

Milano, 15 gennaio 2021

Prot. n. 02/21

Inviata all'indirizzo di posta elettronica
dc.gc.settorecontrollo@agenziaentrate.it

Spett.le
Agenzia delle Entrate
Divisione Contribuenti
Via Giorgione 106 - 00147 Roma

Oggetto: Osservazioni Assosim in risposta alla consultazione della bozza di circolare dell'Agenzia delle Entrate in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione - decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva "Dac 6").

Nel ringraziare codesta Autorità per l'opportunità di partecipare alla consultazione in oggetto, con le seguenti osservazioni ASSOSIM intende contribuire al perfezionamento della bozza di Circolare posta in pubblica consultazione.

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti e si coglie l'occasione per porgere i migliori saluti.

Il Segretario Generale
Gianluigi Gugliotta



Member of ICSA – International Council of Securities Associations

Intermediari (pagg. 13-18 della Circolare).

1. Alle pagine 14-16, paragrafo 2.1, si legge che la “*descrizione funzionale contenuta nell’articolo 2, comma 1 lettera c), consente di individuare all’interno della categoria di “intermediario” due figure distinte [...] il “promotore” e il “fornitore di servizi”*”.

La qualifica di “promotore” si collega allo svolgimento di almeno una tra le cinque attività di cui al citato articolo 2, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 100/2020, mentre quella di “fornitore di servizi” allo svolgimento di assistenza e consulenza “*di supporto al promotore*”.

In particolare, con riferimento alle cinque attività che qualificano il promotore, si specifica che la “*commercializzazione è l’attività finalizzata a rendere disponibile all’utilizzatore il meccanismo e, generalmente, comprende anche le attività di divulgazione, promozione e vendita dello stesso*” [nostra sottolineatura].

Nell’esprimere apprezzamento per il tentativo di fornire soluzioni esemplificative e generali, l’Associazione intende far notare i significativi margini di incertezza che potrebbero sorgere, anche nel settore bancario e finanziario, in merito alla distinzione tra le due categorie d’intermediari.

Si pensi al riportato concetto di “commercializzazione” del meccanismo transfrontaliero, nel cui ambito potrebbero essere ricomprese la commercializzazione delle quote o azioni di OICR e, in generale, la vendita e diffusione sul mercato di strumenti finanziari, anche destinati al segmento c.d. “*retail*”.

Riteniamo che il reale discrimine tra “promotore” e “fornitore di servizi” non pare potersi esaurire solamente sotto il profilo “oggettivo” della definizione in sé della tipologia di attività svolta, ma necessita di essere considerato anche sotto il profilo “soggettivo” del grado di coinvolgimento dell’intermediario e della sua consapevolezza riguardo agli elementi costitutivi e alle finalità del meccanismo/strumento finanziario. Ciò, non solo con riferimento al c.d “standard di conoscenza”, di cui all’articolo 4 del Decreto ministeriale del 17 novembre 2020, previsto per i fornitori di servizi quale “*requisito rafforzato*”, ma previamente con riferimento allo standard di conoscenza “generale” (cfr. pag. 18 della Circolare) in virtù del quale sia per i promotori che per i fornitori di servizi “*le informazioni ... sono oggetto di comunicazione solo nella misura in cui gli stessi ne sono a conoscenza, ne sono in possesso o ne hanno il controllo*”.

Così, la mera attività di collocamento di strumenti finanziari (oltre che quella di esecuzione di ordini, certamente “*caratterizzata da una discrezionalità minima dell’operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione*”) non pare di per sé sufficiente a qualificare l’intermediario finanziario come promotore. Infatti, la commercializzazione (vocabolo usato evidentemente in senso atecnico, “*generalmente*” comprendente “*anche le attività ... di vendita*” e rivolto indistintamente alla più ampia platea di professionisti e intermediari non finanziari) è normalmente svolta dagli intermediari finanziari in base a una conoscenza solo parziale, o addirittura senza alcuna conoscenza, delle caratteristiche del meccanismo (i.e.: strumento finanziario). Una conclusione diversa da quella suggerita comporterebbe, in modo paradossale, che l’attività di collocamento qualifichi l’intermediario finanziario come promotore, laddove, nei fatti, lo stesso intermediario potrebbe non superare nemmeno lo standard di conoscenza previsto solo per i fornitori di servizi. Ciò, oltre a non avere un fondamento logico, non troverebbe riscontri diretti nel testo della Direttiva, non risultando in linea né con l’impostazione dell’intero sistema adottato per conseguire l’obiettivo della “deterrenza” né con il dichiarato fine di ridurre al minimo i costi e gli oneri amministrativi per gli intermediari.

Del resto, anche la relazione illustrativa (dello schema) del D.Lgs. n. 100/2020, con riferimento al ruolo dei soggetti che gestiscono “*in autonomia*” (specificazione aggiunta rispetto al testo della Direttiva) l’intera attuazione del meccanismo, chiarisce che l’inclusione degli stessi tra i promotori “*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*”: gli intermediari, meri collocatori di strumenti finanziari, non solo non hanno progettato o elaborato il meccanismo, ma lapalissianamente possono non essere in grado di valutare se lo stesso debba essere comunicato, e la tipologia di attività di “commercializzazione” da essi esercitata non può assurgere al rango di progettazione o elaborazione, né di gestione in autonomia.

Standard di conoscenza (pagg. 18-21 della Circolare).

2. A pagina 20, paragrafo 2.2, si legge che “L’articolo 4, comma 3 del decreto ministeriale prevede una presunzione legale relativa di assenza dello standard di conoscenza per le operazioni bancarie “*routinarie*”, [...] operazioni caratterizzate da una discrezionalità minima dell’operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione”.

Sarebbe necessario chiarire ulteriormente tale punto attraverso l’inserimento di alcuni esempi atti a precisare ciò che viene inteso con la dicitura “operazione bancarie “*routinarie*” ovvero “*caratterizzate da una discrezionalità minima dell’operatore*” e, quindi, “*procedure standardizzate e di frequente esecuzione*”.

Si chiede, dunque, l’inserimento di alcune esemplificazioni di operazioni bancarie routinarie così come segnalato dagli operatori di settore.

Elementi oggetto di comunicazione (pagg. 48-52 della Circolare).

3. A pagina 50, paragrafo 4.2, si legge che “Per i conti finanziari il valore da dichiarare è quello determinato ai sensi dell’articolo 3, comma 1, del decreto CRS” tenuto conto che tale norma richiama il saldo del periodo di riferimento, andrebbe specificato meglio il riferimento temporale. Si potrebbe fare riferimento alternativamente:
 - a. al saldo disponibile o al 31/12 dell’anno precedente a quello in cui viene data attuazione al meccanismo, oppure
 - b. al saldo riferito alla data anteriore più recente rispetto alla data di attuazione del meccanismo.

Inoltre, atteso che “... per le attività e i redditi di natura non finanziaria, il valore da dichiarare è dato dal vantaggio fiscale derivabile dal meccanismo transfrontaliero, [...] ossia la differenza tra le imposte da assolvere sulla base del meccanismo dichiarato e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza dello stesso.”, dovrebbe essere spiegato come si possa – nel caso di meccanismo classificabile alla lettera D, *hallmark* D.2, che comporti l’occultamento di asset non finanziari – calcolare detto valore del meccanismo, che, secondo l’Agenzia delle Entrate, “*rappresenta una ulteriore informazione richiesta obbligatoriamente*” ai fini della comunicazione (cfr. pag. 49).

Ciò anche nella considerazione che il presupposto, ai fini della configurabilità dell’*hallmark* D.2, è la opacità dell’ente e della catena, la non tracciabilità dei titolari effettivi e della loro residenza. Ciò rende assai problematico, in concreto, effettuare le valutazioni previste dalla legge di riferimento e di cui occorre rendicontare in sede di segnalazione. Sul punto, si rende utile una esemplificazione in merito.

4. Come anticipato al punto precedente, il “*valore del meccanismo transfrontaliero rappresenta una ulteriore informazione richiesta obbligatoriamente*”. Effettivamente, si riscontra che la compilazione dell'apposito campo, dal punto di vista operativo, è “*mandatory*” (cfr. pag. 40 dell'Allegato tecnico, versione 1.0, del Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate prot. n. 364425 del 26 novembre 2020). Ci si chiede se, in assenza di informazioni e/o elementi che consentano la quantificazione di detto valore, la comunicazione del meccanismo transfrontaliero debba essere effettuata; in caso di risposta affermativa, si chiede di indicare in che modo debba essere compilato il relativo campo quando non si può calcolare il vantaggio fiscale.

Profili sanzionatori (pagg. 58-60 della Circolare).

5. A pagina 58, paragrafo 6, riguardo ai profili sanzionatori, si legge che “*L'articolo 12 del decreto legislativo, nel disciplinare le sanzioni amministrative previste per la violazione degli obblighi di comunicazione delle informazioni di cui all'articolo 6, richiama espressamente la sanzione prevista dall'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471*”. Viene inoltre precisato che, si prevedono due distinte ipotesi sanzionatorie per “*omessa comunicazione [...] cui si applica la sanzione amministrativa prevista dall'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 471, aumentata della metà*” e per “*incompleta o inesatta comunicazione [...] cui si applica la sanzione amministrativa prevista dall'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 471, ridotta della metà*.”

A tal riguardo andrebbe considerato che, dati i tempi di recepimento della normativa in esame e di emanazione dei relativi atti di attuazione, con tutta probabilità, gli intermediari – ad oggi ancora alle prese con numerosi dubbi e incertezze – rischierebbero di incorrere nelle sanzioni previste dalla normativa domestica per tardive/omesse/inesatte segnalazioni.

Si chiede, dunque, con riguardo ai primi adempimenti, sia con riferimento alle segnalazioni degli stock che alle segnalazioni ordinarie, l'impiego di un regime transitorio, senza l'applicazione delle sanzioni, che consentirebbe agli intermediari di effettuare eventuali comunicazioni di meccanismi transfrontalieri oltre i termini ordinariamente previsti. Considerando che l'Agenzia delle Entrate elaborerà i flussi trasmessi nel primo trimestre 2021 a partire dal 01/04/2021, per inoltrarli poi agli archivi centrali UE entro il 30/04/2021, tale regime transitorio potrebbe valere, ad esempio, fino al 31/03/2021.

Elementi distintivi specifici riguardanti lo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva (pagg. 96-109 della Circolare).

6. Alle pagine 98-99, paragrafo 7.4.1, con riguardo all'estensione delle previsioni DAC6, relativamente all'hallmark D.1, alla normativa FATCA viene riportato che “*è da ritenere che l'hallmark in commento riguardi anche i meccanismi che abbiano l'effetto di compromettere gli obblighi di comunicazione previsti dall'accordo intergovernativo su basi reciproche stipulato tra l'Italia e gli Stati Uniti d'America e finalizzato, come già anticipato, ad attuare la disciplina FATCA sullo scambio di informazioni sui conti finanziari intrattenuti presso istituzioni finanziarie estere dai rispettivi cittadini*”.

Si chiede, a tal riguardo, dunque, una conferma circa l'evitabilità di monitorare la presenza di eventuali specifici accordi tra gli USA e Paesi diversi dall'Italia.

7. A pagina 99, paragrafo 7.4.1, circa l'applicazione del “*reasonable to conclude test*” viene riportato che “*gli elementi distintivi di cui alla lettera D si considerano integrati qualora sia «ragionevole concludere» che il meccanismo sia disegnato o commercializzato per (o abbia l'effetto di) aggirare la disciplina CRS o di sfruttarne l'assenza*” [nostra sottolineatura].

La specificazione inserita nel virgolettato riportato qui sopra potrebbe alimentare il dubbio che il *reasonable to conclude test* debba essere applicato in riferimento all'*hallmark* D, comprendendo, dunque, anche lo stesso elemento distintivo D.2.

Tuttavia, dal momento che di tale test viene fatta menzione esclusivamente all'interno del paragrafo 7.4.1 (e, nel Report MDRs, soltanto nelle sezioni riguardanti l'aggiornamento delle regole CRS), esso si giudica applicabile in riferimento al solo *hallmark* D.1.

Si chiede, dunque, al fine di fugare ogni dubbio, di precisare, all'interno del testo, che il *reasonable to conclude test* sia applicabile non in riferimento agli elementi distintivi di cui alla lettera D, come riportato, bensì, in riferimento al solo *hallmark* D.1.

8. A pagina 101, paragrafo 7.4.1.2, si stabilisce che l'*hallmark* D.1.b “[...] è integrato a seguito di trasferimento dell'intero valore delle attività finanziarie, o di una parte rilevante di esso, presso un intermediario finanziario localizzato in un'altra giurisdizione che non è obbligata ad effettuare lo scambio di informazioni con l'Italia”. Da tale lettura sembrerebbero escluse le operazioni di trasferimento di liquidità (in quanto non espressamente richiamate nella definizione di “attività finanziaria” contenuta all'art. 1 comma 1 lettera g) del Decreto Ministeriale DAC6, all'interno del quale si richiama l'art. 1 comma 1 lettera l) del Decreto Ministeriale CRS) seppur i conti correnti siano conti finanziari soggetti al reporting CRS. Chiederemmo, pertanto, conferma circa l'esclusione delle operazioni poste in essere attraverso il trasferimento di “denaro”.

Inoltre, sarebbe auspicabile un chiarimento, in coerenza con quanto già riportato a pagina 98-99 della Circolare, circa la l'evitabilità di specifiche verifiche circa la presenza di accordi sullo scambio di informazioni (i.e. accordi IGA) siglati dagli Stati Uniti con Paesi diversi dall'Italia in ambito FATCA.

Sempre in relazione al passaggio della Circolare in esame, riterremmo auspicabile che l'Agenzia delle Entrate individui, come fatto ad esempio in relazione al trasferimento di attivi di cui all'*hallmark* C.4, una “soglia” numerica (sia in forma percentuale o, auspicabilmente, in valore assoluto) per inquadrare in maniera maggiormente puntuale in quali situazioni un cliente trasferisce la “maggior parte delle attività finanziarie” o “una parte rilevante” delle attività finanziarie contenute in un conto finanziario soggetto riferito ad un soggetto fiscalmente residente in una Giurisdizione tenuta allo scambio dati CRS con l'Italia.

Infine, in relazione agli *hallmark* D.1, si riterrebbe dirimente comprendere la rilevanza del termine “commercializzazione” largamente utilizzato negli esempi contenuti nell'Allegato A al Decreto Ministeriale DAC6. Pertanto, si riterrebbe necessario chiarire se l'*hallmark* in esame sia integrato esclusivamente in presenza di un “ruolo attivo” da parte dell'intermediario.

9. A pagina 107-109, paragrafo 7.4.2, sarebbe auspicabile integrare i chiarimenti in relazione a casistiche (anche sotto forma di esempi) maggiormente afferenti anche all'ambito operativo bancario/finanziario. Nello specifico, sarebbe utile esplicitare che non sono richiesti (eventuali) ulteriori oneri a carico degli intermediari finanziari in quanto già soggetti agli obblighi di adeguata verifica ai fini antiriciclaggio, per come definiti nel D.Lgs 231/07 e successive modifiche, circa l'individuazione del titolare effettivo.

Sul punto si riterrebbe necessario integrare il paragrafo prevedendo dei riferimenti espressi a determinate procedure di verifica rafforzata che gli intermediari bancari e finanziari già adottano in conformità alla normativa antiriciclaggio, così come implementata in Italia, e dalle cui risultanze (ad esempio in merito al livello di rischio così come valutato in applicazione di detta normativa

antiriciclaggio) potranno – qualora si ritenga soddisfatto “standard di conoscenza”, di cui all’articolo 4 del Decreto ministeriale del 17 novembre 2020, previsto per i fornitori di servizi – trarre eventuali valutazioni circa la contemporanea sussistenza di tutte le condizioni di cui all’Allegato 1 al decreto legislativo, lettera D), punto 2.

In definitiva, sarebbe utile precisare che per i soggetti obbligati rispetto agli adempimenti di cui al D.Lgs. 231/2007 gli obblighi di segnalazione connessi alle problematiche di individuazione della titolarità effettiva (*hallmark* D.2) siano strettamente connessi a quelli trattati ai fini della disciplina antiriciclaggio (sotto certi aspetti più restrittiva rispetto a quella in esame). Pertanto l’individuazione del titolare effettivo in base al c.d. criterio residuale ai sensi del comma 5 dell’art. 20 del D.Lgs. 231/2007 sarà da considerare accettabile anche ai fini della normativa in esame DAC 6, salvo l’insorgenza di particolari indici di anomalia, rinviando sempre però alla normativa antiriciclaggio. Occorrerebbe pertanto chiarire che non si genererebbero, in capo ai soggetti obbligati, ulteriori obblighi di adeguata verifica rispetto a quelli previsti dalla normativa antiriciclaggio.

10. A pagina 99 si legge che “[...] *come già riportato in premessa, occorre evidenziare che, conformemente alle indicazioni presenti nei considerando alla Direttiva DAC 6, le disposizioni contenute nelle norme di recepimento nazionali (decreto legislativo e decreto ministeriale) in relazione alla categoria di elementi distintivi in esame possono essere interpretate avvalendosi del Report MDRs predisposto dall’OCSE*”.

A tal riguardo, si fa notare che il Report MDRs specifica che la definizione di strutture *offshore* opache si applica solamente ai veicoli di investimento privati a ristretta base di soggetti controllanti. La Rule 1.2(c) esclude infatti dalla definizione di *Opaque Offshore Structure* qualsiasi *Legal Person* o *Arrangement* che sia un “*Institutional Investor*”, o che sia interamente detenuto da uno o più *Institutional Investor*.

A tal riguardo, si chiede di chiarire, in modo inequivocabile, le modalità di applicazione di tale *carve-out*, che – in assenza di specificazioni - si giudicherebbe riferito agli “investitori istituzionali” di cui al D.Lgs. 1° aprile 1996, n. 239.