

# La corsa all'early enforcement in materia fiscale genera autogol: riflessioni critiche sulla DAC 6

Partendo da un bizzarro aneddoto calcistico nascono alcune considerazioni sulla DAC 6, i suoi possibili effetti e l'impatto sui diritti del contribuente



**Andrea Ballancin**

Professore Aggregato di diritto tributario presso l'Università del Piemonte Orientale  
Avvocato e Dottore Commercialista,  
MB Associati, Milano



**Giovanna Costa**

Dottore Commercialista,  
MB Associati, Milano

*Il ricordo della partita di calcio più folle di tutti i tempi in cui l'innovazione del Golden Gol ha, nella sua applicazione più estrema, condotto ad uno scenario assurdo, diventa, in questa breve nota, l'occasione per analizzare criticamente i nuovi obblighi di reporting DAC 6. Nonostante la meritevolezza dell'obiettivo perseguito, questo nuovo sistema di early warnings rischia di non essere una misura efficiente e di creare, piuttosto, conseguenze indesiderate nella prospettiva dell'accesso all'assistenza legale e fiscale da parte dei contribuenti. Diversi, poi, gli interrogativi sul fronte della tutela dei diritti di questi ultimi, nella misura in cui si assiste ad una contrazione del segreto professionale e della privacy, sempre più sacrificati sull'altare dello scambio di informazioni.*

<b>I. DAC 6: sulle orme di Barbados-Grenada 27 gennaio 1994?</b>	<b>394</b>
A. Gli ambiziosi obiettivi, le nuove disposizioni e le conseguenze inaspettate	394
B. Le risposte di bassa qualità a domande mal formulate: la vaghezza nella definizione dei meccanismi transfrontalieri	395
C. Gli autogol: distorsioni nel mercato degli intermediari, arbitraggi, rinuncia all'assistenza del professionista	395
<b>II. DAC 6 e proporzionalità: schemi elusivi "in potenza" e tutela dei diritti del contribuente</b>	<b>396</b>
A. La compressione del segreto professionale e del diritto di difesa	396
B. Il diritto alla privacy	396
C. Il divieto di autoincriminazione	397
<b>III. Conclusioni</b>	<b>397</b>

## I. DAC 6: sulle orme di Barbados-Grenada 27 gennaio 1994?

### A. Gli ambiziosi obiettivi, le nuove disposizioni e le conseguenze inaspettate

Gli anni novanta stanno al calcio come il secondo decennio degli anni 2000 sta alla fiscalità internazionale. Anni di grandi

innovazioni e stravolgimenti. Nessuno avrebbe però potuto immaginare che una di quelle invenzioni, il *Golden Gol*, sarebbe stato l'involontario protagonista della partita di calcio più folle di tutti i tempi. Gennaio 1994, al Barbados National Stadium si disputa la partita tra Barbados e Grenada. Si tratta di un girone della *Shell Caribbean Cup* il cui regolamento stabiliva che le partite non potessero finire in pareggio, essendo previsto il ricorso ai tempi supplementari e ai rigori. Inoltre, sia in caso di vittoria ai supplementari che ai rigori, il gol segnato sarebbe valso il doppio rispetto al gol segnato nei tempi regolamentari.

Alla vigilia della partita, per passare il turno, Barbados avrebbe dovuto battere Grenada con almeno due gol di scarto. È così pare avvenire fino all'ottantreesimo minuto (2 a 0 per il Barbados) quando, colpo di scena, il Grenada segna. Inizia quindi la rimonta di Barbados, ma dopo pochi tentativi di portare il risultato sul 3 a 1, il difensore Sealy scaglia il pallone nella propria rete con il palese fine di giocarsi la possibilità, ai supplementari, del *Golden Gol*. Ma anche il Grenada realizza che un autogol consentirebbe di non andare ai supplementari e passare il turno: la folle conseguenza di tutto è che fino alla fine i giocatori del Barbados oltre a difendere la propria porta, cominciano a difendere anche quella dell'altra squadra, mentre i giocatori del Grenada si impegnano sia nella rete degli sfidanti che nella propria. La partita finisce ai supplementari con il Barbados che segna il *Golden Gol* e si aggiudica la qualificazione, tra le parole di biasimo dell'allenatore del Grenada (che tra le altre cose esclamò: "Si suppone che nel calcio si debba segnare agli avversari, non a se stessi!").

Veniamo, meno prosaicamente, ai nostri giorni e alla nostra materia. Gennaio 2021, davanti al *Conseil d'Etat* di Parigi si schierano esponenti del Consiglio Nazionale Forense e dell'Ordine degli avvocati di Parigi, per rappresentare le proprie riserve sull'implementazione della *Directive on Administrative Cooperation*. È la cd. DAC 6, contrazione con cui tutti i professionisti interessati dalla normativa (tranne qualche burlone che ogni tanto si diverte ad usare il termine *Defcon6*, fantasiamente piegando la sintassi militare), si riferiscono alla Direttiva dell'Unione europea (UE) n. 2018/822, l'ultima uscita

del mondo DAC[1]. Nell'audizione delle 10 del mattino del 29 gennaio, gli avvocati evidenzieranno la minaccia al segreto professionale costituita dagli obblighi contemplati dalla disciplina, anche alla luce della pubblicazione, a fine 2020, della circolare amministrativa sul recepimento della citata direttiva in Francia.

Nei medesimi giorni in Italia sta girando la bozza – a beneficio dei commenti della *business community* secondo un apprezzabile modello di condivisione inaugurato dalla nostra Amministrazione finanziaria – di quella che diverrà, il 10 febbraio, la Circolare n. 21 dell'Agenzia delle Entrate il cui testo, in 122 pagine, condensa "primi chiarimenti" al Decreto Legislativo (D.Lgs.) n. 100/2020 di recepimento della Direttiva[2].

### B. Le risposte di bassa qualità a domande mal formulate: la vaghezza nella definizione dei meccanismi transfrontalieri

I commenti degli esperti alla bozza di Circolare, molti dei quali pubblicati sul sito dell'Agenzia delle Entrate[3], costituiscono un'accurata analisi della normativa e dell'interpretazione che è seguita e ad essi si rinvia per la ricostruzione – anche in chiave critica – della disciplina. In questa sede trovano, invece, spazio alcune riflessioni sul perplesso rapporto della normativa rispetto a diritti e aspettative dei soggetti coinvolti (contribuente ed intermediari)[4], riflessioni discendenti dalla

[1] Il sistema sullo scambio automatico di informazioni, di matrice euro-unitaria, è contenuto nella Direttiva UE n. 2011/16, la cd. DAC 1, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale. In un ben circoscritto lasso di tempo, la direttiva in parola viene modificata e integrata ben cinque volte dalla sua emanazione. In ordine cronologico, si riportano la Direttiva UE n. 2014/107, la cd. DAC 2, che ha introdotto lo *standard* comune di comunicazione di informazioni il cd. *Common Reporting Standard* (CRS) elaborato dall'OCSE per informazioni sui conti finanziari all'interno dell'UE; la Direttiva UE n. 2015/2376, la cd. DAC 3, che ha disposto lo scambio automatico di informazioni sui *ruling* preventivi e gli *Advance Pricing Agreement* (APA) transfrontalieri; la Direttiva UE n. 2016/881, cd. DAC 4, la quale ha stabilito lo scambio automatico obbligatorio di informazioni in materia di rendicontazione Paese per Paese delle imprese multinazionali tra le Autorità fiscali (*Country-by-Country Reporting* [CbCR]); la Direttiva UE n. 2016/2258, la cd. DAC 5, con la quale è stato disposto l'obbligo per gli Stati membri di fornire alle Autorità fiscali l'accesso alle procedure di adeguata verifica della clientela applicate dalle istituzioni finanziarie ai sensi della Direttiva UE n. 2015/849 sull'anticiclaggio; poi la Direttiva UE n. 2018/822, cd. DAC 6, la quale ha esteso l'obbligo di scambio automatico di informazioni agli intermediari, e, in via subordinata, ai contribuenti che abbiano partecipato a dar luogo a schemi transfrontalieri potenzialmente elusivi o evasivi; infine la cd. DAC 7, proposta di direttiva che introduce per i gestori delle piattaforme del *web*, a partire dal 2023, l'obbligo di comunicare i dati relativi ai venditori che svolgono il proprio commercio *online* attraverso i loro portali.

[2] Il quadro normativo e attuativo è completato dal Decreto Ministeriale (D.M.) del 17 novembre 2020 e dal Provvedimento Direttoriale n. 364425 del 26 novembre 2020.

[3] Agenzia delle Entrate, Consultazione pubblica sullo schema della circolare recepimento direttiva DAC6, Termine invio contributi: 15 gennaio 2021, in: <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/consultazione-pubblica-direttiva-dac6> (consultato il 15.07.2021).

[4] Anche in dottrina sono state evidenziate le potenziali minacce alle posizioni giuridiche soggettive, si veda, nelle riviste internazionali, NEVIA CICIN-SAIN, *New mandatory disclosure rules for tax intermediaries and taxpayers in the European Union – Another "Bite" into the rights of the taxpayers?*, in: *World Tax Journal*, 1/2019. Si segnalano anche le posizioni di DANIEL W. BLUM/ANDREAS LANGER, *European Union at a crossroads: mandatory disclosure under DAC-6 and EU Primary Law*, in: *European Taxation*, Part I and Part II, 2019 nn. 6 e 7, BRUNO PEETERS/LARS VANNESTE, *DAC-6: an additional common EU reporting*

seguito, concisa, tetragona, convinzione: aveva ragione l'allenatore del Grenada.

Torniamo, quindi, alla metafora calcistica: l'introduzione del *Golden Gol* aveva il meritevole obiettivo di velocizzare l'azione, evitando che le squadre si chiudessero in difesa, ma l'ulteriore passaggio del regolamento secondo cui il gol segnato ai supplementari o ai rigori sarebbe valso doppio ha trasformato Barbados – Grenada nella partita più surreale della storia del calcio. Similmente, lo scambio automatico di informazioni in materia fiscale ha il nobile fine di contrastare l'elusione e l'evasione fiscali nel mercato unionale attraverso "un quadro trasparente per lo sviluppo delle attività economiche"[5], ma la previsione di un sistema di *early warnings* in capo a contribuenti e intermediari (questi ultimi, ormai, considerati avamposto del fisco nazionale), sembra esorbitare di molto l'obiettivo che si prefigge la disciplina.

Peraltro, a dispetto di quanto stabilito nel *Report* finale dell'Action 12 del *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)[6], l'individuazione dei meccanismi transfrontalieri non è per nulla chiara e, come ben possono testimoniare gli esperti di *management*: "fai una richiesta mal formulata ed imprecisa, ed otterrai una risposta di bassa qualità o non coerente con la domanda", con pregiudizio dell'efficienza e dell'efficacia dell'intero processo[7]. Una tale vaghezza nell'individuazione dell'oggetto della comunicazione, poi, è inopportuna in un contesto in cui la richiesta non è un semplice invito alla cooperazione, ma si eleva ad un obbligo presidiato da uno specifico apparato sanzionatorio.

### C. Gli autogol: distorsioni nel mercato degli intermediari, arbitraggi, rinuncia all'assistenza del professionista

Il rischio tangibile è che anche nella nostra materia si commetta una serie di autogol e si finisca per giocare una assurda partita dalle conseguenze indesiderate. Tra queste conseguenze si possono annoverare, in ordine sparso:

standard?, in: *World Tax Journal*, 2020, n. 3, che mettono in discussione la base giuridica della direttiva, fondata sugli artt. 113 e 115 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE), in quanto, la mera potenzialità che lo schema configuri una condotta fiscale aggressiva (stante la ricorrenza di uno dei cd. *hallmarks*) contrasta con l'"*incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno*", che deve caratterizzare le normative nazionali per legittimare l'azione europea volta al ravvicinamento delle legislazioni (art. 115 TFUE). Sia poi permesso il rinvio a ANDREA BALLANCIN/FRANCESCO CANNAS, *The 'DAC 6' and Its Compatibility with Some of the Founding Principles of the European Legal System(s)*, in: *EC Tax Review*, 3/2020, p. 117.

[5] Direttiva UE n. 2018/822, consid. 4.

[6] Testualmente "the mandatory disclosure rules should be drafted as clearly as possible to provide taxpayers with certainty about what is required by the regime. Lack of clarity and certainty can lead to inadvertent failure to disclose (and the imposition of penalties), which may increase resistance to such rules from taxpayers. Additionally, a lack of clarity could result in a tax administration receiving poor quality or irrelevant information" (OCSE, Action 12 Final Report, Parigi, 2015, p. 19).

[7] Dubbi sull'efficacia dei sistemi di *reporting* provengono dagli Stati Uniti d'America (USA) con riferimento al sistema *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), vedasi l'esito dell'*audit* svolto dal *Treasury Inspector General for Tax Administration* (TIGTA) – e sintetizzato nel documento dall'evocativo titolo: "Despite Spending Nearly \$380 Million, the Internal Revenue Service Is Still Not Prepared to Enforce Compliance With the Foreign Account Tax Compliance Act", in: <https://www.treasury.gov/tigta/auditreports/2018reports/201830040fr.pdf> (consultato il 15.07.2021).

- a) le distorsioni nel mercato degli intermediari stante che il contegno rispetto ai meccanismi da segnalare può essere diverso, dipendendo la scelta da molteplici fattori tra cui la propensione al rischio del singolo soggetto obbligato anche in base al regime sanzionatorio previsto dai vari ordinamenti;
- b) l'arbitraggio nella scelta dell'intermediario anche su base geografica, a seconda delle modalità di implementazione della Direttiva (e, in particolare, dell'ampiezza delle cause di esonero)<sup>[8]</sup>;
- c) la rinuncia, da parte del contribuente, alla consulenza del professionista, per minimizzare il rischio di segnalazione "prudenziale", da parte di costui, di situazioni non ricadenti in quelle attenzionate dalla direttiva (stante l'incertezza sui meccanismi da segnalare su cui abbiamo già speso qualche parola sopra).

### II. DAC 6 e proporzionalità: schemi elusivi "in potenza" e tutela dei diritti del contribuente

#### A. La compressione del segreto professionale e del diritto di difesa

Si ritiene, poi, che l'autore di un recente contributo<sup>[9]</sup> colga seriamente nel segno nell'affermare che il sistema DAC 6 sembra ispirato alla sezione *PreCrime* del film *Minority Report* diretto da Steven Spielberg, tratto dal romanzo di Philip K. Dick, un film distopico in cui la polizia riesce a impedire gli omicidi prima che essi avvengano grazie al contributo dei *PreCog*, individui con doti *extra-sensoriali* che percepiscono i crimini in procinto di essere commessi.

Vista da questa angolazione, la DAC 6 solleva una serie di possibili frizioni con il principio di proporzionalità delle misure rispetto alla compressione dei diritti del contribuente, tra cui il diritto di difesa, che appare compromesso dal drastico ridimensionamento del segreto professionale. Tale profilo è particolarmente sentito in Italia ove il legislatore ha recepito l'esonero previsto dalla direttiva discostandosi dal *wording* di quest'ultima<sup>[10]</sup> per privilegiare una nozione più restrittiva di segreto professionale mutuata pedissequamente dalle disposizioni in materia di lotta al riciclaggio laddove queste ultime si erano, invece, attenute al testo della Direttiva. In altre parole la DAC 6 italiana ha recepito il segreto professionale della Direttiva in materia di antiriciclaggio che così dispone: "[g]li Stati membri non applicano gli obblighi di cui all'articolo 33, paragrafo 1, ai notai e altri liberi professionisti legali, a revisori dei conti, a contabili esterni e a consulenti tributari, nella misura in cui

*tale deroga riguarda informazioni che essi ricevono o ottengono sul cliente, nel corso dell'esame della sua posizione giuridica o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del cliente in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, a prescindere dal fatto che le informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso"* (art. 34, par. 2, Direttiva n. 2015/848).

Sul punto è interessante notare che la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2 del 10 febbraio 2021 è stata modificata rispetto alla bozza<sup>[11]</sup>. È stato, infatti, espunto – dalla parte del documento che in via generale era dedicato all'esonero – l'inciso che riguarda il procedimento innanzi all'autorità giudiziaria per riportarlo nell'elenco puntato successivo a specifica dei casi di informazioni ricevute dal cliente (o ottenute dal medesimo) con riferimento ad attività di difesa e/o rappresentanza e quelle ricevute sull'eventualità di intentare un procedimento e non anche con riferimento all'esame della posizione giuridica del cliente che parrebbe, quindi, svincolata dalla presenza o dalla possibilità di un procedimento innanzi ad un'autorità giudiziaria.

Si ripropone quindi, anche in questa sede, la *querelle* che aveva tenuto banco in materia antiriciclaggio sulla necessità – o meno – ai fini dell'esonero che anche la disamina della posizione del cliente avvenga in costanza o in potenza di un procedimento giudiziario.

#### B. Il diritto alla privacy

Vi è poi il problema con il diritto alla *privacy* del contribuente che, sempre più prepotentemente, pone riflessioni di fronte al maggiore ricorso agli *early warnings* e allo scambio di informazioni in materia fiscale. All'uso delle tecnologie e dei sistemi di profilazione di tipo *big data* che hanno potenziato enormemente gli strumenti di controllo in mano alle Autorità fiscali non è, infatti, corrisposta un'evoluzione a livello internazionale delle tutele del contribuente, neanche sul piano giurisprudenziale<sup>[12]</sup>.

Inoltre, l'intensificazione dello scambio di informazioni rappresenta un fattore moltiplicatore di rischi cibernetici se non adeguatamente regolamentato e gestito: un dato preoccupante, ad es., viene dal *ranking* dell'*International Telecommunication Union* (ITU) secondo cui l'Italia si trova al venticinquesimo posto nel *Global Cybersecurity Index*

[8] Ad es. in Lussemburgo è stata modificata la legge di recepimento in base alla quale solo gli avvocati potevano godere dell'esonero dalla comunicazione in virtù del segreto professionale, a seguito dell'intervento del Consiglio di Stato, tale esonero è stato esteso a tutti gli intermediari attivi nella consulenza fiscale, tra cui commercialisti e revisori i quali traslano l'adempimento su altri intermediari non coperti da esonero o sul contribuente stesso.

[9] Cfr. CARLOS E. WEFER, *International mandatory disclosure rules and taxpayers' rights: where do we stand?*, in: *International taxation studies*, 1/2021.

[10] L'art.8-bis-ter Direttiva UE n. 2011/16 introdotto dalla DAC 6 prevede che: "[c]iascuno Stato membro può adottare le misure necessarie per concedere agli intermediari il diritto all'esenzione dalla comunicazione di informazioni su un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica quando l'obbligo di comunicazione violerebbe il segreto professionale sulla base del diritto nazionale dello Stato membro".

[11] Agenzia delle Entrate, *Primi chiarimenti in tema di meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di comunicazione* - decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 100 (recepimento Direttiva "DAC6"), Circolare n. 2, 10 febbraio 2021, in: <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/3158195/Circolare+DAC+6n.+2+del+10+febbraio+2021.pdf/4450f787-c3ea-9ec4-bc86-f3ece92e085d> (consultato il 15.07.2021).

[12] L'argomento non potrà essere negletto dalle corti sovranazionali e qualche cenno in questo senso, dopo anni in cui i giudici europei e della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) hanno affrontato la questione da angolazioni non tributarie, si rinviene nella sentenza della Corte di Giustizia dell'UE (CGUE), sentenze del 6 ottobre 2020 nelle cause riunite C-245/19, *Luxembourg State vs B* e C-246/29, *Luxembourg State vs B and others* in materia di *Common reporting standard*, che ha rappresentato una svolta garantista in materia di CRS.

dell'ITU<sup>[13]</sup> e certo segnali incoraggianti non provengono dal Piano triennale di prevenzione della corruzione 2018-2020 in cui l'Agenzia delle Entrate ha riscontrato un incremento dei reati di accesso abusivo al sistema informatico, in particolare all'Allegato 3 risultano 156 indagati e 15 condannati<sup>[14]</sup>.

### C. Il divieto di autoincriminazione

Non da ultimo, si segnala il problema con il diritto alla non auto-incriminazione che il legislatore italiano ha specificato in una norma *ad hoc* nel decreto di recepimento che potrebbe appalesarsi quale mero orpello estetico giacchè anche se l'intermediario è esonerato, egli potrà essere comunque segnalato da altri intermediari o fornitori di servizi (art. 3, commi 5 e 9, D.Lgs. n. 100/2020).

In ogni caso tale copertura (del *nemo tenetur se detegere*, s'intende) non è garantita in tutti i casi in cui il meccanismo esprima una condotta abusiva/elusiva, in quanto tale non penalmente rilevante (art. 10-bis, comma 13, Legge [L.] n. 212/2000), a meno che non si dia delle sanzioni tributarie una lettura conforme alla giurisprudenza resa dalla Corte EDU attraverso i cd. "criteri *Engel*" e, quindi, poste alla stregua di sanzioni penali, ma a quel punto l'esonero varrebbe per ogni tipo di segnalazione, vanificando per l'effetto l'intera disciplina.

### III. Conclusioni

In conclusione, alla luce di quanto sommariamente rappresentato, viene da interrogarsi sui molteplici effetti collaterali derivanti dall'implementazione della normativa che ne minano la stessa efficacia, nonché sull'assenza di qualsivoglia bilanciamento rispetto ai pregiudizi arrecati alla posizione di contribuenti e intermediari.

E forse, mentre ci interroghiamo su questi aspetti, le parole di disapprovazione dell'allenatore del Grenada sembrano sempre più condivisibili.

---

[13] The international Telecommunication Union (ITU), Global Cybersecurity Index, 2018, in: [https://www.itu.int/dms\\_pub/itu-d/opb/str/D-STR-GCI.01-2018-PDF-E.pdf](https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/str/D-STR-GCI.01-2018-PDF-E.pdf) (consultato il 15.07.2021). Sul punto si segnala la recente notizia dell'accesso da parte di un consorzio investigativo di giornalisti al registro dei titolari effettivi del Lussemburgo, ci si riferisce all'indagine *OpenLux* condotta dalla testata francese *Le Monde* con la collaborazione del *network Organized Crime and Corruption Reporting Project* (OCCRP).

[14] L'Allegato 3 – Procedimenti penali, del Piano triennale di prevenzione della corruzione 2018-2020 dell'Agenzia delle Entrate, è disponibile al seguente link: <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/agenzia/prevenzione-della-corruzione/piano-triennale-di-prevenzione-della-corruzione/piano-triennale-di-prevenzione-della-corruzione-2018-2020> (consultato il 15.07.2021).