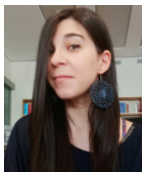


Intermediari: scambio automatico di informazioni sugli accordi cross-border

Modello OCSE MDR e Proposta di Direttiva “DAC 6”



Francesca Amaddeo

Dottoressa in giurisprudenza, avvocato, dottoressa di ricerca in Diritto dell'Unione Europea e Ordinamenti Nazionali presso l'Università degli Studi di Ferrara, collaboratrice scientifica del Centro competenze tributarie della SUPSI

Nel mese di marzo 2018, sia l'OCSE sia l'UE hanno adottato i propri provvedimenti in tema di lotta alle pianificazioni fiscali aggressive realizzate tramite l'ausilio di intermediari facendo proprie le guidelines delineate in sede BEPS in tema di Mandatory Disclosure Rules. Si tratta del Modello OCSE MDR e della Proposta di Direttiva “DAC 6”.

I. Introduzione	220
II. La proposta di Direttiva “DAC 6”	220
A. L'Azione 12 BEPS e la politica dell'OCSE: il Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures	220
B. L'Azione 12 BEPS e il Modello OCSE MDR.....	221
C. La definizione di accordi elusivi del CRS (cd. “Hallmarks e Opaque Offshore Structures”).....	221
D. “Specific hallmarks”: accordi che ledono l'effettività avvalendosi dei punti deboli delle procedure di due diligence	222
E. Intermediari, contribuente e informazioni oggetto di trasmissione.....	224
F. Prime riflessioni (critiche).....	226
G. La proposta del Consiglio euro-unitario.....	226
H. Gli accordi transnazionali (cd. “cross-border arrangements” e gli “hallmarks”)	226
I. Intermediari, informazioni e scambio automatico.....	228
J. Interrogativi: il segreto professionale e le sanzioni.....	228
III. Riflessioni conclusive	229

I. Introduzione

È del 13 marzo scorso^[1] l'adozione da parte del Consiglio europeo della proposta di Direttiva sullo scambio automatico ed obbligatorio di informazioni in ambito fiscale relativamente ai “reportable cross-border arrangements”^[2].

[1] COUNCIL OF EUROPEAN UNION, Press release n. 126/18 del 13 marzo 2018.

Tale proposta si presenta quale naturale prosecuzione del percorso intrapreso a livello internazionale, prima, e dall'Unione europea (UE), poi, nel perseguimento della trasparenza fiscale: questa, infatti, andrà ad emendare nuovamente la Direttiva relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale (DAC) – 2011/16/UE –, introducendo un neoconioato obbligo di raccolta e trasmissione dei dati inerenti quegli accordi di pianificazione fiscale aggressiva, tendenzialmente realizzati con il supporto di intermediari, che – sino ad oggi – sono rimasti, per una ragione o per l'altra, esclusi dallo spettro applicativo della normativa vigente e del *Common Reporting Standard* (CRS) delineato dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) nel 2013.

II. La proposta di Direttiva “DAC 6”

A. L'Azione 12 BEPS e la politica dell'OCSE: il Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures

La politica OCSE, innestandosi nel più ampio *framework* operativo dello scambio di informazioni in materia fiscale e, di conseguenza, del CRS, ha proseguito quanto delineato nell'Azione 12 del *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), dandole concretezza.

Lo scorso 9 marzo, infatti, rispondendo alle esigenze rappresentate dal G7^[3], l'OCSE ha pubblicato il “*Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*” (Modello OCSE MDR)^[4], richiedendo ai cd. “intermediari”, ossia avvocati, consulenti fiscali, commercialisti, banche e altri prestatori di simili servizi di comunicare alle autorità fiscali qualsivoglia schema predisposto per i propri

[2] COUNCIL OF EUROPEAN UNION, Doc. 6804/18, FISC 103, ECOFIN 206 del 9 marzo 2018.

[3] G7 Bari, Declaration on fighting tax crimes and other illicit financial flows del 13 maggio 2017, in: <http://www.g7italy.it/sites/default/files/documents/Bari%20Common%20Declaration%20On%20Fighting%20Tax%20Crimes.pdf> (consultato il 17.04.2018).

[4] OCSE, Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures, 2018, in: <http://www.oecd.org/tax/beps/model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshore-structures.htm> (consultato il 17.04.2018).

clienti tesi ad evitare di ricadere nello spettro applicativo del CRS o che, comunque, impediscano l'identificazione dei beneficiari effettivi.

Se, infatti, l'avvio della procedura di trasmissione automatica dei dati detenuti dagli intermediari finanziari, avvenuta nel 2017 (con riferimento al periodo di imposta 2016), per i cd. "early adopters", ha comportato il concretizzarsi di tale procedura di veicolazione in più di cento Paesi^[5] inducendo gran parte dei contribuenti a dichiarare i propri redditi *off-shore*, con un gettito fiscale aggiuntivo quantificato dall'OCSE in circa 85 miliardi^[6], sussistono ancora soggetti che, tendenzialmente avvalendosi di astuti esperti, nella specie consulenti e intermediari fiscali, perseverano nella propria condotta elusiva, tentando di aggirare la normativa CRS. Proprio questi ultimi sono i destinatari del neo-introdotta modello: questo introduce obblighi su una vasta categoria di intermediari affinché procedano a fornire alle amministrazioni finanziarie i dettagli inerenti le schematizzazioni utilizzate per eludere il CRS.

B. L'Azione 12 BEPS e il Modello OCSE MDR

Tra le quindici azioni delineate in sede BEPS^[7], una, nella specie, la dodicesima^[8], è stata dedicata alle regole inerenti la necessaria *disclosure* delle informazioni inerenti i profili di pianificazione fiscale aggressiva.

Le linee guida del BEPS si premurano di fornire alcune raccomandazioni in merito alla predisposizione ed all'implementazione di normative inerenti obblighi informativi, per l'appunto, le *mandatory disclosure rules*, aventi ad oggetto transazioni, accordi, strutture tramite quali porre in essere condotte elusive ovvero di pianificazione fiscale aggressiva.

Come è noto, le previsioni disposte in sede BEPS, dall'Azione 12 qui in esame, non costituiscono uno *standard* minimo cui adeguarsi, bensì constano di una collazione di *best practices*, offrendo alle amministrazioni finanziarie una serie di opzioni potenzialmente adottabili.

Le linee guida si innestano su cinque punti chiave: (i) una descrizione degli "accordi" (*arrangements*) oggetto di disclosure^[9], (ii) il soggetto passivo cui incombe l'obbligo di comunicare gli schemi posti in essere, (iii) il presupposto per l'assoggettamento ad imposta dello schema medesimo, (iv) la definizione di quale informazione deve essere comunicata e,

infine, (v) la predisposizione di adeguate sanzioni in caso di violazioni e/o inadempimenti.

Tali elementi vengono integrati ed accorpatisi nel Modello OCSE MDR. Quest'ultimo, tuttavia, mirando ad assurgere quale *standard* internazionale viene ad essere circoscritto alle fattispecie che si andranno ora ad esaminare.

C. La definizione di accordi elusivi del CRS (cd. "Hallmarks e Opaque Offshore Structures")

Diversamente dall'Azione 12 BEPS^[10], il Modello OCSE MDR sembrerebbe essere limitato alle condotte che si pongono quali ostative all'applicazione della disciplina dettata dal CRS^[11] e, di conseguenza, allo scambio di informazioni fiscalmente rilevanti detenute da intermediari finanziari^[12].

Già in sede BEPS, le condotte oggetto della trasmissione dei dati in analisi vengono classificate a monte in generiche (cd. *Generic hallmarks*), identificate in quegli schemi maggiormente diffusi ed utilizzati dai contribuenti, basate perlopiù sul regime della confidenzialità^[13] ovvero sul pagamento di una cd. "premium fee"^[14], ossia una sorta di tariffa calcolata in percentuale sul guadagno ottenuto con la realizzazione dello schema stesso^[15], oltre che in tutte quelle pianificazioni fiscali aggressive nuove ed innovative che, con ogni probabilità, si prestano ad attecchire e trovare diffusione a livello internazionale, e specifiche (cd. *Specific hallmarks*), le quali consentono di individuare le lacune presenti nei diversi sistemi tributari e le tecniche invalsi ai fini elusivi come, ad es., l'utilizzo delle perdite.

Tale dicotomia viene ripresa nel Modello OCSE MDR, dove, tuttavia, vi è una circoscrizione alla specifica applicazione dello scambio automatico secondo lo *standard* OCSE, sicché gli *hallmarks* generici sono da ritenersi comprensivi delle strutture intese *latu sensu* tali da costituire, quantomeno ipoteticamente, un'elusione alla veicolazione dei dati secondo il CRS, impattando sia sui requisiti normativi per l'applicazione della disciplina stessa sia quelli che ne sfruttano un'erronea interpretazione e/o applicazione^[16], mentre quelli specifici, rappresentano un'elencazione esemplificativa di quelli che possono essere gli schemi maggiormente diffusi ed utilizzati dai contribuenti.

Ciò premesso, le tipologie di schemi ascrivibili alla disciplina *de quo* possono essere individuate nei (i) *CRS Avoidance Arrangements* e nelle (ii) *Opaque Offshore Structures*.

[5] OCSE, CRS by jurisdiction, in: <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/crs-by-jurisdiction/#d.en.345489> (consultato il 17.04.2018).

[6] Cfr. <http://www.oecd.org/tax/game-over-for-crs-avoidance-oecd-adopts-tax-disclosure-rules-for-advisors.htm> (consultato il 17.04.2018).

[7] OCSE, Base erosion and profit shifting, in: <http://www.oecd.org/tax/beps> (consultato il 17.04.2018); cfr. anche SAMUELE VORPE, È in arrivo l'uragano BEPS, NF 10/2015, p. 4.

[8] OCSE, Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final Report, in: <http://www.oecd.org/tax/mandatory-disclosure-rules-action-12-2015-final-report-9789264241442-en.htm> (consultato il 17.04.2018).

[9] Accordi le cui tipologie, come vedremo, vengono indicate con il termine "hallmarks" e si distinguono in "Generic hallmarks" e "Specific hallmarks".

[10] Laddove l'ambito oggettivo ricomprende tutte le pianificazioni fiscali aggressive operate in situazioni *cross-border* che vedano coinvolti più parti e agevolazioni fiscali concesse in più Stati che abbiano, quale risultato finale, una movimentazione dei profitti e, di conseguenza, l'erosione della base imponibile, nel perseguire, quindi, gli obiettivi principali BEPS.

[11] OCSE, Common Reporting Standard (CRS), in: <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard> (consultato il 17.04.2018).

[12] Cfr. GIOVANNI MOLO/LARS SCHLICHTING/SAMUELE VORPE (a cura di), Commentario allo scambio automatico di informazioni fiscali, Manno 2017.

[13] OCSE (nota 7), p. 39.

[14] OCSE (nota 7), p. 40.

[15] Chiaramente sussistono anche altri schemi, su cui non si intende dilungarsi, per i quali si rinvia a OCSE (nota 7).

[16] I cd. "Generic hallmarks" nella disciplina BEPS vengono distinti.

I primi sono da intendersi quali accordi e strutture che mirano, direttamente o indirettamente, ad eludere la specifica normativa dello scambio automatico: si badi bene, occorre che gli stessi (a) siano stati designati[17], (b) promossi o commercializzati[18] oppure (c) che, comunque, abbiano l'effetto di eludere l'invio dei dati ai sensi del CRS allo Stato di residenza del contribuente, contemplando anche le ipotesi in cui: (i) si sfrutti l'assenza della normativa CRS nello Stato interessato ovvero l'incompleta attuazione della stessa, (ii) ci si avvalga dell'assenza di un accordo bilaterale avente ad oggetto il CRS con il Paese di residenza del contribuente, (iii) si sfruttino i punti deboli della procedura di *due diligence* posta in capo agli intermediari finanziari ai sensi del CRS e, comunque, (iv) ledendo gli intenti e gli obiettivi del CRS[19].

Come si evince *ictu oculi*, gli accordi ricompresi nell'applicazione dello scambio di informazioni in oggetto devono essere caratterizzati da elementi precisi. Primo tra tutti occorre che gli schemi posti in essere siano stati, in qualche modo, pianificati, studiati e, poi, commercializzati da un soggetto che può, nella più remota ipotesi, coincidere con il contribuente beneficiario dell'indebito vantaggio fiscale conseguito, ovvero identificarsi in un intermediario finanziario, il quale, nello svolgimento del proprio lavoro, offre, quale servizio "ausiliario" la proposta e l'attuazione di schemi di pianificazione fiscale aggressiva.

Chiaramente, il fatto che lo schema posto in essere si risolva in una non-trasmissione delle informazioni ai fini del CRS non costituisce di per sé condizione sufficiente al fine di ascrivere la condotta tra quelle elusive della normativa: occorre, infatti, che l'operazione considerata nel suo complesso si ponga chiaramente in violazione dello spirito e degli obiettivi del CRS. La struttura, come si diceva, dovrà essere stata studiata ed all'uopo predisposta allo scopo principale di eludere il CRS.

Ciò che, ancora, suscita perplessità è la modalità con cui avviene la valutazione in merito all'elusività o meno delle operazioni[20], sebbene il Commentario al Modello OCSE MDR affermi come non vi sia spazio per alcuna discrezionalità trattandosi di una valutazione oggettiva, da effettuarsi senza attribuire alcun rilievo alla volontà delle parti attrici[21].

Evidentemente, occorre che nella realizzazione della fattispecie vi sia un concorso tra il soggetto beneficiario e l'intermediario, il quale si intende come persona che, rivestendo determinate qualifiche professionali, sia a conoscenza

dell'impatto e delle conseguenze della realizzazione di un tale accordo.

A completezza dello schema predisposto, l'altra fattispecie prevista dal Modello OCSE MDR è rappresentata dalle cd. "Opaque Offshore Structures", le quali vengono delineate quali interposizioni di entità passive site in giurisdizioni differenti dallo Stato di residenza di uno (o più) beneficiari effettivi e che sono, per l'appunto, predisposte, promosse o hanno, comunque, l'effetto di evitare l'identificazione del beneficiario effettivo[22].

Nell'ampio spettro delle strutture opache ricadono innumerevoli tipologie, su cui non si ritiene qui di indugiare: tra le tante, possono annoverarsi il ricorso a *nominee shareholders*, il controllo indiretto di persone giuridiche ovvero la strumentalizzazione di sistemi normativi che abbiano *deficit* importanti in tema di identificazione del beneficiario effettivo. Si tiene, tuttavia, a sottolineare come tali schemi non risultando strettamente connessi ai conti detenuti presso intermediari finanziari e, quindi, non ascrivibili all'ipotesi di cui sopra, ossia alle condotte elusive della normativa CRS, amplino notevolmente la pletora di operazioni di pianificazione soggette all'obbligo di comunicazione alle autorità fiscali.

D. "Specific hallmarks": accordi che ledono l'effettività avvalendosi dei punti deboli delle procedure di due diligence

Al fine di concretizzare tali astrattezze, il Modello OCSE MDR fornisce diverse ipotesi[23], ma si intende soffermarsi, a titolo meramente esemplificativo, esclusivamente su quegli "Accordi che ledono l'effettività e che sfruttano i punti deboli delle procedure di due diligence"[24]. In tale categoria rientrano gli schemi che, avvalendosi anche di un'incorretta implementazione della normativa e, in particolare, delle ultime raccomandazioni GAFI del 2012[25], siano in grado di vanificare lo scopo stesso della *due diligence* medesima, come, ad es., il procedere ad una corretta identificazione del beneficiario effettivo e/o della residenza di costui, inducendo gli intermediari finanziari a produrre *indicia* o prove documentali ingannevoli o fuorvianti e, di conseguenza, a presentare una rendicontazione incompleta.

A fini operativi, infatti, questa costituisce indubbiamente la vanificazione più palese dell'intero sistema di scambio di informazioni automatico che ha preso avvio nel corso del 2017 per i cd. "early adopters".

Già negli studi preliminari all'implementazione della disciplina in esame, infatti, si erano sollevate diverse perplessità in merito alle lacune inerenti l'implementazione delle regole di *due diligence* nei singoli Stati e, soprattutto, in merito alle

[17] Si tratta di accordi "designati" (nella versione inglese, "designed to") appositamente qualora sia ragionevole ritenere che gli stessi siano stati posti in essere deliberatamente per evitare di procedere alla comunicazione dei dati.

[18] Accordi "promossi" o "commercializzati" ("marketed") qualora l'elusione della normativa sia utilizzata per promuovere o vendere l'accordo medesimo ad un potenziale cliente.

[19] La definizione di CRS Avoidance Arrangement è contenuta nella Rule 1.1 Modello OCSE MDR, p. 14.

[20] Il riferimento è alla valutazione indicata dal termine "è ragionevole ritenere", nella versione inglese rappresentata dal "reasonable to conclude".

[21] Per una riflessione più ampia, cfr. PAOLO PIANTAVIGNA, The Role of the Subjective Element in Tax Abuse and Aggressive Tax Planning, in: World Tax Journal, vol. 10, n. 2, 2018.

[22] La definizione di "Opaque Offshore Structure" è contenuta nella Rule 1.2 Modello OCSE MDR, p. 15.

[23] Modello OCSE MDR, Commentario, p. 26.

[24] Si tratta della Rule 1.1(e) – Arrangements undermining the effectiveness of and exploiting weaknesses in due diligence procedure, in: OCSE (nota 4), p. 26.

[25] GAFI, The FATF Recommendations, in: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html> (consultato il 17.04.2018).

modalità di monitoraggio e di verifica della correttezza degli adempimenti[26].

A fronte, infatti, dell'assenza o dell'inadeguatezza di conseguenze (direttamente sanzionatorie o meno), non è garantito l'esatto adempimento degli obblighi di *due diligence* imposti in capo agli intermediari finanziari, i quali, nei casi di pianificazione fiscale aggressiva, ben potrebbero studiare schemi rientranti nella categoria di cui si discute ed evitare, così, di dover procedere alla trasmissione dei dati richiesti.

Nella specie, infatti, l'OCSE ha registrato l'offerta da parte di alcuni Paesi della cd. "residenza tramite investimenti" (in inglese, *residence by investment* – RBI) ovvero la cd. "cittadinanza tramite investimenti" (*citizenship by investment* – CBI), concedendo agli stranieri privilegi quali la cittadinanza ovvero permessi di residenza (temporanei o permanenti che siano) in cambio di investimenti in determinate aree o regioni ovvero del versamento di una "tassa fissa". Chiaramente, l'adesione a tale schema potrebbe essere indotto da una serie di innumerevoli legittimi motivi (di tenore professionale, familiare, di studio e molti altri ancora): tuttavia, l'OCSE ha rilevato[27] come tali modelli costituiscano una delle modalità maggiormente diffuse per l'elusione del CRS.

Si tiene a precisare come tali schemi comportino la concessione dello *status* di residenza o di cittadinanza da intendersi in senso civilistico e non prettamente fiscale: è su quest'ultima che si innesta il CRS. Ciò non toglie che, tuttavia, gli stessi possano essere utilizzati per eludere quest'ultima normativa: infatti, avvalendosi dei predetti schemi è possibile indurre gli intermediari ad un *reporting* non sufficientemente accurato ovvero incompleto, in particolare quando l'intermediario finanziario non è a conoscenza di tutte le giurisdizioni collegate al soggetto titolare dei dati. Una siffatta ipotesi può, ad es., verificarsi nel momento in cui un individuo non risiede realmente nello Stato interessato, ma rappresenta di avere ivi la propria ed unica residenza a fini fiscali, fornendo all'intermediario medesimo relativa prova documentale.

Al fine di una maggior comprensione si propongono due esempi di RBI.

Esempio 1: il soggetto A, persona sola, risiede nello Stato X e, al fine di eludere la normativa CRS, richiede lo *status* di residente allo Stato Y, avvalendosi di uno schema RBI: in cambio della residenza, A provvede ad acquistare un immobile del valore di almeno 500'000 euro. Così operando, A consegue anche la residenza fiscale nello Stato Y senza essere assoggettato ad imposta per i redditi che non siano ivi prodotti.

[26] Cfr. MOLO/SCHLICHTING/VORPE (nota 12).

[27] Nel maggio dello scorso anno, l'OCSE ha introdotto il CRS *public disclosure facility*, ossia una sorta di *database* in cui i diversi Stati, tramite le proprie amministrazioni finanziarie, ovvero gli organi di polizia tributaria possono indicare gli schemi riscontrati atti ad eludere la normativa del CRS. Maggiori informazioni sono disponibili in: <http://www.oecd.org/ctp/crs-avoidance-schemes-disclosure-facility-over-1800-exchange-relationships.htm> (consultato il 17.04.2018).

Il soggetto A, allora, apre un nuovo conto corrente in una banca sita nel Paese W e autocertifica di essere fiscalmente residente nello Stato Y (adducendo le relative prove documentali), omettendo di indicare la propria residenza fiscale reale, sita nello Stato X e presentando altresì documentazione ai fini *Know Your Customers* (KYC). KYC da cui non risulta alcun collegamento con quest'ultimo territorio.

La banca, allora, individuerà il soggetto A come residente nello Stato Y, procedendo a raccogliere ed inviare le informazioni fiscalmente rilevanti che saranno inviate dall'Amministrazione finanziaria dello Stato W alle autorità competenti di Y ai fini CRS.

Sostanzialmente, il soggetto A continuerà ad essere residente nello Stato X, il quale, tuttavia, non verrà informato del conto corrente sussistente presso la banca *de qua*, stante la veicolazione delle informazioni solo con il Paese Y, ove il contribuente non sarà assoggettato ad alcuna imposizione a fronte dell'accordo RBI.

Esempio 2: il soggetto B, quale persona fisica residente nello Stato X detiene un conto corrente presso una banca sita nel Paese Y. Ai sensi del CRS, trattandosi di un conto preesistente, la banca avvierà la trasmissione dei dati inerenti il soggetto B alle autorità finanziarie dello Stato Y a partire dal 2018 in vista della successiva veicolazione alle autorità dello Stato X.

Ai fini di eludere la normativa, il soggetto B, nel 2016, ha richiesto e conseguito la residenza nello Stato Y tramite uno schema RBI con l'acquisto di un immobile ad un prezzo superiore di 500'000 euro.

Il soggetto B ha fornito il proprio certificato di residenza, unitamente a prove documentali (quali, ad es., le bollette delle utenze relative alla casa acquistata nello Stato Y) alla banca, sicché, in attuazione del CRS per i conti preesistenti e soddisfacendo il *test* della residenza previsto per tali ipotesi, la banca sarà indotta a considerare il contribuente come residente nello Stato Y. Di conseguenza, non vi sarà alcuno scambio di informazioni tra lo Stato Y ed il reale Stato di residenza X.

Per quanto attiene, invece, lo schema della CBI, si rileva come tale sistema sia diffuso in diverse aree del globo, ma, in particolare – e con particolare successo – nei Caraibi[28], laddove sussistono ben quattro tipologie di schemi.

Esaminando il più recente ed il più risalente è possibile individuare alcuni perni della fattispecie.

Ad es., Grenada ha introdotto il suo sistema CBI nel 2014, non prevedendo alcun criterio per mantenere la cittadinanza se non due condizioni relative agli investimenti.

[28] Nella specie, il riferimento è a Antigua & Barbuda, Dominica, Grenada e St. Kitts & Nevis.

Il contribuente che vuole trasferirsi ivi e godere del beneficio ha due opzioni: (i) investire almeno 250'000 dollari in un immobile, (ii) procedere con una donazione (non reversibile) di 200'000 dollari al Fondo di trasformazione dell'isola (*Island Transformation Fund*)^[29].

St. Kitts & Nevis, invece, ha lanciato il proprio programma CBI nel 1984. Anch'esso non richiede alcuna condizione ulteriore se non relativa agli investimenti da operare scegliendo tra due opzioni. La prima destinata a soggetti che svolgano un'attività di impresa, eventualmente con dei dipendenti, il cui numero impatta sull'investimento da operare. Qualora il soggetto interessato lavori da solo, l'importo sarà pari a 250'000 dollari; diversamente, se il numero di dipendenti è maggiore di tre, invece, si tratta di versare 300'000 dollari; ancora, se i dipendenti sono sei o più, la tariffa aumenta sino a 450'000 dollari. Alternativamente, il contribuente può optare per un investimento in immobili per almeno 400'000 dollari.

Si comprenderà come, ovviamente, non tutti gli accordi CBI e/o RBI possano essere ascritti di per sé in tale categoria, dovendo sussistere una serie di condizioni tali da far sospettare la sussistenza di un'elevata potenzialità di rischio: soprattutto, rientrano nella "zona grigia" quegli schemi posti in essere con Paesi (i) considerati paradisi fiscali, quindi, con tassazione assai ridotta (se non del tutto azzerata), (ii) ove i redditi di fonte estera sono considerati esenti, (iii) ove i soggetti che acquisiscono lo *status* di residente o di cittadino tramite tali schemi beneficiano di uno speciale regime fiscale, (iv) non ricevono le informazioni ai sensi del CRS.

Altri elementi da valutare adeguatamente sono la non previsione della presenza fisica quale requisito per ottenere la residenza fiscale e l'assenza di altre misure idonee alla cooperazione (si pensi, ad es., allo scambio di informazioni spontaneo relativamente ai soggetti interessati dagli schemi CBI o RBI ovvero l'espressa indicazione nel certificato di residenza del conseguimento dello *status* a seguito di un simile accordo).

Solo arginando le lacune presenti nell'implementazione della normativa CRS da parte degli intermediari finanziari sarà possibile ricondurre il fenomeno entro limiti ben circoscritti.

E. Intermediari, contribuente e informazioni oggetto di trasmissione

La categoria degli intermediari^[30], perno su cui si innesta la presente disciplina, ricomprende sia i cd. "promotori" (*Promoters*), ossia coloro i quali concretamente progettano, delineano, promuovono o commercializzano^[31] gli accordi di cui sopra, sia i cd. "prestatori di servizi" (*Service Providers*), i quali si occupano di predisporre le strutture per assicurare la concretizzazione

dei medesimi, a patto che si trovino nella condizione di essere a conoscenza del potenziale carattere elusivo degli schemi. Nella specie, questi ultimi devono offrire servizi essenziali (cd. "*Relevant services*"), ossia qualsivoglia assistenza e/o consulenza relativa alla fase di studio, delineamento, promozione o commercializzazione, implementazione ovvero organizzazione dello schema elusivo. Gli obblighi di *disclosure* e le eventuali sanzioni permangono in capo all'intermediario, inteso nella sua interezza: ad esso sono riconducibili le condotte ed i comportamenti tenuti dai propri dipendenti e/o collaboratori.

Si segnala come, tuttavia, diversamente da quanto stabilito in sede BEPS, nel Modello OCSE MDR la definizione di intermediario non è circoscritta alle persone coinvolte negli aspetti meramente fiscali dell'accordo. Ciò che rileva a fini operativi, infatti, non è tanto il conseguimento di un illegittimo vantaggio fiscale quanto il mancato adempimento agli obblighi imposti dal CRS.

Nella specie, l'obbligo di invio dei dati per i CRS *Avoidance Arrangements* e le *Opaque Offshore Structures* è posto in capo agli intermediari che rispondano positivamente al cd. "*nexus test*": è condizione essenziale che sussista un collegamento tra lo stesso e lo Stato destinatario dei dati. A tal fine, il Modello OCSE MDR identifica tre criteri alternativi^[32]: (i) l'intermediario opera tramite una sussidiaria situata nel Paese destinatario della trasmissione dei dati, (ii) è residente ovvero ha ivi situato la propria sede d'affari o, ancora, (iii) è stato costituito in virtù delle normative del predetto Stato^[33].

Diversamente da quanto previsto in sede BEPS, laddove si prevede che l'invio debba avvenire nel momento in cui il contribuente si avvale della pianificazione, le due tipologie di intermediari (promotori e fornitori) dovranno procedere all'invio dei dati entro trenta giorni dalla realizzazione dell'accordo suscettibile di trasmissione^[34].

I dati che saranno oggetto di veicolazione^[35] spaziano dall'identificazione dello Stato (o degli Stati) interessati ai dati inerenti tutti i soggetti coinvolti nella pianificazione e, cioè, il soggetto intermediario che si trova a dover inviare le informazioni, il cliente beneficiario dello schema elusivo, i soggetti coinvolti, benché non clienti diretti dell'intermediario, ma che abbiano rappresentato a quest'ultimo la propria volontà di parteciparvi direttamente o indirettamente, oltre ad ogni altro intermediario coinvolto. Devono essere, inoltre, comunicati i dettagli relativi all'accordo posto in essere: in presenza di un *CRS Avoidance Agreement*, sarà necessaria una puntuale descrizione degli elementi atti ad eludere la normativa; in caso di una *Opaque Offshore Structure*, dovrà essere inviata una

[32] Modello OCSE MDR, *Rule 2.1*, p. 19.

[33] Trattandosi di criteri alternativi è possibile che il medesimo intermediario sia soggetto all'obbligo di trasmettere dati in diverse giurisdizioni. L'eventuale ridondanza dei dati è evitata da apposite deroghe previste alla *Rule 2.5* del Modello OCSE MDR.

[34] La trasmissione dei dati può avvenire in due momenti differenti qualora dapprima scatti in capo al promotore dello schema e, successivamente, al fornitore del servizio necessario per l'utilizzo del medesimo.

[35] Modello OCSE MDR, *Rule 2.3*, p. 19.

[29] In questo caso, il soggetto interessato otterrà previamente un permesso di residenza e, in un secondo momento, potrà ottenere la naturalizzazione.

[30] Modello OCSE MDR, *Rule 1.3*, p. 16.

[31] Si noti bene come, secondo il Commentario del Modello OCSE MDR, siano ascrivibili alla categoria dei promotori che hanno provveduto alla commercializzazione dello schema anche coloro i quali abbiano operato su un modello che non era originariamente nato quale sistema potenzialmente elusivo del CRS.

descrizione fattuale degli elementi ostativi ad una corretta identificazione del beneficiario effettivo.

Unica deroga prevista all'invio dei dati da parte dell'intermediario è data dalla sussistenza di un segreto professionale o d'ufficio, così come riconosciuto anche in sede di Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni (M-OCSE, nella specie, art. 26 par. 3) e nella Convenzione sulla mutua assistenza amministrativa in materia fiscale (art. 21).

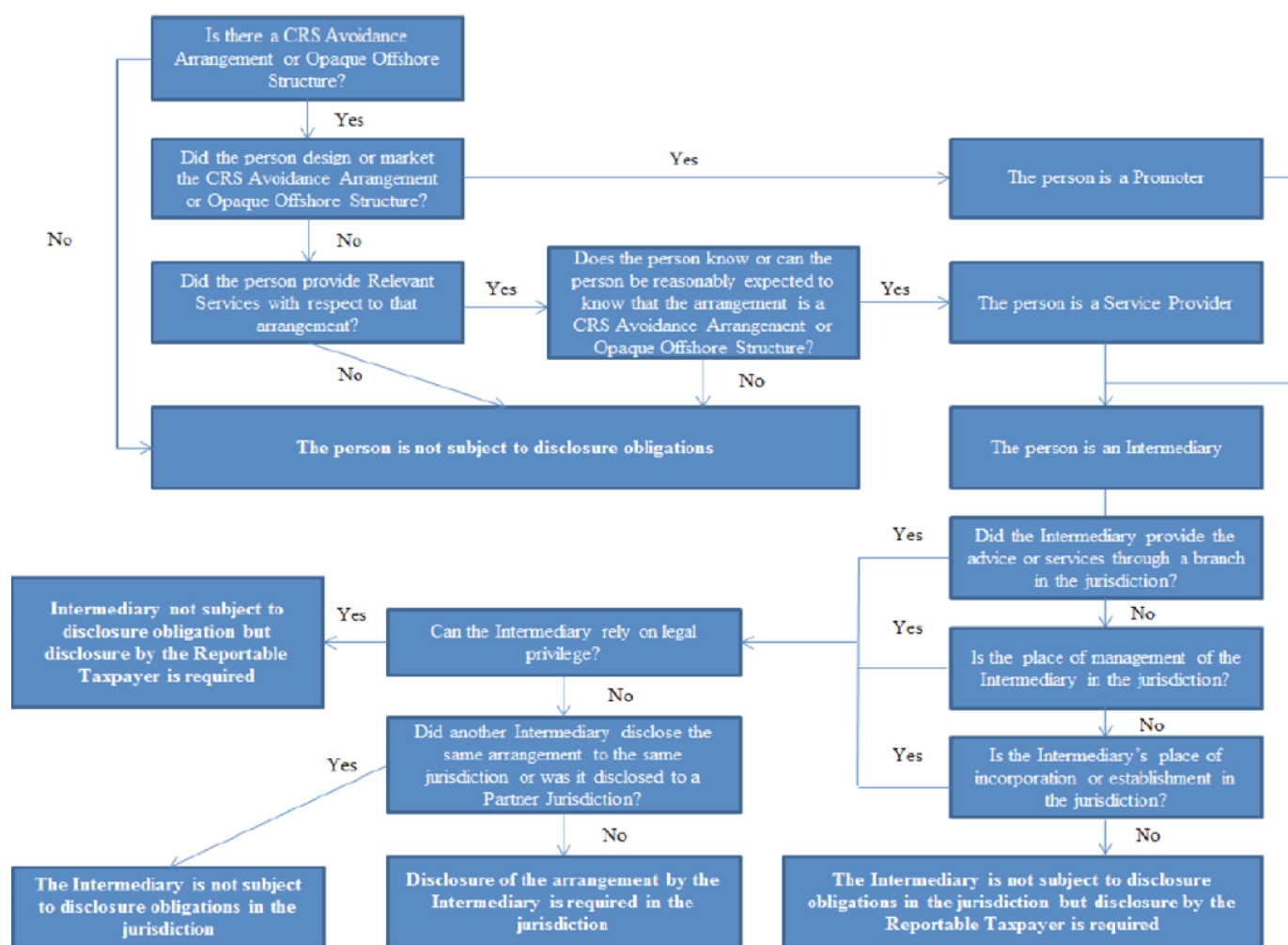
Emerge, *ictu oculi*, un'incompatibilità di fondo: come anche evidenziato in sede BEPS, il rapporto di fiducia sussistente tra l'intermediario (si pensi, ad es., ad un avvocato) ed il cliente comprende – evidentemente – il diritto a ricevere consigli e pareri in via confidenziale che, di conseguenza, secondo le normative domestiche dei singoli Stati rientrerebbero nella tutela accordata al segreto professionale.

Non senza una nota critica, si ritiene che la valutazione di tali circostanze debba essere operata in linea con quanto

delineato per l'applicazione dell'art. 26 M-OCSE: il rifiuto sarà ritenuto legittimo solo ed esclusivamente nelle medesime circostanze di cui al par. 3 della stessa disposizione.

Qualora si ricada in una di tali ipotesi ovvero non sussistano i requisiti idonei a soddisfare il *nexus test*, il Modello OCSE MDR identifica quale responsabile dell'invio il contribuente interessato. Quest'ultimo deve procedere ad inviare i medesimi dati che sarebbero trasmessi dall'intermediario: tale *escamotage* è stato studiato al fine di evitare che il singolo possa beneficiare dell'assenza di radicamento con il territorio da parte dell'intermediario medesimo ovvero richiedendo la sospensione dell'invio adducendo la tutela dei propri diritti sulle informazioni (quali, ad es., la tutela della propria *privacy*).

Figura 1: Panoramica ad alto livello del funzionamento del MDR per una particolare giurisdizione (Fonte: OCSE 2018, in: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/mandatory-disclosure-rules-questions-and-answers.pdf> [consultato il 12.04.2018])



F. Prime riflessioni (critiche)

Il Modello OCSE MDR risulta, sostanzialmente, quale sviluppo delle linee guida rappresentate dall'Azione 12 BEPS inquadrando, nello specifico, soggetti passivi ed attivi dello scambio. Il *range* applicativo appare estremamente ampio, lasciando insorgere non poche perplessità.

L'adozione di tale modello tende a promuovere una sorta di auto-dichiarazione da parte degli intermediari, da intendersi, come si è visto, non solo come coloro i quali delineano e progettano gli schemi di pianificazione aggressiva al solo (o, comunque, tra i principali) scopo di conseguire un indebito vantaggio fiscale, ma anche quanti si premurano di fornire i servizi necessari all'implementazione ed al successo dell'operazione medesima.

Questi intermediari dovrebbero, in virtù dell'ipotetico rischio della comminazione di una sanzione (la cui determinazione sia in termini qualitativi sia in termini quantitativi viene lasciata alla discrezionalità dei singoli Stati), pertanto, comunicare tutti i dati in loro possesso inerenti ad uno schema atto ad eludere la normativa CRS, ovvero a celare l'identità del beneficiario effettivo, individuando tutti i soggetti coinvolti, anche qualora costoro non siano propri clienti, e fornendo una dettagliata documentazione inerente gli schemi, i diagrammi e quant'altro a propria disposizione.

Addirittura, qualora si palesi la timida possibilità che sussista la tutela accordata dall'ordinamento al segreto professionale, l'onere della *disclosure* verrebbe a vertere sul diretto interessato, ossia sul contribuente che ha commissionato, attuato e beneficiato della pianificazione fiscale medesima.

Appare evidente la sussistenza di profili ampiamente opinabili, ma che si intende trattare in un'ottica comparatistica, al termine della disamina della recentissima normativa euro-unitaria data dalla proposta di Direttiva approvata dal Consiglio lo scorso 13 marzo 2018.

G. La proposta del Consiglio euro-unitario

In ambito euro-unitario, già nel giugno 2017, era stata avanzata una prima bozza di Direttiva che, innestandosi nel *corpus* della DAC[36], si premurasse di attuare le pre-esaminate linee guida BEPS[37] e si ponesse in linea con il Modello OCSE MDR che l'ha preceduta di pochi giorni.

L'idea è, infatti, quella di implementare, entro il 31 dicembre 2019, la veicolazione dei dati inerenti accordi ivi previsti nel già avviato meccanismo di scambio di informazioni disciplinato, nella specie, dalla Direttiva 2011/16/UE, nella sua versione più aggiornata[38], venendo ad innestare una stretta connessione

[36] Direttiva 2011/16/UE del 15 febbraio 2011 relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale e che abroga la Direttiva 77/799/CEE.

[37] Il 25 maggio 2016, infatti, il Consiglio aveva invitato la Commissione europea a prendere in considerazione un'iniziativa legislativa inerente le *Mandatory Disclosure Rules* seguendo quanto disposto dall'Azione 12 BEPS al fine di disincentivare in maniera più efficiente gli intermediari che assistono o promuovono schemi evasivi od elusivi. Vedasi, in lingua inglese, Doc. 9452/16, FISC 85, ECO-FIN 502, pto. 12.

[38] La Direttiva 2011/16/UE è stata modificata, in ordine cronologico, dalla

con la trasmissione di dati prevista non solo in ottemperanza al CRS, ma anche in relazione ai *tax rulings* e agli *advance pricing agreements* (APA).

Al pari di quanto previsto a livello internazionale, i dati oggetto di trasmissione hanno ad oggetto schemi di pianificazione fiscale potenzialmente aggressiva attuati in situazioni *cross-border* (ossia, con il coinvolgimento di due o più Stati membri ovvero di uno Stato membro ed un Paese terzo) operati tramite intermediari, quali, ad es., avvocati, commercialisti, consulenti fiscali o chiunque, tendenzialmente, si occupi di designarne, promuoverne, organizzarne o gestirne la concretizzazione. Già in sede di premesse, si è perfettamente consapevoli che talvolta il professionista o, comunque, l'intermediario potrebbe sottrarsi allo scambio adducendo la sussistenza del cd. "segreto professionale", ovvero, ancora, che vi sia la possibilità in cui sia il contribuente medesimo a generare uno schema elusivo "*in-house*". In tal caso, pertanto, l'onere della *disclosure* viene traslato direttamente in capo al contribuente stesso, ingenerando tutte le perplessità di cui si è già accennato.

La circolazione di tali informazioni apporterebbe sicuramente un concreto contributo alla creazione del tanto sospirato quadro di *fair taxation* nel mercato interno, ponendosi quale elemento complementare all'attuazione efficiente del CRS.

Assume particolare rilievo il carattere di transnazionalità degli schemi ideati e realizzati: infatti, lo spettro applicativo della Direttiva deve essere sufficientemente ampio, ma non troppo onde evitare ripercussioni eccessive a livello di mercato interno. Se, quindi, a livello euro-unitario, lo *standard* è lo scambio automatico di informazioni, viene lasciata alla discrezionalità degli Stati la possibilità di istituire altri e diversi regimi di monitoraggio e collezione dei dati: chiaramente, a questi non si estende l'obbligo dell'invio automatico, restando, invece, la scelta dello Stato interessato di procedere allo scambio su richiesta, posto, come di consueto, a completamento della veicolazione automatica.

H. Gli accordi transnazionali (cd. "cross-border arrangements" e gli "hallmarks")

Oggetto dello scambio automatico previsto dalla Direttiva sono i cd. *cross-border arrangements*, sussistenti qualora vi siano questioni inerenti la residenza fiscale di uno o più partecipanti (ad es., gli stessi risiedono in diversi Paesi ovvero si ha l'ipotesi inversa, uno o più soggetti risultano residenti in più Paesi o, ancora, tematiche inerenti la stabile organizzazione), ovvero si ravvisi la possibilità che l'accordo in esame incida sull'applicazione dello scambio automatico di informazioni ovvero sull'identificazione del beneficiario.

Direttiva 2014/107/UE, cd. "DAC 2", avente un *focus* sul ruolo degli intermediari finanziari nello scambio di informazioni, dalla Direttiva 2015/2376/UE, cd. "DAC 3", che introduce lo scambio automatico di informazioni in relazione ai *tax rulings*, dalla Direttiva 2016/881/UE, cd. "DAC 4", inerente la trasmissione dei dati derivanti dal *country-by-country reporting* (CbCR) e, infine, dalla Direttiva 2016/2258/UE, cd. "DAC 5", inerente l'accesso delle autorità fiscali alle informazioni in materia di antiriciclaggio.

Sin da subito, appare evidente come lo spettro applicativo della proposta di Direttiva sia più ampio rispetto al Modello OCSE MDR: mentre, infatti, quest'ultimo risulta potenzialmente limitato alla trasmissione dei dati inerenti quegli schemi elusivi della disciplina del CRS e, quindi, delle informazioni detenute dagli intermediari finanziari, in sede euro-unitaria lo scopo è evitare la realizzazione di schemi di pianificazione fiscale aggressiva realizzata tramite intermediari *in toto* considerata. Ne consegue che, pertanto, ricadranno nell'invio dei dati tutti quegli accordi che mirano ad evitare l'invio di informazioni non solo ricomprese dal CRS, ma anche relative, ad es., ai *tax rulings* ed agli APA, oltre che al CbCR[39].

Al pari della strategia utilizzata a livello internazionale, anche in sede euro-unitaria si è ritenuto maggiormente efficiente delineare quelli che sono i profili di maggiore aleatorietà o, comunque, di maggiore sospetto relativamente ad alcuni schemi potenzialmente elusivi posti in essere dai contribuenti, identificandone i cd. "*hallmarks*". A monte, per poter essere definiti tali, gli stessi devono soddisfare il cd. "*Main benefit test*": l'unico scopo o, comunque, il principale deve essere quello di conseguire un illegittimo vantaggio fiscale.

Al pari di quanto accade in sede BEPS, questi ultimi vengono distinti in: (i) Generici e (ii) Specifici[40]. Nella prima categoria rientrano sia gli accordi in cui il contribuente interessato (o un altro partecipante) sottoscrive una clausola di confidenzialità/segretezza in virtù della quale non è possibile svelare a terzi (i.e., altri intermediari e amministrazioni finanziarie) lo schema ideato e/o posto in essere, sia quelli in cui all'intermediario spetta un compenso, cd. "*premium fee*", calcolato proporzionalmente al vantaggio fiscale conseguito, ovvero dal risultato (conseguimento o meno del predetto vantaggio)[41] sia, infine, quelle strutture vendute "a pacchetto", che possono essere utilizzate da diversi contribuenti senza grosse necessità di adattamento.

Gli *hallmarks* specifici vincolati al *main benefit test* si incentrano su tre profili, quali: (i) l'utilizzo delle perdite[42], (ii) la trasformazione del reddito in capitale, liberalità ovvero altre categorie sottoposte ad una tassazione agevolata ovvero esentate *in toto*, (iii) la circolazione dei fondi tramite entità interposte.

La proposta di Direttiva si sofferma, poi, su altre tipologie di *specific hallmarks* inerenti (i) le transazioni transnazionali[43],

[39] A riprova di ciò, si rappresenta come la proposta di Direttiva intende emendare la Direttiva 2011/16/UE introducendo un'ulteriore previsione all'art. 8 bis bis bis.

[40] Annex IV – Proposta di Direttiva, p. 35 ss.

[41] In tale ipotesi, in caso di mancato conseguimento dell'obiettivo auspicato, l'intermediario sarà obbligato al rimborso totale o parziale.

[42] Nella specie, ricadono in tali circostanze le strutture che prevedono l'acquisto artificioso di una società in perdita, abbandonare l'attività principale e utilizzare le perdite al fine di erodere la propria base imponibile, includendovi la possibilità di traslare le predette perdite in un altro Paese per accelerare i tempi.

[43] Tale ipotesi ricomprende la sussistenza di un accordo che abbia ad oggetto pagamenti *cross-border* deducibili effettuati tra due o più società associate a patto che (i) il beneficiario risulti privo di residenza fiscale ovvero (ii) sia residente in un Paese in cui (a) non vi sia alcuna imposta sulle società ovvero l'eventuale imposta sia prossima allo zero e che (b) sia inclusa in una lista di

(ii) lo scambio automatico di informazioni e l'identificazione del beneficiario effettivo, (iii) il *transfer pricing*.

Se la prima e l'ultima risultano essere state oggetto di discussione tra gli Stati membri[44], la seconda sembrerebbe ormai cristallizzata.

Questa, infatti, rappresenta la fattispecie che più si avvicina a quella affrontata dal Modello OCSE MDR.

Rientrano in tale ipotesi, gli accordi che risultino nell'effetto di eludere le normative (siano esse euro-unitarie siano esse relative ad accordi aventi il medesimo valore, ivi compresi quelli stipulati con Paesi terzi) che disciplinano lo scambio automatico di informazioni finanziarie ovvero che sfruttino l'assenza di tali disposizioni, a patto che sussista almeno una delle condizioni ivi elencate. Tra queste, si annoverano (i) l'uso di un conto, di un prodotto ovvero di un investimento che, sebbene formalmente non si identifichi come tale, ne presenti gli elementi sostanziali, (ii) il trasferimento di conti finanziari ovvero di *asset* in una giurisdizione priva di obblighi di trasmissione automatica delle informazioni, (iii) la trasformazione del proprio reddito in altre tipologie che non siano ricomprese nella disciplina dello scambio automatico, (iv) il trasferimento o la conversione di un'istituzione finanziaria o di un conto in una forma tale da non essere sussumibile nella disciplina di scambio, (v) l'utilizzo di entità ovvero di strutture che occultano (o tendono ad occultare) uno o più titolari del conto (*Account holders*) ovvero *Controlling Persons* considerati tali ai fini dello scambio automatico di informazioni, (vi) accordi che sfruttino le debolezze riscontrate nella procedura di *due diligence* attuate dagli intermediari finanziari nell'implementazione della procedura di scambio automatico di informazioni. Tali fattispecie sembrano poter essere ricondotte, tramite un parallelismo, ai CRS *Avoidance Agreement* di cui al Modello OCSE MDR.

Infine, sono ravvisabili alcune ipotesi simili alle Strutture Opache delineate in sede OCSE, risultando inclusi nella velleità quegli accordi che includano una catena tale da occludere l'identificazione del beneficiario effettivo, tramite l'utilizzo di soggetti, schemi o strutture che (i) non svolgano un'effettiva attività economica (tramite l'utilizzo di personale, strumentazione, sede ed *assets*), (ii) che siano incorporate, gestite, controllate ovvero stabilite in una giurisdizione diversa da quella di residenza di uno o più beneficiari effettivi degli *assets* dalle prime detenute, (iii) qualora il beneficiario effettivo – così come delineato dalla Direttiva 2015/849/UE sull'antiriciclaggio e la lotta al terrorismo[45] – risulti non identificabile.

Paesi terzi ritenuti non collaborativi da parte dell'OCSE, (iii) il pagamento così corrisposto sia esente nello Stato di residenza del beneficiario ovvero (iv) sia soggetto ad un trattamento fiscale privilegiato.

[44] Cfr. nota 2.

[45] Direttiva 2015/849/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il Regolamento UE n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la Direttiva 2006/70/CE della Commissione.

I. Intermediari, informazioni e scambio automatico

I soggetti attivi del processo di veicolazione delle informazioni sono sostanzialmente tre: gli intermediari, le Amministrazioni finanziarie e la Commissione europea.

Per intermediari, secondo la proposta di Direttiva, devono intendersi, al pari di quanto stabilito in sede internazionale, tutti quei soggetti che delineano, progettano, promuovono o commercializzano, si preoccupano dell'implementazione e dell'organizzazione di accordi *cross-border* che siano oggetto di rendicontazione[46]. Al fine di poter essere considerato intermediario, il soggetto deve (i) essere fiscalmente residente (o avere una stabile organizzazione) in uno Stato membro ovvero (ii) essere costituito secondo le normative di uno Stato membro ovvero ancora (iii) essere registrato ad un'associazione professionale di uno Stato membro che fornisca servizi legali, fiscali o di consulenza.

Da un punto di vista procedurale, l'intermediario identificato quale responsabile della raccolta e dell'invio deve procedervi entro trenta giorni che decorrono dal giorno successivo a quello in cui l'accordo è stato delineato ovvero è considerato pronto per essere posto in essere[47] con una scadenza periodica trimestrale.

Chiaramente, gli intermediari sono tenuti all'invio delle informazioni alle Amministrazioni finanziarie del proprio Paese di residenza[48], le quali provvederanno, poi, a trasmetterle alle autorità competenti dell'altro o degli altri Stati coinvolti.

Parte attiva del meccanismo è anche, si diceva, la Commissione europea: a quest'ultima, secondo la proposta di Direttiva, competono funzioni di monitoraggio e di vigilanza, sicché deve esserle riconosciuta la facoltà di accesso alle informazioni raccolte e trasmesse[49]. Come già si auspicava tempo addietro[50], la Commissione sta progressivamente assurgendo quale organo di controllo all'intera disciplina di scambio di informazioni, sino ad ora sprovvista di un reale monitoraggio e in assenza di ulteriori entità atte al vaglio relativo al corretto adempimento da parte degli Stati membri in tale ambito.

[46] Inoltre, resta cristallizzata la condizione per la quale il soggetto interessato debba essere a conoscenza del carattere elusivo ovvero aggressivo dello schema posto in essere: allo stesso è sempre data la possibilità di fornire prova della propria mancata conoscenza.

[47] Ovvero, secondo la formulazione dell'art. 8 *bis bis bis* che si andrà ad introdurre nella Direttiva 2011/16/UE, nel primo momento realmente utile alla comunicazione.

[48] La proposta di Direttiva delinea una sorta di "regole a cascata" ove prevede che in caso di dubbio relativo allo Stato membro destinatario delle informazioni, l'intermediario dovrà procedere alla trasmissione alle autorità (i) dello Stato membro in cui risiede, (ii) in cui ha una stabile organizzazione di cui si avvale per prestare i propri servizi, (iii) secondo le cui normative si è costituito o registrato, (iv) in cui è iscritto ad un'associazione professionale che fornisca servizi fiscali, legali o di consulenza.

[49] Tale facoltà di accesso non esonera gli Stati dall'obbligo di notifica previsto in tema di aiuti di Stato, art. 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

[50] Cfr. MOLO/SCHLICHTING/VORPE (nota 12).

In realtà, si tiene a precisare come anche il contribuente risulti direttamente coinvolto nella procedura di veicolazione: qualora l'intermediario eccepisca la sussistenza del segreto professionale ovvero lo schema venga predisposto *in-house*, è proprio in capo al contribuente che viene posto l'obbligo di rendicontazione all'Amministrazione finanziaria.

I dati che devono essere inviati ricomprendono (i) l'identificazione dell'intermediario e del contribuente[51], (ii) l'individuazione degli *hallmarks* sussistenti, (iii) una sintesi del contenuto dell'accordo, incluso un descrittivo ed un *abstract* che delinea le attività poste in essere[52], (iv) la data di avvio dell'accordo, (v) le disposizioni normative nazionali che costituiscono la base legale per l'accordo, (vi) il valore dell'accordo, (vii) l'individuazione dello Stato di residenza del contribuente, oltre che di tutti gli altri Paesi su cui l'accordo medesimo impatta, (viii) l'individuazione di altri soggetti collegati all'accordo *de quo*.

J. Interrogativi: il segreto professionale e le sanzioni

La Direttiva prevede una deroga all'invio delle informazioni da parte degli intermediari: gli stessi possono rifiutare la veicolazione dei dati richiesti eccependo la sussistenza del segreto professionale.

Tuttavia, ci si interroga in merito a quali siano, di fatto, gli schemi e le strutture ideate e realizzate su commissione o, comunque, su richiesta del contribuente che esulino dalla tutela apprestata dai singoli ordinamenti in merito al segreto professionale innestato sull'intrinseco rapporto di fiducia sussistente tra il consulente ed il proprio cliente.

Il confine appare chiaramente piuttosto labile. Oltre alla sottesa difficoltà nell'individuazione o meno dello spettro applicativo della tutela accordata, non si deve dimenticare, adottando il punto di vista del professionista, il necessario rispetto del codice etico e deontologico cui lo stesso è solitamente sottoposto.

Il professionista viene sostanzialmente chiamato a rivelare direttamente dati, piuttosto dettagliati, inerenti una struttura connotata da un potenziale rischio elusivo, oltre che nominativo del cliente medesimo e delle persone comunque coinvolte, fornendo indirettamente informazioni su quanto il contribuente avrebbe rivelato allo stesso in qualità di professionista ed intermediario, finendo col porsi probabilmente in contrasto con la tutela e la segretezza allo stesso imposto dalle proprie norme deontologiche, in virtù delle quali quanto appreso nell'espletamento della propria professione deve rimanere segreto.

Si potrebbe probabilmente sostenere che l'interesse alla lotta all'elusione fiscale realizzata tramite tali schemi, estrinsecazione

[51] Fornendone nome, data e luogo di nascita, residenza fiscale, TIN e, laddove opportuno, le "associated enterprises".

[52] Chiaramente senza procedere alla *disclosure* di segreti di qualsivoglia tipologia (commerciali, industriali, professionali ovvero legati a processi commerciali) e di dati che siano contrari all'ordine pubblico.

della sovranità fiscale dei singoli Stati i quali agirebbero nell'interesse collettivo, dovrebbe prevalere di fronte all'interesse del singolo alla tutela della *privacy* e della segretezza della propria posizione, dei propri dati in quanto, agendo (o tentando di agire) in maniera illecita o, comunque, per perseguire uno scopo illecito non sarebbe meritevole di tutela[53].

Palesamente, una tale prospettiva oltre ad apparire paradossale (nell'ipotesi in cui si venga a chiedere al pianificatore di auto-dichiarare la propria condotta, lo schema nel dettaglio e tutti i dati di cui si è detto), sembrerebbe anche connotata da diverse lacune.

In particolare, si richiama l'attenzione, *in primis*, sull'assenza di specifiche previsioni per trovare un corretto bilanciamento tra la necessità di *disclosure* e l'altrettanto necessaria tutela del rapporto di fiducia e confidenzialità sussistente tra il contribuente e l'intermediario, ma anche della *privacy* del soggetto interessato.

In secondo luogo, si rappresenta come la Direttiva ponga in capo agli Stati membri l'onere di prevedere delle sanzioni per garantire il rispetto della disciplina.

Anche in questo caso, tuttavia, non vengono fornite indicazioni più specifiche: mentre in sede BEPS si era ipotizzata l'applicazione di specifiche misure pecuniarie ed interdittive, la normativa euro-unitaria, nonostante il più ampio spettro applicativo delineato, che implicherebbe un'opportuna individuazione di sanzioni più o meno circoscritte, ne risulta priva. Ancora una volta, viene lasciata piena discrezionalità agli Stati membri[54].

III. Riflessioni conclusive

L'attuazione del BEPS è culminata con l'emanazione, il 24 novembre 2016, della *Multilateral convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*. Questa, tuttavia, si incentra sulla concretizzazione delle Azioni 2, 6, 7 e 14, presentandosi scevra da qualsiasi riferimento all'Azione 12.

A livello internazionale, come si è visto, l'intervento dell'OCSE in tal senso sembrerebbe aver delimitato lo spettro applicativo dello scambio di informazioni a quanto oggetto del CRS, quindi, alle informazioni fiscalmente rilevanti detenute dagli intermediari finanziari e suscitando le perplessità di cui si è detto.

[53] In merito si richiama la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others v. Conseil des ministres* (C-305/05) laddove, in tema di segreto professionale rapportato alla terza Direttiva Antiriciclaggio (2015/849/UE) la Corte ha statuito come la normativa debba essere applicata "nel rispetto del diritto fondamentale alla tutela del segreto professionale dell'avvocato, nel senso che devono essere esonerate da ogni obbligo di dichiarazione le informazioni ottenute prima, durante o dopo un procedimento giudiziario, ovvero nell'ambito della prestazione di una consulenza legale". Cfr. anche la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), *Michaud v. France* (2012), n. 12323/11.

[54] Si segnala come, ad es., nell'ordinamento italiano, sussista già un'aggravante prevista nel Decreto Legislativo (D.Lgs.) 74/00 (art. 13-bis, comma 3), nei casi in cui i reati tributari vengano commessi "dal concorrente nell'esercizio dell'attività di consulenza fiscale svolta da un professionista o da un intermediario finanziario o bancario attraverso l'elaborazione o la commercializzazione di modelli di evasione fiscale".

In ambito euro-unitario, invece, la lotta alla pianificazione fiscale aggressiva si era già avviata con l'adozione della Direttiva ATAD[55], la quale ha previsto l'adozione di misure anti-abuso vincolanti allo scopo di garantire uno *standard* comune di lotta all'elusione fiscale operata dalle società. Il termine ultimo per l'implementazione negli Stati membri è previsto per la fine del 2018, con l'entrata in vigore delle norme a far data dal 1° gennaio 2019.

La proposta di Direttiva qui in analisi si pone quale naturale prosieguo.

Chiaramente, l'armonizzazione in tema di imposte dirette esula dalla competenza dell'UE, sicché, nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, la Direttiva potrà essere approvata con l'unanimità dei voti (art. 115 TFUE). Per tale ragione, gli accordi e gli schemi oggetto di trasmissione devono essere connotati dall'elemento della transnazionalità e non limitati alle ipotesi meramente domestiche.

Nella scelta dello schema da implementare, la proposta di Direttiva ha adottato il cd. "*promoter-based approach*", ponendo solo in capo all'intermediario l'obbligo della *disclosure* e, solo in via sussidiaria, ossia in assenza di intermediario ovvero in presenza di segreto professionale, al contribuente interessato.

Infatti, l'alternativa, rappresentata dal cd. "*transaction-based approach*", secondo il quale sia il promotore sia il contribuente avrebbero dovuto procedere all'invio dei dati, seppur maggiormente precisa (vi sarebbe stato un duplicato delle informazioni trasmesse, evitando il rischio di incompletezza nella comunicazione) e con un probabile effetto deterrente su entrambi i soggetti coinvolti, sarebbe stata eccessivamente dispendiosa in termini di costi e risorse.

Tra l'altro, imporre al contribuente oneri di *disclosure* eccessivi, avrebbe reso i sistemi più complessi e meno precisi, con il rischio di porre alcuni (o tutti) Stati membri in una condizione meno competitiva.

L'intermediario, infatti, ha una conoscenza ed una dimestichezza tale da poter procedere all'invio delle informazioni necessarie, evitando un'inutile trasmissione di *surplus* di dati ed assicurando un'idonea applicazione del meccanismo di scambio[56].

Si ritiene di condividere la scelta operata in sede euro-unitaria di sottoporre gli *hallmarks* al *main benefit test*: il Consiglio ha, infatti, optato per il cd. "*multi-step approach*" prevedendo come precondizione il soddisfacimento della soglia delineata dal *main benefit test*. Diversamente, scegliendo di implementare il cd. "*one-step approach*", l'applicazione della normativa sarebbe risultata meno circoscritta e, se da un lato, avrebbe probabilmente consentito una *disclosure* più ampia, dall'altro non

[55] Direttiva 2016/1164/UE del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno (cd. Direttiva ATAD).

[56] Questo è il meccanismo utilizzato in quei Paesi che hanno già predisposto una disciplina MDR e, segnatamente, Regno Unito, Irlanda e Portogallo.

si può trascurare la portata invasiva della stessa per quanto attiene le posizioni sia del contribuente sia dell'intermediario interessato.

L'attuazione della disciplina *de quo* si presenta costellata di profili ostici, *in primis*, per quanto attiene l'ottenimento della collaborazione da parte degli intermediari (che dovrà essere sicuramente accompagnata dalla previsione di sanzioni convincenti) e, in secondo luogo, seguendo una riflessione di più ampio spettro per quanto attiene la compatibilità della stessa con i diritti umani tutelati dalla Corte EDU e dalla Carta europea (si pensi, come si è detto, alla tutela della *privacy*, del segreto professionale, del diritto a non auto-incriminarsi).