

Valentino Tamburro, PhD

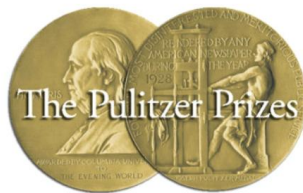
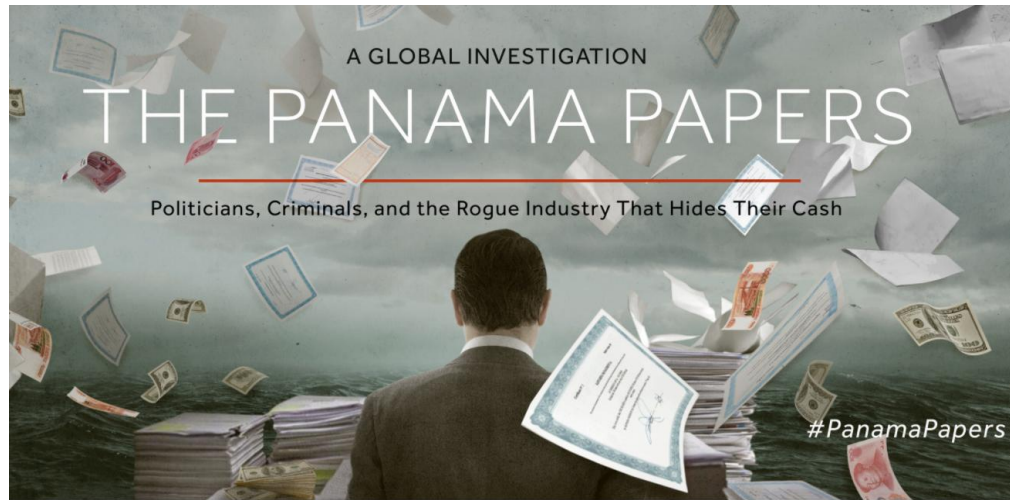
Professore a contratto di diritto tributario nell'a.a. 2020/2021

Università Luiss Guido Carli

Le operazioni soggette a segnalazione e gli hallmarks

18 marzo 2021

DAC 6 - IL CONTESTO DI RIFERIMENTO



At the International Consortium of Investigative Journalists we want to inspire and cultivate a global community of reporters and readers who believe journalism can bring about positive change.



ICIJ @ICIJorg · 9h

Which jurisdictions are the world's biggest enablers of corporate tax avoidance?

-  The British Virgin Islands
-  The Cayman Islands
-  Bermuda
-  The Netherlands
-  Switzerland
-  Luxembourg
-  Hong Kong
-  Jersey
-  Singapore
-  UAE

says @TaxJusticeNet.



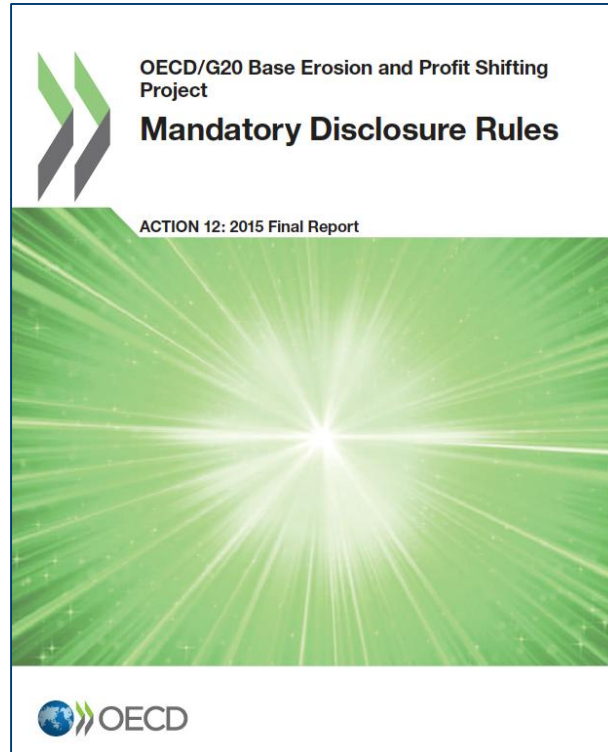
Wealthy countries that set global tax rules are biggest enablers of c...
Tax Justice Network ranks OECD members and British overseas territories highest in its 2021 corporate tax haven index, advocating ...
[icij.org](https://www.icij.org)

DAC 6 - IL CONTESTO DI RIFERIMENTO

| Coherence | Substance | Transparency | Analysis |
|--|--|---|---|
| Action 2 Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements | Action 6 Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances | Action 11 Measuring and Monitoring BEPS | Action 1 Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy |
| Action 3 Designing Effective Controlled Foreign Company (CFC) Rules | Action 7 Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status | Action 12 Mandatory Disclosure Rules | Action 15 Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties |
| Action 4 Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments | Actions 8 – 10 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation: Intangibles Risks & Capital High-Risk Transactions | Action 13 Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting | |
| Action 5 Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking Into Account Transparency and Substance | | Action 14 Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective | |



DAC 6 - IL CONTESTO DI RIFERIMENTO



ACTION 12 – OECD/G20 BEPS PROJECT

12. The main purpose of mandatory disclosure rules is to provide **early information** regarding **potentially** aggressive or abusive tax planning schemes and to identify the **promoters** and **users** of those schemes

13. Another objective of mandatory disclosure rules is **deterrence**. A reduction in the promotion and use of tax avoidance can be achieved by **altering the economics of tax avoidance**. Taxpayers may **think twice** about entering into a scheme if it has to be disclosed and they know that the tax authorities may take a different position on the tax consequences of that scheme or arrangement

14. Mandatory disclosure rules also place pressure on the **tax avoidance market** as promoters and users only have a limited opportunity to implement schemes before they are closed down.

G7 DI BARI DEL 2017

Nella dichiarazione del G7 di Bari del 13 maggio 2017, è stato chiesto all'OCSE di iniziare a discutere dei possibili modi per far fronte ai meccanismi elaborati per eludere l'obbligo di notifica:

- i) nell'ambito del CRS
- ii) in relazione ai titolari effettivi che si celano dietro strutture non trasparenti

FONTI NORMATIVE

Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio del 25 maggio 2018 recante modifica della direttiva 2011/16/UE

Decreto legislativo 30 luglio 2020, n. 100

Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 17 novembre 2020

Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate prot. n. 364425 del 26 novembre 2020

Circolare n. 2/E del 10 febbraio 2021

NB: gli esempi riportati nelle slide sono tratti dalla circolare n. 2/E del 2021

LA PIANIFICAZIONE FISCALE POTENZIALMENTE AGGRESSIVA

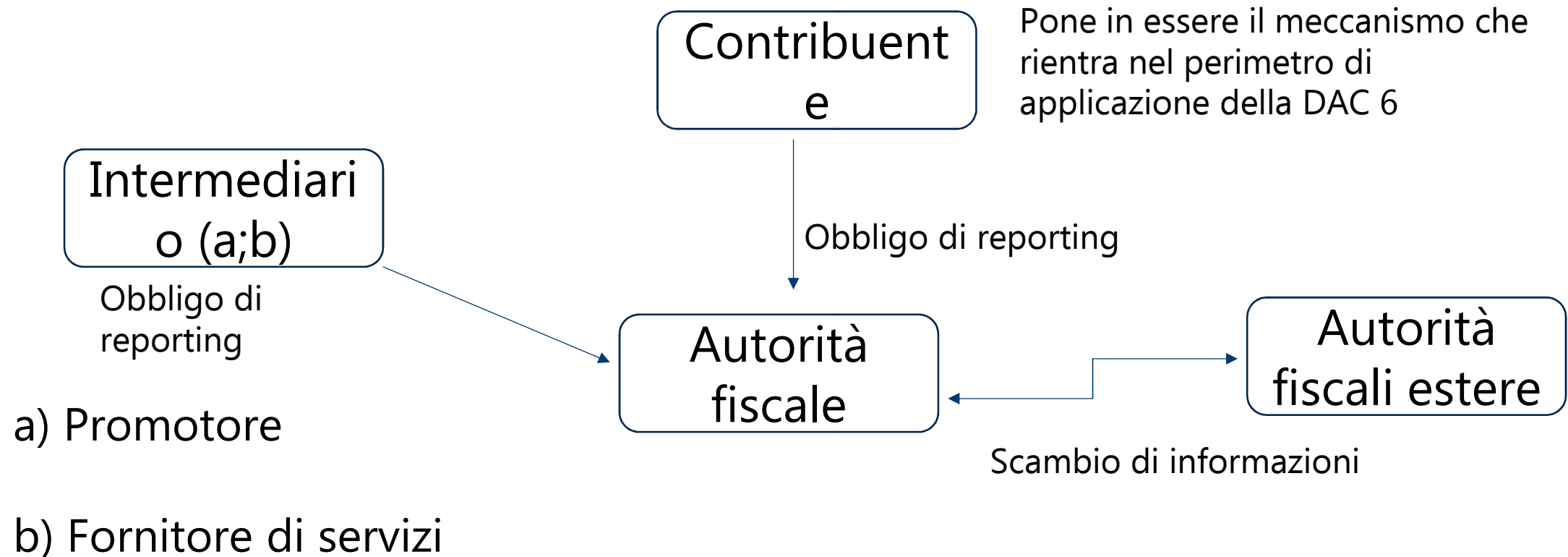
La pianificazione fiscale **potenzialmente** aggressiva ha ad oggetto meccanismi che si sviluppano tra varie giurisdizioni e:

- i) trasferiscono gli utili imponibili verso regimi tributari favorevoli o
- ii) hanno come effetto quello di ridurre le imposte esigibili nei confronti dei contribuenti

Le informazioni oggetto di scambio a seguito dell'implementazione della DAC 6 permettono:

- i) alle autorità fiscali di contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva;
- ii) al legislatore nazionale di colmare le lacune mediante disposizioni legislative

IL FUNZIONAMENTO DELLA DIRETTIVA DAC 6



DEFINIZIONI

Meccanismo transfrontaliero: uno schema, accordo o progetto riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere

Elemento distintivo (hallmark): un indice di rischio di **elusione** o **evasione** fiscale di cui all'Allegato 1 del decreto legislativo n. 100 del 2020

Meccanismo commerciabile: un meccanismo transfrontaliero che è suscettibile di essere messo a disposizione di una pluralità di contribuenti, senza sostanziali modifiche

DEFINIZIONI

Meccanismo su misura: un meccanismo transfrontaliero, diverso da un meccanismo commerciabile, che non può essere messo a disposizione di una pluralità di contribuenti, senza modifiche sostanziali

Vantaggio fiscale: uno tra i principali vantaggi, avente natura fiscale, che ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero, tenuto conto dei fatti e delle circostanze. Nozione domestica e non contenuta nella direttiva

Vantaggio extrafiscale: qualunque vantaggio economico quantificabile di natura non fiscale derivante dal meccanismo transfrontaliero

DEFINIZIONI

Veicolo offshore passivo: entità che non svolge un'attività economica sostanziale supportata da personale, attrezzature, attività e locali adeguati ed è costituita, residente, gestita, controllata o stabilita al di fuori della giurisdizione di residenza di almeno uno dei titolari effettivi delle attività detenute dall'entità.

Struttura offshore opaca: un veicolo offshore passivo in cui la proprietà è ideata in modo tale da non consentire l'identificazione accurata del titolare effettivo o da far apparire che un soggetto non sia il titolare effettivo, ovvero, un veicolo offshore passivo commercializzato quale mezzo idoneo a conseguire i suddetti effetti.

MODELLI DI EVASIONE FISCALE

Nelle situazioni patologiche l'oggetto della prestazione del consulente è orientato alla ricerca e all'attuazione di soluzioni volte a perseguire risultati o vantaggi fiscali a vario titolo contrastanti con l'ordinamento o disapprovati dal medesimo (cfr. circolare n. 2/E del 2021, p. 13)

Esempio: elaborazione o commercializzazione di "prodotti fiscali standardizzati" rivolti a più utilizzatori, tali da sfociare nell'elusione o evasione fiscale

Articolo 13 bis del D. Lgs. vo 10 marzo 2000, n. 74:

Comma 3. Le pene stabilite per i delitti di cui al titolo II sono aumentate della metà se il reato è commesso dal **concorrente** nell'esercizio **dell'attività di consulenza fiscale svolta da un professionista** o da un intermediario finanziario o bancario attraverso l'elaborazione o la commercializzazione di modelli di evasione fiscale.

MODELLI DI EVASIONE FISCALE

Articolo 13 bis del D. Lgs. vo 10 marzo 2000, n. 74:

Elaborazione o commercializzazione di modelli di evasione fiscale.

DAC 6 - Meccanismo commerciabile: un meccanismo transfrontaliero che è suscettibile di essere messo a disposizione di una pluralità di contribuenti, senza sostanziali modifiche

Corte di Cassazione, Sezione 3 penale, Sentenza 19 agosto 2019, n. 36212

Il consulente **elaborava un modello di evasione fiscale**, agendo in concorso con alcuni imprenditori e prestanomi, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ovvero di interessi e sanzioni amministrative relative a dette imposte, **alienando simulatamente** o comunque trasferendo **in modo fraudolento beni propri**, in modo da rendere in tutto o in parte inefficaci le procedure di riscossione coattiva

MODELLI DI EVASIONE FISCALE

Oggetto del modello di evasione fiscale: venivano realizzati in modo fraudolento ripetuti contratti di locazione d'azienda su beni propri, in modo idoneo a rendere inefficaci in tutto o in parte le procedure di riscossione coattiva

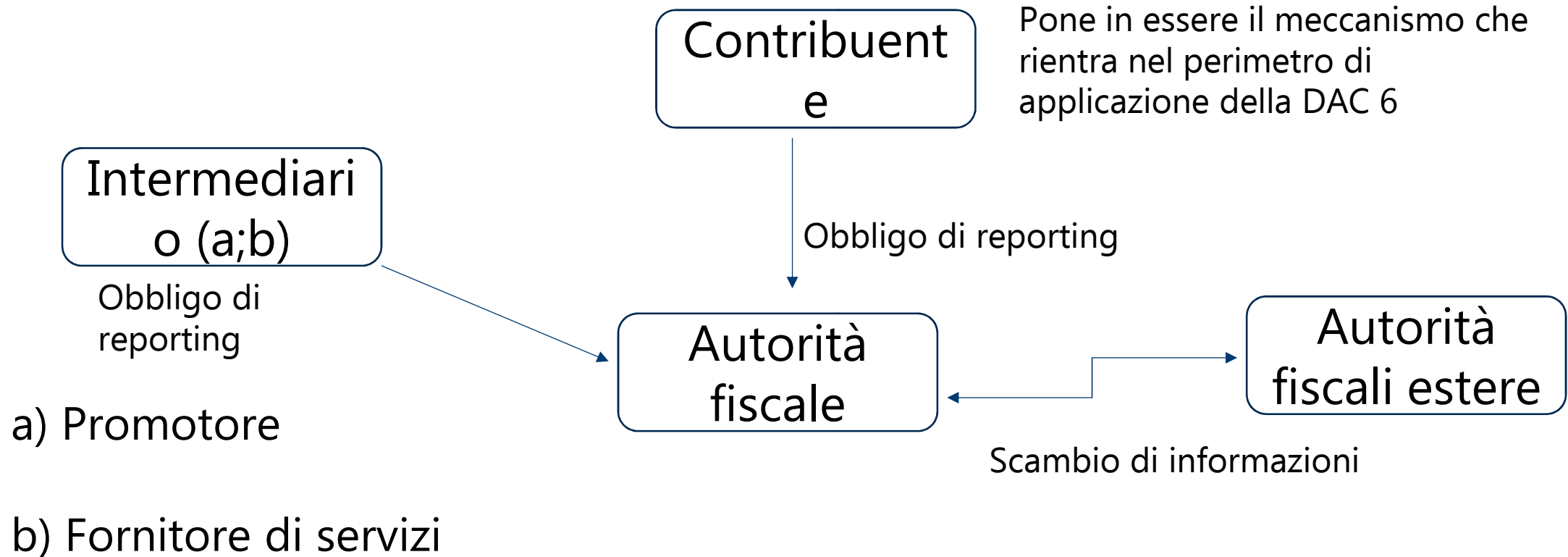
Secondo la Cassazione la locuzione adoperata dal legislatore, pur non menzionandolo espressamente, evoca tuttavia almeno implicitamente il presupposto della "**serialità**" di un determinato **modus agendi**, dovendosi peraltro rilevare che la relazione illustrativa dello schema di decreto, nel descrivere molto sinteticamente la novella normativa, fa riferimento alla predisposizione di "**modelli seriali**" di evasione fiscale, mentre il riferimento alla **commercializzazione**, oltre che alla **elaborazione**, lascia intendere che l'aggravante in esame si configura non solo quando il soggetto attivo elabori personalmente i modelli di evasione, ma anche quando **diffonda**, fornendoli ai suoi clienti, modelli elaborati da altre persone.

Il disvalore della norma, alla cui operatività è connesso invero un aggravamento del trattamento sanzionatorio non indifferente ("le pene sono aumentate della metà") risiede non nella predisposizione o nella diffusione di accorgimenti estemporanei volti a realizzare una singola evasione fiscale, ma nel ricorso a iniziative elusive **sistematiche**, perché già sperimentate in casi analoghi, e perché comunque riproducibili in futuro a beneficio di altri potenziali evasori.

MODELLI DI EVASIONE FISCALE

Il compimento in un arco temporale non eccessivamente esteso (un paio di anni) di una serie di cessioni o locazioni di aziende, peraltro nel caso di specie riconducibili al medesimo gruppo familiare, **può quindi assumere natura seriale**, laddove si accerti, da un lato, la pretestuosità delle operazioni, formalmente lecite, ma sostanzialmente elusive degli obblighi tributari e, dall'altro, **la riproducibilità in futuro degli schemi negoziali già predisposti in maniera ripetuta**, in esecuzione di una precisa "strategia" riconducibile al concorrente qualificato.

IL FUNZIONAMENTO DELLA DIRETTIVA DAC 6



I MECCANISMI TRANSFRONTALIERI GIÀ ATTUATI

Termine per la comunicazione: 28 febbraio 2021

Obbligo di comunicazione "una tantum", per i meccanismi transfrontalieri riportabili la cui prima fase è stata attuata tra il **25 giugno 2018** e il **30 giugno 2020**

Termine per la comunicazione: 31 gennaio 2021 (non applicazione delle sanzioni nel caso di comunicazione entro il 28 febbraio 2021)

Obbligo di comunicazione "una tantum", per i meccanismi transfrontalieri riportabili «la cui prima fase è stata attuata tra il **1° luglio 2020** e il **31 dicembre 2020**

I MECCANISMI TRANSFRONTALIERI GIÀ ATTUATI

Nel caso in cui il fornitore di servizi svolga attività di consulenza o assistenza in relazione a meccanismi transfrontalieri già attuati dal contribuente:

le attività svolte non integrano i requisiti per la qualificazione di intermediario, a condizione che le stesse non determinino **un aggiornamento o miglioramento del meccanismo stesso** e, più in generale, qualora non diano luogo a **modifiche sostanziali**

Le prestazioni di consulenza relative a tali meccanismi non determinano pertanto un obbligo di segnalazione ai fini della DAC 6

I MECCANISMI TRANSFRONTALIERI GIÀ ATTUATI

Nel caso di meccanismi già attuati dal contribuente non assumono rilevanza:

- la mera interpretazione delle norme fiscali interessate dal meccanismo
- la ricognizione del meccanismo in occasione della revisione contabile
- l'invio delle dichiarazioni fiscali
- l'assistenza durante le verifiche fiscali
- l'assistenza nell'ambito di un contenzioso

L'esonero dalla comunicazione del meccanismo transfrontaliero non opera nel caso in cui il medesimo intermediario sia in precedenza intervenuto in una delle fasi precedenti

I MECCANISMI TRANSFRONTALIERI GIÀ ATTUATI

Esempio 1: assistenza rispetto a meccanismi già attuati

La Società ItaCo, residente in Italia, nel corso del 2018 effettua un conferimento di capitale alla controllata residente in un altro Stato, società BCo, entità senza altre funzioni commerciali primarie, la quale contestualmente retrocede i fondi alla società ItaCo sotto forma di prestito a titolo oneroso. Il capitale e gli interessi maturati sono pagabili in unica soluzione dopo tre anni.

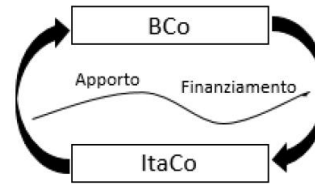


Figura 1

I MECCANISMI TRANSFRONTALIERI GIÀ ATTUATI

L'operazione di conferimento di capitale e contestuale retrocessione dei fondi a titolo oneroso è stata posta in essere nel 2018

Nel 2020 il contribuente italiano richiede l'assistenza ad un consulente per la compilazione e l'invio del modello Redditi SC nel quale, ai fini della deduzione ai sensi dell'**articolo 96 del TUIR**, sono esposti gli interessi passivi prodotti in conseguenza del meccanismo del 2018

Il consulente che compila ed invia la dichiarazione per conto del contribuente non è tenuto all'obbligo della comunicazione ai sensi della DAC 6. Il meccanismo è stato già attuato nel 2018 e la deduzione degli interessi passivi nel periodo d'imposta 2019 è un mero effetto del meccanismo

PRINCIPI GENERALI

Il fatto che le autorità non reagiscano ad un meccanismo soggetto a notifica non implica l'accettazione della validità o il trattamento fiscale di tale meccanismo

AMBITO OGGETTIVO: LE OPERAZIONI SOGGETTE A SEGNALAZIONE

I quattro elementi fondamentali:

- a) transnazionalità del meccanismo
- b) sussistenza di almeno uno degli elementi distintivi (hallmarks)
- c) presenza di una riduzione potenziale dell'imposta dovuta in un Paese dell'UE o terzo (a determinate condizioni)
- d) la presenza di un vantaggio fiscale principale realizzato da uno o più contribuenti in Italia (vantaggio principale)

I primi due elementi devono sempre sussistere ai fini della segnalazione richiesta dalla DAC 6.

Gli altri criteri sono richiesti solo in relazione a determinate categorie di meccanismi.

AMBITO OGGETTIVO: LE OPERAZIONI SOGGETTE A SEGNALAZIONE

Per quanto riguarda gli elementi di cui ai punti c (riduzione d'imposta) e d (vantaggio principale)

| Categoria elementi distintivi Allegato 1 al decreto legislativo | Criterio richiesto | | |
|--|---------------------------|----------------------|--|
| | Transnazionale | Riduzione di imposta | Vantaggio Principale |
| Classificati alla lettera A) Elementi distintivi generici collegati al criterio del vantaggio principale (illustrati al par. 7.1) | SI | SI | SI |
| Classificati alla lettera B) Elementi distintivi specifici collegati al criterio del vantaggio principale (illustrati al par. 7.2) | SI | SI | SI |
| Classificati alla lettera C) Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere (illustrati al par. 7.3) | SI | SI | SI per i meccanismi classificati alla lettera C.1 b) sub 1), c), d). |
| Classificati alla lettera D) Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva (illustrati al par. 7.4.) | SI (sempre verificato) | NO | NO |
| Classificati alla lettera E) Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento (illustrati al par. 7.5.) | SI | SI | NO |

Tabella 2

MECCANISMO TRANSFRONTALIERO: ASPETTI DEFINITORI

Il meccanismo transfrontaliero è: «*uno schema, accordo o progetto, riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere*»

Esempio 2: contribuente residente fiscalmente in Italia e promotore residente fiscalmente in uno Stato UE

Costituisce un meccanismo transfrontaliero ai sensi del punto 1) quello che coinvolge un contribuente residente in Italia e un intermediario residente in Lussemburgo.

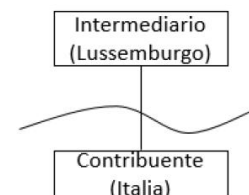


Figura 2

MECCANISMO TRANSFRONTALIERO E STABILE ORGANIZZAZIONE: ESEMPI

Esempio 5: partecipanti residenti fiscalmente nello stesso Stato qualora almeno uno di essi operi con una SO estera

a) È transfrontaliero il meccanismo che coinvolge due partecipanti, entrambi residenti in Italia, qualora almeno uno dei due operi con una stabile organizzazione estera e il meccanismo riguardi almeno in parte tale stabile organizzazione.

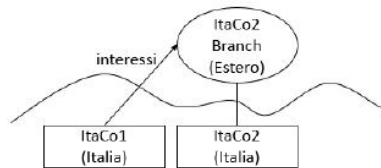


Figura 5

b) È transfrontaliero il meccanismo che coinvolge due partecipanti, residenti in giurisdizioni estere, qualora almeno uno dei due abbia una stabile organizzazione in Italia e il meccanismo riguardi almeno in parte tale stabile organizzazione.

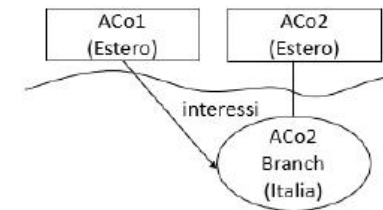


Figura 6

MECCANISMO TRANSFRONTALIERO: ESEMPI

- e) È transfrontaliero il meccanismo che coinvolge un solo partecipante che risiede in Italia ma che ha una stabile organizzazione in uno Stato estero e il meccanismo riguarda almeno in parte tale stabile organizzazione (ad esempio *internal dealing*).

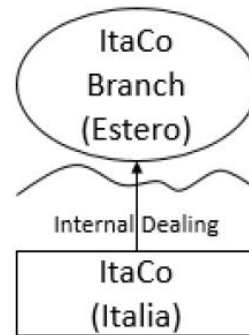


Figura 9

LA POTENZIALE RIDUZIONE D'IMPOSTA

Gli elementi distintivi di cui all'Allegato 1, lettere A, B, C ed E, del decreto legislativo n. 100 del 2020 rilevano ai fini dell'obbligo di comunicazione solo se suscettibili di determinare una riduzione delle imposte cui si applica la Direttiva 2011/16/UE in uno dei Paesi membri dell'UE o in un Paese terzo con il quale è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni di cui all'articolo 6, comma 1 del medesimo decreto legislativo.

Il vantaggio fiscale si calcola come **differenza** tra le imposte da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi

LA POTENZIALE RIDUZIONE D'IMPOSTA

Le imposte dovute devono essere calcolate con riferimento a tutte le circostanze del caso (ad esempio anche con riferimento a perdite fiscali pregresse, regime di consolidato, detrazioni d'imposta), oggettivamente stimabili sulla base delle informazioni disponibili al momento in cui sorge l'obbligo di notifica.

LA POTENZIALE RIDUZIONE D'IMPOSTA

A titolo esemplificativo, rientra nel concetto 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 non a breve termine del pagamento dell'imposta;
- l'eliminazione delle ritenute alla fonte ovvero la loro riduzione.

LA POTENZIALE RIDUZIONE D'IMPOSTA

Secondo l'Agenzia delle Entrate ai fini del calcolo della potenziale riduzione d'imposta non si deve tenere conto degli eventuali effetti limitativi da disposizioni dell'ordinamento tributario, quali ad esempio la disciplina sulle CFC o le disposizioni anti ibridi, che si applicano in sede di dichiarazione

Non rientrano nel campo di applicazione della DAC 6: 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

Vi rientrano: l'IRPEF, l'IRES e le relative addizionali, l'IRAP, le ritenute a titolo d'imposta ed imposta sostitutiva, le imposte locali e le altre imposte indirette (registro, bollo, etc.) IVAFE e IVIE

IL VANTAGGIO PRINCIPALE O MAIN BENEFIT TEST

Articolo 7, comma 2, del DM 17 novembre 2020

Si configura il vantaggio principale nel caso in cui il vantaggio fiscale relativo alle imposte cui si applica la Direttiva 2011/16/UE derivabile dall'attuazione di uno o più meccanismi transfrontalieri e conseguibile da uno o più contribuenti è superiore al 50% della somma del suddetto **vantaggio fiscale** e dei **vantaggi extrafiscali**

$$\frac{\text{Vantaggio fiscale}}{\text{Vantaggio fiscale} + \text{Vantaggio extrafiscale}} > 50\%$$

Tabella 4

IL VANTAGGIO PRINCIPALE O MAIN BENEFIT TEST

Laddove un meccanismo determini un pagamento deducibile in Italia e un corrispondente componente positivo di reddito soggetto a tassazione in un altro Stato UE, ai fini del calcolo del vantaggio fiscale del contribuente collegato con il territorio italiano dovranno essere considerate anche le imposte pagate all'estero

I vantaggi di natura extrafiscale sono definiti dall'articolo 1, comma 1, lettera c) del decreto ministeriale 17/11/2020 come «*qualunque vantaggio economico quantificabile di natura non fiscale*».

IL VANTAGGIO PRINCIPALE O MAIN BENEFIT TEST

Esempio: investimento in un Paese estero tramite strumenti finanziari ibridi

| Applicazione del MBT | Risultato civilistico (bilancio) | Risultato fiscale (dichiarazione) |
|-------------------------------------|----------------------------------|-----------------------------------|
| Interessi passivi | - 10 | - 10 |
| Dividendi | + 12 | + 0,6 |
| Imponibile | | - 9,4 |
| a) Risparmio d'imposta Italia (24%) | | 2,256 |
| b) Imposta estera | | 0 |
| Vantaggio Fiscale (a-b) | | 2,256 |
| Vantaggio extra fiscale (12-10) | + 2 | |
| MBT $(2,256 / (2,256 + 2))$ | | 53% |

Tabella 5

In tale esempio, l'MBT è verificato e quindi il meccanismo va comunicato.

IL VANTAGGIO PRINCIPALE O MAIN BENEFIT TEST

| <i>Categorie di elementi distintivi soggetti all'MBT</i> |
|---|
| 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. |

Tabella 3

AMBITO OGGETTIVO: LE OPERAZIONI SOGGETTE A SEGNALAZIONE

I quattro elementi fondamentali:

a) transnazionalità del meccanismo

b) sussistenza di almeno uno degli elementi distintivi (hallmarks)

c) presenza di una riduzione potenziale dell'imposta dovuta in un Paese dell'UE o terzo a determinate condizioni

d) la presenza di un vantaggio fiscale principale realizzato da uno o più contribuenti in Italia (vantaggio principale)

I primi due elementi devono sempre sussistere ai fini della segnalazione richiesta dalla DAC 6.

Gli altri criteri sono richiesti solo in relazione a determinate categorie di meccanismi.

ELENTI DISTINTIVI (HALLMARKS)

Gli elementi distintivi sono contenuti nell'Allegato 1 al decreto legislativo n. 100 del 2020

- A. Elementi distintivi **generici** collegati al criterio del vantaggio principale
- B. Elementi distintivi **specifici** collegati al criterio del vantaggio principale
- C. Elementi distintivi **specifici** collegati alle operazioni transfrontaliere
- D. Elementi distintivi **specifici** riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva
- E. Elementi distintivi **specifici** relativi ai prezzi di trasferimento

ELEMENTI DISTINTIVI (HALLMARKS)

Gli elementi distintivi sono contenuti nell'Allegato 1 al decreto legislativo n. 100 del 2020

A. Elementi distintivi **generici** collegati al criterio del vantaggio principale

- obblighi di riservatezza a carico dei partecipanti nei confronti di altri intermediari o delle autorità fiscali (lettera 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 (lettera A, punto 2);
- prodotti fiscali standardizzati (lettera A, punto 3).

Tali meccanismi sono soggetti al *test* del vantaggio principale

ELENTI DISTINTIVI (HALLMARKS)

Clausola di riservatezza (esempi):

- il divieto esplicito a carico degli utilizzatori attuali o potenziali di conservare il materiale promozionale o altri dettagli circa il funzionamento del meccanismo
- la presenza di accordi che impongono all'utilizzatore l'obbligo di comunicazione al promotore della corrispondenza riguardante il meccanismo, in particolare quella intercorsa con l'Amministrazione finanziaria
- il divieto di ricorrere ad altre tipologie di consulenze esterne connesse alla attuazione del meccanismo

ELENTI DISTINTIVI (HALLMARKS)

B. Elementi distintivi **specifici** collegati al criterio del vantaggio principale

1. misure artificiose consistenti nell'acquistare una società in perdita, interromperne l'attività principale e utilizzarne le perdite per ridurre il suo debito d'imposta, anche mediante il trasferimento di tali perdite verso un'altra giurisdizione o l'accelerazione dell'uso di tali perdite.
2. meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in capitale (*anche per effetto della qualificazione fiscale, come nel caso degli strumenti finanziari ibridi*), doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta
3. Operazioni circolari (*non determinano reali vantaggi economici diversi dal risparmio fiscale*)

Tutti gli elementi distintivi compresi in questa categoria assumono rilevanza **laddove risulti anche verificato il test del vantaggio principale (MBT)**

HALLMARK B.1: esempio di meccanismo da segnalare

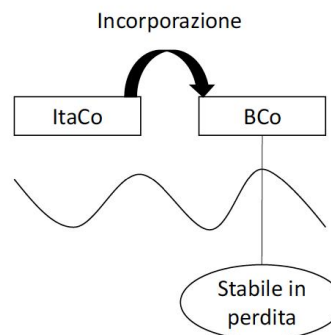


Figura 13

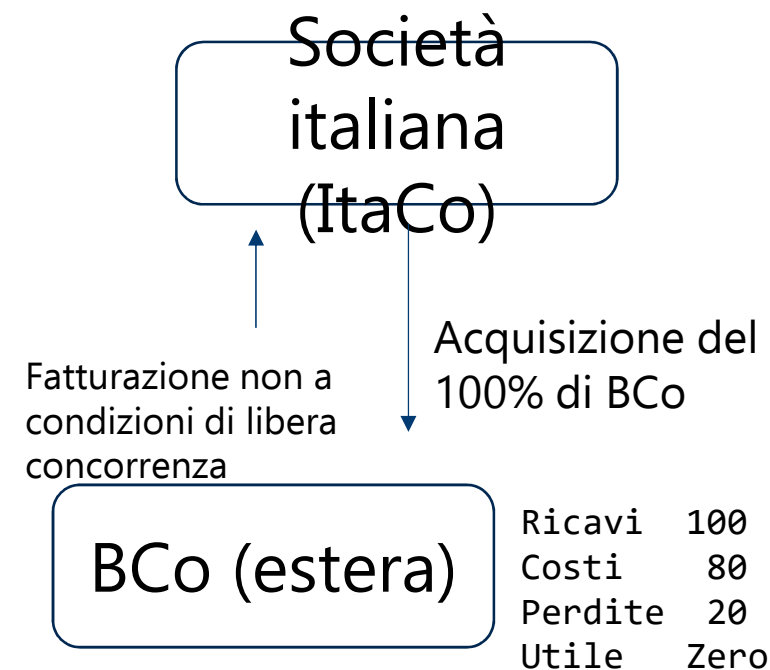
| | |
|-----------------------------|---|
| Meccanismo transfrontaliero | Uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto svolgono la propria attività in una giurisdizione estera tramite una stabile organizzazione ivi situata e lo schema, accordo o progetto riguarda almeno una parte dell'attività della stabile organizzazione |
| Elemento distintivo | B.1 Un meccanismo in cui un partecipante al meccanismo stesso adotta misure artificiali consistenti nell'acquisire una società in perdita, interromperne l'attività principale e utilizzarne le perdite per ridurre il suo debito d'imposta, anche mediante il trasferimento di tali perdite verso un'altra giurisdizione o l'accelerazione dell'uso di tali perdite. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |

HALLMARK B.1: esempio di meccanismo da non segnalare

Esempio 10: accelerazione nell'utilizzo delle perdite con Transfer Pricing

- ItaCo (società di diritto italiano) acquisisce la società estera BCo (residente in un altro Stato membro UE) che riporta perdite fiscali compensabili dai precedenti periodi di imposta.
- ItaCo effettua operazioni commerciali con BCo non *at arm's length* che producono uno spostamento di utili verso la società BCo.
- Il maggiore utile di BCo viene, quindi, compensato con le perdite fiscali che la stessa aveva accumulato nei periodi di imposta precedenti.
- Lo schema non integra l'elemento distintivo in quanto la società BCo non muta o interrompe la sua attività principale.

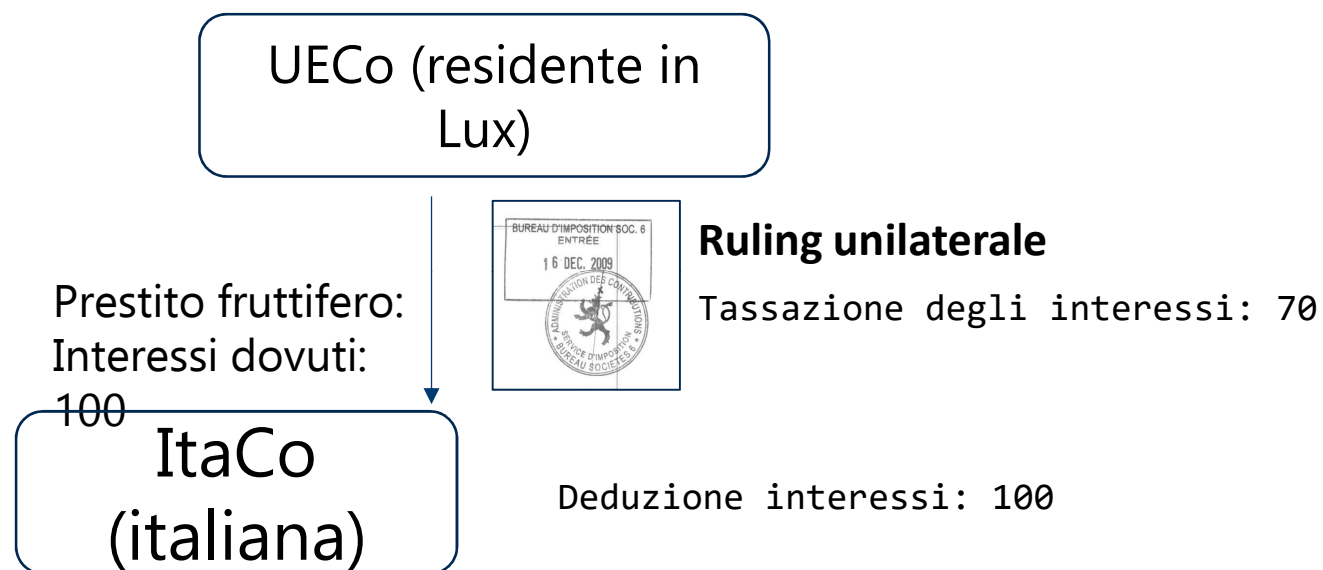
| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | Lo schema non integra l'elemento distintivo in commento, mancando l'elemento dell'interruzione/mutamento dell'attività principale. |



La società BCo ha perdite pregresse ma non interrompe la propria attività principale

Rischio fiscale: accertamento ai fini del Transfer Pricing in capo alla società italiana

HALLMARK B.2: esempio di meccanismo da segnalare



| | |
|-----------------------------|---|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo 1 | B.2. Un meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in capitale. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |
| Elemento distintivo 2 | E.1. Un meccanismo che comporta l'uso di norme «porto sicuro» (<i>safe harbour</i>) unilaterali. Per tale elemento distintivo non occorre la verifica del MBT. |

HALLMARK B.3: esempio di meccanismo da segnalare

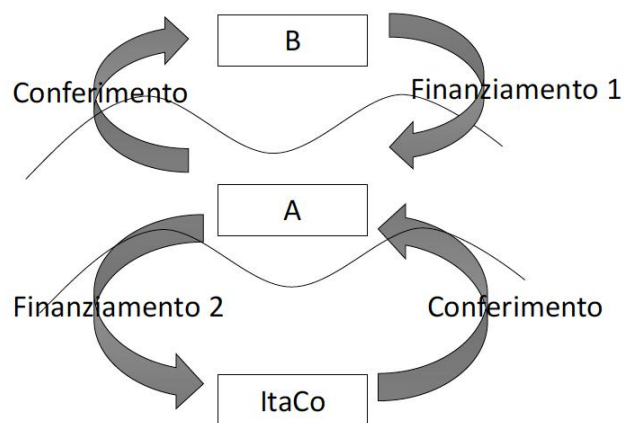


Figura 19

A seguito di una doppia operazione di conferimento:

B concede un finanziamento infruttifero ad A, che nel proprio Stato sottoscrive un finanziamento unilaterale per beneficiare di una deduzione unilaterale in relazione ad interessi maturati.

A concede un finanziamento a titolo oneroso alla società italiana, che li deduce nel proprio Stato in base all'articolo 96 del TUIR.

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo 1 | B.3 Un meccanismo comprendente 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. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Si assume verificato il MBT. |

ELENTI DISTINTIVI (HALLMARKS)

C. Elementi distintivi **specifici** collegati alle operazioni transfrontaliere

Meccanismi che sfruttano le asimmetrie riservate al trattamento fiscale di medesimi componenti reddituali in due o più 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; (INFRAGRUPPO)
- 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 alla categoria C devono integrare il criterio della potenziale riduzione d'imposta e solo alcuni devono anche soddisfare anche il criterio del *test* del vantaggio principale

HALLMARK C.1: pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate

HALLMARK C.1: pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate

Meccanismi caratterizzati dalla previsione di un pagamento* transfrontaliero deducibile tra due o più imprese associate**, in relazione al quale si verifica almeno una delle seguenti condizioni di seguito riportate:

- a) il destinatario non è residente a fini fiscali in alcuna giurisdizione;
- b) il destinatario è fiscalmente residente in una giurisdizione che:
 1. non impone alcuna imposta sul reddito delle società o impone un'imposta sul reddito delle società la cui aliquota è pari o **prossima allo zero*****. Ai sensi dell'articolo 8, comma 3 del DM 17/11/2020 sono escluse le società in regime di trasparenza fiscale di cui agli articoli 5, 115 e 116 del TUIR, nonché i destinatari fiscalmente residenti all'estero e assoggettati a equivalenti regimi di trasparenza fiscale nella giurisdizione di residenza, costituzione o direzione effettiva;
 2. è inserita in un elenco di giurisdizioni di paesi terzi che sono state valutate collettivamente dagli Stati membri o nel quadro dell'OCSE come non cooperative (cfr. pag. 91 e 92 della circolare n. 2/E del 2021);
- c) il pagamento beneficia di una 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 (cfr. pag. 93 della circolare)

*pagamento: componente di reddito fiscalmente deducibile, comprensivo dei casi di pagamenti figurativi tra SO e casa madre

** anche nel caso in cui il pagamento venga effettuato per il tramite di un soggetto interposto *** aliquota **nominale** inferiore all'1%

HALLMARK C.1: pagamenti transfrontalieri deducibili tra imprese associate

Se il destinatario è considerato ai fini fiscali come soggetto fiscalmente trasparente nello Stato di costituzione o localizzazione

Se anche nello Stato in cui il socio è fiscalmente residente il destinatario è considerato **trasparente**, allora il destinatario del pagamento coincide con il socio (partner)

Se il destinatario del pagamento è invece considerato «**opaco**» dallo Stato in cui il socio è fiscalmente residente, il destinatario del pagamento è il destinatario stesso

In quest'ultimo caso se lo Stato di costituzione dell'entità trasparente non assoggetta a imposizione il socio non residente sul reddito conseguito dall'entità trasparente a lui imputabile, l'entità sarà considerata come non residente in alcuna giurisdizione, integrando contestualmente l'elemento C.1.a) per il quale non è richiesta la verifica del MBT.

Se invece lo Stato di costituzione dell'entità trasparente impone un'imposta al socio non residente va verificato il livello di imposizione

HALLMARK C.1: esempio

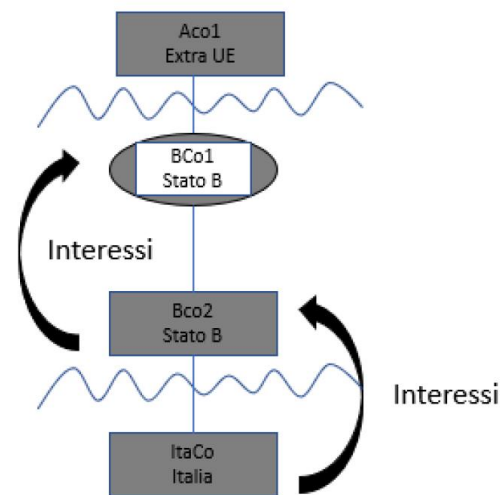


Figura 21

La società BCo1 è considerata trasparente nello Stato B ed opaca nello Stato A

A conferisce capitale in BCo1, che finanzia BCo2.

BCo2, a sua volta replica le condizioni del finanziamento con la società ITACo

Gli interessi passivi sono dedotti in Italia nei limiti dell'articolo 96 del TUIR

Nello Stato B, la società BCo2 compensa interessi attivi e passivi

La società BCo1 non tassa gli interessi attivi in quanto è un'entità ibrida inversa

| | |
|-----------------------------|---|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | C.1. pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate, dove si verifica almeno una delle condizioni seguenti: a) il destinatario non è residente a fini fiscali in alcuna giurisdizione; L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Non occorre la verifica del MBT. |

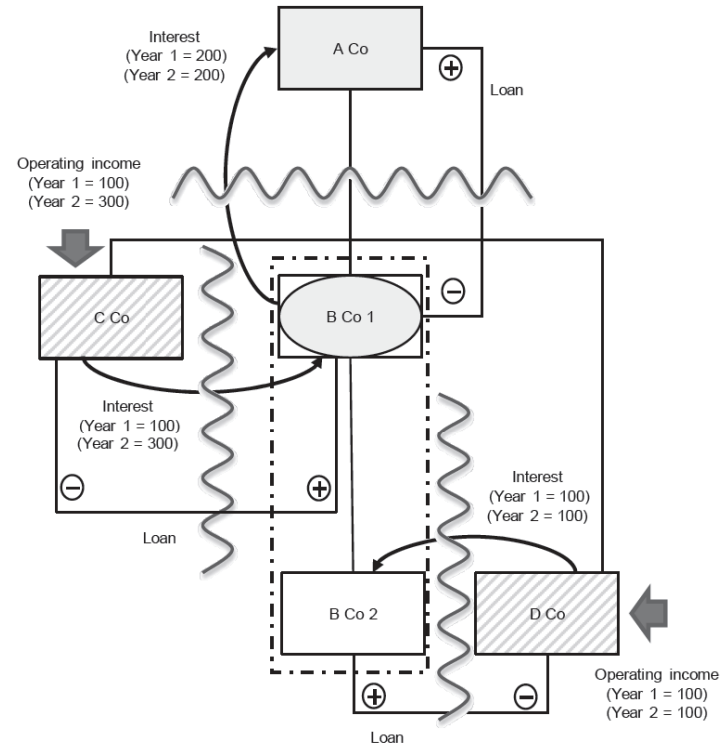
Example 8.11

Payment of dual inclusion income not subject to adjustment under imported mismatch rule

Action 2 progetto BEPS, Final Report

Facts

1. The figure below sets out the financing arrangements for companies that are members of the ABCD group. A Co is resident in Country A and is the parent company of the group. B Co 1, C Co and D Co are all direct subsidiaries of A Co and are resident in Country B, Country C and Country D respectively. B Co 2 is a wholly-owned subsidiary of B Co 1 and is also resident in Country B.
2. All companies are treated as separate tax entities in all jurisdictions, except that B Co 1 is a hybrid entity (i.e. an entity that is treated as a separate entity for tax purposes in Country B but as a disregarded entity under Country A law).



HALLMARK C.2: esempio

8.3.2 Per lo stesso ammortamento sul patrimonio sono chieste deduzioni multiple in più di una giurisdizione

L'elemento distintivo di cui alla lettera C, punto 2 dell'Allegato 1 al decreto legislativo (C.2), si riferisce in generale a meccanismi nei quali un medesimo attivo patrimoniale genera ammortamenti dedotti in più di una giurisdizione.

Tali circostanze, ad esempio, possono verificarsi, in presenza di disallineamenti tra il concetto di “proprietà in senso economico” (attestata dal passaggio dei rischi relativi al cespite) e “proprietà in senso giuridico-formale” (certificata da un valido titolo di proprietà).

HALLMARK C.3: esempio



Figura 23

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | C.3. È chiesto lo sgravio dalla doppia tassazione rispetto allo stesso elemento di reddito o capitale in più di una giurisdizione. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Non occorre la verifica del MBT. |

HALLMARK C.4: esempio

Esempio 22: Diversa valorizzazione fiscale in caso di cessione di un attivo patrimoniale.

- La Società ACo, residente nello Stato UE, trasferisce un impianto alla Società BCo, residente nello Stato B, al prezzo di 100 pari al suo valore fiscale senza realizzare alcuna plusvalenza.
- Il valore di mercato dell'impianto oggetto di trasferimento è pari a 200.
- La differenza è significativa essendo pari al 100% del valore di mercato.
- L'*hallmark*, pertanto, è da ritenersi integrato.

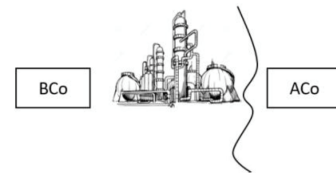


Figura 24

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | C.4 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. L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Non occorre la verifica del MBT. |

HALLMARK D

Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva

- i meccanismi elaborati per eludere gli obblighi in materia di scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, classificati alla lettera D, punto 1 (D.1);
- i meccanismi che utilizzano una struttura offshore opaca, classificati alla lettera D, punto 2 (D.2).

HALLMARK D: esempio

Persona fisica residente nello Stato A

Conto deposito presso la banca B residente nella giurisdizione B

- Il conto viene aperto come «*escrow account*».
- Il titolare del conto fiduciario o deposito a garanzia dichiara che lo stesso è funzionale all'acquisto di un immobile
- La banca residente nello Stato B non è tenuta a comunicare il rapporto finanziario allo Stato A

HALLMARK D: esempio

Esempio 26: sostituzione del beneficiario di un trust

- Un *trustee* residente nella giurisdizione A intende aprire un conto deposito a favore di un trust presso la Banca B residente nella giurisdizione B.
- A tal proposito, all'atto di apertura del conto produce l'atto costitutivo del trust che individua come beneficiario discrezionale un ente senza scopo di lucro.
- Successivamente all'apertura del conto il beneficiario del trust viene sostituito con quello reale senza informare l'istituzione finanziaria.

HALLMARK E: Elementi distintivi specifici relativi ai prezzi di trasferimento

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**.

Non assume rilevanza il fatto che l'operazione risulti a valore di libera concorrenza

Assume rilievo il risparmio d'imposta e non il *test* del vantaggio principale

HALLMARK E.1: *Safe harbour* unilaterale

Un meccanismo che comporta l'uso di norme «porto sicuro» (*safe harbour*) **unilaterali**

Regimi che fissano preventivamente regole di determinazione del **valore dei beni e servizi trasferiti**, conformandosi ai quali le imprese non sono tenute ad ulteriori oneri probatori previsti dalle disposizioni o dalla prassi in materia di prezzi di trasferimento

È da intendersi unilaterale il regime che, nel dettare le regole di determinazione del valore, si discosti dagli standard internazionali previsti nelle Linee Guida dell'OCSE sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese

Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali

HALLMARK E.1: *Safe harbour*

u



Sentenza del Tribunale dell'UE relativa alle cause T-778/16 e T-892/16

413. Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve concludere che **la Commissione non è riuscita a dimostrare**, nella decisione impugnata, che la scelta dei costi operativi delle succursali irlandesi dell'ASI e dell'AOE quale indicatore del livello degli utili nell'applicazione di un metodo unilaterale di attribuzione degli utili era inappropriata.

HALLMARK E.2: Beni immateriali di difficile valutazione

Meccanismo che comporta il trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione per i quali al momento del loro trasferimento tra imprese associate:

- non esistono affidabili transazioni comparabili
- le proiezioni sui flussi di cassa futuri o del reddito derivante dal bene immateriale trasferito sono altamente incerte

HALLMARK E.2: Esempio

Esempio 28: trasferimento di beni immateriali di difficile valutazione

- La società ACo residente nello Stato A, controlla la società ItaCo, residente fiscalmente in Italia.
- ItaCo trasferisce alla controllante ACo beni immateriali del tipo *hard-to-value-intangibles* di sua proprietà.
- ACo concede in licenza a ItaCo tali beni in cambio del pagamento di royalties.



Figura 26

| | |
|-----------------------------|--|
| Meccanismo transfrontaliero | Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato. |
| Elemento distintivo | Beni immateriali Hard-to-value (trasferimento beni immateriali) L'elemento distintivo è integrato. |
| Main Benefit Test | Non occorre la verifica del MBT. |

HALLMARK E.3: Trasferimento all'estero di funzioni e/o rischi e/o attività

Un meccanismo che implica 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 (**EBIT**), nel periodo di tre anni successivo al trasferimento, è inferiore al 50 per cento della previsione annuale degli **EBIT** del cedente o cedenti in questione in mancanza di trasferimento.