



Lugano Fiscal Forum

—

6 Giugno 2016

Andrea Moja

**Prof. di Diritto dell'Unione Europea e
Trust presso l'Università di Brescia**

Avvocato in Milano

SLC – Via Montenapoleone 21, 20121

Tel. 0276007741

Fax. 0276002675

a.moja@slclex.eu – www.slclex.eu

Presidente Assotrusters

www.assotrusters.it

SOMMARIO



Trasparenza fiscale e scambio automatico di informazioni: la svolta epocale nei rapporti commerciali internazionali

- ❖ Lo scambio di informazioni *nell'art.26 nel Modello Ocse*;
- ❖ Lo scambio di informazioni secondo la **Direttiva n.2011/16/UE** ;
- ❖ La *procedura di scambio di informazioni* su richiesta: profili pratico-applicativi nelle verifiche fiscali;
- ❖ Lo scambio di informazioni: *aspetti critici*
- ❖ Scambio di informazioni e *privacy*
- ❖ Conclusioni

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Il modello ocse -

➤ *Lo scambio di informazioni :*

- ❑ Prima dell'introduzione dei modelli di scambio di informazioni vigeva il principio di non collaborazione fiscale (c.d. “*non enforcement*” o “*revenue rule*”)
- ❑ Lo sviluppo del commercio internazionale ed il conseguente incremento delle fonti reddituali a rilevanza transazionale ha determinato la necessità di una più efficace ed effettiva cooperazione fiscale
- ❑ Nasce l'idea di una collaborazione tra stati che prende forma attraverso trattati e convenzioni

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Il modello ocse -

- Si è assistito negli ultimi dieci anni ad una crescita d'importanza del modello Ocse anche in ragione delle continue adesioni, una maggior consapevolezza ha portato all'adozioni di diverse modifiche

EVOLUZIONE

- **1963:** Modello di Convenzione OCSE; ambito applicativo «ristretto»
- **1977:** estesa l'applicazione a soggetti residenti in Stati terzi rispetto agli Stati contraenti e alle imposte non previste dalla Convenzione
- **2000:** estesa l'applicazione ad imposte di ogni genere prelevate anche da enti diversi dallo Stato
- **2005:** riforma
 - » dal concetto di «**necessità**» si passa a quello di «**verosimile rilevanza**» (Par. 1);
 - » l'informazione richiesta va fornita anche se non necessaria ai fini fiscali interni dello Stato richiesto (Par. 4);
 - » non opponibilità del segreto bancario (Par. 5)
- **2012:** modifiche al Commentario –
 - i) possibile utilizzo informazioni per «scopi diversi»; ii) chiarimento concetto «*foreseeable relevance*»; iii) definizione «*fishing expeditions*»
- **2014:** modifiche al Commentario: ulteriori specificazioni su nozioni controverse (e.g. *fishing expeditions*, *beneficial ownership*, *foreseeable relevance*)

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

Disciplina dello scambio di informazioni:

- **Artt. 26 e 27 del Modello OCSE** di convenzione-tipo contro le doppie imposizioni
- **Convenzioni multilaterali** (Consiglio d'Europa/OCSE del 25 gennaio 1988 - *Nordic Treaty* del 9 novembre 1972 tra Finlandia, Svezia, Norvegia, Danimarca, Islanda, Isole Faroe e Groenlandia)
- **Tax Information Exchange Agreements (TIEAs)**, modello di trattato elaborato dall'OCSE nel 2002
- **Direttiva 2011/16/UE** del 15 febbraio 2011 (che ha sostituito la Direttiva 77/799/CEE dall'1.1.2013)
- **Direttiva 2014/48/UE** del 24 marzo 2014, che ha sostituito la Direttiva 2003/48/CE (recepimento entro il 1° gennaio 2016)
- **Regolamento 904/2010/UE** del 7 ottobre 2010 in materia di I.VA.
- **Regolamento 389/2012/UE** del 2 maggio 2012 in materia di accise
- **Direttiva 2010/24/UE** del 16 marzo 2010 in tema di riscossione e recupero dei crediti all'estero

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

Disciplina dello scambio di informazioni:

➤ **PROTOCOLLO CRS (Common Reporting Standards):** dal 2014 per implementare lo scambio automatico delle informazioni, sono stati previsti i **Common Reporting Standards (CRS)**

➤ **FATCA:** Accordi promossi dagli USA, adottati nella legislazione interna dal marzo 2010, fondati sulla normativa denominata FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act):

❑ Obbligo per gli intermediari finanziari esteri di comunicare all'autorità fiscale (IRS) i nominativi dei soggetti fiscali statunitensi titolari di relazioni bancarie estere di valore superiore a \$ 50.000

❑ Il **17 Gennaio 2013** è stata pubblicata la versione definitiva dei FATCA

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

Disciplina dello scambio di informazioni:

- **BEPS (action plan on base Erosion and Profit Shifting):** l'OCSE ha recentemente pubblicato un progetto così denominato per individuare le linee guida ed i piani d'azione che i governi del G20 potranno adottare nei prossimi due anni per contrastare l'erosione del gettito fiscale dovuta allo spostamento dei profitti delle imprese multinazionali allo scopo di evitare o diminuire la loro tassazione
- **MCAA:** Il 29 ottobre 2014, a Berlino, 51 Stati membri della Convenzione multilaterale OCSE/Consiglio d'Europa sulla mutua assistenza amministrativa hanno sottoscritto il Multilateral Competent Authority Agreement (MCAA), che ripropone il Modello Multilaterale contenuto nel CAA, in attuazione dell'art. 6 della Convenzione

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

Disciplina dello scambio di informazioni:

➤ **Direttiva 2015/849 del 20 Maggio 2015: quarta direttiva anti-riciclaggio** per migliorare la tracciabilità finanziaria sulla base di un approccio diversificato basato sul rischio

□ Entro Giugno 2017 tutti i Paesi UE dovranno **costituire un registro centrale che conterrà i dati sui beneficiari di società, trust ed altri strumenti finanziari, transazione di alto valore, ed altre info sensibili**. Il registro non sarà accessibile solo dagli inquirenti ma anche da chi dimostra di avere un *legittimo interesse*

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Il modello Ocse - Art.26 -

- **Imposte rilevanti** ai fini della richiesta sono ***tutte*** quelle previste in ciascuno Stato contraente

- **La domanda** dello stato richiedente deve:
 - Basarsi su *fatti concreti*
 - Avere un oggetto di ricerca ben determinato ed indicare soggetti ben individuati
 - Individuare uno scopo preciso

- Inoltre, non potrà essere valutata a posteriori la necessità o meno dell'informazione

- Lo stato richiesto deve poter sempre valutare la pertinenza della domanda

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Il modello Ocse - Art.26 -

- Le **Modalità** attraverso cui può realizzarsi lo scambio di informazioni secondo il modello Ocse:
 - A. Scambio di informazioni **su richiesta:**
 - B. Scambio di informazioni **automatico:**
 - Rinvio a specifici trattati
 - C. Scambio di informazioni **spontaneo:**
 - Scambio giuridicamente obbligatorio al verificarsi di certe condizioni

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Il modello Ocse - Art.26 -

- La convenzione esplica tutti i suoi effetti con riguardo allo scambio su richiesta e spontaneo

- Le procedure relative allo scambio di informazioni automatico sono state rimandate espressamente ad accordi successivi:
 - Nel corso del 2014, l'OCSE ha creato degli appositi Standard per lo scambio di informazioni, tra i quali rilevano i **Competent Authority Agreement (CAA)**, modelli di accordo tra Amministrazioni Finanziarie per implementare lo scambio automatico secondo le modalità previste dai **Common Reporting Standards (CRS)**, che formano l'altra componente degli Standard.

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Il modello Ocse - Art.26 -

➤ Contenuto dell'art.26 del modello Ocse:

- ❑ Espressa inopponibilità del segreto bancario, anche se tutelato dalla normativa dello Stato richiesto (par. 5)
- ❑ Obbligo di fornire le informazioni richieste, anche se queste non presentano un interesse per l'applicazione della legislazione fiscale dello Stato richiesto (par. 4)
- ❑ L'OCSE monitora i trattati in vigore per verificare quali soddisfino i requisiti di trasparenza

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Il modello Ocse - Art.26 -

- Oggetto dello scambio sono le informazioni prevedibilmente rilevanti (*foreseeably relevant*):
 - ❑ Scambio di informazioni **il più ampio possibile**, ad esclusione di ricerche generalizzate ed indiscriminate (c.d. *fishing expedition*)

- I soggetti - le informazioni possono riguardare:
 - ❑ **Persone fisiche e persone giuridiche**

 - ❑ Enti privi di personalità giuridica:
 - **Trust**
 - Fondazioni
 - Associazioni

**LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL
MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO**
- Il modello Ocse - Art.26 -

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO - Il modello Ocse - Art.26 -

- Il limite della Fishing expedition nello scambio su richiesta -

➤ **Limiti** alla richiesta di informazioni:

- ❑ Principio di sussidiarietà: lo Stato richiesto può opporsi alla richiesta dello Stato richiedente che non abbia fatto tutto quanto in suo potere per ottenere le informazioni attraverso i propri mezzi
- ❑ Principio di reciprocità: lo Stato richiesto può rifiutare informazioni che il richiedente non potrebbe ottenere in vigore delle sue leggi e prassi
- ❑ Segreto commerciale, industriale e professionale: lo Stato richiesto può rifiutare di scambiare informazioni che li violino (interpretazione restrittiva del Commentario)
- ❑ **NON È OPPONIBILE IL SEGRETO BANCARIO**

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

LA DIRETTIVA N.2011/16/UE

- Entrata in vigore il 1° gennaio 2013;
- Cosa prevede:
 - ❑ Disciplina dello scambio di informazioni automatico, su richiesta ed obbligatorio tra stati membri
 - ❑ Si applica a **tutte le imposte, riscosse da o per conto di uno stato membro**
 - ❑ Ha ad oggetto informazioni inerenti:
 - **Fatti** (prezzi, residenza, effettivo beneficiario ecc.) e o relazioni giuridiche (es. assetto societario ecc.)
 - ❑ Anche qui vige il principio di sussidiarietà (di efficienza)
 - ❑ L'informazione non deve poter essere acquisibile dallo stato richiedente nel proprio territorio

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Direttiva n.2011/16/UE -

➤ Ambito soggettivo:

- ❑ Non rileva la residenza fiscale del contribuente interessato in uno stato membro (ad eccezione che nello scambio automatico)

- ❑ L'informazione deve riguardare (art.3):
 - Persone fisiche e persone giuridiche

 - Trust, fondazioni e fondi di investimento

 - Eventuali nuovi strumenti

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Direttiva n.2011/16/UE -

➤ Termini per fornire le informazioni:

Nello scambio **su richiesta**:

- **Al più presto**, e comunque **entro 6 mesi** dalla data di richiesta
- Due mesi se le informazioni sono già in possesso
- Termini diversi per casi specifici (a seguito di appositi accordi)

Scambio **automatico** o obbligatorio:

- Almeno **una volta l'anno entro i 6 mesi** successivi al termine dell'anno fiscale

Scambio **spontaneo**:

- Ove ricorrano situazioni ritenute fiscalmente rilevanti, **al più presto** e comunque **entro 1 mese** dalla disponibilità



LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI: ASPETTI CRITICI

-

LA TUTELA DEL CONTRIBUENTE

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Aspetti critici: la tutela del contribuente -

- **Indagini in chiave comparata – Paesi nei quali vi è una bassa tutela del contribuente:**
 - ❑ **Italia e Finlandia :** non è contemplato un obbligo in capo all'Amministrazione finanziaria di comunicare al contribuente un'avvenuta richiesta di informazioni, né di comunicare la decisione di trasmettere le informazioni sulla base di uno strumento di mutua assistenza amministrativa

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Aspetti critici: la tutela del contribuente -

- **Indagini in chiave comparata – Paesi nei quali vi è una maggiore tutela del contribuente:**
 - ❑ **Germania:** obbligo in capo all' AF di comunicare al contribuente la ricezione di una richiesta di informazione, al fine di permettergli di impugnare ed inibire la decisione. Vengono in tal modo tutelati a 360° i tre diritti fondamentali del contribuente (information, consultation, intervention)
 - ❑ **Portogallo:** le AF devono notificare al contribuente *la propria decisione* dar seguito alla richiesta, la natura delle informazioni e l'autorità straniera richiedente. Il contribuente può impugnare la decisione entro 30 giorni dalla notifica – se accolta potrà impedire la trasmissione delle informazioni

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Aspetti critici: la tutela del contribuente -

- **Lussemburgo:** l'AF effettua una verifica preliminare circa la conformità della richiesta. Se l'esito è positivo comunica il procedimento al soggetto che dispone di tali informazioni:
 - Se il *contribuente* è in possesso delle informazioni è informato e può presentare memorie difensive
 - Se possedute da istituto di credito, questo ha l'obbligo di informare il cliente
 - In ogni caso, entro 1 mese dalla notifica, è possibile impugnare la decisione di scambiare informazione di fronte ad un giudice amministrativo
 - Se non impugna, il soggetto che detiene informazioni e si rifiuta di consegnarle può essere condannato ad una sanzione amministrativa

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Aspetti critici: la tutela del contribuente -

❑ **Paesi Bassi:**

- l'AF deve notificare per iscritto al contribuente solamente la decisione di trasmettere le informazioni allo stato richiedente, prima di procedere allo scambio
- la comunicazione può essere *successiva* quando vi è fondato sospetto che il contribuente abbia posto in essere una frode fiscale
- Il contribuente può impugnare la decisione entro 10 giorni dalla notifica

- ### ❑ **Svezia:** l'AF notifica al contribuente dopo l'avvenuto scambio, salvo non risulti superfluo o ciò possa pregiudicare le indagini dell'autorità fiscale dello stato richiedente. Il contribuente non può essere sentito, né può impedire la trasmissione.

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Aspetti critici: la tutela del contribuente -

GRAZIE

Andrea Moja

Prof. di Diritto dell'Unione Europea e Trust presso l'Università di Brescia

Avvocato in Milano

SLC – Via Montenapoleone 21, 20121

Tel. 0276007741

Fax. 0276002675

a.moja@slclex.eu

www.slclex.eu

Presidente Assotrusters

www.assotrusters.it

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Aspetti critici: la tutela del contribuente -

➤ **Orientamenti della Corte di Giustizia Europea**

- ❑ **Caso fratelli Cipriani 2002** : la CGUE ha riconosciuto la centralità del diritto di difesa anche in ambito tributario
- ❑ **Caso Sopropé 2008** : la corte aderiva al proprio consolidato orientamento aggiungendo che il rispetto del diritto di difesa impone alle amministrazioni di permettere ai destinatari di manifestare utilmente il proprio punto di vista, concedendogli un *termine ragionevole e sufficiente per replicare*

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Aspetti critici: la tutela del contribuente -

➤ NUOVO REGOLAMENTO EUROPEO SULLA *PRIVACY*

- ❑ **Regolamento UE/2016/679** del 27 Aprile 2016 pubblicato il 4 Maggio 2016 nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
- ❑ Disciplina la protezione delle persone fisiche con riguardo al **trattamento dei dati personali** e alla **libera circolazione di tali dati**
- ❑ Abroga la precedente direttiva 95/46/CE
- ❑ Verrà implementato dai singoli stati membri entro il 25 Maggio 2018

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Aspetti critici: la tutela del contribuente -

➤ NUOVO REGOLAMENTO EUROPEO SULLA *PRIVACY*

- ❑ Qualunque trasferimento dei dati personali oggetto di un trattamento o destinati ad essere oggetto di un trattamento dopo il trasferimento verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, ha luogo soltanto se *il titolare del trattamento ed il responsabile del trattamento rispettano le condizioni di cui al regolamento*. Tutte le disposizioni del regolamento sono applicate al fine di assicurare che il livello di protezione delle persone fisiche garantito non sia pregiudicato.

LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI NELL'ART.26 NEL MODELLO OCSE E NEL DIRITTO COMUNITARIO

- Aspetti critici: la tutela del contribuente -

- **Contenuto del regolamento:** salvaguardia di principi fondamentali:
 - ❑ **Diritto all'oblio:** ogni persona deve avere il **diritto di rettificare i dati** personali che la riguardano e il **diritto di cancellarli** se la conservazione di tali dati non è conforme al regolamento
 - ❑ **Accountability:** il titolare del trattamento deve adottare politiche ed attuare misure ed adeguate volte a dimostrare che il trattamento dei dati personali è conforme al regolamento

CONCLUSIONI

- E' necessario trovare un equilibrio tra la pratica dello scambio di informazioni e la tutela dei diritti del contribuente (in *primis* la *privacy*)
- Le possibilità e gli strumenti per le AF di scambiare informazioni sono state incredibilmente incrementate, ma non vi è ancora stata una corrispondente tutela dei diritti dei contribuenti, anzi:
 - ❑ Lo scambio automatico è diventato il nuovo standard e diversi diritti fondamentali sono stati calpestati così da incrementare l'efficienza del procedimento di scambio.
 - ❑ **Possibili asimmetrie informative nello scambio: CRS.**
 - ❑ **Tutela della privacy e protezione del patrimonio.**
 - ❑ La tutela dei diritti umani in relazione allo scambio di informazioni, è ancora in uno stato embrionale

GRAZIE

Andrea Moja

Prof. di Diritto dell'Unione Europea e Trust presso l'Università di Brescia

Avvocato in Milano

SLC – Via Montenapoleone 21, 20121

Tel. 0276007741

Fax. 0276002675

a.moja@slclex.eu

www.slclex.eu

Presidente Assotrusters

www.assotrusters.it