

## Pianificazione fiscale aggressiva: quando scatta l'obbligo di comunicazione

*Marco Piazza - Dottore commercialista, SBNP - Studio Biscozzi Nobili Piazza*

Con il differimento del termine per il recepimento della direttiva UE sullo scambio d'informazioni relative ai meccanismi transfrontalieri di pianificazione fiscale potenzialmente aggressiva - DAC6, slitta in avanti anche la scadenza per la trasmissione delle prime comunicazioni. La proroga dei termini concede a intermediari finanziari e professionisti più di tempo per organizzare le procedure interne utili per individuare le operazioni suscettibili di comunicazione e, soprattutto, i casi in cui l'intermediario ha un effettivo obbligo di comunicazione. Quando, invece, scatta l'esonero dall'obbligo comunicativo?

La proroga del termine entro cui dovrà essere recepita la direttiva UE n. 2018/822 (DAC6) sullo **scambio d'informazioni** relative ai meccanismi di **pianificazione fiscale potenzialmente aggressiva** che interessa più giurisdizioni (**meccanismi transfrontalieri**) e, di conseguenza, del termine entro il quale dovranno essere trasmesse le prime comunicazioni concede agli intermediari finanziari e ai professionisti un poco più di tempo per organizzare le procedure interne necessarie per individuare le **operazioni suscettibili di comunicazione** e i casi in cui l'intermediario ha un effettivo obbligo di comunicazione, tenuto anche conto dei casi in cui il meccanismo transfrontaliero coinvolga più di un intermediario.

**Leggi anche** [Scambio di informazioni su meccanismi transfrontalieri: proroga \(opzionale\) al 2021 causa Covid](#)

Sotto questo aspetto il decreto legislativo contiene una regolamentazione molto articolata.

La norma infatti prevede alcuni casi di esonero "oggettivo" dall'obbligo di comunicazione e alcuni casi in cui l'esonero mira ad evitare che uno stesso meccanismo sia comunicato da più soggetti.

### I casi di esonero

Per quanto riguarda la prima casistica, va dato rilievo soprattutto alla definizione stessa della nozione di "**intermediario**" soggetto all'obbligo di comunicazione, che è - in generale - il soggetto che elabora, commercializza, organizza o mette a disposizione ai fini dell'attuazione un meccanismo transfrontaliero o ne gestisce in autonomia l'intera attuazione o il soggetto che, direttamente o attraverso altri soggetti, svolge un'attività di assistenza o consulenza in relazione al meccanismo, ma solo 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.

La relazione illustrativa è sul punto molto dettagliata. Ricorda la distinzione, già presente nel "Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore structures" (MDR) dell'OCSE - fra:

1) il "**promoter**", cioè colui che è responsabile della progettazione, commercializzazione, organizzazione e complessiva gestione di un meccanismo transfrontaliero o lo mette a disposizione per l'attuazione da parte di un'altra persona;

2) “il **service provider**” (l’attuatore), cioè colui che fornisce qualsiasi aiuto materiale, assistenza o consulenza in materia di sviluppo, organizzazione, gestione e attuazione del meccanismo transfrontaliero.

Ciò premesso, con riguardo al punto 1), l’inclusione tra i “promoter” dei soggetti che gestiscono in autonomia l’intera attuazione del meccanismo riflette la *ratio* che un soggetto in grado di gestire (dirigere) l’attuazione dell’intero meccanismo senza necessità di indicazioni da parte di terzi è altresì in grado di valutare se il meccanismo deve essere comunicato, al pari di un soggetto che ha progettato il meccanismo.

Con riferimento al punto 2), secondo lo schema di decreto legislativo costituisce *conditio sine qua non* ai fini della qualificazione come intermediario il presupposto che chi agisce debba essere a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza del meccanismo transfrontaliero “in considerazione dei fatti e circostanze pertinenti, sulla base delle informazioni disponibili e delle competenze necessarie per fornire i servizi che eroga” (cd. “standard di conoscenza”).

La relazione spiega che tale formulazione, che indica gli **elementi soggettivi e oggettivi** che qualificano l’intermediario, riprende la definizione contenuta nella DAC6 e basata sullo standard di conoscenza delineato nel “Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore structures” (MDR) dell’OCSE, il quale a sua volta adotta il cosiddetto “reasonably be expected to know test”.

In altri termini, il **service provider** diviene “**intermediario**” ai fini della DAC6 solo se è **contemporaneamente “consapevole”** di essere coinvolto nell’attuazione di un’operazione potenzialmente abusiva (spesso, infatti, intermediario interviene solo in una fase di per sé non idonea ad ingenerare sospetti senza essere a conoscenza del quadro d’insieme) e ha un **grado di competenza tecnica idoneo** a cogliere i risvolti potenzialmente abusivi dell’operazione.

La relazione, quindi conclude che “in concreto, il modello OCSE non impone al service provider (l’attuatore) obblighi di due diligence ulteriori rispetto a quelli ordinariamente già richiesti a fini regolamentari o commerciali e non richiede al service provider di impiegare un livello di expertise superiore a quello richiesto per fornire il servizio.

Questi chiarimenti sono molto importanti soprattutto per le **banche** quando effettuano le **transazioni cosiddette di routine**. La relazione, in proposito conferma che, in linea generale, il modello non richiede le comunicazioni da parte delle istituzioni finanziarie quando effettuano tali transazioni (es. trasferimento fondi, custodia), dato che la natura del loro coinvolgimento e le informazioni a loro prontamente disponibili non soddisferebbero il “reasonably be expected to know test”.

#### **Leggi anche**

- [Direttiva DAC6: obbligo di segnalazione retroattivo e ad ampio raggio](#)

- [Con la direttiva DAC 6 arriva il whistleblower fiscale](#)

**Altri casi di esonero oggettivo** si hanno:

a) per le **informazioni che riceve dal proprio cliente** o ottiene riguardo allo stesso nel corso dell’esame della posizione giuridica del medesimo o dell’espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del cliente stesso in un procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull’eventualità di intentarlo o evitarlo, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso. In ogni caso, le comunicazioni effettuate ai sensi del 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 (questa tipologia di esclusione ricalca quelle previste in materia di segnalazione di operazioni sospette dalla legislazione antiriciclaggio);

b) qualora dalle informazioni trasmesse possa emergere una sua **responsabilità penale**.

Tuttavia, nei casi di esonero da ultimo elencati sub a) e b), **l'intermediario informa ogni altro intermediario** coinvolto nel meccanismo transfrontaliero di cui abbia conoscenza o, in assenza di quest'ultimo, il contribuente interessato, circa la sussistenza dell'obbligo a loro carico di comunicazione del meccanismo transfrontaliero all'Agenzia delle Entrate, il che, parrebbe, vanifica l'effetto "garantista" delle due ipotesi di esonero.

## Coinvolgimento di più soggetti obbligati

Più complesse sono le norme miranti a coordinare le comunicazioni nel caso di coinvolgimento di più soggetti obbligati.

Da un lato, infatti, viene previsto che, nel caso di meccanismo transfrontaliero oggetto dell'attività di più intermediari, **l'obbligo di comunicazione** delle relative informazioni **spetta a ognuno** dei soggetti coinvolti.

Dall'altro, si esenta l'intermediario che può provare che le **medesime informazioni** sono state **comunicate da altro intermediario**, ovunque residente, all'Agenzia delle Entrate o all'autorità competente di uno Stato estero che partecipa all'accordo per lo scambio d'informazioni. Per rendere efficace questa norma sarà necessario introdurre una **procedura** (peraltro previsto dalla direttiva) che identifichi con un numero il meccanismo transfrontaliero in occasione della prima comunicazione e che obblighi il soggetto che ha comunicato per primo l'operazione ad informare gli altri partecipanti.

Lo schema di decreto legislativo prevede poi che **l'obbligo di comunicazione** del meccanismo transfrontaliero spetta, **in ogni caso**, al **contribuente** in caso di assenza di un intermediario, ovvero qualora quest'ultimo non abbia fornito al contribuente la documentazione attestante che le medesime informazioni sono state già oggetto di comunicazione. In presenza di più contribuenti l'obbligo grava su quello che ha concordato con l'intermediario il meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione e, in sua assenza, sul contribuente che ne ha gestito l'attuazione. Anche in questo caso, il **contribuente è esonerato** dall'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero qualora dalle informazioni trasmesse possa emergere una sua responsabilità penale o se prova l'avvenuta comunicazione delle stesse informazioni da parte di un altro contribuente.

## Per fare un esempio

Supponiamo che un professionista italiano abbia elaborato per alcuni contribuenti soci di una società di capitali italiani la seguente operazione:

- rivalutazione delle partecipazioni con versamento dell'imposta sostitutiva dell'11% di cui all'art. 5, legge n. 448/2001;
- cessione a titolo oneroso delle partecipazioni a una holding da essi detenuta, residente in altro Stato aderente all'accordo, con pagamento dilazionato del prezzo;
- distribuzione di riserve di utili da parte della società target in regime di esenzione da ritenuta *ex art. 27-bis* del D.P.R. n. 600/1973 ("madi e figlie");
- rimborso da parte della holding del debito verso i soci contratto in sede di acquisto della partecipazione a prezzo dilazionato.

Nella fase esecutiva è coinvolto un professionista dello Stato di residenza della holding che si è occupato della costituzione della società e degli adempimenti contabili e amministrativi.

L'effetto finale, limitatamente alle riserve distribuite dalla "target", è lo stesso che i soci avrebbero conseguito se al momento della distribuzione delle riserve fossero stati **soci in via diretta** anziché attraverso la holding, ma con un carico fiscale presumibilmente inferiore.

Questo meccanismo rientra fra le "**operazioni circolari**" **potenzialmente elusive** la cui legittimità dipende dalla dimostrazione che siano giustificate da **ragioni economiche extrafiscali** (si veda ad esempio, pareri del Comitato antielusione n. 20 del 2000, n. 16 del 2003

e n. 23 del 2004; circolare n. 6/E del 2016; risposte n. 30 e n. 127 del 2018; principio di diritto n. 1 del 2019 e n. 20 del 2019; risposta n. 349 del 2019; risposta n. 537 del 2019; Assonime, circolare n. 21 del 2016).

Il meccanismo, inoltre, presenta uno degli elementi distintivi del “meccanismo transfrontaliero”. In particolare, quello di cui al punto B.3 dell’Allegato IV alla direttiva: “un meccanismo o una serie di meccanismi comprendenti operazioni circolari che si traducono in un «carosello» di fondi (“round-tripping”), in particolare tramite il coinvolgimento di entità interposte che non svolgono nessun’altra funzione commerciale primaria o di operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che presentano altre caratteristiche simili”.

In questo contesto il **professionista italiano** dovrebbe essere considerato “**promoter**”, avendo progettato il meccanismo ed essendosi occupato dell’organizzazione e complessiva gestione dello stesso.

Il **professionista estero** sarebbe invece un **service provider** fornendo aiuto materiale, assistenza o consulenza in relazione al meccanismo transfrontaliero.

Il **professionista italiano** è certamente **tenuto alla comunicazione**.

Il **professionista estero** può essere tenuto alla comunicazione se il suo coinvolgimento è tale da poter essere a **conoscenza della “circolarità”** dell’operazione.

I **contribuenti italiani** sono **soggetti all’obbligo di comunicazione**; in particolare la comunicazione dovrebbe essere fatta dal contribuente che ha concordato con il professionista italiano il meccanismo. In questo caso dovrebbe essere il professionista italiano a trasmettere le informazioni dovute.

Effettuata la trasmissione dovrebbe comunicare agli altri soggetti coinvolti (il professionista estero e i contribuenti) l’avvenuta trasmissione delle informazioni, mettendo loro in condizione di fruire dell’esonero previsto dalla norma.