

6. Banche e fiduciarie svizzere: obblighi per la voluntary disclosure

di Paolo Bernasconi *

6.1 Introduzione

Il contribuente italiano che intende aderire alla procedura di collaborazione volontaria (*voluntary disclosure*, VD), deve necessariamente far capo alla collaborazione delle banche, fiduciarie ed altri professionisti all'estero, tramite i quali detiene, direttamente o indirettamente, i patrimoni non dichiarati al fisco che si intendono regolarizzare. Qui ci si concentra sui **rapporti con intermediari finanziari operativi in territorio svizzero** per due ragioni.

Da un lato, i risultati dei cosiddetti «scudi Tremonti» dimostrarono inequivocabilmente che la gran parte dei depositi non dichiarati fiscalmente da parte di contribuenti italiani si trovavano in territorio svizzero; in secondo luogo perché, notoriamente, la gran parte è stata trasferita fuori dalla Svizzera, p. es. a Singapore e nelle Isole Bahamas, sempre presso banche svizzere.

Nella descrizione degli obblighi degli operatori si tiene comunque conto anche del regime giuridico vigente in altri Paesi, dal momento che migliaia di strutture legali (società di sede, fondazioni di famiglia e trust) pur essendo di diritto non svizzero, sono però state e tuttora utilizzate come titolari di conti presso banche svizzere in Svizzera o all'estero oppure presso altre banche in territorio svizzero.

L'elenco degli obblighi degli operatori in Svizzera e dei relativi diritti del contribuente italiano deve essere necessariamente preceduto dalle **norme che riguardano la cooperazione internazionale in materia fiscale**, dal momento che gli obblighi

suddetti sono oggi influenzati pesantemente proprio dall'evoluzione del diritto disciplinante la cooperazione internazionale in materia fiscale.

Pur tenendo presente le specificità del diritto delle diverse piazze finanziarie internazionali, il **rapporto giuridico fra il cliente e l'intermediario finanziario** è riconducibile nella sostanza a quello sul **mandato** che, nei diversi Paesi, non differisce sostanzialmente da quello svizzero, che verrà pertanto qui descritto in prevalenza.

6.2 Cooperazione internazionale fra autorità giudiziarie penali in materia fiscale

Ormai dal lontano 1° gennaio 1981 la Svizzera trasmette informazioni e documenti contabili ed anche bancari anche nell'interesse di procedimenti avviati all'estero per titolo di truffa in materia tributaria e di frode nella fiscalità diretta e indiretta, e ciò in base alla **legge federale svizzera sulla cooperazione internazionale in materia penale** (art. 3). Altrettanto avviene in esecuzione dell'**Accordo di adesione allo spazio di Schengen**, in vigore dal dicembre 2008. Una cooperazione ancora più allargata è prevista dal cosiddetto **Accordo antifrode** ratificato dalla Svizzera con l'Unione Europea e con tutti gli Stati membri, ma che però l'Italia non ha ancora ratificato.

Inoltre, le autorità fiscali italiane già oggi possono ottenere informazioni di carattere economico e bancario da parte dell'Amministrazione federale svizzera delle contribuzioni in base alla clausola

* *prof. dr. h.c., Studio legale Bernasconi Martinelli Alippi & Partners, Lugano.*

prevista dalla **Convenzione italo-svizzera contro la doppia imposizione**. Questa clausola è tuttora limitata alle frodi fiscali, ma la Svizzera si è impegnata, mediante la famosa Dichiarazione governativa del 13 marzo 2009, ad estendere la cooperazione anche ad infrazioni fiscali semplici, come ad esempio l'omessa dichiarazione, e addirittura anche per le necessità dell'accertamento fiscale.

La ratifica di questa novità anche nella Convenzione con l'Italia, si trascina ormai da anni. Comunque, dal momento che il Parlamento svizzero ha già ratificato questa novità con oltre una sessantina di Stati, l'Agenzia delle Entrate italiana potrebbe presentare una domanda di cooperazione, chiedendo semplicemente di essere messa a beneficio della «**clausola della nazione più favorita**», e potrebbe quindi beneficiare anche dei più recenti strumenti messi a disposizione a favore di tutti gli Stati grazie alla legge federale sull'assistenza internazionale in materia fiscale (Laaf), in virtù della quale, dal 1° agosto 2014, è addirittura possibile ottenere cooperazione secondo le cosiddette «**rogatorie di gruppo**».

Questo nuovo strumento è già stato applicato anzitutto in favore delle rogatorie del Fisco Usa e permette di domandare e ottenere informazioni contabili e bancarie nell'interesse di un procedimento fiscale straniero, non soltanto nei confronti di una o più determinate persone, bensì anche nei confronti di un numero indeterminato di persone che appartenga alla categoria di coloro che hanno infranto i loro obblighi fiscali tenendo un determinato comportamento, come ad esempio quello di detenere, direttamente o indirettamente, un conto bancario a nome di una società di sede offshore.

Questi ultimi strumenti sono però utilizzabili esclusivamente a favore di procedimenti esteri riguardanti comportamenti successivi all'entrata in vigore della suddetta Laaf, ossia successivi al 1° febbraio 2013.

Per contro, la facoltà per il Fisco straniero di ottenere informazioni riguardanti comportamenti che risalgono anche a parecchi anni precedenti, è disciplinata dalle singole convenzioni contro la doppia imposizione (Cdi). Tende a formalizzare questo risultato anche il progetto

di legge federale varato dal Governo svizzero il 22 ottobre 2014 per l'applicazione unilaterale dello scambio di informazioni secondo le norme Ocse (Lassi), che estende appunto l'applicabilità degli standard minimi dell'Ocse alle rogatorie provenienti anche da tutti quei Paesi con i quali la Svizzera non abbia ancora ratificato una Cdi che nel frattempo sia stata adeguata agli standard minimi dell'Ocse.

Questa anticipazione si spiega con la necessità del Governo svizzero di affrontare con gli strumenti migliori possibili l'esame effettuato nel 2015 da parte del *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*.

■ 6.3 Cooperazione internazionale fra autorità fiscali

Da quando il G20, in occasione del suo vertice tenutosi a Londra il 2 aprile 2009, si è alleato, sul piano tecnico, con il Comitato fiscale dell'Ocse, la sua azione nella cosiddetta *Global war against tax evasion* migliora continuamente di efficacia: gli Stati del G20 hanno ormai firmato ed in parte ratificato anche la Convenzione internazionale del 25 gennaio 1988, emendata mediante Protocollo del 1° giugno 2011, denominata «Interfipol», poiché ha messo a disposizione delle autorità fiscali l'intero arsenale già disponibile a favore delle autorità giudiziarie penali, come ad esempio le **squadre comuni di inchiesta** e le **inchieste contemporanee coordinate**. Inoltre, questa Convenzione prevede anche la facoltà e, rispettivamente, l'obbligo di **scambio spontaneo di informazioni**, nel senso che uno degli Stati contraenti trasmetta spontaneamente, senza richiesta, informazioni che avesse acquisito riguardo al sospetto di infrazioni fiscali commesse sul territorio di un altro Stato contraente.

Questa Convenzione prevede esplicitamente (art. 28 cpv. 6) la sua **applicabilità** a partire dal 1° gennaio dell'anno seguente a quello in cui la Convenzione sarà entrata in vigore. **Eccezioni**: due o più Paesi contraenti si accordano riguardo all'applicabilità durante un periodo fiscale anteriore, oppure nel caso in cui vengano richieste informazioni nell'interesse di un procedimento estero per infrazioni fiscali commesse intenzionalmente. È pure prevista la facoltà, per ogni Stato

contraente, di dichiararsi disponibile ad eseguire rogatorie provenienti da uno Stato estero che riguardino fatti commessi a partire dal 1° gennaio del terzo anno precedente a quello dell'entrata in vigore della Convenzione.

■ 6.4 Scambio automatico di informazioni

Il 16 novembre 2014, in occasione del vertice del G20 a Brisbane, venne approvato il cosiddetto *Common Reporting Standard* (CRS), che disciplina lo scambio automatico internazionale di informazioni. In base al programma varato dal Governo svizzero, le banche raccoglieranno le informazioni riguardanti contribuenti esteri nel corso del 2017, in modo che le stesse saranno disponibili per lo scambio automatico non prima del 2018.

Ciò potrà avvenire soltanto però con quei Paesi che disporranno di una piattaforma informatica compatibile con quella svizzera. Per cui, già soltanto per questa ragione di tipo tecnico, lo scambio automatico non potrà riguardare transazioni e depositi antecedenti al 1° gennaio 2017.

In base alla Convenzione internazionale di Vienna sul diritto dei trattati (art. 28), anche gli Accordi bilaterali che verranno stipulati fra la Svizzera, da una parte, l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, e altri singoli Paesi bilateralmente, potranno dar luogo allo scambio automatico di informazioni riferito esclusivamente al periodo successivo all'entrata in vigore di ogni singolo accordo.

Parimenti, anche il progetto della suddetta Lassi prevede la possibilità di trasmettere informazioni esclusivamente riguardo al periodo fiscale che inizia il 1° gennaio dell'anno successivo all'entrata in vigore della legge medesima. Sono però sempre possibili soluzioni diverse nella misura in cui due o più Stati si dovessero accordare in tal senso.

⁽¹⁾ Cfr. *Messaggio del Consiglio federale del 13 dicembre 2013*.

⁽²⁾ *Si rammenta però che il riciclaggio del provento di frodi fiscali aggravate già venne reso punibile a partire dal 1° febbraio 2009, grazie al fatto che questo tipo di reato venne qualificato come crimine e quindi come reato pregresso a monte del riciclaggio in diritto svizzero (cfr. art. 14 cpv. 4 DPA).*

■ 6.5 Introduzione della punibilità del riciclaggio del provento di infrazioni fiscali gravi

Mediante risoluzione del 16 febbraio 2012, il Gafi (l'Agenzia antiriciclaggio dell'Ocse), ha approvato l'inserimento, fra i reati principali pregressi al reato di riciclaggio, anche delle **infrazioni fiscali gravi** (*serious tax crimes*). Di conseguenza, il Governo svizzero ha sottoposto alle Camere federali un progetto di codificazione di questa norma come delle altre misure antiriciclaggio varate dal Gafi ⁽¹⁾ che è stato approvato dal Parlamento svizzero. Il 12 dicembre 2014, per cui è diventato punibile anche il **riciclaggio del «provento» di infrazioni fiscali gravi**, che sono state definite come segue: «Sono considerati delitto fiscale qualificato i reati di cui all'articolo 186 della legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta e all'articolo 59 capoverso 1 primo comma della legge federale del 14 dicembre 1990 sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni se le imposte sottratte per periodo fiscale ammontano a oltre 200 000 franchi» (art. 305-bis, cpv. 1-bis).

Ovviamente, in virtù del principio fondamentale vigente in diritto penale, che prevede il divieto di applicazione retroattiva, i **comportamenti** compiuti in violazione di questa nuova norma saranno **punibili solamente** dal giorno dell'entrata in vigore della medesima, ossia non prima del **1° febbraio 2015**. Ciò non toglie però che tutti gli intermediari finanziari operativi in territorio svizzero si guarderanno bene, da quel giorno, di compiere qualsiasi atto oggettivo che possa essere considerato come di vanificazione della possibilità di confisca da parte dell'autorità del «provento» di infrazioni fiscali gravi, riguardanti la fiscalità diretta come pure la fiscalità indiretta. ⁽²⁾ E ciò anche nel caso in cui la consapevolezza o il sospetto fondato di origine connessa ad una frode fiscale aggravata fossero sorti antecedentemente all'en-

trata in vigore della norma, come è sicuramente il caso per una gran parte dei depositi bancari non dichiarati fiscalmente.

L'entrata in vigore in diritto svizzero della punibilità del riciclaggio del «provento» di infrazioni fiscali aggravate apre la strada anche alle rogatorie estere per ottenere informazioni e documenti contabili e bancari nell'interesse di un procedimento penale avviato all'estero per titolo di riciclaggio del «provento» di infrazioni fiscali aggravate. Spetterà alla giurisprudenza stabilire se il comportamento punibile all'estero per titolo di «infrazione fiscale aggravata» debba corrispondere ad un comportamento che, se fosse stato commesso in Svizzera, sarebbe punibile parimenti per titolo di «infrazione fiscale aggravata». Infatti, in questi casi il requisito della doppia punibilità si presenta di ardua applicazione.

Queste rogatorie però saranno respinte se riguardano comportamenti compiuti prima dell'entrata in vigore in diritto svizzero della punibilità di questo tipo di riciclaggio. Infatti, proprio in applicazione del principio della doppia punibilità, le autorità svizzere soddisfano esclusivamente quelle rogatorie che perseguono quei comportamenti compiuti all'estero che, all'epoca in cui vennero compiuti, sarebbero stati punibili anche in territorio svizzero.

■ 6.6 La strategia bancaria del denaro dichiarato

Prima di esaminare gli obblighi dell'intermediario finanziario nei confronti del contribuente straniero che intende aderire alla VD, si deve però tenere presente una **nuova prassi** che ha influenzato e continuerà ad influenzare l'esercizio di questi obblighi proprio in questa situazione specifica, non soltanto riguardo all'obbligo di rendicontazione bensì specialmente riguardo all'obbligo di eseguire le istruzioni relative alla **messa a disposizione del patrimonio depositato ma non dichiarato fiscalmente**. Queste novità nella prassi bancaria e finanziaria svizzera devono quindi pertanto utilmente e necessariamente precedere l'analisi degli obblighi giuridici.

A partire dal 2012 ed in maniera sistematica, cominciando dai contribuenti statunitensi e poi via via estendendosi ai contribuenti dell'Unione europea e di altri Paesi, le banche svizzere stanno attuando la cosiddetta «**strategia del denaro fiscalmente dichiarato**» (*Weissgeldstrategie*). Non è prevista da nessuna norma emanata da poteri pubblici, per cui si può per ora considerarla come appartenente alla categoria cosiddetta *soft law*. Ciò malgrado venga applicata sempre più rigorosamente a causa dell'obbligo sancito, da parte dell'Autorità di vigilanza sul mercato bancario e finanziario svizzero (Financial Market Authority, Finma) dapprima piuttosto timidamente, in modo generico e riferito quasi esclusivamente ai rapporti con il fisco USA, mediante la sua cosiddetta «Presenza di posizione della gestione dei rischi cross-border» del 22 ottobre 2010. E poi, in modo via via sempre più precisato, benché sempre e soltanto attraverso prese di posizione, fino alla più recente, quella espressa in occasione dell'ultima conferenza annuale della Finma, allorché il suo direttore elencò fra i rischi legali e di reputazione da gestire obbligatoriamente da parte delle banche, anche i rischi connessi al mancato rispetto del diritto straniero, compreso il diritto fiscale straniero.

Le conseguenze di questa strategia si materializzano sotto forma di inchieste amministrative a carico di banche ma anche, più sensibilmente, sotto forma di **obbligo impartito alle banche di aumentare i fondi propri a copertura dei rischi legali** che si fossero già materializzati, come avvenne ad esempio in occasione del terzo trimestre dell'esercizio 2013 di Ubs.

Di conseguenza, le banche svizzere, come pure tutti gli altri intermediari finanziari sottoposti alla vigilanza della Finma, sono tenuti a **gestire il proprio rischio legale** e di reputazione da tre punti di vista:

- a) da un lato, si tratta di **evitare** di incorrere in procedimenti penali o in **procedimenti fiscali** avviati da parte di autorità straniere **contro l'impresa e/o contro i suoi dirigenti e/o i suoi dipendenti**, per accuse corrispondenti a quella di concorso nelle infrazioni fiscali commesse da parte di clienti esteri, fino a comprendere anche l'accusa di riciclaggio del provento di

infrazioni fiscali;

- b) d'altro lato, si tratta di **evitare** anche la conseguenza della **materializzazione di questi rischi all'estero**, che ne scaturisce a livello svizzero, proprio in applicazione della prassi della Finma che interviene sanzionando con misure diverse quando un'impresa assoggettata sia rimasta coinvolta in un procedimento straniero;
- c) infine, si tratta di **evitare** di esporsi al rischio del perseguimento per **riciclaggio del «provento» di infrazioni fiscali gravi**.

La casistica a questo riguardo si alimenta di episodi ormai alquanto frequenti:

- a) da un lato, la strategia di repressione fiscale Usa si è manifestata attraverso l'apertura di procedimenti penali contro quattordici banche svizzere nonché l'invito coatto espresso mediante il *Non Deferred Program* pubblicato il 29 agosto 2013, in base al quale ben 106 banche svizzere si sono annunciate «spontaneamente» al Department of Justice americano come potenzialmente responsabili di concorso nelle infrazioni fiscali di propri clienti, in misura più o meno importante;
- b) procedimenti analoghi a quelli collaudati dalle autorità Usa e che vengono parzialmente copiati da parte di autorità di altri Paesi, specialmente nell'Unione europea. ⁽³⁾

Le misure adottate sono alquanto disperate, poiché la Finma non ha emanato regole precise, lasciando campo libero alle esigenze correlate ai singoli istituti. Tentando di riassumere, i clienti si scontrano ormai frequentemente con il **rifiuto da parte della banca di eseguire istruzioni** di questa natura:

- a) **prelevamenti in contanti di importi rilevanti**, per evitare il rimprovero di avere cooperato ad ostacolare la tracciabilità delle transazioni. Qualche banca ha vietato il prelevamento in

contanti di qualsiasi importo, mentre altre lo hanno limitato chi a 100.000 franchi all'anno, chi a 200.000 franchi all'anno. Si tratta comunque di regole puramente interne che sono quindi sottoposte a cambiamenti continui;

- b) **divieto di eseguire bonifici a favore di conti situati in banche presso Paesi considerati non cooperativi e/o** che non applicano la cooperazione internazionale secondo gli standard Ocse;
- c) **divieto di eseguire bonifici a favore di conti intestati a società** di sede che siano ubicate nei Paesi suddetti;
- d) addirittura, in qualche caso, **rifiuto di eseguire bonifici a favore di conti intestati al cliente medesimo** presso banche in Svizzera;
- e) **rifiuto di eseguire rimesse presso la banca in territorio svizzero**, a debito di conti aperti presso filiali o succursali della medesima banca all'estero, come p. es. a Singapore, Bahamas e simili.

Confrontati con il rifiuto suddetto, parecchi clienti si sono appellati alla giustizia civile rivolgendosi ai tribunali di piazze finanziarie svizzere, laddove le **sentenze** sono state **generalmente favorevoli alla posizione della banca**, riconoscendo che la stessa si veniva a trovare nella situazione di impossibilità (prevista dall'art. 119 del Codice svizzero delle obbligazioni) ad eseguire una prestazione contrattuale, avendo reso verosimile che l'esecuzione dell'istruzione da parte del cliente avrebbe comportato per la banca il rischio di esporsi a procedimenti penali, fiscali e amministrativi, sia in territorio estero sia addirittura anche in Svizzera. ⁽⁴⁾

Solamente in qualche caso i tribunali civili svizzeri hanno accettato la richiesta di qualche cliente di condannare la banca ad eseguire una sua istruzione, considerando verosimili le motivazioni fornite dal cliente, quando si trattava di importi

⁽³⁾ *Fra gli esempi recenti spicca quello del procedimento nell'ambito del quale la Corte d'appello di Parigi ha confermato a carico di Ubs l'ordine di pagare una cauzione di 1 miliardo e 100 milioni di euro all'inizio di un procedimento penale per concorso nelle infrazioni fiscali commesse da parte di clienti Ubs residenti in Francia.*

⁽⁴⁾ *Si vedano le sentenze della Pretura di Lugano, nonché della Cour Civile du Canton de Genève reperibili su www.pblaw.ch, nonché nel Volume, dello stesso Autore, Avvocato, dove vado?, Lugano, 2014, Seconda edizione, pagg. 142.*

inferiori alla somma di 100.000 franchi. ⁽⁵⁾

Per contro, in generale, è stata **respinta l'obiezione del cliente di non avere mai approvato simili restrizioni al proprio diritto di disporre** in qualità di proprietario degli averi patrimoniali in questione rispettivamente di titolare del relativo conto. Infatti, le banche confortano questa loro posizione sulla base di nuove clausole inserite nelle Condizioni generali d'affari, che autorizzano la banca ad introdurre restrizioni alla facoltà di disporre da parte dei titolari dei conti qualora l'esecuzione delle istruzioni di questi ultimi possa comportare conseguenze pregiudizievoli per la banca sul piano del diritto penale, civile, amministrativo, fiscale oppure prudenziale. ⁽⁶⁾

Siccome le suddette norme interne valgono generalmente per l'intero gruppo bancario e non soltanto per le banche che si trovano in territorio svizzero, la loro applicazione viene estesa anche alle filiali e succursali di banche svizzere che si trovano in territorio estero, come in particolare Singapore, Bahamas e Panama.

Come conclusione sommaria dell'analisi degli obblighi amministrativi di gestione del rischio legale da parte di intermediari finanziari operativi in Svizzera o presso entità svizzere, scaturisce l'**obbligo di evitare qualsiasi comportamento rischioso a causa della connessione con patrimoni fiscalmente non dichiarati all'estero**. Questo rischio può apparire a prima vista come relativamente ridotto quando sia collegato al patrimonio di una o più persone, mentre invece si accresce enormemente quando sia collegato ad un modello d'affari, ossia all'applicazione sistematica di un tipo di gestione, come quando:

a) alcune banche in Svizzera, dopo che Ubs, sotto la pressione del procedimento fiscale Usa, decise di rinunciare alla clientela dei contribuenti statunitensi, si organizzarono per accogliere il patrimonio proprio di questi contribuenti,

b) oppure, in modo ancora più massicciamente sistematico, numerose banche svizzere concorsero in modo organizzato al trasferimento dei patrimoni di contribuenti sottoposti alla sovranità fiscale di Paesi Ue dai conti intestati personalmente e nominalmente a conti intestati a società di sede ubicate in Paesi *offshore* oppure a fondazioni di famiglia, trust e simili,

c) oppure si assistette al trasferimento altrettanto massiccio di una parte di questi patrimoni sotto l'ala protettrice di polizze di assicurazione sulla vita il cui premio unico corrispondeva al patrimonio esistente presso una determinata banca. ⁽⁷⁾

Laddove invece il rischio può scaturire anche in relazione ad un singolo cliente rispettivamente ad una singola operazione, è in sede penale, in virtù dell'applicabilità delle norme sulla punibilità del riciclaggio del provento di infrazioni fiscali aggravate, rispettivamente delle norme italiane che hanno introdotto la **punibilità dell'autoriciclaggio** in conformità dell'art. 648-ter, c.p. Infatti, l'esimente prevista dall'art. 648-ter, c.p. riguardante il godimento personale di un patrimonio non si applica al provento dell'investimento e della gestione finanziaria di questo patrimonio e quindi ne scaturisce l'applicabilità anche a carico di coloro che concorrono alla gestione di questo patrimonio in territorio italiano oppure in territorio straniero.

■ 6.7 Obblighi di rendicontazione

Benché in diritto svizzero si tenda a qualificare il **rapporto giuridico fra il cliente e la banca** come un contratto complesso, nella sostanza vi si ritrovano tutti gli elementi essenziali del **contratto di mandato**. ⁽⁸⁾ Gli obblighi della banca, nella sua qualità di mandatario, sono definiti nel contesto dell'obbligo di un'esecuzione «leale e diligente» (art. 398 cpv. 2 CO). Secondo prassi e giurispru-

⁽⁵⁾ La somma di 100.000 franchi è quella approvata dal Parlamento svizzero il 12 dicembre 2014, nell'ambito della codificazione del pacchetto delle Raccomandazioni Gafi antiriciclaggio del 16 febbraio 2012.

⁽⁶⁾ Con il termine di *droit prudentiel*, mutuato dall'inglese *prudential law*, vengono attualmente designate tutte le norme che rientrano nella regolamentazione della vigilanza alla quale sono assoggettati gli intermediari finanziari svizzeri.

⁽⁷⁾ Modalità che venne poi censurata mediante le due Circolari della Finma del 2011.

⁽⁸⁾ Disciplinato in diritto svizzero dagli artt. 394-406 del Codice delle obbligazioni.

denza vi rientra anche l'**obbligo di mettere a disposizione del cliente**, nella sua qualità di mandante, **qualsivoglia documento che abbia riferimento all'esecuzione del mandato**. Il cliente può richiedere la messa a disposizione di copie e fotocopie, ma non degli originali. In particolare, gli compete il diritto di ottenere tutta la corrispondenza che gli è stata inviata dalla banca, anche nel caso in cui la stessa fosse stata conservata presso la banca in esecuzione del diffusissimo accordo definito «posta a trattenerne».

In linea di massima, la banca è tenuta a mettere a disposizione del cliente qualsiasi atto, fra i quali rientrano anzitutto gli **estratti del conto corrente, del deposito** con i titoli in portafoglio, i **giustificativi**, le **istruzioni fornite dal cliente** nonché tutti i **documenti cosiddetti «di apertura»**, ossia quelli sottoscritti al momento dell'apertura del conto rispettivamente quei documenti modificati nel tempo, compreso, in modo particolare, il profilo del cliente, nonché l'ormai famoso «**Formulario A**», che attesta l'identità della persona che viene indicata come beneficiario economico di un conto, specie quando lo stesso sia stato intestato, invece che alla persona fisica che dispone effettivamente del patrimonio, ad una persona giuridica.

Il contenuto di questo formulario è obbligatoriamente previsto dalla Convenzione di diligenza firmata da tutte le banche svizzere a partire dal 1° luglio 1977 che è attualmente in vigore nella sua versione rinnovata il 1° luglio 2013.⁽⁹⁾

Pertanto, di principio, sussiste da parte della banca, come pure da parte di ogni altro intermediario finanziario operante in territorio svizzero (fiduciari, gestori di patrimonio, broker e simili), l'obbligo di mettere a disposizione del contribuente tutta la documentazione che viene elencata all'art. 5-quater cifra 1 lett. a) della legge VD.

In virtù dell'art. 958f CO la banca, come pure gli altri intermediari finanziari operanti in Svizzera, sono obbligati a **conservare per dieci anni tutta la documentazione riguardante la clientela**. La

documentazione riguardante le verifiche relative all'identità del cliente e dell'avente diritto economico, in conformità della legge federale svizzera antiriciclaggio, deve essere parimenti conservata per dieci anni almeno. Poiché la distruzione dei relativi documenti cartacei non avviene presso tutte le banche al decorso di dieci anni, spesso è possibile ottenere la documentazione che risale ad un periodo anteriore anche a quello di dieci anni rispetto alla domanda di fornire la documentazione. Peraltro, molti intermediari finanziari non provvedono alla cancellazione dei dati dalla loro piattaforma informatica, per cui, anche per questo ulteriore motivo pratico, in realtà, questi dati sono spesso reperibili anche oltre la data dei dieci anni.

Legittimata ad ottenere dalla banca le informazioni o la documentazione necessarie per la rendicontazione è la **persona che viene menzionata nei documenti di apertura della banca come titolare del conto**. Giuridicamente parlando, si tratta del mandante nei confronti della banca rispettivamente nei confronti di qualsiasi altro professionista operante quale intermediario finanziario, come ad esempio il gestore patrimoniale, il fiduciario e simili.

Sorgono dissidi quando il cliente non sia indicato come titolare del conto bensì soltanto come beneficiario economico, come avviene spesso quando il titolare del conto sia una società di sede ubicata in un Paese *offshore*, ossia, più frequentemente nelle British Virgin Islands, Bahamas, Marshall Island, Cayman Islands e simili oppure ad una cosiddetta fondazione di famiglia con sede in Liechtenstein (*Familienstiftung*) oppure con sede a Panama (*Fundacion*) oppure di un trust. Infatti, in questi casi, il mandante della banca non è (più) il proprietario effettivo dei valori affidati a quest'ultima, bensì l'entità giuridica che ha firmato il mandato con la banca riguardante l'apertura del conto e le successive modalità di esecuzione del mandato.

Specialmente in questi ultimi anni, è proprio

⁽⁹⁾ Il testo standard del formulario è allegato alla Convenzione medesima, comprendendo in particolare anche il formulario previsto nel caso in cui la banca abbia aperto un conto a nome di un trust (trattasi del formulario individuato con la lettera «T», che appunto sta per «Trust»).

a questo livello che sorgono contestazioni.⁽¹⁰⁾ Si ritiene necessario pararsi da ogni responsabilità riguardo ad un eventuale procedimento cui si potrebbe andare incontro nei confronti delle autorità penali e/o fiscali estere, nel caso in cui queste ultime dovessero utilizzare la documentazione in questione per avviare una procedura magari in contemporanea a quella avviata contro il cliente oppure soltanto contro la fiduciaria. In alcuni casi questa preoccupazione viene spinta all'eccesso, tanto da far dubitare che la reale motivazione sia quella di prolungare nel tempo il mantenimento della relazione d'affari semplicemente per mantenersi una fonte di reddito.⁽¹¹⁾

Le sole persone autorizzate a presentare la domanda di rendicontazione alla banca sono, pertanto, gli aventi diritto di firma presso quest'ultima, ossia, frequentemente, persone che esercitano questa funzione in qualità di amministratori nell'interesse di migliaia di società costituite grazie a società fiduciarie che svolgono queste attività in modo massiccio e sistematico con sede a Vaduz, Nassau, Bahamas oppure anche nelle principali piazze bancarie svizzere, cui si aggiungono Cipro, Dubai, Malta, Singapore e simili.

Questi amministratori eseguono a loro volta esclusivamente le istruzioni da parte della società fiduciaria che li ha incaricati, la quale a sua volta è stata incaricata dal cliente, direttamente oppure, più frequentemente, tramite la banca. Pertanto, spesso, il cliente non dispone nemmeno dei documenti e talvolta nemmeno delle informazioni che gli permettano di trasmettere le istruzioni di rendicontazione alla fiduciaria che opera tramite la società titolare del conto.

Una volta identificata la società fiduciaria e trasmessa a quest'ultima la debita domanda di rendicontazione, talvolta quest'ultima si rifiuta, accampando motivazioni spesso pretestuose. In

questi casi, al cliente effettivo non rimane altro che revocare il mandato alla fiduciaria, la quale però talvolta potrebbe mantenere la sua posizione, ciò che obbliga il cliente effettivo ad avviare una causa giudiziaria davanti all'autorità civile oppure a rivolgersi all'autorità di vigilanza quando si tratta, ad esempio, di società fiduciarie con sede nel Principato del Liechtenstein.

In altre parole, il cliente effettivo sconta di questi tempi la scelta effettuata magari anche decenni scorsi o al più tardi attorno al 2005, allorché ritenne di dotarsi di simili strumenti allo scopo di eludere l'obbligo di prelevamento dell'euroritenuta entrata in vigore per Andorra, Monaco, Liechtenstein, S. Marino e Svizzera il 1 luglio 2005, in virtù dell'applicazione della Direttiva dell'Unione Europea sulla tassazione del risparmio.

Maggiori difficoltà possono insorgere quando poi, ancora una volta, avendo utilizzato uno strumento messo a disposizione dalla banca allo scopo di elusione fiscale, il cliente effettivo avesse deciso di versare il proprio patrimonio depositato all'estero al riparo di una polizza di assicurazione sulla vita.

Infatti, in questi casi, la rendicontazione deve essere richiesta anche tramite la società di assicurazione. Anche queste ultime, talvolta, sono riluttanti ad eseguire questo mandato, per cui si dovrà procedere in via contenziosa.

L'ultimo decennio è stato caratterizzato dal costante innalzamento del livello di rischio di procedure fiscali dovuto ad iniziative di repressione fiscale a livello internazionale oppure a livello dei singoli Stati. Come noto, corrispondentemente a queste iniziative, i contribuenti detentori di beni all'estero si sono avvalsi di strumenti di occultamento sempre più sofisticati, messi a disposizione da parte di professionisti operativi in territorio estero. Pertanto, la rendicontazione, dovrà ren-

⁽¹⁰⁾ Infatti la società fiduciaria che ha messo a disposizione il veicolo societario Spv (Special Purpose Vehicle) oppure, secondo la definizione recentemente adottata nel relativo documento approvato dal G20 in occasione del vertice di Brisbane il 16 novembre 2014, «Legal Arrangements» teme il suo coinvolgimento in una procedura penale o fiscale estera.

⁽¹¹⁾ Si tenga presente che, ad esempio, nel Principato del Liechtenstein, negli ultimi anni, il numero delle entità giuridiche messe a disposizione della clientela estera, prevalentemente utilizzate come titolari di conti presso banche svizzere, si è ridotto della metà da circa centomila unità alle circa cinquantamila di oggi. Questa folgorante riduzione delle cifre d'affari pregiudica anche le possibilità di esistenza di società fiduciarie che per decenni hanno fatto di questa attività la loro principale fonte di reddito.

dere conto documentalmente anche di questi mutamenti a livello della struttura del rapporto giuridico esistente fra il cliente effettivo, da una parte e, dall'altra parte, il suo professionista, banca, gestore patrimoniale, fiduciario o simili.

■ 6.8 Limiti di disposizione del patrimonio

Le difficoltà suddette possono accrescersi quando il cliente effettivo non si limitasse a chiedere la rendicontazione, bensì richiedesse anche la **messa a disposizione effettiva degli averi patrimoniali custoditi** da parte del suo mandatario. In questi casi, le resistenze da parte di quest'ultimo possono aumentare, poiché aumentano corrispondentemente le preoccupazioni legate alla necessità di prevenire il rischio di incorrere in procedure giudiziarie o amministrative, non soltanto nel Paese di residenza del cliente, bensì anche nel proprio Paese, come ad esempio nel caso della Svizzera, da parte della Finma come già descritto in precedenza.

Queste resistenze sono destinate ad accrescersi specialmente, per quanto riguarda la Svizzera, quando entrerà in vigore la suddetta revisione del Codice penale svizzero che introdurrà la **punibilità del riciclaggio del «provento» di infrazioni fiscali aggravate**. Altrettanto dicasi in relazione alle paventate conseguenze collegate alla entrata in vigore della **punibilità dell'autoriciclaggio** in conformità dell'art. 648-ter, c.p. italiano, tanto più che questo nuovo delitto è perseguibile anche riguardo a depositi la cui irregolarità fiscale risalgia al periodo precedente all'entrata in vigore dello stesso art. 648-ter, purché il trasferimento bancario oppure l'impiego e l'investimento di questo patrimonio avvenga dopo l'entrata in vigore della norma medesima.

Un'ulteriore difficoltà sorge in questi ultimi anni riguardo all'**esecuzione dell'istruzione di chiudere il conto bancario**. Infatti, dopo le difficoltà finanziarie scatenatesi nel 2008, numerosi fondi di investimento non hanno ancora provveduto a soddisfare le domande di riscatto da parte dei clienti investitori. Di conseguenza, presso i relativi conti bancari, si trovano ancora partici-

zioni in fondi di investimento, ad esempio nella forma di *side pockets*, per i quali non esiste mercato, per cui non sono commerciabili e quindi non possono essere trasferiti, donde l'impossibilità di chiudere la relazione bancaria. È ben vero che alcune società finanziarie si sono rese disponibili per acquistare a vil prezzo queste *side pockets*, ma spesso le banche si rifiutano di aderire anche a questa soluzione.

Non sono pertanto rari i casi in cui il cliente titolare si trova a doversi battere addirittura contro il proprio mandatario, che per anni lo aveva servito fedelmente. Quando i tentativi di un accomodamento bonario non abbiano sortito nessun effetto e nemmeno gli interventi presso le relative autorità di vigilanza, non rimane altro che rivolgersi all'autorità giudiziaria civile della giurisdizione in cui ha sede la società fiduciaria recalcitrante, chiedendo che la stessa venga condannata ad eseguire la prestazione richiesta da parte del cliente effettivo quale componente del contratto di mandato.

Simili iniziative sono già state adottate su diverse piazze finanziarie svizzere, per cui alcune banche già sono state condannate, in sede provvisoria oppure in procedure sommarie, ad eseguire le istruzioni del cliente effettivo, ad esempio riguardo al prelevamento in contanti. Nella grande maggioranza dei casi, però, i tribunali civili di prima istanza hanno seguito piuttosto la tesi sostenuta dalle banche, secondo cui il rifiuto di eseguire un prelevamento in contanti oppure determinate forme di bonifico fosse da ricondurre ad una situazione di impossibilità di esecuzione dei propri obblighi contrattuali.

È successo spesso che l'Agenzia delle Entrate abbia richiesto a contribuenti italiani, nell'ambito di autodenunce secondo il modello del **ravvedimento operoso**, di produrre dichiarazioni da parte di banche che attestassero l'esistenza di averi patrimoniali ad una certa data.

Si deve tenere presente che un'attestazione della banca che non riflettesse in modo completo e dettagliato la situazione reale, sarebbe perseguibile secondo il diritto svizzero per **falsità in documenti** (art. 251 CP). Anzi, la suddetta Convenzione di diligenza prevede esplicitamente (art. 7) il divieto

per le banche di rilasciare attestazioni non veritiere e incomplete che siano destinate alle autorità fiscali sia svizzere che estere.

Qualora poi, di fronte al rifiuto di una banca di allestire una dichiarazione conforme ai desideri del cliente, quest'ultimo decidesse di rivolgersi ad una società di audit oppure ad un notaio, evidentemente anche questi professionisti sono tenuti all'obbligo di attestare esclusivamente fatti conformi alla realtà.

Qualora il contribuente abbia deciso di procedere al rimpatrio effettivo dei depositi esistenti all'estero e che sono oggetto di autodenuncia, si pone la questione del **mantenimento o meno delle strutture estere**.⁽¹²⁾ Nella misura in cui si trattava di strutture approntate esclusivamente a scopo di elusione fiscale, evidentemente le stesse perdono qualsiasi ragione di essere mantenute. Per contro, se queste strutture avessero permesso di soddisfare esigenze anche sul piano successorio, si potrebbe riflettere se mantenerle in essere, procedendo però ad una verifica dell'adeguamento a tutt'oggi delle istruzioni interne.

Si tratta essenzialmente delle cosiddette **fondazioni di famiglia e dei trust**, costituiti all'epoca nella forma revocabile e non discrezionale, di cui il cliente ha spesso ommesso di aggiornare le istruzioni interne destinate al consiglio della fondazione di famiglia rispettivamente al trustee di un trust, verificando se l'elenco dei beneficiari e le relative istruzioni fossero ancora compatibili con la situazione reale attuale. Infatti, queste strutture, che sono state messe a disposizione a larghe mani, specialmente per ragioni di evasione fiscale, in realtà però mettono a disposizione strumenti utili non solo in caso di decesso dei fondatori, bensì anche in caso di incapacità totale o parziale di questi ultimi rispettivamente nel caso della minore età di uno o più beneficiari, dal momento che i membri del consiglio di fondazione e i tru-

ste, generalmente assistiti in queste funzioni da parte di un professionista indipendente designato come protector, possono utilmente intervenire a tutela degli interessi personali e patrimoniali delle persone più vulnerabili inserite nella categoria dei beneficiari di una fondazione di famiglia oppure di un trust.

Amarus in fundo: già all'epoca dei cosiddetti «scudi fiscali Tremonti», la decisione di emersione e di rimpatrio dei patrimoni autodenunciati, in alcuni Paesi ebbe per effetto l'esecuzione di una verifica più approfondita da parte del cliente effettivo nei confronti del proprio professionista. In alcuni casi, già allora, emersero, invece che patrimoni, pesanti ammanchi effettuati indebitamente da parte di un professionista che gli aveva potuti occultare, spesso facilitato dall'insufficiente vigilanza da parte del cliente.

Anche in questo periodo antecedente alla VD, e quindi probabilmente nei prossimi mesi, qualche cliente si troverà confrontato con queste situazioni. In questi casi, la necessità di rendicontazione diventa ancora più urgente, per cui, alle prime avvisaglie di manovre pretestuose e dilatorie da parte del professionista, è raccomandabile evitare di protrarre troppo a lungo una situazione di incertezza che potrebbe cagionare pregiudizi patrimoniali ulteriori.

■ 6.9 Prospettive

La regolamentazione fiscale, a livello internazionale e, quindi, anche a livello nazionale, è tuttora fluida. Pertanto, anche la gestione dei rischi legali e di reputazione da parte degli intermediari finanziari permane altrettanto fluida. E altrettanto vale per la portata degli obblighi di mandatario da parte di questi professionisti. Per essere adeguato, ogni comportamento ed ogni consulenza vanno pertanto adattati in continuazione.

⁽¹²⁾ «Legal Arrangements» secondo la terminologia utilizzata nei documenti emanati dal G20 al suo summit a Brisbane del 16.11.2014.