



Università
degli Studi
di Ferrara

ITax Papers on Taxation

La “DAC6”: casi pratici relativi a possibili interazioni con
intermediari finanziari e normativa antiriciclaggio

Francesco Castro, Dottorando di Ricerca, Università degli studi di Ferrara

Department of Law

Corso Ercole I D'Este, 37 - Ferrara - Italy

www.dirittotributario.eu

Working Paper: 05-23 ISSN: 2281-3179

Date: 5 December 2023 (All rights reserved by the Author)

DOI

La “DAC6”: casi pratici relativi a possibili interazioni con intermediari finanziari e normativa antiriciclaggio

di Francesco Castro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I soggetti coinvolti e gli elementi distintivi (*hallmark*). – 3. Casi pratici. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Nel campo del diritto tributario non sono infrequenti le interazioni con le altre branche del diritto e, nello specifico con la normativa finanziaria di matrice europea, all'interno del Seminario del 15 dicembre 2023, ospitato dall'Università di Ferrara, sede distaccata di Rovigo presso la splendida cornice di Palazzo Angeli.

Prendendo spunto dalla dottrina ⁽¹⁾, l'oggetto delle riflessioni va ricercato nel senso di considerare se alla luce di un'ormai sempre più marcata interdipendenza tra fiscalità e regolamentazione finanziaria in numerosi ambiti, sia anche da ritenere che un'integrazione tra le due nei medesimi ambiti la prima (tributaria) possa contribuire alla qualità della seconda (regolamentazione finanziaria), nel senso di renderla più efficace nella sua applicazione concreta.

A tal riguardo, tra le modalità di interazione, si riscontrano quelle che emergono nella fase endoprocedimentale del rapporto fisco-contribuente, e ci si riferisce all'accertamento tributario e alla normativa sullo scambio di informazioni tra Autorità fiscali di diversi paesi.

Proprio in materia di scambio di informazioni, il presente contributo mira ad individuare alcune fattispecie pratiche per una valorizzazione ai fini antiriciclaggio dei presidi posti in essere dagli intermediari finanziari anche per adempiere alle previsioni della Direttiva n. 2018/822 (c.d. DAC6) ⁽²⁾, la quale prevede l'obbligo di comunicare all'Autorità fiscale taluni “meccanismi transfrontalieri”, ossia: (i) gli schemi di pianificazione fiscale potenzialmente aggressiva ⁽³⁾, e connotata cioè da elementi di pericolosità fiscale; e (ii) i meccanismi finalizzati a compromettere il funzionamento dello scambio automatico di informazioni sui conti finanziari (*Common Reporting Standard – CRS*) o l'identificazione delle persone fisiche titolari effettive di *asset* e redditi schermati da strutture opache.

Difatti, la *ratio* della DAC6 è quella di colpire indifferentemente meccanismi insidiosi dal punto di vista fiscale e quelli che compromettono lo scambio di informazioni sui conti finanziari o che consentono l'utilizzo di strutture *offshore* opache: rendendo pienamente operativa quell'interazione che si propone di indagare il presente Seminario.

La DAC6 prevede uno scambio automatico di informazioni obbligatorio tra le Amministrazioni finanziarie degli Stati UE sui meccanismi transfrontalieri comunicati e tale scambio avviene tramite la messa a

¹() Cfr. P. BRACCIONI, *È possibile un'integrazione tra normativa fiscale e regolamentazione finanziaria? Due ipotesi in tema di antiriciclaggio e di trasparenza dei prodotti finanziari*, in *Bancaria*, 9, 2023.

²() Direttiva 2018/822/UE – *Directive on Administrative Cooperation no. 6* che, modificando la Direttiva 2011/16/UE, ha introdotto le disposizioni sulla comunicazione obbligatoria dei meccanismi transfrontalieri. M. GREGGI, *Shades of Transparency: DAC6 and the Client-Attorney Privilege*, in *EC Tax Review*, 2, 2022, p. 67 ss.

³() Cfr. A. P. DOURADO, *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*, in *Intertax*, 1, 2015. L'autore osserva come non sia affatto chiaro se la pianificazione fiscale aggressiva si risolva in un concetto giuridico o di mera politica fiscale, né quali siano le nuove connotazioni che attribuisce a concetti giuridici consolidati quali l'elusione o l'abuso del diritto. A differenza di questo ultimi due aspetti, la pianificazione fiscale, oltre a non essere disciplinata, risulta conforme alla finalità dell'Unione Europea (cfr. CGUE, 12 settembre 2006, C-196-04, *Cadbury Schweppes*, punti 54-55) ove siano rispettati i criteri della conformità agli scopi della normativa tributaria (*main objective test*) oppure della sussistenza di ragioni economiche (*business purpose test*) o della genuinità dell'attività economica (*genuine economic activity test*). Si veda anche . P. BAKER, *Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes*, in *Intertax*, 1, 2015, p. 86 ss..

disposizione delle informazioni in un registro centrale sicuro al quale hanno accesso tutti gli Stati membri dell'Unione Europea.

La direttiva è entrata in vigore il 25 giugno 2018 e si applica dal 1 luglio 2020, ma l'obbligo di reporting ha riguardato anche i meccanismi transfrontalieri la cui prima fase era stata individuata a partire dal 25 giugno 2018 ⁽⁴⁾. In Italia, il recepimento della stessa è avvenuto ad opera del d.lgs. 30 luglio 2020, n. 100. Successivamente, con il d.m. 17 novembre 2020 sono state introdotte le disposizioni di attuazione del decreto legislativo suddetto e, più in dettaglio: le regole tecniche per l'applicazione, l'ulteriore specificazione degli elementi distintivi (*hallmarks*) e i criteri in base ai quali condurre il test del vantaggio principale (*main benefit test*). Anche l'Agenzia delle entrate fornito i primi chiarimenti e istruzioni circa le modalità di comunicazione di tali meccanismi transfrontalieri, tra cui si annoverano, rispettivamente, la Circolare n. 2 del 10 febbraio 2021 (recante *primi chiarimenti*) e il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 26 novembre 2020.

2. I soggetti coinvolti e gli elementi distintivi (*hallmark*)

In estrema sintesi, lo scambio automatico obbligatorio di informazioni consiste in un obbligo in forza del quale gli intermediari e i contribuenti sono tenuti a comunicare all'Agenzia delle entrate i cosiddetti "meccanismi transfrontalieri con obbligo di notifica", consistenti in schemi, accordi o progetti, riguardanti l'Italia e una o più giurisdizioni estere, che presentano determinate caratteristiche e che sono diretti ad ottenere dei vantaggi fiscali.

L'intermediario ⁽⁵⁾ è il soggetto che: (i) mette a disposizione ai fini dell'attuazione un meccanismo transfrontaliero da comunicare o ne gestisce l'attuazione (c.d. promotore); o (ii) direttamente o attraverso altri soggetti svolge un'attività di assistenza o di consulenza ai fini dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero da comunicare, qualora, avuto riguardo alle informazioni disponibili e alle competenze necessarie per svolgere tale attività (*standard di conoscenza*), sappia o abbia un motivo ragionevole per concludere che il meccanismo sia soggetto all'obbligo di comunicazione (*fornitore di servizi*).

L'intermediario è tenuto all'obbligo di comunicazione qualora ricorra almeno una delle seguenti condizioni: (a) sia residente ai fini fiscali in Italia; (b) abbia una stabile organizzazione in Italia tramite la quale sono forniti i servizi con riguardo al meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione; (c) sia costituito, disciplinato o regolamentato secondo la legge italiana; (d) sia iscritto ad un'associazione professionale di servizi in ambito legale, fiscale o di consulenza in Italia.

Passando alla seconda categoria di soggetti obbligati alla notifica, il contribuente ⁽⁶⁾ è qualunque soggetto che attua o a favore del quale viene messo a disposizione un meccanismo transfrontaliero. Esso è tenuto all'obbligo di comunicazione quando: (a) sia residente ai fini fiscali in Italia; (b) è fiscalmente residente all'estero ma dispone di una stabile organizzazione in Italia che beneficia del meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione; (c) non soddisfa le condizioni di cui ai punti precedenti ma percepisce redditi o genera utili prodotti in Italia; (d) non soddisfa le condizioni di cui ai punti precedenti ma svolge la propria attività in Italia.

Posto il soddisfacimento dei requisiti soggettivi suddetti, più in particolare, l'obbligo di segnalazione scatta allorché i "meccanismi transfrontalieri" presentino uno o più "elementi distintivi" (*hallmark*), che si connotano oggettivamente come potenziali indici di rischio fiscale.

⁴) Si veda l'Action 12 del progetto "Base Erosion and Profit Shifting" – BEPS dell'OCSE, denominata *Mandatory Disclosure Rules* e le *Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*.

⁵) Art. 2, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 100 del 2020.

⁶) Art. 2, comma 1, lettera d) del d.lgs. n. 100 del 2020. Il contribuente è obbligato a comunicare il meccanismo transfrontaliero all'Agenzia delle entrate solo in via subordinata, cioè in mancanza di intermediari o quando gli intermediari siano esonerati dall'obbligo di comunicazione.

Gli *hallmark* sono contenuti nell'Allegato IV della citata Direttiva (UE) 2018/822, si distinguono in generici e specifici, per categoria dalla A alla E, e sono stati oggetto di recepimento nella summenzionata normativa nazionale.

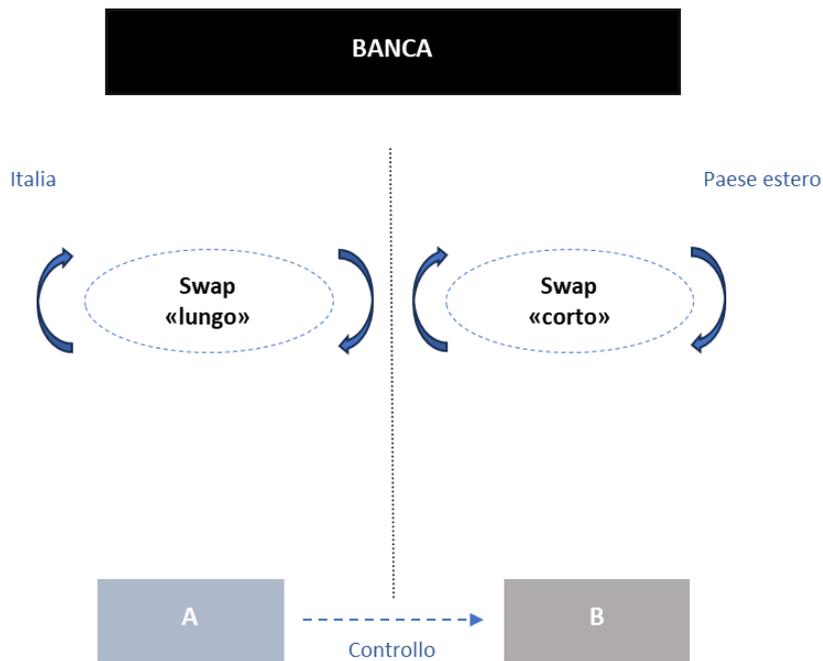
L'insorgere dell'obbligo di comunicazione deriva, in alcuni casi, dall'applicazione del criterio del vantaggio principale (*main benefit test*) in relazione a taluni *hallmarks*. In tale novero, rientrano: (A) quelli attinenti ai rapporti fra i clienti e i professionisti (categoria A), quali: (A.i) l'impiego di clausole di riservatezza circa i meccanismi transfrontalieri verso l'Amministrazione finanziaria o verso altri intermediari; (A.ii) l'adozione di forme di retribuzione correlate al vantaggio fiscale conseguito dal cliente (c.d. *success fee*); (A.iii) la standardizzazione dei modelli proposti ai clienti; (B) assetti specifici di rischiosità fiscale (categoria B), quali quelli consistenti in (B.i) operazioni transfrontaliere aventi ad oggetto società in perdita; (B.ii) conversione di redditi tassabili in altri proventi esenti o comunque soggetti ad una minore tassazione; (B.iii) operazioni circolari (posti in essere anche mediante enti interposti privi di funzione commerciale) in cui le operazioni si compensano o si annullano; (C) meccanismi correlati a pagamenti transfrontalieri fra imprese associate in cui (C.i) manca la tassazione o v'è un assoggettamento ad un'imposta sulle società con aliquota pari a zero o prossima allo zero nello Stato di residenza del contribuente (categoria C, lett. b) punto i); (C.ii) il pagamento gode di una esenzione totale o di un regime fiscale di favore nello Stato di residenza del contribuente (categoria C, lett. c e d).

Tuttavia, si esclude il *main benefit test* rispetto agli *hallmarks* D, in cui il meccanismo mette in pericolo l'azione di controllo (preventivo/predittivo) dell'Amministrazione finanziaria. Il comune denominatore ritraibile da tali elementi distintivi D, strettamente correlati al raggiungimento di finalità o scopi richiesti dalla normativa regolamentare e antiriciclaggio, risiede in un elevato "rischio fiscale" dato per scontato, al quale si riconnette l'esigenza di "informativa" dell'Amministrazione finanziaria in chiave preventiva-predittiva. Ciò può avvenire con riferimento all'avvalimento di conti finanziari onde eludere lo scambio di informazioni automatico previsto nell'ambito del *Common reporting standard*; oppure mediante strutture *offshore* opache (cioè prive di attività economica sostanziale) onde celare il *beneficial owner* di tali enti. In questo contesto, il rischio richiede una tutela ancor più anticipata, tant'è vero che rispetto a tale categoria di elementi distintivi (categoria D) non è neppure richiesta la riduzione potenziale di imposta (secondo l'art. 6 del d.m. 17 novembre 2020).

3. Casi pratici

Si espongono di seguito alcuni casi pratici connessi alla fenomenologia finanziaria (ad es., a strumenti finanziari) o con la normativa antiriciclaggio, trattate dalla Circolare Agenzia delle entrate n. 2/E/2021 e nel d.m. 17 novembre 2020, nei quali si verificano (o meno) i presupposti che fanno scattare l'obbligo di comunicazione del meccanismo transfrontaliero ai fini della reportistica in commento di natura tributaria. Si prendono a riferimento fattispecie ricadenti all'interno degli *hallmarks* delle categorie B), C), e D). Si ricorda che le categorie B) e C) richiedono, a differenza degli *hallmarks* previsti dalla categoria D, la verifica del superamento del criterio del vantaggio principale (*main benefit test*).

Hallmark B.3 Operazioni che si compensano o si annullano ("After Tax Hedging")



La società A stipula un contratto derivato del tipo *swap* assumendo la posizione al rialzo (lunga) rispetto ad un dato indice di riferimento con una controparte bancaria.

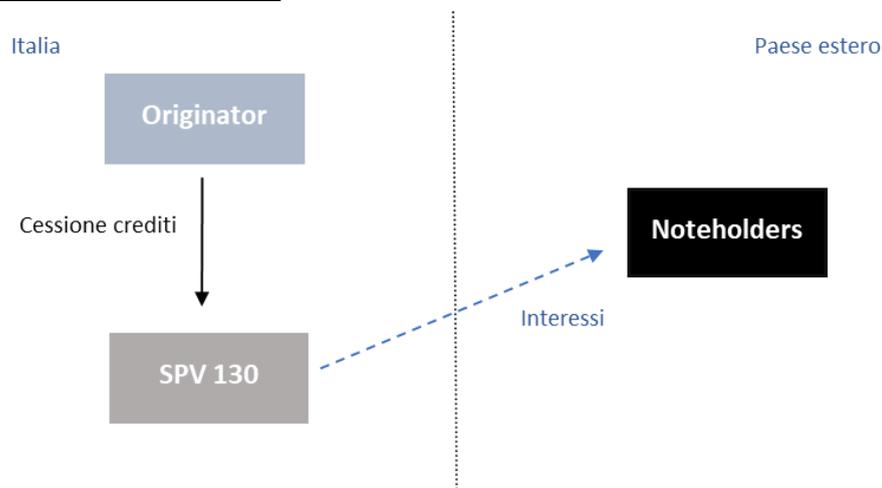
La banca a sua volta stipula contestualmente un accordo di *swap* sullo stesso indice di riferimento con una società B, controllata da A e residente in un paese che non applica l'imposta sui redditi delle società (IRES), che assume nel contratto una posizione al ribasso (corta).

Gli importi nozionali degli *swap* stipulati dalle due società sono calcolati in modo tale che i risultati economici per le società del gruppo, al netto degli effetti fiscali, si compensino perfettamente (*after tax hedging*).

L'indice di riferimento è stato "costruito" in modo tale che le probabilità che lo stesso registri dei decrementi sia maggiore di quella riferibile agli incrementi.

Per effetto di tale schema, il Gruppo è neutrale alle variazioni dell'indice di riferimento sotto il profilo economico ma non lo è sotto quello fiscale, giacché una riduzione del valore dello stesso determina un onere finanziario deducibile in Italia cui corrisponde un provento finanziario non tassato nello Stato estero.

Hallmark C.1 Cartolarizzazione "standard"



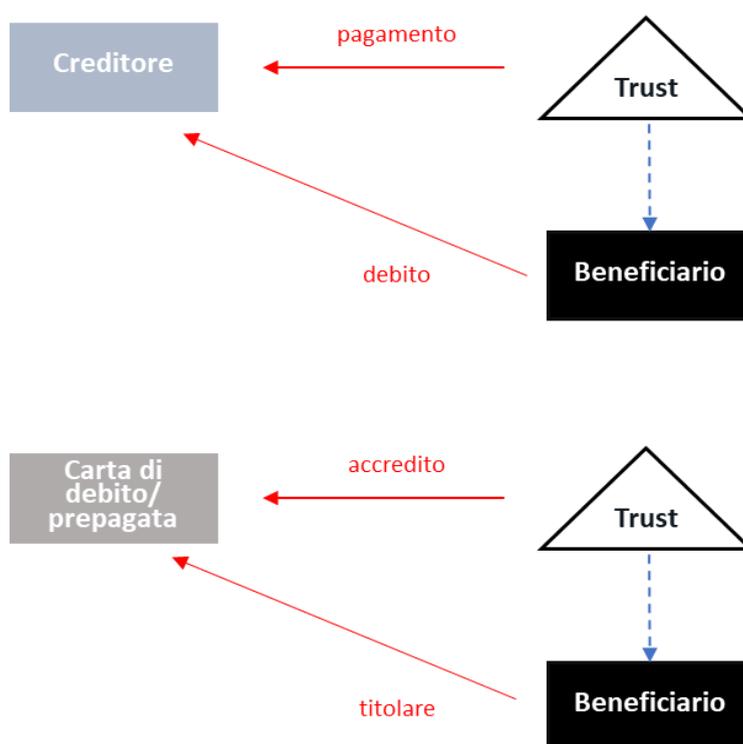
L'SPV 130 finanzia l'acquisto dei crediti dall'*originator* mediante l'emissione di *notes* sottoscritte (anche) da soggetti non residenti.

Gli interessi delle *notes* (obbligazioni o titoli simili) sono esenti da ritenuta ai sensi dell'art. 6, comma 1, della L. n. 130 del 1999 (rinvio al d.lgs. n. 239 del 1996).

In tale scenario, l'*hallmark C.1 (pagamenti deducibili infragruppo)* non è integrato in quanto la SPV 130 non deduce gli interessi passivi delle *notes* non essendo fiscalmente titolare della redditività derivante dalla cartolarizzazione. Ciò vale in linea di principio anche nel caso estremo in cui vi sia residuo attivo che non viene attribuito ai *noteholders* (obbligazionisti), ma all'*originator* come aggiustamento del prezzo dei crediti o ai soci della SPV 130 come dividendo.

Pertanto, non si ravviserebbe, in linea di principio, la presenza di altri *hallmarks*.

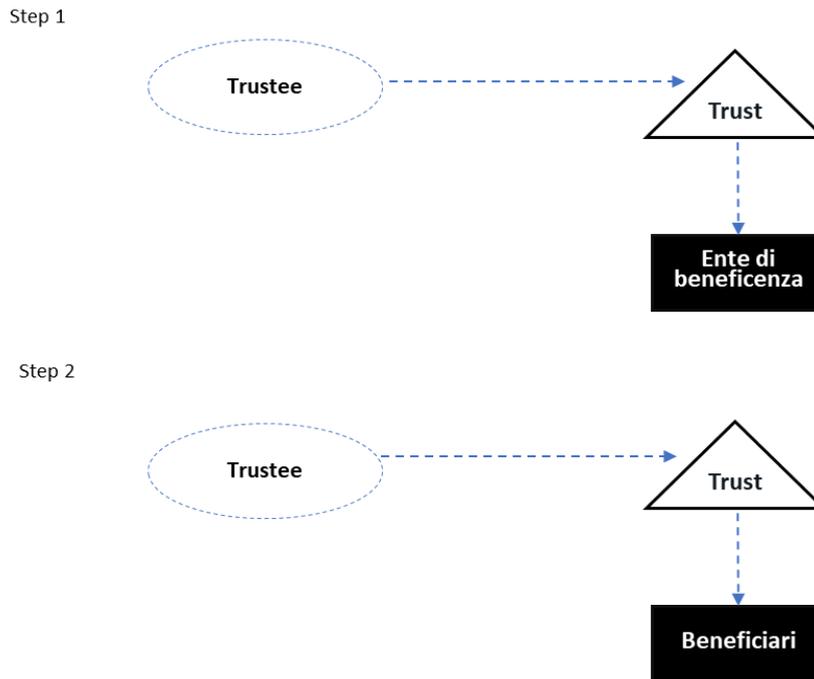
Hallmark D.1(e) Meccanismi che eliminano la comunicazione di informazioni su titolari di conti o su persone che esercitano il controllo sui conti



Il *trust* paga conti o fatture per conto del Beneficiario e accredita somme su una carta di debito o di credito prepagata a favore del Beneficiario.

Trattasi di meccanismi per i quali non sono richiesti né il requisito della riduzione delle imposte (art. 6 del d.m. 17 novembre 2020), né il superamento del test del vantaggio principale (art. 7 del d.m. 17 novembre 2020) ai fini dell'obbligo di comunicazione.

Hallmark D.1(f) Meccanismi che compromettono le procedure di adeguata verifica utilizzate dalle istituzioni finanziarie

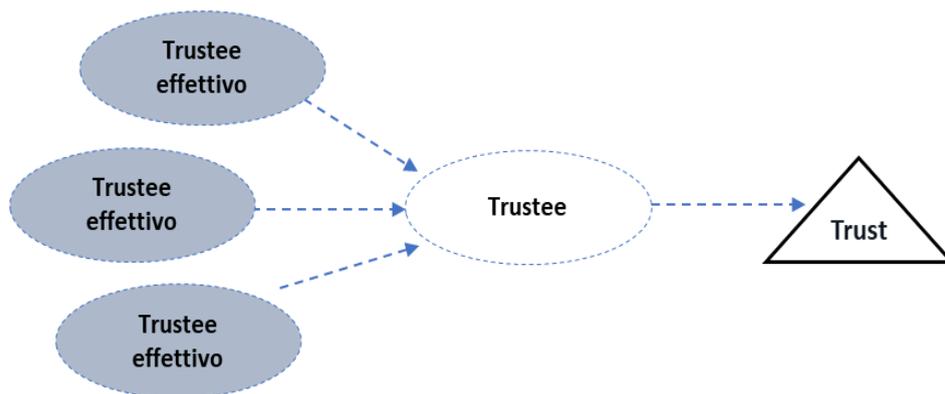


Il *trustee* nomina, all'apertura del conto, un ente di beneficenza come unico beneficiario discrezionale (*discretionary trust*).

Successivamente, il *trustee* sostituisce l'ente di beneficenza con i reali beneficiari senza informare l'istituzione finanziaria.

Trattasi di meccanismi per i quali non sono richiesti né il requisito della riduzione delle imposte (art. 6 del d.m. 17 novembre 2020), né il superamento del test del vantaggio principale (art. 7 del d.m. 17 novembre 2020) ai fini dell'obbligo di comunicazione.

Hallmark D.2(c) Meccanismi in cui i titolari effettivi sono resi non identificabili



Il *trustee* gestisce il *trust* in base alle istruzioni di terzi soggetti (*trustee effettivi*) non riconosciuti come *trustee* (o *protector*) in base all'atto istitutivo del *trust*.

Meccanismi per i quali non sono richiesti né il requisito della riduzione delle imposte (art. 6 del d.m. 17 novembre 2020), né il superamento del test del vantaggio principale (art. 7 del d.m. 17 novembre 2020) ai fini dell'obbligo di comunicazione.

4. Conclusioni

In conclusione, si scopre una funzione preventiva e predittiva della DAC6. Lo scambio automatico di dati fra le Autorità fiscali è il mezzo principale per conoscere, e quindi poter reagire contro i meccanismi di pianificazione aggressiva, ancorché essi presentino una rischiosità fiscale meramente potenziale.

La gestione condivisa dei dati è diretta quindi alla risoluzione in una fase “precoce” dei problemi che potrebbero derivare dagli assetti *cross-border* che rispondono ai canoni dettati dagli *hallmarks*, favorendo un’azione preventiva anche rispetto a quegli strumenti che si pongono in una fase anteriore rispetto alla loro attuazione ⁽⁷⁾. L’insieme delle informazioni trasmesse dai professionisti confluirà quindi in una banca dati cui le Autorità fiscali degli Stati membri potranno attingere onde scoprire nuovi e sconosciuti meccanismi suscettibili di dar luogo ad un rischio di evasione o elusione fiscale. In tal senso, la direttiva si propone di instaurare uno strumento di contrasto a tali fenomeni attraverso uno scambio di informazioni in chiave predittiva ⁽⁸⁾.

Gli *hallmarks* D pertanto garantiscono *de plano* quella interazione fra regolamentazione fiscale e finanziaria non richiedendo alcuna verifica aggiuntiva come il risparmio fiscale o il *main benefit test*. Ciò risulta altresì suffragato dalla presenza di presunzioni legali relative previste dalla normativa italiana ed europea. Difatti, l’articolo 4, comma 3 del decreto ministeriale prevede una presunzione legale relativa di assenza dello standard di conoscenza per le “transazioni bancarie e finanziarie di routine”, ossia come specificato dalla relazione illustrativa, operazioni caratterizzate da una discrezionalità minima dell’operatore, da procedure standardizzate e di frequente esecuzione.

⁷() Sulla funzione preventiva della direttiva, v. G. SELICATO, *La disciplina nazionale dei meccanismi transfrontalieri con obbligo di notifica. Prime considerazioni sulle cause di esonero dell’intermediario*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 26 maggio 2020.

⁸() Sulla funzione predittiva della direttiva, v. G. MARINO, *Il Tax Whistleblowing: dal contrasto all’evasione fiscale internazionale alla prevenzione della pianificazione fiscale aggressiva*, in *Dir. e prat. trib.*, 4, 2020, il quale manifesta qualche perplessità circa la coerenza di tale “forma sperimentale di accertamento predittivo [...] con riferimento al rispetto dei principi di certezza e proporzionalità”. Parla di “investigazione predittiva”, invece, G. CORASANITI, *Scambio di informazioni tra amministrazioni finanziarie europee e DAC 6*, in *Strum. fin. e fis.*, 50, 2021.