

Diritto tributario internazionale e dell'UE

La Svizzera all'esame del Global Forum in materia di trasparenza e scambio di informazioni



Sebastiano Garufi

Avvocato fiscalista,
Talenture Advisory SA, Lugano
Dottore di ricerca in diritto
internazionale dell'economia
Docente di diritto tributario,
Università Bocconi, Milano

1. Introduzione

Nell'ultimo triennio il tema dei "paradisi fiscali" (*rectius* delle "giurisdizioni non cooperative") ha assunto un ruolo dominante nelle agende delle organizzazioni internazionali. In seguito alla crisi economica e ai noti scandali finanziari recenti, la Comunità internazionale degli Stati ha dichiarato guerra alle giurisdizioni ritrose alla *disclosure* in materia tributaria e ha implementato un piano strategico volto a diffondere il cosiddetto *standard* internazionale in materia di trasparenza e di scambio di informazioni.

In occasione del G20 svoltosi a Londra il 2 aprile 2009, i venti Grandi del mondo richiesero al Segretariato Generale dell'OCSE un Rapporto aggiornato sulle giurisdizioni monitorate dal *Global Forum* in relazione allo stadio di implementazione dello *standard* internazionale in materia di trasparenza e scambio di informazioni. Nello stesso giorno, l'OCSE pubblicò una lista^[1], che distingueva ottantaquattro Paesi nei seguenti quattro gruppi:

- a) le giurisdizioni che hanno sostanzialmente implementato lo *standard*;
- b) i "paradisi fiscali" che si sono impegnati, ma che non hanno ancora sostanzialmente implementato lo *standard*;
- c) gli altri centri finanziari che si sono impegnati, ma che non hanno ancora sostanzialmente implementato lo *standard*; e
- d) le giurisdizioni che non si sono impegnate ad implementare lo *standard*.

2.

Lo *standard* internazionale in materia di trasparenza e scambio di informazioni

Lo *standard* internazionale è contenuto nell'articolo 26 del Modello di Convenzione OCSE nella versione del 2005 e nel *Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters* del 2002, e dovrebbe opportunamente bilanciare la tutela della *privacy* e la necessità di ogni Stato di applicare correttamente la propria legislazione fiscale.

Al fine di inquadrare correttamente il contenuto dello *standard*, è opportuno esaminare brevemente il significato di "trasparenza" e quello di "scambio di informazioni".

Il termine "trasparenza" si riferisce alle regole derivanti dal tessuto normativo e amministrativo di uno Stato e tiene conto della possibilità di un contribuente di beneficiare di accordi segreti o di qualsiasi altra forma di negoziazione dell'imposta con l'autorità fiscale (sia con riguardo all'aliquota che alla base imponibile). Così, un sistema fiscale è considerato trasparente se impone che i bilanci societari siano redatti secondo principi contabili generalmente accettati e che siano sottoposti a verifica. La trasparenza, inoltre, richiede che le autorità abbiano accesso alle informazioni sull'identità dei beneficiari effettivi di ogni entità, oltre che l'accesso alle informazioni bancarie. In altre parole, la trasparenza si pone in un rapporto di stretta funzionalità con quello dello scambio di informazioni, atteso che queste ultime, per essere scambiate, presuppongono che prima siano disponibili e ottenibili dall'autorità competente dello Stato richiesto.



Lo "scambio di informazioni", invece, si riferisce all'effettiva condivisione tra Stati delle informazioni, che sono state previamente raccolte in base alla trasparenza. Esso è finalizzato alla corretta applicazione della normativa fiscale di uno Stato, oltre che a prevenire l'evasione.

Sulla base dei criteri della trasparenza e dello scambio di informazioni sopra menzionati, lo *standard* internazionale è stato sviluppato e affinato nel contesto del *Global Forum* ed esige:

- a) lo scambio di informazioni su richiesta, quando esse siano "verosimilmente pertinenti" per applicare le disposizioni della convenzione o per l'amministrazione o l'applicazione delle leggi interne degli Stati contraenti;
- b) l'assenza di qualsivoglia restrizione a tale scambio dovuta al segreto bancario, al requisito del cosiddetto "domestic tax interest" o alla clausola della "doppia incriminazione" ("dual criminality clause");
- c) la disponibilità di informazioni affidabili (con particolare riguardo alle informazioni bancarie e contabili, alla proprietà e all'identità dei beneficiari) e il potere di ottenere e fornire dette informazioni in risposta ad una specifica richiesta in modo tempestivo; e
- d) la tutela dei diritti del contribuente e la protezione della confidenzialità dell'informazione scambiata.

Più nello specifico, le caratteristiche testé citate sono state più dettagliatamente identificate con dieci elementi essenziali, raggruppati nelle seguenti tre categorie[2]:

- a) disponibilità dell'informazione;
- b) accesso all'informazione; e
- c) scambio di informazioni.

La prima esige che (i.e. la disponibilità dell'informazione):

- la giurisdizione consenta all'autorità competente di disporre di informazioni sull'assetto proprietario e sull'identità di qualsiasi ente e contratto (società e trust);
- sia assicurato che ogni entità e contratto osservino un obbligo di tenuta di scritture contabili affidabili; e
- l'informazione bancaria sia disponibile in relazione ad ogni correntista.

La seconda categoria richiede che (i.e. l'accesso all'informazione):

- le autorità competenti abbiano il potere di ottenere e fornire le informazioni, che venissero richieste in base ad una convenzione, da parte di ogni soggetto che sia stabilito entro la sua giurisdizione e che disponga ovvero abbia il controllo di tali informazioni; e
- i diritti e la tutela dei soggetti nello Stato richiesto siano compatibili con lo scambio di informazioni effettivo.

Infine, l'ultimo gruppo di elementi richiede che (i.e. lo scambio di informazioni):

- i meccanismi di scambio di informazioni siano effettivi;
- la rete di trattati per lo scambio di informazioni includa tutti i cosiddetti "relevant partners";
- i meccanismi dello scambio contengano delle disposizioni adeguate a garantire la confidenzialità dell'informazione ricevuta;
- detti meccanismi rispettino i diritti del contribuente e di terzi; e, da ultimo,
- l'informazione sia scambiata tempestivamente.

Al momento della pubblicazione della lista nera dell'OCSE nell'aprile 2009, lo *standard* si considerava implementato se lo Stato considerato avesse concluso un minimo di dodici accordi

internazionali sullo scambio di informazioni. Oggi, invece, detto criterio è stato superato e la valutazione sull'effettiva implementazione dello *standard* guarda sia all'identità dell'altro Stato contraente (i.e. i cosiddetti "relevant partners"), sia alla volontà della giurisdizione di continuare a concludere siffatti trattati.

3. Il processo di Peer Review

In occasione dell'importante riunione del *Global Forum* svoltasi in Messico nel settembre 2009, la Comunità internazionale degli Stati decise di stabilire un approfondito processo di *Peer Review* (revisione paritaria) per monitorare e valutare i progressi compiuti nell'ambito della trasparenza e dello scambio di informazioni, e di individuare dei meccanismi volti ad accelerare la negoziazione e la conclusione di accordi per lo scambio di informazioni.

Attualmente il *Global Forum* comprende centocinque Stati e include i membri del G20, tutti gli Stati aderenti all'OCSE, oltre che tutti i principali centri finanziari. Alcune importanti organizzazioni internazionali vi prendono parte in qualità di osservatrici. Esso ha il compito di promuovere l'implementazione rapida ed effettiva dello *standard* internazionale per mezzo del procedimento di revisione paritaria, su cui si dirà a breve, e dispone di un Segretariato all'interno del *Centre for Tax Policy and Administration* dell'OCSE, a cui sono affidati i compiti tecnici di definizione della metodologia e dei criteri di valutazione. Un Gruppo Direttivo (*Steering Group*) composto da quindici membri dirige i lavori e interagisce tra i membri del *Global Forum*, e il *Peer Review Group*, composto da trenta membri, esegue il processo di esame degli Stati e ne adotta i Rapporti finali.

Il processo di revisione si compone di due fasi:

- la Fase 1 (che di norma è svolta in circa venti settimane) è volta a esaminare il contesto giuridico (legislazione interna e convenzioni internazionali) e la prassi vigente nello Stato sottoposto ad esame e a verificare se lo *standard* sia implementato;
- la Fase 2 (che si svolge nell'arco di circa ventisei settimane), invece, mira a verificare l'applicazione dello *standard* in concreto e, dunque, sulla base dei dieci elementi sopra individuati che compongono detto *standard* e riscontrati nella Fase 1, l'operatività nella pratica dello scambio di informazioni.

Il procedimento di *reviewing* è svolto da due esaminatori indipendenti, coordinati da un membro del Segretariato del *Global Forum*, i quali al termine di ciascuno stadio riassumono in un documento gli esiti del processo di verifica e indirizzano alcune raccomandazioni per i miglioramenti e gli adeguamenti necessari. Detto documento è presentato dal Segretariato a tutti i trenta membri del *Peer Review Group* almeno cinque settimane prima della riunione fissata per i commenti. La procedura di approvazione può avvenire in forma scritta o orale. In ogni caso, una volta approvato, il Rapporto degli esaminatori diviene il Rapporto definitivo del *Peer Review Group* e potrà essere trasmesso al *Global Forum*, per l'approvazione scritta da parte di quest'ultimo. Al fine di garantire la parità degli Stati, il processo decisionale è fondato sul principio del "consenso

meno uno", in modo che il singolo Stato dissenziente non possa bloccare la decisione finale e l'approvazione del Rapporto. Se quest'ultimo si conclude con un giudizio negativo, la giurisdizione esaminata non potrà accedere alla fase successiva e dovrà apportare le opportune modifiche legislative ai fini di una verifica successiva.



4. Il Rapporto della Svizzera

Nel mese di giugno 2011 è stato pubblicato il Rapporto del *Peer Review Group* contenente i risultati della Fase 1 del processo di verifica della Svizzera [3]. La Confederazione elvetica ha conseguito dei miglioramenti significativi negli ultimi tre anni in materia di trasparenza e scambio di informazioni. A partire dalla ormai storica data del 13 marzo 2009, in cui la Svizzera ha ritirato la propria riserva all'articolo 26 del Modello di Convenzione OCSE, sono stati conclusi dei nuovi accordi internazionali che consentono lo scambio di informazioni su richiesta, facendo breccia nel segreto bancario elvetico, da sempre impenetrabile.

L'analisi degli esperti, che si basa sulle norme vigenti nel mese di marzo 2011, si compone di più parti. Dapprima delinea le caratteristiche principali del sistema giuridico elvetico, con particolare riguardo al diritto societario e al diritto tributario. Successivamente l'esame si concentra sulla verifica dell'implementazione dello *standard* internazionale, alla luce degli elementi di cui esso si compone e di cui si è detto in precedenza.

Più nello specifico, con riferimento alla disponibilità delle informazioni, il Rapporto rileva che la legislazione elvetica non consente pienamente l'identificazione dei beneficiari finali di talune entità societarie, atteso che il diritto societario ammette la costituzione di società con azioni al portatore. Inoltre, malgrado esista un obbligo di iscrizione al Registro di Commercio pressoché generalizzato in capo a qualsiasi entità che eserciti un'attività commerciale, le succursali di società estere non sono tenute in sede di iscrizione a fornire informazioni sulla composizione della compagine proprietaria, ancorché tale obbligo possa essere previsto nello Stato estero ove ha sede la casa madre.

Nessun rimprovero, invece, è mosso in relazione all'obbligo di tenuta di scritture contabili affidabili e di identificazione dei beneficiari dei conti bancari, in ottemperanza alla legislazione sull'antiriciclaggio. In relazione a tali due elementi, pertanto, lo

standard internazionale può considerarsi implementato, ma gli esperti auspicano la pronta adozione di misure di identificazione dei proprietari degli eventuali conti anonimi ancora oggi esistenti, seppure ormai proibiti ed in via di estinzione.

Con riguardo al secondo elemento che compone lo *standard* internazionale (i.e. l'accesso all'informazione), a giudizio degli esperti lo *standard* può considerarsi implementato, sebbene siano richiesti dei miglioramenti. Il potere dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (di seguito AFC) di accedere alle informazioni oggetto di scambio internazionale si applica unicamente alle fattispecie che ricadono nelle disposizioni delle nuove convenzioni internazionali concluse dopo il 1. ottobre 2010. Solo in questi trattati, infatti, la formulazione dell'articolo 26 è conforme all'attuale versione del Modello OCSE e in virtù del primato del diritto internazionale sul diritto interno è possibile derogare al segreto bancario per scambiare informazioni con lo Stato richiedente. Le convenzioni precedenti alla predetta data, invece, non ammettono lo scambio (salve le ipotesi di frode, su cui non ci si soffermerà in questa sede) e, dunque, a giudizio del *Global Forum*, diventa indispensabile intavolare dei nuovi negoziati per adeguarle allo *standard*. A tal proposito giova evidenziare brevemente che le nuove convenzioni contro le doppie imposizioni prevedono espressamente l'impossibilità di declinare una richiesta di scambio di informazioni eccettuando allo Stato richiedente l'esistenza del segreto bancario. Analogamente, non è possibile opporre l'obbligo di confidenzialità nel quadro dell'Accordo sulla fiscalità del risparmio con l'UE e in quello anti-frode.

Perplessità da parte degli esperti si registrano anche con riferimento alla tutela dei diritti dei contribuenti. L'Ordinanza del Consiglio federale del 1. settembre 2010 sull'assistenza amministrativa, infatti, prevede, *inter alia*, l'obbligo per l'Autorità elvetica di notificare all'interessato l'avvenuta ricezione di una richiesta di informazioni dall'estero e disciplina la possibilità di presentare eventuale ricorso. Sempre a parere degli esaminatori indipendenti, un siffatto grado di tutela dei diritti dei contribuenti rischierebbe di ritardare il flusso internazionale di dati, in quanto il ricorso dell'interessato produrrebbe un effetto sospensivo sullo scambio. Sembra, quindi, che l'esigenza delle amministrazioni estere di ottenere i dati richiesti entro breve si senta quasi minata dalla proverbiale efficienza elvetica nel portare a termine gli *iter* procedurali interni a tutela del diritto dei singoli. Anche in questo caso, dunque, gli esperti del *Global Forum* esigono dei miglioramenti.

Quanto all'ultimo elemento che compone lo *standard* (i.e. lo scambio di informazioni), i verificatori ne ritengono ineccepibile l'implementazione con riferimento alla confidenzialità di trattamento dell'informazione scambiata, alla tutela del contribuente e alla tempestività dello scambio. Si richiedono, tuttavia, da un lato, un'intensificazione del *network* di trattati con i "*relevant partners*", e dall'altro un decisivo miglioramento dei meccanismi di scambio di informazione. Con specifico riguardo a quest'ultimo aspetto, infatti, lo *standard* non si considera adeguato, in quanto gli obblighi di identificazione del contribuente e del detentore dell'informazione oggetto di scambio previsti dalla normativa elvetica per dar seguito ad una richiesta internazionale sembrerebbero troppo stringenti.

5.

Considerazioni conclusive

Malgrado l'indubbia importanza che i principi di trasparenza e scambio di informazioni rivestono nell'ambito del diritto internazionale tributario e malgrado questi sembrino essere divenuti dei veri e propri valori fiscali etici in seno alla comunità internazionale, esistono alcune perplessità sulle modalità con cui si sta imponendo la loro diffusione.

In primo luogo, non bisogna dimenticare che non esiste un principio di diritto internazionale che impone un obbligo di cooperazione in capo agli Stati in ambito tributario. Il diritto internazionale consuetudinario, infatti, non consente agli Stati di interferire nella reciproca sfera territoriale, salvo che non vi sia comune accordo in tal senso. Analogamente, gli Stati non possono accertare o riscuotere i propri crediti tributari in giurisdizioni estere, a meno che non vi sia il consenso dell'altro Stato.

Così, in assenza di un obbligo di diritto internazionale (cosiddetto "*hard law*"), gli Stati più ricchi e più influenti sono ricorsi alla forte pressione politica e a quelli che nell'ordinamento internazionale vengono chiamati strumenti di "*soft law*". Liste nere e Rapporti di organizzazioni internazionali, pur se privi di efficacia giuridicamente vincolante, hanno un alto valore politico e favoriscono il conseguimento di obiettivi precisi: lo Stato che non si adegua allo *standard* è relegato in una lista di "cattivi" e mette la propria reputazione a rischio.

Pertanto, in mancanza di meccanismi giuridicamente vincolanti, la scelta dello strumento della revisione paritaria per pretendere il rispetto dello *standard* internazionale non è certo casuale. Il processo di *Peer Review* non ha carattere giurisdizionale, ma si basa su un sistema di sorveglianza multilaterale. Esso, infatti, consiste nell'analisi e nella valutazione sistematica di uno Stato ad opera di altri Stati ed è volto ad indurre lo Stato esaminato ad adeguare il proprio comportamento alle regole e ai principi stabiliti dagli altri Stati o dall'organizzazione internazionale in questione. L'esame è eseguito periodicamente da alcuni Stati identificati come esaminatori sulla base di un sistema a rotazione. Tuttavia, il meccanismo avrebbe un punto di debolezza principale. Gli esaminatori non dovrebbero essere influenzati da interessi nazionali, ma poiché essi agiscono in realtà come rappresentanti ufficiali dei loro Stati, rischiano di compromettere la credibilità dello strumento. In questo senso, non si può fare a meno di notare che in seno al *Global Forum* vi è una preminenza di Stati membri dell'OCSE e di noti centri finanziari (specie nella ripartizione delle cariche direttive) a scapito, per esempio, dei Paesi in via di sviluppo, dei Paesi dell'ex Unione Sovietica o del Medio-Oriente.

La pubblicità dei risultati del processo di valutazione e l'ampia eco che questi hanno sulla stampa internazionale inducono lo Stato "inadempiente" ad assumere un comportamento "virtuoso", adeguandosi così ai valori "comuni".

È, inoltre, possibile notare che malgrado le regole e le procedure di verifica del *Global Forum* mirino a garantire un trattamento paritario degli Stati, i risultati del processo valutativo dei pari conduce, invero, a risultati "diseguali". Tutto il progetto, infatti, poggia su un falso bilateralismo per la seguente ragione:

un trattato che prevede lo scambio di informazioni dovrebbe essere un "contratto", ai cui sensi le parti accettano di stabilire obbligazioni reciproche a fronte delle quali avranno mutui benefici. Se si considerano, da un lato, le giurisdizioni a fiscalità elevata e, dall'altro, le giurisdizioni non cooperative, è evidente che non sussiste un interesse reciproco a scambiare le informazioni. Un "paradiso fiscale" non solo, con tutta probabilità, non ritrarrà alcuna utilità dal rivolgere una richiesta di informazioni all'altro Stato contraente, ma dovrà anche necessariamente assecondare le richieste delle giurisdizioni più "rilevanti" per evitare di essere relegato in una lista nera.

Un aspetto che sembra non ricevere adeguata e approfondita attenzione da parte del *Global Forum* è il tema della tutela dei contribuenti. Sebbene lo *standard* contempli la protezione dei dati e la confidenzialità delle informazioni scambiate, non è sufficientemente affrontata la questione di come accordare tale tutela in concreto. L'attuale strumento di scambio contemplato dallo *standard* stabilisce obblighi reciproci per le (e nel solo interesse delle) autorità competenti, mentre al contribuente non è consentito opporsi. È indicativo a questo proposito il "rimprovero" mosso alla Confederazione elvetica nel Rapporto, atteso che a giudizio dei pari la tutela accordata ai contribuenti ai quali si chiedono le informazioni (e di cui nei documenti ufficiali del *Global Forum* nulla si dice nel dettaglio) sarebbe quasi eccessiva. Se si considera che gli obblighi di raccolta, conservazione e trasmissione dei dati oggetto di scambio internazionale gravano di fatto sui contribuenti, che dovranno poi fornirli alle proprie autorità competenti affinché queste possano procedere allo scambio, un (seppur minimo) coinvolgimento del settore privato in seno al *Global Forum* sarebbe forse stato opportuno.



In conclusione al presente contributo, vorrei richiamare un interessante e recente studio condotto dal professor Jason C. Sharman^[4], che descrive i suoi tentativi di costituire dei veicoli societari anonimi e di aprire poi un conto bancario per tali entità in ventidue giurisdizioni, senza mai fornire documenti di identità. Dei cinquantaquattro professionisti contattati dall'Autore per l'esperimento, quarantacinque hanno risposto presentando un'offerta alle sue richieste. Di questi, ben diciassette hanno proposto di costituire un veicolo societario anonimo. Tredici di essi erano stabiliti in Stati membri dell'OCSE, mentre soltanto quattro negli Stati tradizionalmente defini-

ti "tax havens". L'apertura di un conto bancario per un veicolo anonimo si è, invece, rivelata molto più ardua. Le risposte a tale richiesta, sempre senza fornire documenti, sono state positive soltanto in cinque casi.

La ricerca condotta dimostra che il grado di aderenza allo *standard* internazionale riscontrato nello studio è significativamente basso. È vero che attualmente i lavori del *Global Forum* sono volti ad accertare il grado di adesione allo *standard* da parte di tutti gli Stati e si attenderà la fine dei lavori per valutarlo in concreto. Eppure, la ricerca del professor Jason C. Sharman dimostrerebbe che, nella pratica, isolette e centri *offshore* hanno *standard* di trasparenza societaria e divulgazione dei dati molto più rigorosi dei maggiori Stati membri dell'OCSE, e cioè Regno Unito e Stati Uniti.

Elenco delle fonti fotografiche:

<http://www.conviva-plus.ch/images/content/Schweiz.jpg> [23.03.2012]

<http://topnews.in/law/files/oecd-71018283-small.jpg> [23.03.2012]

http://www.danielestulin.com/wp-content/uploads/crisis_mundial.jpg [23.03.2012]

[1] La lista è disponibile al seguente link: <http://www.oecd.org/dataoecd/38/14/42497950.pdf> [23.03.2012].

[2] Per maggiori approfondimenti si veda il più recente *Progress Report* del *Global Forum* del 15 dicembre 2011, disponibile al seguente link: <http://www.oecd.org/dataoecd/32/45/43757434.pdf> [23.03.2012].

[3] Il relativo Rapporto del *Peer Review Group* sulla Svizzera è disponibile integralmente al seguente link: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-switzerland-2011_9789264114661-en [23.03.2012].

[4] Sharman Jason C., Shopping for Anonymous

Shell Companies: An Audit Study of Anonymity and Crime in the International Financial System, in: *Journal of Economic Perspective*, volume n. 24, 4/2010, pagine 127-140.