CIRCOLARE MONOGRAFICA

ADEMPIMENTI

Direttiva DAC 6: oggetto della comunicazione, vantaggio fiscale e vantaggio principale o "main benefit test"

Gli elementi distintivi, la potenziale riduzione d'imposta e il calcolo del vantaggio fiscale

di Stefania Barsalini | 23 FEBBRAIO 2021

Dopo l'analisi degli adempimenti dei professionisti e degli intermediari, oggetto di una precedente circolare, si prosegue con l'analisi delle disposizioni relative alla direttiva DAC 6, introdotta in Italia ad opera del D.Lgs. 30 luglio 2020, n. 100, soffermandosi sugli elementi oggetto della comunicazione, vale a dire il meccanismo transfrontaliero. Viene offerto uno spunto di riflessione sull'individuazione degli elementi distintivi o hallmarks dei meccanismi transfrontalieri, la cui presenza è "un indice di rischio di elusione o evasione fiscale", distinguendo fra gli elementi distintivi generici e quelli specifici e il livello di conoscenza dell'intermediario coinvolto nel meccanismo.

Premessa

La direttiva DAC 6 è stata attuata nell'ordinamento italiano con il D.Lgs. 30 luglio 2020, n. 100 (di seguito decreto legislativo), cui ha fatto seguito il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 17 novembre 2020.

Il legislatore ha introdotto disposizioni sull'**obbligo di raccolta di informazioni sui meccanismi transfrontalieri** da parte di intermediari (soggetti coinvolti nell'elaborazione, nella commercializzazione, nell'organizzazione o nella gestione dell'attuazione di tali meccanismi) e sulla successiva **comunicazione all'Agenzia delle entrate**, regolamentata dal provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate 26 novembre 2020, prot. n. 364425 (di seguito provvedimento). Sul tema è, infine, intervenuta l'Agenzia delle entrate, con la circolare 10 febbraio 2021, n. 2, nella quale ha fornito i primi chiarimenti in merito all'applicazione delle norme per la comunicazione delle informazioni relative ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica.

La menzionata circolare tiene conto dei contributi pervenuti in termini di proposte di modifiche e integrazioni a seguito della pubblica consultazione, avviata in data 28 dicembre 2020 e conclusasi in data 15 gennaio 2021.

Elementi oggetto della comunicazione

L'art. 6 del decreto legislativo, insieme all'art. 2 del decreto ministeriale, fornisce indicazioni sui dati da inserire nella comunicazione da inviare all'Agenzia delle entrate.

In primo luogo, occorre fornire i dati utili all'**identificazione dei soggetti interessati**, vale a dire gli **intermediari e i contribuenti** coinvolti nella predisposizione e attuazione del meccanismo transfrontaliero, nonché i soggetti che costituiscono **imprese associate** dei contribuenti. In particolare, occorre esporre:

- il nome, la data e il luogo di nascita ovvero la denominazione sociale o ragione sociale, l'indirizzo, la residenza ai fini fiscali, il numero di identificazione fiscale (NIF);
- l'identificazione delle giurisdizioni di residenza fiscale dei contribuenti interessati, nonché delle eventuali altre giurisdizioni potenzialmente interessate dal meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione;
- l'identificazione di qualunque altro soggetto potenzialmente interessato dal meccanismo transfrontaliero, nonché delle giurisdizioni a cui tale soggetto è riconducibile.

Nella comunicazione, inoltre, occorre esporre:

- gli **elementi distintivi** presenti nel meccanismo transfrontaliero che lo rendono oggetto di comunicazione;
- una **sintesi del contenuto del meccanismo transfrontaliero** oggetto di comunicazione, redatta in lingua italiana e corredata da una breve relazione in lingua inglese;
- le **disposizioni nazionali** che stabiliscono l'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero (cfr. par. 3.2 del provvedimento).



Ricorda

A tale ultimo riguardo, si precisa che si tratta anche delle disposizioni nazionali che sono alla base del meccanismo transfrontaliero.

Va indicata anche la **data di avvio dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero**, che corrisponde al momento in cui il contribuente compie il primo atto avente effetti giuridici o la prima transazione finanziaria ai fini dell'attuazione del meccanismo (art. 2, comma 1, lett. b, del decreto ministeriale). È necessario, altresì, indicare il **valore del meccanismo transfrontaliero**.



Attenzione

Laddove non fosse possibile dare informazioni sull'*amount*, le istruzioni contenute nella circolare n. 2 del 2021, al par. 5.2, consentono di indicare il **valore "0"**.

Per quanto concerne i meccanismi caratterizzati dagli **elementi distintivi** di cui alle lett. A, B, C ed E dell'Allegato 1 al decreto legislativo, il **valore da esporre è pari al vantaggio fiscale** derivabile dal meccanismo transfrontaliero. A tale riguardo, nelle ipotesi di **meccanismi soggetti alla verifica del vantaggio principale** (MBT), di cui all'art. 7, comma 2, del decreto ministeriale, il vantaggio fiscale da comunicare è quello utilizzato ai fini di detta verifica.

Nel caso in cui oggetto della comunicazione sia un meccanismo che presenta l'**elemento distintivo contrassegnato con la lett. D, punto 1** (D.1) dell'Allegato 1 al decreto legislativo, ossia un «*meccanismo che può avere come effetto di compromettere l'obbligo di comunicazione imposto dalle leggi che attuano la normativa dell'Unione o eventuali accordi equivalenti sullo scambio automatico di informazioni*

sui conti finanziari, compresi accordi con i paesi terzi, o che trae vantaggio dall'assenza di tale normativa o tali accordi», occorre esporre le seguenti **informazioni**:

1. come valore da dichiarare, il **valore dei conti finanziari**, determinato ai sensi dell'art. 3, comma 1, del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 28 dicembre 2015;
2. come **data di riferimento** per determinare il valore dei conti finanziari, il 31 dicembre dell'anno solare precedente a quello della segnalazione DAC 6;
3. per i **conti aperti successivamente al 31 dicembre dell'anno solare precedente**, occorre fare riferimento al valore dell'ultimo giorno del mese solare precedente a quello in cui ricorre l'obbligo della segnalazione DAC 6.

Nel caso in cui oggetto della comunicazione sia un meccanismo che presenta l'**elemento distintivo contrassegnato con la lett. D, punto 2** (D.2) dell'Allegato 1 al decreto legislativo, ossia un «*meccanismo che comporta una catena di titolarità legale o effettiva non trasparente, con l'utilizzo di persone, dispositivi giuridici o strutture giuridiche*», occorre operare la seguente distinzione:

1. per i **conti finanziari**: il valore da dichiarare è quello determinato ai sensi dell'art. 3, comma 1, del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 28 dicembre 2015 (similmente a quanto avviene per il valore dei meccanismi di cui alla lett. D.1);
2. per le **attività e i redditi di natura non finanziaria**: il valore da dichiarare è dato dal vantaggio fiscale derivabile dal meccanismo transfrontaliero, determinato ai sensi dell'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale, ossia la differenza tra le imposte da assolvere sulla base del meccanismo dichiarato e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza dello stesso.

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

Attenzione

È, altresì, previsto, a carico dei soli **contribuenti** che attuano il meccanismo transfrontaliero, l'**obbligo di indicare il numero di riferimento nelle pertinenti dichiarazioni fiscali** per tutti periodi d'imposta in cui il meccanismo transfrontaliero è utilizzato (art. 3, comma 3, del decreto ministeriale).

Elemento distintivo ("hallmark")

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

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

Si tratta di «*indici di rischio di elusione o evasione fiscale*» che identificano i meccanismi soggetti all'obbligo di notifica.

Attenzione

È sufficiente che uno solo di essi sia soddisfatto, affinché, al ricorrere delle altre condizioni, sorga l'obbligo di segnalazione.

In conformità con quanto previsto dall'Allegato alla direttiva DAC 6, il decreto legislativo individua **cinque categorie di elementi distintivi**, che sono riconducibili a **due macro categorie**:

1. elementi distintivi **generici**;
2. elementi distintivi **specifici**.

Elementi distintivi generici

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

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

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

Attenzione

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

Quando il meccanismo standardizzato è anche "commerciabile", per via dell'accentuata replicabilità e, quindi, della maggiore facilità di diffusione, il comma 2 dell'art. 7 del decreto legislativo pone a carico degli intermediari l'**obbligo di presentare all'Agenzia delle entrate, ogni tre mesi, una relazione periodica**.

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

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

Elementi distintivi specifici

Gli *hallmarks* specifici, classificati alla lett. B dell'Allegato 1 al decreto legislativo, hanno invece per oggetto **operazioni che possono concretizzare pratiche elusive o evasive**.

Esempio

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

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

Gli elementi identificativi inclusi in questa categoria individuano fenomeni di:

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

Tutti gli elementi appartenenti a detta categoria devono integrare il **criterio della potenziale riduzione d'imposta**, e solo alcuni di questi devono soddisfare anche il criterio del vantaggio fiscale principale (MBT).

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

Infine, il decreto legislativo, con la lett. E dell'Allegato, prevede elementi distintivi riferibili a **transazioni** che, in ragione della natura o della complessità dell'oggetto della transazione stessa, si prestano a valutazioni che potrebbero, anche in astratto, **non essere conformi al principio del valore di libera concorrenza**. La circostanza che per gli elementi distintivi in commento il rischio potenziale è insito nella natura o complessità dell'oggetto determina che, ai fini della loro identificazione, occorre avere riguardo esclusivamente alla struttura del meccanismo, non assumendo alcuna rilevanza il fatto che, in base ad un'analisi condotta dall'intermediario o dal contribuente, la transazione risulti a valore di libera concorrenza.

Criterio della potenziale riduzione d'imposta

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

Attenzione

Sono esclusi dall'applicazione di tale criterio gli elementi distintivi di cui alla lett. D, ossia quelli riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva, i quali avranno rilevanza per il fatto oggettivo di determinare l'aggiramento degli obblighi di comunicazione previsti dal CRS o di occultare la titolarità effettiva di *asset* e correlati redditi.

Il **vantaggio fiscale** è «*uno tra i principali vantaggi avente natura fiscale che ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero, tenuto conto dei fatti e delle circostanze*», ed è **determinabile** calcolando la «*differenza tra le imposte da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi*».

Allo stato attuale, la **riduzione potenziale d'imposta va verificata con riferimento agli Stati membri dell'Unione europea**, in quanto l'art. 6 del decreto ministeriale prevede che la riduzione d'imposta deve riguardare un contribuente che abbia un collegamento con uno Stato dell'Unione europea o con un Paese con il quale è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'art. 6, comma 1, del decreto legislativo, ed attualmente non risultano sottoscritti specifici accordi per lo scambio di informazioni riguardanti i meccanismi transfrontalieri.

La riduzione d'imposta è, pertanto, in **termini potenziali**, ossia il vantaggio di natura fiscale che ci si può attendere come logica conseguenza dei fatti e delle circostanze del caso, ponendo a confronto ipoteticamente gli effetti fiscali in presenza del meccanismo con quelli che si verificherebbero in sua assenza.

Ricorda

Esempi di riduzione dell'imposta:
- l'ottenimento di una riduzione di base imponibile o d'imposta rispetto a quelle determinabili in assenza del meccanismo;
- l'ottenimento di un rimedio contro la doppia imposizione, oppure un incremento dello stesso rispetto a quello spettante in assenza del meccanismo;
- l'ottenimento di un rimborso d'imposta o l'incremento dello stesso rispetto a quello spettante in assenza del meccanismo;
- il differimento del pagamento dell'imposta o l'anticipo di un rimborso d'imposta;
- l'eliminazione delle ritenute alla fonte ovvero la loro riduzione.

Attenzione

L'obbligo di comunicazione sussiste anche quando, in sede di **dichiarazione dei redditi**, che normalmente viene presentata l'anno successivo e, quindi, oltre il termine di comunicazione del meccanismo, il contribuente è tenuto a **sterilizzare in tutto o in parte gli effetti fiscali del meccanismo** stesso, in virtù di specifiche disposizioni limitative.

Imposte da prendere in considerazione per il calcolo del vantaggio fiscale

Rilevano le **imposte riscosse** da o per conto di uno Stato membro o delle ripartizioni territoriali o amministrative di uno Stato membro, comprese le autorità locali.

Per quanto riguarda l'**Italia**, a titolo esemplificativo, rientrano:

- l'IRPEF;
- l'IRES, e relative addizionali;
- l'IRAP;
- le ritenute a titolo d'imposta e a imposta sostitutiva:
- le imposte locali;
- le altre imposte indirette (imposta di registro, bollo e ipotecarie e catastali, di successione e di donazione).

Per quanto riguarda gli altri Stati, invece, rilevano le **imposte considerabili equivalenti a quelle italiane**.

Sono, invece, **da escludere l'IVA, i dazi doganali e le accise**, in quanto coperte da altra legislazione dell'UE in materia di cooperazione amministrativa, nonché i **contributi per la sicurezza sociale obbligatoria**.

Il "criterio del vantaggio principale" o main benefit test (MBT)

In base all'art. 7, comma 1, del decreto ministeriale, per alcuni elementi distintivi rientranti tra quelli elencati nell'Allegato 1 al decreto legislativo deve essere verificato il vantaggio principale:

Categorie di elementi distintivi soggetti all'MBT
A – Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale.
B – Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale.
C – Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere, limitatamente ai seguenti: 1. Un meccanismo che prevede pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate, dove si verifica almeno una delle condizioni seguenti: b) nonostante il destinatario sia residente a fini fiscali in una giurisdizione, quest'ultima: 1) non impone alcuna imposta sul reddito delle società o impone un'imposta sul reddito delle società il cui tasso è pari o prossimo a zero; c) il pagamento beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali; d) il pagamento beneficia di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali.

Per quel che concerne le **modalità di applicazione dell'MBT**, il successivo comma 2 del citato art. 7 prevede che il criterio del **vantaggio principale ricorre quando il vantaggio fiscale** relativo alle imposte cui si applica la Dir. CEE 15 febbraio 2011, n. 2011/16/UE, derivabile dall'attuazione di uno o più meccanismi transfrontalieri e conseguibile da uno o più contribuenti di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del D.Lgs. 30 luglio 2020, n. 100, **è superiore al 50 per cento della somma del suddetto vantaggio fiscale e dei vantaggi extrafiscali**.

In sostanza, il vantaggio principale ricorre se:

$Vantaggio\ fiscale$	> 50%
$Vantaggio\ fiscale + Vantaggio\ extrafiscale$	

Attenzione

Il MBT deve rispondere a **criteri oggettivi**, senza la necessità di dovere indagare circa i motivi specifici o le intenzioni dei soggetti che attuano l'accordo, schema o progetto aventi la caratteristica di meccanismo transnazionale rilevante.

Vantaggio fiscale (numeratore) = differenza tra le imposte da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi. È necessario un confronto tra le imposte che risultano dall'attuazione del meccanismo transfrontaliero e quelle che sarebbero state dovute in assenza dello stesso. Allorché le prime siano inferiori alle seconde, si determina un vantaggio fiscale, rappresentato da una potenziale riduzione d'imposta.

Vantaggio extrafiscale (denominatore) = qualunque vantaggio economico quantificabile di natura non fiscale.

Il vantaggio extrafiscale deve essere «***economicamente quantificabile***»; in altri termini, indipendentemente dalle ragioni sottese all'attuazione del meccanismo, che possono essere di varia natura (commerciale, organizzativa, regolamentare), ciò che rileva è l'**impatto concreto** in termini di riduzione di costi o incremento dei ricavi attesi.

Tali vantaggi, peraltro, devono essere:

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

Esempio

Il vantaggio extrafiscale potrebbe essere:
- il prezzo della transazione;
- la presenza di costi accessori (ad esempio, costi di stoccaggio e di magazzino, commissioni di gestione, ecc.);
- le modalità di attuazione dell'operazione (ad esempio, i tempi di consegna del bene o di realizzazione del servizio);
- l'impossibilità di acquisire il prodotto o servizio presso altri fornitori;
- l'esistenza di vincoli regolamentari, organizzativi, commerciali e produttivi, che renderebbero eccessivamente onerosa la transazione con altri fornitori;
- l'ottenimento di sinergie organizzative.

La società ALFA, residente in Italia, il 15 settembre 2018 effettua un conferimento di capitale di 1.000 alla società BETA, controllata, residente in un altro Stato UE, entità senza altre funzioni commerciali primarie. BETA contestualmente retrocede l'80 per cento dei fondi ad ALFA. Il residuo 20 per cento è investito da BETA in titoli azionari, che generano dividendi per 20.

Nel primo anno (2018) ALFA paga a BETA interessi per 100 e BETA incassa dividendi dai titoli azionari, esclusi da imposte, per 20.

Nel 2019, BETA paga ad ALFA un dividendo di 120, escluso da imposte al 95 per cento (art. 89 del TUIR).

Il vantaggio extra-fiscale di ALFA è pari a 20 [differenza tra i dividendi incassati (120) e gli interessi pagati (100)].

Il vantaggio fiscale di ALFA, ipotizzando che non vi siano imposte pagate all’estero e che gli interessi passivi siano interamente deducibili, è determinato come segue:

- interessi passivi: – 100;

- quota imponibile dei dividendi: 6 (5 per cento di 120);

- reddito imponibile di ALFA: – 94;

- risparmio d’imposta: 22,56 (24 per cento di 94).

In tale ipotesi, ricorre il vantaggio principale, in quanto il rapporto tra l’importo al numeratore (22,56) e quello al denominatore (20 + 22,56) è pari al 53 per cento.

Riferimenti normativi

- Provv. 26 novembre 2020, n. 364425;
- D.M. 17 novembre 2020;
- D.Lgs. 30 luglio 2020, n. 100;
- Dir. CEE 25 maggio 2018, n. 2018/822/UE;
- Dir. CEE 15 febbraio 2011, n. 2011/16/UE;
- Circolare 10 febbraio 2021, n. 2.