

SVIZZERA

RISARCIMENTO DEL DANNO PER VIOLAZIONE DEL SEGRETO BANCARIO

Di questi tempi, sono numerosi i clienti di banche svizzere che chiedono alla propria banca di risarcire il danno che ne è loro conseguito a causa di erronea consulenza relativamente al comportamento da tenersi nei confronti del fisco alla cui sovranità è sottoposto il cliente, rispettivamente per violazione del segreto bancario nei confronti di autorità fiscali estere.

È quindi opportuno rammentare la giurisprudenza del Tribunale federale secondo cui il cliente di una banca svizzera a cui è stata inflitta una multa per avere trasgredito alla regolamentazione del proprio paese in materia di relazioni finanziarie con l'estero, ed in particolare la regolamentazione fiscale, non può pretendere il rimborso a carico della banca. Eccone i principali riferimenti:

1. Infatti, già nella STF 86 II 75 consid. 4 il Tribunale federale aveva evidenziato il carattere strettamente personale della multa, come pure delle pene destinate a sanzionare il comportamento illecito di un cliente nei confronti dei suoi obblighi fiscali. Di conseguenza, è escluso che il pagamento della multa e, a maggior ragione, delle imposte da recuperare, possa essere caricato al patrimonio di un terzo, totalmente o in parte. Ciò vale anche nel caso in cui il cliente tenti di ottenere il rimborso della multa e dell'importo fiscale suppletorio mediante una domanda di indennizzo dei danni diretta contro un terzo al quale imputa una colpa contrattuale in relazione di causalità con la scoperta dell'infrazione fiscale medesima (cfr. STF 115 II 72 consid. 3). Si trattava, in quel caso, di una violazione del segreto bancario da parte di un funzionario di banca che aveva dato luogo ad un'indagine dell'autorità fiscale francese in danno di un cliente di banca svizzera.
2. Alla stessa conclusione il Tribunale federale pervenne anche nella STF 123 IV 254 consid. 1, respingendo la domanda del risarcimento del danno presentato dal cliente di una banca svizzera accusata di avere diffuso documenti in territorio tedesco che poi vennero acquisiti da parte dell'autorità fiscale tedesca medesima. In queste sentenze il Tribunale federale concludeva come segue:
" Même si des décisions fiscales sont intervenues - ce que les recourants n'allèguent pas - une taxation fiscale tirerait entièrement son origine de la situation patrimoniale des recourants (revenus et fortune) et une amende tirerait entièrement son origine de la décision qu'auraient prise les recourants eux-mêmes de soustraire des impôts. On ne voit pas sur quelle base juridique les recourants pourraient exiger de la banque (respectivement de ses responsables) qu'elle paye leurs impôts ou une amende pour une soustraction qu'ils ont décidé seuls, simplement parce que la banque ne les aurait pas aidés à dissimuler des preuves."
3. È comunque rilevante prendere conoscenza del fatto che il Tribunale federale ha applicato ancora la sua dottrina solamente nel caso di un'infrazione fiscale che il cliente di banca avrebbe deciso da solo. Con ciò si lascia aperta la possibilità del risarcimento del danno nel caso in cui, invece, i funzionari di una banca abbiano concorso con i clienti alla consumazione del reato fiscale, in particolare mettendo loro a disposizione consulenza, strumenti societari e simili, finalizzati ad ingannare l'autorità fiscale. Per il resto l'intera questione è trattata ampiamente nel manuale di Maurice Aubert e altri autori, *Le secret bancaire suisse*, 1995, Berne, pag. 72 e segg.

4. La suddetta giurisprudenza federale ha trovato conferma anche nella sentenza del Tribunale federale svizzero datata 12 novembre 2007 e pubblicata nella raccolta delle sentenze del Tribunale federale sotto DTF 134 III 59, pag. 59 e segg.
5. Diverso può essere l'approccio, e magari anche la soluzione giuridica, qualora il cliente dovesse far valere una condotta diversa da parte dell'intermediario finanziario: il 30 settembre 2009 ebbe luogo la prima udienza al Landgericht di Vaduz nella causa avviata da un cliente della LGT Treuhand contro quest'ultima rispettivamente verso la nuova entità acquirente, First Advisory Group. Il cliente era stato condannato da un tribunale tedesco a due anni di pena detentiva e al pagamento di € 7.5 milioni a titolo di multa e di € 11.9 milioni per imposte suppletorie. L'autorità tedesca aveva fondato la condanna sui documenti che un funzionario infedele di LGT aveva a suo tempo rimesso illegalmente al fisco tedesco. Il cliente, davanti al Landgericht, chiedendo il risarcimento di € 13 milioni, fa valere il fatto che LGT Treuhand lo avesse informato tardivamente dell'avvenuta sottrazione dei suoi dati e che, se fosse stato avvertito tempestivamente, avrebbe potuto autodenunciarsi e quindi essere sottoposto a sanzioni mitigate.

Si trattava di decidere sul credito fatto valere da parte di due coniugi contro il proprio consulente fiscale sostenendo che quest'ultimo aveva fornito una consulenza fiscale errata che ebbe per effetto l'apertura di un procedimento contravvenzionale fiscale, conclusosi con il pagamento di una multa e delle imposte suppletorie. Anche in quella sentenza il Tribunale federale ha ribadito la massima secondo cui: *"le multe fiscali che sono state inflitte al multato per colpa sua, hanno natura strettamente personale e non configurano pertanto un danno risarcibile secondo il diritto civile"*.

Anche in questa sentenza però il Tribunale federale ha attribuito rilevanza all'attribuzione della colpevolezza riguardo all'infrazione fiscale. Ciò lascia aperta la porta a possibili situazioni divergenti, qualora il contribuente non abbia agito da solo per ottenere il risparmio fiscale illecito, bensì sia stato coadiuvato da terzi.

SVIZZERA

FUGA DI CAPITALI DAL TERRITORIO SVIZZERO (RISCHI LEGALI)

Nel 2009 si succedono situazioni che possono eventualmente indurre un contribuente estero che sia cliente di una banca svizzera a trasferire il proprio patrimonio dal territorio svizzero al territorio di altri paesi. Ciò può succedere da parte di contribuenti esteri che sono preoccupati a causa dell'imminente entrata in vigore della clausola dello scambio di informazioni allargata contenuta nelle nuove convenzioni sulla doppia imposizione, dal momento che tale allargamento comporta la facoltà per l'autorità fiscale straniera di ottenere tramite l'autorità fiscale svizzera informazioni a favore di procedure fiscali estere non soltanto per il perseguimento della frode fiscale bensì anche per il perseguimento di forme meno gravi, come la sottrazione fiscale o l'evasione fiscale. Altrettanto può avvenire da parte di clienti che sono contribuenti nei paesi che hanno emanato diverse forme di amnistia fiscale, totale o parziale, e che non intendono aderire a queste forme di amnistia. Talvolta la banca si trova confrontata con la richiesta del cliente di monetizzare il proprio portafoglio titoli e, successivamente, con la richiesta di prelevare in contanti il saldo attivo indicato dall'estratto del conto bancario. Dal punto di vista della prevenzione antiriciclaggio si rammenta che l'obbligo di mantenere il cosiddetto *Audit trail*, ossia la traccia che permetta, in caso di necessità, di ricostruire in modo completo e dettagliato il flusso di un determinato valore patrimoniale, è previsto esclusivamente nel caso in cui siano sorti dei dubbi fondati riguardo all'eventuale origine criminale dei valori patrimoniali in questione. Poiché l'intera legislazione svizzera della prevenzione sul riciclaggio si fonda sulla definizione del reato di riciclaggio così come previsto dall'art. 305bis CPS, tutte le misure di prevenzione scattano esclusivamente se sussiste un sospetto concreto riguardante un comportamento che, secondo il diritto svizzero, viene qualificato come crimine. Tra le infrazioni di carattere fiscale, il diritto svizzero attualmente prevede esclusivamente un comportamento che può essere punito come crimine e precisamente quello della frode fiscale aggravata nella fiscalità indiretta, previsto dall'art. 14 cpv. 4 della Legge federale sul diritto penale amministrativo, entrato in vigore il 1. febbraio 2009, in applicazione di una delle 40 Raccomandazioni antiriciclaggio del giugno 2003 emanate dal GAFI/FATF.

Pertanto, qualora sussistano dubbi esclusivamente riguardo all'ipotesi di una frode fiscale o truffa in materia tributaria nell'ambito della fiscalità diretta oppure di sottrazione o evasione fiscale nell'ambito della fiscalità diretta o indiretta, non sussiste nessuno degli obblighi previsti dalla legislazione antiriciclaggio. Non sussiste in particolare l'obbligo di comunicazione e non sussiste nemmeno l'obbligo di mantenere l'*Audit trail*, tanto più che quest'ultimo obbligo sussiste esclusivamente nel caso in cui l'intermediario finanziario abbia inoltrato una segnalazione all'Ufficio di comunicazione (MROS) e che quest'ultimo, rispettivamente l'autorità penale non abbiano reagito ordinando il sequestro del valore patrimoniale oggetto della segnalazione medesima.

Ovviamente, oltre alla sussistenza di un eventuale rischio legale è raccomandabile tenere presente anche un eventuale rischio reputazionale, ciò che vale in particolare se l'importo che il cliente intende prelevare in contanti è ingente, ossia supera almeno la soglia dei centomila franchi. Pertanto, anche da questo punto di vista, ossia per gestire l'eventuale rischio reputazionale, sembra raccomandabile evitare prelievi in contanti mantenendo invece l'*Audit trail*. Può sorgere però un rischio legale riguardo al diritto fiscale straniero, dal momento che le autorità di alcuni paesi, in particolare i Ministeri Pubblici di alcune città tedesche, francesi e italiane, nonché, ovviamente, statunitensi, hanno talvolta avviato un procedimento penale contro un intermediario finanziario

operante in territorio svizzero accusandolo di concorso a favore del reato tributario commesso dal contribuente residente fuori dalla Svizzera e sottoposto alla sovranità fiscale straniera. In tal caso, l'intermediario finanziario, ed in particolare il banchiere che dovesse raccomandare uno strumento societario di qualsivoglia natura allo scopo di permettere al cliente di perpetuare una situazione di illecito in danno dell'erario del suo paese, si espone al rischio di un procedimento penale estero di questa natura. Ciò vale a maggior ragione nei confronti di quell'intermediario finanziario che non si limita a fornire consulenza bensì partecipa alla messa in opera del meccanismo che perpetua una situazione fiscale illecita, per esempio mettendo a disposizione una società off-shore, amministrando quest'ultima, oppure gestendo il patrimonio della medesima rispettivamente del cliente e simili.

Ovviamente, perché possa sussistere l'accusa di concorso, deve essere accertata anche la consapevolezza da parte dell'intermediario finanziario riguardo al fatto che gli averi patrimoniali che sono oggetto di consulenza oppure di assistenza per il trasferimento all'estero fossero dichiarati o meno al fisco del paese in cui risiede il cliente. Si tratta qui, in altre parole, di esaminare il cosiddetto aspetto soggettivo della persona che viene accusata di un determinato reato. Il fatto è che tale esame di solito viene posticipato fino al momento del verdetto da parte del giudice del merito che decide sulla colpevolezza o l'innocenza di un accusato. Fino a quel momento, che può essere lontano anche parecchi anni rispetto al momento dell'apertura del procedimento penale, i Pubblici Ministeri possono adottare oppure chiedere di adottare una serie di provvedimenti coercitivi particolarmente incisivi per i diritti individuali di una persona. Pertanto, il chiarimento dell'aspetto soggettivo è spesso poco importante e poco rilevante nella fase istruttoria di un procedimento penale, nel senso che non mette al riparo l'intermediario finanziario dalla promozione di un'accusa di questa natura.

SVIZZERA**PERMANE VIETATA LA TRASMISSIONE ALL'ANAGRAFE TRIBUTARIA ITALIANA DI INFORMAZIONI SUI CLIENTI DI FILIALI IN SVIZZERA DI BANCHE ITALIANE**

Secondo la Circolare n. 42 del 24 settembre 2009 emanata dall'Agenzia delle Entrate italiana, le entità estere di banche italiane e di intermediari italiani sono obbligate a comunicare all'Archivio italiano dei rapporti finanziari, i dati relativi ai conti intrattenuti e alle operazioni effettuate dalla propria clientela italiana, laddove, per clientela italiana, si intendano i contribuenti italiani, mentre per Archivio dei rapporti finanziari si intende la sezione autonoma dell'Anagrafe tributaria italiana. Solo dopo sonora campagna mediatica attraverso i quotidiani nazionali, il 25.09.2009, l'Agenzia delle Entrate italiana precisò che le filiali non rientrano in quella categoria. Pertanto, la Circolare suddetta non è applicabile alle filiali bensì soltanto riguardo alle succursali.

Infatti, la Circolare si preoccupa di precisare che quest'obbligo vale esclusivamente per quelle entità estere dipendenti da banche italiane che sono prive di autonomia giuridica, ossia le succursali e non le filiali. Questa precisazione è superflua riguardo alle banche in Svizzera che sono filiali di banche italiane. Infatti, comunque, indipendentemente dal contenuto della Circolare suddetta, le banche svizzere che sono filiali di banche italiane come pure di casa-madre situata in altri paesi fuori dalla Svizzera, sono in ogni caso tenute a rispettare le norme di diritto svizzero. Questa affermazione è ovvia ma diventa oggi indispensabile poiché i titoli dei giornali nazionali italiani sono stati talmente sommari da ingenerare dubbi nei contribuenti italiani che sono clienti di banche svizzere. E' quindi necessario ricordare che la trasmissione di informazioni di carattere economico che avviene da parte di un'entità privata che agisce in territorio svizzero – come per esempio una banca o una società di intermediazione finanziaria – a favore di autorità all'estero è innanzitutto punibile in base all'art. 273 del Codice penale svizzero che punisce il cosiddetto "spionaggio economico". Inoltre, una simile trasmissione di dati sarebbe punibile anche per violazione del segreto bancario, così come è previsto all'art. 47 delle Legge federale sulle banche (LBCR) e per violazione dell'art. 43 della Legge federale sulle Borse ed i commercianti di valori mobiliari (LBVM) e dall'art. 148 cpv. 1 lett. k LICol, ossia da tutti coloro che operano nel settore degli strumenti collettivi di investimento, come pure da tutti gli altri intermediari finanziari in base all'art. 162 del Codice penale svizzero che punisce la violazione del segreto d'affari.

E' ben vero che queste norme prevedono eccezioni all'obbligo del mantenimento del segreto, ma esclusivamente nella misura in cui tali eccezioni sono previste dal diritto svizzero, laddove per diritto svizzero si intendono ovviamente non soltanto le norme nazionali interne bensì anche le norme previste dal diritto internazionale. Orbene, fino ad oggi, ed ancora per molto tempo, nessuna norma del diritto internazionale pubblico prevede che una banca o qualsiasi altra entità finanziaria di altra natura con sede in territorio svizzero abbia la facoltà e tanto meno l'obbligo di trasmettere informazioni alle autorità straniere. Infatti, quando queste ultime necessitano di informazioni o mezzi di prova, possono ottenerli esclusivamente facendo capo al meccanismo dell'assistenza internazionale in materia penale oppure in materia amministrativa oppure in materia fiscale.

In questo ambito non bisogna confondere gli obblighi di una banca che esercita l'attività in territorio svizzero in virtù di un'autorizzazione ricevuta dalla FINMA e che appartiene o è

controllata da una banca straniera. E' vero che sia il diritto internazionale che il diritto svizzero prevedono l'obbligo di mettere a disposizione della casa-madre all'estero tutti gli elementi utili e necessari per esercitare la vigilanza consolidata ed in particolare per allestire il bilancio consolidato. Queste informazioni però devono essere trasmesse esclusivamente in modo aggregato allo scopo di permettere la trasmissione di questi dati ad un'entità privata situata all'estero ossia la casa-madre di una filiale in Svizzera. E' stato necessario creare una base legale che permettesse quindi di derogare all'obbligo del mantenimento del segreto bancario. Si tratta dell'art. 4 quinquies della Legge federale sulle banche (LBCR) al quale fa da corollario l'art. 14a dell'Ordinanza federale della Legge sulle banche (OBCR). Finalmente venne affermato il principio secondo cui l'obbligo di vigilanza consolidata di per sé stesso non richiede la trasmissione all'interno di un gruppo bancario di dati riguardanti singoli clienti.

Nella dottrina è stata elaborata la regola secondo cui anche in questo ambito è applicabile la clausola cosiddetta "*Private Banking Carve Out*", secondo la quale non è richiesta né ammessa la trasmissione di informazioni riguardanti i clienti su mandato dei quali viene esercitata la gestione del patrimonio. Differenziazioni interpretative sono ammissibili esclusivamente laddove si tratta di esaminare se in una determinata relazione d'affari sia preponderante l'aspetto commerciale oppure l'aspetto di gestione patrimoniale. Più spinose sono invece le questioni che possono nascere riguardo a quelle informazioni che devono essere trasmesse all'interno del gruppo, anche riguardo ad un determinato cliente, allo scopo di assicurare la vigilanza consolidata anche sui rischi, così come previsto dall'art. 14 a lit. c OBCR secondo cui "*la vigilanza su base consolidata ha segnatamente per oggetto di vigilare se il gruppo finanziario rileva, limita e sorveglia in maniera adeguata i rischi vincolati alla sua attività*".

SVIZZERA

UBS/USA/UE: 5 TESI SUL SEGRETO BANCARIO SVIZZERO DOPO GLI ACCORDI DEL 19 AGOSTO 2009 FRA IL GOVERNO AMERICANO, IL GOVERNO SVIZZERO E UBS

Introduzione

Il Compliance Officer deve seguire anche l'evoluzione dei rischi legali di carattere fiscale, specialmente di carattere penale fiscale. La portata straordinaria del procedimento USA contro l'UBS ha creato incertezze e confusione, non solo nella clientela bensì anche fra il personale degli intermediari finanziari. Può pertanto essere utile il seguente "argomentario" sviluppato in modo "telescopico": 5 tesi esposte su una pagina, poi su due pagine ed infine su quattro pagine.

Tesi N. 1

UBS non fornirà nessuna informazione né documento direttamente al fisco americano, e ciò nel rispetto della procedura legale vigente in Svizzera.

Tesi N. 2

Ogni cliente americano di cui il fisco USA richiederà documenti bancari potrà ricorrere contro l'eventuale decisione di trasmettere questi documenti al fisco americano.

Tesi N. 3

L'Accordo fra il Governo svizzero con il Governo USA da una parte, e l'Accordo fra UBS e il fisco americano dall'altra parte sono dovuti a un caso di carattere straordinario, non ripetibile.

Tesi N. 4

Il fisco straniero può chiedere informazioni e documenti all'autorità fiscale svizzera solamente se dispone di sufficienti sospetti concreti riguardanti un cliente già ben individuato.

Tesi N. 5

Nessun altro paese potrà ottenere da UBS o da altre banche svizzere quanto è stato concesso all'autorità fiscale americana in base agli Accordi del 19 agosto 2009.

COMMENTO BREVE

riguardo alle 5 tesi sul segreto bancario svizzero dopo gli Accordi del 19 agosto 2009 ¹ fra il Governo americano, il Governo svizzero e UBS

Tesi N. 1

UBS non fornirà nessuna informazione né documento direttamente al fisco americano, e ciò nel rispetto della procedura legale vigente in Svizzera.

Il Governo USA si è impegnato con il Governo svizzero mediante l'Accordo del 19 agosto 2009 a rinunciare ad ottenere informazioni e documenti direttamente da UBS ed ha così accettato il principio secondo cui le autorità fiscali possono ottenere informazioni bancarie da un'altro paese esclusivamente chiedendo l'applicazione delle regole contenute nelle Convenzioni contro la doppia imposizione.

Tesi N. 2

Ogni cliente americano di cui il fisco USA richiederà documenti bancari potrà ricorrere contro l'eventuale decisione di trasmettere questi documenti al fisco americano.

Poiché il Governo e il fisco USA si sono impegnati a presentare la domanda di consegna di informazioni e documenti riguardanti 4'450 contribuenti fiscali americani clienti di UBS esclusivamente in applicazione delle Convenzioni internazionali e del diritto svizzero, ecco che ogni cliente di UBS di cui l'Amministrazione federale svizzera delle contribuzioni dovesse ordinare la trasmissione di informazioni e documenti al fisco americano, mantiene intatto il suo diritto di ricorso al Tribunale federale amministrativo svizzero contro tale eventuale decisione.

Tesi N. 3

L'Accordo fra il Governo svizzero con il Governo USA da una parte, e l'Accordo fra UBS e il fisco americano dall'altra parte sono dovuti a un caso di carattere straordinario, non ripetibile.

Per risolvere la vertenza fra il fisco USA e UBS è stato necessario addirittura un Accordo di carattere generale tra il Governo USA e il Governo svizzero, stipulato appunto il 19 agosto 2009; inoltre, è stato necessario anche un accordo di carattere generale tra il fisco americano e UBS, parimenti stipulato in data 19 agosto 2009. Già soltanto questo fatto dimostra che la vertenza fra il fisco USA e UBS è di carattere straordinario. Un altro carattere di straordinarietà si ricava dalla mole eccezionale di mezzi di prova che il fisco USA è stato in grado di raccogliere riguardo all'esistenza di uno schema organizzato all'interno di UBS per aiutare propri clienti contribuenti USA ad esportare capitali dal territorio americano frodando i propri obblighi fiscali.

¹ Cfr. <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/it/home/dokumentation/mi/2009/2009-08-190.html>;
<http://www.ubs.com/1/i/about/newsalert?newsId=170334>; <http://www.swissbanking.org/it/home/medienmitteilungen-090819.htm>

Tesi N. 4

Il fisco straniero può chiedere informazioni e documenti all'autorità fiscale svizzera solamente se dispone di sufficienti sospetti concreti riguardanti un cliente già ben individuato.

Non solo la procedura penale ma anche quella amministrativa e fiscale, non solo in Svizzera ma anche in numerosi altri Stati, proibiscono la ricerca indiscriminata di prove (ricerca alla cieca, pesca "a strascico", fishing expedition). Ciò significa che, nel caso concreto, il fisco USA può chiedere ed ottenere informazioni e documenti esclusivamente nel caso in cui disponga di sospetti sufficientemente fondati riguardo ad un contribuente ben determinato ed individuato con il proprio nome e cognome. Questo principio ha un carattere generale: di conseguenza vale anche nei rapporti fra il fisco svizzero da una parte e il fisco di tutti gli altri paesi, e non solo degli USA, dall'altra parte.

Tesi N. 5

Nessun altro paese potrà ottenere da UBS o da altre banche svizzere quanto è stato concesso all'autorità fiscale americana in base agli Accordi del 19 agosto 2009.

Per le sue dimensioni, a causa della sofisticazione fraudolenta dello schema di frode fiscale messo in atto da parte di UBS ed infine a causa dell'ampiezza dei mezzi di prova raccolti dagli USA, proprio a questo riguardo, la vertenza tra il fisco USA e UBS non è esportabile da parte di altri paesi. Ciò potrebbe avvenire esclusivamente se il fisco di un altro paese si trovasse confrontato e scoprisse un meccanismo fraudolento della portata di quello scoperto da parte del fisco USA all'interno di UBS.

COMMENTO APPROFONDITO
riguardo alle 5 tesi sul segreto bancario svizzero
dopo gli Accordi del 19 agosto 2009
fra il Governo americano, il Governo svizzero e UBS

Tesi N. 1

UBS non fornirà nessuna informazione né documento direttamente al fisco americano, e ciò nel rispetto della procedura legale vigente in Svizzera.

Nella storia delle relazioni fra le autorità USA, da una parte, e le banche svizzere dall'altra parte, non è la prima volta che le autorità USA cercano di ottenere informazioni invece che attraverso le Convenzioni stipulate con la Svizzera nel rispetto delle relative procedure, rivolgendosi direttamente a banche svizzere con sede nel territorio USA. Ogni volta il Governo svizzero è riuscito a sventare queste misure unilaterali convincendo il Governo americano ad istruire le sue autorità nel senso di acquisire informazioni e documenti da banche svizzere esclusivamente facendo capo alle Convenzioni vigenti e rinunciando invece all'esecuzione di misure unilaterali.

Di conseguenza, nell'Accordo stipulato il 19 agosto 2009 con UBS, il fisco americano (IRS / Internal Revenue Service) ha chiesto al Tribunale di Miami di sospendere l'esecuzione dell'ordine impartito ad UBS di mettere a disposizione il nome di 52'000 contribuenti americani. In sostanza, il fisco americano ha rinunciato anche ad ottenere il nome di tutti i clienti di UBS che fossero contribuenti fiscali americani, limitando la richiesta a 4'450 conti ed accettando di inoltrare questa richiesta all'autorità fiscale svizzera, e precisamente all'Amministrazione federale svizzera delle contribuzioni. Quest'ultima procederà ad esaminare se e quali di queste richieste potranno essere accolte e ciò in applicazione della giurisprudenza e della dottrina svizzera elaborata riguardo all'applicazione dell'art. 47 della Legge federale sulle banche (LBCR) che prevede l'obbligo del rispetto del segreto bancario nei confronti di persone private ma anche nei confronti di autorità svizzere e straniere. Infatti, gli Accordi del 19 agosto 2009 lasciano assolutamente intatto e immutato il diritto svizzero riguardo al segreto bancario.

Tesi N. 2

Ogni cliente americano di cui il fisco USA richiederà documenti bancari potrà ricorrere contro l'eventuale decisione di trasmettere questi documenti al fisco americano.

Il Governo e il fisco americano USA hanno riconosciuto il principio della separazione dei poteri vigente secondo l'ordinamento giuridico svizzero. Infatti, quando il Governo svizzero apprese che il Tribunale di Miami avrebbe adottato sanzioni unilaterali a carico di UBS se quest'ultima non avesse obbedito all'ordine di consegnare informazioni e documenti riguardanti 52'000 clienti contribuenti USA², il Governo svizzero ha preannunciato che avrebbe emanato un ordine nei confronti di UBS vietando la trasmissione di qualsiasi informazione e documento in esecuzione del suddetto ordine giudiziario americano. Allo scopo di evitare l'escalation di questo confronto che avrebbe coinvolto i due Stati, i due Accordi del 19 agosto 2009 hanno riconosciuto che il Tribunale amministrativo federale

² "John Doe Summons" del 1.7.2008, intimato a UBS il 21.7.2008 (<http://www.usdoj.gov/tax/txdv08584.htm>; http://www.usdoj.gov/tax/UBS_Order.pdf)

svizzero avrebbe ovviamente giudicato in piena indipendenza esaminando i ricorsi di quei clienti UBS che non avessero accettato l'eventuale futura decisione dell'autorità fiscale svizzera di trasmettere alle autorità americane informazioni e documenti che lo riguardano. Il Tribunale federale amministrativo svizzero farà riferimento alla sua giurisprudenza in applicazione della regola contenuta nella Convenzione contro la doppia imposizione fra gli USA e la Svizzera in vigore dal 9 dicembre 1997. Secondo questa Convenzione del 2 ottobre 1996 e di due Protocolli addizionali e di un Accordo amichevole (Memorandum of Understanding) del 2003, la Svizzera rimane impegnata a trasmettere informazioni e documenti al fisco americano, su richiesta di quest'ultimo e non in modo spontaneo né automatico, nell'interesse di procedimenti USA avviati contro contribuenti americani per titolo di frode fiscale oppure di sottrazioni fiscali di particolare gravità dal punto di vista dell'importo e della sofisticazione degli strumenti di inganno messi in atto da parte del contribuente. Il Tribunale amministrativo federale svizzero si fonderà sicuramente sulle proprie sentenze del 5 marzo 2009³ che già avevano giudicato il ricorso di alcuni contribuenti americani, clienti di UBS, contro la decisione dell'autorità fiscale svizzera di trasmettere al fisco americano informazioni e documenti che riguardavano i loro conti bancari. In questa sentenza di 71 pagine, il Tribunale amministrativo federale aveva esaminato nei dettagli la domanda del fisco americano e tutti gli argomenti fatti valere da quei 5 clienti di UBS. Di fronte alla mole impressionante di mezzi di prova che il fisco americano era stato in grado di produrre, il Tribunale amministrativo federale aveva concluso che sussistevano sufficienti motivi per respingere i ricorsi e per ordinare di trasmettere i relativi documenti al fisco americano.

Tesi N. 3

L'Accordo fra il Governo svizzero con il Governo USA da una parte, e l'Accordo fra UBS e il fisco americano dall'altra parte sono dovuti a un caso di carattere straordinario, non ripetibile.

Il fisco americano da circa 3 anni aveva avviato, congiuntamente con numerose altre autorità americane una fitta ed estesa sorveglianza riguardante l'attività di dirigenti e funzionari di UBS sul territorio americano ed in particolare i contatti di questi ultimi con contribuenti USA. Sono stati incrociati migliaia di dati e sono state utilizzate tecniche sofisticate di intercettazione e di ascolto. Inoltre, il fisco americano ha potuto raccogliere prove schiaccianti anche perché è riuscito a convincere clienti di UBS e anche manager di UBS a collaborare con il fisco americano: tutte queste persone hanno messo a disposizione informazioni estremamente riservate che hanno permesso di scoprire in dettaglio i meccanismi attuati da parte di UBS per permettere ai propri clienti che fossero contribuenti USA di frodare il fisco americano.

Tesi N. 4

Il fisco straniero può chiedere informazioni e documenti all'autorità fiscale svizzera solamente se dispone di sufficienti sospetti concreti riguardanti un cliente già ben individuato.

Nel caso di clienti USA di UBS il fisco americano ha potuto presentare richiesta di informazioni e documenti e ottenere tali informazioni e documenti già riguardo a 5 clienti UBS, malgrado non ne conoscesse ancora il nome, poiché il Tribunale amministrativo federale aveva riconosciuto, nelle sue sentenze datate 5 marzo 2009, che il fisco USA era

³ www.bundesverwaltungsgericht.ch (A-7342/20008 e A-7426/2008);

stato in grado di dimostrare con sufficienti mezzi di prova l'esistenza di un meccanismo organizzato e sistematico da parte di UBS tendente a commettere frodi fiscali in danno dell'erario americano. Per analogia, nell'ambito penale, le autorità giudiziarie penali svizzere accettano di trasmettere informazioni e documenti ad un'autorità giudiziaria straniera anche nell'interesse di un procedimento penale contro ignoti, ossia contro persone non ancora individuate con nome e cognome, a condizione che l'autorità straniera sia stata in grado di mettere a disposizione elementi di fondato sospetto sufficienti per dimostrare che sia stato commesso un reato. È quel che è avvenuto nel caso delle frodi commesse da parte di contribuenti americani clienti di UBS. Anche da questo punto di vista, la vertenza tra il fisco USA e UBS ha un carattere straordinario.

Tesi N. 5

Nessun altro paese potrà ottenere da UBS o da altre banche svizzere quanto è stato concesso all'autorità fiscale americana in base agli Accordi del 19 agosto 2009.

Nel caso in cui un paese diverso dagli USA, nei confronti di UBS oppure di altre banche svizzere, dovesse chiedere al Governo svizzero oppure a UBS oppure ad altre banche svizzere di fornire la lista di loro clienti di cittadinanza straniera, la risposta sarebbe sicuramente negativa, come lo è stato appunto anche nell'ambito della vertenza fra il fisco USA ed UBS. La possibilità di chiedere ed ottenere informazioni riguardanti migliaia di conti bancari senza conoscere ancora il nome dei clienti titolari dei conti, è stata riconosciuta nei confronti del fisco americano esclusivamente perché UBS aveva messo in atto un meccanismo organizzato di frodi fiscali e, d'altra parte, il fisco USA era stato in grado di raccogliere una mole impressionante di prove riguardo all'esistenza di questo meccanismo organizzato. È immaginabile pertanto un accordo di contenuto simile a quello degli Accordi fra il Governo USA, il Governo svizzero ed UBS, stipulati il 19 agosto 2009, esclusivamente nella misura in cui riguardo ad UBS rispettivamente ad altre banche svizzere, negli USA o in un'altro Stato dovesse essere scoperto e comprovato un sistema organizzato di frode della medesima ampiezza o di ampiezza analoga. D'altra parte, non si deve dimenticare che il Governo svizzero ed UBS si sono piegati, seppure solo parzialmente, alle richieste del fisco USA, esclusivamente perché la procedura USA prevede l'adozione di provvedimenti coercitivi di carattere sanzionatorio, ed immediatamente esecutivi, che il sistema giudiziario degli altri paesi, ed in particolare dei paesi europei, non conosce. Infatti, all'infuori degli USA non sono conosciuti provvedimenti coercitivi che abbiano carattere di rappresaglia come quelli che l'autorità giudiziaria di Miami aveva prospettato, come per esempio il ritiro ad UBS della licenza di operare sulla borsa USA oppure il sequestro di tutti i beni delle succursali di UBS in territorio USA e simili.

INTERNAZIONALE

**CORRUZIONE DEL MINISTERO DELLA DIFESA INGLESE: CONDANNATI,
CORROTTO E CORRUTTORE**

Smith, imprenditore californiano, versò € 300'000.- a favore di un funzionario del Ministero della Difesa inglese, allo scopo di ottenere lucrosi appalti per la fornitura di apparecchiature tecniche alla UK Royal Air Force, in violazione del Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) statunitense. Il funzionario inglese venne condannato alla pena di due anni mentre l'imprenditore corruttore sarà giudicato il prossimo 18 dicembre 2009, il massimo della pena essendo di otto anni. Il presidente della società corruttrice è già stato condannato da un tribunale californiano ad una pena di due anni.

Smith, quale direttore delle vendite dell'impresa californiana, ha confessato, accettando di cooperare con l'autorità inquirente californiana: per il pagamento delle somme destinate al funzionario corrotto venne utilizzata una società di sede che le versò ad un parente di quest'ultimo. Il caso venne scoperto perché, dopo questi fatti illeciti, la ditta californiana venne acquistata da un'altra ditta che scoprì i pagamenti illeciti e segnalò il caso alle autorità giudiziarie USA. Queste ultime allertarono quelle inglesi, così da perseguire e giudicare tutte le persone coinvolte nel triangolo sporco.

EUROPA - ITALIA

REATI FISCALI COME REATI PREGRESSI DI RICICLAGGIO

Il Compliance office di intermediari finanziari spesso si trova confrontato con informazioni riguardanti relazioni con la clientela oppure depositi di valori patrimoniali che sono coinvolti in procedimenti penali promossi dalle autorità giudiziarie penali italiane per titolo di riciclaggio. Pertanto, è necessario seguire l'evoluzione della giurisprudenza italiana riguardante l'applicazione della relativa norma penale, ossia l'art. 648bis del Codice penale italiano, anche specialmente riguardo alla categoria dei cosiddetti reati pregressi (*Haupt-oder Vortat, infraction principale, predicate offence*). Mediante sentenza depositata il 13 gennaio 2009, la Prima Sezione penale della Corte suprema di cassazione italiana ha riconfermato che anche i reati fiscali rientrano nella categoria dei reati pregressi del riciclaggio. Inoltre, questa categoria è stata interpretata in modo estensivo nel senso che vi fanno parte non solo quei reati che per loro funzione danno luogo alla creazione di capitali illeciti, bensì anche quei reati che sono estranei alla creazione di capitali illeciti ma che però costituiscono condotta tendente a far perdere le tracce del provento di reato.

Riproduciamo la relativa formulazione:

"Il delitto di riciclaggio di cui all'art. 648 bis c.p., riformulato dalla legge 328/1993, art.4, che ha provveduto a riscriverne la condotta in conformità alla Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, nonché della Direttiva n. 166 del 10 giugno 1991 del Consiglio dei Ministri della Comunità Europea con cui gli stati membri venivano invitati ad evitare il riciclaggio dei proventi di reato, è oggi svincolato dalla pregressa tassativa indicazione dei reati che potevano costituirne il presupposto, esteso attualmente a tutti i delitti non colposi previsti dal codice penale (per cui il delitto di riciclaggio può presupporre come reato principale non solo delitti funzionalmente orientati alla creazione di capitali illeciti quali la corruzione, la concussione, i reati societari, i reati fallimentari, ma anche delitti che, secondo la visione più rigorosa e tradizionalmente ricevuta del fenomeno, vi erano estranei, come ad esempio i delitti fiscali e qualsiasi altro) e consiste in qualsiasi condotta tendente a "ripulire" il c.d. denaro sporco facendo perdere le tracce della sua provenienza delittuosa nelle diverse forme della sostituzione o del trasferimento del denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita ovvero del compimento di altre operazioni in modo da dissimularne la origine illecita e da ostacolarne l'identificazione della provenienza illecita."

Più precisamente, la sentenza aveva esaminato la questione specifica a sapere se il reato di associazione di carattere mafioso rientrasse nella categoria dei reati pregressi di riciclaggio. Rispondendo positivamente a questa domanda, la Cassazione ha colto l'occasione per ribadire che la risposta positiva riguarda anche i reati di carattere fiscale.

È interessante rilevare, dal punto di vista dell'allestimento delle categorie di rischio, che la fattispecie in giudizio riguardava il trasferimento € 21'700'000.- dal territorio straniero al territorio italiano che rappresentavano il provento dell'acquisizione, commettendo concorrenza sleale violenta e minatoria, del mercato della rivendita di bombole di gas in tutto il Casertano e nel basso Lazio. Questa provvista rientrò poi in territorio italiano per essere reimpiegata in attività economiche illecite, in particolare per l'acquisto del capitale sociale della Lazio Spa, anche mediante l'organizzazione di un gruppo di tifoseria organizzata laziale per indurre con la violenza il presidente della Lazio Spa alla vendita del pacchetto societario di controllo.

Per rimanere nella casistica italo-svizzera, prendiamo in esame anche il decreto di avviso di conclusione delle indagini preliminari, secondo l'art. 415bis del Codice di procedura italiano emanato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Como in data 20 luglio 2009 a carico di 59 cittadini svizzeri e cittadini italiani residenti in Svizzera o in Italia: il Pubblico Ministero ne ha accusati parecchi per titolo di riciclaggio secondo l'art. 648bis del Codice penale italiano, riguardo al provento del delitto di infedele dichiarazione dei redditi in danno dell'Erario, secondo l'art. 4 del Decreto legislativo 10 marzo 2000 n. 74, oppure quale provento del delitto di fraudolenta dichiarazione dei redditi in danno dell'Erario, secondo l'art. 3 del Decreto legislativo datato 10 marzo 2000 n. 74. Anche nei confronti dell'avv. Fabrizio Pessina la Procura della Repubblica di Milano aveva qualificato quale riciclaggio il comportamento oggetto del procedimento penale. Tale qualifica però venne smentita successivamente da parte della sentenza della Suprema Corte di Cassazione emanata nella primavera 2009.

BIBLIOGRAFIA

GESTIONE E VIGILANZA DI GRUPPI BANCARI MULTINAZIONALI

E' appena stato pubblicato dall'Editore Stämpfli il Volume¹ che porta il titolo suddetto, contenente i seguenti articoli:

- a) Gestione e vigilanza di gruppi bancari multinazionali – Basi legali (art. 3f LBCR e altre disposizioni attinenti).
Autore: Prof. Peter Nobel
- b) Vigilanza consolidata: sviluppi e casistica
Autore: avv. Raffaele Rossetti
- c) Segreto bancario: Eccezioni all'interno di un gruppo bancario multinazionale
Autore: avv. Paolo Bernasconi

I tre articoli costituiscono la versione approfondita e aggiornata delle conferenze presentate in occasione di un seminario tenuto al Centro di studi bancari di Lugano-Vezia: confermano quindi un approccio duplice, ossia quello dottrinale ma anche quello pratico, offrendo spunto per la soluzione di numerosi problemi che si presentano frequentemente al Compliance di un gruppo bancario svizzero o straniero.

Si tratta di un approccio aggiornato, il primo in lingua italiana su questa importante tematica.

¹ Gestione e vigilanza di gruppi bancari multinazionali, Nobel Bernasconi Rossetti, Centro di Studi Bancari, Stämpfli Editore SA, Berna 2009, 107 pagine