

La terzietà del trust e della fondazione di famiglia secondo il diritto svizzero

di Paolo Bernasconi

Alcune entità giuridiche, è noto, vengono costituite appositamente per sfuggire alle strategie anti-evasione fiscale. Tra queste figurano molto spesso sia il trust sia la fondazione di famiglia.

Nell'ottica di evitare queste strategie in Svizzera si è introdotto l'obbligo di comunicazione alle autorità competenti dell'identità dell'avente diritto economico; cioè di chi esercita il controllo su determinati fondi, sia direttamente, sia tramite un'altra persona fisica, oppure una società o un'altra entità giuridica. In seguito alle numerose richieste pervenute dall'autorità tributaria statunitense, in Svizzera è fiorita una nutrita giurisprudenza sulla definizione e sulle caratteristiche dell'avente diritto economico. Riassumendo il contribuente viene considerato avente diritto economico quando è membro del consiglio di amministrazione di una società; quando è depositario della firma sul conto della persona giuridica; quando può influire sulla distribuzione di benefici o di redditi; quando, esercita, indipendentemente dalla legittimazione formale, influenza diretta o indiretta sulle decisioni di investimento dei trust o delle fondazioni di famiglia. Infine, pur con parere contrario dell'amministrazione svizzera, perlomeno ai fini fiscali, occorre tenere distinte la figura dell'avente diritto economico da quella del *beneficial owner*.

■ Introduzione

Da decenni l'identificazione della persona fisica che ha un potere di disposizione su averi patrimoniali o che ne è beneficiaria costituisce il filo rosso dello scontro tra i fautori della strategia antiriciclaggio

dapprima e, successivamente, della strategia anti-evasione fiscale, da una parte, e, dall'altra parte, le persone che intendono sfuggire agli scopi di questa strategia nonché quei professionisti che a queste persone forniscono consulenza e assistenza concreta.

Le strategie suddette si sono da anni focalizzate sul ruolo di quelle entità giuridiche che sono state e vengono utilizzate allo scopo di ostacolare le indagini delle autorità nazionali ed estere, giudiziarie, amministrative ed anche fiscali. La focalizzazione si è poi andata estendendo, da un lato a queste entità giuridiche come tali e, dall'altro, a quei professionisti e a quegli intermediari finanziari che le mettono a disposizione e che ne assicurano l'esercizio, nella loro qualità di membri dei loro organi, aventi diritto di firma e simili. Nel mirino di queste strategie sono entrate da anni le cosiddette società di sede, ossia le società che non dispongono di personale e di uffici propri poiché vengono utilizzate esclusivamente allo scopo di intestarvi delle relazioni bancarie o d'affari. Per questo, dei vari appellativi appioppati, quello di "società buca lettere" (1) sembra il più adeguato, perché in effetti questo tipo di società, che non sono fittizie, poiché sono state debitamente fondate, mediante iscrizione costitutiva della loro personalità giuridica presso un registro di commercio, dispongono di amministratori, che spesso sono amministratori di centinaia se non di migliaia di società analoghe, e, perlomeno di una bucalettere, ossia di un recapito postale. La stragrande maggioranza di queste società è stata fondata in paesi a fiscalità nulla o debole e che comunque dispongono di regolamentazione molto blanda anche riguardo alla costituzione e liberazione del capi-

Paolo Bernasconi – Professore Emerito all'Università di San Gallo

Nota:

(1) Briefkastengesellschaften, sociétés boîte aux lettres. Cfr. per la definizione l'allegato 4 nonché l'art. 4 CDB 08.

tale sociale, all'obbligo di contabilità e di bilancio e simili(2).

Non deve quindi stupire che anche il trust e un'entità analoga, perlomeno ai suoi scopi, ossia la fondazione di famiglia(3), siano parimenti finite nel mirino delle organizzazioni internazionali e delle autorità di alcuni Stati particolarmente dinamici in questo settore, come gli USA e la Germania. Infatti, proprio in questi ultimi anni, sono emersi trust e fondazioni di famiglia costituiti proprio allo scopo di occultare patrimoni di provenienza criminale oppure, molto più frequentemente, allo scopo di occultare patrimoni non dichiarati alle autorità fiscali.

Il tema del controllo effettivo su un trust o su una fondazione di famiglia è piuttosto di diritto civile o semmai di diritto amministrativo, quando si tratti di determinare la persona fisica che esercita il controllo, per esempio, su una società quotata in borsa oppure su una banca. In realtà, la dottrina e la giurisprudenza si sono arricchite di prese di posizione riguardo all'identificazione dell'avente diritto economico rispettivamente del beneficiario di un trust o di una fondazione di famiglia piuttosto nell'ambito delle decisioni di carattere penale e di carattere fiscale. Ne consegue l'utilità di analizzare anche questi settori di sviluppo del progresso giuridico per dedurre spunti che possono servire per soluzioni in altri settori giuridici, come quello civile o amministrativo.

■ L'avente diritto economico nella strategia anti-riciclaggio

Si deve risalire al 1° luglio 1977 per far conoscenza della prima codificazione in diritto continentale del concetto di avente diritto economico: si era nel bel mezzo delle turbolenze dovute alla scoperta di gravi irregolarità in seno alla filiale di Chiasso della *Schweizerische Kreditanstalt*, allorché l'Associazione svizzera dei banchieri, nel tentativo, riuscito per anni, di evitare un intervento regolatore statale, promulgò un codice di comportamento, sottoscritto da tutte le banche svizzere, denominato "*Convenzione di diligenza delle banche*"(4), di cui il caposaldo era appunto l'obbligo di identificare l'avente diritto economico, ossia la persona fisica che esercitava il controllo su un determinato avere patrimoniale depositato in banca, sia direttamente, sia tramite un'altra persona fisica oppure, il più delle volte, tramite una società di sede od altra entità giuridica. La strategia inter-

nazionale antiriciclaggio si appropriò abbastanza rapidamente di questa soluzione.

In Svizzera, però, si dovette aspettare fino al 1° agosto 1990, dopo che furono scoperte numerose violazioni dell'obbligo suddetto, per giungere alla codificazione, addirittura nel Codice penale, dell'art. 305ter, per inaugurare la punibilità di qualsiasi intermediario finanziario(5) in caso di mancata identificazione oppure di identificazione insufficiente non solo del cliente che firma il contratto di mandato e di deposito con l'intermediario finanziario, bensì anche dell'avente diritto economico(6). È poi intervenuta una più estesa codificazione anche a livello di diritto amministrativo(7), mentre contemporaneamente si procedeva alla revisione, ogni cinque anni, della suddetta Convenzione di diligenza, per adattarla all'evoluzione del mercato e delle altre norme legali.

Ma i progressi conseguiti riguardo agli obblighi di identificazione dell'avente diritto economico si esplicarono in tutti i loro effetti specialmente da quando entrò in vigore, per tutti gli intermediari finanziari operanti in territorio svizzero, l'obbligo di comunicazione all'Ufficio federale di comunicazione di tutti gli

Note:

(2) Non per nulla, molto più frequentemente la legislazione di questi paesi è entrata nel mirino anche delle organizzazioni internazionali che si preoccupano di garantire l'applicazione di standard minimi della strategia antiriciclaggio e della strategia antievasione fiscale in tutto il mondo, come il GAFI/FATF, agenzia specializzata antiriciclaggio dell'OCSE nonché il Comité des affaires fiscales, sempre dell'OCSE, oppure il Global Financial Forum on Fiscal Transparency e numerose altre entità analoghe.

(3) Family foundation, Familienstiftung, con sede prevalentemente nel Panama o nel Principato del Liechtenstein.

(4) Il tribunale svizzero, pur ribadendo che l'autorità giudiziaria penale non è vincolata da norme di autodisciplina, riconobbe però alla CDB la portata di norme di riferimento per stabilire la misura della diligenza in applicazione dell'art. 305ter CPS (decisione TF 6B_501/2009 del 17 gennaio 2011). Cfr. Brühwiler e Heim, Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 2008, II ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2008.

(5) Si tratta della definizione legale svizzera che comprende, oltre alle banche, tutti coloro che esercitano una professione connessa agli averi patrimoniali di terzi, come le assicurazioni private, le società finanziarie, le fiduciarie, i broker, gli agenti di cambio, i gestori patrimoniali e simili.

(6) Per le definizioni cfr. B. Degrandi, Die Bank zwischen Kontoinhaber und wirtschaftlich Berechtigtem, FS Zobl 2004, Zürich, 233; C. Geiger, Der wirtschaftlich Berechtigte im Sinne der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), Bern 2006; M. Kuster, Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265a des revidierten SchKG, RSJ 1997, 294; S. Matthey, La notion d'ayant droit économique en droit bancaire suisse, in FS Chappuis, Zürich, 1998, 88; P. Nobel, Der wirtschaftlich Berechtigte – Ein unsicheres Konzept, RSDA 1999, 258.

(7) Art. 3 e 4 della Legge federale antiriciclaggio del 10 ottobre 1997 entrata in vigore il 1 aprile 1998.

averi patrimoniali riguardo ai quali fosse sorto fondato sospetto di origine criminosa (art. 9 LRD). Le indagini penali, non soltanto quelle nell'interesse di procedimenti svizzeri ma anche nell'interesse di procedimenti stranieri, avviate per rogatoria, trassero ovviamente grande vantaggio dall'obbligo, che poi venne previsto a carico di tutti gli intermediari finanziari in Svizzera, di documentare le generalità dell'avente diritto economico, allegandovi fotocopia di un documento di identità. Si tratta del cosiddetto formulario A, il cui facsimile è pubblicato come annesso alla suddetta Convenzione di diligenza.

A livello internazionale, il primo importante impulso venne, una volta ancora, dal Comitato di Basilea, istituito dalla Banca dei regolamenti internazionali (BRI) di Basilea che precisò gli obblighi delle banche riguardo all'identificazione dell'avente diritto economico nell'ambito del rapporto intitolato: *Basel Committee on Banking Supervision, Customer due diligence for banks*(8). Nel glossario delle quaranta raccomandazioni del GAFI rivedute nel giugno 2003 la nozione di "beneficial owner" venne definita come segue: "La persona fisica o le persone fisiche che alla fine possiedono o controllano il cliente e/o la persona per il cui conto è stata effettuata la transazione. Ciò comprende in definitiva le persone fisiche che esercitano un controllo effettivo su una persona giuridica o su un'altra costruzione giuridica"(9).

A livello storico è importante rammentare che la prima iniziativa internazionale a questo riguardo avvenne ad opera del Consiglio d'Europa, che aveva emanato la Raccomandazione del 27 giugno 1980, R(80)101, intitolata "Misure contro il trasferimento e l'occultamento dei capitali di origine criminale", promossa specialmente da esponenti del Ministero della giustizia italiano e dalla Banca nazionale svizzera per reagire specialmente all'industria dei rapimenti di persona che pullulava in Italia nel corso degli anni Ottanta. Venne così inasprito l'embrione della fondamentale Convenzione N. 141 del Consiglio d'Europa datata 8 novembre 1990 denominata "Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca di proventi di reato". A Varsavia, il 3 maggio 2005, la Convenzione venne riveduta e migliorata venendo a comprendere, nel suo articolo 13 cifra 2, l'obbligo per tutti gli Stati contraenti di adottare le necessarie misure per identificare i contraenti e, se del caso, gli ultimi beneficiari effettivi ("ultimate beneficial owners")(10).

Ritroviamo questi obblighi e definizioni analoghe

anche nella Direttiva 2005/60/CE, denominata "Terza direttiva antiriciclaggio", dove l'art. 3 paragrafo 6 definisce la nuova figura del "titolare effettivo" (*beneficial owner, bénéficiaire effectif*), come segue:

"la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente e/o la persona fisica per conto delle quali viene realizzata un'operazione o un'attività".

Nel diritto italiano il Decreto legislativo N. 231/2007 del 21 novembre 2007 così definisce il "titolare effettivo":

"la persona fisica per conto della quale è realizzata un'operazione o un'attività ovvero, nel caso di entità giuridica, la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano tale entità, ovvero ne risultano beneficiari secondo i criteri stabiliti nell'art. 2 dell'Allegato tecnico" (cfr. art. 2 lett. u)(11).

Nel frattempo però, uno strumento come quello dell'avente diritto economico, che era stato voluto e codificato dal legislatore come anello mancante della strategia antiriciclaggio, venne viepiù utilizzato, grazie pure alla consulenza dei patrocinatori legali, anche nell'interesse di procedure di altra natura, come quelle civili, per favorire la ricerca di averi patrimoniali appartenenti ad una successione(12), oppure oggetto dello scioglimento del regime matrimoniale in relazione ad un divorzio oppure anche nell'inte-

Note:

(8) Gli istituti finanziari dovrebbero identificare il beneficiario effettivo (beneficial owner) e prendere misure ragionevoli per ottenere sufficienti informazioni sulla sua autentica identità. Per quanto concerne le persone giuridiche e le altre costruzioni giuridiche, gli istituti finanziari dovrebbero in particolare prendere ragionevoli provvedimenti per capire la proprietà e la struttura di controllo del cliente. In inglese: *Identifying the beneficial owner, and taking reasonable measures to verify the identity of the beneficial owner such that the financial institution is satisfied that it knows who the beneficial owner is. For legal persons and arrangements this should include financial institutions taking reasonable measures to understand the ownership and control structure of the custode.*

(9) In inglese: "Beneficial owner" refers to the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the person on whose behalf a transaction is being conducted. It also incorporates those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement.

(10) In inglese: *In that respect, each Party shall adopt, in particular, such legislative and other measures as may be necessary to identify and verify the identity of their costumers and, where applicable, their ultimate beneficial owners, and to conduct ongoing due diligence on the business relationship, while taking into account a risk based approach.*

(11) La formulazione attuale vigente verrà poi introdotta nell'art. 1 comma 1 lett. d) decreto legislativo N. 151/2009 del 25 settembre 2009.

(12) G. Stanislas, *Ayant droit économique et droit civil: le devoir de renseignements de la banque*, SJ 1999 II, 424.

resse di procedimenti di sequestro, in applicazione dell'art. 271 della Legge federale sull'esecuzione per debiti e fallimenti(13).

■ L'avente diritto economico nella strategia anti-evasione

In considerazione del successo che arrise alla strategia antiriciclaggio non potevano mancare le iniziative tendenti ad appropriarsi di questo strumento anche in campo fiscale e specialmente nell'ambito del diritto penale fiscale. Questa visione già venne annunciata testualmente da parte dell'allora direttore della Commissione europea, Jaques Delors, allorché si concluse la sessione costitutiva del GAFI / FATF in occasione del vertice del G7 tenutosi a Parigi il 14 aprile 1989: *“finalement la communauté internationale acquière un instrument pour combattre l'évasion fiscale”*. Bisognerà però attendere fino al maggio 1998 quando il vertice dei Ministri delle finanze del G7 incoraggiò un'azione internazionale finalizzata ad instaurare un collegamento fra la strategia antiriciclaggio e la strategia contro l'evasione fiscale(14). Non fu però il ruolo del diritto fiscale svizzero, sempre molto restio e rispettoso dei diritti dei contribuenti fiscali, specialmente quando ci si avvicina all'obbligo del mantenimento del segreto bancario. Ma fu invece a causa dell'evoluzione nella cooperazione internazionale fra autorità penali e autorità fiscali nell'interesse del perseguimento di infrazioni fiscali gravi, in specie quelle di carattere fraudolento, che specialmente le organizzazioni internazionali, si accorsero dell'enorme vantaggio che avrebbero potuto assicurarsi appropriandosi di questo strumento.

Nei rapporti con la Svizzera, sarà determinante, per favorire questa evoluzione, il comportamento tenuto da numerosi intermediari finanziari svizzeri nell'ambito dell'applicazione dell'Accordo con l'UE ed i relativi Stati membri, riguardo alla fiscalità del risparmio delle persone fisiche, in vigore dal 1° luglio 2005, con il nome correntemente utilizzato di *“Accordo sull'euroritenuta”*(15), che trasformò specialmente le banche svizzere in sostituti d'imposta o agenti pagatori nell'interesse dell'Erario degli Stati membri dell'UE. È ormai storia conosciuta: siccome il diritto europeo prevedeva la tassazione del risparmio esclusivamente a carico delle persone fisiche, ecco che migliaia di contribuenti residenti nell'UE, immediatamente prima e immediatamente dopo l'entrata in vigore dell'Accordo sull'euroritenuta, apriro-

no un conto, magari presso la stessa banca, oppure, più prudentemente, presso una filiale o succursale all'estero della medesima banca, intestato ad una società di sede oppure ad una fondazione di famiglia e, in qualche caso, anche a società di sede conferite ad un trust(16). Si trattò di una boccata d'ossigeno inaspettata per i vari paradisi fiscali come il Principato del Liechtenstein, il Panama, le Cayman Islands, le British Virgin Islands, le Bahamas, il Belize, e simili: furono costituite migliaia di queste entità giuridiche, in modo da permettere al loro avente diritto economico di sottrarre al prelevamento dell'euroritenuta i patrimoni intestati a queste entità giuridiche. La conseguenza si è fatta attendere, nel senso che, nell'attesa dell'entrata in vigore di una versione dell'Accordo sull'euroritenuta che colmasse tutte le scappatoie, la delegazione tedesca e la delegazione britannica che negoziarono con la Svizzera, nel 2011, gli accordi di nuova generazione fondati sul cosiddetto *“Modello Rubik”*(17), si preoccuparono di ottenere una definizione del contribuente fiscale interessato così ampia da contenerci praticamente tutte le forme di avente diritto economico(18).

Ma un altro scontro feroce si era aperto proprio sulla definizione di avente diritto economico e di beneficiario economico con quello che da decenni è l'avversario più risoluto del segreto bancario svizzero nei confronti delle autorità fiscali, ossia l'*Internal Revenue Service* degli USA che, efficacemente spalleggiato dal *Department of Justice*, avviò numerose roga-

Note:

(13) C. Jaques, *La saisie et le séquestre des droits patrimoniaux dont le débiteur est l'ayant droit économique*, in ZZZ/PCEF 2005, 307.

(14) G7 Initiative on harmful tax competition, University of Toronto Library and the G7 Research group at the University of Toronto (consultabile su <http://www.g8.utoronto.ca/summit/1998birmingham/harmfultax.html>).

(15) Si tratta dell'Accordo del 26 ottobre 2004 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva del Consiglio 2003/48/CE in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi (Accordo sulla fiscalità del risparmio, AFisR; RS 0.641.926.81).

(16) Si tratta delle cosiddette Underline Company.

(17) Questi due accordi, firmati nell'autunno 2011 e attualmente ancora in attesa di ratifica, sottoposta alla condizione che vengano considerati compatibili con il diritto europeo, prevedono, essenzialmente, da un lato il prelievo alla fonte di un'imposta liberatoria riguardante le imposte evase in passato e, d'altro lato, il prelievo alla fonte di un'imposta sui redditi futuri.

(18) Cfr. il testo dell'art. 2 lett. h riprodotto negli annessi a questo articolo.

torie indirizzate all'Amministrazione federale svizzera delle contribuzioni in Berna per ottenere informazioni e documenti di carattere bancario riguardanti averi patrimoniali intestati non solamente alla persona di contribuenti statunitensi, bensì anche a entità giuridiche di cui questi ultimi fossero aventi diritto economico oppure beneficiario effettivo. Infatti, anche in questo caso le autorità straniere rimproveravano a determinate banche svizzere l'applicazione dell'Accordo denominato *Qualified Intermediary Agreement*, che, semmai avesse rispettato la lettera dell'Accordo, veniva considerata come elusiva dei suoi scopi.

Proprio durante gli anni di queste iniziative sempre più efficaci da parte delle autorità fiscali e giudiziarie di alcuni paesi leader nella strategia mondiale antievasione fiscale, furono numerosi i contribuenti stranieri a valersi di un ulteriore ennesimo strumento che ritenevano li potesse mettere al riparo dalle indagini delle autorità straniere, ossia il cosiddetto *Insurance Wrapper*. Si tratta di polizze sulla vita che il cliente di una banca costituisce mettendo a disposizione quale premio unico, totalmente o parzialmente, il patrimonio esistente presso una banca in modo che presso quest'ultima figuri come titolare del conto depositario di questo avere patrimoniale, la compagnia di assicurazione con cui ha stipulato la polizza di assicurazione sulla vita e non più il cliente medesimo. L'autorità di vigilanza svizzera sulle banche e sulle compagnie di assicurazioni (Financial Market Authority/FINMA) è però intervenuta ponendo condizioni che limitassero le possibilità di abuso di questo strumento⁽¹⁹⁾.

■ Criteri di terzietà del trust e della fondazione di famiglia

Non è casuale che la giurisprudenza svizzera, sul tema dell'avente diritto economico come sul tema della *fishing expedition* e della proporzionalità, si sia sviluppata specialmente attorno alle domande di assistenza presentate da parte dell'autorità fiscale statunitense (IRS). È questa infatti l'autorità del paese che ha saputo scatenare per prima ed in modo più efficace la "*global war against tax evasion*", che venne dichiarata in occasione del vertice del G20 a Londra, il 2 aprile 2009.

La fermezza, per usare un termine eufemistico, della messa in opera di questa strategia è concretizzata dalle procedure interne ed internazionali avviate dall'IRS e dal *Department of Justice*, dal 2008 in poi,

contro l'UBS e, più recentemente, dalla metà del 2011, contro altre undici banche svizzere, nell'ipotesi accusatoria del concorso con le infrazioni fiscali commesse da propri clienti che fossero anche contribuenti statunitensi. La giurisprudenza federale svizzera in questa materia contiene tutti i principali criteri e riferimenti che sicuramente saranno applicabili, da parte delle medesime autorità giudiziarie, anche esaminando identici problemi che si porranno analogamente nell'applicazione e nell'interpretazione:

- a) del testo riveduto dell'AFisR nonché;
- b) in caso di entrata in vigore, degli accordi ispirati al Modello Rubik nonché, ovviamente;
- c) di tutte le Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione nella versione sia antecedente che successiva alla storica dichiarazione del Consiglio federale del 13 marzo 2009 di adeguamento del diritto svizzero, internazionale e nazionale, ai requisiti minimi dell'OCSE.

Ecco le ragioni che spiegano un fenomeno, a prima vista poco comprensibile: in questo periodo è piuttosto la giurisprudenza delle autorità di diritto amministrativo a prendere posizione su questioni di diritto civile che riguardano la qualifica del trust e delle fondazioni di famiglia ed il loro carattere irrevocabile e discrezionale, e che riguardano la qualità di avente diritto economico rispettivamente di beneficiario economico di queste entità.

Nel caso giudicato nelle sentenze A-6680/2010, A-6756/2010 pronunciate il 27 settembre 2011 dal Tribunale amministrativo federale (TAF), venne esaminata la qualità di avente diritto economico di un contribuente statunitense, il cui nome figurava sul Formulario A allestito dalla banca presso la quale si trovava il deposito al nome di una società costituita nella forma della *Anstalt (Établissement)* secondo il diritto del Liechtenstein. Il TAF ha negato la qualifica di "*beneficially owned*" riguardo al conto aperto presso l'UBS, ritenendo necessario fondarsi su elementi concreti piuttosto che non sulla sola indicazione che figurava sul Formulario A. Quale criterio di fatto decisivo è stato preso in considerazione il potere di decidere in che modo doveva essere amministrato e gestito il patrimonio depositato all'UBS oppure se, in caso affermativo, come questo patrimonio

Nota:

(19) Cfr. Comunicazione FINMA N. 9/2010 datata 27 aprile 2010 e Comunicazione N. 18/2010 della FINMA datata 31 dicembre 2010.

oppure i redditi provenienti dallo stesso dovessero essere utilizzati. La struttura ed il contenuto degli statuti e degli statuti complementari (regolamento, *Stiftungsreglement*; *By-laws*) riguardo ai diritti di disposizione e di controllo sul patrimonio conferito ad una *Anstalt* possono essere presi in considerazione come indizi rispettivamente criteri rilevanti per pronunciarsi riguardo alla qualità di avente diritto economico o di beneficiario economico di un contribuente statunitense. Si applicano per analogia i criteri già stabiliti riguardo alla stessa problematica relativamente ad una fondazione di famiglia sempre con sede nel Liechtenstein: “ai sensi dell’allegato al Trattato del 2010 tra la Svizzera e gli Stati Uniti ...” (libera traduzione dal tedesco del consid. 5.4 a pag. 19 della suddetta sentenza del TAF del 27 settembre 2011).

Anche in questa sentenza⁽²⁰⁾ vengono individuati e tenuti in considerazione determinati indizi per qualificare l’appartenenza o meno alla categoria degli aventi diritto rispettivamente beneficiari economici. Se viene accertata la sussistenza di uno o più degli indicatori seguenti, allora il contribuente viene considerato come avente diritto economico dell’entità intestataria del conto bancario, che pertanto fiscalmente non viene più considerata come un’entità terza:

- a) se il contribuente fiscale è membro del consiglio di amministrazione;
- b) se il contribuente fiscale è titolare di un diritto di firma presso un conto su cui sono depositati fondi della persona giuridica;
- c) se il contribuente fiscale ha potuto oppure può esercitare un influsso riguardo all’importo e alla data della distribuzione di benefici o di redditi;
- d) se, in conformità degli statuti e dei regolamenti interni, la competenza di decidere riguardo all’importo e alla data della distribuzione di utili o di benefici è riservata esclusivamente al consiglio di amministrazione oppure anche a terze persone, fra le quali, direttamente o indirettamente, anche il contribuente fiscale. (consid. 5.4.2);
- e) se il contribuente fiscale ha rispettato “le regole del gioco” del trust o della fondazione di famiglia, ossia, se in altre parole, esercita o meno, indipendentemente dalla legittimazione formale, influenza diretta o indiretta sulle decisioni di investimento rispettivamente riguardo ai prelevamenti. A questo proposito, nella sentenza si considera testualmente quanto segue:

“nella sua precedente giurisprudenza il TAF ha confermato che con riferimento al diritto penale fiscale, ed in particolare alla cooperazione internazionale in materia fiscale, la separazione dogmatica fra la persona giuridica da una parte ed il oppure gli aventi diritto economico, dall’altra parte, di principio deve essere accettata se riconosciuta anche dal punto di vista fiscale, se e quando la sua organizzazione giuridica viene rispettata e se gli atti formali necessari vengono mantenuti” (cfr. consid. 5.4.3 con riferimento alle sentenze del TAF A-6807/2010 e A-6682/2010 del 12 settembre 2011, consid. 5.4.2).

Di conseguenza, anche nel caso in esame ciò ebbe per risultato che se il “gioco dell’Anstalt” nel senso suddetto, viene effettivamente “giocato”, il contribuente coinvolto nella procedura di cooperazione internazionale ai sensi della categoria 2/B/b dell’annesso dell’Accordo 2010 non deve essere considerato come appartenente alla categoria degli aventi diritto economico (beneficial owner) del conto bancario in questione.

Mediante sentenza A-3545/2010 del 17 gennaio 2011 il TAF ha respinto le argomentazioni seguenti:

- a) che il cliente statunitense di UBS aveva effettivamente aperto un conto nominativo cifrato, ma in realtà intendeva aprire un conto intestato ad un trust, ciò da cui alcuni funzionari dell’UBS l’avrebbero dissuaso; Il TAF considerò che il tribunale stesso si renderebbe autore di una falsa costatazione se fondasse i propri considerandi su una situazione di fatto fittizia come quella del trust “virtuale”. (cfr. consid. 3);
- b) che il cliente non aveva capito il contenuto del Formulario A poiché era scritto solamente in tedesco e in francese, essendo però il testo inglese stampato sul retro del formulario (consid. 5.3.);
- c) che la “crocetta” nella casella su un formulario prestampato non sarebbe stata apposta dal cliente medesimo (consid. 5.3.).

In nessun testo di legge svizzero viene definito il concetto di “avente diritto economico” e nemmeno il concetto limitrofo di “beneficiario economico”. Infatti, il legislatore si è limitato a rinviare all’esercizio della diligenza richiesta dalle circostanze, ciò che comporta di tenere in considerazione le norme di *soft law*, ossia le regole contenute nei codici di condotta

Nota:

(20) Sentenza del TAF A-6807/2010 e A-6682/2010 del 12 settembre 2011, consid. 5.4.

comportamentali delle diverse categorie professionali e di intermediari finanziari. La principale, non solo perché riguarda la categoria delle banche, ma anche perché è stata la prima in ordine di tempo, è senz'altro la Convenzione di diligenza, alla quale rinviano esplicitamente sia il Consiglio Federale⁽²¹⁾ nonché la giurisprudenza del Tribunale federale⁽²²⁾. In definitiva, la giurisprudenza federale sottolinea che il modo in cui viene identificato l'avente diritto economico non è così importante, essendo importante invece che l'avente diritto economico venga effettivamente identificato⁽²³⁾.

Secondo la sentenza del Tribunale federale 6B_501/2009 del 17 gennaio 2011, consid. 2.1.1:

“L'oggetto del dovere di diligenza previsto dalla norma è quindi l'identificazione dell'avente diritto economico, ovvero della persona fisica o giuridica che ha di fatto la possibilità di disporre dei valori patrimoniali e dunque colei a cui tali valori appartengono sotto il profilo economico (con rinvio a DTF 6B_726/2009 del 28 maggio 2010 consid. 3.1.1).”

Il Tribunale amministrativo federale ha esaminato in modo dettagliato le esigenze formali di una domanda di assistenza amministrativa che non faccia menzione concreta di nomi (cosiddetta domanda per gruppi, *Gruppenanfrage, demande groupée*) nelle sentenze A-7342/2008 e A-7426/2008 consid. 4 del 5 marzo 2009. La domanda di assistenza presentata dall'IRS il 26 settembre 2011 non menziona alcun nome di persona determinata, ma si riferisce a un numero indeterminato di persone fisiche e che, secondo il diritto americano, sono sottoposte in modo illimitato alla sovranità fiscale della Svizzera e degli Stati Uniti. Queste persone hanno costituito, con il concorso di gestori alla clientela del Credito Svizzero, delle società di domicilio fuori dal territorio degli USA alle quali hanno conferito dei titoli americani, che erano stati depositati a favore di conti aperti al nome di queste società offshore presso il Credito Svizzero. Il TAF ha preliminarmente precisato che:

“Non si possono porre automaticamente le stesse esigenze riguardo all'esistenza di indizi sufficienti per concedere l'assistenza amministrativa nel quadro della CDI-US 96 e per concedere l'assistenza giudiziaria secondo la AIMP. Al contrario, si deve tenere conto del fatto che le possibilità dell'autorità richiedente di inserire elementi di fatto che possano comprovare gli atti commessi sono più grandi nell'ambito di un procedimento o di un'istruttoria penale che non nell'ambito di una procedura d'inchiesta condotta da parte

delle autorità fiscali che possa dar luogo ad una procedura di assistenza internazionale amministrativa.”

Il TAF pervenne alla conclusione che richieste di carattere generale che non possono fondarsi su un sospetto sufficiente nei confronti di conseguenze determinate non sono ammissibili. Affinché una procedura d'indagine possa essere avviata in Svizzera, deve essere allegato un sospetto iniziale determinato relativo all'esistenza di un reato. D'altra parte, non è necessario dimostrare la sussistenza di un sospetto nei confronti di una persona determinata. In conclusione, la concessione dell'assistenza amministrativa secondo la CDI-US 96 non necessita che la domanda di assistenza menzioni il nome delle persone determinate alle quali viene rimproverata una frode fiscale o un reato simile. Infatti, se si ponesse una simile esigenza, ciò significherebbe non poter prendere in considerazione, conformemente a quanto avviene nella procedura penale, la verosimiglianza che un ignoto abbia commesso una frode fiscale. Al contrario, anche nel quadro della concessione di assistenza amministrativa secondo la CDI-US 96, il sospetto dell'esistenza di un simile reato è sufficiente; in altre parole, devono esistere ed essere menzionati nella domanda di assistenza un numero sufficiente di punti di contatto (*points de rattachement*) (consid. 2.c della Decisione dell'AFC datata 11 gennaio 2012 nel caso O.).

Se la menzione di persone concrete sospettate - ossia, seguendo questo ragionamento, l'implicazione di una persona concreta in una procedura concreta all'estero - fosse una condizione richiesta per la concessione dell'assistenza amministrativa, ciò potrebbe

Note:

(21) Cfr. Messaggio del Consiglio Federale del 1989 riguardante la modifica del Codice penale svizzero e la nuova legge sul riciclaggio del 12 giugno 1989, FF 1989 II 989.

(22) DTF 125 IV 139 consid. 3.; 129 IV 329 consid. 2.; STF 6B_726/2009 del 28 maggio 2010.

(23) STF 6B_726/2009 del 28 maggio 2010, consid. 3.1. (pubblicata parzialmente in DTF 136 IV 127), dove si esamina il comportamento di un intermediario finanziario in Svizzera, peraltro condannato per appropriazione indebita di averi patrimoniali di clienti, che aveva compilato falsamente il Formulario A. Nella sentenza si tiene conto del fatto che l'intermediario finanziario doveva avere identificato l'avente diritto economico, dal momento che aveva ricevuto personalmente i clienti presso la banca, dove avevano aperto i conti. Poiché però l'istanza giudiziaria inferiore non aveva proceduto ad accertare se l'intermediario finanziario avesse raccolto la documentazione necessaria per l'identificazione dei suoi clienti e per soddisfare, in un termine ragionevole e sulla base dei documenti, un'eventuale domanda di informazioni presentata da parte di un'autorità, il Tribunale federale rinviò la causa all'istanza inferiore affinché giudicasse nuovamente, dopo aver effettuato tale verifica.

suggerire una confusione tra il sospetto riguardante un reato e il sospetto riguardante la persona che l'ha commesso. Pertanto, costituisce condizione sufficiente per la concessione dell'assistenza amministrativa la circostanza che esista un sospetto iniziale sufficiente riguardo ad un reato. Nella misura in cui la domanda di assistenza amministrativa soddisfa tutte le altre condizioni richieste, la semplice assenza di dati riguardanti il nome delle persone non simula la richiesta straniera della domanda di informazioni non autorizzate. Anche in assenza di dati concernenti i nomi di persone, una simile domanda può manifestamente perseguire l'obiettivo di prevenire delle frodi fiscali o dei reati simili o di combattere rispettivamente sanzionare quelli già commessi.

L'interposizione di una società di sede (*shell company, société-écran, Briefkastengesellschaft*) in relazione con la dichiarazione secondo cui la stessa dispone del diritto di godimento su valori patrimoniali gestiti in realtà direttamente da parte di contribuenti americani che ne sono gli aventi diritto economico, deve essere qualificata come inganno astuto ai sensi dell'art. 14 cpv. 2 DPA e conseguentemente fraudolenta ai sensi dell'art. 26 cpv. 1 CDI-US 96. Già nel caso giudicato mediante sentenza 2A.608/2005 del 10 agosto 2006, una società di sede era stata interposta allo scopo di ingannare le autorità fiscali americane. In quel caso si trattava di interessi ipotecari debitori che erano stati pagati alla società interposta solamente in modo formale poiché in realtà dovevano essere imputati economicamente alle persone che si nascondevano dietro questa società. Non c'è alcuna differenza tra il fatto di dedurre degli oneri finanziari e quello di dissimulare degli elementi di reddito, interponendo una società di sede offshore e ricorrendo a manovre ingannevoli.

■ Avente diritto economico e beneficiario economico

In questa materia ci si deve anzitutto districare nella terminologia, dal momento che in diritto svizzero il termine di avente diritto economico (*wirtschaftlich Berechtigter, ayant droit économique*), che sarebbe l'equivalente del termine di "titolare effettivo" utilizzato nella legislazione e prassi italiana⁽²⁴⁾ nonché nella legislazione antiriciclaggio, viene però tradotto in inglese con il termine di "beneficial owner".

Se questa sovrapposizione può essere ammissibile in quelle norme di diritto penale e di diritto ammini-

strativo che sono finalizzate all'identificazione della persona fisica che ha utilizzato determinate entità giuridiche al solo scopo di occultare determinati cespiti patrimoniali, così non è in diritto fiscale, dove invece l'oggetto di interesse è il cespite sottoposto ad imponibilità fiscale.

Sempre più spesso, in questi ultimi anni, l'organizzazione internazionale di riferimento è l'OCSE, ed in particolare il *Comité des affaires fiscales*, costantemente impegnato nell'aggiornamento del modello OCSE di convenzione contro la doppia imposizione. Ecco che nel *Discussion draft*⁽²⁵⁾ datato 29 aprile 2011 si propone la revisione degli artt. 10, 11 e 12 nella nuova definizione seguente:

(...) *The recipient of a dividend is the beneficial owner of that dividend where he has the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass the payment received to another person (...).*

Altrettanti validi sforzi vengono compiuti da parte della Commissione Europea nell'ambito della proposta di modifica della Direttiva europea sulla fiscalità del risparmio⁽²⁶⁾.

Pertanto, per rimanere al trust e alla fondazione di famiglia, mentre per l'autorità penale e amministrativa interessa in particolare la persona che ha messo a disposizione il patrimonio conferito al trust oppure alla fondazione di famiglia, ossia il fondatore o *settlor*, all'autorità fiscale può interessare sia l'identità di questa persona, ma anche l'identità delle persone che sono state designate come beneficiario del trust o della fondazione di famiglia.

Note:

(24) G. Marino, Titolare effettivo e possessori di reddito: sovrapposizioni, innesti e (probabili) mutazioni genetiche, in: *Rassegna tributaria* 2011, pag. 183. Avolio e Santacroce, Il beneficiario effettivo nella giurisprudenza nazionale e internazionale, in: *Corriere tributario* 2010, pag. 429.

(25) OCDE clarification of the meaning of beneficial owner in the OECD model tax convention, discussion draft, 29 aprile 2011-15 luglio 2011. Danon, Clarification de la notion de bénéficiaire effectif - Remarques sur le projet de modification du commentaire OCDE d'avril 2011, in: *RF* 7-8/2011, pag. 587.

(26) F. Morris, The EU saving tax directive amendments. The revised EU savings tax directive made simple, aprile 2011 (in: <http://www.the-best-of-both-worlds.com/support-files/eusd-amendment-guideline.pdf>); Consiglio Ecofin, Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2003/48/CE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts (in: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st06/st06946.fr11.pdf>); Commissione europea, Révision de la Directive sur la fiscalité de l'épargne (in: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/personal_tax/savings_tax/savings_directive_review/index_fr.htm).

Un elemento comune è comunque però quello secondo cui rispetto alla realtà giuridica prevale la realtà economica, secondo il principio *substance over form*(27).

È molto significativo rammentare la presa di posizione dell'Amministrazione federale delle contribuzioni, secondo cui, perlomeno nella prassi, le espressioni di "avente economicamente diritto" secondo la legislazione antiriciclaggio e di beneficiario effettivo ai sensi del AFisR devono essere considerate come identiche(28).

■ Prospettive

Non solamente i mercati sono sottoposti alla volatilità. Anzi, forse in gran parte proprio a causa della volatilità dei mercati finanziari, il diritto internazionale in materia fiscale ma anche quello nazionale sta vivendo un'epoca di "volatilità normativa". Anche in un settore specifico come quello della terzietà del trust e della fondazione di famiglia, poiché connesso alla definizione di avente diritto economico e di beneficiario effettivo, norme e prassi sono ancora in evoluzione. Basti pensare agli studi in corso per la revisione dell'Accordo sulla fiscalità del risparmio delle persone fisiche a livello UE, del *Qualified Intermediary Agreement* a livello USA e della Convenzione di diligenza delle banche, in Svizzera, che costituisce lo standard minimo in materia di identificazione delle persone detentrici economicamente di averi patrimoniali presso intermediari finanziari svizzeri. Un po' emblematicamente si può rammentare che il documento cardine di questa evoluzione nel diritto e nella prassi svizzera, ossia il Formulario A, si è visto accompagnato dal Formulario B(29), dal Formulario T(30), dal Formulario I(31) e, prossimamente, dal Formulario F(32).

ALLEGATO 1

Sentenze del TAF A-7976/2010 e segg. pronunciate il 20 ottobre 2011 riguardo ad una decisione dell'Amministrazione federale delle contribuzioni in esecuzione di domande di assistenza presentata dall'IRS
(Libera traduzione dal tedesco dei consid. 6.2.1. e 6.2.2., pag. 19 e segg.)

6.2.1. Il TAF ha pronunciato in data 10 gennaio 2011 una sentenza pilota (A-6053/2010, pubblicata

parzialmente in TAF 2011/6) nella quale si è espresso fra l'altro riguardo al concetto di beneficiario economico ("*beneficially owned*", "*wirtschaftlich Berechtigte*"). Si è fondato sul criterio principale delle "facoltà decisionali" (*Entscheidungsbefugnisse*) riguardanti il concetto di "*beneficial owner*" della Convenzione di doppia imposizione tra la Svizzera e gli USA del 1996 rispettivamente della Convenzione modello dell'OCSE. In conformità di questo criterio, è decisivo ai sensi dell'Accordo CH-USA 2010 per una possibile qualità di avente diritto economico (*beneficially owned*) su un conto intestato ad una società offshore (nell'originale tedesco "*offshore company account*") in che misura il contribuente statunitense (*US Person*) possa controllare economicamente e, di conseguenza, disporre al di là del quadro formale sui valori patrimoniali che si trovano depositati a favore di un conto presso UBS intestato ad una offshore company (TAF 2011/6 consid. 7.3.2.).

Corrispondentemente si deve presupporre che

Note:

(27) Si tratta tra l'altro di un principio non ignoto nel diritto e nella prassi svizzera, allorché si tratta di individuare la persona che effettivamente acquista un bene o un diritto immobiliare situato in Svizzera, allo scopo di verificare la corretta applicazione della legislazione che sottopone ad autorizzazione l'acquisto di beni e diritti immobiliari in Svizzera da parte di cittadini residenti all'estero. Altrettanto dicasi per le norme intese a verificare l'identità effettiva di chi controlla oppure esercita un'influenza determinante su una società quotata in borsa oppure su un'entità sottoposta alla vigilanza della FINMA, come per esempio una banca oppure un commerciante di valori immobiliari.

(28) Istruzioni concernenti la fiscalità del risparmio dell'UE, cifra 57.

(29) Si trattava del Formulario introdotto nella versione del 1. luglio 1977 della CDB, che veniva utilizzato dagli avvocati, notai ed altri fiduciari tenuti al segreto professionale, i quali potevano in tal modo evitare di comunicare alle banche e agli altri intermediari finanziari il nome del proprio cliente. Vennero però scoperti così tanti abusi, e specialmente pacchi di Formulario B già firmati in bianco presso le banche, che nel 1992, questo Formulario venne abolito. Cfr. circolare dell'allora Commissione federale delle banche N. 91/1 del 25 aprile 1991 sull'identificazione dell'avente diritto economico / divieto dei formulari B della CDB.

(30) Si tratta del Formulario introdotto per permettere alle banche di risolvere il problema dell'identificazione delle persone collegate ad un trust e ciò in base all'art. 4 cifra 43 CDB (cfr. Allegato 6).

(31) Si tratta del Formulario nel quale viene documentata l'identità della cliente di banca che ha sottoscritto una polizza di assicurazione sulla vita secondo la modalità dell'*insurance wrapper*.

(32) Si tratta del Formulario già introdotto da qualche banca e sottoscritto dai clienti che sono contribuenti esteri, i quali attestano, nella formula dell'autocertificazione, che i loro averi patrimoniali depositati presso una determinata banca sono stati dichiarati o saranno dichiarati alle autorità fiscali nazionali in ossequio alle relative norme legali. Questa iniziativa costituisce un tassello della cosiddetta *Weissgeldstrategie* del Consiglio federale svizzero specificata nell'ambito della decisione adottata il 22 febbraio 2012.

sussista la qualità di avente diritto economico, quando il contribuente statunitense (*US Person*) in questione abbia la facoltà decisionale riguardo al modo in cui il patrimonio depositato a favore di un contro presso UBS venga gestito e/o, se in caso affermativo, in quale modo questo patrimonio oppure i redditi generati da quest'ultimo possano essere utilizzati.

Si deve giudicare nel caso concreto su base esclusivamente fattuale se nel periodo rilevante, fra il 2001 e il 2008, effettivamente ed in quale misura, sia apparso (*vorgelegt?*) il potere di disposizione economica e il controllo sul patrimonio esistente a favore del conto presso UBS e sui redditi generati da quest'ultimo. In particolare, i criteri rispettivamente gli indizi che si devono prendere in considerazione dipendono anche da quale sia stata la forma giuridica scelta per la "*offshore company*".

Non si deve approfondire l'argomentazione della parte ricorrente secondo cui il termine "*beneficial owner*" dovrebbe essere tradotto come "legittimato al beneficio" ("*Nutzungsberechtigter*" nella versione originale in tedesco) e non con il termine "avente diritto economico" ("*wirtschaftlich Berechtigter*" nella versione originale in tedesco). Come si è visto, anche il TAF parte dal presupposto che il "*beneficial owner*" possa disporre effettivamente sui valori depositati presso il conto in esame. Non è rilevante se il termine tedesco "*Nutzungsberechtigter*" sia più adeguato o meno.

6.2.2. Il TAF ha più volte già giudicato che nel caso di una fondazione di famiglia del diritto del Liechtenstein i seguenti indizi/criteri possano essere indicativi riguardo al potere di disposizione economico e al controllo risp. riguardo alla qualità di avente diritto economico del contribuente statunitense ("*US person*" nella versione originale in tedesco), con la precisazione che questo elenco non è esaustivo:

a) Sussiste un contratto di mandato fra il contribuente ("*US person*" nella versione originale in tedesco) e il consiglio di fondazione della fondazione di famiglia.

b) Il contribuente ("*US person*" nella versione originale in tedesco) ha facoltà di modificare in qualsiasi tempo gli statuti della fondazione.

c) Il contribuente ("*US person*" nella versione originale in tedesco) viene indicato nell'ambito di un regolamento (*Beistatut*, *By-Laws*) come unico beneficiario vita natural durante, essendo già determinata una regola di successione in caso di suo decesso.

d) Il contribuente ("*US person*" nella versione ori-

ginale in tedesco) è previsto negli statuti della fondazione come l'ultima persona beneficiaria.

e) Sussiste identità di persone fra il contribuente ("*US person*" nella versione originale in tedesco) e il Consiglio di Fondazione nonché la persona beneficiaria.

f) Il contribuente ("*US person*" nella versione originale in tedesco) dispone di un diritto di firma sul contro bancario intestato alla Fondazione di famiglia(33).

In altre parole, il contribuente ("*US person*") può essere considerato nella qualità di beneficiario di una "*offshore company*" e quindi come avente diritto economico di un conto presso UBS quando questo stesso contribuente ("*US person*") può esercitare egli stesso un influsso determinante riguardo al momento e all'importo delle attribuzioni, essendo intese le attribuzioni patrimoniali da parte della fondazione. Anche in questo caso si deve accertare giudicando su base esclusivamente fattuale se il controllo economico e il potere di disporre economico del patrimonio depositato presso un "*offshore company account*" e sui redditi dallo stesso generati siano stati dimostrati (TAF 2011/6 consid. 7.3.3).

Il TAF non si è ancora dovuto chinare sulla questione del carattere dell'avente diritto economico di una fondazione costituita secondo il diritto di un determinato paese (che non viene reso leggibile nella sentenza, ndr.). Ciò malgrado, i criteri e considerandi appena menzionati possono però essere applicati anche ad una fondazione del diritto di questo paese (cfr. anche il Memorandum allestito da uno Studio d'avvocatura americano prodotto all'AFC in cui si stabilisce che le norme riguardanti le fondazioni di quel paese sono simili a quelle vigenti nel Principato del Liechtenstein).

ALLEGATO 2

OFFSHORE COMPANIES

Sentenza del TAF A-7976/2010 e segg. pronunciate il 20 ottobre 2011

(Libera traduzione dalla versione originale in tedesco dei consid. 6.1.1 e 6.1.2., pag. 16-18)

Nota:

(33) Su questa tematica cfr. Maja Bauer-Balmelli/Nils Olaf Harbeke, Die Liechtensteinische Stiftung im Schweizer Steuerrecht, zsis 2009, Monatsflash 5/2009, Ziff. 6.; Rainer Hepberger/Wolfgang Maute, Die Besteuerung der liechtensteinischen Familienstiftung aus Sicht der Schweiz, Steuerrevue 2004, p. 592 ss.

6.1.1. I criteri riguardanti i cosiddetti “*offshore company accounts*” nell’Allegato all’Accordo CH-USA 2010 devono servire allo scopo di comprendervi anche quei contribuenti statunitensi che hanno fatto aprire conti a nome di società offshore, allo scopo di eludere gli obblighi fiscali di dichiarazione nei confronti degli USA. Da questo punto di vista, sotto il concetto di “*offshore company accounts*” si devono comprendere quei conti bancari di entità societarie nel senso lato del termine, ossia anche forme societarie offshore che secondo il diritto societario e/o fiscale svizzero o americano non sono riconosciute come un soggetto fiscale proprio. Queste entità o stabilimenti giuridici devono essere almeno adatti ed in grado di intrattenere una relazione d'affari stabile con un'istituzione finanziaria, come per esempio una banca, rispettivamente di mantenere la proprietà (“*Eigentum zu halten*”, nella versione originale in tedesco) sui beni depositati su questo conto. Come “*company*” devono pertanto essere considerate anche le fondazioni e i trust costituiti secondo il diritto estero, dal momento che anche queste entità giuridiche sono in grado di “*Eigentum zu halten*” e di intrattenere una relazione di clientela con una banca (TAF 2011/6 consid. 7.2.1; fra molti, ultimamente cfr. la sentenza del TAF A 7018/2010 del 22 agosto 2011 consid. 3.3). Il TAF ha pertanto qualificato come “*offshore company account*” anche un conto aperto presso UBS a nome di una *Foundation* (con sede nel Principato del Liechtenstein) in conformità dell’Annesso del Trattato 2010 (TAF 2011/6 consid. 7.2.2; Sentenza del TAF A 5974/2010 del 14 febbraio 2011 consid. 3) come pure quello aperto a nome di una Anstalt secondo il diritto del Principato del Liechtenstein (Sentenza del TAF A 6680/2010 e A 6756/2010 del 27 settembre 2011 consid. 4.2 congiuntamente al consid. 4.4).

(Nel caso concreto, la sentenza ha dovuto giudicare riguardo alla qualità di una Fondazione costituita in un paese non specificato nel testo, ma che sembrerebbe essere le British Virgin Islands, ndr.).

Questa fondazione manifestamente è in grado di concludere contratti, di intrattenere una relazione di clientela con istituzioni finanziarie e di “*Eigentum halten*” (come risulta dalla lista delle relazioni bancarie nonché dal Formulario T allegato al ricorso). Inoltre, gli stessi ricorrenti dichiarano che la fondazione avrebbe dovuto essere menzionata come avente diritto economico di tutti i conti. Pertanto questa fondazione soddisfa tutti criteri sviluppati dal TAF

per le “*companies*” ai sensi dell’Accordo USA-CH del 2010.

6.1.2. La precisazione “*offshore*” nella circonlocuzione “*offshore company account*” sta a significare che la società è domiciliata in uno Stato e che è stata costituita secondo le leggi di uno Stato, nel quale il controllo statale (la rispettiva regolamentazione) è debole oppure nel quale la società in questione profitta di un’imponibilità fiscale ridotta o addirittura non è sottoposta ad un’imposizione fiscale. Inoltre di regola la società cosiddetta “*offshore*” non svolge del tutto o comunque in modo principale la propria attività nel territorio dello Stato nel quale ha la propria sede ufficiale(34).

Il paese nel quale venne costituita la fondazione in esame nella sentenza in questione (paese che non viene precisato nella sentenza, dalla lettura del testo, sembrerebbe corrispondere alle British Virgin Islands, ndr.) nell’anno 2000 è stato qualificato da parte dell’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) come paradiso fiscale(35). Nell’anno 2004 venne constatato che questo paese si era sottoposto ai principi per un efficace scambio di informazioni e trasparenza(36). Ciò però non muta niente al fatto che questo paese, perlomeno durante una parte del periodo rilevante per l’Accordo USA-CH del 2010, era considerato come una classi ca destinazione offshore. Inoltre - e ciò è comunque rilevante in definitiva (TAF 2011/6 consid. 7.2.1) - ovviamente devono essere considerate come situate al di fuori sia dal territorio degli USA che dal territorio della Svizzera.

ALLEGATO 3

Accord entre la Confédération suisse et la République fédérale d’Allemagne concernant la coopération en matière de fiscalité et de marchés financiers

Note:

(34) Cfr. sentenze del TAF A 7017/2010 del 16 giugno 2011 consid. 4.2.1.2; A 7242/2010 del 10 giugno 2011 consid. 7.2.1.2; cfr. Max Boemle/Max Gsell/ Jean-Paul Jetzer/Paul Nyffeler/Christian Thalmann, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, p. 809 seg.

(35) OECD: Towards Global Tax Co-operation, Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs, Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices, <http://www.oecd.org/dataoecd/9/61/2090192.pdf>, consultato l’ultima volta il 20 ottobre 2011.

(36) The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report; <http://www.oecd.org/dataoecd/60/33/30901115.pdf>, consultato l’ultima volta il 20 ottobre 2011.

Art. 2 Définitions

h) l'expression «personne concernée» désigne une personne physique résidant en République fédérale d'Allemagne, qui, en tant que partenaire contractuel d'un agent payeur suisse, est titulaire d'un compte ou d'un dépôt ainsi que le bénéficiaire effectif des avoirs correspondants; ou qui, selon les constatations faites par un agent payeur suisse conformément aux obligations de diligence suisses en vigueur et compte tenu de toutes les circonstances connues, est considérée comme le bénéficiaire effectif des avoirs qui sont détenus par:

- une société de domicile (notamment personnes morales, sociétés, établissements, fondations, trusts, entreprises fiduciaires et constructions semblables, qui n'exercent pas d'activité de commerce ou de fabrication ou une autre activité exploitée en la forme commerciale); ou
- une société d'assurance-vie, en relation avec un manteau d'assurance-vie; ou
- une autre personne physique par le biais d'un compte ou d'un dépôt auprès d'un agent payeur suisse.

Une société de domicile est exceptionnellement considérée comme bénéficiaire effectif si la preuve est apportée qu'elle est elle-même effectivement imposée selon le droit du lieu de sa constitution ou de sa direction effective, ou qu'elle est considérée, selon le droit allemand, comme non transparente en matière de revenus.

Une personne physique résidant en République fédérale d'Allemagne n'est pas considérée comme une personne concernée pour les avoirs de groupements de personnes, de patrimoines, de trusts ou de fondations, si le bénéficiaire effectif de ces avoirs ne peut pas être établi de manière définitive.

Le bénéficiaire effectif d'un manteau d'assurance-vie n'est pas considéré comme une personne concernée si la société d'assurance démontre à l'agent payeur suisse que les conditions fiscales requises en République fédérale d'Allemagne pour la reconnaissance des polices d'assurance-vie sont remplies.

Aux fins de la partie 3 du présent accord, une personne physique n'est pas considérée comme une personne concernée si:

- elle agit en tant qu'agent payeur suisse; ou
- elle agit pour le compte d'une personne morale, d'un fonds d'investissement ou d'un système d'investissement comparable; ou
- elle agit pour le compte d'une autre personne

physique, qui est la personne concernée, et dont elle communique l'identité et la résidence à l'agent payeur.

Lorsqu'un agent payeur suisse dispose d'informations suggérant que la personne physique qui reçoit les revenus selon l'art. 18, par. 1 ou à laquelle ces revenus sont attribués peut ne pas être la personne concernée, il doit prendre des mesures raisonnables pour établir l'identité de la personne concernée. Si l'agent payeur suisse n'est pas en mesure d'identifier la personne concernée, il considère la personne physique en question comme la personne concernée.

Dans les cas de succession universelle, le successeur subroge la personne concernée.

Dès lors qu'au moins un des bénéficiaires effectifs d'une relation collective ou d'un compte-joint est une personne concernée, les avoirs doivent lui être attribués. Cette règle ne s'applique pas si l'agent payeur suisse peut déterminer tous les bénéficiaires effectifs. Dans ce cas, il convient de répartir les avoirs en fonction du nombre de cocontractants («par tête») et d'établir le décompte en conséquence, à moins que l'agent payeur suisse n'ait été informé, documents à l'appui, d'une autre clé de répartition. Dès lors qu'au moins un des associés dans une société de personnes est une personne concernée, les dispositions du présent paragraphe concernant la relation collective et le compte-joint s'appliquent par analogie.

ALLEGATO 4

Agreement between the Swiss Confederation and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on cooperation in the area of taxation

Art. 2 Definitions

h) "relevant person" means any individual resident in the United Kingdom, who:

as a contractual partner of a Swiss paying agent, is the account holder or de-posi holder and beneficial owner of assets; or

is, in accordance with the conclusions of a Swiss paying agent drawn in line with the prevailing Swiss due diligence obligations and taking into consideration all the circumstances known to it, the beneficial owner of assets held by:

- a domiciliary company (i.e. legal entities, companies, institutions, foundations, trusts, fiduciary

companies and other establishments not exercising a trading or manufacturing activity or another form of commercial operations); or

- an insurance company in an insurance wrapper; or

or

- another individual by means of an account or a deposit with a Swiss paying agent.

A domiciliary company in the aforementioned sense is considered to be the beneficial owner in exceptional cases if proof is provided that it is itself subject to effective taxation under the general rules for direct taxation applicable under the law of its place of establishment or its place of effective management, or that it is treated as non-transparent with reference to its income under United Kingdom law.

An individual resident in the United Kingdom is not considered to be a relevant person with regard to assets of associations of persons, asset structures, trusts or foundations, if it is not possible to ascertain the beneficial ownership of such assets, e.g. due to the discretionary nature of the arrangement.

The beneficial owner of an insurance wrapper is not considered a relevant person, where the insurance company confirms to the Swiss paying agent that it will deliver the appropriate certification to the competent authority of the United Kingdom.

For the purposes of Part 3, an individual is not considered a relevant person, if he or she:

- acts as a Swiss paying agent; or
- acts on behalf of a legal entity, an investment fund or a comparable investment scheme; or
- acts on behalf of a relevant person who discloses to the Swiss paying agent his or her identity and State or jurisdiction of residence.

Where a Swiss paying agent has information suggesting that the individual who receives a payment of income or gains in accordance with Article 19 paragraphs 1 and 2 or for whom such a payment is secured is not the relevant person, that agent shall take reasonable steps to establish the identity of the relevant person. If the Swiss paying agent is unable to identify the relevant person, that agent shall treat the individual in question as the relevant person.

If a relevant person holds an interest in a collective or joint account or deposit, the entire assets are to be attributed to the relevant person, unless the Swiss paying agent can determine all the persons holding an interest in such an account or deposit. In this case, the Swiss paying agent shall allocate assets according to the number of contractual partners, un-

less the Swiss paying agent has been informed of, and has received appropriate documentation regarding, a different allocation. If a relevant person holds an interest in a partnership, the rules for collective or joint accounts and deposits in this subparagraph apply accordingly.

ALLEGATO 5

SOCIETÀ DI SEDE

Definizione secondo il diritto svizzero

Estratto riguardante le cifre 102-109 della Circolare 2011/1 della FINMA

(attività di intermediazione finanziaria ai sensi della LRD. Spiegazioni relative all'Ordinanza concernente l'esercizio a titolo professionale dell'attività di intermediazione finanziaria)

“Sono considerate società di sede le persone giuridiche, le società, gli istituti, le fondazioni, i trust, le società fiduciarie e le formazioni analoghe che non esercitano attività commerciali o di fabbricazione o altre attività gestite secondo criteri commerciali (art. 6 cpv. 2 OAIF). Si tratta generalmente di veicoli finanziari che servono a gestire il patrimonio dell'avente economicamente diritto nella società o nell'entità patrimoniale. 102

Occorre al riguardo distinguere le società di sede dalle società operative che esercitano un'attività commerciale, produttiva o di fornitura di servizi o un'altra attività gestita secondo criteri commerciali. Questa distinzione va accertata caso per caso. Alcuni indizi consentono poi di chiarire se lo scopo principale di una società è la gestione del patrimonio dell'avente economicamente diritto e dunque il conseguimento di profitti o utili in capitale, oppure se si tratta di un'attività imprenditoriale propriamente detta. Questi indizi si ricavano principalmente dal bilancio e dal conto economico. Se ad esempio un portafoglio di titoli o un altro valore patrimoniale costituisce la voce di bilancio preponderante di una società, e se parallelamente nel conto economico emergono in prevalenza i profitti o gli utili in capitale conseguiti con i valori patrimoniali iscritti a bilancio, è fortemente probabile che la società in questione sia una società di sede. In presenza di indizi attestanti l'esistenza sia di una società operativa sia di una società di sede, occorre individuare nel contesto globale l'indizio o gli indizi predominanti indicanti lo scopo principale della società. 103

Le società operative sono ad ogni modo soggette alla LRD se esercitano un'attività di inter-mediazione finanziaria ai sensi dell'articolo 2 capoverso 3 LRD. 104

Sono di regola considerate società di sede:

- le società e le unità patrimoniali organizzate che detengono il patrimonio del loro avente economicamente diritto; 105

- i trust: è assoggettato alla LRD il trustee che gestisce trust in o dalla Svizzera, indipendentemente da dove si trovi il patrimonio del trust e dall'ordinamento giuridico sotto il cui regime è stato costituito il trust. Il protector è considerato intermediario finanziario o meno in base ai poteri conferitigli. Non vi è assoggettamento se egli ha unicamente la facoltà di sostituire il trustee o di esercitare il diritto di veto per opporsi alle decisioni di investimento o distribuzione degli utili prese dal trustee. 106

Non sono di regola considerate società di sede:

- le persone giuridiche e le società il cui scopo è tutelare, mediante un'azione comune, gli interessi dei loro soci o beneficiari o che perseguono obiettivi politici, religiosi, scientifici, artistici, di utilità pubblica, sociali o simili, a condizione che si attengano rigorosamente agli scopi definiti nei loro statuti. Ciò vale anche per le fondazioni di famiglia ai sensi del diritto svizzero, entro i limiti fissati dalla legge (art. 335 del Codice civile svizzero [CC; RS 210]) e dal Tribunale federale (DTF 108 II 393); 107

- le società, gli istituti, le fondazioni, i trust e le società fiduciarie che detengono partecipazioni maggioritarie in una o più società, per accorparle sotto un'unica direzione mediante maggioranza di voti o in altra maniera (società holding). La holding deve però esercitare effettivamente i suoi poteri di direzione e di controllo. Per contro, se le filiali della holding sono qualificabili come società di sede, i loro organi sono considerati intermediari finanziari e quindi assoggettati alla LRD; 108

- le società operative in fase di liquidazione." 109

ALLEGATO 6

BENEFICIARIO ECONOMICO (ADE / BO) DEL TRUST

Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (CDB 03)

Cifra 43

Per le associazioni di persone o per le entità patrimoniali dove non esiste un avente diritto economico determinato (per es. i discretionary Trusts), al posto della determinazione dell'avente diritto economico da parte del contraente, si deve esigere una dichiarazione scritta che attesti questo stato di cose. La dichiarazione deve inoltre contenere indicazioni sui fondatori effettivi (e non quelli a titolo fiduciario) e, qualora fossero determinate, sulle persone abilitate a dare istruzioni al contraente o ai suoi organi, come pure sulla cerchia di persone che possono entrare in linea di conto quali beneficiarie (per categoria, ad es. «membri della famiglia del fondatore»). Se esistono dei curatori, protettori, ecc., essi devono ugualmente figurare nella dichiarazione.

Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (CDB 08)

Cifra 43

1) Nel caso delle associazioni di persone o delle entità patrimoniali e delle fondazioni per cui non esiste un avente diritto economico determinato (ad es. i discretionary trust), in luogo della determinazione dell'avente diritto economico da parte del contraente è necessario esigere una dichiarazione scritta che attesti questo stato di cose. La dichiarazione deve inoltre contenere indicazioni sui fondatori effettivi (e non quelli a titolo fiduciario) e, qualora fossero determinate, sulle persone abilitate a dare istruzioni al contraente o ai suoi organi, come pure sulla cerchia di persone che possono entrare in linea di conto quali beneficiarie (per categoria, ad es. "membri della famiglia del fondatore"). Se esistono dei curatori, protettori ecc., essi devono ugualmente figurare nella dichiarazione.

2) Per questa dichiarazione è possibile utilizzare il formulario T, allegato alla presente convenzione di diligenza. Le banche hanno la facoltà di redigere propri formulari che soddisfino i loro particolari bisogni. Tali formulari devono presentare un contenuto equivalente al modello.

Nota:

Le frasi in grassetto vennero introdotte dalla revisione CDB 08 in vigore dal 1.07.2008.

Nota Bene: tenere presente le diversità di soluzione a seconda che si tratti o meno di un trust discrezionale