

Executive Master in Compliance Management 2008/2009 – Lavoro di diploma

RISCHI FISCALI: ANALISI DEI REATI FISCALI E DEGLI
IMPATTI INTERNAZIONALI, CON UN PARTICOLARE
RIFERIMENTO ALLE PRATICHE DI TRIANGOLAZIONE
TRAMITE SOCIETÀ OFF-SHORE

Dimitri Luisoni

No. 32, ottobre 2009

La funzione di Compliance, oramai consolidata anche all'interno degli istituti bancari della piazza finanziaria svizzera, in origine si è designata prevalentemente come una funzione di supporto al management in particolare in relazione a problematiche di lotta al riciclaggio di denaro. Negli anni si è poi assistito ad un graduale ampliamento di compiti e competenze e una sempre maggiore tendenza all'inserimento del Compliance office nel sistema di controllo interno, peraltro dimostrata dall'avvicinamento, anche organico, della funzione all'unità di controllo del rischio.

Questo nuovo indirizzo, riscontrabile anche nel profilo specialistico degli stessi Compliance officer, ha permesso, fra le altre cose, di superare la contrapposizione tra le esigenze di performance e quelle di conformità, fortemente riscontrata agli albori della creazione della funzione all'interno delle banche. Le più recenti analisi di Corporate Governance sono infatti unanime nel considerare che solo attraverso un'accurata gestione dei rischi, ed in particolare dei rischi operativi (in relazione ai quali si posiziona anche la figura del Compliance), si garantisce la sopravvivenza dell'azienda.

Il Centro di Studi Bancari, in linea con i propri principi, desidera contribuire alla creazione di una cultura di Compliance, non solo mediante l'erogazione di corsi di formazione specialistica, ma anche attraverso la promozione di pubblicazioni tematiche che possono interessare la nostra Piazza finanziaria.

I quaderni di ricerca 31, 32, 33 e 34 fanno parte della serie tematica promossa dal Centro di Competenze Compliance e sono stati selezionati tra i lavori di diploma presentati nell'ambito dell'edizione 2008-2009 del corso di Executive Master in Compliance Management.

Il quaderno numero 31 approfondisce l'istituto del Trust proponendo un'analisi di confronto con le regole di natura civilistica in materia di lotta contro il riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo nel settore finanziario. Il quaderno prevede una sommaria presentazione dell'istituto, dei suoi soggetti e delle tipologie. Di seguito vengono analizzate le problematiche relative all'identificazione della parte contraente e alla determinazione dell'avente diritto economico, per terminare con una riflessione sulle relazioni a rischio superiore.

Il quaderno numero 32 tratta l'attualissima tematica relativa ai rischi fiscali con particolare riferimento alle pratiche di triangolazione tramite l'utilizzo di società off-shore che ricorrono a schemi di sovra-fatturazioni, fatturazioni di costi fittizi o truffe carosello.

Il quaderno numero 33 si sofferma sulle regole di condotta sul mercato relative al commercio di valori mobiliari e propone - quale applicazione pratica di dette regole- la formulazione di una direttiva interna per un istituto bancario di piccole dimensioni.

Infine il quaderno numero 34 dedica una riflessione ai doveri di diligenza nei rapporti di banca corrispondente, la cui importanza è aumentata negli anni in considerazione di fattori diversi quali l'integrazione fra economie nazionali, il progresso nel campo delle telecomunicazioni e l'espansione su scala mondiale del mercato di capitali. L'attualità del tema è data anche dalla problematica sollevata in questo periodo storico relativa al credito interbancario.

INDICE	
BIBLIOGRAFIA	1
RIFERIMENTI NORMATIVI	3
ABBREVIAZIONI	5
PREFAZIONE	7
1 DEFINIZIONE E CATEGORIZZAZIONE DEI REATI FISCALI NELL'OTTICA SVIZZERA	9
1.1 <i>La sottrazione fiscale</i>	9
1.2 <i>La frode fiscale</i>	10
1.3 <i>La truffa fiscale</i>	10
1.4 <i>Reati fiscali e riciclaggio di denaro secondo il diritto svizzero</i>	11
2 ATTORI INTERNAZIONALI E CONSEGUENZE DEI REATI FISCALI	12
2.1 <i>L'unione Europea</i>	12
2.1.1 Accordo sull'adesione agli Accordi di Schengen	13
2.1.2 Accordo tra UE e Svizzera sulla tassazione dei redditi da risparmio (Accordo sull'euro-ritenuta)	13
2.1.3 Accordo Anti-Frode tra Svizzera ed UE	14
2.1.4 Nuove iniziative a livello europeo	14
2.2 <i>L'Organizzazione per la Cooperazione e lo sviluppo Economico (OCSE)</i>	15
2.3 <i>Gli Stati Uniti d'America (USA)</i>	16
3 REATI FISCALI E TRIANGOLAZIONI MEDIANTE L'USO DI VEICOLI OFF-SHORE	18
3.1 <i>La società di sede</i>	18
3.2 <i>Reati fiscali tramite triangolazioni</i>	19
3.2.1 La triangolazione tramite sovra-fatturazione	19
3.2.2 La fatturazione di costi fittizi	22
3.2.3 La truffa carousel	23
4 RISCHI PER GLI INTERMEDIARI FINANZIARI IN RELAZIONE AI REATI FISCALI	25
4.1 <i>Rischi e conseguenze dei reati fiscali per gli intermediari finanziari da un punto di vista del diritto svizzero</i>	25
4.2 <i>Rischi e conseguenze dei reati fiscali per gli intermediari finanziari da un punto di vista del diritto svizzero</i>	26
5 CONCLUSIONI	28

Bibliografia

- AA.VV. - “Ecofin boccia la Commissione”, Corriere del Ticino, 06.05.2009
- “Misure internazionali di contrasto ai paradisi fiscali (pos. 496/6)”, Circolari ABI serie tributaria nr. 8, 4 maggio 2009.
- “10° Rapporto d’attività MROS 2007”, Aprile 2008, www.fedpol.admin.ch
- ANNOVAZZI, Mattia - “Breve studio sulle entità off-shore fittizie quali soggetti svizzeri o stranieri nel diritto civile svizzero, con riferimento alle fondazioni di famiglia del Liechtenstein”, Centro Studi Bancari, Quaderni di ricerca, No. 26, Ottobre 2006.
- BERNASCONI, Paolo - “Cooperazione svizzera in materia fiscale: novità storiche negli accordi bilaterali bis con l’Unione Europea”, Diritto e pratica tributaria internazionale, www.pblaw.ch.
- “Cooperazione fiscale allargata. Dal 2009 più collaborazione della Svizzera in caso di frode” Corriere del Ticino, 19.06.2008.
- “Rischi fiscali : audit e compliance per banche e fiduciari”, in Rivista ticinese di diritto (RtiD) I-2008, Temi emergenti di diritto tributario, Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e Helbing Liechtenhahn, Basilea (ed.).
- “Coopération internationale en matière bancaire selon les trois accords bilatéraux fiscaux entre l’Union Européenne et la Suisse”, Acte des journées d’étude de Inverigo (Como) 2005, www.pblaw.ch.
- “Concorso in reati fiscali di contribuenti USA: rischi legali e reputazionali per banche svizzere secondo le autorità statunitensi” in Newsletter Compliance16, Settembre 2008, Centro Studi Bancari.
- “Comunicato 18.02.2009 della FINMA riguardo all'accordo fra l'UBS e gli USA”, 20.02.2009 in www.pblaw.ch
- “UBS: la trappola USA John Doe: chi era costui ?, 20.02.2009, in www.pblaw.ch.
- BUFACCHI, Isabella - “Scudo solo per rientri veri”, Il sole 24 Ore, 22.04.2009
- CASSANI, Ursula - “Infractions fiscales et blanchiment d’argent”, in Journée 2004 de droit bancaire et financier, Genève 2005
- “Projet de loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations GAFI : le strict nécessaire est-il suffisant ?”, Group d’action financière, 29.06.2007
- “L’internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse : la lutte contre le blanchiment d’argent”, in Revue de Droit Suisse 2008, 227 – 398.
- GERONI, Attilio - “Parte dal tele-confessionale il ritorno dei capitali francesi”, Il Sole 24 Ore, 22.04.2009.
- OBERSON, Xavier - “L’imposition des sociétés dites “offshore” : Un arsenal peu cohérent de mesures disparates”, Journée 2006 de droit bancaire et financier, Schulthess 2007.
- “Assistance internationale en matière fiscale : Les accords bilatéraux bis entre la Suisse et l’UE”, L’expert comptable suisse 3/06.
- REICHEN, Nicholas - “Evasion, soustraction et fraude fiscale et blanchiment de capitaux”, L’expert comptable suisse 8/02.
- ROMANO, Beda - “Berlino prepara una stretta sull’evasione”, Il Sole 24 Ore, 22.04.2009.
- ZIMMERMAN, Robert - “L’entraide judiciaire internationale en matière pénale”, Berne, 2004, nota 412 ss., 449 ss

Riferimenti Normativi

TESTILEGALI

AIMP	Legge federale del 20 marzo 1981 sull'assistenza internazionale in materia penale (in RS 351.1)
CDB 08	Convenzione di Diligenza delle Banche 2008
DPA	Legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo (in RS 313.0)
LAID	Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (in RS 642.14)
LBCR	Legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (in RS 952.0)
LBVM	Legge federale del 24 marzo 1995 sulle borse e il commercio di valori mobiliari (in RS 954.1)
LDA	Legge federale del 9 ottobre 1992 sul diritto d'autore e sui diritti di protezione affini (in RS 231.1)
LIFD	Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta (in RS 642.11)
LRD	Legge federale del 10 ottobre 1997 relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo nel settore finanziario (in RS 955.0)

GIURISPRUDENZA

DTF	107	Ib	322
DTF	110	Ib	252
DTF	103	1°	221
DTF	108	IV	30
DTF	1B		47/2007
DTF	1B		288/2007
DTF	1B		281/2007
DTF	6B		367/2007
DTF	4C		316/2001

Abbreviazioni

ADE	Avente Diritto Economico
AIMP	Legge sull'assistenza internazionale in materia penale
art.	Articolo
B.V.I.	British Virgin Island
BO	Beneficial Owner (vedi anche ADE)
CDB 08	Convenzione di Diligenza delle Banche 2008
CDI	Convenzione contro la Doppia Imposizione
CFB	Commissione Federale delle Banche (ora FINMA)
CPS	Codice Penale Svizzero
cpv	Capoverso
DPA	Legge sul diritto penale amministrativo
DTF	Decisione del Tribunale Federale
ecc.	Eccetera
es.	Esempio
EUR	Euro (moneta unica europea)
FATF	Financial Action Task Force (vedi anche GAFI)
FINMA	Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (già CFB)
G20	Gruppo dei 20
GAFI	Groupe d'Action financière (vedi anche FATF)
IRS	Internal Revenue Service (autorità fiscale americana)
LAID	Legge sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni
LBCR	Legge sulle banche e le casse di risparmio
LBVM	Legge sulle borse e il commercio di valori mobiliari
LDA	Legge sul diritto d'autore e sui diritti di protezione affini
LIFD	Legge sull'imposta federale diretta
LRD	Legge sul riciclaggio di denaro
mio.	Milioni
MROS	Money Laundering Reporting Office Switzerland (Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro)
OCSE	Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
pag.	Pagina
RS	Raccolta del diritto svizzero
TF	Tribunale Federale
UE	Unione Europea
USA	Stati Uniti d'America

Prefazione

“Pecuniae obediunt omnia”.
(Ecclesiaste X, 19)

I recenti sviluppi internazionali, aggravati ulteriormente dal periodo di crisi in cui si trova attualmente l'intera economia, hanno riportato alla luce in modo perentorio le problematiche di carattere fiscale.

È proprio durante i cicli di crisi economica che i governi cercano di combattere con ogni mezzo contro le fughe di capitali per mezzo d'evasione fiscale, al fine di risanare le proprie casse.

In quest'ambito s'inseriscono le recenti pressioni subite dalla Svizzera contro il mantenimento del segreto bancario e a favore di una più ampia assistenza amministrativa in materia fiscale. Il segreto bancario, così come inteso dall'ordinamento giuridico svizzero, è, infatti, un segreto professionale per la cui violazione è prevista una procedura penale¹. A differenza di molti altri paesi, ove pure vige una forma di segreto bancario, in Svizzera esso è fortemente radicato nella cultura della gestione degli affari bancari e difficilmente attaccabile, sia pure con svariate eccezioni che saranno sviluppate di seguito.

La decisione del Consiglio Federale del 13 marzo 2009 di aderire pienamente all'art. 26 del modello OCSE di convenzione contro la doppia imposizione ed il dibattito sulle cosiddette “black list” dei paesi non cooperativi sfociato nell'inserimento della Svizzera in una “lista grigia” durante il summit del G20 del 2 aprile 2009 a Londra, ne sono una chiara, anche se non esauriente, dimostrazione.

Le tipologie di reati fiscali e le loro conseguenze, sia sul piano nazionale che internazionale, sono molteplici, così come i diversi rischi legati a questo tipo d'infrazione per gli intermediari finanziari.

Il termine “rischio fiscale” può assumere diversi significati e deve essere governato cercando di amministrare e minimizzare le incertezze ad esso legato al fine di evitare la nascita di contenziosi sia con autorità interne che internazionali.

Questo approfondimento si prefigge lo scopo di analizzare i principali aspetti e caratteristiche dei diversi reati a carattere fiscale e le loro relazioni da un punto di vista amministrativo, penale e di assistenza internazionale.

In una prima parte si evidenzierà quali sono i principali reati legati alla fiscalità così come definiti dall'ordinamento giuridico svizzero. Si analizzeranno i concetti di sottrazione, frode e truffa fiscale. Particolare accento sarà dato anche alle implicazioni dei reati fiscali e dei loro proventi dal punto di vista del diritto in materia di lotta contro il riciclaggio di denaro.

In seguito si presenteranno i principali attori internazionali che, come citato, contribuiscono allo sviluppo sia del diritto interno che di quello soprannazionale in relazione alla fiscalità. Innanzitutto si presenterà l'Unione Europea che, con i suoi diversi trattati con la Svizzera, pone le basi per una più ampia e fattiva collaborazione in materia fiscale, oltre a citare alcune nuove iniziative volte a rafforzare ulteriormente questa cooperazione. Si citeranno in seguito l'OCSE e gli USA, che con le loro recenti iniziative hanno ulteriormente contribuito a rafforzare le iniziative interne per una maggiore assistenza internazionale in materia fiscale.

Successivamente si porrà particolare accento sull'utilizzo delle strutture quali società di sede off-shore, nella pratica delle triangolazioni internazionali volte ad ottenere un'ottimizzazione in ambito fiscale. La scelta di presentare questo tipo di struttura, risiede soprattutto nel loro grande sviluppo e nella loro importanza in termini di volume sulla piazza finanziaria svizzera, oltre naturalmente alle loro particolarità. Si presenteranno in tale ambito alcuni tipi di triangolazioni e si accennerà particolarmente, oltre che ai rischi fiscali insiti in questo tipo d'operazione, alle possibili conseguenze penali connesse a questo tipo di operatività, evidenziando i principali problemi, sia da un punto di vista del diritto interno che da quello internazionale, per gli intermediari finanziari. In particolare si esamineranno le conseguenze in caso di comportamento “attivo”, soprattutto degli intermediari finanziari bancari, che mettono a repentaglio la garanzia di un'attività irreprensibile così come definita dall'ordinamento giuridico svizzero (in particolare dalla CDB 08 e dalla LBCR).

In conclusione si tratterà un bilancio di quanto esposto e si analizzeranno i possibili sviluppi delle iniziative internazionali attualmente in corso sull'attività degli intermediari finanziari.

Si cercherà infine di analizzare i possibili prossimi passi dei vari attori coinvolti al fine di aumentare in maniera sempre più dinamica la collaborazione internazionale in materia fiscale.

I fatti e le società citate in questa opera sono frutto del materiale didattico pubblicato e raccolto al fine di approfondire l'argomento.

Si ringrazia in particolar modo il Centro Studi Bancari, il referente di questo testo, Sig. Fabrizio Cerutti, e l'Avv. Emanuele Stauffer per i preziosi spunti di riflessione e le occasioni di approfondimento proposte.

¹ Cfr. art. 47 LBCR

1 DEFINIZIONE E CATEGORIZZAZIONE DEI REATI FISCALI NELL'OTTICA SVIZZERA

Il contribuente può adottare, nei limiti consentiti dalla legge, nei confronti delle autorità fiscali, diversi comportamenti atti a minimizzare il suo carico fiscale². Ciò significa che egli è libero di poter organizzare il suo patrimonio ed i suoi affari in maniera da poter realizzare delle economie d'imposta, ciò che viene definito pianificazione fiscale³. A titolo esemplificativo si possono citare la scelta della ragione sociale di una società, la scelta del tipo di finanziamento per l'acquisto di un immobile e persino la decisione di domiciliarsi in uno Stato o Cantone a bassa imposizione.

La situazione è però differente se il detto contribuente usa alcune soluzioni particolari ai fini di eludere le imposte incorrendo quindi nell'evasione fiscale⁴. Il limite tra pianificazione (o ottimizzazione) fiscale ed evasione è spesso difficile da tracciare. In tal senso ci si può riferire alla giurisprudenza del Tribunale Federale⁵, secondo cui per qualificare una pratica di evasione fiscale, devono essere adempiuti tre criteri cumulativi:

- il contribuente sceglie una forma insolita per realizzare la sua operazione;
- questa scelta è abusiva nel senso che ha come unico scopo quello di economizzare un'imposta dovuta se i rapporti di diritto fossero stati condotti in maniera appropriata;
- la procedura utilizzata ha come conseguenza un notevole risparmio d'imposta se il fisco l'ammettesse.

Nell'ottica di meglio comprendere le diverse tipologie di infrazioni fiscali e le loro implicazioni, si andrà di seguito a descrivere in dettaglio le fattispecie qualificate dal diritto svizzero.

1.1 La sottrazione fiscale

Secondo il diritto svizzero, il contribuente che intenzionalmente o per negligenza fa in modo che una tassazione sia indebitamente omessa o che una tassazione cresciuta in giudizio sia incompleta, oppure che non trattiene, completamente o parzialmente, un'imposta alla fonte che sarebbe obbligato a trattenere, oppure ancora che ottiene una restituzione d'imposta o un condono ingiustificato, commette "sottrazione fiscale"⁶. Sono pure puniti il tentativo di sottrazione (art. 176 LIFD), l'istigazione (art. 177 LIFD) e la distrazione di beni successori (art. 178 LIFD).

Determinante risulta quindi il comportamento omissivo del contribuente.

Viene dunque punita non solo l'intenzionalità ma anche la negligenza, e non solo la sottrazione consumata, ma anche il tentativo, qualora scoperto dalle autorità fiscali. La sottrazione ricade nella categoria delle contravvenzioni fiscali, reati perseguiti unicamente dalle istanze amministrative e puniti con una multa e, in questo caso, con il recupero dell'imposta indebitamente sottratta.

Il contribuente accusato di sottrazione fiscale è sottoposto unicamente ad un procedimento fiscale amministrativo, ciò che implica l'impossibilità dello svincolo dal segreto bancario, ad eccezione delle facoltà d'inchiesta previste a favore della Divisione Inchieste fiscali speciali (DIF) dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (previsti dagli art. 190-195 LIFD) per delitti fiscali o per sottrazione continuata di somme d'imposta importanti⁷.

Da un punto di vista internazionale il reato di sottrazione fiscale non prevede alcuna cooperazione né a livello amministrativo né tanto meno a livello penale. Sarebbe opportuno, alla luce dei recenti sviluppi internazionali, usare il condizionale per quanto riguarda la precedente affermazione. Vedremo infatti nel corso dello sviluppo di questo approfondimento, che molte eccezioni sono state e saranno fatte a questo principio, come ad esempio l'accordo anti-frode tra Svizzera ed Unione Europea che prevede l'assistenza giudiziaria ed amministrativa anche a favore di procedimenti stranieri avviati per sottrazione riguardante le imposte indirette.

2 Il Tribunale Federale ha riconosciuto espressamente in alcune sue sentenze il diritto del contribuente a fare delle "economie d'imposta"; cfr. Revue de Droit Administratif et de Droit Fiscal (RDAF) 1974, 75 e RDAF 1977, 309.

3 Cfr. Nicholas Reichen, "Evasion, soustraction et fraude fiscale et blanchiment de capitaux", L'expert comptable suisse 8/02.

4 In questo contesto il termine "evasione" comprende l'intera gamma delle infrazioni fiscali (contravvenzioni e delitti) che saranno analizzate nel dettaglio in seguito all'interno del testo.

5 DTF 107 Ib 322.

6 Art. 175 LIFD (RS 642.11) e art. 56 LAID (RS 642.14)

7 Cfr. ad esempio i casi giudicati dal Tribunale Federale in DTF 1B_47/2007 del 28.06.2007, DTF 1B_288/2007 del 30.09.2008 o DTF 1B_281/2007 del 27.11.2008)

1.2 La frode fiscale

Chiunque, che per commettere una sottrazione d'imposta ai sensi degli articoli 175–177 LIFD, fa uso, a scopo d'inganno, di documenti falsi, alterati o inesatti, commette frode fiscale⁸.

La differenza principale tra sottrazione e frode fiscale, risiede dunque nel fatto che, nella frode fiscale, viene ad aggiungersi un elemento determinante nel comportamento del contribuente, ossia il fatto di creare o utilizzare un documento falso o incompleto. Questo documento deve essere considerato come un titolo ai sensi del diritto penale⁹, e ricopre quindi tutti gli scritti destinati a provare un fatto avente portata giuridica. Da notare che, la dichiarazione d'imposta non è considerata come un titolo dalla giurisprudenza¹⁰, poiché, nel caso contrario, la distinzione tra sottrazione e frode non avrebbe più ragione d'essere. Infatti il fatto di omettere un attivo imponibile costituirebbe un falso che sarebbe poi utilizzato ai fini di eludere l'imposta. Inoltre, come specificato dal Tribunale in alcune sue sentenze¹¹, nel caso in cui la falsificazione tende esclusivamente ad eludere disposizioni di diritto fiscale, essa viene giudicata esclusivamente in base al diritto fiscale che pertanto “assorbe” la punibilità della falsità in documenti.

La frode fiscale rientra nella categoria dei delitti fiscali ed è punita con una pena privativa della libertà (fino a 3 anni) o una multa, fatta salva la pena per la sottrazione fiscale.

Il reato di frode fiscale prevede, a carico del contribuente, un procedimento penale, che implica a sua volta la possibilità dello svincolo dal segreto bancario. Inoltre è prevista in questo ambito, anche se in forma ridotta, la cooperazione internazionale in base all'art 3 cpv. 3 AIMP e alla clausola allargata di alcune convenzioni contro la doppia imposizione (CDI). Infatti la Svizzera aveva concesso uno scambio di informazioni fiscali, anche bancarie, limitatamente ai casi di frode fiscale e comportamenti analoghi soltanto agli USA, dal 2002 alla Germania e dal 2005 all'UE. Con gli USA inoltre dal gennaio 2003 le amministrazioni tributarie dei due Paesi avevano stabilito 14 casi concreti, esemplificativi e non esaustivi, di comportamenti del contribuente che potevano essere assimilati a comportamenti analoghi al delitto di frode fiscale. Tale accordo risulta ormai obsoleto da quando, il 19 giugno 2009, la Svizzera e gli USA hanno siglato la nuova CDI (i cui contenuti restano attualmente confidenziali) basata sul modello OCSE e che prevede un più ampio scambio di informazioni. Tale argomento sarà ampiamente approfondito nei successivi capitoli.

1.3 La truffa fiscale

Mentre le prime due categorie di infrazioni fiscali riguardano essenzialmente le imposte dirette, la truffa fiscale, o truffa in materia tributaria, si riferisce esclusivamente alle imposte indirette.

Essa si caratterizza con un comportamento ingannevole e astuto volto per l'appunto ad ingannare l'amministrazione, un'altra autorità o un terzo, affermando cose false o dissimulando cose vere, nell'intento di ottenere da esso una concessione, un'autorizzazione, un contingente, una restituzione di tasse o un altro contributo¹². Determinante nella fattispecie è l'ottenimento dell'attore di un vantaggio, o meglio di una prestazione, da parte dell'autorità. La caratteristica principale che contraddistingue questo reato da quelli sopradescritti di sottrazione e frode fiscale, consiste nell'ottenimento di un indebito profitto ai danni dell'amministrazione pubblica. Se, infatti, nei casi di mera sottrazione fiscale non vi è un arricchimento del soggetto ma un non impoverimento dello stesso contrapposto ad un non arricchimento dello Stato, nel caso di truffa l'attore ottiene un profitto illecito che fa seguito ad un depauperamento della collettività.

La truffa fiscale viene punita con la detenzione o la multa e, come la frode fiscale, prevede un procedimento penale che apre la possibilità di svincolare il segreto bancario. Anche per la truffa fiscale è prevista la cooperazione internazionale ma in un senso più ampio, come verrà specificato in seguito, rispetto al reato di frode fiscale.

8 Art. 186 LIFD

9 Art. 251 CPS: “Chiunque, al fine di nuocere al patrimonio o ad altri diritti di una persona, o di procurare a sé o ad altri un indebito profitto, forma un documento falso od altera un documento vero, oppure abusa dell'altrui firma autentica o dell'altrui segno a mano autentico per formare un documento suppositizio, oppure attesta o fa attestare in un documento, contrariamente alla verità, un fatto di importanza giuridica, o fa uso, a scopo di inganno, di tale documento [...]

10 DTF 110 Ib 252.

11 DTF 103 Ia 221 - 108 IV 30, 180

12 Art. 14 DPA

1.4 Reati fiscali e riciclaggio di denaro secondo il diritto svizzero

Nell'analisi dei reati fiscali secondo il diritto svizzero è doveroso soffermarsi, almeno brevemente, sui legami che questi ultimi hanno con il reato di riciclaggio di denaro così come definito all'art. 305bis CPS. In particolare la definizione di reato preliminare di riciclaggio di denaro deriva direttamente dalla distinzione fatta dal diritto penale svizzero tra crimini e delitti. Risulta infatti passibile di riciclaggio quel comportamento punito come crimine, ossia con una pena detentiva superiore ai tre anni. Questa distinzione è fondamentale nella classificazione dei reati fiscali come illeciti che non comportano un rischio insito di riciclaggio di denaro.

Come si è in precedenza evidenziato, secondo l'art 175 LIFD, l'art 56 cpv. 1 LAID e le corrispondenti leggi tributarie cantonali, la sottrazione fiscale è punita unicamente con la multa. Per questo motivo e trattandosi di una contravvenzione, la sottrazione non è considerata come reato a monte del riciclaggio di denaro.

La frode fiscale è considerata come un delitto, in quanto punita, secondo l'art 186 LIFD, l'art 59 LAID e le rispettive leggi cantonali tributarie con una pena detentiva inferiore a tre anni. Per questo motivo la frode fiscale non è considerata dal diritto svizzero come reato passibile del riciclaggio di denaro¹³.

Parimenti è considerata la truffa fiscale, o truffa in materia di contributi e di tasse giusta l'art 14 DPA. Infatti la stessa è di principio valutata come un delitto, in quanto punita con una pena detentiva inferiore a tre anni. Eccezione a questa regola è la truffa in materia di prestazioni e di tasse perpetrata ai fini di ottenere un guadagno considerevole e organizzata in banda. Questa fattispecie viene punita con una pena detentiva fino a cinque anni giusta il nuovo art 14 cpv. 4 DPA¹⁴, ed è quindi da considerarsi come reato a monte del riciclaggio di denaro.

¹³ Le frodi all'IVA (Karusellbetrug), sono punite in base all'art 146 CPS (truffa) con una pena detentiva oltre i tre anni. Essendo quindi considerate come crimini, questi reati entrano a far parte della categoria dei reati a monte del riciclaggio, giusta l'art 305bis CPS.

¹⁴ Il nuovo testo dell'art 14 cpv. 4 DPA è entrato in vigore il 01.02.2009 a seguito del progetto di legge federale del 15 giugno 2007 del Consiglio Federale, concernente l'attuazione delle raccomandazioni rivedute del GAFI sulla lotta contro il riciclaggio dei capitali. Tale progetto prevede l'inserimento nella definizione dei reati a monte del riciclaggio di denaro anche della contraffazione aggravata e del commercio aggravato di merce contraffatta commessi per mestiere giusta l'art 155 cifra 2 CPS, come pure la pirateria di prodotti commessa per mestiere secondo l'art 67 cpv. 2 LDA (Legge federale sul Diritto d'Autore).

2 ATTORI INTERNAZIONALI E CONSEGUENZE DEI REATI FISCALI

Le definizioni riguardanti i reati fiscali sin qui viste, soprattutto in riferimento alla distinzione tra sottrazione e frode fiscale, sono una peculiarità dell'ordinamento giuridico svizzero. Infatti nelle diverse legislazioni internazionali, siano esse riferite a paesi dell'area europea o americana, questa distinzione viene a cadere. In tali ordinamenti, infatti, si tende a punire a livello penale qualsiasi forma di evasione fiscale, sia essa perpetrata tramite sottrazione o frode fiscale. Questa mancata distinzione tra sottrazione e frode fiscale a livello internazionale si traduce in una sempre maggiore pressione affinché anche la Svizzera lasci cadere questa sua peculiarità nei diversi accordi internazionali riguardanti la fiscalità. Un passo importante in tal senso è stato fatto dal Consiglio Federale in data 13 marzo 2009, che con un comunicato stampa ha annunciato l'intenzione di aderire pienamente al modello OCSE della convenzione contro la doppia imposizione (in particolare all'art. 26 del modello che si riferisce allo scambio di informazioni per reati fiscali) nell'ambito delle rinegoziazioni di tali CDI con i diversi paesi interessati. In particolare l'adesione all'art. 26 del modello OCSE, prevede uno scambio di informazioni non più solo per reati di frode fiscale, ma anche di sottrazione fiscale. Viene in questo modo a cadere una delle peculiarità del diritto fiscale svizzero (riferito unicamente però a quei contribuenti non domiciliati fiscalmente in Svizzera). In ogni caso la decisione del Consiglio Federale specifica espressamente il mantenimento del segreto bancario, l'esclusione dello scambio spontaneo ed automatico di informazioni ed il divieto della "fishing expedition".

In un contesto internazionale profondamente mutato a causa della crisi finanziaria ed economica, scatenata dalla bolla speculativa sui prodotti sub-prime, sono diversi gli attori internazionali che cercano di trovare, attraverso la lotta all'evasione fiscale, una soluzione che permetta di aumentare gli introiti fiscali statali e così poter far fronte ad un aggravio di impegni derivanti da tale crisi. Ciò si traspare, come detto, in una maggior pressione verso i paesi considerati come paradisi fiscali, affinché allentino la loro legislazione e permettano lo scambio di informazioni ed il rimpatrio di capitali. Molti sono i paesi e le organizzazioni coinvolte, e diversi ed importanti gli interessi in gioco.

Si analizzeranno in seguito tre principali attori internazionali che, per la Svizzera ed i suoi intermediari finanziari, rivestono un ruolo fondamentale, alla luce anche dei recenti avvenimenti internazionali. Precisamente l'Unione Europea, l'OCSE e gli Stati Uniti d'America (USA).

2.1 L'unione Europea

L'Unione Europea risulta essere uno dei principali partner commerciali della Svizzera, e allo stesso tempo il principale bacino di raccolta di capitali per gli intermediari finanziari svizzeri. È chiaro quindi che l'Unione Europea in primis, come pure i suoi stati membri, abbiano un notevole interesse affinché vi sia una reciproca collaborazione, soprattutto in materia di assistenza fiscale, per poter combattere e minimizzare i reati fiscali che vanno a danno degli erari di tali Stati.

Per questo motivo, sono diversi gli accordi bilaterali che sono stati firmati tra l'UE da una parte e la Svizzera dall'altra, soprattutto in ambito fiscale. Da notare che, oltre agli accordi tra Svizzera ed UE, sono molti anche gli accordi bilaterali firmati tra Svizzera e Paesi membri dell'Unione Europea, si pensi ad esempio alle diverse Convenzioni contro la Doppia imposizione, che saranno a breve scadenza parimenti oggetto di revisione proprio dal punto di vista dello scambio d'informazioni con le autorità fiscali svizzere, alla luce anche del recente intento del Consiglio Federale di aderire senza riserve all'art. 26 del Modello OCSE per le CDI.

Un esempio emblematico della portata di questi accordi è la ratifica il 17 dicembre 2004 da parte del Parlamento svizzero del secondo pacchetto di Accordi bilaterali con l'UE, denominato appunto Accordi Bilaterali bis, per distinguerli dal primo pacchetto del 21 giugno 1999, già in vigore da tempo. Questo nuovo pacchetto contiene, fra gli altri, tre Accordi di rilevanza fiscale importante qui di seguito esposti¹⁵.

15 Cfr. per questo e per i paragrafi successivi riguardanti l'UE: Paolo Bernasconi, "Cooperazione svizzera in materia fiscale: novità storiche negli accordi bilaterali bis con l'Unione Europea", Diritto e pratica tributaria internazionale, www.pblaw.ch

2.1.1 Accordo sull'adesione agli Accordi di Schengen

L'adesione agli Accordi di Schengen, sottoposta a referendum popolare in data 5 giugno 2005, ha comportato l'adattamento di numerose leggi federali svizzere anche se di scarsa rilevanza rispetto alla fiscalità. Seppure in relazione soltanto indiretta con questo Accordo, in data 18 marzo 2005 il Parlamento svizzero ha approvato la revisione totale della legge federale sulle dogane, introducendo in particolare l'art. 115 riguardante l'assistenza amministrativa con autorità estere.

Inoltre la Svizzera ha accettato anche tutte le relative norme riguardanti la cooperazione fra autorità giudiziarie¹⁶ a favore di procedimenti penali avviati nei Paesi membri dell'UE per il perseguimento di reati punibili con una pena privativa della libertà di almeno sei mesi, in conformità dell'art. 51 del Trattato per l'esecuzione degli Accordi di Schengen del 14 giugno 1985. Fra questi reati è compresa anche la frode fiscale e doganale¹⁷. Anche se questo tipo di cooperazione è già previsto dalla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale (AIMP) sin dal 1 gennaio 1983, la giurisprudenza federale, in applicazione dell'art. 3 cpv. 3 AIMP, è sempre più estensiva¹⁸, fino a comprendervi anche la frode tributaria conosciuta come "Frode Carosello". Per contro, è esclusa ogni cooperazione riguardante l'evasione fiscale tramite sottrazione di imposte dirette, dal momento che, secondo il diritto svizzero, non è punibile con pene detentive e quindi non rientra nella categoria dei reati punibili con almeno sei mesi di carcere. Secondo l'accordo di principio del 19 maggio 2004 si è confermato che, se in futuro gli Accordi di Schengen dovessero estendersi anche alla cooperazione sull'evasione fiscale riguardante le imposte dirette, la Svizzera potrà ancora pronunciarsi.

2.1.2 Accordo tra UE e Svizzera sulla tassazione dei redditi da risparmio (Accordo sull'euro-ritenuta)

Entrato in vigore il 1° luglio 2005, questo accordo si basa sul riconoscimento dello stesso quale strumento universalmente accettato per evitare uno scambio automatico d'informazioni a carattere fiscale.

L'Accordo è accompagnato da una Dichiarazione di intenti, secondo la quale la Svizzera si impegna a procedere alla revisione delle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione esistenti con i paesi membri dell'UE, allo scopo di adattarele, dal punto di vista dello scambio di informazioni, al contenuto dell'art. 10 dell'Accordo sull'euro-ritenuta. Lo scopo della revisione delle convenzioni dimora nell'armonizzazione della definizione di "infrazione equivalente alla frode fiscale" ("tax fraud or the like") per potersi garantire assistenza amministrativa anche nei casi di infrazioni analoghe alla frode fiscale, che per l'ordinamento giuridico svizzero non costituiscono frode, ma che contengono comunque un illecito della stessa soglia ("same level of wrongfulness").

L'Accordo sull'euro-ritenuta prevede che una percentuale dei redditi conseguiti da risparmio venga prelevata da parte dell'agente pagatore svizzero, in particolare le banche operanti in territorio svizzero¹⁹, salvo nel caso in cui il percettore di interessi (il cliente) autorizzi la banca ad inoltrare all'autorità fiscale del suo paese di residenza informazioni sui redditi percepiti. Non si tratta in tale circostanza di un caso di limitazione del segreto bancario previsto dall'art. 47 della LBCR, dal momento che è lo stesso titolare del segreto, ossia il cliente della banca, ad autorizzare quest'ultima a trasmettere informazioni all'autorità straniera. Per contro, nel caso in cui la domanda di cooperazione proveniente da un'autorità di un paese membro dell'UE riguardasse una frode fiscale oppure un'infrazione di carattere equivalente, allora sarebbe ammissibile lo scambio di informazioni, e ciò in conformità dell'art. 10 dell'Accordo.

¹⁶ Le norme dell'Accordo di Schengen che riguardano la cooperazione internazionale sono previste dagli art. 48 a 53 (15) nonché dall'art. 63 (16), che prevede l'unica novità storica, ossia l'estradizione anche per frode fiscale, ossia quell'istituto che da anni sia il Parlamento che il Governo svizzero hanno sempre rifiutato di accogliere nell'ordinamento interno svizzero.

¹⁷ Imposte indirette

¹⁸ Cfr. R. Zimmermann, *L'entraide judiciaire internationale en matière pénale*, Berne, 2004, nota 412 ss., 449 ss.

¹⁹ La percentuale prelevata dagli interessi maturati sul patrimonio di una persona fisica con residenza fiscale in un paese dell'UE è la seguente: dal 01.07.2005 il 15%; dal 01.07.2008 il 20%; dal 01.07.2011 il 35%. L'Accordo prevede che quest'ultimo possa essere rinegoziato a partire dal 2013. L'importo complessivo prelevato viene riversato all'UE ed ai suoi paesi membri in concorrenza del 75%, mentre il restante 25% viene ripartito tra la Confederazione, i Cantoni ed i Comuni. Principali paesi destinatari dell'Accordo sono stati, nell'anno 2007, la Germania con 130 mio. di EUR, l'Italia con 125 mio. e la Francia con 62 mio (fonte: Executive Master in Compliance Management 2008-2009 – Modulo 8: "Infrazioni fiscali e doganali ed obblighi anti-riciclaggio" – Tabella 90-2, pag. 141).

2.1.3 Accordo Anti-Frode tra Svizzera ed UE²⁰

Questo accordo prevede la cooperazione fra autorità giudiziarie penali e autorità fiscali e doganali in favore di procedure promosse per corruzione e per infrazioni commesse nel campo delle imposte indirette, ossia, fra l'altro, quello dell'IVA, delle accise e dei dazi doganali. Prima dell'entrata in vigore di questo accordo era previsto lo scambio di mezzi di prova, per la truffa in materia tributaria e la frode fiscale secondo l'art. 14 della legge federale svizzera sul diritto penale amministrativo (DPA). L'Accordo antifrode prevede forme di cooperazione che, per di più, vengono estese anche ad altre quattro infrazioni per le quali la Svizzera aveva sempre rifiutato ogni forma di cooperazione e precisamente la sottrazione fiscale (sempre in riferimento alle imposte indirette), il contrabbando, ossia le infrazioni in elusione dei dazi doganali, il riciclaggio del provento di frode fiscale ed il riciclaggio del provento di contrabbando aggravato, quando commesso in modo professionale. Da notare che la cooperazione è esclusa per le cosiddette infrazioni bagatella, ossia quelle in cui la soglia del danno patrimoniale è inferiore a 25'000 EUR, ossia una soglia talmente bassa da lasciar prevedere che permarrà un ampio ventaglio applicativo per le infrazioni in cui il danno patrimoniale sarà superiore a questa soglia. Le misure di cooperazione previste sono quelle consuete, che tengono conto però della prassi più recente, ossia, fra l'altro, la perquisizione e il sequestro, la consegna all'estero del provento del reato a scopo di confisca o di restituzione, la cooperazione spontanea, la ritrasmissione ad un altro paese dell'UE, le misure provvisorie, la sorveglianza delle persone e del traffico delle merci, la sorveglianza di conti bancari, l'acquisizione di informazioni bancarie e finanziarie anche mediante la cooperazione da parte di persone coinvolte finanziariamente. Sono inoltre previste misure di carattere organizzativo, come le operazioni transfrontaliere congiunte di prevenzione, la costituzione di squadre comuni di inchiesta e l'istituzione di ufficiali di collegamento. Un'altra grande novità è rappresentata dalla possibilità di cooperazione per la riscossione di crediti fiscali, per cui l'autorità fiscale svizzera, su richiesta dell'autorità fiscale di un paese membro dell'UE, potrà avviare una procedura di esecuzione per debiti sulla base di un titolo esecutivo messo a disposizione da parte dell'autorità fiscale straniera. Nell'ambito della procedura di esecuzione per debiti potranno essere adottate misure equivalenti a quelle applicabili in favore dell'erario svizzero, quali il pignoramento ed anche il fallimento. Al momento è esclusa qualsiasi forma di cooperazione nel campo delle imposte dirette (art. 2 cifra 4) anche se da più fronti (ad esempio Italia e Germania) sono sempre più insistenti le pressioni per una rinegoziazione dell'Accordo al fine di includere anche le imposte dirette.

2.1.4 Nuove iniziative a livello europee

Come accennato in precedenza, sono diversi gli strumenti e gli accordi tra Svizzera ed UE per una più ampia collaborazione in materia fiscale, ma, alla luce dell'attuale periodo di crisi e degli sviluppi internazionali ad essa legati, sono sempre più insistenti, su più fronti, le pressioni che vogliono allargare questa cooperazione. Si è già parlato delle insistenze affinché l'accordo anti-frode venga rivisto, al fine di includere anche la fiscalità diretta.

Una delle iniziative portate avanti dall'Amministrazione europea e dai suoi Stati membri, tornata insistentemente alla ribalta, riguarderebbe uno scudo fiscale su base europea²¹. Tale euro-scudo prevedrebbe un'adesione facoltativa degli Stati membri dell'Unione, anche se nessuno Stato verrebbe lasciato libero di agire singolarmente su scala nazionale. Inoltre l'amnistia si estenderebbe solamente ai "rientri veri", cioè all'effettivo rimpatrio di capitali, a differenza ad esempio dei precedenti scudi fiscali applicati dall'Amministrazione italiana, che prevedevano di lasciare i patrimoni depositati presso altri centri finanziari. Il piano dell'euro-scudo non ha ancora tuttavia superato lo scoglio dell'aliquota applicabile, scontrandosi con chi non auspica una penale troppo salata e talmente onerosa da scoraggiare il rientro di capitali, e chi, al contrario, esclude pene troppo basse, che equivarrebbero ad una sorta di premio per chi ha infranto le leggi. Parallelamente alle iniziative a carattere sovra-nazionale, diversi Stati UE stanno mettendo a punto varie iniziative atte a incrementare gli introiti fiscali e a punire gli evasori. Si possono citare ad esempio l'iniziativa

²⁰ Questo accordo, il cui nome per esteso è "Accordo di cooperazione tra la Confederazione svizzera, da un lato, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri dall'altro, per lottare contro la frode ed ogni altra attività illecita che leda i loro interessi finanziari", firmato il 26 ottobre 2004 a Lussemburgo e ratificato il 17 dicembre 2004 dal Parlamento svizzero, è entrato in vigore a partire dall'8 aprile 2009. L'entrata in vigore anticipata all'aprile 2009 è valida per i seguenti paesi: Bulgaria, Finlandia, Francia, Germania, Inghilterra, Polonia, Romania e Svezia. Rispetto alle norme degli accordi di Schengen concernente la cooperazione internazionale, l'accordo antifrode rappresenta una "lex specialis", nel senso che le sue norme si applicano prioritariamente a quelle degli Accordi di Schengen.

²¹ Cfr. Isabella Bufacchi, "Scudo solo per rientri veri", Il sole 24 Ore, 22.04.2009

di auto-denuncia telefonica su base anonima messa a disposizione dalle autorità francesi²², oppure l'iniziativa tedesca di limitare il trasferimento di capitali in paesi considerati alla stregua di paradisi fiscali²³.

Molti stati inoltre, lavorano attivamente alla lotta all'evasione fiscale. L'Italia ad esempio ha recentemente varato il suo terzo scudo fiscale che prevede alcune particolarità degne di nota. Innanzi tutto la creazione di una lista nera per cui i capitali detenuti da cittadini italiani nei paesi facenti parte di questa lista (tra cui anche la Svizzera) devono essere fisicamente rimpatriati. Resta salva la possibilità del ricorso al così detto "rimpatrio giuridico" tramite l'utilizzo di una fiduciaria statica italiana, per cui i patrimoni potrebbero continuare ad essere mantenuti e gestiti all'estero. Il parlamento italiano ha inoltre accettato di estendere l'ammnistia, oltre che ai reati meramente fiscali, anche ad una serie di reati patrimoniali, quali ad esempio il reato di falso in bilancio. Ancor più recentemente l'Agenzia delle Entrate ha emanato una circolare applicativa che ribadisce, tra le altre cose, anche la copertura dello scudo per le aziende italiane i cui imprenditori aderiscono al rimpatrio. Oltre a questa iniziativa, l'Italia è attiva su diversi fronti nella lotta all'evasione fiscale, non da ultimo la registrazione delle targhe della autovetture in uscita verso la Svizzera ai valichi di frontiera, lo sconfinamento di distaccamenti della Guardia di Finanza ed una sempre maggiore pressione mediatica.

2.2 L'Organizzazione per la Cooperazione e lo sviluppo Economico (OCSE)

Un partner ed organismo internazionale altrettanto importante ed influente è l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico. La Svizzera è membro fondatore dell'OCSE, grazie alla quale ha la possibilità di fruire di una piattaforma internazionale per difendere i suoi interessi e per apprendere dai suoi pari ("peer-learning"), contribuendo nel contempo all'elaborazione di standard comuni.

L'OCSE, infatti, sotto forma di raccomandazioni ("soft law") è in grado di influenzare efficacemente la politica fiscale internazionale. Riconosciuta la validità del principio di una sana competitività fiscale, attraverso rapporti e raccomandazioni, essa ha inteso sviluppare una migliore comprensione su come regimi fiscali pregiudizievoli e giurisdizioni aventi caratteristiche di centro off-shore condizionino la dislocazione di attività e servizi. L'OCSE si prefigge di intervenire presso alcuni Stati affinché modifichino i regimi dannosi a carattere discriminatorio; propone un modello di trattato; raccomanda l'adozione di un effettivo scambio di informazioni non solo per i casi di frode fiscale secondo la legge dello stato richiedente ma anche per i casi di "evasione fiscale", incluso l'accesso alle informazioni bancarie: in sostanza uno scambio di informazioni e standard di trasparenza²⁴. Lo standard OCSE, posto alla base dei commi 4 e 5 dell' art. 26 del modello di convenzione contro le doppie imposizioni²⁵, prevede lo scambio di informazioni su richiesta da parte delle Amministrazioni fiscali per tutte le questioni fiscali a prescindere dalla normativa interna in tema di segreto bancario, garantendo comunque ampia tutela alla confidenzialità delle informazioni oggetto di scambio. Lo stesso standard è stato recentemente (2008) incorporato anche dall' ONU nell' ambito del proprio modello di convenzione internazionale contro le doppie imposizioni (generalmente utilizzato dai Paesi in via di sviluppo).

Questo tema ha ricevuto ulteriore impulso nell' imminenza del summit del Gruppo dei 20 (G20)²⁶ tenutosi a Londra lo scorso 2 aprile 2009, in relazione al succedersi di notizie relativamente alla volontà di adottare in tale sede misure di contrasto deciso nei confronti dei paradisi fiscali ("tax haven"). La pubblicizzazione di tali intenzioni, nonché la risonanza data alla possibile inclusione dell' uno o dell' altro Paese nella lista di quelli da considerare quali "tax haven", hanno, infatti, dato luogo ad una molteplicità di reazioni e di prese di posizione, da parte sia di singoli Stati sia di organismi internazionali. In particolare, l' avvio stesso delle discussioni circa l' adozione da parte del G20 di una apposita black list, diretta a sostituire ed integrare l' ultima versione della lista OCSE dei Paesi non cooperativi ai fini fiscali (che contemplava, prima dell'aprile 2009, tre Paesi: Andorra, Liechtenstein e Monaco) ha di fatto determinato una vera e propria rincorsa all'

22 Cfr. Attilio Geroni, "Parte dal tele-confessionale il ritorno dei capitali francesi", Il Sole 24 Ore, 22.04.2009. La procedura prevede la possibilità di contattare anonimamente un call-center per richiedere informazioni e accordarsi per un appuntamento con le Autorità, al fine di definire la procedura ed eventuali sanzioni per il rientro dei capitali.

23 Cfr. Beda Romano, "Berlino prepara una stretta sull'evasione", Il Sole 24 Ore, 22.04.2009. In questo caso società e persone che hanno rapporti d'affari con paesi considerati non cooperativi dal punto di vista fiscale, dovranno informarne le Autorità e dimostrare che questi rapporti non servono in alcun modo ad evadere il fisco tedesco. Chi non rispetterà queste regole correrà il rischio di sanzioni, tra le quali ad esempio l'impossibilità di detrarre le spese dalle imposte. Questa pratica rovescia di fatto l'onere della prova, costringendo chiunque abbia rapporti d'affari con questi paesi a giustificare le proprie attività.

24 Cfr. Mattia Annovazzi, "Breve studio sulle entità off-shore fittizie quali soggetti svizzeri o stranieri nel diritto civile svizzero, con riferimento alle fondazioni di famiglia del Liechtenstein", Centro Studi Bancari, Quaderni di ricerca, No. 26, Ottobre 2006.

25 Cfr.: www.oecd.org/dataoecd/43/57/42219418.pdf

26 Il G20 è un Forum informale composto dai Ministri delle Finanze e dai governatori delle Banche Centrali di 19 Paesi, ai quali si aggiunge l'Unione Europea, costituito per la promozione di un dialogo aperto e costruttivo tra Paesi industriali ed economie emergenti su questioni chiave relative alla stabilità economica globale. Ne fanno parte Canada, Francia, Germania, Giappone, Italia, Regno Unito, Russia e Stati Uniti (G8), Australia, Arabia Saudita, Argentina, Brasile, Cina, Corea del Sud, India, Indonesia, Messico, Sudafrica, Turchia e Unione Europea.

"abbandono" del segreto bancario, o quanto meno all'adozione di un approccio di maggiore flessibilità rispetto alle richieste di informazioni provenienti dalle amministrazioni fiscali degli altri Stati.

In pratica, ciò si è tradotto nella stipula, nelle settimane a ridosso del summit di Londra, di un crescente numero di accordi e impegni per l'applicazione degli standard OCSE in materia di scambio di informazioni. In tal senso si inserisce la decisione del Consiglio Federale del 13 marzo 2009 che prevede l'abbandono delle riserve sin qui espresse e la piena adozione dell'art. 26 del Modello OCSE per lo scambio di informazioni.

Ciò nondimeno, l'incontro G20 si è comunque concluso con l'adozione di una presa di posizione forte contro i paesi considerati quali tax haven²⁷. È stato, infatti, raggiunto un accordo per una azione contro le giurisdizioni non cooperative, con possibilità di adozione di sanzioni dirette alla protezione delle finanze pubbliche e dei sistemi finanziari. Lo stesso comunicato finale del G20 fa poi esplicito rinvio alla nuova ricognizione dello stato di applicazione dello scambio di informazioni contemporaneamente effettuata dall'OCSE, che ha pubblicato un apposito rapporto nella medesima data in cui si è svolto il summit. Da questo rapporto risulta particolarmente interessante per la Svizzera, l'adozione di una così detta "lista "grigia", ossia una lista di giurisdizioni che si sono impegnate al rispetto degli standard, ma non li hanno ancora di fatto applicati. Tale categoria risulta a sua volta ripartita in due sottogruppi: quello dei "paradisi fiscali" (vale a dire dei Paesi che nel 2000 erano stati qualificati come tali in ragione della presenza di determinate caratteristiche (si tratta di 33 "paradisi", tra i quali ad esempio Andorra, Liechtenstein, Monaco e San Marino)) e quella degli "altri centri finanziari" (8 Stati: Austria, Belgio, Brunei, Chile, Guatemala, Lussemburgo, Singapore e Svizzera; in pratica, i Paesi sotto osservazione, in attesa di poter essere inclusi nella "lista bianca")²⁸.

Da notare inoltre che all'interno dell'OCSE esiste un'agenzia specializzata nella lotta contro il riciclaggio di denaro (GAFI/FATF)²⁹. Tale organismo emana regolarmente raccomandazioni anti riciclaggio, che più che raccomandazioni, suonano come vere e proprie imposizioni.

In seguito all'integrazione nel diritto federale svizzero di tali raccomandazioni dal 2009 è stata migliorata l'assistenza alle procedure straniere e lo scambio d'informazioni tra la piazza bancaria elvetica e quella internazionale. In particolare è stata allargata la cooperazione della Svizzera a favore delle procedure straniere per frode fiscale. Mentre lo scambio di informazioni direttamente fra autorità fiscali deve superare gli scogli dei negoziati sulle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione, l'OCSE ha proceduto lungo una corsia privilegiata: fra le norme appena approvate figura anche la revisione della Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale che ha previsto (art. 3 cpv. 3 seconda frase lett. b.) che le autorità penali svizzere, nell'interesse di un procedimento penale straniero promosso per truffa aggravata, potranno concedere l'extradizione della persona perseguita o condannata, sequestrare e trasferire all'estero il provento del reato nonché i relativi mezzi di prova, compresi quelli protetti dal segreto bancario e dal segreto commerciale. È vero che già in passato le autorità svizzere potevano cooperare con le autorità straniere in favore di un procedimento per truffa in materia di tasse, dirette ed indirette, ma esclusivamente per la trasmissione di mezzi di prova, mentre ora si estende tale cooperazione anche all'extradizione delle persone e al sequestro ed alla trasmissione del provento di simili truffe tributarie purché siano aggravate per il fatto di essere commesse tramite associazione per delinquere e di perseguire "importanti profitti". Sarà la giurisprudenza a stabilire in cifre l'importo che costituisce "profitto importante", essendo chiaro sin d'ora che il legislatore ha voluto escludere soltanto i reati bagatella. In questo modo, il Parlamento svizzero ha esteso in favore di tutti i paesi del mondo la concessione già strappatagli dall'UE nell'ambito dell'Accordo bilaterale antifrode³⁰.

2.3 Gli Stati Uniti d'America (USA)

Tra gli attori internazionali importanti e molto influenti in materia fiscale, ritroviamo gli Stati Uniti d'America (USA). Il loro potere di imporre internazionalmente leggi e raccomandazioni è noto da diverso tempo. Negli ultimi tempi, in relazione anche con la crisi globale economica e dei mercati finanziari, si è assistito ad un deciso rafforzamento della politica contro l'evasione fiscale. In particolare già prima dell'elezione del nuovo Presidente, e precisamente nel luglio 2008, presso il Senato USA si sono svolte audizioni incentrate sull'utilizzo di paradisi fiscali da parte dei contribuenti americani. Documento base di tali audizioni è stato il rapporto "Tax haven banks and U.S. Tax compliance"³¹, nel quale vengono esaminati due casi di

27 Cfr. "London Summit - Leaders' Statement", punto 15: www.londonsummit.gov.uk/en/summit-aims/summit-communique/

28 Cfr. "Misure internazionali di contrasto ai paradisi fiscali (pos. 496/6)", Circolari ABI serie tributaria nr. 8, 4 maggio 2009.

29 Il GAFI è un organismo intergovernamentale che ha quale obiettivo di concepire e promuovere politiche di lotta al riciclaggio di denaro e di finanziamento al terrorismo, tanto a livello internazionale che nazionale. Il GAFI è dunque un organismo di decisione che cerca di suscitare la volontà politica necessaria al fine di riformare sul piano nazionale le leggi e le regolamentazioni nei campi di sua competenza. Nell'esercizio delle sue attività esso collabora con altri organismi internazionali attivi nella lotta contro il riciclaggio. Il GAFI ha pubblicato 40 + 9 raccomandazioni al fine di soddisfare i suoi obiettivi. Esso conta 33 paesi membri, oltre a altri paesi membri di associazioni legate allo stesso. Per maggiori informazioni si veda www.fatf-gafi.org

30 Cfr. Paolo Bernasconi, "Cooperazione fiscale allargata. Dal 2009 più collaborazione della Svizzera in caso di frode" Corriere del Ticino, 19.06.2008.

31 Cfr.: http://hsgac.senate.gov/public/_files/071708PSIRreport.pdf

studio, diretti a dimostrare come le banche in Liechtenstein ed in Svizzera abbiano utilizzato pratiche tali da facilitare l'evasione fiscale da parte dei propri clienti USA. In stretto collegamento con tali audizioni, sempre nel corso del 2008, è stata svolta l'indagine nei confronti di una delle principali banche svizzere, in relazione al ruolo da essa svolto a favore di cittadini americani che si sono avvalsi del sistema finanziario svizzero per motivi di evasione fiscale. Da notare che i meccanismi utilizzati da tali investitori rientrano tra quelli oggetto della normativa del Qualified Intermediaries Agreement, i cui contenuti risulterebbero pertanto essere stati disattesi dalla banca. Una prima fase della vertenza si è recentemente chiusa con un compromesso extragiudiziale stipulato tra la banca stessa e le autorità statunitensi. Tale accordo, che ha consentito di evitare un procedimento penale negli Stati Uniti, ha ricevuto l'approvazione della FINMA che ha ordinato la trasmissione immediata di un numero circoscritto di dati di clienti alle autorità statunitensi "al fine di annullare, mediante un'intesa, le conseguenze drammatiche che una simile procedura avrebbe avuto" per la banca e "per la stabilità del sistema finanziario elvetico"³². Peraltro, tali accordi non hanno ad oggi comportato anche la composizione della controversia con l'Amministrazione fiscale americana (IRS), che si sta attivando per ottenere l'informativa relativamente all'intera categoria dei contribuenti per i quali vi è il sospetto di violazione delle norme fiscali americane³³.

Tale vertenza è anche alla base, indirettamente, della decisione del Consiglio Federale di aderire senza riserve al Modello OCSE (art. 26) per le CDI³⁴.

Come accennato in precedenza, uno degli accordi fondamentali a carattere fiscale con gli USA è il "Qualified Intermediaries Agreement". Tale normativa si basa su appositi accordi stipulati tra gli intermediari (Qualified Intermediaries, in genere agenti pagatori che si sostituiscono ai soggetti fiscali, prelevando per conto dell'autorità americana le imposte dovute dagli stessi) e la stessa IRS e che consente, da un lato, agli investitori non USA di ottenere i benefici fiscali previsti dagli accordi contro le doppie imposizioni per gli interessi ed i dividendi di fonte americana, e dall'altro al fisco USA di poter estendere i propri controlli sui possessi dei propri cittadini di attività finanziarie presso i sistemi finanziari di altre giurisdizioni. Questo accordo, al pari dell'accordo sull'euro-ritenuta, si basa sul prelievo alla fonte della US Withholding Tax (una sorta di imposta preventiva sui redditi di fonte americana) ed è accettato come strumento per evitare lo scambio automatico d'informazioni a carattere fiscale.

Nuove iniziative sono previste dall'Amministrazione americana per combattere in modo ancor più mirato l'evasione fiscale. Infatti, parallelamente allo svolgimento delle citate audizioni ed indagini, l'IRS ha annunciato, con comunicato del 16 ottobre 2008, l'adozione di modifiche al regime del Qualified Intermediaries Agreement, che dovrebbero divenire operative dal 31 dicembre 2009, concernenti in modo particolare quegli aspetti dell'accordo che sono diretti alla rilevazione dei nominativi dei cittadini USA che detengono investimenti all'estero. Più di recente, in data 2 marzo 2009, è stato ripresentato il disegno di legge, già appoggiato nel 2007 dall'attuale presidente USA (all'epoca senatore), denominato "Stop Tax Haven Abuse Act" diretto, come si desume dalla stessa intitolazione, a combattere l'utilizzo di centri finanziari off-shore che offrono garanzie di riservatezza nei confronti del fisco. Il disegno di legge reca una lista di giurisdizioni caratterizzate da segreto bancario, tra le quali rientra la Svizzera³⁵.

Ancora più recentemente gli USA hanno varato un'amnistia fiscale tramite autodenuncia, per quei contribuenti americani che detengono capitali non dichiarati all'estero. A differenza del modello italiano di scudo fiscale visto in precedenza, tale amnistia non prevede l'esenzione per il contribuente dalla multa prevista per l'evasione fiscale, ma gli garantisce comunque l'immunità da procedimenti penali in tal senso.

32 Cfr. comunicato stampa della FINMA del 18 febbraio 2009: www.finma.ch/d/aktuell/Documents/mm-ubs-x-border-20090218-i.pdf

33 Per maggiori dettagli in merito al questa vertenza vedi: Paolo Bernasconi, "Concorso in reati fiscali di contribuenti USA: rischi legali e reputazionali per banche svizzere secondo le autorità statunitensi" in NewsLetter Compliance16, Settembre 2008, Centro Studi Bancari; come pure dello stesso autore, "Comunicato 18.02.2009 della FINMA riguardo all'accordo fra l'UBS e gli USA", 20.02.2009 in www.pblaw.ch, oppure "UBS: la trappola USA John Doe: chi era costui?", 20.02.2009, in www.pblaw.ch

34 Da notare che la CDI tra Svizzera e USA prevede già (come del resto quelle tra Svizzera e Austria Finlandia, Francia, Germania, Inghilterra, Malta, Norvegia, Olanda, Spagna e Turchia) la clausola allargata d'informazione prevista dall'art. 26 della stessa convenzione. In particolare per quanto riguarda gli USA, per esercitare il diritto all'informazione, è sufficiente l'interpretazione di una struttura come avente l'unico scopo di evadere le imposte.

35 Cfr. Circolari ABI, opera citata

3 REATI FISCALI E TRIANGOLAZIONI MEDIANTE L'USO DI VEICOLI OFF-SHORE

I flussi finanziari diretti verso giurisdizioni off-shore rappresentano indubbiamente una parte significativa di tutte le transazioni internazionali, siano essi legati ad attività commerciali, investimenti societari e movimenti di patrimoni privati alla ricerca di condizioni fiscali più favorevoli, di una buona efficienza operativa e alla salvaguardia della confidenzialità. Soprattutto presso istituti con una parte importante di clienti stranieri vengono offerti servizi e consulenza legati alla creazione e l'amministrazione di veicoli finanziari particolari (ad esempio fondazioni, trust di diritto anglosassone e società off-shore) direttamente attraverso propri dipartimenti, corrispondenti indigeni o esteri o società affiliate. La protezione patrimoniale per gli investimenti finanziari e l'ottimizzazione reddituale per le attività societarie sono le chiavi di successo delle piazze off-shore. La finanza off-shore viene però spesso anche collegata ad operazioni poco trasparenti ed a complesse strategie societarie sottese all'evasione fiscale. L'utilizzazione di società off-shore, soprattutto di società di sede, quali strumenti di camuffaggio nei confronti di autorità o terzi, rappresenta una realtà finanziaria e commerciale diffusa³⁶.

Come visto in precedenza, le giurisdizioni off-shore sono sempre più oggetto di critiche da parte dei vari organismi internazionali, così come la piazza finanziaria svizzera. Il segreto bancario sembra essere stato il criterio decisivo che ha portato a considerare la Svizzera un centro finanziario off-shore.

La pianificazione fiscale internazionale si serve di una gran varietà di strumenti tra cui, come detto, le società di sede. In questo capitolo, partendo dalla definizione di società di sede e dalle sue caratteristiche, si analizzeranno alcune tipologie di triangolazioni che si avvalgono soprattutto di queste società ai fini di ottimizzazione fiscale, spesso connessa con l'evasione fiscale.

3.1 La società di sede

Ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 della CDB 08 si intendono società di sede tutte le società, fondazioni, trusts, società fiduciarie, ecc., che non esercitano nello Stato dove sono domiciliate attività commerciale, di fabbricazione, o qualunque altra attività condotta in forma commerciale³⁷. Nella prassi della commissione di sorveglianza rientrano anche le società con attività commerciale e operatività modesta.

È quindi irrilevante il luogo di incorporazione. Le società di sede possono essere incorporate sia in Svizzera, sia all'estero; in quest'ultimo caso si parla però sovente di società off-shore³⁸. La definizione di società di sede non va intesa in senso tecnico. Si tratta in genere di un veicolo finanziario destinato alla gestione del patrimonio dell'avente diritto economico. La domiciliazione di una società di sede, con messa a disposizione di una cassetta per le lettere o con esecuzione di lavori di segreteria, non soggiace alla LRD.

Secondo la cifra 38 CDB 08, indipendentemente dallo scopo, dalla funzione, dalla forma giuridica e dalla sede, le imprese (sia svizzere che straniere) sono considerate di sede quando: a) non dispongono di uffici propri (sede presso un avvocato, una società fiduciaria, una banca, ecc.) oppure b) non dispongono di proprio personale che operi esclusivamente per esse, oppure questo si occupa soltanto di lavori amministrativi (tenuta della contabilità, disbrigo della corrispondenza secondo le direttive che riceve dalle persone o dalle società che hanno l'effettivo dominio sulla

società di sede). Esistono svariate forme giuridiche per le società di sede, tra cui la società anonima, in particolare quella con azioni al portatore, le fondazioni di famiglia, le "Anstalten", i trust ecc.. Nella nozione della CDB rientrano anche le unioni di persone e le unità patrimoniali organizzate, come pure persone giuridiche e società personali, svizzere o estere, le società di persone ma anche corporazioni con propria personalità giuridica. Secondo la cifra 39 CDB 08, sono parimenti considerate società di sede le fondazioni di famiglia, nonché altre persone giuridiche e società che perseguono lo scopo di salvaguardare, mediante un'azione comune, gli interessi dei propri membri o che si propongono un fine politico, religioso, scientifico, artistico, benefico, ricreativo (o simili), qualora la banca accerti che non vengono perseguiti unicamente tali obiettivi statutari³⁹. Lo scopo principale della società di sede è quello di società d'intermediazione per il commercio di merce (società di rifatturazione e "trading" commerciali per servizi amministrativi relativi a

36 Cfr. Mattia Annovazzi, opera citata.

37 Da notare che succursali di società operative all'estero, che in Svizzera non dispongono di personale e locali propri e che hanno la loro sede presso un fiduciario o un avvocato in Svizzera sono considerate società di sede.

38 Le principali "piazze" off-shore che si sono sviluppate e specializzate nella creazione ed amministrazione di società di sede sono notamente le B.V.I., Panama, Bahamas ed Isole Cayman. Non vanno comunque dimenticate piazze che gravitano intorno all'orbita inglese, quali Jersey o Guernsey oppure alcuni stati USA come Delaware e Wyoming che, in contraddizione con le decisioni e le pressioni sia del Senato americano che del IRS, hanno una legislazione molto favorevole alle società di sede. Inoltre alcuni centri finanziari europei, come ad esempio il Lussemburgo, possono svolgere un ruolo parimenti importante.

39 Cfr. Mattia Annovazzi, opera citata.

merce acquistata, con trattenuta di una parte dei profitti a titolo di compenso), per lo sfruttamento di diritti immateriali come patenti, marchi e modelli (per gestione di marchi commerciali licenze, brevetti, modelli, attraverso una società che li sfrutterà commercialmente cedendoli in concessione, affitto o leasing), come pure per l'esecuzione di contratti di agenzia, fiduciari e di commissione. Tra società le funzioni possono essere combinate: contratti di prestito, di assicurazione, di sfruttamento di licenze e patenti, contratti di management e i "cost-sharing agreement" per il trasferimento di costi. Comunque, il ruolo principale di questo tipo di società, è quello della gestione del patrimonio del beneficiario o ADE, poiché, classicamente, l'uso di queste strutture permette il perseguimento di tutta una serie di scopi quali: investire in un luogo pur non essendovi domiciliati ; evitare che il non residente sia sottoposto a restrizioni valutarie o a elevata tassazione personale nel proprio paese di domicilio ; percepire guadagni saltuari da fonti estere rispetto al paese di residenza per individui non residenti nel luogo di domicilio della società.

Più classicamente le società di sede, in particolare le società off-shore, vengono utilizzate in relazione alla creazione di una "rete societaria", più o meno complessa, al fine di ottimizzazione fiscale, leggesi evasione.

3.2 Reati fiscali tramite triangolazioni

La perpetrazione di reati fiscali, siano essi sottrazione, frode o truffa fiscale, si evidenzia sempre più tramite l'utilizzo di strutture e costruzioni macchinose. Più sono gli attori chiamati in causa nella costruzione e nella gestione dei flussi finanziari, più essa risulta complessa e di difficile chiarificazione, sia per le autorità di perseguimento, ma anche per gli intermediari finanziari nello svolgimento dei loro doveri di diligenza obbligatori. Tramite l'utilizzo di società di sede off-shore si dà forma a quella che comunemente viene denominata operazione di triangolazione e che può avere diverse forme e particolarità. Si presenteranno di seguito alcuni esempi di operazioni di triangolazione e si analizzeranno le loro conseguenze da un punto di vista fiscale, ma anche, più generalmente, da un punto di vista penale e procedurale.

3.2.1 La triangolazione tramite sovra-fatturazione

Uno degli schemi classici di triangolazione, che permette a chi ne fa uso di evadere il fisco nel proprio paese di domicilio è brevemente illustrato nella Figura 1 di seguito riportata.

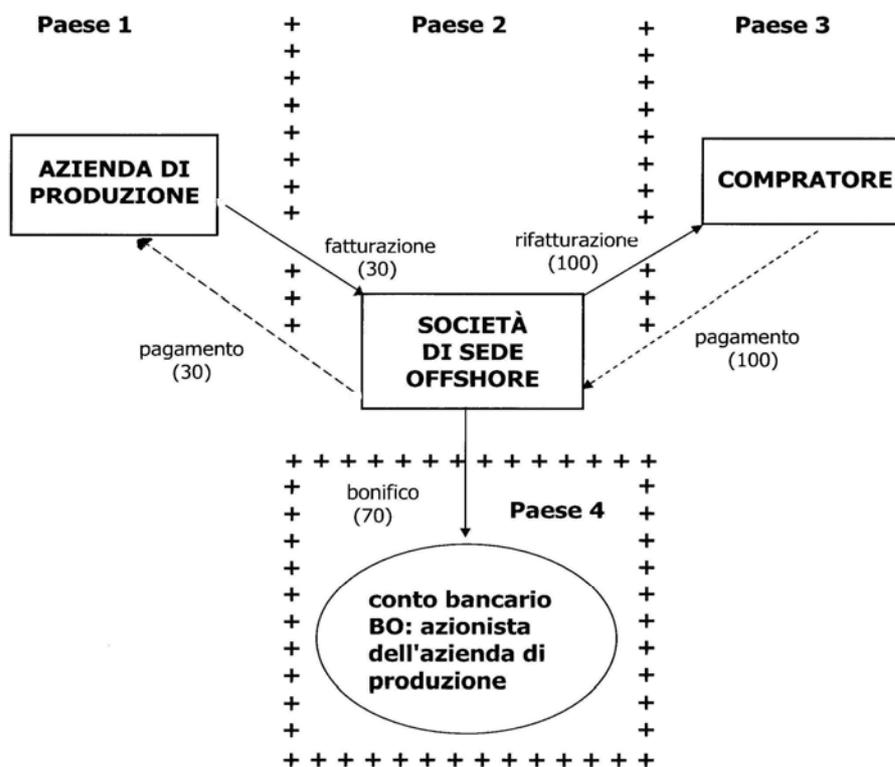


Figura 1: Schema semplificato di triangolazione (Fonte: Executive Master in Compliance Management 2008-2009 – Modulo 8: "Infrazioni fiscali e doganali ed obblighi anti-riciclaggio" – Tabella 32-19, pag. 383).

Al fine di evadere le imposte nel proprio paese di domicilio (Paese 1: ad esempio paesi dell'UE), l'azienda produttrice, invece di vendere direttamente il bene al compratore con sede nel Paese 3 (ad esempio paesi OCSE o del Terzo Mondo) al prezzo pattuito, transita da una società di sede off-shore con sede nel Paese 2 (ad esempio centri finanziari off-shore, tipicamente, come accennato in precedenza, paesi dell'area caraibica come BVI, Panama o Bahamas oppure centri europei e territori indipendenti come Inghilterra, Olanda, Malta,...) vendendo il bene sottocosto⁴⁰. Tale società off-shore rivende poi lo stesso bene al compratore finale, al prezzo pattuito, applicando quindi una percentuale di ricarico (o margine di rifatturazione). Questa differenza è susseguentemente depositata presso il conto bancario della società off-shore situato in un ipotetico Paese 4 (tipicamente piazze finanziarie con un forte segreto bancario come ad esempio Svizzera, Lussemburgo,...). Avente Diritto Economico (ADE) del detto conto bancario è l'azionista della società di produzione che può così disporre liberamente dei beni sottratti alla società produttrice e quindi al fisco del proprio paese di domicilio, e che risultano inoltre schermati, protetti e quasi del tutto anonimizzati. Il meccanismo sopra descritto è applicabile anche inversamente, ovvero per forniture di merci che transitano da una società di comodo con l'applicazione di un margine di rifatturazione.

Tale procedere permette dunque, come visto, all'azienda di produzione di risparmiare l'imposizione sul margine di rifatturazione sottraendo, di fatto, questo importo all'erario del proprio paese di domicilio.

Sebbene l'operazione potrebbe sembrare lecita, soprattutto se la struttura si dota di contratti e fatture plausibili, di fatto si è in presenza di una vera e propria frode fiscale. Infatti, la natura chiaramente fraudolenta, atta in pratica esclusivamente ad evadere le imposte nel paese di domicilio della società di produzione, appare sì dalle fatture fittizie, ma anche dalla struttura in se stessa, qualificabile come "struttura fittizia" o un "castello di menzogne", atto all'evasione fiscale. Tuttavia, se la prestazione della società off-shore avesse un reale valore quantificabile ed i prezzi di ricarico non risultassero inveritieri, si potrebbe ragionevolmente sostenere la tesi di una pura sottrazione fiscale e non più di frode fiscale⁴¹. Questa tesi risulta in ogni caso difficilmente sostenibile e dimostrabile, risultando difficilmente comprovabile l'effettivo valore della prestazione della società off-shore, e si parte pertanto dal presupposto che sia una manovra puramente fittizia e riconducibile alla frode fiscale.

Ne risultano quindi diversi rischi legali, soprattutto nell'ambito del paese di domicilio della società di produzione.

Come prima ipotesi si potrebbe di fatto profilare un procedimento penale e/o amministrativo per frode fiscale che comporterebbe nel paese di domicilio della società off-shore o della banca depositaria del conto beneficiario della differenza di rifatturazione, un'esecuzione di rogatoria e di assistenza amministrativa e penale.

Oltre ai procedimenti relativi a reati fiscali a cui accennato in precedenza, l'utilizzo di strutture di triangolazioni nasconde in se il rischio di altri reati penali non fiscali.

In primo luogo vi è il rischio di procedimento per appropriazione indebita. Infatti i profitti della società di produzione vengono distratti a favore della società off-shore; se le due personalità, siano esse giuridiche o fisiche, non sono le medesime⁴², si può ragionevolmente supporre che il management della società di produzione si appropri indebitamente di profitti spettanti alla stessa dirottandoli sulla società off-shore. Ciò accade anche con le mutate condizioni nel tempo. Se infatti, all'inizio dell'utilizzo di tali triangolazioni le condizioni di uguaglianza tra le due entità erano date, ciò potrebbe mutare durante la vita delle società o delle operazioni di triangolazione.

Una seconda ipotesi di reato che potrebbe profilarsi all'orizzonte dell'utilizzo di strutture di triangolazione è quella di amministrazione infedele. Infatti se un amministratore della società di produzione accetta il procedere tramite triangolazioni, non agisce nell'interesse di quest'ultima, ma nell'interesse della società off-shore. Questo reato presuppone un danno (in questo caso il margine di rifatturazione) che potrebbe anche essere identificato come il rischio di sanzione fiscale. Se l'amministrazione infedele è perpetrata in modo qualificato, ossia a scopo di lucro, essa è punibile come crimine, e si profila anche quindi l'ipotesi di

40 Allo scopo di meglio facilitare la comprensione dello schema, si è scelto l'esempio di una percentuale di ricarica estremamente elevata, tale da non poter essere né compatibile né tanto meno giustificabile nemmeno sulla base di eventuali prestazioni fornite dalla società off-shore. Nella prassi reale dello svolgimento di tali operazioni, il margine di ricarica è molto basso (e quindi eventualmente giustificabile davanti alle autorità fiscali del proprio paese) ma l'accumulo sulla cifra d'affari totale permette in ogni caso un vantaggio fiscale enorme per la società di produzione. Inoltre spesso lo schema risulta ben più complesso dell'esempio semplificato, con l'interposizione di più strutture a mascherare

41 Questa particolarità ha delle ripercussioni soprattutto in relazione allo scambio di informazioni ed all'assistenza amministrativa in materia fiscale. Infatti, uno dei principi finora inviolabili dei trattati internazionali con la Svizzera è che quest'ultima conceda assistenza amministrativa e scambio di informazioni solamente per quei reati qualificabili come frode fiscale. Tale principio va via via sparendo, soprattutto in relazione al Comunicato del Consiglio Federale del 13 marzo 2009 (come visto in precedenza) ed ad esempio a CDI particolari che prevedono la clausola allargata dello scambio di informazioni, come ad esempio la CDI tra Svizzera ed USA che prevede, tra i casi in cui può essere concessa assistenza, anche alcune fattispecie che sarebbero qualificabili come sottrazione fiscale e non come frode fiscale.

42 Per medesime si intende identiche. In caso di persona giuridica con più azionisti o soci, i rapporti delle percentuali di capitale nella società produttrice devono essere replicati identicamente nella società off-shore.

riciclaggio del provento del reato sopra descritto. Anche se alcuni Stati (come ad esempio l'Italia) non conoscono questo reato così come definito in Svizzera, il problema si pone con numerosi altri Stati.

Un altro reato che talvolta si accompagna all'uso di triangolazioni è quello di truffa (non intesa come truffa fiscale ma come truffa ad esempio ai sensi dell'art. 146 CPS). Ciò potrebbe essere ad esempio il caso in cui la società di produzione abbia vincoli contrattuali che prevedono la distribuzione di parte di utile ad esempio a dipendenti o terzi finanziatori; agendo attraverso le triangolazioni la società sottrae una parte di utile modificando in tal modo la base di calcolo della distribuzione. Tale fattispecie potrebbe altresì essere riscontrabile in caso ad esempio di ottenimento da parte della società di produzione di finanziamenti pubblici.

Oltre ai reati patrimoniali sopra descritti, molto spesso entrano in gioco anche illeciti di carattere fallimentare. Infatti tramite le triangolazioni si procede ad un depauperamento della società di produzione. Nel caso in cui, infatti, lo schema sopra descritto, venga utilizzato da un'azienda florida, avremmo solo un'infrazione di carattere fiscale, al contrario, se la società si trovasse in crisi e prossima al fallimento, si prospetterebbe il reato di bancarotta, il più delle volte fraudolenta, visto l'utilizzo di strutture fittizie. Anche questo reato è considerato quale crimine, ed il relativo provento risulta essere quindi soggetto al riciclaggio di denaro.

Infine non è da dimenticare la possibilità di una promozione d'accusa di riciclaggio di denaro, non inteso come riciclaggio del provento della frode fiscale o delle fattispecie sopra evidenziate, ma come utilizzo di strutture off-shore di triangolazione al fine di riciclare proventi di crimini già consumati. Ciò sarebbe il caso, ad esempio, in caso di utilizzo di tali strutture al fine di scorporare dal bilancio societario quella parte di introiti derivanti da corruzione o da truffa ad enti pubblici.

Come visto le implicazioni di una struttura di triangolazione a fini di "ottimizzazione fiscale" possono essere molteplici e la tendenza recente da parte delle autorità estere (soprattutto da parte delle autorità penali italiane), è di accompagnare questa accusa anche con quella di riciclaggio del provento di frode fiscale o di associazione a delinquere finalizzata a commettere frodi fiscali. In alcuni casi, riguardanti soprattutto le autorità di perseguimento italiane, oltre all'accusa di frode fiscale è stata pure promossa l'accusa di infedeltà patrimoniale (art. 2634 Codice Penale Italiano) e di appropriazione indebita (art. 646 Codice Penale Italiano). Questo tipo di struttura, oltre che per perpetrare frode fiscale, viene spesso utilizzato come fonte per il finanziamento della corruzione. Infatti, come evidenziato, il beneficiario economico del conto bancario off-shore, può liberamente disporre dei beni, mascherati spesso dal segreto bancario del paese depositario, e finanziare così in modo occulto personalità politiche o altre personalità⁴³.

43 Il caso più noto in tal senso fa riferimento ad una nota società tedesca che, tramite una costruzione di società fittizie off-shore, è riuscita a finanziare in modo occulto le tangenti necessarie alle proprie attività in diversi paesi. Cfr. per maggiori dettagli "SIEMENS: I 300 MILIONI DI BUSTARELLE" in Newsletter Compliance 15, in www.pblaw.ch

3.2.2 La fatturazione di costi fittizi

Un altro tipo di operazione molto comune al fine di eludere le imposte nel paese di domicilio di un'azienda di produzione, è quello della fatturazione di costi fittizi. Come illustrato nella Figura 2, la società di produzione riceve una fattura per costi ad esempio di marketing da una società di sede off-shore, il cui beneficiario economico del conto bancario risulta essere l'azionista della stessa azienda di produzione. L'importo viene depositato in un conto bancario presso una piazza finanziaria off-shore. Spesso lo schema è più complesso, con la partecipazione di più società off-shore e più passaggi, in modo da velare ulteriormente le tracce dell'operazione fittizia e fraudolenta.

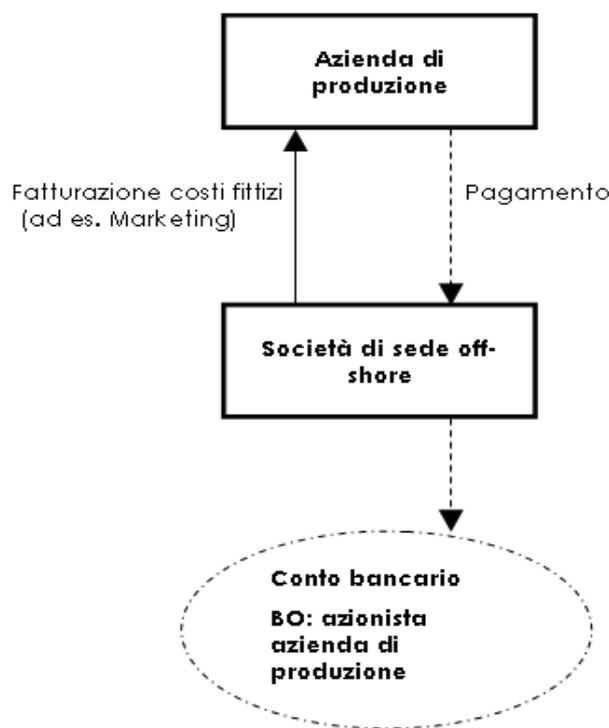


Figura 2: Schema semplificato di fatturazione di costi fittizi (Fonte: autore).

In questo caso la falsità dell'operazione è più evidente rispetto al caso precedente. Infatti la fatturazione risulta essere puramente fittizia, atta al solo scopo, per la società di produzione, di sottrarre una parte di utile eludendo le imposte al proprio paese di domicilio. Molto spesso questo tipo di operazione si accompagna anche con fatture e contratti, che risultano essere falsi e redatti all'unico scopo di alimentare le transazioni.

La questione resta comunque aperta se, ad esempio, ad una fatturazione di questo genere, corrisponde effettivamente un genere di servizio offerto dalla società off-shore⁴⁴ come un prospetto pubblicitario od altro. Chiaramente il costo di tale operazione dovrebbe non essere inveritiero e plausibile. In ogni caso la dimostrabilità di questa fattispecie risulta molto difficile, considerando che le autorità di perseguimento partono dal presupposto che questa operazione sia puramente fittizia. Per quanto riguarda i reati ascrivibili a questo tipo di operatività, vale il medesimo discorso affrontato nel precedente paragrafo (sottrazione/frode fiscale, appropriazione indebita, amministrazione infedele, truffa, reati fallimentari e riciclaggio).

⁴⁴ Il più delle volte, non avendo la società di sede off-shore, per sua definizione, alcun impiegato o stabilimento, tali servizi vengono svolti da società fiduciarie, avvocati o intermediari finanziari che gestiscono effettivamente la struttura e l'attività della stessa società di sede.

3.2.3 La truffa carosello

Una tipologia di frode che sembra essersi sviluppata in questi ultimi anni e che è attualmente fonte di grande preoccupazione soprattutto per gli Stati membri dell'UE, è la frode della società fittizia negli scambi intra-comunitari (la cosiddetta "frode carosello"). Questo meccanismo di frode è un chiaro esempio di abuso dell'esenzione IVA nelle transazioni intra-comunitarie e si configura così come presentato nella Figura 3 sotto riportata.

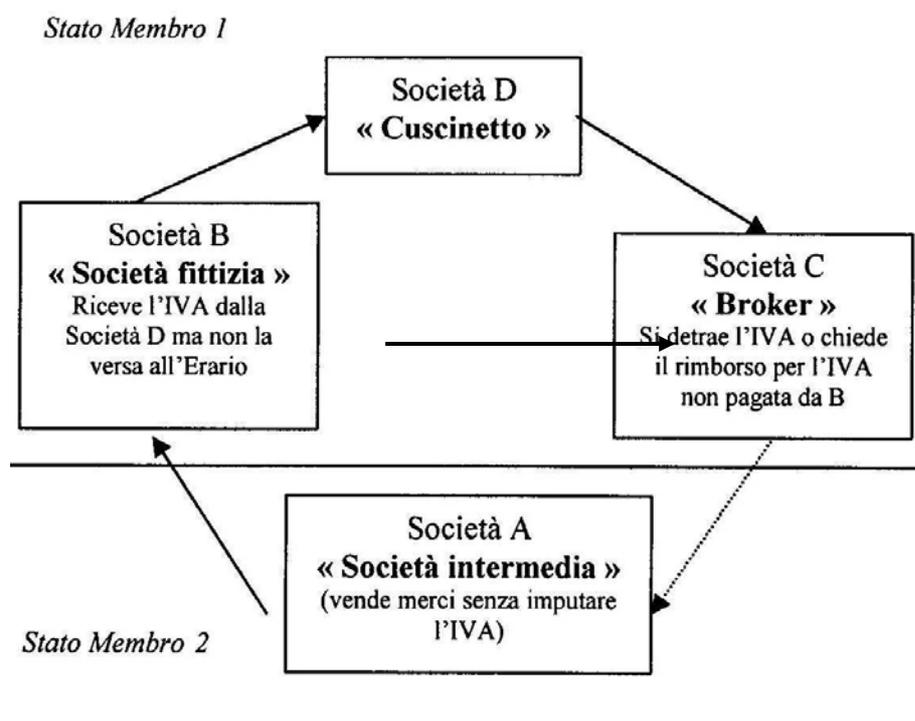


Figura 3: Schema semplice di Carosello IVA (Fonte: Commissione delle Comunità Europee, "Relazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo sull'utilizzo degli accordi di cooperazione amministrativa nella lotta antifrode in materia di IVA", Bruxelles 16.04.2004, pag. 7).

Una cosiddetta "società intermedia" (A) effettua una fornitura di merci intra-comunitaria esente da IVA ad una "società fittizia" (B) in un altro Stato membro. La società (B) acquista le merci senza pagare l'IVA e poi effettua una fornitura nazionale ad una terza società (C), denominata "broker". La "società fittizia" (B) incassa l'IVA sulle vendite fatte al "broker" (C), ma non versa l'IVA all'erario e scompare. Il "broker" (C) chiede il rimborso dell'IVA sugli acquisti effettuati presso (B). Di conseguenza, la perdita finanziaria per l'erario è pari all'IVA pagata da (C) a (B). In seguito, la società (C) può dichiarare una fornitura intra-comunitaria esente alla società (A) e quest'ultima può, a sua volta, effettuare una fornitura intra-comunitaria esente a (B) ed il ciclo della frode si ripete, e questo spiega l'appellativo di "frode carosello". Per sviare le indagini sull'IVA, le merci vengono spesso fornite da (B) a (C) tramite società intermediarie, denominate "società cuscinetto" (D). Può capitare che la "società cuscinetto" sia all'oscuro della frode in atto, ma nella maggior parte dei casi è conscia del fatto di essere coinvolta in un tipo di transazione irregolare (data la natura insolita della transazione commerciale)⁴⁵.

⁴⁵ In alcune sue sentenze la Corte di Giustizia delle Comunità Europee (CGCE) ha statuito che, pur essendovi una frode carosello, alcune "società cuscinetto" erano parti assolutamente innocenti, poiché ignoravano l'esistenza della frode e non avevano alcun contatto con il soggetto inadempiente o che aveva utilizzato abusivamente la partita IVA al momento della richiesta di rimborso. Soprattutto a margine della sentenza del 6 aprile 1995 causa C-4/94 la CGCE ha ribadito che l'obbligo dell'amministrazione fiscale di procedere ad indagini per accertare la volontà del soggetto passivo sarebbe contrario agli scopi del sistema comune IVA di garantire la certezza del diritto e di agevolare le operazioni inerenti all'applicazione dell'imposta dando rilevanza, salvo in casi eccezionali, alla natura oggettiva dell'operazione di cui trattasi. E' quindi irrilevante che altri soggetti a monte non abbiano adempito alle loro obbligazioni tributarie ai fini di determinare il diritto al rimborso del soggetto in buona fede. Questa sentenza avrà sicuramente sulle ripercussioni su alcune normative antielusione recenti che stabiliscono una responsabilità solidale nel pagamento dell'IVA non

In pratica, questi tipi di frode sono strutturati in modo piuttosto complesso e coinvolgono diversi Stati membri e varie società in ciascuno Stato membro. Una definizione precisa dei diversi soggetti implicati è molto difficile da fare poiché, per questo tipo di truffa, vengono utilizzate sia società operative (anche se con management e personale ridotto) che società di sede costituite ad hoc. Generalmente la durata dei rapporti d'affari di queste società è comunque breve e tende a sfruttare la "lentezza" della burocrazia comunitaria in materia di IVA. Generalmente questa fattispecie si consuma nel commercio di beni di consumo quali automobili (nuove o usate), telefoni cellulari, computer (sia hardware che software) e altri apparecchi elettronici.

In materia di frodi carosello, in relazione soprattutto con la possibilità di utilizzo di società di sede off-shore con relazioni bancarie svizzere al fine di nascondere i proventi della suddetta truffa, la dottrina ha adottato due tipi di approccio. Nel caso semplice della così detta "missing trader intra-community VAT fraud", l'autore della frode "scompare" semplicemente con l'IVA ricevuta per una vendita nel suo stesso paese, senza riversarla al fisco. In questo caso non si parla di frode carosello e soprattutto, non trattandosi di beni patrimoniali provento di un crimine, non sussiste alcun obbligo di comunicazione, né tantomeno l'MROS procede ad una comunicazione in tal senso all'autorità di perseguimento penale giusta l'art 23 cpv. 4 LRD.

Nel caso qualificato di "truffa carosello", invece, un tale comportamento deve essere punito, secondo quanto statuito dalla Corte suprema, come truffa di diritto comune ai sensi dell'art 146 CPS, e non come frode fiscale ai sensi del diritto penale amministrativo. In base a questo articolo del CPS è infatti punibile chi decide di propria iniziativa di procacciare a sé o ad altri un indebito profitto ingannando le autorità, facendo valere con l'astuzia, diritti di rimborso fiscale fittizi, di persone esistenti o inventate, ed ottiene il versamento di tali rimborsi. Questa fattispecie costituisce dunque un atto criminale preliminare al riciclaggio di denaro secondo la LRD e quindi l'MROS è tenuto ad inviare una comunicazione di sospetto in tal senso all'autorità di perseguimento penale⁴⁶. In questo contesto, sia l'MROS che le autorità giudiziarie, forniscono piena assistenza giudiziaria alle autorità straniere in fase di rogatoria.

In conclusione, per il solo fatto d'intrattenere una relazione con un soggetto implicato in questo genere di truffa (sia attraverso una relazione bancaria, ma anche in qualità di amministratore della società off-shore implicata) oppure per il fatto che le merci transitino, veramente o fittiziamente, attraverso la Svizzera (considerando anche il transito provvisorio attraverso un punto franco), l'intermediario finanziario è sottoposto ad una serie di rischi di incorrere in procedure penali o amministrative promosse sia dalle autorità locali che da quelle estere.

versata anche ai soggetti a valle o al cliente finale. In effetti, alcune amministrazioni fiscali fra cui, per esempio, quella italiana, hanno imposto l'obbligo per l'acquirente finale di verificare, in casi sospetti, l'avvenuto versamento a monte dell'IVA da parte del venditore o degli altri attori nella catena. (cfr. Commercialarbitration.ch, Fascicolo 4/2007, pag. 10)

46 Cfr. 10° Rapporto d'attività MROS 2007, Aprile 2008, www.fedpol.admin.ch

4 RISCHI PER GLI INTERMEDIARI FINANZIARI IN RELAZIONE AI REATI FISCALI

4.1 Rischi e conseguenze dei reati fiscali per gli intermediari finanziari da un punto di vista del diritto svizzero

L'intermediario finanziario, e soprattutto il suo funzionario, che si presta alla perpetrazione delle irregolarità sopra descritte, spesso lo fa nella forma del concorso in reati fiscali, sia nella forma della correttezza, che in quella dell'istigazione, ma più spesso in quella della complicità, specialmente quando esso mette a disposizione del cliente documenti contabili, oppure addirittura il loro riepilogo, che non corrispondono al vero. Il Tribunale Federale ha adottato in tal senso una chiara posizione secondo cui coloro che gestiscono e che di conseguenza usano un bilancio commerciale anche se solamente allo scopo di ingannare l'autorità fiscale, sono punibili anche per falso in documenti secondo l'art. 251 CP⁴⁷.

La punibilità per complicità del funzionario di banca a favore delle infrazioni fiscali del cliente si rifà soprattutto alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca, che hanno elaborato il concetto di "attività neutrale e tipica della professione", ossia quella che il funzionario avrebbe messo in atto per qualsiasi persona che si fosse trovata nella situazione del cliente. La punibilità scatta non appena il funzionario concorre obiettivamente, mediante la sua condotta, all'infrazione del cliente ed 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 cliente⁴⁸.

Alla banca, e soprattutto ai suoi organi di controllo interni, incombe anche il compito di gestire il rischio di conseguenze patrimoniali connesse alla partecipazione della stessa, 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 fiscale⁴⁹.

Come già evidenziato, in relazione al reato di riciclaggio di denaro, le infrazioni fiscali non sono considerate dall'ordinamento giuridico svizzero, come reati a monte dello stesso. Tuttavia esiste un'eccezione per quei particolari reati, visti in precedenza, definiti come truffe carosello, e che vengono puniti per truffa secondo l'art. 146 CP. Ciò comporta quindi un rischio accresciuto per l'intermediario finanziario nonché per il suo funzionario che dovesse rendersi complice di siffatto reato. Per di più anche l'ordinamento giuridico svizzero non viene risparmiato dall'onda innescata dall'OCSE, rispettivamente dall'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 riguardante la truffa aggravata in materia di prestazioni e di tasse secondo l'art. 14 cpv. 4 DPA.

Uno dei rischi maggiori per gli intermediari finanziari, soprattutto per le banche, nelle infrazioni di carattere fiscale, risulta dalla possibile 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 infatti, 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 debbano godere di ottima reputazione e garantire un'attività irreprensibile"⁵⁰. Per altro, si deve considerare anche che, notoriamente, la FINMA (già 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 straniere⁵¹, si può concludere che, in generale, il comportamento tenuto nei confronti delle autorità fiscali, sia svizzere che straniere, può essere preso in considerazione dalla FINMA per esaminare la sussistenza o meno del requisito della garanzia di attività irreprensibile e dei requisiti analoghi.

47 Cfr. DTF 6B.367/2007 del 10 ottobre 2007. Il TF 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.

48 Cfr. Paolo Bernasconi, "Rischi fiscali: audit e compliance per banche e fiduciari", in Rivista ticinese di diritto (RtiD) I-2008, Temi emergenti di diritto tributario, Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e Helbing Liechtenhahn, Basilea (ed.), 499-516,

49 Cfr. DTF 4C.316/2001 datato 2.2.2002.

50 Cfr. art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR, nonché art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM, art. 14 cpv. 1 LICol e art. 8 lett. C della Legge cantonale sull'esercizio della professione di fiduciario.

51 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).

Ciò potrebbe comportare per l'intermediario finanziario conseguenze che potrebbero andare sino alla revoca dell'autorizzazione ad esercitare.

Un ulteriore rischio possibile, in connessione ai reati di natura fiscale, è la responsabilità dell'intermediario finanziario per consulenza erronea 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 concesse da decisioni dalle autorità giudiziarie e amministrative svizzere. Ad esempio il fatto di sottacere o non informare correttamente il cliente sugli obblighi derivanti dai pagamenti verso l'estero (citazione dell'ordinante e del beneficiario), oppure da tutte le possibili implicazioni fiscali derivanti dall'utilizzo di strutture off-shore (sempre in relazione ad un non intervento diretto della banca nella costruzione e gestione di tali strutture), potrebbero essere qualificate come consulenza erronea.

Non da ultimo l'intermediario finanziario può correre il rischio di essere punito come tale, in aggiunta o in sostituzione del suo funzionario che ha agevolato pratiche fiscali illecite, giusta l'art. 102 CPS. Infatti, secondo questo articolo, se in un'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale, è commesso un crimine o un delitto che, per carenza organizzazione interna, non può essere ascritto a una persona fisica determinata, il crimine o il delitto è ascritto all'impresa. In questo caso l'impresa è punita con la multa fino a cinque milioni di franchi. Inoltre se si tratta di un reato ai sensi degli articoli 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies o 322septies capoverso 1 CPS oppure di un reato secondo l'articolo 4a capoverso 1 lettera a della legge federale del 19 dicembre 1986 contro la concorrenza sleale, l'impresa è punita a prescindere dalla punibilità delle persone fisiche qualora le si possa rimproverare di non avere preso tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato.

4.2 Rischi e conseguenze dei reati fiscali per gli intermediari finanziari da un punto di vista del diritto svizzero

Come sottolineato nei capitoli precedenti, i Ministeri Pubblici di alcuni paesi confinanti con la Svizzera hanno instaurato la prassi di avviare procedimenti penali per titolo di appropriazione 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 off-shore, mediante il sistema della triangolazione. 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. Soprattutto in riferimento alle pratiche delle autorità italiane ed in relazione al Decreto Legislativo no. 74 del 10 marzo 2000, l'intermediario finanziario che si presta all'emissione di documentazione fasulla al fine di perpetrare evasione fiscale tramite sistemi di triangolazioni, potrebbe risultare punibile secondo la legge italiana, anche se opera all'estero⁵².

Naturalmente i diversi accordi tra la Svizzera e l'UE sulla fiscalità contemplano l'eventualità di assistenza amministrativa in caso di reati fiscali ed un eventuale punibilità di chi si presta all'attuazione di pratiche fiscalmente discutibili. In particolare l'Accordo sull'euro-ritenuta punisce comportamenti tendenti ad eludere il corretto prelievo alla fonte dell'imposta dovuta dai contribuenti dei paesi dell'UE 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 società di sede off-shore, 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 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'UE. Questo accordo ha pure un'implicazione di diritto interno svizzero relativamente agli art. 12 e 13 della Legge federale del 17 dicembre 2004 relativa all'Accordo, che prevede una procedura affidata all'Amministrazione federale delle contribuzioni, in considerazione del fatto che l'elusione pregiudica gli interessi anche dell'erario svizzero, cui compete il 25% di questi prelievi alla fonte⁵³.

Non va dimenticato che i principi fondamentali sui quali si basa l'assistenza internazionale, sia essa amministrativa (per i reati fiscali) o giudiziaria in materia penale (per gli illeciti penali di cui ai capitoli

⁵² Notamente ricadono sotto questa definizione soprattutto quegli intermediari finanziari svizzeri che, attraverso le loro strutture, gestiscono e amministrano le società di sede.

⁵³ Cfr. Paolo Bernasconi, "Rischi fiscali: audit e compliance per banche e fiduciari", in: Rivista ticinese di diritto (RtiD) I-2008, Temi emergenti di diritto tributario, Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e Helbing Liechtenhahn, Basilea (ed.), 499-516

precedenti così come pure la truffa fiscale ai sensi dell'art. 14 cpv. 4 DPA e la truffa carosello ai danni dell'IVA) sono principalmente i seguenti:

- il divieto della così detta "fishing expedition", ossia il divieto di richiedere assistenza basandosi su dati generali e sconosciuti; la domanda deve infatti poggiare su basi note ed essere indirizzata precisamente contro una determinata persona e una determinata relazione bancaria;
- la doppia punibilità del reato, ossia deve essere richiesta assistenza unicamente per quei reati punibili in entrambi i paesi. Questo è uno dei motivi principali per cui la Svizzera subisce pressioni continue affinché anche la sottrazione fiscale, così come espressa dal diritto interno, venga punita alla stregua della frode fiscale;
- infine il principio di specialità, ossia quel principio per il quale le informazioni ottenute in sede di rogatoria per un determinato reato, non possono essere trasmesse ad altre autorità che non siano quella rogante. Notoriamente i paesi che hanno una pluriennale esperienza in materia rogatoriale con la Svizzera si attengono scrupolosamente a questo principio (pena l'annullamento di un eventuale procedimento promosso grazie ad informazioni ottenute in violazione di questo principio). Così non è però per tutti i paesi, soprattutto per quelli che da pochi anni collaborano con la Svizzera⁵⁴ in materia di assistenza e pertanto questa prassi deve essere tenuta in dovuta considerazione quale potenziale ulteriore rischio per l'intermediario finanziario.

⁵⁴ Nel 2006 le autorità dello Stato federale di São Paulo 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 questa ultima imputazione (cfr. Fohla de São Paulo datato 8.11.2007).

5 CONCLUSIONI

Il tema delle infrazioni fiscali nelle sue diverse componenti, come si è visto nello sviluppo di questo approfondimento, è molto complesso e presuppone la partecipazione di molti attori, sia nazionali che internazionali.

La fiscalità in sé è fonte di rischi e, per gli intermediari finanziari, essa è comunque, soprattutto in relazione ai recenti sviluppi internazionali, una fonte di rischi accresciuta alla quale bisogna prestare particolarmente attenzione. Come si è ampiamente evidenziato in precedenza, infatti, un'infrazione di carattere fiscale può portare con sé, oltre alle conseguenze direttamente legate ad essa, anche dei rischi paralleli di procedimenti per altri reati potenzialmente collegabili, oltre che, in alcuni casi, procedimenti per riciclaggio di denaro.

L'intermediario finanziario, nello svolgimento delle sue attività, deve dunque prestare una particolare attenzione a tutti i risvolti possibili che potrebbero sorgere da un reato di carattere fiscale. Si potrebbe in questo contesto fare una distinzione tra intermediari finanziari bancari e para-bancari. Per le banche infatti, sebbene il rischio fiscale sia accresciuto, soprattutto in questi ultimi anni, il principio di base è che esse hanno sempre "beneficiato" di operazioni fiscalmente irregolari senza per altro entrare direttamente in linea di conto nella gestione o nell'organizzazione (tranne qualche rara eccezione) delle stesse. In questo caso, se l'intermediario finanziario ha adempiuto i suoi obblighi di chiarimento e si è scrupolosamente attenuto alla CDB nel senso di astinenza all'assistenza attiva nella fuga di capitali, i rischi fiscali e legali risulterebbero parzialmente attenuati. Non va comunque dimenticata in questo ambito la potenzialità dei rischi reputazionali. Come si è visto recentemente per il caso di alcuni istituti finanziari in Svizzera e Liechtenstein, l'implicazione, anche se indiretta, in pratiche di evasione fiscale ha implicato notevoli conseguenze sul piano reputazionale, mettendo addirittura in serio pericolo la continuazione dell'attività da parte degli istituti bancari coinvolti. Tali sviluppi hanno portato diversi istituti bancari all'introduzione di una nuova figura nell'ambito compliance, il "Tax Compliance", il cui compito è quello di analizzare le diverse relazioni e le loro conseguenze potenziali sul piano fiscale, penale ed internazionale.

Per quanto riguarda gli intermediari finanziari non bancari, il rischio è notevolmente accresciuto in quanto, per la maggior parte, essi sono parte attiva nella costituzione e nella messa in funzione di operazioni, spesso di triangolazione, tramite gestione delle società di sede off-shore, gestione dei patrimoni ad esse collegate e consulenza in tale ambito. Le implicazioni legali e reputazionali devono dunque avere un peso prioritario nella valutazione delle relazioni che questi intermediari intendono intrattenere con la clientela.

Come si è visto, le pressioni internazionali affinché la Svizzera collabori più attivamente nella lotta all'evasione fiscale sono sempre più insistenti e provengono da sempre maggiori fonti. Lo sviluppo futuro auspicato dai partners internazionali del nostro paese è quello di giungere ad una più ampia e fattiva collaborazione in materia di reati fiscali. Un passo importante in tal senso è stato fatto dal Consiglio Federale con la sua decisione del 13 marzo 2009. Tale decisione comporta di conseguenza una revisione del diritto di assistenza in materia penale amministrativa (AIMP), così come ribadito nel comunicato stampa dello stesso Consiglio Federale del 29 maggio 2009. Tale decisione è, per il momento, priva di conseguenze dirette per gli intermediari finanziari, in quanto entrerà in vigore solo con la rinegoziazione delle diverse CDI. Inoltre l'OCSE ha recentemente ribadito che, con la firma della dodicesima rinegoziazione delle sue CDI e con l'integrazione in esse della clausola allargata di collaborazione, la Svizzera sarà eliminata dalla così detta "lista grigia". Ciò non toglie che nel futuro, l'intermediario finanziario dovrà valutare attentamente tutte le conseguenze possibili legate ad una relazione fiscalmente rischiosa. La possibilità che in futuro si opti per una collaborazione totale ed uno scambio automatico di informazioni non è da escludere a priori, anche se il Consiglio Federale ha sottolineato più volte la non messa in discussione del segreto bancario per la salvaguardia della piazza finanziaria svizzera.

Nell'ambito del riciclaggio di denaro, i reati fiscali in Svizzera non sono mai stati considerati reati a monte dello stesso. Una prima eccezione a questo saldo principio è stata fatta con la revisione della DPA (art 14 cpv. 4) in cui per la prima volta si considera un reato fiscale, ancorché commesso per mestiere e con tutte le aggravanti del caso, come un reato a monte di riciclaggio. La strada che sembrava chiusa e impenetrabile è stata dunque già aperta, e una prima eccezione è già stata fatta. Lo sviluppo futuro possibile in questo ambito sarebbe quello di considerare qualsiasi provento di reato fiscale come riciclabile. La Svizzera è oggi una delle uniche eccezioni a questo principio e, in futuro, questo principio potrebbe entrare a far parte delle raccomandazioni del GAFI, e diventerebbe allora imperativo l'adeguamento della legislazione sia interna che di assistenza internazionale.

Come detto i rischi e le implicazioni di carattere fiscale per gli intermediari finanziari sono molteplici e vanno valutati in maniera adeguata dagli stessi. Le incognite per gli sviluppi internazionali futuri sono molte e con diverse implicazioni e tutto è in costante mutamento ed aggiornamento. Il tema fiscale resterà una delle principali sfide sia per gli intermediari finanziari che per le autorità politiche chiamate a far rispettare le legislazioni e le pressioni internazionali.