

PAOLO BERNASCONI
6900 LUGANO
Email: paolo.bernasconi@pblaw.ch

6900 Lugano, 20 febbraio 2009

**COMUNICATO 18.02.2009 DELLA FINMA
RIGUARDO ALL'ACCORDO FRA L'UBS E GLI USA ***

COMMENTO PRELIMINARE SOMMARIO

1. La FINMA si è trovata confrontata ad un avvenimento di portata straordinaria, ossia
 - a) un procedimento penale emblematico condotto da parte del Dipartimento di Giustizia USA contro UBS, la principale banca svizzera, che poteva concludersi con una multa colossale a carico di UBS;
 - b) il rischio di rappresaglie da parte delle Autorità americane nei confronti di UBS, come per esempio la revoca della qualità di *Qualified Intermediary* nei confronti di UBS, ciò che avrebbe comportato l'esclusione di UBS dal mercato americano e dalla borsa americana;
 - c) il rischio di vedersi imporre da parte degli USA un trattato di assistenza e di cooperazione in materia fiscale, del genere di quello che è stato firmato nel dicembre 2008 da parte del Liechtenstein, che prevede lo scambio di informazioni a favore delle autorità USA già soltanto per l'accertamento fiscale oltre che per procedure riguardanti la frode e la semplice sottrazione fiscale.

* Il testo dell'accordo datato 18.02.2009 è consultabile online <http://www.usdoj.gov/tax/txdv09136.htm>.

2. Trovandosi confrontata ad un avvenimento di carattere straordinario e dalle conseguenze straordinarie per l'intera piazza bancaria svizzera, la FINMA è stata costretta a scegliere un provvedimento di carattere straordinario.
3. Di conseguenza, non si può assolutamente parlare di fine o di tramonto del segreto bancario. Qualsiasi autorità politica o amministrativa, non solo in Svizzera ma anche in altri paesi, quando è confrontata ad avvenimenti di carattere straordinario, adotta provvedimenti di carattere straordinario. Ciò è previsto dal principio di proporzionalità sancito dalla Costituzione federale svizzera.
4. Nel suo comunicato, la FINMA dichiara di avere agito in applicazione degli artt. 25 e 26 della Legge Federale sulle Banche, che si trovano nel capitolo XI della Legge medesima, intitolato „*Misure in caso di rischio di insolvenza*“. Il riferimento al rischio di insolvenza di UBS è pertanto manifesto. E' evidente quindi che la FINMA di fronte ad un avvenimento straordinario come quello dell'insolvenza della principale banca svizzera, che avrebbe avuto conseguenze disastrose per l'intero sistema bancario svizzero e quindi per tutti i clienti del sistema bancario svizzero, ha adottato un provvedimento di carattere straordinario.
5. E' quindi completamente sbagliato ritenere che l'obbligo del mantenimento del segreto bancario, che vale tuttora per tutte le banche svizzere, sia in pericolo. Questa norma è prevista dall'art. 47 della Legge sulle Banche che è tuttora in vigore.
6. Con l'UE è in corso di attuazione un piano di cooperazione vincolato al diritto internazionale pubblico:
 - a) Il 12 dicembre 2008 sono entrati in vigore gli artt. 50, 51 e 52 dell'Accordo di adesione all'Accordo di Schengen che la Svizzera ha ratificato e che riguardano la cooperazione con le autorità dell'Unione Europea riguardo alla frode fiscale.

- b) Nell'aprile 2009 entreranno in vigore nei confronti di 18 Paesi, le norme sulla cooperazione riguardanti la frode doganale ed il contrabbando professionale contenute nell'Accordo bilaterale con l'Unione Europea contro le frodi nel settore della fiscalità indiretta.
 - c) Solamente nel 2013 verrà rinegoziato l'accordo sull'euroritenuta, riguardo al quale c'è da attendersi che la Svizzera accetterà di colmare le lacune individuate da parte dell'Unione Europea. Questo programma di accordi internazionali non verrà minimamente toccato da un evento straordinario come quello suddetto.
7. La decisione della FINMA necessita ovviamente da parte di UBS il rispetto dell'obbligo di informare i clienti interessati, i quali dovranno sapere al più presto se i loro nomi sono stati notificati all'autorità americana, se sono state trasmesse altre informazioni e se e quali documenti sono stati trasmessi ed a quali condizioni. D'altra parte invece, tutte le altre migliaia di clienti di UBS che sono contribuenti americani dovranno essere informati, al fine di tranquillizzarli riguardo al fatto che i loro nomi non sono stati trasmessi e che ciò avverrà semmai esclusivamente nell'ambito della procedura giudiziaria attualmente in corso di esecuzione delle domande di cooperazione presentate da parte del Dipartimento del Tesoro e dall'Internal Revenue Service (IRS) degli Stati Uniti.
8. Lo scambio di informazioni in favore di procedimenti fiscali avviati dalle autorità americane per frode fiscale o per comportamenti analoghi è disciplinato dalla Convenzione contro la doppia imposizione stipulata fra la Svizzera e gli Stati Uniti il 2.10.1996 e dal relativo Memorandum of Understanding del 23.01.2003. C'è da ritenere che le autorità americane, quando hanno stipulato i suddetti strumenti di diritto internazionale pubblico, abbiano sottovalutato l'impatto delle procedure giudiziarie e delle garanzie messe a disposizione dei contribuenti americani in base alle procedure svizzere. Si può ipotizzare che le autorità americane avessero sottovalutato che tali garanzie permettevano anche un ricorso al Tribunale Federale amministrativo, l'evasione del quale abitualmente richiede parecchi mesi di analisi, preceduti da altri mesi di analisi effettuate da parte dell'Amministrazione Federale delle Contribuzioni. Non è da escludere

che, in un caso di importanza nazionale come quello riguardante UBS, le autorità americane avrebbero denunciato la Convenzione contro la doppia imposizione, ciò che avrebbe cagionato problemi colossali all'economia svizzera, in particolare al settore industriale e commerciale. Inoltre, gli USA avrebbero probabilmente preteso che, al posto della Convenzione contro la doppia imposizione, o perlomeno in sostituzione dell'art. 26 riguardante lo scambio di informazioni fra le autorità fiscali, la Svizzera accettasse – come ha dovuto fare il Liechtenstein nel dicembre 2008 – un trattato di assistenza in materia fiscale comprendente anche la sottrazione fiscale e non solo la frode fiscale e comprendente anche lo scambio di informazioni necessarie per gli accertamenti fiscali, indipendentemente dall'esistenza o meno di un sospetto di infrazione fiscale.

9. Recentemente sono state firmate, e sono pertanto in via di ratifica ed imminente entrata in vigore, Convenzioni contro la doppia imposizione che contengono una clausola sullo scambio di informazioni di contenuto analogo all'art. 26 della relativa Convenzione con gli USA. Anche per questi Paesi (Austria, Finlandia, Francia, Germania, Inghilterra, Malta, Norvegia, Olanda, Spagna, Turchia) si seguirà pertanto la consueta procedura con le relative garanzie giudiziarie (notifica, diritto di essere sentito, ricorso, ecc.) previste per i clienti coinvolti.

Prof. Paolo Bernasconi

Avvocato, Lugano

*

*

*