

SVILUPPI DELLA COOPERAZIONE AMMINISTRATIVA IN AMBITO EUROPEO ED INTERNAZIONALE

A cura di Pasquale Fabbrocini – relazione tenuta nel convegno “Spring in Naples XIII edizione”- 19 maggio 2014
- avente come argomento il rapporto OCSE BEPS (base erosion and profit shifting)

INDICE

- PREMESSA

1. TIPOLOGIE DI COOPERAZIONE: PANORAMICA GENERALE

2. GLI SVILUPPI DELLA COOPERAZIONE: BREVE QUADRO D’INSIEME

3. LA COOPERAZIONE IN AMBITO INTERNAZIONALE: GLI ACCORDI BILATERALI

3.1 L’ARTICOLO 26 DEL MODELLO OCSE

4. LA COOPERAZIONE MULTILATERALE IN AMBITO INTERNAZIONALE

4.1 LA CONVENZIONE SULLA MUTUA ASSISTENZA AMMINISTRATIVA IN MATERIA FISCALE TRA CONSIGLIO D’EUROPA ED OCSE

4.2 IL FACTA

4.3 IL COMMON REPORTING STANDARD DELL’OCSE – GACTA

5. LA COOPERAZIONE MULTILATERALE IN AMBITO EUROPEO

5.1 LA DIRETTIVA 2011/16/UE

5.2 LA DIRETTIVA RISPARMIO

6. GLI ORGANI PREPOSTI ALLA COOPERAZIONE AMMINISTRATIVA IN ITALIA

7. UTILIZZO DELLE INFORMAZIONI

7.1 LA LISTA FALCIANI

7.2 LISTA VADUZ

- PREMESSA

Per introdurre il tema di cui mi occuperò nel corso di questo mio breve intervento, è utile segnalare che il decreto Renzi, ossia, il D.L. n. 66 del 24 aprile scorso, all’art. 6, individua nella cooperazione tra amministrazioni finanziarie uno dei principali strumenti per conseguire l’obiettivo, programmato per il 2015, consistente dell’incremento di 2miliardi di Euro del gettito recuperato dall’evasione fiscale.

La direzione di marcia intrapresa dal Governo italiano si colloca sulla via tracciata dal G20 dell’estate scorsa e dal rapporto OCSE del 12 febbraio 2013, denominato BEPS, che individua nel profit shifting (dellocalizzazione dei profitti) la principale causa dell’erosione della base imponibile e, conseguentemente, individua nella cooperazione internazionale tra amministrazioni fiscali uno dei principali strumenti per contrastare detti fenomeni: all’uopo si evidenzia che, come dirò tra breve, l’OCSE ha elaborato un nuovo standard per lo scambio automatico di informazioni su base multilaterale, il common reporting standard (CRS), a cui hanno aderito già 44 Paesi (early adopters) e che i Paesi del G5, nella riunione dei Ministri finanziari di Parigi del 28 aprile scorso, si sono impegnati a sottoscrivere in sede del global forum dell’ottobre prossimo.

Andando con ordine, desidero evidenziare che in questo mio breve intervento mi sforzerò di individuare i punti della materia della cooperazione amministrativa tra amministrazioni fiscali che maggiormente possono interessare i dottori commercialisti: è evidente che tali punti di interesse riguardano le possibilità di tutela per i contribuenti a cui si riferiscono le informazioni scambiate o nei cui confronti si svolgono verifiche simultanee. Appare altresì evidente a tutti che più le

procedure di controllo si evolvono verso modelli standardizzati ed automatizzati e minori sono gli spazi di tutela.

Ad ogni buon conto, ci soffermeremo soprattutto, nell'ambito dello scambio spontaneo, su di un tema di scottante attualità, ossia, l'utilizzabilità delle liste Falciani e Vaduz.

Prima, però, si ritiene utile tratteggiare un quadro generale della cooperazione amministrativa.

1. TIPOLOGIE DI COOPERAZIONE: PANORAMICA GENERALE

Occorre premettere che la cooperazione tra amministrazioni fiscali di Stati differenti si attua sia nella fase dell'accertamento che in quella della riscossione e della notifica degli atti. In questa sede, dati i limiti del presente contributo, ci soffermeremo sulla fase dell'accertamento. In tale ambito la cooperazione può prevedere lo scambio di informazioni ma anche lo svolgimento di verifiche simultanee nei diversi Stati o verifiche condotte con la presenza di funzionari stranieri: la cooperazione in tema di verifiche in ambito europeo è disciplinata dal progetto Fiscalis, che viene aggiornato ogni 4 anni e, pertanto, attualmente è in corso il progetto 2014/2017. Tuttavia, la principale forma di cooperazione tra amministrazioni fiscali è attualmente quella dello scambio di informazioni, nelle tre forme di scambio a richiesta (ossia a seguito di specifica richiesta dello stato di residenza del possessore di un reddito o di un asset, nell'ambito di una specifica attività di controllo), automatico (ossia, uno scambio a scadenze predeterminate di una data tipologia di informazioni concernenti determinate categorie di contribuenti, normalmente residenti negli Stati contraenti) e spontaneo (cioè, innescato su iniziativa dello Stato detentore delle informazioni).

In questa sede, pertanto, focalizzeremo l'attenzione sullo scambio di informazioni, soprattutto a richiesta ed automatico, ossia, sullo standard procedurale attuale e futuro.

Occorre innanzitutto evidenziare che lo standard attuale, ossia, la forma di scambio più importante, è quello dello scambio su richiesta; mentre, l'impegno dell'OCSE, del G20 e del Consiglio d'Europa sul breve termine è quello del rafforzamento dello scambio automatico su base multilaterale o globale.

In tale direzione va salutato favorevolmente il rapporto BEPS dell'OCSE, avente lo scopo di individuare un piano di azione, articolato in 15 aree, per rimuovere i fenomeni di erosione delle basi imponibili e di profit shifting, mediante l'individuazione di nuovi criteri per la determinazione del transfer pricing, nuovi criteri di collegamento tra le imprese transnazionali (specialmente quelle del settore digitale) e le giurisdizioni fiscali, una armonizzazione delle basi imponibili per evitare le distorsioni causate dagli ibrid loans (in ciò sposandosi con la recente modifica della direttiva madrefiglia), la rimozione delle possibili distorsioni connesse al pagamento di interessi ed altri proventi finanziari. In tale contesto, il 14 marzo scorso l'OCSE ha presentato il discussion draft relativo all'action plan 6, che nell'ambito del BEPS, contiene indicazioni sul contrasto al treaty shopping. Tali indicazioni si sostanziano nella previsione nelle convenzioni bilaterali di una clausola antiabuso per evitare che i benefici fiscali del trattato siano goduti da soggetti che agiscono per scopi sostanzialmente contrari a quelli del trattato stesso; inoltre l'action plan 6 prescrive di adeguare le legislazioni nazionali al fine di evitare che dall'abuso dei trattati derivi una elusione delle norme domestiche.

Proprio la pratica del treaty shopping evidenzia come lo sbocco desiderabile per la cooperazione internazionale è quello degli accordi multilaterali, che assicurano una omogeneità di disciplina alle relazioni fiscali internazionali.

2. GLI SVILUPPI DELLA COOPERAZIONE: UN BREVE QUADRO D'INSIEME

E', quindi, in tale prospettiva che si inserisce il percorso evolutivo della cooperazione amministrativa tra amministrazioni finanziarie, che ha come principale propulsore le iniziative intraprese dall'Unione Europea con le proposte di ampliamento del campo di applicazione sia della Direttiva 2011/16/UE (costituente disciplina generale della cooperazione amministrativa in materia fiscale in ambito europeo) che della cd. Direttiva Risparmio (direttiva 2003/48/UE) in materia di tassazione dei redditi da risparmio, contenente anche una importante disciplina sullo scambio automatico di informazioni. Mentre, in ambito internazionale il principale propulsore dello sviluppo della cooperazione amministrativa è costituito dai modelli di accordo intergovernativi IGA per l'applicazione della normativa statunitense FATCA e il nuovo modello multilaterale elaborato dall'OCSE, denominato "common reporting standard", che in un certo senso ingloba i punti di forza dei modelli di cooperazione prima citati.

Con particolare riferimento allo standard FATCA, su cui ci soffermeremo brevemente tra poco, il quale ha dato la stura ai modelli di accordo intergovernativi IGA, esso potrebbe contribuire alla promozione di un unico approccio a livello globale sulle modalità di reporting delle istituzioni finanziarie e, in futuro, contribuire allo sviluppo di un sistema multilaterale di scambio automatico di informazioni fiscali più ampio di quello previsto tra gli Stati membri dell'U.E.: tanto è vero che le proposte di ampliamento della direttiva 2011/16/UE hanno lo scopo di attuare una sorta di FACTA europeo.

In particolare, i Modelli IGA possono essere di slancio, anche in ambito U.E., verso una maggiore trasparenza, se si tiene conto che gli Stati membri dell'U.E. sono tenuti ad applicare il principio della "most favourite nation" che, in un'interpretazione estensiva, richiede ad uno Stato membro che stipula un accordo FATCA, qualora scambi automaticamente informazioni (saldo di conto, dividendi, interessi e altri proventi) con gli Stati Uniti, di condividere le stesse informazioni all'interno dell'Unione europea. In questa interpretazione il FATCA diventa uno strumento molto efficace a disposizione dei governi dell'Unione Europea interessati a ricevere uno scambio automatico globale di informazioni dalle altre giurisdizioni europee. Così, la proposta di giugno 2013 della Commissione Europea, tendente all'ampliamento della Direttiva 2011/16/UE, utilizza la "most favourite nation clause" e l'esistenza di accordi FATCA come motivazione per la comunicazione tra Paesi EU delle informazioni su interessi, dividendi, plusvalenze saldi contabili a partire dal 2015.

In tale prospettiva il nuovo common reporting standard si configura quale vero e proprio standard mondiale: infatti, in tale standard sono state superate alcune criticità del FATCA, in quanto, ad esempio, ciò che rileva per il controllo è la residenza fiscale estera, e non la cittadinanza, e non sono previste soglie quantitative per escludere lo scambio di informazioni.

In buona sostanza, possiamo affermare che il modello C.R.S. mira a riunificare in unico standard le iniziative intraprese dall'UE, dal G5 e dagli Stati Uniti in modo da incanalare gli sforzi verso il raggiungimento di un unico obiettivo: la lotta all'evasione e all'elusione internazionale attraverso uno scambio automatico di informazioni.

Sul piano storico-evolutivo, può essere interessante evidenziare che una delle esperienze di maggiore successo, nell'ambito della cooperazione multilaterale, è stata la Convenzione dei Paesi Nordici, inizialmente stipulata nel 1972 tra Danimarca, Groenlandia, Norvegia, Svezia e Finlandia, poi ampliata nel 1998. I fattori di successo di tale convenzione si ravvisano nel fatto che gli Stati firmatari hanno sistemi fiscali e cultura amministrativa simili, nonché interessi economici e politici simili.

La somiglianza di questi paesi e il numero limitato dei firmatari sono, quindi, gli elementi che hanno contribuito al successo di questo trattato multilaterale. Ciò insegna che affinché la cooperazione multilaterale possa avere successo è necessaria una armonizzazione dei sistemi fiscali, delle prassi amministrative, oltreché, una crescente integrazione economica e politica.

3. LA COOPERAZIONE IN AMBITO INTERNAZIONALE: GLI ACCORDI BILATERALI

Attualmente, la disciplina dei rapporti tributari transnazionali è affidata soprattutto a convenzioni bilaterali sul modello OCSE od Onu: si tratta di modelli di convenzione pressochè sovrapponibili, tuttavia, il modello ONU si riferisce alla regolazione dei rapporti tra le potestà impositive di stati sviluppati e stati in via di sviluppo, andando a privilegiare la potestà impositiva dello stato della fonte, che verosimilmente è uno stato in via di sviluppo.

La regolazione dei rapporti tributari transnazionali basata sugli accordi bilaterali ha fatto sì che, attualmente, esistono ben 2mila accordi bilaterali. Tale situazione determina notevoli distorsioni come il treaty shopping ossia una pratica elusiva che si sostanzia nella creazione di una conduit, cioè, di una società che si appalesa come una costruzione di mero artificio, in uno Stato che ha contratto con lo Stato della fonte del reddito una convenzione più favorevole al percettore del reddito rispetto alla convenzione intercorrente tra il medesimo Stato della fonte e quello di effettivo stabilimento dei reali beneficiari del reddito stesso.

Per tale ragione, come anticipato, lo sviluppo in atto alla cooperazione amministrativa va nel senso degli accordi multilaterali dedicati esclusivamente alla cooperazione amministrativa. I vantaggi sono: 1) l'aver sganciato la cooperazione amministrativa dagli accordi sul riparto di potestà impositiva fa sì che la cooperazione tuteli meglio gli interessi di tutti i contraenti; 2) si ha una disciplina omogenea sullo scambio di informazioni; 3) la disciplina medesima è più dettagliata di quella inclusa in un accordo che ha come scopo principale il riparto della potestà impositiva; 4) in alcuni casi gli accordi multilaterali prevedono l'istituzione di organismi preposti alla consultazione in merito alla corretta interpretazione delle disposizioni del trattato medesimo.

3.1 L'ARTICOLO 26 DEL MODELLO OCSE

Nell'ambito degli accordi bilaterali, L'art. 26 del Modello di Convenzione OCSE è considerato lo standard internazionale in materia di trasparenza e scambio di informazioni tra autorità competenti. Questa clausola è stata considerata, per circa un cinquantennio, lo strumento più adeguato a consentire agli Stati, che adottano il principio della tassazione su base mondiale, di combattere l'evasione fiscale transfrontaliera che, com'è intuibile, si concentra sulle basi imponibili più mobili, che possono essere delocalizzate soprattutto verso Stati dove vige il segreto bancario.

Com'è intuibile, lo scambio di informazioni e l'abolizione del segreto bancario rappresentano, quindi, i principali obiettivi su cui punta la comunità internazionale.

Finalità. Nell'ottica dell'art. 26 modello OCSE lo scambio d'informazioni è finalizzato a una corretta applicazione sia delle norme contenute nella convenzione sia delle norme fiscali interne degli Stati, adempiendo a un duplice obiettivo ossia evitare la doppia imposizione e controllare fenomeni di evasione ed elusione d'imposta.

AMBITO SOGGETTIVO. L'evoluzione che l'art. 26 ha avuto negli anni ha corrisposto anche ad un mutato ruolo dello scambio di informazioni. Infatti, dopo la prima versione del 1963, la versione novellata nel 1977 stabilisce espressamente che "lo scambio di informazioni non è limitato dall'art.1" del Modello Ocse, ciò significa che si estende a tutti i contribuenti a prescindere dalla residenza, anche a quelli residenti in paesi terzi. Nel Commentario al Modello del 1977 si precisa, però, che non è una modifica dell'ambito di applicazione soggettivo ma un chiarimento di quanto implicitamente stabilito nella versione originaria.

In ogni caso, questa differenza mostra un'evoluzione nella concezione dello scambio di informazioni da strumento per evitare la doppia imposizione internazionale, mirato a dare corretta attuazione alla Convenzione, a strumento essenziale per l'attuazione delle normative fiscali interne dei singoli Stati, nell'ambito della cooperazione internazionale.

Ambito oggettivo. L'ampliamento dell'ambito oggettivo dell'art. 26 si è avuto con la modifica al Modello avvenuta nel 2000, consentendo lo scambio di informazioni relativamente alle imposte di

qualsiasi natura o denominazione, anche nel settore della fiscalità indiretta e locale: ciò è molto importante, ad esempio, ai fini della determinazione dell'imponibile IRAP.

La versione attuale dell'art. 26, introdotta nel 2005 e modificata il 17 luglio 2012 conferma l'ampio approccio allo scambio di informazioni, in quanto sono state apportate modifiche significative per ampliare ulteriormente la portata dello scambio di informazioni. Sono stati, infatti, superati i limiti costituiti dal segreto bancario e dall'assenza di interesse fiscale da parte dello Stato richiesto di fornire determinate informazioni. In sostanza, gli Stati non possono più opporre ad una richiesta di informazioni da parte di altro Stato il segreto bancario o l'assenza di un proprio interesse nella specifica attività di controllo. Inoltre, il novellato art. 26 apre alla possibilità per un utilizzo extrafiscale delle informazioni scambiate, prevedendo che le stesse possono essere rivelate nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, senza alcuna ulteriore attribuzione: pertanto, tali informazioni possono essere rivelate anche in processi diversi da quello tributario: ciò avrà la sua rilevanza quando affronteremo il caso Falciani.

LIMITI. L'attuale versione dell'art. 26 conferma il c.d. "divieto delle fishing expeditions" (spedizioni di pesca), quale limite allo scambio di informazioni: di tale limite ci occuperemo quando parleremo della cooperazione in ambito europeo, in quanto trattasi di limiti comuni alla disciplina europea.

Attualmente, quindi, lo scambio di informazioni secondo il Modello Ocse non è limitato ai soggetti ed ai tributi oggetto della Convenzione poiché, per quanto riguarda l'ambito soggettivo, le informazioni scambiate possono riguardare anche persone che non sono residenti in alcuno degli Stati contraenti; l'ambito oggettivo dello scambio di informazioni include imposte di qualsiasi genere o denominazione applicate da uno Stato contraente, o da una sua suddivisione politica o da autorità locali. Infine, le finalità dello scambio di informazioni sono individuate nell'attuazione di specifiche disposizioni della Convenzione, nell'applicazione della legge interna in materia di imposte di qualunque tipo e nella generica lotta all'evasione fiscale.

4) LA COOPERAZIONE MULTILATERALE IN AMBITO INTERNAZIONALE

4.1 CONVENZIONE SULLA MUTUA ASSISTENZA AMMINISTRATIVA IN MATERIA FISCALE TRA CONSIGLIO D'EUROPA ED OCSE

Finalità. Le finalità di tale strumento multilaterale si evincono dal preambolo, il quale afferma che la convenzione ha lo scopo di favorire la cooperazione fra le Autorità fiscali degli Stati membri dell'OCSE e del Consiglio d'Europa, per assicurare un'efficace attuazione delle legislazioni fiscali nazionali, al fine di esercitare un'incisiva azione di contrasto all'evasione fiscale interna ed internazionale, nel rispetto, allo stesso tempo, dei diritti del contribuente.

Come vedremo tale Convenzione è l'unico strumento di cooperazione che fa riferimento ai diritti dei contribuenti.

Gli Stati aderenti. La Convenzione è stata aperta per la ratifica ai paesi membri dell'OCSE dal 25 gennaio 1988 ed è entrata in vigore nel 1995 con la ratifica da parte dei primi cinque Stati firmatari ossia Usa, Finlandia, Svezia, Norvegia e Danimarca. Attualmente più di 60 paesi l'hanno sottoscritta, tra cui tutti i paesi del G20, tutti i paesi BRICS, quasi tutti i paesi dell'OCSE, soprattutto centri finanziari e un numero crescente di paesi in via di sviluppo, 4 paesi hanno firmato lettere di intenzione a sottoscrivere e sono 36 i paesi che hanno depositato gli strumenti di ratifica.

Ambito oggettivo. La Convenzione può essere definita come un completamento ed un'integrazione delle regole di natura procedurale presenti nel Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. A fronte dei numerosi trattati bilaterali contro la doppia imposizione questa si distingue sia per essere uno strumento multilaterale, sia per la peculiarità della materia disciplinata,

avendo ad oggetto non solamente lo scambio d'informazioni in materia fiscale ma anche il servizio di notificazione dei documenti nell'ambito degli Stati contraenti, nonché la mutua assistenza nella fase della riscossione.

Si tratta di un accordo multilaterale estremamente efficace in considerazione sia dell'ampia platea dei Paesi cui può applicarsi e sia della tipologia di tributi che abbraccia: imposte sul reddito e sul patrimonio, imposte di successione e di donazione, l'imposta sul valore aggiunto, i contributi sociali versati allo Stato o ad istituti di previdenza sociale di diritto pubblico. E' specificamente esclusa l'applicazione solo ai dazi doganali (Art.2). Qualsiasi Stato che intenda ratificare questa Convenzione può riservarsi il solo diritto di applicarla a determinate imposte, le imposte sul reddito; inoltre gli Stati contraenti possono apporre una riserva per quanto riguarda l'assistenza in materia di riscossione o di notificazione, limitandosi così ad applicare le disposizioni pattizie concernenti lo scambio di informazioni (come nel caso degli Stati Uniti).

Ambito soggettivo. L'ultimo comma dell'art.1 disciplina l'ambito di applicazione soggettivo, stabilendo espressamente che lo scambio di informazioni fra Stati contraenti può riferirsi a qualsiasi soggetto, a prescindere dalla nazionalità o dalla residenza; pertanto la Convenzione obbliga le amministrazioni finanziarie degli Stati contraenti a fornirsi assistenza anche in relazione ai contribuenti di Stati terzi a prescindere dai criteri di collegamento della nazionalità o della residenza in uno o più Paesi firmatari.

Tutela del contribuente. Come anticipato, la convenzione in commento è l'unico strumento di cooperazione che affronta il problema della tutela del contribuente in materia di scambio di informazioni, anche se in modo insufficiente e inefficace, affermando nel Preambolo che gli Stati devono impegnarsi a tutelare gli interessi legittimi dei contribuenti, proteggendoli dalle discriminazioni e dalla doppia imposizione. Questa affermazione di principio è poi concretizzata nell'articolo 21 che, però, rimette tutto alla legislazione interna degli Stati.

Evoluzione. Nel 2010 l'Ocse e il Consiglio d'Europa hanno firmato un protocollo di modifica della Convenzione, al fine di adeguare le disposizioni agli standard di trasparenza e scambio di informazioni accettati a livello internazionale per il contrasto all'evasione internazionale.

La principale novità è di favorire lo scambio di informazioni coperte dal segreto bancario secondo la legislazione interna, nonché allo scambio di informazioni anche in assenza di uno specifico interesse dello Stato richiesto. Nel caso in cui uno Stato riceva una richiesta di informazioni bancarie provenienti da un'altra giurisdizione legata alla medesima Convenzione non può rifiutare opponendo la riservatezza degli utenti delle proprie banche o l'interesse dello Stato.

Inoltre, l'emendata Convenzione prevede la possibilità di effettuare verifiche fiscali simultanee multilaterali anche attraverso l'invio di agenti delle finanze al di fuori dei confini nazionali per condurre le indagini insieme ai colleghi locali e l'assistenza transfrontaliera per la riscossione delle imposte, sempre nel rispetto della sovranità nazionale e dei diritti dei contribuenti, assicurando in tal senso ampie salvaguardie per la riservatezza delle informazioni scambiate.

Con queste modifiche l'OCSE e il Consiglio d'Europa hanno voluto intensificare la cooperazione internazionale prevedendo anche l'apertura della Convenzione a paesi che non sono membri del Consiglio d'Europa o dell'OCSE, rendendolo così uno strumento di lotta contro la frode fiscale di portata internazionale in risposta all'appello del G20 di Londra del 2009 di far usufruire i Paesi in via di sviluppo dei vantaggi procurati dal nuovo clima di cooperazione in materia fiscale.

La Convenzione ha ormai assunto un'importanza crescente con il recente appello del G20 affinché lo scambio automatico di informazioni diventi il nuovo standard internazionale di scambio di informazioni in materia fiscale. Questo perché la convenzione fornisce uno strumento ideale per attuare rapidamente lo scambio automatico.

4.2 IL FACTA

Nell'ambito dello scambio automatico di informazioni finanziarie a scopi fiscali su basi multilaterali, il FATCA sembra porsi come lo strumento giuridico più efficace in grado di superare definitivamente il segreto bancario.

CHE COS'È IL FACTA

Il FACTA nasce come disciplina unilaterale. Infatti, nel 2010 negli USA, anche a seguito dello scandalo di evasione fiscale offshore della U.B.S., il Congresso votò l'inserimento, all'interno del Titolo A, rubricato "Foreign account compliance tax", dell'Internal Revenue Code (il TUIR made in USA), di disposizioni volte ad ottenere informazioni da istituzioni finanziarie straniere ("foreign financial institutions "F.F.I.") in ordine a conti finanziari riconducibili a soggetti aventi cittadinanza negli USA: in base a tale normativa, le F.F.I. sono state obbligate a stipulare accordi contrattuali con l'Internal Revenue Service (IRS), in mancanza tali istituzioni subiscono una ritenuta alla fonte del 30% su tutti i proventi finanziari di fonte USA, che le stesse ricevono sia come intermediari che in proprio.

In sintesi, le regole FATCA, approvate dal Congresso americano nel 2010, impongono alle F.F.I. di scegliere tra due strade:

1) siglare un accordo vincolante con l'IRS in cui si prevede l'identificazione degli investitori USA che detengono conti e/o strumenti finanziari, e comunicare alcune loro informazioni; 2) subire un'imposizione del 30% sui redditi di natura finanziaria di fonte USA nonché sui pagamenti ad essi correlati.

Tale ultima eventualità si verifica nei confronti dei soggetti per i quali l'intermediario finanziario non riceve l'autorizzazione a fornire i dati richiesti dal FACTA, ovvero, nei confronti delle medesime istituzioni finanziarie che si rifiutano di aderire al FACTA o che non possono aderirvi a causa delle legislazioni nazionali (c.d. "soggetti recalcitranti").

L'ACCORDO IGA

Orbene, al fine di semplificare gli adempimenti per le F.F.I. e di adattare le legislazioni nazionali, nel 2012 è stato elaborato, prendendo a base la disciplina FACTA made in USA, un modello di accordo intergovernativo tra 5 Stati, ossia, gli USA, l'Italia, la Gran Bretagna, la Francia e la Spagna (c.d. "IGA 1").

Come si legge nel comunicato congiunto del 8 febbraio 2012 dei 5 paesi contraenti: "Questo Modello di Accordo stabilisce un quadro di riferimento per la comunicazione da parte delle istituzioni finanziarie di determinate informazioni relative a conti di natura finanziaria alle rispettive autorità fiscali, cui segue lo scambio automatico di tali informazioni in virtù dei trattati fiscali bilaterali o accordi per lo scambio di informazioni già esistenti. Il Modello di Accordo risponde alle questioni giuridiche che erano state sollevate riguardo alle disposizioni del Foreign Account Tax Compliance Act, ne semplifica l'applicazione per le istituzioni finanziarie e prevede il reciproco scambio di informazioni."

Sulla base del suddetto modello di accordo intergovernativo IGA 1, stipulato il 26 luglio 2012, il 10 gennaio 2014 il ministro dell'Economia e delle Finanze, Fabrizio Saccomanni, e l'ambasciatore statunitense in Italia, John R. Phillips, hanno firmato l'accordo per applicare la normativa del FACTA in Italia (c.d. "FACTA Italia"). Attualmente si è in attesa della ratifica parlamentare e dell'emanazione di decreti attuativi da parte del MEF. Il 23 aprile scorso il MEF ha aperto la consultazione pubblica sullo schema di decreto attuativo, che fisserà le modalità di rilevazione e trasmissione delle informazioni ed il contenuto ed i termini delle comunicazioni.

I VANTAGGI DELL'ACCORDO IGA 1

Questo accordo consentirà di migliorare la compliance fiscale internazionale attraverso lo scambio automatico di informazioni di natura finanziaria tra autorità fiscali italiane e statunitensi che avrà luogo su basi di reciprocità. La cooperazione riguarderà i conti detenuti rispettivamente negli Stati Uniti da soggetti residenti in Italia e da residenti e cittadini americani presso istituzioni finanziarie

italiane. Oggetto dello scambio di informazioni saranno i proventi finanziari pagati su tali conti nonché i saldi dei conti stessi. L'accordo intergovernativo firmato permetterà di minimizzare gli oneri di adempimento per gli intermediari finanziari italiani, che dovranno interfacciarsi soltanto con l'Agenzia delle Entrate italiana e non con l'IRS americano.

GLI ADEMPIMENTI PER GLI INTERMEDIARI ITALIANI

Come affermato da Assofiduciaria, la disciplina facta ha un impatto non solo fiscale, ma inciderà sui modelli di business, sull'approccio alla clientela e sulle procedure di gestione interna dei dati. L'ABI, con la Circolare della serie fiscale n. 1 del 14 gennaio 2014, ha impartito istruzioni operative sulla presupposizione che il FACTA entrerà a regime il 1 luglio 2014. Tali istruzioni sono conformi alle norme dello schema di decreto attuativo. In sintesi, le banche dovranno monitorare tutti i rapporti finanziari riconducibili a persone fisiche cittadini USA ed agli enti riconducibili a tali soggetti (c.d. "procedura di adeguata verifica"), distinguendo tra rapporti sorti prima e dopo il 30/06/2014; per gli enti si dovrà fare riferimento alla residenza dei soci con partecipazioni superiori al 10%. Si dovrà tenere conto, esclusivamente, dei rapporti il cui saldo aggregato è superiore a 50mila USD; l'ABI ha precisato che l'aggregazione richiesta è solo quella possibile in base al C.F., alla P.IVA od al codice cliente, ma non richiede ulteriori indagini da parte della banca: dall'aggregazione sono esclusi rapporti detenuti come fiduciario. Inoltre, vi è una differenza tra gli obblighi informativi a seconda che il saldo sia superiore od inferiore ad 1 milione USD e se il rapporto è già esistente al 30 giugno 2014: dopo tale data sono i correntisti a dovere fornire alla banca una serie di informazioni, che fino ad allora la banca è obbligata a reperire in proprio.

La comunicazione dei dati avviene annualmente entro il 30 giugno dell'anno solare successivo. L'Agenzia delle Entrate trasmetterà all'IRS i dati ricevuti entro il nono mese dalla chiusura dell'anno solare di riferimento. La procedura di trasmissione è stata negoziata in sede OCSE con l'IRS e le associazioni di categoria tra cui l'ABI: tale procedura è stata denominata FACTA XML ed è disponibile sul sito dell'IRS.

pasquale

4.3 IL COMMON REPORTING STANDARD DELL'OCSE – GACTA

Nell'ambito di un'ampia tendenza globale per garantire una maggiore standardizzazione nella condivisione e nel flusso di informazioni in materia fiscale, oltre ai due tentativi dell'Unione europea e al FATCA anche la realizzazione del Common reporting standard (CRS) da parte del global forum dell'OCSE pubblicato a febbraio 2014 segna una pietra miliare nel movimento sempre crescente verso la trasparenza fiscale, mirando a creare un altro deterrente per l'uso da parte dei contribuenti di conti finanziari offshore (detenuti

direttamente o indirettamente) per eludere le passività fiscali nazionali. Come il FATCA, il CRS richiede alle istituzioni finanziarie di tutto il mondo di svolgere un ruolo centrale nel fornire alle autorità fiscali un maggiore accesso ai dati finanziari dei contribuenti, tra cui il reddito derivante da questi conti. Il G8 e il G20 hanno incaricato l'estate scorsa l'OCSE di sviluppare il CRS per facilitare lo scambio automatico. Per una sua attuazione multilaterale, l'OCSE ha moltiplicato i suoi sforzi per offrire un sistema standardizzato, sicuro ed efficace per uno scambio automatico di informazioni. Nello specifico l'OCSE ha avanzato rapidamente per lo sviluppo di un modello standardizzato multilaterale per il reporting e lo scambio automatico di alcune informazioni su determinati conti detenuti da istituzioni finanziarie, incluse regole di due diligence, reporting formats e metodi di trasmissione sicuri. L'obiettivo nello sviluppo di questo modello è massimizzare i benefici della compliance per i paesi di residenza e ridurre i costi per le istituzioni finanziarie attraverso lo sviluppo di un unico standard, piuttosto che la proliferazione di diversi. Come già detto, un catalizzatore fondamentale per lo sviluppo dello scambio automatico di informazioni e per il lavoro dell'OCSE in corso è stata la normativa FATCA.

Infatti l'OCSE ha sviluppato un quadro multilaterale per lo scambio automatico di

informazioni fiscali sulla base del Modello IGA 1, creando un model treaty denominato Common Reporting Standard (CRS) che faciliti il reporting e lo scambio di informazioni, come previste dalla normativa FATCA, che contiene l'obbligo per le istituzioni finanziarie dei paesi che aderiranno a questa iniziativa di identificare tutti i correntisti stranieri, di riportare le informazioni e di due diligence. Dato che il CRS riguarda tutti i correntisti stranieri l'impatto di tali norme può essere molto più grande rispetto al FATCA e proprio per questo lo scambio automatico di informazioni a livello mondiale è a volte indicato come FATCA globale o "GATCA".

Per l'estate sono attese le linee guida tecniche per adattare le procedure alle esigenze degli operatori; con il G20 del prossimo settembre è attesa l'approvazione da parte dei capi di Stato e di Governo, mentre ci si attende che vi sarà il recepimento legislativo da parte degli stati contraenti con efficacia dal 1 gennaio 2015.

Attualmente, 44 Paesi sia dell'OCSE che terzi hanno aderito al CRS mediante una dichiarazione congiunta del 19 marzo scorso: pertanto, sono previsti a breve gli accordi attuativi, che prenderanno forma sia di accordi bilaterali che multilaterali. In sostanza, gli intermediari dovranno fornire alle autorità fiscali nazionali informazioni relative ai conti intrattenuti sia alla data del 31/12/2015 che aperti successivamente. Dal settembre 2017 dovranno essere fornite le informazioni relative ai conti di persone fisiche più rilevanti, mentre da settembre 2018 sarà la volta dei conti meno rilevanti delle persone fisiche e dei conti degli enti. Non solo, già dal 2016 gli intermediari dovranno implementare nuove procedure di apertura dei rapporti volte ad identificare fin da subito la residenza fiscale dei clienti.

5. LA COOPERAZIONE MULTILATERALE IN AMBITO EUROPEO

5.1 LA DIRETTIVA 2011/16/UE

La disciplina europea in materia di scambio di informazioni attualmente in vigore fa riferimento, per la maggior parte delle imposte, alla Direttiva 2011/16/UE del 15 febbraio 2011, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale, che abroga la Direttiva 77/799/CEE, ponendosi in un certo senso come disciplina generale. Tale direttiva è stata recepita con il Dlgs. N. 29 del 4 marzo 2014.

L'ESCLUSIONE DELL'IVA. Occorre evidenziare che lo scambio di informazioni in materia IVA ha una disciplina specifica, il Regolamento (UE) n. 904/2010 del Consiglio del 7 ottobre 2010, relativo alla cooperazione amministrativa e alla lotta contro la frode in materia d'imposta sul valore aggiunto, in vigore dall'1/01/2012; lo stesso vale per le accise disciplinate dal Regolamento (UE) n. 389/2012 del 2 maggio 2012 relativo alla cooperazione amministrativa in materia di accise, che abroga il Regolamento (CE) n. 2073/2004, che ha aspetti simili alla disciplina IVA.

Si tenga presente che la banca dati Vies, già prevista dal regolamento del 2003 in materia di cooperazione contro le frodi IVA, è un importante canale di scambio di informazioni circa gli operatori e le operazioni intracomunitarie. L'art. 23 del suddetto Regolamento n. 904/2010, ha specificato le condizioni di iscrizione e di cancellazione dal Vies, sulla base del quale sono stati adottati i provvedimenti attuativi dell'Agenzia delle Entrate.

Eurofisc è un network cui partecipano le autorità nazionali di tutti gli Stati membri, finalizzato ad adottare azioni rapide e mirate contro nuovi e specifici tipi di frode dell'IVA, in particolare contro le frodi carosello e quelle nel settore dei veicoli e delle imbarcazioni. . Esso agisce attraverso meccanismi di early warning multilaterale e il coordinamento dello scambio di dati. Inoltre, mediante una piattaforma elettronica condivisa gestita dalla Commissione europea, monitora in tempo reale i flussi informativi.

Ambito oggettivo. A livello europeo la Direttiva 2011/16/UE, rispetto alla direttiva abrogata, potenzia la disciplina dello scambio automatico prevedendone l'obbligatorietà dal 2015 per le

informazioni in possesso delle autorità fiscali riguardanti i residenti degli altri Stati membri, con riguardo ai periodi d'imposta decorrenti dal 1° gennaio 2014. Ciò con riferimento a cinque tipologie di reddito: a) redditi da lavoro; b) compensi per dirigenti; c) prodotti di assicurazione sulla vita non rientranti in altre discipline di cooperazione; d) pensioni; e) proprietà e redditi immobiliari.

La nuova Direttiva obbliga gli Stati membri a scambiare le informazioni dal 1 gennaio 2015.

In un primo tempo, però, lo scambio dipende esclusivamente dalla disponibilità dei dati, lasciando ai paesi margine di discrezionalità. La direttiva prevede che dal 2017 i paesi dovranno obbligatoriamente scambiare informazioni su almeno tre delle cinque suddette tipologie di redditi. Il nuovo progetto legislativo, richiesto dal Consiglio Europeo di fine maggio, approvato a ottobre 2013 prevede l'ampliamento dell'ambito oggettivo ai redditi di natura finanziaria fin dal 2015 in poi, senza la condizione di disponibilità, ossia dividendi, guadagni di capitale, saldi di conto correnti e altri guadagni finanziari.

Stabilisce poi che dal 2017 sarebbero aggiunte le royalties e abrogata la condizione della disponibilità dei dati per tutti quei redditi ancora soggetti a questa particolarità. Il tentativo è di accelerare la nascita di un "Fatca europeo".

La necessità di ampliare lo scambio di informazioni ai dividendi si pone in linea anche con la proposta di modifica della direttiva madre figlia (direttiva 435 del 23 luglio 1990) tendente a contrastare gli ibrid loans adjustment, ossia strumenti finanziari che attribuiscono al percettore residente in uno Stato membro un dividendo depurato da ogni ritenuta mentre consentono al soggetto emittente lo strumento di dedurre come interesse l'emolumento in altro Stato membro. Con tale proposta si mira a tassare nello Stato della residenza l'importo dedotto nello Stato della fonte.

Esclusioni. In sostanza, L'ambito oggettivo della disciplina è esteso alle imposte di qualsiasi tipo riscosse da o per conto di uno Stato membro o delle ripartizioni territoriali o amministrative di uno Stato membro, comprese le autorità locali con l'esclusione dell'Imposta sul Valore Aggiunto, dei dazi doganali e delle accise per le quali c'è specifica disciplina.

La Direttiva in parola non si applica inoltre ai contributi previdenziali obbligatori dovuti allo Stato membro, ai diritti quali quelli per certificati e altri documenti rilasciati da autorità pubbliche, alle tasse di natura contrattuale quale corrispettivo per pubblici servizi. (Art. 2 par.3 Direttiva 2011/16/UE)

Ambito soggettivo. Si adotta una visione più ampia possibile dei contribuenti a cui possono riferirsi le informazioni scambiate, quali persone fisiche, persone giuridiche, enti o associazioni prive di personalità giuridica, a cui è riconosciuta la capacità di compiere atti giuridici, e "qualsiasi altro istituto giuridico di qualunque natura e forma, dotato o meno di personalità giuridica, che possiede e gestisce beni che, compreso il reddito da essi derivato, sono soggetti a una delle imposte di cui alla presente direttiva".

Sul piano soggettivo Non ci sono limitazioni riguardo alla residenza o nazionalità del contribuente, non essendoci alcuna previsione relativa ai soggetti cui lo scambio può riferirsi. È da ritenere che lo scambio di informazioni possa riguardare tutti i

contribuenti, persona fisica o giuridica, residenti, non residenti e non cittadini UE purché si tratti di un'imposta di uno Stato membro. L'unica eccezione è costituita dallo scambio automatico di informazioni che per espressa previsione si applicherà unicamente ai residenti di Stati Membri.

Concetto di informazione. Occorre evidenziare ancora sul piano oggettivo che, pur se previste le modalità con cui dovesse avvenire lo scambio di informazioni manca una definizione di informazione da parte del legislatore europeo. In tal caso si conviene con quella parte della dottrina che interpreta il concetto nel modo più ampio, comprendendo documenti, attestazioni ufficiali, esiti di indagini e altri elementi necessari a meglio definire un caso concreto.

I LIMITI. Per quanto riguarda i limiti allo scambio di informazioni, Lo scambio di informazioni in ambito UE è allineato allo standard internazionale contenuto all'art. 26 del modello OCSE,

pertanto, ricollega la necessità della cooperazione amministrativa alle informazioni che siano “prevedibilmente pertinenti per l’amministrazione e l’applicazione delle normative tributarie degli Stati Membri”. Come tali si intendono quelle richieste di informazioni che siano comprensibili, motivate e verificate. Il concetto di prevedibile pertinenza è da intendersi riferito allo scambio di informazioni in materia fiscale nella misura più ampia possibile con l’unico limite di non consentire “ richieste generiche di informazioni” o richieste di informazioni “non pertinenti alle questioni fiscali di un contribuente” (divieto delle fishing expeditions).

La Direttiva ripropone gli stessi limiti allo scambio di informazioni previsti dall’art. 26, c. 3, modello OCSE, nel testo novellato nel 2005, ossia: a) divieto Di adottare misure amministrative in deroga alla propria legislazione o alla propria prassi amministrativa o a quella dell’altro Stato contraente; b) divieto di fornire informazioni che non potrebbero essere ottenute in base alla propria legislazione o nel quadro della propria normale prassi amministrativa o di quella dell’altro Stato contraenti; c) divieto Di trasmettere informazioni che potrebbero svelare un segreto commerciale, industriale, professionale o un processo commerciale oppure informazioni la cui comunicazione sia contraria all’ordine pubblico.”. In ogni caso lo Stato richiesto non può opporre la circostanza di non avere interesse fiscale in causa né, tantomeno, il segreto bancario. Ancora, la direttiva ripropone come limiti il rispetto della sussidiarietà (formano oggetto di cooperazione le informazioni non reperibili internamente senza uno sforzo sproporzionato rispetto all’utilità); reciprocità (non possono essere richieste informazioni che non possono essere ottenute esercitando i poteri attribuiti dall’Ordinamento domestico né che lo Stato richiesto non può reperire in base al proprio Ordinamento).

Infine la nuova Direttiva supera alcuni grandi limiti della Direttiva 77/799/CEE tra cui la possibilità di rifiutare lo scambio di informazioni in virtù del segreto bancario, almeno in relazione alle informazioni relative a periodi d’imposta successivi al 1 gennaio 2011 (ciò in linea con l’evoluzione dell’art. 26 OCSE) e

l’introduzione di limiti temporali allo scambio, a seconda della modalità, al fine di garantire l’effettività dello scambio. Ad es. l’art. 7 della Direttiva prevede, in caso di scambio a richiesta, un termine di 3 mesi se l’informazione è già in possesso, ovvero, di 6 mesi se sono necessarie indagini; mentre, nello scambio automatico, è previsto un termine di 6 mesi dal termine dell’anno a cui si riferiscono le informazioni; mentre, nello scambio spontaneo è previsto il termine di un mese dalla disponibilità delle informazioni.

Conclusivamente, la rilevanza della Direttiva potrebbe in futuro ulteriormente aumentare se sarà confermata la proposta della Commissione europea dello scorso giugno di integrare questa disciplina con le regole dell’Ocse (Automatic Exchange of Information) che prevede l’identificazione e la segnalazione da parte degli intermediari finanziari dei soggetti residenti all’estero e i corrispettivi redditi finanziari sul modello normativo americano Fatca attivo dal 1° luglio 2014 e relativo ai soli soggetti con residenza fiscale statunitense.

A questo punto è opportuno evidenziare che un contributo notevolissimo allo sviluppo dello scambio automatico di informazioni è stato fornito anche dalla direttiva “risparmio. L’importanza di tale fonte rispetto all’implementazione di un sistema multilaterale per lo scambio automatico è stato sottolineato recentemente dalla Commissione UE, la quale ha consigliato, piuttosto che implementare una sorta di facta europea, di rafforzare la direttiva risparmio.

5.2 LA DIRETTIVA RISPARMIO

Si fariferimento alla Direttiva n. 2003/48/CE, concernente la tassazione dei redditi da risparmio percepiti dalle persone fisiche sotto forma di pagamenti di interessi (c.d.

Direttiva Risparmio) E’ opportuno evidenziare che nel 2008 la Commissione ha avanzato una proposta, approvata dal Consiglio il 24 marzo 2014, per includere anche gli interessi corrisposti a

soggetti diversi dalle persone fisiche, in quanto queste ultime tendono a schermarsi dietro trust od altri enti localizzati in tax haven.

La direttiva ha ad oggetto soprattutto interessi sui crediti, sono perciò escluse le prestazioni pensionistiche ed assicurative (art. 6).

A seguito della novella approvata il 24 marzo scorso, sono stati ricompresi anche ad esempio i prodotti assicurativi, oltre a consentire una maggiore copertura dei fondi di investimento. Le autorità fiscali saranno in grado inoltre di identificare il beneficiario effettivo degli interessi attraverso l'implementazione da parte degli intermediari finanziari del cosiddetto "approccio della trasparenza" (look through approach). Gli Stati membri avranno tempo fino al 1 gennaio 2016 per dare attuazione alla Direttiva. Infine, a maggio 2013 il Consiglio ha dato mandato alla Commissione di negoziare accordi con cinque Stati terzi (Andorra, Liechtenstein, Monaco, Svizzera, San Marino) sulla base del testo emendato della direttiva risparmio.

In sostanza, la Direttiva prevede che gli Stati membri non tasseranno più gli interessi in uscita ma saranno obbligati allo scambio automatico di informazioni circa il pagamento di interessi allo Stato di residenza del beneficiario effettivo. Le norme di maggior rilievo possono essere individuate negli artt. 8 e 9 della direttiva che sanciscono, rispettivamente, l'obbligo per l'agente pagatore di trasmettere alle autorità fiscali del proprio Stato le informazioni indispensabili a individuare il beneficiario effettivo degli interessi, il loro ammontare e le modalità di pagamento, e l'obbligo per il medesimo Paese di trasmettere in via automatica, almeno una volta l'anno e entro sei mesi dalla fine dell'anno fiscale, tali informazioni allo Stato di residenza del beneficiario effettivo.

La Direttiva mira a garantire, quindi, che lo Stato di residenza di una persona fisica, che sia beneficiaria effettiva di interessi corrisposti da un agente pagatore, stabilito in un diverso Stato membro, possa conoscere con esattezza l'entità di tali interessi, in modo da poterli assoggettare a tassazione

6. ORGANI PREPOSTI ALLA COOPERAZIONE

In Italia l'autorità designata come Ufficio Centrale di Collegamento è il Dipartimento delle Finanze del MEF, in persona del Direttore Generale, che si avvale della Direzione relazioni internazionali. Il direttore del dipartimento delle Finanze con proprio provvedimento ha individuato come autorità preposte al servizio di collegamento l'Agenzia delle Entrate ed il Comando Generale della gdf, per lo scambio a richiesta; mentre per lo scambio automatico le funzioni di servizio di collegamento sono affidate esclusivamente all'Agenzia delle Entrate, mentre, alla Direzione relazioni internazionali del MEF è affidata tale funzione in ordine allo scambio spontaneo. Nell'ambito dell'Agenzia delle Entrate, competente per lo scambio automatico è la Direzione Centrale Accertamento, presso la quale vi è il settore Relazioni internazionali, che comprende l'ufficio scambio di informazioni. Tale Ufficio si avvale di un'apposita procedura, contenuta nel portale FISCO, che si compone di due sezioni, una rivolta a contenere le informazioni derivanti dai Paesi OCSE e l'altra dedicata alle informazioni scambiate nell'ambito della direttiva risparmio. In particolare, tali ultime informazioni sono incrociate con i dati delle dichiarazioni dei redditi, in particolare con il quadro RW. A tale applicazione si aggiunge quella del net work EUROFISC, che contiene le informazioni in materia di frodi all'IVA intracomunitaria.

7.UTILIZZO DELLE INFORMAZIONI

In base alla Direttiva 2011/16/UE le informazioni scambiate possono essere utilizzate per finalità estranee alla Direttiva medesima, previa autorizzazione dello Stato adito, il quale la concederà se la propria legislazione interna consente tale utilizzo.

Relativamente all'utilizzo in sede penale delle informazioni di provenienza estera, la Corte di Cassazione ne ha ammesso l'utilizzo senza obbligo di rogatoria. L'effetto è che le informazioni e i documenti acquisiti da un'autorità estera nell'ambito di un procedimento di cooperazione internazionale in materia fiscale, possono fare ingresso nel procedimento penale per reati fiscali concernenti gli stessi fatti, senza che sia necessario avviare una rogatoria internazionale.

E' dubbio se le informazioni ottenute in modo illecito siano utilizzabili. Invero, l'art. 26 modello OCSE non contiene alcuna espressa preclusione in tal senso.

7.1 LA LISTA FALCIANI

Com'è noto, nel 2009 l'informatico Hervé Falciani ha consegnato al Procuratore di Nizza la lista dei correntisti che avevano depositi nella filiale di Ginevra della banca inglese HSBC, all'interno della quale comparivano un gran numero di contribuenti di varie nazionalità. Entrata in possesso della lista, la Procura della Repubblica di Nizza ha trasmesso la medesima, in modo irrituale, alla Direzione Nazionale delle Entrate Fiscali di Parigi, che ha poi intrapreso vari accertamenti tributari ed, in particolare, ha ottenuto l'autorizzazione giudiziale ad effettuare accessi domiciliari nei confronti di un contribuente. Tuttavia, gli Organi della giustizia tributaria francese annullavano gli accertamenti. La decisione è stata ribadita nel successivo ricorso dalla Cour de Cassation di Parigi che, con una sentenza del 31 gennaio 2012, ha ribadito che le informazioni rubate non possono essere utilizzate, pure se ricevute ai sensi dell'art. 26 di una Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni tra i Paesi o ai sensi della direttiva 77/799/CEE.

In Italia la Commissione tributaria regionale della Lombardia si è espressa con sentenza n. 11/20/2013, in merito all'utilizzabilità della Lista Falciani. Nel caso di specie, a seguito di verifica fiscale avente origine dalla trasmissione da parte della Guardia di Finanza di dati e notizie relative ad alcuni contribuenti italiani inseriti nella lista dei detentori di disponibilità finanziarie presso la banca HSBC di Ginevra, viene contestata a un contribuente italiano la mancata compilazione del quadro RW della dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta 2006.

I giudici della Commissione tributaria regionale hanno respinto l'appello principale dell'Amministrazione finanziaria, ribadendo come “[...] non vi è dubbio che i documenti in questione siano stati formati attraverso la raccolta illegale di informazioni, trattandosi di files contenuti in un sistema informatico riservato nel quale il Falciani si è abusivamente introdotto contro la volontà di chi aveva diritto di escluderlo integrando così secondo il più recente e condivisibile orientamento giurisprudenziale il reato di cui all'art. 615-ter c.p. e il reato di appropriazione indebita aggravata di documenti ai sensi degli artt. 846 e 61 n. 11 C.P.”. Pertanto, i giudici d'appello, trattandosi di documenti acquisiti illecitamente, si sono pronunciati sulla non utilizzabilità degli stessi nel processo, ai sensi dell'art. 240, comma 2 del c.p.p..

Anche in sede penale, il Tribunale di Pinerolo ha stabilito che La lista Falciani sarebbe inutilizzabile in Italia in quanto frutto di autonome fattispecie di reato, previste dalla normativa penale, e, ai sensi dell'art. 240, 2° comma, c.p.p., dovrebbe essere confiscata dalla competente Autorità italiana.

Una sentenza controcorrente riapre i “giochi” sulla lista Falciani. La Commissione Tributaria Provinciale di Milano, con la sentenza 6 maggio 2013, n. 152, ha infatti ritenuto legittimi gli accertamenti basati sui dati trasmessi dalle autorità francesi al Fisco italiano, poiché la collaborazione è avvenuta nel rispetto della Convenzione Italia-Francia contro le doppie imposizioni.

7.2 LISTA VADUZ

Nel 2008 Henrich Kieber, ex funzionario della Lgt Treuhand di Vaduz, ha venduto per 4,2 milioni ai servizi segreti della Germania un dvd contenente i dati sui presunti evasori fiscali con conti in Liechtenstein. A seguito dell'acquisizione dei dvd e dei fascicoli contenenti i nomi dei presunti evasori, la Germania ha provveduto ad inviare spontaneamente tali preziose informazioni alle

competenti Autorità dei Paesi aderenti al Forum fiscale dell'Ocse, secondo quanto stabilito dalla direttiva 77/799/CEE, medio tempore vigente. La trasmissione della lista alle Autorità italiane in ottemperanza alla direttiva 77/799/CEE ha dato luogo a talune pronunce della giurisprudenza tributaria di merito che, dalla violazione delle norme relative alla cooperazione internazionale, ha automaticamente desunto l'inutilizzabilità dei dati. Con riferimento alla stessa lista, un orientamento completamente opposto è stato adottato dalla Corte costituzionale federale tedesca, in relazione ai nominativi dei contribuenti tedeschi ottenuti, che ha sostenuto che «i reati commessi dagli informatori non possono essere sottoposti a una valutazione per un possibile divieto di utilizzabilità dei dati», così come non c'è abuso di potere da parte degli organi dello Stato che hanno acquisito i dati e aggiunge che nell'ordinamento tedesco non è presente un assoluto divieto di utilizzazione scaturente da un'irrituale acquisizione, ma solo in caso di violazioni gravi, intenzionali o arbitrarie, le quali comportino un'inosservanza pianificata o sistematica delle salvaguardie costituzionali.”.

- CONCLUSIONI

Come si è visto, gli spazi di tutela per i contribuenti nell'ambito delle discipline, sia internazionali che europee, sullo scambio di informazioni è assai risicato. Infatti, l'unico strumento che ne fa menzione (la Convenzione del Consiglio d'Europa e dell'OCSE) non contiene alcuna norma cogente.

Nel nostro Ordinamento l'art. 31bis del DPR n. 600/73, disciplinante la cooperazione amministrativa, non prevede, neppure con riferimento allo scambio di informazione a richiesta o spontaneo, né un obbligo di preventiva comunicazione al contribuente, le cui informazioni sono scambiate, né dell'inizio della cooperazione amministrativa né, tantomeno, è canonizzato il principio del contraddittorio già nella fase dell'accertamento: pertanto, la tutela nei confronti di informazioni irritalmente scambiate è rinviata sostanzialmente alla fase contenziosa, sia in caso di scambio a richiesta, sia automatico che spontaneo. In sostanza, le forme di tutela per i contribuenti sono limitate alle forme “indirette”, ossia, quelle connesse ai limiti allo scambio di informazioni, rinvenibili sia nelle fonti europee che internazionali: tali limiti si riconducono sostanzialmente al rispetto dei principi di reciprocità, sussidiarietà e equivalenza ed al generale divieto delle “fishing expeditions”.

Pertanto, ciò che sarebbe auspicabile è che anche nell'Ordinamento italiano si introducesse, come già avviene ad esempio nell'Ordinamento portoghese, l'obbligo di un preventivo contraddittorio con il contribuente le cui informazioni formino oggetto di scambio a richiesta o spontaneo.