

Rischi fiscali: audit e compliance per banche e fiduciari

*Paolo Bernasconi**

Introduzione

1. Corporate Governance e rischi fiscali
- I. Rischi di diritto svizzero
 2. Concorso in reati fiscali
 3. Riciclaggio del provento di reati commessi in danno degli interessi statali
 4. Violazioni riguardanti l'Accordo sull'euroritenuta
 5. Carenza dei requisiti personali per l'esercizio della professione
 6. Violazioni della Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (CDB 03/08)
 7. Responsabilità per consulenza erronea riguardante il segreto bancario
- II. Rischi di diritto straniero
 8. Concorso in reati connessi ad infrazioni fiscali
 9. Concorso in infrazioni fiscali straniere
 10. Novità dell'Accordo antifrode con l'UE
 11. Rogatorie estere in materia penale fiscale

Conclusioni e prospettive

Annesso: Sviluppo della repressione in materia penale e fiscale

Introduzione

1. Corporate Governance e rischi fiscali

Perfezionare un'infrazione fiscale da parte di una banca o di un altro intermediario finanziario comporta, in caso di scoperta, non solo conseguenze di carattere finanziario, ossia il pagamento di una multa ed il recupero dell'imposta sottratta, bensì anche rischi sul piano legale qualora

* Avvocato e notaio, professore alle Università di San Gallo e di Como e al Centro di Studi Bancari, Lugano.

la gravità dell'infrazione commessa inneschi una procedura di carattere penale e le conseguenti sanzioni nei confronti dei responsabili all'interno dell'impresa che hanno commesso l'infrazione o che avrebbero potuto o dovuto impedirla. Pertanto, si realizzano non soltanto dei rischi di carattere finanziario bensì anche di carattere legale e reputazionale¹. Ecco perché la prevenzione di questi rischi rientra non soltanto nell'area di attività dei dipartimenti interni delegati alla gestione del rischio bensì anche nelle funzioni del servizio di compliance² in quanto responsabile, appunto, della prevenzione e della gestione dei rischi anche di natura non finanziaria. Ma vi sono coinvolti anche i servizi di audit, interno ed esterno, in quanto responsabili, fra l'altro, della verifica di un corretto ed adeguato sistema di accantonamento connesso ai rischi legali nonché delle segnalazioni di legge obbligatorie destinate alle autorità di vigilanza sui mercati (FINMA), alla Commissione di sorveglianza sulla CDB 03/08 nonché agli organi societari interni³.

In materia fiscale però, l'impresa e l'intermediario finanziario sono esposti al rischio, piuttosto che di una procedura penale fiscale per infrazioni commesse nell'interesse dell'impresa in quanto contribuente, di procedure svizzere o straniere per infrazioni commesse, primariamente, da un cliente oppure nell'interesse di un cliente. Questo è un aspetto che rende più insidioso il rischio fiscale nel settore bancario e finanziario, per cui deve fare oggetto di un incarico affidato in modo esplicito al Compliance Officer e/o al Risk Management. Pertanto di seguito abbozziamo (perché ogni singolo tema meriterebbe un'intera trattazione a se stante) una mappa di questi rischi che, d'altra parte, costituisce una check-list di utilità anche per i servizi addetti alla *due diligence* in caso di fusioni o acquisizioni fra banche e/o altre imprese attive nell'intermediazione finanziaria.

¹ Cfr. norme internazionali, giurisprudenza e dottrina in LARS SCHLICHTING, *Konsolidierte Überwachung der Rechts- und Reputationsrisiken im Finanzbereich*, Zürich 2007.

² Cfr. nota 79 della Circ. CFB 06/6 del 27.09.06 «Sorveglianza e controllo interno».

³ Specialmente quelli in applicazione dell'art. 729b CO, laddove il termine di violazione di «legge» deve essere interpretato estensivamente (cfr. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, capitolo 33 N. 59 ss.) dovendosi includere la violazione di norme legali «bilanzrelevant» fra le quali, pertanto, rientrano sicuramente le norme di carattere fiscale, la violazione delle quali può comportare conseguenze anche pesanti per il bilancio di un'impresa.

I. Rischi di diritto svizzero

2. *Concorso in reati fiscali*

2.1. Il concorso nel reato fiscale commesso da parte di un cliente può avere luogo nella forma della correttezza o dell'istigazione, ma più spesso in quella della complicità, specialmente quando l'intermediario finanziario mette a disposizione del cliente documenti contabili oppure addirittura il loro riepilogo, nella forma del conto perdite-profitti e del bilancio, che non corrispondono al vero. Nuova, su questo tema, la posizione del Tribunale federale⁴ secondo cui coloro che gestiscono – e che di conseguenza usano – un bilancio commerciale anche se solamente allo scopo di utilizzarlo per ingannare l'autorità fiscale, sono però punibili anche per falso in documenti secondo l'art. 251 CP: infatti, il Tribunale federale considera che chi allestisce od usa un bilancio falso anche con l'intenzione di utilizzarlo soltanto per ingannare l'autorità fiscale, deve comunque prendere in conto l'eventualità che il bilancio possa essere usato anche al di fuori dell'ambito fiscale, dal momento che il bilancio di una società, in questo caso una società anonima, serve comunque anche nei confronti di terzi, sia privati che pubblici, in particolare le autorità che sono chiamate ad utilizzare i dati di carattere fiscale per l'applicazione delle norme sulla sicurezza sociale. Il Tribunale federale si è deciso a questa precisazione considerando che un'infrazione fiscale comporta il rischio del pagamento delle imposte sottratte nonché della multa, ciò che diminuisce la liquidità e il patrimonio della società contribuente per cui, di conseguenza, possono risulterne pregiudicati anche gli interessi dei creditori. Per contro, il Tribunale federale ha mantenuto la posizione tradizionale, secondo cui la punibilità dell'utilizzazione di un bilancio falso è esclusa solamente se viene allestito esclusivamente a scopi fiscali, sulla base della cosiddetta «doppia contabilità».

2.2. Dall'esperienza del contenzioso amministrativo e giudiziario emerge che non raramente una parte delle remunerazioni versate a favore di dirigenti, ausiliari o collaboratori esterni di una banca oppure di un in-

⁴ STF 6B.367/2007 del 10 ottobre 2007.

intermediario finanziario avvengono in modalità che lasciano trasparire manifestamente la sottrazione di queste remunerazioni (finders fees, bonus, retrocessioni e simili) rispetto agli obblighi fiscali del beneficiario. Infatti, quando quest'ultimo è un contribuente svizzero, l'ubicazione e l'intestazione del relativo conto bancario beneficiario è spesso immediatamente rivelatrice dell'infrazione fiscale a riguardo. Pertanto, va analizzato il rischio di un concorso, nella forma della complicità, nel relativo reato fiscale⁵ da parte del funzionario di banca.

2.3. Nel qualificare come punibile la complicità del funzionario di banca a favore delle infrazioni fiscali del cliente sono specialmente la dottrina e la giurisprudenza tedesca, elaborando il concetto di «attività neutrale e tipica della professione», ossia quella che il funzionario avrebbe messo in atto per qualsiasi persona si fosse trovata nella situazione del cliente. La punibilità scatta però non appena il funzionario concorre obiettivamente mediante la sua condotta all'infrazione del cliente, per esempio mediante l'anonimizzazione del trasferimento di una somma, poiché ciò riduce il rischio che l'infrazione venga scoperta⁶. Il requisito soggettivo è soddisfatto non solo quando il cliente dichiara apertamente oppure lasci capire che non intende dichiarare fiscalmente il suo deposito bancario, ma anche quando ciò sia desumibile per atti concludenti, in modo da fare emergere che il funzionario «solidarizza» con l'intento illecito del cliente, per esempio contribuendo fattivamente al trasferimento di fondi non dichiarati a favore di conti esteri al nome di trust, fondazioni di famiglia o società di sede offshore⁷. Pertanto si rende punibile l'impiegato di banca che facilita oggettivamente un contratto di compra-vendita immobiliare conoscendo che una parte del prezzo viene pagata «in nero»⁸. Si appli-

⁵ La condanna del correo, complice oppure istigatore, viene pronunciata indipendentemente dalla punibilità del contribuente fiscale (cfr. 177 cpv. 1 LIFD così commentata in DTF 134 III 59, 64).

⁶ Decisione del BGH (=Bundesgerichtshof/Deutschland) 01.082000 in NJW 2000, 310.

⁷ BGH 20.9.1999 in NSTZ 2000, 34; BVG 23.03.1994 in NJW 1994, 2080; Jäger wistra 2000, 344, 346.

⁸ Sentenza 13.9.2003 Strafkammer des Obergerichts Solothurn di condanna per conseguimento di una falsa attestazione (art. 253 CP).

cano i principi che portarono alla condanna per complicità in truffa del vicepresidente del CdA di una società che vendette 450 tonnellate di carne di antilope a dettaglianti che la rivendevano come carne di cervo e di camoscio; infatti le condizioni della vendita erano tali da escludere una vendita legale⁹. Si tratta della situazione in cui si trova spesso il gestore di banca riguardo alla manifesta o implicita volontà del cliente di sottrarre all'imposizione fiscale il suo deposito in banca ed i relativi redditi.

2.4. Al Compliance Officer incombe anche gestire il rischio di conseguenze patrimoniali connesse alla partecipazione della banca, in forma di servizio o di consulenza, all'infrazione fiscale del cliente. Infatti, il complice risponde solidalmente verso il fisco (art. 177 cpv. 1 LIFD; art. 56 cpv. 3 LAID) e può anche, in determinati casi, essere chiamato a risarcire una parte delle spese legali e giudiziarie cagionate da una consulenza erronea in materia fiscale¹⁰.

3. Riciclaggio del provento di reati commessi in danno degli interessi statali

3.1. De lege lata, l'art. 305 bis del Codice penale svizzero (CP) che punisce il riciclaggio ha per oggetto esclusivamente il provento di crimini, ossia dei reati che secondo l'art. 10 CP sono punibili con la pena detentiva di oltre tre anni. A questa categoria non appartiene, secondo il diritto svizzero, né la frode fiscale né la sottrazione fiscale né nessun'altra infrazione fiscale o doganale in danno dell'Erario svizzero¹¹, come confermato dal Tribunale penale federale¹² pronunciando l'assoluzione di un fiduciario svizzero coinvolto nel riciclaggio del provento di frodi fiscali commesse da contribuenti tedeschi. Vi appartiene però la truffa secondo

⁹ DTF 119 IV 289.

¹⁰ STF 4C.316/2001 datata 2.2.2002.

¹¹ URSULA CASSANI, *Infractions fiscales et blanchiment d'argent*, in: *Journée 2004 de droit bancaire et financier*, Genève 2005, pag. 13 segg.; PAOLO BERNASCONI, *Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei*, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), *Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei*, Band II, Zürich 2002, IARH N. 680, N. 705.

¹² SK.2006.6 del 28.9.2006 consid. 2.5.4.

l'art. 146 CP, i cui elementi costitutivi possono essere soddisfatti anche nel caso in cui lesi siano interessi statali, come quando vengono ottenuti fraudolentemente sussidi statali oppure quando funzionari fiscali vengono indotti ad effettuare il rimborso di somme di cui viene simulato il pagamento in virtù delle norme sull'IVA.

3.2. De lege ferenda, anche l'ordinamento giuridico svizzero non viene risparmiato dall'onda di origine OCSE rispettivamente Unione Europea tendente ad inserire nella categoria dei reati a monte del riciclaggio anche i reati fiscali, come dimostra la Legge federale di attuazione delle 40 Raccomandazioni antiriciclaggio GAFI/FATF riguardante la truffa aggravata in materia di prestazioni e di tasse secondo l'art. 14 cpv. 4 della Legge federale sul diritto penale amministrativo.

4. *Violazioni riguardanti l'Accordo sull'euroritenuta*

Gli art. 12 e 13 della Legge federale del 17 dicembre 2004 relativa all'Accordo con la Comunità Europea sulla fiscalità del risparmio puniscono comportamenti tendenti ad eludere il corretto prelievo alla fonte dell'imposta dovuta dai contribuenti dei 27 paesi dell'Unione Europea sul reddito del risparmio conseguito in territorio svizzero. Potrebbe essere considerato un indizio di infrazione il fatto di avere non solo consigliato bensì anche messo a disposizione gli strumenti giuridici necessari per comportamenti manifestamente elusivi, come la costituzione di trust o di fondazioni di famiglia del diritto del Liechtenstein o del Panama o di altre società di sede offshore, nei periodi immediatamente antecedenti o successivi alla data dell'entrata in vigore dell'Accordo, ossia il 1° luglio 2005, mettendo a disposizione anche il proprio personale per fungere da amministratore oppure da avente di diritto di firma o di amministratore o procuratore delle medesime società di sede, il cui patrimonio continua ad essere gestito dalle medesime entità che lo gestivano quando era depositato sui conti intestati al contribuente dell'Unione Europea. La competenza per queste procedure è affidata all'Amministrazione federale delle contribuzioni, tenendo presente che l'elusione pregiudica gli interessi anche dell'erario svizzero, cui compete il 25% di questi prelievi alla fonte.

5. *Carenza dei requisiti personali per l'esercizio della professione*

Numerose leggi federali e cantonali riguardanti l'esercizio di professioni nel settore dell'intermediazione finanziaria prevedono fra le condizioni di autorizzazione anche requisiti di carattere personale che vengono espressi con la nota formula secondo cui *«le persone incaricate dell'amministrazione e direzione della banca godono di ottima reputazione e garantiscono un'attività irreprensibile»*¹³.

La CFB ha già avuto occasione di applicare la norma suddetta anche in relazione alla consumazione di infrazioni fiscali¹⁴, emettendo un biasimo nei confronti di una banca e dei suoi dirigenti per avere partecipato ad un'operazione destinata ad ingannare un'autorità fiscale straniera, catalogando tale comportamento fra le violazioni dell'obbligo generale di esaminare il retroscena economico di operazioni complicate, inusuali o importanti¹⁵.

Per altro, si deve considerare anche che, notoriamente, la CFB, nell'esaminare la sussistenza oppure il venir meno della condizione della garanzia di attività irreprensibile, può tenere conto anche di violazioni accertate da parte dell'Autorità di sorveglianza sulla CDB, in base al numero e alla gravità delle stesse. Poiché la CDB prevede obblighi anche riguardo alle autorità fiscali straniere (cfr. il capitolo seguente), si può concludere che, in generale, il comportamento tenuto nei confronti delle autorità fi-

¹³ Cfr. art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR. L'art. 3f LBCR prevede lo stesso requisito per le persone incaricate della gestione, della direzione generale, sorveglianza e controllo di un gruppo finanziario, mentre il cpv. 2 lett. c.^{bis} LBCR prevede che *«le persone fisiche e giuridiche che partecipano direttamente o indirettamente alla banca con almeno il 10% del capitale o dei diritti di voto o possono influenzare notevolmente in altro modo la gestione della banca (partecipazione qualificata), devono fornire la garanzia che tale influsso non viene esercitato a danno di una gestione sana e prudente»*. Cfr. anche art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM nonché art. 14 cpv. 1 LICol e art. 8 lett. c della Legge cantonale sull'esercizio della professione di fiduciario.

Dottrina e giurisprudenza a questo riguardo sono reperibili nell'articolo pubblicato da ALAIN HIRSCH, *La garantie d'une activité irréprochable: l'évolution de la pratique*, Bollettino CFB 50/2007, pag. 29 segg.

¹⁴ Cfr. decisione datata 26.2.1985 confermata dal Tribunale federale in DTF 111 Ib pag. 126.

¹⁵ Rapporto annuale CFB 1985, pag. 19.

scali, sia svizzere che straniere, può essere preso in considerazione dalla CFB per esaminare la sussistenza o meno del requisito della garanzia di attività irreprensibile e dei requisiti analoghi.

6. *Violazioni della Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (CDB 03/08)*¹⁶

Può essere comminata una pena convenzionale fino a CHF 10 milioni a carico della banca che presta assistenza attiva al trasferimento di capitali dai paesi esteri (art. 7 CDB) oppure che favorisce manovre fraudolente dei loro clienti nei confronti delle autorità svizzere o straniere, in particolare le autorità fiscali (art. 8 CDB).

7. *Responsabilità per consulenza erronea*¹⁷ *riguardante il segreto bancario*

Benché siano conosciuti pochi casi giudiziari riguardanti il risarcimento del danno per consulenza erronea riguardante la portata del segreto bancario, non sono rari i clienti che si lamentano. In effetti, questa consulenza sembra essere eccessivamente ottimista, mettendo piuttosto in sordina le numerose eccezioni al segreto bancario che vengono continuamente dilatate da decisioni dalle autorità giudiziarie e amministrative svizzere. Per esempio, qualche contribuente svizzero si lamenta per non essere stato informato dal suo gestore di patrimonio delle norme (art. 190 segg. LIFD) che autorizzano anche l'autorità fiscale a chiedere informazioni e documenti coperti dal segreto bancario professionale, non solo per frode fiscale ma anche per sottrazione fiscale. Altri si lamentano perché venne loro detto, che *«per problemi fiscali, a Singapore non c'è problema»*. In realtà, sono ormai note le decisioni che hanno autorizzato non solo

¹⁶ Dal 1° luglio 2008 è in vigore la versione CDB del 7 aprile 2008 che ha ripreso senza modifiche il testo dell'art. 8 CDB previgente.

¹⁷ Su questo ampio argomento cfr. THOMAS KOLLER, *Strafsteuern als privatrechtlich ersatzfähiger Schaden? Ein weiterer Meilenstein in der Rechtsprechung zur Haftung rechtsberatender Berufe*, AJP 2003, 713-718. Riguardo alla possibilità di far risarcire il pagamento di una multa fiscale da parte del consulente cfr. DTF 134 III 59, 65 nonché THOMAS KOLLER, *Straf- und Steuerbussen als privatrechtlich relevanter Schaden*, ZSR 113/1994, 183, 202.

un'acquisizione di informazioni bensì anche il sequestro di averi patrimoniali fondato sull'art. 271 Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento riguardante conti presso succursali svizzere a Singapore, Bahamas ed altri paesi offshore, di cui un contribuente svizzero fosse titolare oppure avente diritto economico¹⁸.

La consulenza eccessivamente ottimistica, sino a diventare erronea, è spesso rivolta a clienti sottoposti alla sovranità fiscale di altri paesi, ai quali si continua ad assicurare che l'unico rischio di rogatoria dall'estero riguarda il traffico di stupefacenti, la corruzione ed il sequestro di persona, così come avveniva decenni orsono. Si sottace che la trasmissione di documenti anche bancari può avere luogo nell'interesse anche di procedimenti penali avviati per truffa in materia tributaria¹⁹ ed anche per truffa ai sussidi statati oppure per truffe all'IVA²⁰. Inoltre, viene spesso assicurato che il principio di proporzionalità venga applicato rigorosamente, mentre in realtà il principio della cosiddetta «utilità potenziale» ormai consolidato nella giurisprudenza del Tribunale federale, non solo nelle rogatorie per riciclaggio, ma in generale, ha praticamente svuotato di contenuto il principio di proporzionalità²¹. È anche vero però che ormai anche la clientela straniera ha capito che, se l'autorità nazionale riesce a qualificare come riciclaggio la fattispecie perseguita, questa parola magi-

¹⁸ Anzi, proprio mediante sentenza datata 23.1.2008 (Urteil Geschäftsnummer NN. 070166/U, www.obergericht-zh.ch), anche l'Obergericht di Zurigo si è finalmente allineato alla precedente giurisprudenza del Tribunale federale (128 III 473), già applicata anche mediante sentenza del 15.6.2007 della Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'Appello ticinese proprio a tutela di un credito fiscale (ora creciuta in giudicato).

¹⁹ La definizione è stata nuovamente illustrata in DTF 125 II 250 mediante la quale venne respinta una rogatoria tedesca poiché era stato utilizzato un documento da parte del contribuente perseguito («Einnahmen-Überschussrechnung») che non è stato qualificato come documento in diritto svizzero secondo l'art. 110 cifra 5 cpv. 1 CP, per cui l'uso del medesimo non costituisce inganno astuto secondo l'art. 3 cpv. 3 seconda frase LAIMP, che viene interpretato in base alla giurisprudenza riguardante il concetto di inganno astuto costitutivo della truffa secondo l'art. 146 CP.

²⁰ La giurisprudenza del Tribunale federale sul cosiddetto *Karussellbetrug* è ormai consolidata da anni: cfr. pro multis STF 1A.189/2001 datata 22.2.2002.

²¹ «Au nom d'une entraide sans limite, mais parfois au détriment des droits du recourant» cfr. PASCAL DE PREUX, L'entraide internationale en matière pénale et la lutte contre la blanchiment d'argent, SJZ 2008, 29 segg..

ca aprirà il forziere delle informazioni, dei documenti, e degli averi patrimoniali depositati in Svizzera. Infatti, la prassi consolidata del Tribunale federale ha limitato gli obblighi dell'autorità rogante straniera riguardo alla descrizione dei fatti, non richiedendo nemmeno più l'indicazione precisa del reato a monte²², anticipando il contenuto dell'art. 9 cifra 6 della Convenzione internazionale antiriciclaggio n. 198 destinata a sostituire, almeno de facto, la Convenzione n. 141²³ che porta lo stesso nome. Infine, non cessano le lamentele dei clienti per non essere stati informati del fatto che, basandosi anche soltanto su un indizio di insider trading, l'autorità di vigilanza straniera sulla borsa può ottenere facilmente preziose informazioni riguardanti le sue attività presso banche e fiduciarie in Svizzera²⁴.

II. Rischi di diritto straniero

8. *Concorso in reati connessi ad infrazioni fiscali*

I Ministeri Pubblici di alcuni paesi confinanti con la Svizzera hanno instaurato la prassi di avviare procedimenti penali per titolo di appropria-

²² Cfr. STF 1A.145/2006 del 15.09.2006; 1A.6/2006 del 15.03.2006; 109 II 97; 1A.188/2005 del 24.10.2005; 1A.50/2006 del 2.06.2006

²³ In materia fiscale, ancora recentemente, il Tribunale federale, mediante sentenza dell'11.07.2007, ha respinto una rogatoria della Staatsanwaltschaft di Monaco che aveva richiesto il sequestro e la trasmissione di una somma di quasi Euro 700 000.– che corrispondeva al dazio sottratto da parte di un contribuente fiscale tedesco. Poiché il provento del reato non era più reperibile, sulla base di una norma di diritto tedesco analoga all'art. 71 cpv. 1 CP, venne richiesta la trasmissione della somma sequestrata in favore delle autorità tedesche, applicando l'art. 74a LAIMP. La sentenza ha rifiutato la trasmissione degli averi patrimoniali considerando che, nel caso concreto, avrebbe avuto luogo una disparità di trattamento nei confronti degli altri creditori, privilegiando l'Erario tedesco. Ovviamente, la soluzione sarà diversa quando entrerà in vigore il Trattato bilaterale antifrode con i paesi UE poiché gli artt. 24 cifra 3 e 29 cifra 2 prevedono la cooperazione da parte della Svizzera anche in favore dell'esecuzione di crediti fiscali di autorità straniere.

²⁴ In questo caso, dopo che la strada venne ampliata da parte della prassi della CFB, con costante avallo da parte del Tribunale federale (cfr. Newsletter Compliance Anno 3, n. 11, aprile 2007 «Assistenza amministrativa in materia borsistica: riattivata l'assistenza con la CONSOB», www.csbancari.ch) lo stesso Parlamento ha poi riveduto il testo dell'art. 38 LBVM nella medesima direzione.

zione indebita e di falso in bilancio a carico degli azionisti e dirigenti di imprese situate sul loro territorio che trattengono in territorio estero le somme loro versate da parte di clienti situati all'estero cui forniscono merci o servizi, grazie all'interposizione di società di sede offshore, mediante il sistema della sovra e sottofatturazione²⁵. Gli intermediari finanziari in territorio svizzero che mettono a disposizione i relativi strumenti giuridici, li amministrano e/o gestiscono il relativo patrimonio in qualità di fiduciari, gestori indipendenti oppure banche, sono esposti al rischio di essere perseguiti da parte dell'autorità penale straniera per titolo di concorso in appropriazione indebita commessa in danno della casa madre situata nel territorio di questi paesi rispettivamente di riciclaggio del provento di questa appropriazione indebita.

9. Concorso in infrazioni fiscali straniere

Sono noti gli esempi seguenti:

- a) la condanna da parte del Tribunale penale di Koblenz di due dirigenti di una banca tedesca per avere messo a disposizione procedimenti e strutture a favore di loro clienti, contribuenti tedeschi, allo scopo di trasferire i fondi non dichiarati fiscalmente da parte di questi ultimi presso la filiale in Lussemburgo della casa madre tedesca.
- b) la condanna da parte del Tribunale di Bruxelles del dirigente di una banca lussemburghese per avere messo a disposizione procedimenti e strutture a favore di suoi clienti, contribuenti belgi, allo scopo di trasferire i loro fondi, non dichiarati fiscalmente, presso la filiale in Lussemburgo della casa madre situata in Belgio.
- c) il procedimento penale della Staatsanwaltschaft di Augsburg contro intermediari finanziari, compreso un avvocato, residenti nel Principato del Liechtenstein, per avere messo a disposizione di loro clienti, contribuenti tedeschi, procedimenti e strutture giuridiche alle quali intestare conti presso banche straniere dove depositare fondi non dichiarati al fisco tedesco.
- d) procedimenti della Staatsanwaltschaft di Bochum contro intermediari

²⁵ Cfr. STF 1A.197/2005 datata 16.10.2006 a conferma dell'esecuzione di una rogatoria della Procura di Bolzano.

finanziari attivi sul territorio del Principato del Liechtenstein per avere messo a disposizione procedimenti e strutture giuridiche destinati al trasferimento di fondi da parte di loro clienti, contribuenti tedeschi, presso banche estere, i nomi dei quali vennero a conoscenza dell'autorità tedesca nel 2008, apparentemente, grazie a liste di clienti sottratte da parte di dipendenti di una fiduciaria e di una banca situate in Liechtenstein²⁶.

- e) arresto, nella primavera del 2008, di banchieri svizzeri in Florida e a São Paulo per concorso nei reati fiscali di contribuenti nazionali.

10. Novità dell'Accordo antifrode con l'UE

L'Accordo tra la Svizzera, l'UE e i 27 Stati membri dell'UE sulla cooperazione per la lotta contro la frode e contro ogni altra attività illegale che reca pregiudizio ai loro interessi finanziari, ratificato dal Parlamento svizzero il 17.12.2004, potrebbe entrare in vigore nel 2010 o nel 2011, una volta che sarà stato ratificato da tutti i 27 paesi membri dell'UE e che saranno stati scambiati i relativi atti di ratifica. Secondo l'art. 46 dell'Accordo dovranno essere eseguite le domande di assistenza presentate da parte di autorità fiscali oppure da parte di autorità giudiziarie penali riguardanti infrazioni commesse dopo il 26 aprile 2005, ovviamente dopo l'entrata in vigore dell'Accordo suddetto, il quale prevede, fra l'altro, le novità seguenti, tutte limitate però alla fiscalità indiretta:

- a) allo scopo di assicurare l'esecuzione delle domande di assistenza, lo Stato richiesto, in particolare la Svizzera, dovrà mettere in atto le misure coercitive previste dal sistema giuridico svizzero per il perseguimento delle infrazioni della medesima natura, e ciò in base al principio della parità di trattamento (*Inländerbehandlung*) per cui saranno applicabili la perquisizione, il sequestro di beni e di documenti nonché la levata del segreto bancario e ogni altra forma di indagine così come previsto dalle norme di procedura svizzere per il perseguimento di reati penali e/o di infrazioni fiscali o doganali in danno dell'Erario svizzero.

²⁶ Le relative informazioni sono reperibili sul sito della LGT: www.lgt.com e della LLB: www.llb.li/llb/llb.nsf/PageID/medieitteilungen

- b) la cooperazione è prevista non soltanto per il reato di corruzione, di truffa ai sussidi statali e di frode fiscale, bensì anche per il reato di sottrazione fiscale e di contrabbando, ossia violazione dei dazi doganali.
- c) la cooperazione è prevista anche per il reato di riciclaggio del provento di frode fiscale e di riciclaggio del provento del contrabbando svolto a titolo professionale. Ciò costituisce un'importante eccezione al principio della doppia punibilità, nella misura in cui il diritto penale svizzero non elenca fra i reati a monte del riciclaggio reati di carattere fiscale. Pertanto, la delegazione svizzera incaricata del negoziato relativo all'Accordo antifrode, si è preoccupata di limitare l'utilizzazione nell'ambito del procedimento straniero di informazioni raccolte per rogatoria in territorio svizzero in relazione a casi di riciclaggio del provento di reati fiscali²⁷.

11. Rogatorie estere in materia penale fiscale

11.1. Acquisizione e trasmissione di mezzi di prova

L'acquisizione e la trasmissione di mezzi di prova in esecuzione di domande di cooperazione provenienti dalle autorità giudiziarie penali straniere e, anche da parte di quelle fiscali, in applicazione dell'Accordo di adesione agli Accordi di Schengen, in vigore dal 1° novembre 2008, e in applicazione dell'Accordo antifrode con l'UE, una volta che sarà entrato in vigore, può avvenire anche mediante l'applicazione di mezzi coercitivi, ossia, in particolare:

- a) la perquisizione di locali o uffici presso banche, fiduciarie, società di gestione patrimoniale e simili;
- b) il sequestro di documenti, come la contabilità di società di sede conservata presso società fiduciarie, e i documenti riguardanti conti bancari;

²⁷ Secondo il Messaggio del Consiglio Federale del 1.10.2004 (capitolo 2.7.3.3.2., pag. 5486, commento ad art. 2 dell'Accordo) queste informazioni non possono essere utilizzate «contro persone attive in Svizzera» se i reati sono stati commessi esclusivamente in territorio svizzero. Secondo la Dichiarazione comune relativa al riciclaggio contenuta nell'atto finale, a pagina 5822, le informazioni non possono essere usate nei procedimenti per riciclaggio «contro persone svizzere»; invece, secondo il Commentario del Dipartimento federale di giustizia e polizia del 30.6.2004 (pag. 20), queste informazioni non possono essere usate all'estero contro «intermediari finanziari svizzeri».

- c) il sequestro di averi patrimoniali presso cassette di sicurezza o presso conti bancari;
- d) la sorveglianza di conti bancari²⁸;
- e) l'interrogatorio di intermediari finanziari operanti in territorio svizzero in qualità di accusati oppure di persone informate sui fatti oppure di testimoni.

Il coinvolgimento di una banca o di un intermediario finanziario, sia per interrogatori sia per l'acquisizione di documentazione, è sempre fonte di inconvenienti e di rischi reputazionali, poiché in numerosi paesi si pratica una virulenta mediatizzazione dei procedimenti, specialmente quando siano coinvolti finanziari intermediari operanti in Svizzera. Inoltre, l'acquisizione di mezzi di prova può riguardare talvolta anche questioni interne della banca, come p. es. l'organizzazione e le procedure interne, la prassi riguardante i rapporti con gestori esterni e procacciatori d'affari, il calcolo delle commissioni e simili: tutte queste informazioni, una volta che hanno lasciato i locali degli istituti in cui sono coperte dall'obbligo del segreto professionale, possono finire sotto gli occhi di terze persone, p. es. quelle autorizzate a partecipare ad un procedimento oppure addirittura finire sui massmedia, malgrado si tratti di dati altamente riservati come quelli contenuti nel profilo del cliente.

11.2. Sequestro e confisca del provento di infrazione fiscale

In generale, specialmente all'inizio di un procedimento penale, sia in Svizzera che all'estero, le misure provvisoriale, come il sequestro del provento di reato, vengono adottate sulla base di criteri meno restrittivi di quelli che devono essere applicati dopo parecchi mesi o anni dall'inizio di un'indagine. Pertanto, è abbastanza frequente l'esecuzione in territorio svizzero di rogatorie che chiedono il sequestro di conti bancari in misura particolarmente ampia, che talvolta può andare a colpire anche il

²⁸ Per altro prevista dall'art. 284 del nuovo Codice di diritto processuale penale svizzero, la cui entrata in vigore è prevista per il 2010.

²⁹ FABBRI/NOTO, *Rechtshilfe bei Mehrwertsteuerkarussellen: zugleich eine Urteilsanmerkung zum Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2007.106 vom 19. November 2007*; REGULA HAUSER, *Mehrwertsteuerbetrug*, *Steuer Revue* Nr. 7-8/2004, 543-51, 545 segg.; STF 1A.304/2004 datata 2.3.2005; 1A.300/2005 datata 24.1.2006.

conto di un intermediario finanziario che viene utilizzato non soltanto per il cliente oggetto dell'indagine all'estero bensì anche per numerosi altri clienti. Sono tutte situazioni che creano inconvenienti legali, finanziari e reputazionali a carico dell'intermediario finanziario. Di principio, il sequestro del provento di reato commesso in danno di interessi pubblici viene effettuato se si tratta di una truffa al sussidio oppure di una truffa all'IVA (*Karusselbetrug*²⁹) oppure se viene connesso, nell'ambito dell'imputazione promossa nel procedimento straniero, ad un'associazione a delinquere oppure a riciclaggio. Più controverso invece è il sequestro del provento di un reato di carattere fiscale o doganale, come la frode fiscale o il contrabbando. Ancora più controversa è la trasmissione all'estero del provento di questi reati in applicazione all'art. 74a della Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale (LAIMP), che parrebbe esclusa a prima vista dal momento che l'art. 3 cpv. 3 seconda frase LAIMP limita la cooperazione da parte delle autorità svizzere nell'interesse di un procedimento promosso all'estero per truffa in materia tributaria esclusivamente alla trasmissione di mezzi di prova così com'è prevista nella Parte Terza della LAIMP medesima.

11.3. Utilizzazione abusiva da parte di autorità straniere

Il principio di specialità, che notoriamente non costituisce una «specialità svizzera», dal momento che è previsto anche nelle convenzioni internazionali, in generale viene rispettato e applicato dai paesi membri dell'Unione Europea che hanno esperienza pluriennale con la legislazione e con la prassi svizzera in materia rogatoriale. Così non è con paesi che da pochi anni ricevono mezzi di prova da parte della Svizzera mediante lo strumento rogatoriole, com'è il caso, per esempio, della Federazione russa oppure del Brasile³⁰.

Pertanto, fra i rischi potenziali, deve essere considerata anche questa eventualità.

³⁰ Così avvenne nel 2006 da parte delle autorità dello Stato federale di São Paulo che utilizzarono documenti bancari ottenuti per rogatoria dalla Svizzera per perseguire l'ex governatore Maluf oltre che per reati di diritto comune anche per reati fiscali, con il risultato che dovettero poi annullare la condanna per quest'ultima imputazione (cfr. Fohla de São Paulo datato 8.11.2007).

Conclusioni e prospettive

Dal momento che le autorità fiscali e doganali non solo svizzere ma anche straniere³¹ negli ultimi anni hanno dato prova di maggiore dinamismo dal punto di vista del perseguimento delle infrazioni e si sono contemporaneamente dotate di strumenti di indagine molto più sofisticati, è ora che il rischio fiscale venga considerato più seriamente all'interno dell'impresa che opera come intermediario finanziario, attribuendone l'incarico di analisi, vigilanza e aggiornamento al Compliance Officer oppure al Risk Manager.

Questa maggiore attenzione nei confronti del rischio fiscale permette al consiglio di amministrazione di disporre di uno strumento più adeguato all'importanza di questi rischi, in modo da poter adempiere meglio ai suoi compiti di amministrazione e vigilanza di un'impresa.

Questo riposizionamento appare però necessario anche poiché si prospettano imminenti cambiamenti anche riguardo alle possibilità di indagine delle autorità sia giudiziarie sia fiscali dei 27 paesi membri dell'Unione Europea, non tanto per l'imminente entrata in vigore dell'Accordo di associazione agli Accordi di Schengen per il 1° novembre 2008³², quanto per la prossima entrata in vigore del cosiddetto Accordo antifrode, dal momento che quest'ultimo prevede novità veramente storiche rispetto alle norme e alla prassi seguite per tanti decenni da parte delle autorità giudiziarie e fiscali svizzere³³.

³¹ ERICH HUBER, Compliance und moderner Steuervollzug – Ein Modell zur Umsetzung von Risikomanagement, in *Steuer Revue* Nr. 3/2008, 178; Nr. 4/2008, 250.

³² Accords de Schengen/Dublin, Les nouveaux règlements sous l'angle du droit pénal, MOREILLON (éd.), Bâle 2008; ANDREA PEDROLI, Gli Accordi Bilaterali II e lo scambio di informazioni fiscali. Gli accordi sull'associazione a Schengen e contro la frode, 2005 Bellinzona.

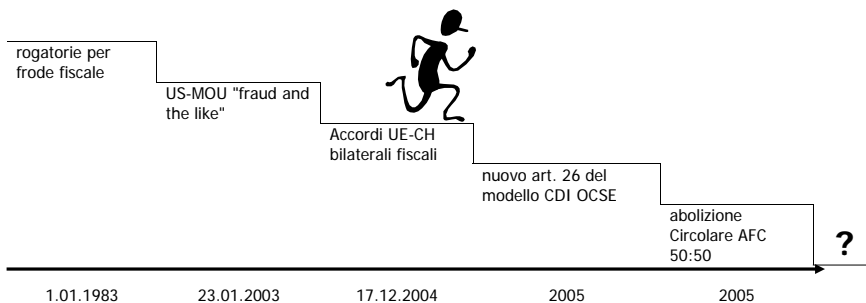
³³ PAOLO BERNASCONI, Cooperazione svizzera in materia fiscale. Novità storiche negli Accordi bilaterali *bis* con l'Unione Europea, in: *Diritto e pratica tributaria internazionale* n. 2/2005, pag. 379; PAOLO BERNASCONI, Accordi Bilaterali *bis* fra l'Unione Europea e la Svizzera – Conseguenze per banche ed altri intermediari finanziari in Svizzera e per i loro clienti, *Il Fisco* n. 46/2004 del 13.12.2004, Roma, pag. 7744 segg.).

Questi sviluppi, ineluttabili (cfr. Tabella allegata) quanto auspicabili – per realizzare la tanto conclamata parità di trattamento fra i contribuenti e la rimozione delle infrazioni fiscali quale ostacolo alle distorsioni sul mercato – comportano maggiori esigenze anche rispetto agli obblighi dei revisori esterni, nell’adempimento del loro contributo all’esercizio della vigilanza da parte del consiglio di amministrazione, in base agli obblighi di comunicazione previsti all’interno delle società commerciali³⁴ nonché nell’ambito della *due diligence* in occasione di fusioni ed acquisizioni.

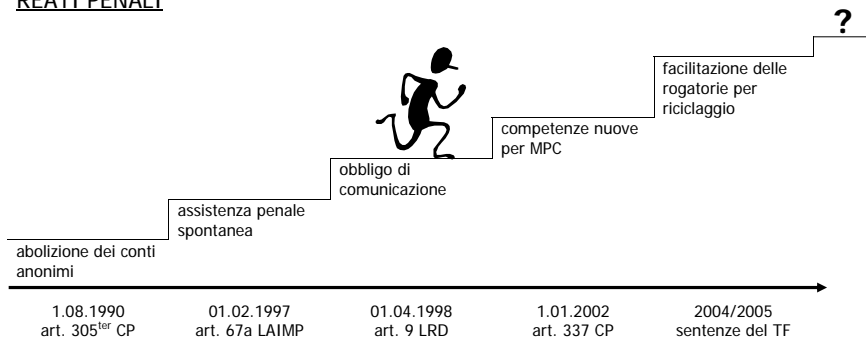
³⁴ Specie in base all’art. 729b CO.

SVILUPPO DELLA REPRESSIONE IN MATERIA PENALE E FISCALE

INFRAZIONI FISCALI



REATI PENALI



- AFC : Amministrazione federale delle contribuzioni
- LAIMP : Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale
- LRD : Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro nel settore finanziario
- MPC : Ministero Pubblico della Confederazione
- OCSE : Organizzazione di cooperazione e di sviluppo economico
- TF : Tribunale federale