



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DEL MOLISE

# RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA DAC 6 E OBBLIGHI INFORMATIVI A CARICO DEGLI AVVOCATI

## *I SOGGETTI TENUTI ALL'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE*

Prof. Avv. Federico Rasi  
Università degli Studi del Molise

18 marzo 2021





*Circolare 10 febbraio 2021, n. 2//E: La relazione illustrativa del decreto legislativo, a titolo meramente esemplificativo, chiarisce che in caso di svolgimento delle attività suddette sono inclusi nella categoria degli intermediari: ...*

***i professionisti soggetti agli obblighi antiriciclaggio, individuati dall'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, fra cui: dottori commercialisti, esperti contabili, consulenti del lavoro, notai e avvocati.***

**⇒ Per gli Avvocati non si pone un problema di capire se siano o meno tenuti agli obblighi DAC 6, ma se, nel caso concreto, sussistano circostanze che consentano di esserne esonerati.**





I destinatari degli obblighi di reportistica sono stati individuati negli «*intermediari finanziari e [negli] altri fornitori di consulenza finanziaria [che sembrano] aver aiutato attivamente i loro clienti a nascondere denaro offshore*» (Considerando 5 della Direttiva DAC 6).

Ne consegue che «*l'obbligo di comunicazione di informazioni [è stato] imposto a tutti gli attori che sono di solito coinvolti nell'elaborazione, commercializzazione, organizzazione e gestione dell'attuazione di un'operazione transfrontaliera soggetta all'obbligo di notifica o di una serie di tali operazioni, nonché a coloro che forniscono assistenza o consulenza*». Dal momento che non si è potuto «*ignorare che, in alcuni casi, l'obbligo di comunicazione di informazioni non sarebbe applicabile a un intermediario a causa del segreto professionale o laddove non esistano intermediari*» per evitare di perdere «*l'opportunità di ricevere informazioni relative a meccanismi di natura fiscale che sono potenzialmente legati a una pianificazione fiscale aggressiva ... [è stato] dunque necessario trasferire l'obbligo di comunicazione di informazioni al contribuente che trae beneficio dal meccanismo*» (Considerando 8 della Direttiva DAC 6).

⇒ **Nel rispetto della “legge del contrappasso” si è scelto di trasformare i “colpevoli” dell’ideazione dei meccanismi di pianificazione fiscale aggressiva e i “beneficiari” di tali meccanismi nei principali “collaboratori” per prevenire la reiterazione di simili comportamenti.**





Testualmente nel sistema della Direttiva DAC 6, gli obblighi di reportistica in questione sono posti a carico dell'«intermediario» e del «contribuente pertinente» a patto che manifestino un collegamento territoriale con uno o più Stati membri dell'Unione Europea.

In via di prima approssimazione, la definizione di “intermediario” della Direttiva DAC 6 risulta essere basata sul tipo di apporto fornito alla realizzazione del meccanismo transfrontaliero da comunicare, mentre quella di “contribuente” risulta essere basata sul beneficio ritraibile dal medesimo meccanismo.





Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 100 del 2020, si possono distinguere all'interno della categoria dell'"intermediario" due figure:

- il "**promotore**" (*promoter*), *i.e.* colui che è responsabile della elaborazione, commercializzazione, organizzazione o messa a disposizione ai fini dell'attuazione di un meccanismo transfrontaliero da comunicare, o ne gestisce in autonomia l'intera attuazione;
- il "**fornitore di servizi**" (*service provider*), *i.e.* colui che direttamente o attraverso altri soggetti, svolge una attività di assistenza o consulenza riguardo alla elaborazione, commercializzazione, messa a disposizione ai fini dell'attuazione o gestione dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero.

Dalla circolare n. 2 del 2021, in merito alle attività che qualificano il promotore, si ricavano le seguenti definizioni: (*segue*)





(continua)

- **Elaborazione** => attiene al momento della ideazione del meccanismo e consiste nel concepire un meccanismo (che può comprendere più di una fase) che, se attuato, determina il conseguimento di uno degli effetti da cui può derivare l'obbligo di comunicazione.
- **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.
- **Organizzazione e gestione** => consistono nella predisposizione, coordinamento e monitoraggio di tutte le fasi necessarie alla concreta attuazione del meccanismo. **A titolo esemplificativo, possono rientrare in tali concetti le attività di predisposizione della documentazione tecnica, eventuali pareri (cc.dd. *tax opinion*), la costituzione di veicoli societari, la definizione delle tempistiche e la ricerca di "un fornitore di servizi".**

(segue)





(continua)

- **Messa a disposizione** => un meccanismo è messo a disposizione quando è definito in tutti i suoi elementi costitutivi ed è comunicato ai potenziali utilizzatori. Ad esempio, un meccanismo è definito in tutti i suoi elementi costitutivi quando il potenziale utilizzatore può attuarlo senza ulteriore assistenza da parte del promotore.
- **Gestione in autonomia dell'intera attuazione** => tale attività ricorre allorché il promotore, indipendentemente dalla circostanza che il meccanismo sia stato elaborato dallo stesso o da terzi, ponga in essere tutte le attività necessarie per l'attuazione del meccanismo, ancorché a vantaggio di un cliente.





Per contro, il “fornitore di servizi” svolge attività di assistenza e consulenza che si sostanziano in attività di supporto al promotore o al contribuente.

Potrebbero verificarsi situazioni in cui un fornitore di servizi svolga attività di consulenza o assistenza in relazione a meccanismi transfrontalieri **già attuati dal contribuente**.

In tali casi, 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.







In merito e con riferimento a **meccanismi già attuati, 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,
- purché effettuate, come già detto, in un momento temporale successivo a quello in cui lo schema è stato completamente attuato, anche se contestualmente il meccanismo continua a produrre i relativi effetti fiscali.**





Per la circolare n. 2 del 2021, a titolo esemplificativo, rientrano in questo ambito:

- i pareri in merito a specifici rischi di natura fiscale del meccanismo transfrontaliero;
- le consulenze, nonché le istanze di interpello, aventi ad oggetto i profili di adempimento rispetto alla disciplina in commento;
- la predisposizione delle analisi economiche o di *benchmark*, nonché della documentazione relativa ai prezzi di trasferimento (*Masterfile e Countryfile*);
- la predisposizione di un'istanza di procedura amichevole (MAP) o di rettifica unilaterale, volta a eliminare la doppia imposizione, nonché di un'istanza di accordo preventivo per le imprese con attività internazionale (unilaterale, bilaterale o multilaterale).

⇒ **Sovvertendo l'impostazione tradizionale del diritto penale che vuole l'antefatto e il postfatto criminosi non punibili, qui a essere non punibile è solo il secondo e non già il primo.**





Nonostante la circolare fornisca pressoché tutti esempi tratti dall'attività degli **avvocati che si occupano di diritto tributario**, gli **obblighi** di reportistica **non solo limitati a questa categoria**. Il fatto che oggetto della comunicazione sia un meccanismo transfrontaliero suscettibile di determinare una riduzione delle imposte **non** comporta che **solo costoro** siano **vincolati**.

⇒ Il conseguimento di un vantaggio fiscale è 'oggettivamente' inteso, non rileva la circostanza che tale risultato sia stato conseguito con colpa o con dolo.

⇒ Rileva il fatto in sé e per sé di poterlo conseguire attraverso l'uso di un meccanismo transfrontaliero.

⇒ Qualunque professionista che consente di conseguirlo è tenuto agli obblighi di reportistica.

*Possono gli obblighi di reportistica considerarsi oggettivamente dovuti al pari degli obblighi in tema di antiriciclaggio o privacy?*





L'art. 6, d.lgs. n. 100 del 2020, nel disciplinare l'oggetto della comunicazione, specifica al comma 2 che *«per gli intermediari, le informazioni di cui al comma 1 sono oggetto di comunicazione solo nella misura in cui gli stessi ne sono a conoscenza, ne sono in possesso o ne hanno il controllo»*.

**Una delle peculiarità che distingue il fornitore di servizi dal promotore e dal contribuente è la circostanza che per il primo l'obbligo di comunicazione è subordinato ad uno *standard di conoscenza* definito dall'art. 2, co. 1, lett. c).**

Tale *standard* si sostanzia nel fatto che il fornitore di servizi, tenuto conto delle informazioni disponibili e delle competenze necessarie per svolgere tale attività, sappia o abbia un motivo ragionevole per concludere che il medesimo meccanismo sia rilevante.





Lo *standard* di conoscenza deve essere determinato con riferimento alla conoscenza effettiva del meccanismo transfrontaliero che l'intermediario possiede sulla base delle informazioni prontamente disponibili in ragione dell'attività di assistenza o consulenza espletata nei confronti del cliente, e al grado di competenza necessaria per fornire il servizio di assistenza o consulenza nonché al livello di esperienza ordinariamente richiesto per la prestazione di detto servizio.

Lo *standard* di conoscenza prevede quale elemento qualificante, in aggiunta alla disponibilità delle informazioni, la valutazione della sussistenza in capo al fornitore di servizi della competenza e dell'esperienza necessarie per individuare la presenza di un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione. **Competenza ed esperienza che, diversamente, nel caso del promotore sono da intendersi comunque sussistenti.**





In merito alla disponibilità delle informazioni, il decreto ministeriale di attuazione fa esplicito riferimento a quelle prontamente disponibili per il fornitore di servizi in ragione dell'attività di assistenza o di consulenza espletate nei confronti del cliente, facendo desumere che ai fini della presente disciplina non sono richieste all'intermediario attività di verifica addizionali rispetto a quelle ordinariamente effettuate ai fini della prestazione professionale richiesta.

Al riguardo, la relazione illustrativa al decreto ministeriale specifica che il fornitore di servizi «*non debba adempiere ad ulteriori obblighi di due diligence rispetto a quelli ordinariamente già richiesti dalla legge ad altri fini (es. anti riciclaggio) ovvero già disponibili per altre ragioni (ad esempio, commerciali). Inoltre, non viene richiesto al fornitore di servizi di possedere o esercitare un livello di expertise superiore a quello richiesto per fornire il servizio*».





La circolare n. 2 del 2021 osserva come nelle realtà organizzative più complesse potrebbe accadere che le attività del fornitore di servizi siano suddivise tra più unità funzionali. In tali ipotesi, laddove l'organizzazione si configuri come un ente con personalità giuridica, si ritiene che la valutazione dello *standard* di conoscenza debba essere effettuata con riferimento alle informazioni prontamente disponibili per l'entità nel suo complesso e alle competenze riconosciute ai soggetti coinvolti nel processo.

Diversamente, **in caso di mancanza della personalità giuridica (ad esempio società di persone e associazioni tra professionisti) lo *standard* di conoscenza, come specificato dalla relazione illustrativa al decreto ministeriale, andrà verificato in capo al soggetto che assume la responsabilità del mandato professionale nei confronti del partecipante al meccanismo transfrontaliero oggetto di notifica.**





⇒ Tale presunzione si presenta alquanto formalistica e potrebbe non tenere adeguatamente conto delle modalità di funzionamento di organizzazioni professionali complesse o di ordinarie forme di collaborazione tra professionisti.

⇒ L'eccessivo formalismo di una simile presunzione potrebbe essere variamente apprezzato in sede di controllo.

In questo quadro si presenta di difficile inquadramento la responsabilità nel caso di esercizio di un'attività professionale in forma societaria.

Ci si riferisce al caso delle società tra professionisti di cui all'art. 10, legge 12 novembre 2011, n. 133 e al caso delle società tra avvocati di cui all'art. 4-bis, legge 31 dicembre 2012, n. 247.







Con riferimento alle prime è previsto che sia: *«consentita la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i modelli societari regolati dai titoli V e VI del libro V del codice civile»*, come pure, per le seconde, si stabilisce che *«l'esercizio della professione forense in forma societaria è consentito a società di persone, a società di capitali o a società cooperative iscritte in un'apposita sezione speciale dell'albo tenuto dall'ordine territoriale nella cui circoscrizione ha sede la stessa società»*.

L'atto costitutivo delle società tra professionisti deve fissare *«criteri e modalità affinché l'esecuzione dell'incarico professionale conferito alla società sia eseguito solo dai soci in possesso dei requisiti per l'esercizio della prestazione professionale richiesta; la designazione del socio professionista sia compiuta dall'utente e, in mancanza di tale designazione, il nominativo debba essere previamente comunicato per iscritto all'utente»*.





Non vi è poi alcuna attenuazione della responsabilità in quanto, per espressa previsione normativa, *«anche nel caso di esercizio della professione forense in forma societaria resta fermo il principio della personalità della prestazione professionale. L'incarico può essere svolto soltanto da soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente, i quali assicurano per tutta la durata dell'incarico la piena indipendenza e imparzialità, dichiarando possibili conflitti di interesse o incompatibilità, iniziali o sopravvenuti».*

⇒ **In queste società il carattere personale tipico della prestazione professionale risulta parzialmente attenuato, ma non escluso.**





⇒ In questo caso, da un lato, ci si trova di fronte a soggetti dotati di personalità giuridica, da un altro, resta rilevante e preminente la figura del singolo professionista.

⇒ Stanti i chiarimenti degli Uffici sembrerebbe esservi spazio per assumere anche in tal caso una posizione di tipo formalistico, ma non si può mancare di vedere come lo svolgimento dell'attività professionale in forma di associazione professionale, società tra professionisti o tra avvocati, siano modi del tutto intercambiabili per lo svolgimento della medesima prestazione, cosicché non può modificarsi il livello di conoscenza richiesto ai fini dell'attuazione della Direttiva DAC 6.

⇒ Lo standard di conoscenza che determina la sussistenza dell'obbligo di reportistica dovrebbe essere in queste ipotesi sempre il medesimo.





L'art. 4, co. 3, d.m. 17 novembre 2000, prevede una presunzione legale relativa di assenza dello standard di conoscenza per le “transazioni bancarie e finanziarie di routine”, ovvero, come specificato dalla relazione illustrativa, operazioni caratterizzate da una discrezionalità minima dell'operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione.

**⇒ Questa regola non si ritiene possa trovare applicazione per i professionisti. L'attività intellettuale di consulenza non può ritenersi routinaria in senso stretto.**



Nel caso di meccanismo transfrontaliero oggetto dell'attività di più intermediari, l'obbligo di comunicazione delle relative informazioni spetta ad ognuno dei soggetti coinvolti.

Il contribuente è tenuto agli obblighi di comunicazione in via residuale e al ricorrere di specifiche circostanze:

- se l'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione;
- se l'intermediario è assente in quanto il contribuente ha auto-elaborato e auto-attuato il meccanismo;
- se l'intermediario non ha fornito allo stesso contribuente la documentazione attestante che le medesime informazioni sono già state comunicate.

⇒ **Sussiste la necessità di un coordinamento delle azioni adottate dall'intermediario (professionista) e dal contribuente.**



I soggetti destinatari dell'obbligo di comunicazione, al ricorrere di determinate condizioni, possono esserne esonerati.

Una prima causa di esonero riguarda sia gli intermediari che i contribuenti. Si tratta del caso in cui gli obbligati provano l'avvenuta comunicazione delle stesse informazioni alle autorità competenti di un altro Stato membro secondo quanto stabilito dall'art. 8 *bis ter*, paragrafi 3, 4, 7 e 8 della Direttiva 2011/16/UE.

La relazione illustrativa al decreto legislativo precisa che l'esonero a favore di intermediario e contribuente *“opera a condizione che essi siano in grado di provare che le medesime informazioni sono state già oggetto di comunicazione alle autorità competenti di un altro Stato membro”*.

⇒ **L'esonero da comunicazione richiede, per operare, che la comunicazione sia completa? Testualmente la circolare non dice nulla, tuttavia, cfr. oltre.**





Con riferimento all'intermediario, l'art. 3, d.lgs. n. 100 del 2020 prevede le seguenti cause di esonero:

- comunicazione delle informazioni da parte di altro intermediario o concorrenza di obblighi tra intermediari (comma 3);
- tutela del "segreto professionale" (comma 4);
- rischio di "autoincriminazione" (comma 5).

In tutti i casi di esonero, l'intermediario è obbligato a informare ogni altro intermediario coinvolto nel meccanismo transfrontaliero di cui abbia conoscenza o, in assenza di quest'ultimo, il contribuente, «... *circa la sussistenza dell'obbligo a loro carico di comunicazione del meccanismo transfrontaliero ...*».





Con riferimento alla prima ipotesi, il sistema vuole evitare plurime comunicazioni. **Tuttavia, per la circolare n. 2 del 2021**, occorre considerare che l'art. 3, co. 3 d.lgs. n. 100 del 2020 utilizza la locuzione «*medesime informazioni concernenti il meccanismo transfrontaliero*». Ne consegue che **la comunicazione effettuata da altro intermediario diviene rilevante solamente qualora contenga TUTTE le informazioni** che l'intermediario, che intende far valere l'esonero, avrebbe dovuto fornire secondo le disposizioni dello Stato italiano o disposizioni equivalenti.

⇒ **La circostanza che la comunicazione sia completa potrebbe non essere facilmente valuta così da suggerire ad altri coobbligati di procedere ad una ulteriore comunicazione.**







Con riferimento all'ipotesi della tutela del "segreto professionale", l'intermediario può limitare le informazioni soggette a obbligo di comunicazione a quelle non indicate nell'art. 3, co, 4, d.lgs. n. 100 del 2020, ovvero sia:

- **informazioni ricevute dal cliente, o ottenute dal medesimo, nel corso dell'esame della sua posizione giuridica;**
- informazioni ricevute dal cliente, o ottenute dal medesimo, con riferimento ad attività di difesa e/o rappresentanza in un **procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria;**
- informazioni ricevute dal cliente, o ottenute dal medesimo, sulla eventualità di intentare o evitare un **procedimento innanzi ad una autorità giudiziaria.**

La locuzione "autorità giudiziaria" include ogni ramificazione della Magistratura, nonché le Commissioni Tributarie.





**È problematico il riferimento a «*informazioni ricevute dal cliente, o ottenute dal medesimo, nel corso dell'esame della sua posizione giuridica*». In cosa consiste?**

Cfr. nozione di organizzazione: «*A titolo esemplificativo, possono rientrare in tali concetti le attività di predisposizione della documentazione tecnica, eventuali pareri (cc.dd. tax opinion)*».

**L'impostazione euro-unitaria e nazionale vogliono obbligato alle comunicazioni solo l'ideatore (a prescindere dalle sue competenze professionali)**

**⇒ Salvo che il meccanismo sia stato attuato, rendere un parere *pro veritate* circa l'impatto di un meccanismo transfrontaliero costituisce esame della posizione giuridica del contribuente? Vale solo in caso di *second opinion* in quanto non si sarebbe ideatori?**





Art. 1, d.lgs. n. 100 del 2020: *Le informazioni oggetto di comunicazione all'Agenzia delle entrate riguardano: a) l'identificazione degli intermediari e dei contribuenti interessati, compresi il nome, la data e il luogo di nascita ovvero la denominazione sociale o ragione sociale, l'indirizzo, la residenza ai fini fiscali, il NIF (numero di identificazione fiscale), nonché i soggetti che costituiscono imprese associate di tali contribuenti.*

A tutela dell'intermediario, è previsto che eventuali comunicazioni dallo stesso effettuate, se poste in essere per le finalità previste dalla norma 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».

Per la circolare n. 2 del 2021, non costituisce causa di esonero la presenza di vincoli imposti dalla disciplina sulle “segnalazione di operazioni sospette” prevista dal combinato disposto degli articoli 39, comma 1, 41, comma 3, e 55, comma 4, del decreto legislativo n. 231 del 2007.





Il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 impone ad un'ampia platea di soggetti (cd. "*soggetti obbligati*") – costituita da intermediari bancari e finanziari, altri operatori finanziari, professionisti nell'esercizio della professione in forma individuale, associata o societaria, altri operatori non finanziari, prestatori di servizi di gioco, società di gestione accentrata di strumenti finanziari e di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari (puntualmente elencati all'art. 3) – di portare a conoscenza della UIF, mediante l'invio di una segnalazione di operazioni sospette, le operazioni per le quali "*sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o che comunque i fondi, indipendentemente dalla loro entità, provengano da attività criminosa*".





L'adempimento degli obblighi di segnalazione di operazioni sospette è presidiato da garanzie di riservatezza e di anonimato del segnalante. A tal fine:

- **i soggetti obbligati e gli ordini professionali che ricevono le segnalazioni dai propri iscritti sono obbligati ad adottare misure volte ad assicurare la massima riservatezza dell'identità delle persone che effettuano la segnalazione (art. 38, commi 1 e 2);**
- **la segnalazione inoltrata deve essere priva di qualsiasi riferimento al nominativo della persona fisica segnalante (art. 36, comma 6 e art. 37 commi 2 e 3);**
- **gli Organi Investigativi sono tenuti ad omettere, nelle denunce eventualmente trasmesse all'Autorità Giudiziaria, l'identità delle persone fisiche e degli altri soggetti obbligati che hanno inviato la segnalazione (art. 38, comma 4);**
- **l'Autorità Giudiziaria può richiedere l'identità del segnalante solo con decreto motivato, quando lo ritenga indispensabile ai fini dell'accertamento dei reati per i quali si procede (art. 38, comma 3).**

⇒ **Le due norme normative sono considerate operare parallelamente, nonostante, ai sensi degli obblighi DAC 6, il professionista sia tenuto comunicare il nome del cliente, nome che non deve comunicare a fini antiriciclaggio.**





Con riferimento al divieto di autoincriminazione, è previsto che «*L'intermediario è esonerato dall'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero qualora dalle informazioni trasmesse possa emergere una sua responsabilità penale*».

Per l'Agenzia delle entrate, si tratta di una causa di esonero **circoscritta** che può essere fatta valere solamente qualora l'intermediario, avuto riguardo all'attività da lui posta in essere in relazione al meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di comunicazione, ravvisi gli elementi da cui può derivare una propria responsabilità di carattere penale.

⇒ **L'impostazione dell'Agenzia delle entrate è molto rigida e probabilmente destinata ad operare solo nei casi in cui si può ipotizzare una responsabilità a titolo di concorso nel reato (il determinatore che fa sorgere in altri un proposito criminoso che prima non esisteva e l'istigatore che rafforza in altri un proposito criminoso esistente)?**

