

# Adeguamento dei criteri per l'identificazione della «*persona interessata*» e del «*detentore delle informazioni*» nel quadro della (nuova) assistenza amministrativa internazionale in materia fiscale adottata dalla Svizzera.

## Sintesi di un percorso di fatica e dolore

Curzio Toffoli\*

1. Antefatti
2. Processo di attuazione della normativa internazionale da parte svizzera
  - 2.1. Profili sostanziali: le regolamentazioni convenzionali contenute nelle nuove o rivedute CDI e nei protocolli già adottati dal Parlamento
  - 2.2. Profili procedurali: l'OACDI (e la futura LAAF)
3. La normativa internazionale: significato da attribuire alla nozione di «*standard* OCSE in materia di scambio di informazioni fiscali»
  - 3.1. Generalità
  - 3.2. Il Modello OCSE e l'Accordo TIEA
  - 3.3. Il criterio (cruciale) della «*pertinenza verosimile*»
  - 3.4. Standard di identificazione della «*persona interessata*» e del «*detentore delle informazioni*»
4. Il *redde rationem*: le *peer reviews* del *Global Forum*
  - 4.1. L'assistenza amministrativa «*à la Suisse*» a rischio bocciatura!
  - 4.2. Il CF costretto a correre (in fretta) ai ripari
  - 4.3. Adattamento delle CDI già approvate dal Parlamento

---

\* Avvocato, Master of Advanced Studies SUPSI in Tax Law. Studio legale notarile Toffoli&Sala, Chiasso.

Il presente contributo riprende, aggiornandoli ai più recenti sviluppi, alcuni puntuali aspetti di una riflessione più ampia ed organica svolta attorno al tema dell'esecuzione interna della nuova politica svizzera in materia di scambio di informazioni fiscali: cfr. CURZIO TOFFOLI, L'Ordinanza del Consiglio federale sull'assistenza amministrativa in esecuzione delle nuove o rivedute convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Un primo commento, in: AA.VV., Il segreto bancario nello scambio di informazioni fiscali (a cura di SAMUELE VORPE), SUPSI, Lugano 2011, pag. 231 segg.

5. Criteri per l'identificazione della «persona interessata» e del «detentore delle informazioni» nelle nuove o rivedute CDI
  - 5.1. La clausola di interpretazione
  - 5.2. La norma di concretizzazione
  - 5.3. Proporzionalità e praticabilità quali limiti ad una domanda assistenza nella quale difetta l'identificazione certa del detentore delle informazioni?
6. Nota conclusiva

## 1. Antefatti

Venerdì 13 marzo 2009 il Consiglio federale (CF) annunciò la decisione di abbandonare la tradizionale politica restrittiva praticata dalla Svizzera nel campo dell'assistenza amministrativa internazionale in materia fiscale – ed esplicitata a mezzo della riserva formulata riguardo ai par. 1 e 5 dell'art. 26 Modello OCSE<sup>1</sup> – per adottare lo *standard* completo proposto dall'OCSE in materia di scambio di informazioni<sup>2</sup>. Contestualmente a tale decisione, il CF assicurò che nulla sarebbe cambiato per il soggetto fiscale svizzero in relazione all'applicazione del cd «*segreto bancario*» così come sino ad allora conosciuto.

Non pochi osservatori parlarono allora di «rivoluzione». A ben guardare si trattò piuttosto di un fenomeno di implosione: un dogma della politica svizzera di assistenza internazionale si frantumava d'un botto, cedendo alla ormai non più sostenibile pressione esercitata dalla comunità degli Stati. Si ricorderà a proposito come il cd G20 avesse incaricato l'OCSE di elaborare due «liste», in cui iscrivere i paesi poco virtuosi (o addirittura refrattari) nel sensibile ambito dello scambio internazionale di infor-

---

<sup>1</sup> OCSE, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version, Comitato degli Affari Fiscali dell'OCSE, 17 luglio 2008 (con annesso Commentario).

<sup>2</sup> Per una più ampia disamina della politica svizzera nell'ambito dell'assistenza amministrativa cfr. SAMUELE VORPE, La politica della Svizzera nell'ambito dell'assistenza amministrativa, in: AA.VV., Il segreto bancario nello scambio di informazioni fiscali, 2011, pag. 181 segg. Per una sintesi si veda: PETER LOCHER, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, Berna 2005. Circa il tenore della riserva posta dalla Svizzera all'art. 26 Modello OCSE, cfr. OCSE, Commentario Modello, 2008, art. 26, n. 24.

mazioni fiscali. Gli stati che non rispettavano le raccomandazioni OCSE dovevano essere relegati in una «*lista nera*», mentre quelli che si erano impegnati a rispettarne lo *standard* – ma che non lo mettevano ancora adeguatamente in opera – dovevano essere attribuiti ad una «*lista grigia*», purgatorio nel quale finì pure la Svizzera (2 aprile 2009). In quest’ottica, la sottoscrizione di almeno dodici CDI comportanti una disciplina sull’assistenza amministrativa conforme alle esigenze OCSE era considerata adempire i criteri di una messa in opera sufficiente dello *standard*. Il nostro paese raggiunse questa soglia «nominale» il 24 settembre 2009, uscendo quindi dalla lista grigia<sup>3</sup>.

Tale rottura con il passato – siccome, come detto, di natura implosiva – determinò una proiezione «verso l’interno» dei frammenti che ne risultarono, caratteristica che ha comportato (e comporta) conseguenze significative che toccano diversi aspetti (legali) e posizioni (giuridiche) ritenuti, fino al prodursi di questo evento, come elementi certi e consolidati nel nostro paese.

## **2. Processo di attuazione della normativa internazionale da parte svizzera**

Nel merito, la mutazione di paradigma in ambito di scambio di informazioni fiscali sta avvenendo per mezzo di un’incisiva revisione del vasto *network* di convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni sul reddito e sul patrimonio (CDI) esistenti, rispettivamente con la conclusione di nuove convenzioni. Già nel mese di marzo 2009, il CF definì le direttive alle quali l’Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC, autorità competente a negoziare le CDI) avrebbe dovuto attenersi per materializzare la clausola sullo scambio di informazioni. Il divieto di mettere in opera le cd *fishing expeditions* (ricerche indiscriminate di prove) fu dichiarato priorità negoziale. Inoltre, il CF partì dall’idea che l’assistenza amministrativa doveva essere concessa unicamente su singoli casi motivati e che la persona interessata dalla richiesta ed il detentore

---

<sup>3</sup> Data della sottoscrizione della CDI con il Qatar; cfr. DFF, Svizzera fuori dalla lista grigia dell’OCSE, comunicato stampa del 24.09.2009.

delle informazioni (e.g. una banca) dovevano essere adeguatamente identificati. In questo senso, esigere che la domanda di assistenza estera indicasse espressamente il nome e l'indirizzo del contribuente e del detentore delle informazioni parve essere il mezzo più semplice per raggiungere questi obiettivi<sup>4</sup>.

Da allora la Svizzera ha parafato con oltre trenta Paesi CDI comportanti disposizioni sull'assistenza amministrativa ritenute conformi allo *standard* OCSE. Le prime dieci CDI contenenti una siffatta clausola di assistenza amministrativa furono adottate dall'Assemblea federale in data 18 giugno 2010. Si tratta segnatamente delle CDI con l'Austria, la Danimarca (e Isole Faer Oer), la Finlandia, la Francia, il Lussemburgo, il Messico, la Norvegia, il Qatar, il Regno Unito, la Spagna e gli Stati Uniti d'America<sup>5</sup>. Il termine per proporre il *referendum* facoltativo contro i rispettivi decreti di approvazione decadde infruttuoso il 7 ottobre 2010 e queste CDI – fatta eccezione per quella con gli USA<sup>6</sup> – entrarono effettivamente in vigore negli ultimi mesi del 2010.

## **2.1. *Profili sostanziali: le regolamentazioni convenzionali contenute nelle nuove o rivedute CDI e nei protocolli già adottati dal Parlamento***

### *2.1.1. Generalità*

Dal punto di vista della natura giuridica, le CDI sono trattati (o convenzioni) internazionali ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 lett. *a* della Convenzione

---

<sup>4</sup> Cfr. Messaggio del 6 aprile 2011 concernente il complemento delle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni approvate dall'Assemblea federale il 18 giugno 2010, in: FF 2011 3419, n. 1.2, pag. 3424 seg.

<sup>5</sup> Messaggio 06.04.2011, n. 1.2, pag. 3425. La CDI con la Spagna è entrata in vigore a seguito dell'approvazione della CDI con la Francia, in virtù della clausola dello Stato membro dell'UE più favorito.

<sup>6</sup> La CDI con gli USA non è ancora entrata in vigore. Il presidente Obama l'ha comunque già trasmessa al Senato, dove è oggi pendente, con l'invito all'approvazione. Si crede che la CDI possa entrare in vigore il prossimo 01.01.2012 (così ha riferito la Consigliera federale Widmer-Schlumpf lo scorso 13.04.2011 in un intervento alla sessione speciale del Consiglio nazionale). Un'altra CDI di fondamentale importanza, quella con la Germania, si trova attualmente allo stadio della procedura d'approvazione parlamentare (cfr. Messaggio 06.04.2011, n. 3.2, pag. 3428).

di Vienna<sup>7</sup>. Oltre al testo convenzionale vero e proprio, ulteriori disposizioni di attuazione sono sovente fissate nei protocolli, che si configurano quale parte integrante di una CDI con pari dignità gerarchica<sup>8</sup>. La CDI e i relativi protocolli costituiscono quindi le basi di diritto materiale che sostanziano l'accordo.

### 2.1.2. *La norma convenzionale sullo scambio di informazioni*

Dal punto di vista del tenore del testo convenzionale, va rilevato che per portare a conseguente compimento la decisione 13 marzo 2009 del CF, nelle nuove o rivedute CDI, per la Svizzera è stato addirittura necessario dilatare il perimetro materiale fissato al paragrafo 5 dell'art. 26 Modello OCSE. In effetti, e sebbene l'AFC abbia sempre parlato di «*ripresa di una formula leggermente modificata*» rispetto al tenore dell'art. 26 Modello OCSE<sup>9</sup>, in tutte le singole CDI è stata in realtà inserita una vera e propria riserva nei confronti della previsione operata al par. 3 del medesimo articolo. Nello specifico, la Svizzera, oltre a precludersi la possibilità di rifiutare una domanda estera per il solo motivo che le informazioni richieste non potrebbero essere ottenute sulla base della sua legislazione o nel quadro della sua normale pratica amministrativa (limite previsto dall'art. 26 par. 3 lett. *b* del Modello OCSE), ha altresì garantito di disporre dei necessari poteri procedurali per reperire queste informazioni, almeno per quanto riguarda il caso di informazioni detenute da una banca, altri istituti finanziari, mandatari, fiduciari o che si riferiscono alla detenzione di partecipazioni ( in deroga a quanto sancito dall'art. 26 par. 3 lett. *a* del Modello OCSE)<sup>10</sup>. Esemplificativo a proposito il tenore dell'art.

<sup>7</sup> Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati (RS 0.111), entrata in vigore per la Svizzera il 6 giugno 1990.

<sup>8</sup> ROBERT WALDBURGER, Aktuelle Entwicklungen in der schweizerischen Amtshilfe im Steuerbereich, in: SZW/RSDA 6/2009, pag. 480 segg., pag. 491 n. 44; AFC, Divisione degli affari internazionali, Verordnung über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (ADV). Erläuternder Bericht, 20 settembre 2010, ad art. 1 OACDI.

<sup>9</sup> Cfr. AFC, 20.09.2010, ad art. 1 OACDI.

<sup>10</sup> Cfr. a proposito WALDBURGER, 2009, pag. 486 seg.; AFC, 20.09.2010, pag. 4; DFF, Rapporto esplicativo concernente la legge sull'assistenza amministrativa fiscale del 12 gennaio 2011, ad art. 8 cpv. 2.

28 cpv. 5 della riveduta CDI con la Francia, che recita: «*Aux fins de l'obtention des renseignements mentionnés dans le présent paragraphe, nonobstant le par. 3 ou toute disposition contraire du droit interne, les autorités fiscales de l'Etat contractant requis disposent ainsi des pouvoirs de procédure qui leur permettent d'obtenir les renseignements visés par le présent paragraphe*».

Questo schema di soluzione fu ispirato dall'art. 25 par. 4 della CDI tra il Belgio e gli USA<sup>11</sup>. Il vantaggio risiede nel fatto che in questo modo non è necessaria una modifica del diritto interno svizzero relativamente al segreto bancario (che doveva appunto rimanere inalterato). Occorre infatti ricordare che le CDI, in quanto norme internazionali di rango gerarchico superiore, non solo hanno in principio preminenza su di una legislazione interna divergente, ma possono pure costituire una base legale idonea a restringere i diritti fondamentali del cittadino ai sensi dell'art. 36 cpv. 1 Cost.<sup>12</sup>. L'obiettivo dichiarato è stato quello di poter mantenere, ai fini domestici, la fondamentale distinzione esistente tra le ipotesi di sottrazione (semplice) di imposta (art. 175 LIFD e art. 59 LAID) e frode fiscale (art. 186 LIFD e art. 59 LAID) e, di conseguenza, la non accessibilità diretta delle autorità fiscali svizzere ai dati bancari per i casi di semplice sottrazione<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. JEAN-LUC BOCHATAY/MONICA FAVRE/JEAN-MARC WASEM, L'entraide administrative selon les standards de l'OCDE, La nouvelle politique de la Suisse, in: L'Expert-comptable suisse, 4/2010, pag. 211 segg., pag. 213 ad 3. Il Belgio è Paese che pure conosce l'istituto del segreto bancario.

<sup>12</sup> Almeno quando assumono la caratteristica di *self-executing*: cfr. FRANO KOSLAR/JEAN-DANIEL SCHMID, Aktive internationale Amtshilfe der Schweiz in Steuersachen. Grundrechte und Datenschutz, in: L'Expert-comptable suisse, 10/2009, pag. 768 segg., pag. 769 ad 2.2.2.1.

<sup>13</sup> BOCHATAY/FAVRE/WASEM, 2010, pag. 213 ad 3. Diverso il discorso per la fattispecie qualificata di gravi infrazioni fiscali (art. 190 LIFD), per cui il segreto bancario non offre protezione. Sulla distinzione tra sottrazione e frode fiscale, cfr. PETER LOCHER, Sottrazione di imposta e frode fiscale, segreto bancario (del cliente della banca) e nuova politica di assistenza amministrativa della Svizzera, in: AA.VV., Il segreto bancario nello scambio di informazioni fiscali, 2011, pag. 159 segg.  
Si veda anche la normativa di attuazione interna: art. 15 cpv. 3 e art. 16 cpv. 5 OACDI.

### 2.1.3. Norme protocollari per l'identificazione della «persona interessata» e del «detentore delle informazioni»

Si è già detto in apertura dell'importanza nodale da attribuire, nell'ambito di una domanda di assistenza amministrativa, alla corretta identificazione della persona interessata e del detentore delle informazioni. Una identificazione precisa di questi soggetti permette inoltre di escludere che l'autorità richiedente intenda dar corso ad inammissibili ricerche indiscriminate di prove. Nei singoli protocolli aggiuntivi alle CDI sono infatti state meglio definite le informazioni che la competente autorità fiscale dello Stato richiedente deve fornire a quella dello Stato richiesto. A tal proposito, si deve ritenere che le condizioni fissate nei protocolli convenzionali, sebbene non sempre identiche tra loro, siano in genere state formulate in maniera sufficientemente chiara e precisa da consentire una loro diretta applicazione (indipendentemente dall'esistenza di una norma di esecuzione interna)<sup>14</sup>.

Per quanto attiene alla «**persona interessata**», la gran parte dei protocolli alle CDI già approvate dal parlamento specificano che l'autorità richiedente deve fornire «*il nome e l'indirizzo della persona o delle persone oggetto del controllo o dell'inchiesta e, se disponibile, qualsiasi altro elemento che faciliti l'identificazione della persona o delle persone (data di nascita, stato civile o codice fiscale)*». Si tratta di una formulazione che non sembrerebbe porre problemi in ordine ad una identificazione certa della persona interessata. La CDI con gli USA e la CDI con la Germania (non ancora in vigore) presentano invece un'enunciazione più ampia siccome riferiscono di «*sufficienti indicazioni per l'identificazione della persona coinvolta nel controllo o nell'inchiesta (in linea di massima il nome e, per quanto conosciuto, l'indirizzo e numero di conto o informazioni simili utili per l'identificazione)*».

---

<sup>14</sup> La dottrina riconosce in genere alle disposizioni contenute nelle CDI il cd carattere *self-executing*. La norma di un trattato internazionale riscontra segnatamente questa caratteristica quando i suoi elementi essenziali sono delineati in maniera sufficientemente completa e chiara, tanto da poter fungere da fondamento per una decisione concreta (cfr. LOCHER, 2005, pag. 92; WALDBURGER, 2009, pag. 488). Anche secondo l'AFC le clausole di assistenza amministrativa codificate nelle CDI sono concepite per essere direttamente applicabili con riguardo al loro significato materiale, ossia senza necessità di ripresa nel diritto interno, cfr. AFC, 20.09.2010, pag. 4.

Sull'altro fronte, per quanto concerne il «**detentore delle informazioni**», si riscontrano nelle CDI già approvate tre diverse formulazioni, che denotano altrettanti gradi di precisione. Nella gran parte dei protocolli si parla di «*nome e indirizzo della persona per cui vi è motivo di ritenere che sia in possesso delle informazioni richieste*».

Nelle CDI con gli USA e la Germania la formulazione è meno stringente, laddove si parla di «*nome, e per quanto conosciuto, l'indirizzo della persona per cui vi è motivo di ritenere che sia in possesso delle informazioni richieste*».

Dal punto di vista svizzero, decisamente più delicata apparve subito l'enunciazione adottata nella CDI con la Francia per cui lo Stato richiedente deve fornire «*nella misura in cui sono noti, il nome e l'indirizzo delle persone per cui vi è motivo di ritenere che siano in possesso delle informazioni richieste*.» In sede di negoziato la Svizzera richiese infatti l'impiego di una formula più precisa (come per le altre CDI) ma la Francia impose infine (e facilmente) la sua versione. Il pericolo evocato fu che una simile formulazione potesse aprire la via a ricerche generalizzate in ogni occasione in cui il fisco francese possa presumere che un proprio contribuente detenga un patrimonio non dichiarato in Svizzera ma non sappia presso quale istituto bancario tali beni effettivamente si trovino. In occasione di uno scambio di lettere il CF aveva precisato (14 febbraio 2009) che il nome della banca poteva non essere assolutamente indispensabile, a condizione che altre indicazioni, quale ad esempio il numero IBAN, permettessero di identificare con certezza una relazione bancaria o un determinato istituto<sup>15</sup>. La preoccupazione da parte svizzera appariva ancor più giustificata in ragione dei precedenti giudizi estensivi resi dal Tribunale amministrativo federale (TAF) in accoglimento delle prime rogatorie dell'*Internal Revenue Service* (IRS) riferite ai contribuenti americani clienti di UBS<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. BOCHATAY/FAVRE/WASEM, 2010, pag. 213 seg. ad 4.; WALDBURGER, 2009, pag. 492; con riferimento allo scambio di lettere tra i due Paesi cfr. DFF, La Svizzera e la Francia hanno chiarito le questioni fiscali pendenti, comunicato stampa del 12.02.2010.

<sup>16</sup> PAOLO BERNASCONI, Scambio internazionale di informazioni fiscali: progressi recenti, in: Newsletter Compliance n. 24, settembre 2010, Centro Studi Bancari, Vezia, n. 6. Per una disamina di questi giudizi, cfr. ANDREA PEDROLI, Novità e tendenze legislative, in: RtiD II-2010, pag. 453 segg., pag. 482 segg.



## 2.2. *Profili procedurali: l'OACDI (e la futura LAAF)*

### 2.2.1. *Generalità*

Per garantire la messa in esecuzione interna delle nuove norme pattuite convenzionalmente, il 1° settembre 2010 il Consiglio federale promulgò il testo definitivo dell'OACDI, che è entrata in vigore il 1° ottobre successivo<sup>17</sup>. La scelta di utilizzare l'atto normativo dell'ordinanza fu «suggerito» da ragioni di qualificata urgenza (*infra ad 4.*)<sup>18</sup>. Parallelamente, il CF diede comunque avvio ai lavori per l'elaborazione di una legge (in senso formale) sull'assistenza amministrativa in materia fiscale (LAAF)<sup>19</sup>.

L'OACDI, che si applica alle nuove o rivedute CDI entrate in vigore dopo l'entrata in vigore dell'ordinanza medesima, disciplina l'esecuzione dell'assistenza amministrativa sia per quanto riguarda la corretta applicazione delle convenzioni (art. 4, 16) che per quanto attiene l'applicazione del diritto fiscale interno degli stati contraenti (art. 5-15, 16). Entrambe queste forme di assistenza amministrativa sono espresse nella clausola suggerita dall'art. 26 par. 1 Modello OCSE. Resta da ricordare che fondamento e condizioni materiali che reggono l'assistenza amministrativa sono definite esclusivamente nelle singole CDI, nuove o rivedute, sottoscritte dalla Svizzera. Quale mero atto di esecuzione interna, l'OACDI

---

<sup>17</sup> Ordinanza del 1° settembre 2010 sull'assistenza amministrativa secondo le convenzioni per evitare le doppie imposizioni (RS 672.204).

<sup>18</sup> Da un punto di vista formale, nel preambolo all'OACDI il CF individua la delega legislativa in suo favore all'art. 1 del Decreto federale del 22.06.1951 concernente l'esecuzione delle convenzioni internazionali concluse dalla Confederazione per evitare i casi di doppia imposizione (RS 672.2). Più precisamente, si tratta dell'art. 2 cpv. 1 lett. *d* per cui «*Il Consiglio federale può segnatamente disciplinare la procedura da osservare per gli scambi di informazioni previsti da una convenzione*». È lecito chiedersi – come è stato fatto da più parti – se tale base legale sia in concreto sufficiente, soprattutto in considerazione dell'incisività di alcuni provvedimenti previsti dall'OACDI – segnatamente le cd «*misure coercitive*» (art. 9) – così come del potere dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) di ordinarli (art. 6 cpv. 3), anche se la risposta pare debba di principio essere positiva.

<sup>19</sup> Un avvanprogetto (AP-LAAF) è stato posto in consultazione dal Consiglio federale già lo scorso 2 gennaio 2011. I partecipanti alla procedura avrebbero dovuto notificare i rispettivi pareri entro lo scorso 13 aprile 2011.

(ma anche la futura LAAF) può unicamente fornire le formule del diritto procedurale applicabile<sup>20</sup>.

### *2.2.2. Nozione di persona interessata e detentore delle informazioni (art. 3 OACDI)*

La norma interna consegna un'interpretazione autentica delle nozioni di «*persona interessata*» e di «*detentore delle informazioni*», entrambe ricorrenti nelle disposizioni dell'OACDI. Si tratta per altro di concetti già conosciuti nella vigente disciplina interna sullo scambio internazionale di informazioni fiscali<sup>21</sup>.

La **persona interessata** è definita come quel soggetto – fisico o giuridico – in capo al quale sono richieste le informazioni oggetto della domanda di assistenza amministrativa. Si tratta quindi, in avvio di procedura, della persona formalmente toccata, ossia indicata nella domanda scritta inoltrata dalla competente autorità estera.

Il **detentore delle informazioni** è la persona – fisica o giuridica – che detiene, entro il territorio dello Stato, le informazioni descritte nella domanda scritta inoltrata dalla competente autorità estera.

Le predette definizioni date dalla normativa interna ricalcano concettualmente quanto disposto nei protocolli alle singole CDI, che utilizzano le locuzioni di «*persona coinvolta nel controllo o nell'inchiesta*», rispettivamente «*persona per cui vi è motivo di ritenere che sia in possesso delle informazioni richieste*».

### *2.2.3. I requisiti di identificazione della persona interessata e del detentore delle informazioni posti dall'art. 5 cpv. 3 lett. b n. 2. e 3. OACDI*

La norma procedurale interna cerca di sintetizzare in maniera adeguatamente omogenea le condizioni fissate nelle disposizioni delle singole CDI, e segnatamente nei relativi protocolli. Occorre non di meno rilevare

---

<sup>20</sup> DFF, Rapporto 12.01.2011, ad art. 1 cpv. 1.

<sup>21</sup> Li troviamo, ad esempio, nella Legge federale del 17.12. 2004 relativa all'Accordo con la CEE sulla fiscalità del risparmio (LFR, RS 641.91), art. 17 segg.; così come nelle Ordinanze di attuazione delle vigenti CDI con la Germania (RS 672.913.610), art. 9 segg.; e con gli USA (RS 672.933.61), art. 20c segg.

che in ragione della preminenza gerarchica dei contenuti convenzionali, alla norma stabilita dall'OACDI può esser dato, al più, carattere dichiarativo, certamente non opponibile all'autorità richiedente. Ne segue che dal tenore (stringente) utilizzato all'art. 5 cpv. 3 lett. b n. 2 e 3 OACDI, che prescrive «*l'identificazione certa*» della persona interessata e del detentore delle informazioni, non è validamente deducibile alcunché in ordine al corretto adempimento, da parte dello stato estero richiedente, dei requisiti posti ad una domanda di assistenza. Non a caso, con l'art. 6 AP-LAAF si è – più correttamente – rinunciato ad introdurre positivamente qualsiasi lista di requisiti, limitandosi a sancire il principio per cui la domanda deve contenere le indicazioni previste dall'applicabile CDI<sup>22</sup>.

### **3. La normativa internazionale: significato da attribuire alla nozione di «*standard OCSE in materia di scambio di informazioni fiscali*»**

#### **3.1. Generalità**

Detto degli sforzi intrapresi da parte svizzera, appare a questo punto opportuno affrontare la questione relativa al significato da attribuire al concetto di «*standard OCSE in materia di scambio di informazioni fiscali*» così come concepito dalla comunità internazionale. In ambito di assistenza amministrativa si delineano, a livello OCSE, due diversi *standard* che convivono e si completano vicendevolmente. Questo temperamento tiene conto del recente invito rivolto dal G20 all'insieme degli Stati ad applicare senza riserve le norme contenute nell'Accordo TIEA<sup>23</sup>. Del resto, lo stesso testo dell'art. 26 Modello OCSE, così come il relativo commentario, tengono a loro volta conto dell'evoluzione di contenuti veicolata dall'Accordo TIEA<sup>24</sup>. Occorre infine evidenziare come entrambe le norme enunciate dall'Accordo TIEA e dall'art. 26 del Modello

<sup>22</sup> cfr. DFF, Rapporto 12.01.2011, ad art. 6 cpv. 1.

<sup>23</sup> Cfr. Dichiarazione del G20 formulata in occasione del *summit* tenuto a Londra nel mese di aprile 2009 e contenuta nel rapporto OCSE del 19 gennaio 2010 «*Promoting transparency and exchange of information for tax purposes*».

<sup>24</sup> OCSE, Commentario Modello, 2008, art. 26, n. 4.

OCSE definiscono i parametri sostanziali in relazione ai quali il *Global Forum on Exchange of Information and Trasparenza* misura e giudica la messa in opera delle norme di trasparenza e di scambio di informazioni a fini fiscali nell'ambito dei cd «*esami tra pari*» (*infra* ad 4.)<sup>25</sup>.

### 3.2. Il Modello OCSE e l'Accordo TIEA

Il primo degli *standard* di cui si è detto è quello propugnato con l'art. 26 Modello OCSE concernente le imposte sul reddito e sul capitale, completato dalle indicazioni contenute nel relativo Commentario e nello specifico Manuale sulla messa in opera delle disposizioni relative allo scambio di informazioni<sup>26</sup>.

Il secondo parametro di riferimento è quello elaborato dal *Global Forum on Exchange of Information and Trasparenza* e ancorato nel Modello di accordo sullo scambio di informazioni in materia fiscale, il quale è pure affiancato da un suo Commentario ufficiale<sup>27</sup>. Sebbene da parte del CF si sia sempre ed unicamente parlato di ripresa dello *standard* relativo all'art. 26 Modello OCSE, è di primo acchito evidente che i contenuti dell'Accordo TIEA non possono dirsi privi di significato per la Svizzera,

---

<sup>25</sup> Si veda a proposito lo specifico manuale: OCSE, *Mise en oeuvre des standards de transparence fiscale, Manuel pour les évaluateurs et les juridictions*, Global Forum on Transparency and Exchange of Information, 2010.

<sup>26</sup> OCSE, *Manual on the implementation of exchange of information provisions for tax purposes, Module on general and legal aspects of exchange of information*, Comitato degli Affari Fiscali dell'OCSE, 23 luglio 2006. Per una più ampia trattazione dei contenuti propri dell'art. 26 Modello OCSE si rimanda al contributo di CARLO GARBARINO, L'art. 26 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, in: AA.VV., *Il segreto bancario nello scambio di informazioni fiscali*, 2011, pag. 23 segg.

<sup>27</sup> OCSE, *Tax Information Exchange Agreements (TIEA). Model agreement on exchange of information on tax matters, developed by the OECD Global Forum Working Group on Effective Exchange of Information* (con annesso Commentario), 2002. Si tratta di un modello originariamente pensato per stabilire accordi sullo scambio di informazioni tra Paesi membri dell'OCSE e Paesi privi di un vero sistema fiscale, ossia quei paesi comunemente chiamati «paradisi fiscali» e oggi definiti – se aderenti allo *standard* – con l'accezione meno negativa di *Participant Partners* (cfr. WALDBURGER, 2009, pag. 483 e n. 17). Per una visione d'assieme su struttura e contenuti del TIEA si rimanda al contributo di CARLO GARBARINO/ALESSANDRO TURINA, L'Accordo sullo scambio di informazioni fiscali elaborato dall'OCSE, in: AA.VV., *Il segreto bancario nello scambio di informazioni fiscali*, 2011, pag. 55 segg.

giacché alcune delle CDI recentemente concluse dal nostro Paese contengono elementi chiaramente ispirati a quest'ultimo *standard*; si vedano in particolare le nuove CDI con gli USA, la Francia e la Germania<sup>28</sup>.

### 3.3. *Il criterio (cruciale) della «pertinenza verosimile»*

Ai sensi dell'art. 26 del Modello OCSE, l'obbligo di fornire assistenza amministrativa da parte di uno Stato non è in alcun modo subordinato all'esistenza, nello Stato richiedente, di sospetti di natura penale o legati a procedure di recupero di imposta, ossia a sospetti di sottrazione (o frode) fiscale. Nella sua domanda, l'autorità estera competente deve solo ed unicamente dimostrare che le informazioni richieste – ivi comprese quelle detenute da istituti bancari o da fiduciari – sono verosimilmente pertinenti per l'applicazione di una CDI o per il corretto accertamento interno di un tributo contemplato dalla convenzione a cui la persona interessata, sia essa fisica o giuridica, è assoggettata<sup>29</sup>. Nemmeno riveste rilevanza alcuna la questione a sapere se le informazioni richieste presentano o meno un interesse ai fini fiscali dello Stato richiesto<sup>30</sup>. Sia il Commentario al Modello OCSE che quello all'Accordo TIEA individuano nella nozione di «*verosimile pertinenza*» l'elemento di equilibrio tra l'esigenza di garantire uno scambio di informazioni quanto più ampio possibile ed il divieto allo Stato richiedente di procedere con raccolte indiscriminate di prove (*fishing expeditions*) o anche solo di rivendicare informazioni la cui pertinenza al fine di chiarire la posizione fiscale di un determinato contribuente appare d'achito poco probabile<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> WALDBURGER, 2009, pag. 483; BOCHATAY/FAVRE/WASEM, 2010, pag. 212 ad 1.3.

<sup>29</sup> URS R. BEHNISCH, Neue Entwicklungen der internationalen Amtshilfe im Bereich der direkten Steuern, Durchbrechung des Bankgeheimnisses ohne substantielle Zugeständnisse des Auslandes, in: L'Expert-comptable suisse, 1-2/2010, pag. 65 segg., pag. 74; WALDBURGER, 2009, pag. 483 ad 2.2.a. Tale essenziale aspetto non è stato sinora sufficientemente evidenziato dai mezzi di informazione. Fuorviante anche la spiegazione fornita dall'ASB nel *paper*: «*Q&A sulla proposta di negoziato del Consiglio federale concernente l'assistenza amministrativa in materia fiscale – 13 marzo 2009*». L'obbligo materiale di prestare assistenza amministrativa va distinto da quello delle possibili misure applicabili per raccogliere le informazioni richieste.

<sup>30</sup> OCSE, Manuale, 2006, n. 32.

<sup>31</sup> OCSE, Commentario Modello, 2008, art. 26, n. 5; OCSE, Manuale, 2006, n. 23

### 3.4. *Standard di identificazione della «persona interessata» e del «detentore delle informazioni»*

Né l'art. 26 del Modello OCSE, né il suo Commentario stabiliscono esattamente quali indicazioni l'autorità richiedente debba fornire in appoggio ad una domanda concreta per quanto attiene all'identificazione della persona interessata e del detentore delle informazioni. A tal fine occorre far capo al *«Module 1 – Exchange of information on request»*, annesso al Manuale OCSE il quale suggerisce di identificare il contribuente oggetto di verifica per il tramite del suo nome, mentre che per quanto attiene il detentore delle informazioni occorrerà indicarne il nome o altri elementi di identificazione nella misura in cui questi sono conosciuti<sup>32</sup>. Sul tema, l'Accordo TIEA appare più didascalico. L'art. 5 par. 5 TIEA esige che una domanda di assistenza amministrativa fornisca *«l'identità della persona oggetto di un controllo o di un'inchiesta»* (lett. a), rispettivamente *«nella misura in cui sono conosciuti, il nome e l'indirizzo di ogni persona per cui vi è motivo di ritenere che sia in possesso delle informazioni richieste»* (lett. e). Secondo il Commentario, sebbene sia vero che il par. 5 impone diverse esigenze procedurali importanti al fine di scoraggiare richieste eccessivamente vaghe (*«fishing expeditions»*), la norma deve comunque essere interpretata abbastanza largamente al fine di permettere un efficace scambio di informazioni. In tale contesto, allorché uno stato richiede informazioni su di un conto (bancario) e l'identità del titolare non è conosciuta, le condizioni previste alla lett. a possono anche essere ossequiate con la sola indicazione di un numero di conto o informazioni simili<sup>33</sup>.

---

segg.; OCSE, Commentario TIEA, n. 3 seg. Cfr. pure, nello specifico, l'art. XI protocollo della CDI con la Francia; art. 4 del protocollo della CDI con il Regno Unito; art. 5 par. 5 lett. c del protocollo della CDI con la Germania e art. 10 lett. b del protocollo della CDI con gli USA.

<sup>32</sup> OCSE, Manuale, 2006, n. 23. Si veda in particolare quanto stabilito al punto 5 del Modulo 1.

<sup>33</sup> OCSE, Commentario TIEA, n. 57 seg.

#### 4. **Il *redde rationem*: le *peer reviews* del *Global Forum***

Siccome, come si dice, «*fidarsi è bene, ma controllare è meglio*», l'effettiva messa in opera dell'assistenza amministrativa da parte dei singoli Stati è oggetto di verifiche internazionali da parte del *Global Forum on Transparency and Exchange of Information*<sup>34</sup> a mezzo di *cd peer reviews* («esami tra pari»). In questo ambito la Svizzera – sostenitrice attiva di questo processo – aveva chiesto (e ottenuto) che tutti i membri, ed *in primis* le più importanti piazze finanziarie concorrenti, fossero oggetto di esame secondo gli stessi criteri, tesi a verificare il rispetto dei medesimi *standard* normativi (*cd level playing field*)<sup>35</sup>. Il *Global Forum* verifica, in una prima fase, la compatibilità con gli *standard* OCSE delle basi legali e regolamentari esistenti nei singoli Stati e, in una seconda fase (a cui uno Stato può di norma accedere solo se superata positivamente la prima fase), l'effettività e l'efficienza concreta del processo di scambio delle informazioni<sup>36</sup>. La prima fase è iniziata per la Svizzera a fine ottobre 2010 e si protrarrà – presumibilmente – sino ad inizio giugno 2011. La seconda fase è invece prevista per il secondo semestre 2012.

##### 4.1. **L'assistenza amministrativa «à la Suisse» a rischio bocciatura!**

Già durante la prima fase di queste verifiche tra pari, gli esaminatori hanno constatato che talune esigenze poste dalla Svizzera in relazione al divieto di *fishing expeditions*, e concretate nei criteri di identificazione della persona interessata e del detentore delle informazioni – per altro già

<sup>34</sup> Consesso che raccoglie gli Stati del G20, gli Stati membri dell'OCSE e tutti gli altri Stati che riconoscono lo *standard* OCSE in materia di assistenza amministrativa.

<sup>35</sup> Secondo quanto comunicato dalla Consigliera federale Widmer-Schlumpf al Consiglio nazionale, la Svizzera è membro del *Global forum* dal mese di settembre 2009, quando ha partecipato (in Messico) alla definizione della corretta interpretazione da dare alla normativa OCSE (cfr. Verbali del Consiglio nazionale, Sessione speciale, 13.04.2011).

<sup>36</sup> OCSE, *Mise en oeuvre des standards de transparence fiscale*, pag. 7; DFF, *Le esigenze per l'assistenza amministrativa in questioni fiscali devono essere adeguate*, Documentazione 15.02.2011, pag. 3; AFC, 20.09.2010, pag. 4 seg. Per approfondimenti ed aggiornamenti su stato ed oggetto delle verifiche si consulti il sito web: [www.oecd.org/tax/transparency](http://www.oecd.org/tax/transparency).

validamente codificate in quasi tutte le CDI e protocolli entrati in vigore – sono troppo restrittive per rapporto agli *standard* internazionali, potendo così rappresentare un ostacolo ad uno scambio effettivo di informazioni. Secondo le valutazioni condotte – per quanto ci riguarda, pare, da assessori danesi ed argentini<sup>37</sup> – solo le CDI che, come quella con gli USA, comportano una clausola secondo la quale le esigenze procedurali non devono essere interpretate in modo da costituire ostacolo ad uno scambio effettivo di informazioni possono dirsi rispettose dei parametri internazionali<sup>38</sup>. Ciò significa che l'interpretazione delle esigenze dovrà focalizzarsi sul senso e lo scopo della disposizione relativa allo scambio di informazioni e che, quindi, una domanda non deve poter essere respinta per meri motivi formalistici, ad esempio per il solo fatto che difetta una delle informazioni di identificazione prescritte.

Tenuto conto di questi parametri, a metà del mese di febbraio 2011 emerse che solo dieci delle CDI firmate dalla Svizzera superavano l'esame. Per poter superare la prima fase della *peer review* la Svizzera doveva poter presentare prima della fine di febbraio 2011 almeno dodici CDI ossequiose dello *standard* internazionale<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. *Segreto bancario. Assistenza agevolata*, Corriere del Ticino, 14.04.2011. Secondo un'indicazione data dal membro della Commissione economia e tributi del Consiglio nazionale Christophe Darbellay, *l'audit* accertò la conformità agli *standard* OCSE di solo due CDI (Verbalì del Consiglio nazionale, Sessione speciale, 13.04.2011).

<sup>38</sup> Si tratta della clausola enunciata al punto 10, lett. b del Protocollo 23.09.2009 che modifica la CDI con gli USA, per cui: «*Il riferimento alle informazioni che potrebbero essere rilevanti ha lo scopo di garantire uno scambio di informazioni in materia fiscale il più ampio possibile, senza che sia tuttavia consentita la ricerca generalizzata e indiscriminata di informazioni («fishing expedition») o la richiesta di informazioni la cui pertinenza è poco verosimile per chiarire gli affari fiscali di un determinato contribuente. Mentre la lettera a) del numero 10 contiene richieste importate per la procedura volte a impedire la «fishing expedition», l'interpretazione dei paragrafi i) fino a v) non deve impedire uno scambio di informazioni efficace.*»

<sup>39</sup> Messaggio 06.04.2011, n. 2.1, pag. 3426. Secondo quanto comunicato dalla Consigliera Federale WIDMER-SCHLUMPF al Consiglio nazionale, il nostro paese è venuto a conoscenza della possibile bocciatura in prima fase già durante il mese di gennaio 2011 (Verbalì del Consiglio nazionale, Sessione speciale, 13.04.2011).



#### 4.2. *Il CF costretto a correre (in fretta) ai ripari*

Il rischio concreto di una tanto (apparentemente) inaspettata quanto (certamente) catastrofica bocciatura del paese già nella prima fase delle verifiche del *Global Forum* (con probabile retrocessione in una delle note, infauste liste e conseguente esposizione ad altrettanto probabili misure di ritorsione unilaterali da parte degli altri Stati<sup>40</sup>) ha costretto il CF a correre ai ripari, proponendo lo scorso 15 febbraio 2011 delle misure di adeguamento<sup>41</sup>. Per quanto attiene alle CDI approvate il 18 giugno 2010, lo scorso 6 aprile 2011 l'esecutivo ha sottoposto al Parlamento un messaggio contenente un pacchetto di misure correttive, ritenute necessarie per superare positivamente il vaglio del *Global Forum*. In particolare è stato proposto un adeguamento delle esigenze relative all'identificazione della persona interessata e del detentore delle informazioni. Non sono per contro toccate da tali misure di adeguamento le altre condizioni, in particolar modo i diritti procedurali delle parti<sup>42</sup>.

Dal profilo dell'attuazione legislativa è stato necessario concepire dei meccanismi differenziati (e non sempre di immediata comprensione), che dipendono dallo «stadio di avanzamento» in cui le singole CDI si trovano (di negoziazione futura o in corso, già firmate, pendente avanti l'Assemblea federale o già approvate da quest'ultima)<sup>43</sup>. L'approvazione da parte dell'Assemblea federale degli adeguamenti proposti è – ovvia-

---

<sup>40</sup> In data 22 marzo 2011 la Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale aveva sentito vari rappresentanti delle banche, dell'economia e accademici, i quali avevano tutti confermato la plausibilità di questi pericoli (cfr. l'intervento del membro della Commissione Philipp Müller alla sessione speciale del 13.04.2011).

<sup>41</sup> Cfr. DFF, Documentazione15.02.2011.

<sup>42</sup> Nei protocolli delle CDI nuove o rivedute è stata data esplicita rilevanza alla tutela degli aspetti procedurali, con una norma per cui le parti contraenti si danno atto che prima della trasmissione delle informazioni allo stato richiedente si applicheranno nello stato richiesto le norme di procedura amministrativa relative ai diritti dei contribuenti, riconoscendo che ciò serve a garantire una procedura equa e regolare, e non ad ostacolare o ritardare indebitamente uno scambio effettivo di informazioni. Circa i diritti procedurali delle parti nella normativa di attuazione interna, cfr. art. 10 segg. OACDI.

<sup>43</sup> Per le negoziazioni posteriori alla decisione del CF del 15.02.2011, a scanso di ogni equivoco, la Svizzera proporrà la ripresa *tel-quel* dell'art. 5 par. 5 TIEA (cfr. Messaggio 06.04.2011, n. 3.1, pag. 3428).

mente – di fondamentale importanza siccome rappresenta l'unico modo per essere certi che il TAF, qualora dovesse essere adito nel quadro di una eventuale procedura di ricorso, debba riconoscerne interamente i contenuti<sup>44</sup>.

Nel frattempo, al fine di poter disporre (entro fine febbraio 2011) del *network* minimo di dodici CDI totalmente aderenti allo *standard* OCSE, il capo del DFF aveva dato istruzioni all'AFC di far avanzare la firma delle CDI che contemplavano già una clausola interpretativa simile a quella della CDI con gli USA. A fine febbraio 2011, la Svizzera aveva siglato quattordici CDI comportanti uno scambio di informazioni conforme alle esigenze internazionali. Si tratta segnatamente degli accordi con la Germania, il Canada, la Corea del Sud, la Spagna, gli USA, l'India, Malta, i Paesi Bassi, la Polonia, la Romania, la Svezia, Singapore, Slovacchia e Turchia<sup>45</sup>.

### ***4.3. Adattamento delle CDI già approvate dal Parlamento***

A parere del CF, gli adattamenti della politica di assistenza amministrativa decisi il 15 febbraio 2011 dovevano essere estesi anche alle CDI già approvate dal parlamento. Questo *quid pluris* dovrebbe non da ultimo favorire la posizione svizzera nella seconda fase delle *peer reviews* previste per il secondo semestre del 2012. Per questi motivi il CF ha proposto all'Assemblea federale di adottare singoli Decreti federali complementari per ciascuna delle CDI già approvate, ognuno dei quali contempla sostanzialmente due misure<sup>46</sup>. La prima è rappresentata dalla facoltà conferita al DFF di concludere, in un quadro bilaterale e sotto una forma appropriata, un completamento della specifica CDI tramite l'inserimento di una «*clausola di interpretazione*» del tenore di quella contenuta nella

---

<sup>44</sup> Per la problematica nel suo complesso, cfr. Messaggio 06.04.2011, n. 3., pag. 3427 segg. Sulla competenza del TAF a statuire su eventuali ricorsi, cfr. art. 13 OACDI e TOFFOLI 2011, n. 5 ad art. 13.

<sup>45</sup> Messaggio 06.04.2011, n. 3.1, pag. 3428.

<sup>46</sup> Ad oggi (01.05.2011) la proposta depositata dal CF (Atto n. 11.027. Doppia imposizione. Completamento alle diverse convenzioni) non è ancora stato trattato dal Parlamento.

CDI con gli USA (*infra ad* 5.1)<sup>47</sup>. La seconda misura prevede che i Decreti federali conferiscano alle autorità amministrative e giudiziarie competenti per lo scambio di informazioni fiscali delle norme di concretizzazione così da garantire una interpretazione conforme delle norme convenzionali (*infra ad* 5.2)<sup>48</sup>. Questi Decreti federali complementari disporranno inoltre un'ingiunzione alle competenti autorità amministrative e giudiziarie affinché rispettino i principi di proporzionalità e di praticabilità nel trattamento delle domande che non dovessero indicare espressamente nome e cognome del presunto detentore delle informazioni (*infra ad* 5.3)<sup>49</sup>. Se adottati dall'Assemblea federale, tutti questi decreti complementari saranno giocoforza soggetti al *referendum* facoltativo previsto costituzionalmente per i trattati internazionali che comprendono disposizioni importanti contenenti norme di diritto o la cui attuazione necessita l'emanazione di leggi federali (art. 141 cpv. 1 lett. d n. 3 Cost.)<sup>50</sup>.

## 5. Criteri per l'identificazione della «persona interessata» e del «detentore delle informazioni» nelle nuove o rivedute CDI

### 5.1. La clausola di interpretazione

Secondo la cd «*clausola di interpretazione*», le domande di assistenza amministrativa dovranno essere interpretate in modo da non ostacolare

<sup>47</sup> Cfr. art. 1 delle proposte dei Decreti federali concernenti le CDI con Austria, Danimarca, Finlandia, Lussemburgo, Messico, Norvegia, Qatar e Regno Unito. Di tenore diverso è invece il proposto Decreto federale concernente la CDI con la Francia, giacché questa riprende già, per quanto riguarda l'identificazione del detentore delle informazioni, la formulazione suggerita dall'art. 5 par. 5 TIEA.

<sup>48</sup> Cfr. art. 1 del proposto Decreto federale concernente la CDI con gli USA; art. 2 cpv. 1 dei proposti Decreti federali concernenti le CDI con Austria, Danimarca, Finlandia, Lussemburgo, Messico, Norvegia, Qatar e Regno Unito. Di tenore diverso è invece la proposta di Decreto federale concernente la CDI con la Francia, che va a completare unicamente i criteri di identificazione della persona interessata.

<sup>49</sup> Cfr. art. 1 cpv. 3 della proposta di Decreto federale concernente la CDI con gli USA; art. 2 cpv. 3 delle proposte di Decreti federali concernenti le CDI con Austria, Danimarca, Finlandia, Francia, Lussemburgo, Messico, Norvegia, Qatar e Regno Unito.

<sup>50</sup> Cfr. art. 2 della proposta di Decreto federale concernente la CDI con gli USA; art. 3 dei proposti Decreti federali concernenti le CDI con Austria, Danimarca, Finlandia, Francia, Lussemburgo, Messico, Norvegia, Qatar e Regno Unito.

uno scambio efficace di informazioni. Questa regola è oggi contenuta, oltre che nella già citata CDI con gli USA, anche nelle rivedute convenzioni con la Germania, il Canada, la Corea del Sud, la Spagna, l'India, Malta, i Paesi Bassi, la Polonia, la Romania, la Svezia, Singapore, la Slovacchia e la Turchia. La norma ha il seguente tenore:

*«Ai fini dell'applicazione si considera che l'obiettivo del rinvio a informazioni verosimilmente pertinenti consiste nel garantire uno scambio di informazioni in ambito fiscale il più ampio possibile, senza consentire agli Stati contraenti di intraprendere una ricerca generalizzata e indiscriminata di informazioni (fishing expedition) o di richiedere informazioni la cui rilevanza in merito agli affari fiscali di un determinato contribuente è improbabile. Sebbene le indicazioni da fornire nella domanda di assistenza amministrativa costituiscano importanti requisiti di tecnica procedurale volti a impedire la fishing expedition, esse non devono tuttavia essere interpretate in maniera da ostacolare uno scambio efficace di informazioni».* Detto altrimenti, la clausola di interpretazione intende sostanziare il criterio di «pertinenza verosimile», allineandone i contenuti a quanto proposto (e richiesto) dallo *standard* OCSE<sup>51</sup>.

## **5.2. La norma di concretizzazione**

Se la «*clausola di interpretazione*» mira ad assicurare una compatibilità con lo *standard* internazionale, la cd «*norma di concretizzazione*» ha l'obiettivo di garantire uno *standard* di omogeneità riguardo all'interpretazione di alcuni criteri puntuali (e cruciali) nel processo di esame di una domanda di assistenza amministrativa.

Nello specifico, secondo gli adeguamenti proposti dal CF, in futuro si dovrà dar seguito ad una domanda di assistenza amministrativa fondata su di una CDI che contenga una disposizione sullo scambio di informazioni conforme allo *standard* dell'art. 26 del Modello OCSE allorquando lo Stato richiedente<sup>52</sup>:

---

<sup>51</sup> Cfr. Commentario OCSE, art. 26, n. 5; Manuale OCSE, n. 23; Commentario TIEA n. 3 seg., 57.

<sup>52</sup> L'enunciazione letterale utilizzata nelle proposte di Decreto federale – con l'utilizzo della congiunzione «e» di valore aggiuntivo – lascia concludere che le condizioni

1. giustifica che non si tratta di una *fishing expedition*;
2. identifica il contribuente (*i.e.* la persona interessata), fermo restando che questa identificazione può essere effettuata altrimenti che con l'indicazione del nome e dell'indirizzo<sup>53</sup>;
3. indica, nella misura in cui gli siano noti, il nome e l'indirizzo del presumibile detentore delle informazioni.

Il **divieto di *fishing expedition*** configura un presupposto negativo, di cui deve essere riscontrata l'assenza. La sua ripresa nella norma di concretizzazione ha comunque valenza puramente tuzioristica. Infatti, come si è detto, già la normativa convenzionale limita lo scambio alle informazioni «verosimilmente pertinenti», ciò che situa – per definizione – «fuori campo» le ricerche generalizzate ed indiscriminate di prove. A sua volta, poi, il livello di pertinenza verosimile è generalmente ritenuto raggiunto allorché una richiesta soddisfa tutta una serie di specifiche esigenze. Inoltre, il divieto è stato positivamente codificato nei singoli protocolli alle nuove o rivedute CDI già approvate<sup>54</sup>. Dal punto di vista svizzero, si osserva infine che il divieto di *fishing expeditions* – già conosciuto in ambito di assistenza giudiziaria internazionale – è un'espressione del principio di proporzionalità<sup>55</sup>. Una richiesta viola segnatamente questo principio quando, in difetto di riscontri concreti, è finalizzata al semplice

---

debbano sussistere cumulativamente. Cfr. anche, DFF, Documentazione 15.02.2011, pag. 4; Messaggio 06.04.2011, n. 2.2, pag. 3426 seg.

<sup>53</sup> Interessante notare come, in un primo tempo, il testo della norma proposto dal DFF indicava espressamente che l'identificazione del contribuente poteva avvenire «*in casi eccezionali, anche mediante indicazione del numero di conto*» (cfr. DFF, Documentazione 15.02.2011, pag. 4.). Tale concretizzazione è stata poi abbandonata (in questo senso si è espressa anche la Commissione economia e tributi del Consiglio nazionale, cfr. Verbalì del Consiglio nazionale, Sessione speciale, 13.04.2011, intervento del membro Philipp Müller). Resta comunque il fatto che tale possibilità è già esemplificata nello *standard* OCSE (cfr. Commentario TIEA, n. 58). Si deve pure rilevare che l'identificazione potrebbe avvenire anche per mezzo di un numero di assicurazione sociale, di un numero IVA, ecc. (cfr. Verbalì del Consiglio nazionale, Sessione speciale, 13.04.2011, intervento della Consigliera federale Widmer-Schlumpf).

<sup>54</sup> OCSE, Commentario Modello, 2008, art. 26, n. 5, pag. 349; OCSE, Manuale, 2006, n. 23 segg.; art. 5 par. 5 TIEA; OCSE, Commentario TIEA, 2002, n. 57; BOTACHAY/FAVRE/WASEM, 2010, pag. 213 ad 2.5; WALDBURGER, 2009, pag. 484 ad d.

<sup>55</sup> DTF 125 II 65 consid. 6a.

rinvenimento (o accertamento) di casi sconosciuti, ad esempio focalizzando unicamente classi di soggetti non puntualmente individuabili<sup>56</sup>.

Per quanto riguarda l'**identificazione della persona interessata e del detentore delle informazioni**, la norma salva le ipotesi in cui questi soggetti non siano (possano) essere individuati in maniera, per così dire, «determinativa». Ciò parrebbe quindi configurare, per la Svizzera, un chiaro allentamento nei requisiti identificativi. Resta non di meno il fatto che questo ausilio interpretativo non potrà essere applicato in modo isolato, dovendo sempre essere ricondotto nell'alveo convenzionale che gli è proprio, e quindi messo in relazione con il requisito materiale di verosimile pertinenza. In questo contesto sia il Modello OCSE che l'Accordo TIEA ribadiscono come il criterio della verosimile pertinenza sia decisivo e funzionale ad escludere che si dia corso ad inammissibili *fishing expeditions*. Ora, le informazioni supplementari che lo Stato richiedente fornisce – quale è l'identificazione della persona interessata e del detentore delle informazioni – sono finalizzate a comprovare la sussistenza del predetto criterio di pertinenza, e non espedienti tesi a mitigarlo. In generale, è quindi preminente interesse del Paese richiedente fornire indicazioni quanto più precise e complete possibile in modo da facilitare – anziché ostacolare – il buon esito della propria domanda<sup>57</sup>.

Tutto ciò autorizza a – ragionevolmente – ritenere che le ipotesi evocate costituiranno l'eccezione, mentre la regola rimarrà la menzione espressa del nome del contribuente ed una identificazione sufficiente del presunto detentore delle informazioni, giacché elementi meglio di ogni altro idonei a convincere lo Stato richiesto della legittimità della domanda<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Un esame approfondito di questo delicato aspetto ci porterebbe troppo lontano. A proposito si veda: GIOVANNI MOLO, Le convenzioni per evitare le doppie imposizioni e la nozione di fishing expedition, in: AA.VV., Il segreto bancario nello scambio di informazioni fiscali, 2011, pag. 299 segg.

<sup>57</sup> Così, espressamente: OCSE, Commentario TIEA, 2002, art. 5, n. 64. Circa i requisiti di precisione e completezza che una domanda deve ossequiare, cfr. OCSE, Manuale, 2006, punto 23, pag. 9 e Modulo 1; Messaggio 06.04.2011, n. 1.1, pag. 4. Nello stesso senso WALDBURGER, 2009, 492 seg. il quale escludeva che la relativa norma protocollare della CDI con la Francia presentasse reali rischi, rilevando che la medesima formulazione si rinvia anche nella CDI tra la stessa Francia ed il Lussemburgo.

<sup>58</sup> A lume di buon senso, sembrerebbe proprio trattarsi di un caso poco probabile, giac-

Nemmeno sembra plausibile assumere che questo allentamento dei requisiti determinerà *eo ipso* un aumento significativo delle domande di assistenza amministrativa<sup>59</sup>.

### ***5.3. Proporzionalità e praticabilità quali limiti ad una domanda assistenza nella quale difetta l'identificazione certa del detentore delle informazioni?***

Si è già detto come in virtù dello *standard* OCSE la Svizzera dovrà in principio dar seguito anche a domande di assistenza amministrativa dove il detentore delle informazioni è solo approssimativamente o per nulla determinato. Ritenuto che in questi casi la ricerca delle informazioni richieste può rivelarsi – oggettivamente – molto difficoltosa, il CF ha proposto l'inserimento di una norma limitativa, secondo la quale se il presunto detentore delle informazioni non è identificato con il suo nome ed indirizzo, per l'individuazione di questo la Svizzera, in quanto Stato richiesto, si atterrà ai principi di proporzionalità e di praticabilità<sup>60</sup>. Detto

---

ché è difficile immaginare che l'autorità richiedente possa aprire una procedura contro un proprio contribuente che *de facto* non è identificato, esistendo unicamente un numero di conto (così WALDBURGER, 2009, pag. 494). Detto con le parole del Consigliere nazionale Fulvio Pelli: «*Sans procédure fiscale à l'étranger, il ne peut pas y avoir de procédure en Suisse, ce qui rend certaines de nos discussions vivaces autour du thème de l'indication du nom dans une procédure d'assistance purement théoriques. Qui est la personne concernée par la demande d'assistance? C'est une question qui normalement ne se pose pas: le nom est explicite et fait partie de la demande. Si, à l'étranger, le nom du contribuable est inconnu, comment les autorités fiscales étrangères peuvent-elles poser des questions à leurs collègues suisses? Il faut donc dédramatiser la question de savoir comment nous devons prétendre définir la personne physique ou morale objet de la demande, car en réalité cette question ne se présentera presque jamais. Si elle devait se présenter – dans de très rares cas –, il sera impossible de donner suite à la demande s'il n'y a pas suffisamment d'indices concrets à disposition. Sinon, il s'agira sans aucun doute d'une demande d'assistance indiscriminée explicitement exclue par les accords de double imposition que nous avons signés*» (Verbali del Consiglio nazionale, Sessione speciale, 13.04.2011).

<sup>59</sup> Almeno stando alle informazioni che specialisti dell'OCSE hanno dato al CF (cfr. Messaggio 06.04.2011, n. 5.1, pag.3432). La Consigliera federale Widmer-Schlumpf pare abbia quantificato le possibili domande di assistenza amministrativa che non recano il nome della persona interessata in una misura minore del 5 % (cfr. *Segreto bancario. Assistenza agevolata*, Corriere del Ticino, 14.04.2011).

<sup>60</sup> DFF, Documentazione 15.02.2011, pag. 4.

meglio. L'AFC – in quanto autorità competente – non sarà ad esempio tenuta a condurre un'indagine presso le circa trecento banche operanti in Svizzera per dare risposta ad una generica domanda di assistenza amministrativa. Se invece fossero solo – per ipotesi – tre gli istituti che entrano in linea di conto quali detentori delle informazioni, l'AFC sarà tenuta (anche in assenza di nome ed indirizzo) ad interpellare le tre banche, almeno nella misura in cui le circostanze siano esposte in maniera convincente nella domanda<sup>61</sup>.

Secondo il CF, tale limitazione sarebbe autorizzata dalla normativa internazionale. In realtà, la compatibilità di un siffatto autocontenimento con lo *standard* OCSE non è di immediata lettura. Più correttamente si tratta di una interpretazione unilaterale di parte Svizzera che, sebbene ragionevole, può trovare, al più, un riscontro indiretto nella normativa internazionale quale corollario del «*principio di sussidiarietà*». Secondo quest'ultimo principio, prima di presentare una domanda di assistenza all'altro Stato contraente, lo Stato richiedente è tenuto ad esaurire tutte le abituali fonti d'informazione previste dalla sua procedura fiscale interna<sup>62</sup>. In altri termini non è possibile mettere a carico dello Stato richiesto un onere amministrativo supplementare al fine di raccogliere informazioni che avrebbero potuto essere ottenute più comodamente nello stato richiedente medesimo. Si deve aggiungere che anche l'eventualità di uno sforzo di indagine sproporzionato nello Stato richiedente giustifica la possibilità di far capo alle risorse dello stato richiesto, almeno nella misura in cui quest'ultimo possa ottenere le informazioni necessarie più facilmente che non nello stato richiedente. Insomma, uno stato deve in principio prima esaurire le possibilità di raccogliere le informazioni previste dalla sua procedura interna, almeno nella misura in cui ciò può essergli ragionevolmente richiesto. È in questo senso che, secondo la normativa internazionale, può intervenire una valutazione di proporzionali-

---

<sup>61</sup> Cfr. Messaggio 06.04.2011, n. 2.2, pag. 3427.

<sup>62</sup> Cfr. Commentario OCSE, art. 26, n. 9 lett. a; art. 5 par. 5 lett. g Accordo TIEA. A proposito si evidenzia che, con la sola eccezione degli USA, nei protocolli a tutte le CDI sottoscritte dalla Svizzera è stata inserita una disposizione che obbliga lo Stato richiedente a sfruttare tutte le fonti d'informazione abituali previste dalla sua procedura fiscale interna prima di richiedere informazioni all'altro Stato.



tà<sup>63</sup>. Non sono di contro ravvisabili indicazioni conclusive per cui si possa affermare che considerazioni di proporzionalità e praticabilità in relazione allo sforzo di indagine che sarebbe necessario nello stato richiesto, siano opponibili allo stato richiedente quali validi motivi per non dar seguito una domanda di assistenza amministrativa<sup>64</sup>.

## 6. Nota conclusiva

Il metodo delle approssimazioni successive ha senza dubbio caratterizzato l'approccio svizzero al tema dello scambio transnazionale di informazioni fiscali. Le tappe di accostamento ad un sistema che potesse beneficiare della imprescindibile accettazione internazionale sono infine sfociate nella dirompente decisione del 13 marzo 2009. Le manifeste difficoltà del paese nel governare questa poco gradita realtà sono state (in parte) evidenziate in questo breve contributo. Ma non tutti i nodi sono possono dirsi definitivamente sciolti. L'inserimento di un vincolo di proporzionalità e praticabilità quale limite al trattamento delle future domande di assistenza amministrativa (*supra ad 5.3*) è solo l'ultimo esempio in ordine di tempo<sup>65</sup>. È quindi lecito attendersi che saranno ancora

---

<sup>63</sup> Commentario TIEA, n. 63.

<sup>64</sup> Va detto che i limiti qui evidenziati sono ben noti al CF, o almeno al capo del DFF signora Widmer-Schlumpf, la quale così si è espressa davanti al Consiglio nazionale: *«Ich möchte Ihnen einfach sagen, dass die heutigen Materialien zum international geltenden Standard keinen Hinweis darauf enthalten, dass diese Kriterien Verhältnismässigkeit und Durchführbarkeit einem Amtshilfesuch entgegengehalten werden können, sondern dass man das indirekt aus der heute geltenden Regel der Subsidiarität auslegen kann. Ein ersuchender Staat muss also zuerst die notwendigen Abklärungen im eigenen Land machen, soweit diese verhältnismässig sind. Auf der anderen Seite kann man dann vom ersuchten Staat nicht verlangen, dass er weitergeht als der ersuchende Staat, der unter dem Titel der Verhältnismässigkeit überprüft. Also das ist eine Auslegung, die wir gemäss der heutigen Praxis machen und sagen, die Verhältnismässigkeit sei ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, und wir wollen, dass das auf unserer Seite auch gilt»* (Verbali del Consiglio nazionale, Sessione speciale, 13.04.2011).

<sup>65</sup> Ancora aperta appare la questione circa la piena compatibilità del criterio di rifiuto legato a richieste fondate in base a informazioni ottenute o trasmesse mediante reati secondo il diritto svizzero (art. 5 cpv. 2 lett. c OACDI, art. 7 lett. c AP-LAAF) con il diritto internazionale superiore; cfr. TOFFOLI, 2011, n. 3.3 ad art. 5.

una volta le esigenti *peer reviews* del *Global Forum* a decidere il destino delle *nuances* presenti nelle pieghe dell'assistenza amministrativa «alla Svizzera», con la speranza che – giunti ormai allo scoccare della mezzanotte – non si renda più necessario cimentarsi in acrobazie di rappezzo legislativo.