazione degli schemi di pianificazione fiscale che presentino determinate caratteristiche distintive ("hallmarks") generiche o specifiche tali da qualificarli come (anche solo) potenzialmente elusivi (*what has to be reported*). Quanto al primo aspetto, nell'Action 12 i termini utilizzati per individuare i soggetti obbligati ad effettuare le comunicazioni

sono i cd. "promoter" e gli "advisor", prendendo spunto da disposizioni nazionali che già prevedevano una normativa sulla *mandatory disclosure*^[1].

Dalle suddette normative dei singoli Stati, l'OCSE ha quindi derivato una definizione generale che tenesse in considerazione tutti i predetti elementi comuni. Viene così definito "promoter" qualunque soggetto responsabile o coinvolto nella progettazione, commercializzazione, organizzazione e gestione dei vantaggi fiscali riferiti ad uno schema riportabile nell'ambito della fornitura di un servizio in materia fiscale, nonché ogni soggetto che fornisce aiuto materiale, assistenza o consulenza relativamente alla progettazione, commercializzazione, organizzazione o gestione degli aspetti fiscali di una transazione che alla luce di essi risulta riportabile. Viene inoltre affrontato il tema se sia preferibile l'approccio che prevede l'obbligo di comunicazione sia per il contribuente sia per l'intermediario (come previsto, ad es., in Canada e negli Stati Uniti d'America [USA]) ovvero un secondo approccio, finalizzato, *inter alia*, ad evitare proliferazioni di dati ridondanti, secondo cui l'obbligato principale è l'intermediario, mentre il contribuente diviene obbligato *de residuo* ad effettuare le comunicazioni. Ciò potrebbe verificarsi, ad es., se l'intermediario *promoter* dello schema sia stabilito in un Paese che non ha adottato una normativa sullo scambio di informazioni, oppure se lo schema sia strutturato e attuato *in house*, ovvero, infine, quando l'intermediario non adempie all'obbligo invocando il segreto professionale o il divieto di autoincriminazione.

Sul piano oggettivo, l'OCSE raccomanda agli Stati che si vogliano dotare una normativa sulla *mandatory disclosure* di optare per un regime che preveda sia "generic" sia "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 sarebbero soggette a comunicazione (filtro di selezione che ridurrebbe rischi di eccesso di informazioni). In particolare, l'utilizzo congiunto delle due tipologie di tratti caratteristici delle operazioni riuscirebbe a intercettare sia gli schemi standardizzati e più innovativi (attraverso i *generic hallmarks*), sia quelli personalizzati (attraverso gli *specific hallmarks*).

La proposta dell'OCSE suggerisce che la comunicazione effettuata dall'obbligato debba contenere tutti gli elementi idonei a fornire una completa conoscenza dello schema, dei

[1] Ad es., si ricordano le seguenti varieghe nozioni di soggetto coinvolto nella predisposizione, *lato sensu*, degli schemi potenzialmente elusivi/abusivi: (i) Regno Unito e Repubblica d'Irlanda: si intende per *promoter* il soggetto che struttura, vende, organizza e gestisce lo schema o che lo mette a disposizione di un soggetto terzo; (ii) USA: si identifica come *material advisor* il soggetto che fornisce assistenza o consulenza in relazione all'organizzazione, gestione, vendita, implementazione ed esecuzione delle transazioni notificabili; (iii) Canada: *advisor* è colui che fornisce protezione contrattuale, assistenza, consulenza in relazione alla creazione, sviluppo, pianificazione, organizzazione ed implementazione di transazioni o di una serie di transazioni; *promoter* è la persona che pubblicizza e vende lo schema, che rappresenta al cliente il possibile vantaggio fiscale derivante dalla transazione e che viene remunerato in funzione della vendita dello schema; (iv) Sud Africa: *promoter* è chiunque sia principalmente responsabile della creazione, organizzazione, vendita, finanziamento o gestione degli schemi riportabili.

soggetti beneficiari e degli intermediari coinvolti, senza tuttavia prevedere raccomandazioni di dettaglio circa la tempistica della comunicazione, né in tema sanzionatorio, limitandosi a tal proposito a suggerire una sanzione pecuniaria in caso di inottemperanza.

II. La Direttiva n. 2018/822/UE: la risposta euro-unionale al contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva basato sullo scambio automatico di informazioni

A. Premessa

Sull'onda del progetto BEPS, l'Unione europea (UE) ha attuato, di concerto con i legislatori dei singoli Stati membri, una molteplicità di misure finalizzate a colpire i fenomeni elusivi transnazionali. Oltre alle Direttive sullo scambio di informazioni (DAC 1-5)^[2] e le Direttive cd. "antiabuso" (ATAD 1-2)^[3], nel delineato contesto normativo è stata varata la Direttiva n. 2018/822/UE (DAC 6) con lo scopo di rendere ancora più complesso l'utilizzo di schemi di pianificazione fiscale aggressiva sulla base di quanto suggerito nell'Action 12 in materia di *mandatory disclosure*.

In conformità alle indicazioni OCSE, la Direttiva in parola si pone alla stregua di una norma di chiusura *de minimis* volta a munire le Amministrazioni finanziarie degli schemi di pianificazione che sfuggissero alla già fitta "rete" di disposizioni antielusive, modificando ulteriormente la Direttiva n. 2011/16/UE (DAC 1). Nell'ambito della Direttiva assume, quindi, nuovamente un ruolo centrale la figura dell'intermediario, considerato principale responsabile della diffusione di strutture transnazionali finalizzate all'ottenimento benefici fiscali, dandone una definizione molto ampia per farvi rientrare, almeno in linea di principio, qualunque soggetto che intervenga a qualunque titolo nell'attuazione dello schema.

Vale la pena ricordare sin d'ora come i meccanismi transfrontalieri soggetti alle nuove regole di *disclosure* non siano di per sé rivelatori (o presunzioni rafforzate) dell'elusività dell'operazione: si tratta, invece, di operazioni contraddistinte da predeterminati indicatori che devono essere preventivamente portati all'attenzione delle Amministrazioni finanziarie al fine di metterle per tempo nella posizione tale da poter vagliare, ai sensi della pertinente normativa antiabuso^[4], l'elusività o meno dell'operazione stessa^[5].

[2] Cfr. Direttiva n. 2011/16/UE, che ha superato, abrogandola, la Direttiva n. 77/799/CEE e che ha fondato le basi legali per la cooperazione amministrativa nel campo dell'imposizione diretta nell'UE, modificata in diverse occasioni per ampliarne progressivamente il funzionamento e l'ambito di applicazione (Direttiva n. 2014/107/UE sullo scambio automatico di informazioni in materia di conti finanziari; Direttiva n. 2015/2376/UE sullo scambio automatico di informazioni in materia di *tax rulings* e accordi preventivi in tema di prezzi di trasferimento; Direttiva n. 2016/881/UE sullo scambio automatico di informazioni dei cd. "country by country reports"; e Direttiva n. 2016/2258/UE, che abilita le autorità fiscali all'accesso di informazioni riguardanti i beneficiari effettivi così come identificati ai sensi della normativa antiriciclaggio).

[3] Cfr. Direttive n. 1164/2016/UE (ATAD) e n. 952/2017/UE (ATAD 2, in materia di disallineamenti da ibridi, cd. "hybrid mismatches") finalizzate a fornire gli ordinamenti degli Stati membri di un impianto normativo minimo per il contrasto ai fenomeni elusivi in materia di imposizione diretta.

[4] Per quanto riguarda l'Italia, ad es., l'art. 10-bis della Legge (L.) n. 212/2000.

[5] Cfr. il considerando n. 14 della Direttiva secondo cui "i meccanismi di piani-

In particolare, riprendendo la definizione contenuta nell'Action 12 del Progetto BEPS, la Direttiva fa rientrare nella categoria dei soggetti obbligati alla comunicazione degli schemi, *in primis*, tutti i soggetti che elaborano, commercializzano, organizzano e mettono a disposizione lo schema che produce un beneficio fiscale al contribuente (e, solo in subordine, quest'ultimo). In proposito, si osserva che già nello *Staff Working Document SWD(2017) 236* del 21 giugno 2017^[6] emanato congiuntamente alla prima proposta di Direttiva DAC 6, la Commissione europea proponeva tre diverse opzioni in merito alla platea di soggetti interessati dal nuovo obbligo di *disclosure*: il solo intermediario; congiuntamente l'intermediario e il contribuente; ovvero l'intermediario e, solo sussidiariamente, il contribuente. È stata preferita quest'ultima soluzione in quanto la prima, tra l'altro, avrebbe potuto avere l'effetto di "dirottare" gli schemi verso intermediari *extra-UE* o "*in house*", mentre la seconda avrebbe comportato un elevato rischio di proliferazione (o meglio, di ridondanza) di informazioni.

I contribuenti, pertanto, sono tenuti alla comunicazione solo quando non ci sono intermediari tenuti all'obbligo di comunicazione, ovvero quando l'intermediario non è identificabile o non è obbligato alla comunicazione, soluzione intermedia ed "equilibrata" che garantisce un giusto bilanciamento tra gli oneri sostenuti dagli operatori e dai contribuenti per l'adempimento dell'obbligo e l'esigenza di mantenere minimo il rischio di non ottenere le informazioni circa le pianificazioni fiscali potenzialmente dannose.

B. La definizione di "intermediario"

La Direttiva recepisce la definizione OCSE inserendo, però, una clausola generale che amplia notevolmente la platea di soggetti interessati; secondo l'OCSE, infatti, è "intermediario" qualunque soggetto che elabori, commercializzi, organizzi o metta a disposizione a fini di attuazione o gestisca l'attuazione di un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica, mentre per la Direttiva è tale "qualunque persona che, in considerazione dei fatti e delle circostanze pertinenti e sulla base delle informazioni disponibili e delle pertinenti competenze e comprensioni necessarie per fornire tali servizi, sia a conoscenza, o si possa presumere che sia a conoscenza, del fatto che si è impegnata a fornire, direttamente o attraverso altre persone, aiuto, assistenza o consulenza riguardo all'elaborazione, commercializzazione, organizzazione, messa a disposizione ai fini di attuazione o gestione dell'attuazione di un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica".

Ci si è posto, quindi, il dubbio che la clausola possa avere l'effetto di attrarre qualunque soggetto che anche incidentalmente venga a conoscenza del meccanismo nell'ambito della propria attività professionale (ad es., nella mera redazione di un parere *pro-veritate*) e, in caso affermativo, quale sia la

ficazione fiscale aggressiva, il cui scopo principale o uno degli scopi principali è quello di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, sono soggetti alla norma generale antiabuso prevista dall'art. 6 della Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio".

[6] Si veda il documento disponibile al seguente link: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&coteld=10102&year=2017&number=236&version=ALL&language=en> (consultato il 06.05.2019).

proporzionata possibilità di dimostrare di non essere stato a conoscenza del meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica.

Dipoi, sotto il profilo territoriale, la Direttiva prevede delle condizioni per qualificare un soggetto quale "intermediario" tenuto agli obblighi in parola; occorre infatti che esso:

- sia residente in uno Stato membro; o
- disponga di una stabile organizzazione in uno Stato membro attraverso la quale si è prestato il servizio; o
- sia costituito in uno Stato membro o essere disciplinato dal diritto di uno Stato membro; o
- sia registrato presso un'associazione professionale di servizi in ambito legale, fiscale o di consulenza in uno Stato membro.

Solo nei casi in cui l'intermediario non soddisfi alcuna delle condizioni precedenti l'obbligo di comunicazione ricade sul contribuente (p. es., attuazione del meccanismo transfrontaliero effettuata *in house* con la relativa progettazione effettuata da intermediario *extra-UE*).

C. Gli elementi distintivi delle operazioni oggetto di comunicazione: gli hallmarks e il main benefit test

La Direttiva adotta il modello che individua come elementi identificativi delle operazioni interessate nella normativa, prevedendo, in conformità all'Action 12, sia criteri distintivi generici sia specifici, elencati nell'Allegato IV della Direttiva stessa. In particolare, la Parte I introduce il "criterio del vantaggio principale", mentre la Parte II identifica gli elementi distintivi (*hallmarks*) suddivisi in cinque distinte categorie (per una sintesi delle quali si rinvia alla tabella in calce all'articolo).

Più in dettaglio, alcuni *hallmarks* generici e specifici (Categoria A, B, C lett. B, punto i e lett. c e d) possono essere presi in considerazione soltanto laddove soddisfino il criterio del vantaggio principale (*main benefit test*), vale a dire solo 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^[7].

Ulteriori elementi distintivi specifici, sempre di Categoria C, collegati alle operazioni transfrontaliere non collegati al criterio del vantaggio fiscale principale comprendono meccanismi che prevedono pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati

[7] Sul punto cfr. Assonime, Consultazione n. 9/2018, Risposta alla consultazione pubblica sullo schema di decreto legislativo attuativo della cd. DAC 6, p. 4, ove viene precisato che il criterio del vantaggio principale (*main benefit test*) "comporta di dovere previamente individuare il 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, se prevalenti, non fanno "scattare" alcun obbligo di comunicazione" e che (p. 5) "la nozione di vantaggio fiscale dovrebbe coincidere, a nostro avviso, con l'"outcome" globale dello specifico meccanismo transfrontaliero, con l'insieme cioè dei benefici fiscali generati dallo schema, anche per più partecipanti in differenti giurisdizioni". Il relativo documento è disponibile al seguente link: http://www.assonime.it/_layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=http://www.assonime.it/attivita_editoriale/interventi/Documents/consultazioni%209-2018.pdf (consultato il 06.05.2019).

tra due o più imprese associate, dove si verifica almeno una delle seguenti condizioni:

- il destinatario non è residente a fini fiscali in alcuna giurisdizione fiscale;
- il destinatario è residente a fini fiscali in una giurisdizione che è inserita in un elenco di giurisdizioni considerate non collaborative;
- per lo stesso ammortamento sono chieste detrazioni in più di una giurisdizione;
- per lo stesso elemento di reddito è chiesto lo sgravio dalla doppia imposizione in più giurisdizioni;
- esiste un meccanismo che include trasferimenti di attivi e in cui vi è una differenza significativa nell'importo considerato dovuto come contropartita degli attivi nelle giurisdizioni interessate.

Ulteriore suddivisione è poi prevista con riferimento a elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico d'informazioni e la titolarità effettiva (Categoria D) e elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento (Categoria E), senza che per essi assuma rilievo il *main benefit test*.

Gli intermediari, una volta verificata la presenza di elementi distintivi che fanno scattare l'obbligo di notificazione (e, eventualmente, del superamento del *main benefit test*), devono effettuare la comunicazione alle autorità finanziarie entro 30 giorni a decorrere dal giorno seguente a quello in cui:

- il meccanismo transfrontaliero è messo a disposizione ai fini della sua attuazione, ovvero
- il meccanismo transfrontaliero è pronto per l'attuazione, ovvero
- è stata compiuta la prima fase di attuazione del meccanismo transfrontaliero.

Per gli intermediari che prestano aiuto, assistenza o consulenza nella realizzazione del meccanismo i 30 giorni decorrono, invece, dal giorno successivo all'ultimazione dell'attività prestata.

Infine, in caso di meccanismi commercializzabili/standardizzati gli intermediari devono presentare ogni tre mesi una relazione che fornisca aggiornamenti contenenti nuove informazioni in relazione a meccanismi già oggetto di comunicazione.

Si pone sin da subito con evidenza il problema a quale autorità comunicare nel caso di meccanismi che generano obblighi di comunicazione in più Stati membri. La Direttiva crea sul punto un'elencazione tassativa al fine di contenere fenomeni di ridondanza, ma non risolve il problema di fondo, specificando che *"tali informazioni sono comunicate soltanto nello Stato membro che appare per primo nell'elenco seguente:"*

- 1) lo Stato membro in cui è residente ai fini fiscali l'intermediario; ovvero
- 2) lo Stato membro in cui l'intermediario dispone di una stabile organizzazione tramite la quale sono forniti i servizi relativi al meccanismo transfrontaliero; ovvero

- 3) lo Stato membro in cui l'intermediario è costituito o dal cui diritto è disciplinato; infine
- 4) lo Stato membro in cui l'intermediario è registrato presso un'associazione professionale di servizi in ambito legale, fiscale o di consulenza.

Pertanto, in caso di più intermediari (e/o più contribuenti) interessati dal meccanismo transfrontaliero (a vario titolo) potrebbe accadere che l'obbligo di notifica spetti a tutti gli intermediari coinvolti nello stesso meccanismo, restando esonerati soltanto se l'intermediario può provare che le stesse informazioni sono state comunicate in un altro Stato membro da altro intermediario. A simili obblighi, come detto, sono inoltre soggetti i contribuenti nei casi in cui non vi sia o non partecipi alla realizzazione ed attuazione del meccanismo transfrontaliero alcun soggetto qualificabile ai sensi della Direttiva quale "intermediario".

Dal quadro sopra delineato resta, quindi, ancora irrisolta la questione, già sollevata da Assonime nella citata nota n. 9/2018^[8], su come ci si debba comportare qualora nel meccanismo siano individuabili più intermediari e/o contribuenti; vale a dire come il giusto bilanciamento tra efficacia del sistema di *mandatory disclosure* senza incorrere in forme di ridondanza si contemperino con l'esigenza di tutela dei vari interessi erariali. Sul punto, è del tutto condivisibile che vada chiarito nelle opportune sedi *"se la qualifica di «contribuente pertinente» possa essere attribuita o meno a tutti i soggetti partecipanti allo schema (che risiedono o producono redditi in uno o più Stati membri) che provoca, nelle relative giurisdizioni, conseguenze fiscali rilevanti (dirette o indirette), in grado di mettere a rischio in modo significativo le relative basi imponibili"*^[9] ovvero, diversamente da quanto suggerito dall'OCSE nell'Action 12, se l'obbligo di comunicazione sussista in ogni caso, a prescindere da conseguenze fiscali cd. *"material"*.

La Direttiva detta, infine, talune clausole di esonero, lasciate comunque alla discrezionalità degli Stati membri in fase di recepimento della normativa nazionale, ove *"[c]iascuno Stato membro può adottare le misure necessarie per concedere agli intermediari il diritto all'esenzione dalla comunicazione di informazioni su un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica quando l'obbligo di comunicazione violerebbe il segreto professionale sulla base del diritto nazionale dello Stato membro"*, con l'avvertenza tuttavia che in tale evenienza gli Stati debbano adottare misure per individuare un altro intermediario obbligato ad effettuare la comunicazione e *"[g]li intermediari possono avere diritto all'esenzione [...] soltanto nella misura in cui operano nei limiti delle pertinenti norme nazionali che definiscono le loro professioni"*. Non è, invece, previsto alcun riferimento esplicito contro il divieto di auto-incriminazione (che, peraltro, come si vedrà, è stato in qualche modo introdotto nella Bozza di Decreto Legislativo [D.Lgs.] di recepimento della normativa in parola).

[8] Cfr. nota precedente.

[9] Assonime (nota 7), p. 9.

D. Le operazioni di comunicazione e decorrenza

Quanto al contenuto della comunicazione, gli intermediari o i contribuenti devono trasmettere alle rispettive Amministrazioni finanziarie (art. 14 Direttiva n. 2018/822/UE) le informazioni brevemente riassunte nella seguente tabella.

Contenuto della comunicazione

- Identificazione degli intermediari e dei contribuenti: generalità, residenza ai fini fiscali, persone giuridiche che fanno parte del gruppo;
- Dettagli di tutti gli elementi distintivi indicati nell'Allegato IV che rendono necessaria la comunicazione dello schema;
- Riassunto del meccanismo transfrontaliero;
- Riferimento al nome con cui è comunemente conosciuto;
- Descrizione in termini astratti delle pertinenti attività economiche e dei meccanismi;
- Data in cui è stata attuata o sarà attuata la prima fase della pianificazione fiscale;
- Dettagli delle normative nazionali che costituiscono la base del meccanismo;
- Valore del meccanismo transfrontaliero;
- Identificazione dello Stato membro del contribuente beneficiario (o degli Stati membri in caso di pluralità di contribuenti o casi di doppia residenza) e degli altri Stati membri che sono suscettibili di essere interessati dal meccanismo transfrontaliero;
- Identificazione di qualunque altra persona nello Stato membro che potrebbe essere interessata dal meccanismo transfrontaliero, indicando quali Stati membri è legata la persona.

Per quanto attiene alla decorrenza, le disposizioni contenute nella Direttiva n. 2018/822/UE diventeranno applicabili dal 1° luglio 2020.

È previsto, peraltro, un regime transitorio nel quale ciascuno Stato membro è tenuto ad adottare le misure necessarie per imporre agli intermediari e ai contribuenti pertinenti la comunicazione di informazioni sui meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica la cui prima fase è stata attuata tra la data di entrata in vigore (25 giugno 2018) e la data di applicazione della Direttiva, prevedendo altresì che la relativa comunicazione su tali meccanismi transfrontalieri avvenga entro il 31 agosto 2020 (cfr. art. 8 *bis ter* punto 12 Direttiva n. 2018/822/UE).

III. Lo schema di Decreto di attuazione della Direttiva n. 2018/822/UE

In data 30 luglio 2018 è stato posto in consultazione pubblica lo schema di Decreto attuativo della Direttiva n. 2018/822/UE, che ne ricalca in gran parte il contenuto (demandando peraltro a decreti attuativi l'individuazione degli elementi distintivi dei meccanismi transfrontalieri, nonché i criteri per verificare se i meccanismi soddisfano il *main benefit test*) ad eccezione di alcune previsioni. In particolare, lo schema di Decreto:

- definisce l'ambito territoriale di applicazione;
- estende la platea dei soggetti obbligati alla comunicazione;
- determina in via più circostanziata le fattispecie di esonero dall'obbligo di comunicazione;
- affronta il tema delle sanzioni in caso di inadempimento.

In particolare, sono inseriti nella categoria degli "intermediari" tutti i soggetti tenuti ad effettuare le comunicazioni in materia di antiriciclaggio ai sensi dell'art. 3, comma 4, D.Lgs. n. 231/2007, oltre che i soggetti di cui all'art. 1, comma 1, lett. *n* del Decreto Ministeriale (D.M.) del 28 dicembre 2015 (i.e. le "istituzioni finanziarie italiane" rilevanti ai fini del cd. "Common Reporting Standard").

Sul punto, la definizione dell'apporto fattuale che deve sussistere in capo all'intermediario, in combinato con l'estensione dei soggetti obbligati, può rendere talora incerto il perimetro di applicazione della norma; è infatti obbligato l'intermediario che "1) mette a disposizione ai fini dell'attuazione un meccanismo transfrontaliero da comunicare o ne gestisce l'attuazione; 2) direttamente o attraverso altri soggetti, svolge un'attività di assistenza o consulenza ai fini dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero da comunicare, qualora, avuto riguardo alle informazioni disponibili e alle competenze necessarie per svolgere tale attività, sappia o abbia un motivo ragionevole per concludere che il medesimo meccanismo sia rilevante ai sensi dell'art. 5 (ndr. norma che indica quali meccanismi sono rilevanti ai fini del Decreto)".

Sul punto Assonime^[10] ha notato come "la definizione nazionale diverga da quella europea, in primis, per quanto concerne le attività, che nella versione italiana si riducono alla «messa a disposizione», all'«assistenza» o «consulenza»: non vengono richiamate, cioè, anche le attività di «elaborazione», «commercializzazione» e «organizzazione» menzionate dalla direttiva", che invece evocano (ove non fossero da considerare come concettualmente sovrapponibili) un'attività materiale volta alla distribuzione più o meno massiva del meccanismo transfrontaliero.

Anche alla luce delle disposizioni di recepimento nell'ordinamento nazionale, andrebbe quindi meglio circostanziato l'obbligo di *disclosure* per i meri consulenti (vieppiù se tenuti per disposizione di legge all'osservanza del segreto professionale, quali gli avvocati e i dottori commercialisti) tenuto anche conto dell'inciso "ai fini dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero", escludendo, quindi, auspicabilmente, coloro che a vario titolo svolgono esclusivamente attività di studio o meramente informative.

Inoltre, nella prospettiva di rendere compatibile la normativa in analisi con i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU; RS 0.101) (i.e. il divieto di auto-incriminazione), la Bozza di Decreto specifica e circoscrive l'ambito di esenzione, in modo parzialmente diverso da quanto previsto dalla Direttiva (che, come detto, sembra porre il baricentro dell'esonero unicamente sulla tutela del segreto professionale).

[10] Assonime (nota 7), p. 15.

Sul punto, analogamente a quanto previsto ai fini della normativa antiriciclaggio, l'intermediario è esonerato dalla comunicazione (art. 3, comma 4, schema di Decreto) *"limitatamente ai casi in cui esamina la posizione giuridica del proprio cliente o espleti compiti di difesa o di rappresentanza del cliente in un procedimento innanzi ad un'autorità giudiziaria, compresa la consulenza sull'eventualità di intentarlo o evitarlo"*, nonché nel caso in cui *"dalle informazioni trasmesse possa emergere una sua responsabilità penale"* (la stessa clausola è stata inserita nel caso in cui l'obbligo ricada in capo al contribuente).

Per quanto attiene al periodo transitorio, la Bozza di Decreto prevede che gli intermediari ed i contribuenti obbligati alla comunicazione trasmettano all'Agenzia delle Entrate entro il 31 agosto 2020 le informazioni relative ai meccanismi transfrontalieri *"di cui è stata avviata l'attuazione tra il 25 giugno 2018 e il 1 luglio 2020"* (le cui modalità tecniche saranno individuate con apposito provvedimento attuativo). Inoltre, l'art. 8, comma 2, della Bozza di Decreto prevede un'ulteriore finestra temporale compresa tra il 29 ottobre 2014 e il 24 giugno 2020, in relazione ai meccanismi transfrontalieri che contengono almeno uno degli elementi distintivi di cui alla Categoria D dell'Allegato IV (riguardanti lo scambio automatico d'informazioni e la titolarità effettiva).

Infine, per quanto attiene alle disposizioni sanzionatorie, la Direttiva devolve interamente agli Stati membri la potestà sanzionatoria in caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e si limita a indicare che tali sanzioni debbano essere *"effettive, proporzionate e dissuasive"*.

Sul punto, l'art. 12 della Bozza di Decreto Legislativo prevede:

- una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra un minimo e un massimo edittale;
- nel caso di violazioni gravi, l'applicazione di una sanzione pari ad un moltiplicatore della sanzione base. A tal fine, la gravità viene determinata tenendo in considerazione il vantaggio economico, nonché l'intensità dell'elemento soggettivo e la conoscenza di specifici e rilevanti elementi di fatto, oltre alla mancata o insufficiente vigilanza sul rispetto di prassi e procedure standardizzate ovvero a carenze organizzative e procedurali.

Infine, è prevista nel caso di grave violazione, quando è irrogata la sanzione in misura massima, l'applicazione di una sanzione accessoria quale la sospensione dall'esercizio delle attività professionali e interdizione dalle cariche di amministratore, sindaco o revisore.

IV. Conclusioni

Dal quadro generale testé riassunto, emerge come sia la Direttiva, sia lo schema di Decreto legislativo lascino aperti rilevanti dubbi interpretativi. È quindi auspicabile, come da più parti sottolineato, che il decreto attuativo di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze di cui all'art. 5, comma 2, schema di Decreto puntualmente individui le regole tecniche di implementazione delle nuove

disposizioni, posto che, fra l'altro, il decreto dovrà addirittura identificare elementi "chiave" dell'intero impianto normativo in parola, quali 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*).

Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio fiscale	Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio fiscale	Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio fiscale	Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva	Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento
<p>Categoria A</p> <ul style="list-style-type: none"> il contribuente pertinente o un partecipante al meccanismo si impegna a rispettare una condizione di riservatezza; l'intermediario riceve una commissione, interesse o remunerazione fissata in riferimento all'entità del vantaggio fiscale o dal vantaggio fiscale effettivamente ottenuto; la struttura è sostanzialmente standardizzata ed è posta a disposizione del contribuente senza che sia necessaria alcuna personalizzazione. 	<p>Categoria B</p> <ul style="list-style-type: none"> meccanismo in cui un partecipante adotta misure artificiose consistenti nell'acquisire una società in perdita, interromperne l'attività principale e utilizzarne le perdite per ridurre il suo debito d'imposta ("bare fiscali"); anche mediante il trasferimento di tali perdite verso un'altra giurisdizione o l'accelerazione dell'uso di tali perdite; meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in capitale, donazioni (<i>capital, gift</i>) o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposte; meccanismo comprendente operazioni circolari (<i>round-tripping</i>), in particolare tramite il coinvolgimento di entità o di operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che presentano altre caratteristiche simili. 	<p>Categoria C</p> <ul style="list-style-type: none"> meccanismo che prevede pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate, dove il destinatario sia residente a fini fiscali in una giurisdizione che non applica alcuna imposta sul reddito delle società o impone un'imposta la cui aliquota è pari o prossima allo zero; il reddito beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali; il reddito beneficia di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali. 	<p>Categoria D</p> <p>1. Meccanismi che possono compromettere l'obbligo di comunicazione imposto dalle normative interne o dalle convenzioni relativamente ai conti finanziari o che traggono vantaggio dall'assenza di tali normative o accordi internazionali:</p> <ul style="list-style-type: none"> l'uso di un conto, prodotto o investimento, che non è un conto finanziario, ma ha caratteristiche simili a tale strumento; trasferimento di conti o attività finanziarie in giurisdizioni che non sono vincolate dallo scambio automatico di informazioni (SAI) sui conti finanziari con lo Stato di residenza del contribuente anche solo l'utilizzo di taligiurisdizioni; riclassificazione di redditi e capitali come prodotti o pagamenti che non sono soggetti al SAI; il trasferimento o conversione di un'IF, o di un conto finanziario o delle relative attività in un'IF o in un conto o in attività finanziarie non soggette all'obbligo di comunicazione; il ricorso a soggetti, meccanismi o strutture giuridiche che eliminano o hanno lo scopo di eliminare la comunicazione di informazioni su uno o più titolari di conti o persone che esercitano il controllo sui conti; meccanismi che compromettono il funzionamento delle procedure di adeguata verifica utilizzate dalle IF per ottemperare agli obblighi di comunicazione o ne sfruttano le debolezze, anche attraverso l'uso di giurisdizioni con regimi inadeguati o deboli in materia di legislazione anticiclaggio o con requisiti di trasparenza deboli. <p>2. Meccanismi che comportano la creazione di una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente, con l'utilizzo di persone fisiche, dispositivi giuridici o strutture giuridiche:</p> <ul style="list-style-type: none"> che non svolgono un'attività economica sostanziale supportata da personale, attrezzatura, attività e locali adeguati; che sono costituiti, gestiti, controllati, residenti o stabiliti in una giurisdizione diversa da quella di residenza di uno o più dei titolari effettivi delle attività detenute da tali persone, dispositivi giuridici o strutture giuridiche; in cui i titolari effettivi (ai sensi della Direttiva n. 2015/849/UE) di tali soggetti, dispositivi giuridici o strutture giuridiche sono resi non identificabili. 	<p>Categoria E</p> <p>1. Meccanismi che comportano l'uso di norme "safe harbour" unilaterali;</p> <p>2. Meccanismi che comportano il trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione, per i quali:</p> <ul style="list-style-type: none"> al momento della conclusione della transazione infragruppo non esistono affidabili <i>comparables</i>; al momento della definizione dell'accordo, le proiezioni dei flussi di cassa futuri o del reddito derivante da essi non è prevedibile; <p>3. Meccanismi che implicano un trasferimento transfrontaliero infragruppo di funzioni e/o rischi e/o attività, se la previsione annuale degli utili del cedente o dei cedenti al lordo di interessi e imposte (<i>Earnings Before Interest and Tax [EBIT]</i>), nel periodo di tre anni successivo al trasferimento, è inferiore al 50% della previsione annuale degli EBIT del cedente o cedenti in questione in mancanza di trasferimento ("stripping").</p>