

MCAA E AVAMPROGETTO DI DIRITTO SULLO SCAMBIO AUTOMATICO DELLE INFORMAZIONI

Premessa

La FTAF raggruppa tutte le fiduciarie attive nel Cantone Ticino: quindi, le fiduciarie attive nell'ambito della gestione patrimoniale (fiduciari finanziari secondo la legge cantonale sui fiduciari), le fiduciarie attive nell'ambito della consulenza fiscale, commerciale e amministrativa, nonché nella tenuta della contabilità, ed in attività di amministrazione e di detenzione fiduciaria di valori patrimoniali (i fiduciari commercialisti), e, infine, i fiduciari immobiliari. Il settore fiduciario costituisce, in termini di occupazione nonché di creazione di valore aggiunto, un ramo estremamente importante nell'economia del cantone Ticino, tale settore vanta inoltre una solida tradizione imprenditoriale in un contesto, quello della piazza finanziaria ticinese, dominato da gruppi bancari con sede fuori cantone e/o da gruppi bancari esteri. I due avamprogetti posti in consultazione dal Consiglio federale avrebbero un impatto assai rilevante sul settore fiduciario nel cantone Ticino. Si chiede quindi rispettosamente al Governo federale di prendere in adeguata considerazione le osservazioni che seguono.

Le condizioni per l'adozione dello scambio automatico delle informazioni

La FTAF, pur riconoscendosi nei tradizionali valori giuridici svizzeri che hanno contribuito a determinare la fortuna della sua piazza finanziaria, cioè, da un lato, la tutela della sfera privata dei clienti combinata con, dall'altro lato, l'implementazione di meccanismi effettivi ed efficienti di lotta contro la criminalità organizzata e la criminalità economica, non si oppone a qualsiasi prezzo all'introduzione, in uno scenario di lungo periodo, da parte della Svizzera dello scambio automatico delle informazioni. Tale passaggio deve però essere **rigidamente** subordinato al verificarsi di due condizioni.

In primo luogo, ancorché lo scambio automatico delle informazioni, quale quello prefigurato dalla Svizzera, come meglio vedremo in seguito, si configura come uno scambio reciproco di dati, tanto è che la Svizzera non solo trasmette informazioni al proprio stato contraente, ma riceve altresì informazioni da quest'ultimo, è chiaro che l'adozione dello scambio automatico delle informazioni è nell'interesse piuttosto dei grandi stati esportatori di capitali e non di piccoli paesi quale la Svizzera che importano invece capitali. Di conseguenza, affinché un paese quale la Svizzera, che ha sviluppato nel corso degli ultimi decenni una posizione di primato mondiale nel private banking transfrontaliero, adotti questa modalità di cooperazione, occorre, conformemente ad un **principio di equilibrio sinallagmatico tra vantaggi e svantaggi** di un accordo internazionale, che vi siano **forti contropartite per la Svizzera speculari all'adozione dello scambio automatico**. Si pensi in particolare, quale contropartita, dal profilo svizzero, al **pieno accesso da parte degli intermediari finanziari svizzeri al mercato estero delle diverse prestazioni in ambito finanziario**, dai servizi bancari, a quelli di gestione patrimoniale individuale o collettiva, alle operazioni in ambito fiduciario. Dal profilo della creazione di posti di lavoro e di valore aggiunto su territorio svizzero, è fondamentale che l'accesso al mercato venga consentito in maniera perfettamente transfrontaliera, senza la necessità, cioè, di filiali e/o di succursali nel paese di residenza dei clienti e/o in cui vengono offerte tali prestazioni. Ogni *"branch requirment"* deve quindi essere evitato, così come deve essere eliminato ogni proibizionismo. **La piena trasparenza fiscale deve quindi andare di pari passo con la piena apertura dei mercati verso i quali tale trasparenza è garantita.** In proposito, si rileva che l'OCSE costituisce un organismo che sviluppa modelli regolamentari di riferimento non solo nell'ambito della cooperazione fiscale internazionale, ma in ambiti diversi di diritto economico e finanziario. Così come altri paesi hanno saputo indirizzare le priorità regolamentari dell'OCSE verso lo scambio automatico delle informazioni in ambito fiscale, incombe alla Svizzera indirizzare parallelamente tali priorità anche verso altri oggetti, di interesse del nostro paese. Oltre alla questione dell'accesso ai mercati, vi sono **altre contropartite** per la Svizzera, contestuali all'adozione dello scambio automatico delle informazioni. Se l'adozione dello scambio automatico delle informazioni costituisce il momento di integrale completamento della posizione della Svizzera promossa dal 2009 di massima cooperazione fiscale internazionale e trasparenza fiscale, vanno, in contropartita, previste delle **soluzioni transitorie eque, e cessate le misure unilaterali e di criminalizzazione degli intermediari finanziari**

svizzeri. Soluzioni transitorie eque vanno previste non solo per i contribuenti esteri con meccanismi di dichiarazione agevolata, ma **anche per gli operatori finanziari svizzeri**, cui deve essere garantita la più **piena impunità** dai paesi esteri con cui viene instaurato lo scambio automatico delle informazioni con relazione a **tutti gli atti che non erano perseguibili secondo il diritto svizzero** vigente in quel momento. Inoltre, devono finalmente essere **bandite tutte le forme illegali di acquisizione di mezzi di prova in Svizzera**, vietando tanto l'acquisto attivo di dati bancari che l'utilizzazione passiva di dati bancari e/o fiduciari ottenuti illecitamente. Contestualmente all'adozione dello scambio automatico delle informazioni, è ragionevole attendersi che gli stati partner rinuncino a tali forme selvagge e non cooperative di acquisizione di mezzi di prova in Svizzera.

Oltre a questo primo obiettivo, di reciprocità, non tanto nei flussi delle informazioni scambiate, ma piuttosto negli interessi delle parti contraenti, una seconda condizione per l'adozione dello scambio automatico dell'informazione è **l'universalità della sua implementazione**. Secondo la FTAF, la Svizzera potrà adottare la norma dell'OCSE sullo scambio automatico delle informazioni **soltanto quando tutti gli stati del mondo (nessuna nazione e/o centro finanziario di rilievo escluso)** avrà adottato tale norma ed avrà attuato i dispositivi legislativi ed amministrativi necessari per implementarla, i quali includono segnatamente l'esistenza di procedure meticolose di identificazione dei clienti, degli aventi diritto economico, nonché il loro assoggettamento fiscale ai fini dello scambio delle informazioni. Tale irrinunciabile condizione corrisponde al **principio della concorrenzialità internazionale (level playing field)**, che esige in particolare che gli operatori delle diverse giurisdizioni siano posti in condizione di concorrere ad armi pari. In particolare, in un'economia e in una finanza sempre più globalizzate, non può essere accettato dalla Svizzera che lo scambio automatico delle informazioni venga attuato soltanto in blocchi regionali definiti (ad esempio, in Europa), o soltanto all'interno di una cerchia delimitata di stati. **Il postulato dell'universalità è stato posto da tutte le maggiori forze politiche svizzere (partito socialista escluso), la FTAF si attende che esse abbiano ora a difenderlo nei fatti in maniera rigorosa, contrastando la ratifica di un accordo (lo MCAA) che risulta, ad oggi, ben lungi dall'aver raccolto un'adesione universale.**

Scelta per un modello bilaterale di implementazione dello scambio automatico delle informazioni

Al fine di adempiere alle due condizioni di cui al capitolo precedente, la FTAF ritiene che, nel caso di adozione del modello dello scambio automatico delle informazioni, deve essere perseguito il modello 1, che presuppone l'adozione di un trattato bilaterale che incorpori la norma dell'OCSE, e non già il modello 2, che si fonda invece sulla convenzione del Consiglio d'Europa e sul MCAA¹. Una simile strategia avrebbe infatti il vantaggio di:

- 1. Consentire, accanto all'adozione dello scambio automatico delle informazioni, il perseguimento di altri interessi della Svizzera, in collegamento più o meno vicino con la tematica della trasparenza fiscale.** La storia degli ultimi 20 anni di *rapporti bilaterali con l'Unione Europea*, ad esempio, in particolare dal rifiuto di adesione allo Spazio Economico Europeo, attesta il tentativo da parte della Svizzera di prevedere simultaneamente, per mezzo di accordi bilaterali paralleli (bilaterali 1, bilaterali 2), contenuti diversi, taluni nell'interesse dei paesi membri dell'Unione Europea, altri maggiormente nell'interesse della Svizzera. In particolare, da una prospettiva Svizzera, ad esempio, la concessione dello scambio automatico delle informazioni **potrebbe (dovrebbe)** essere collegata ad una **risoluzione dello stallo dell'accordo sulla libera circolazione delle persone** che tenga conto del nuovo assetto costituzionale svizzero in materia di immigrazione, rispettivamente, ad **una integrazione della Svizzera, mediante modalità da approfondire, al cantiere della MIFID2, affinché venga evitata qualsiasi forma di discriminazione degli operatori finanziari svizzeri rispetto a quelli dell'Unione europea.**
- 2. In secondo luogo, in ossequio al principio dell'universalità, deve essere rigorosamente evitata ogni adesione ad uno strumento multilaterale fintanto che questo non dovesse essere universalmente approvato.** Il rapporto esplicativo indica gli stati che il 29 ottobre 2014 hanno scritto lo MCAA,

¹ Vedi in proposito Vedi Consiglio federale, Rapport explicatif MCAA, punto 1.1.

sottolineando che si tratta di non meno di 51 stati². **Omette tuttavia di evidenziare che molti stati e centri finanziari importanti non figurano tra gli stati firmatari dell'accordo: non vi figurano**, ad esempio, gli Stati Uniti, la Cina, Singapore, Bahamas, gli Emirati Arabi Uniti, Brasile, Panama, Cile, Uruguay, Giappone, Nuova Zelanda, Indonesia, Filippine, Vietnam, Arabia Saudita, Kuwait, Marocco, Tunisia e Egitto. Dal profilo della tutela degli interessi svizzeri, e più in particolare della creazione di posti di lavoro e di valore aggiunto su territorio svizzero, il principio della reciprocità nel flusso delle informazioni non deve essere analizzato con riferimento alle informazioni trasmesse in Svizzera da paesi esportatori di capitali, quali ad esempio l'Italia. **Decisivo, in altre parole, non è se Roma trasmette a Berna informazioni analoghe, con riferimento a clienti svizzeri con conti in Italia, a quelle trasmesse da Berna con riferimento a clienti italiani con conti in Svizzera, ma se piazze finanziarie in competizione con quella Svizzera, quali ad esempio New York, Shanghai, Hong Kong, Singapore, Dubai, o Tokyo, trasmettono, con riferimento a clienti italiani, informazioni identiche a quelle trasmesse da Berna**. Fintanto che ciò non si sarà verificato, la FTAF è rigidamente contraria ad una approvazione del MCAA. Preliminarmente, occorre infatti che questo assuma ad effettiva norma universale approvata e ratificata da tutti gli stati mondiali.

3. Un **terzo vantaggio** nel rifiutare l'approvazione del MCAA, e nell'implementare, laddove sarà effettivamente in vigore quale norma universale, la norma dell'OCSE sullo scambio automatico delle informazioni per mezzo di accordi bilaterali, invece che del MCAA, **consiste nel fatto di non dovere implementare quale convenzione di base, la convenzione del Consiglio di Europa**, che contempla anche una forma di collaborazione (lo scambio spontaneo delle informazioni), che va oltre lo standard attuale dell'OCSE relativo allo scambio di informazioni su domanda, e quello futuro dell'OCSE relativo allo scambio automatico.

Per questi tre motivi, almeno fintanto che MCAA non sarà stato ratificato da tutti gli stati, ed in particolare dai diversi centri finanziari del pianeta, **la FTAF propone di non approvare tale accordo, e di enunciare da parte svizzera tutt'al più la disponibilità di mettere in atto bilateralmente** (alle condizioni di cui sopra) **la norma dell'OCSE sullo scambio automatico delle informazioni**. In altri termini si invita il Consiglio federale a adottare un **cambiamento di indirizzo**, perseguendo il modello 2 bilaterale anziché l'adozione del MCAA.

No alle ripercussioni interne dell'approvazione del MCAA

Si rileva che la Svizzera non ha fatto uso della possibilità prevista dalla sezione 1 paragrafo 1 del MCAA di trasmettere, ma di non ricevere, informazioni in forma automatica³. Se, da un lato, può apparire comprensibile l'intento del Consiglio federale di non privilegiare nella trasmissione di dati il fisco dei paesi stranieri rispetto al fisco svizzero, impedendo quindi che le banche svizzere siano tenute a trasmettere informazioni relative a clienti di un paese partner dati che non verrebbero invece in maniera analoga trasmessi dalle banche di tale paese con riferimento a clienti svizzeri, è d'altra parte **inaccettabile che possa essere introdotto lo scambio automatico delle informazioni anche con effetti interni prima di avere introdotto una analoga revisione sul piano interno**. Sarebbe infatti paradossale che dati bancari relativi a contribuenti svizzeri vengano trasmessi automaticamente dalle banche estere all'amministrazione fiscale svizzera, ma non possano invece essere trasmesse dalle banche svizzere all'autorità fiscale svizzera. **Se la Svizzera vorrà applicare il principio della trasparenza fiscale dei dati bancari anche con effetto interno dovrà cambiare il proprio diritto, e dovrà farlo in maniera equilibrata ed analoga con riferimento a dati provenienti da banche estere e da dati provenienti invece dalle banche svizzere**. Non vi è infatti alcuna valida ragione per giustificare in proposito una disparità di trattamento. La proposta del Consiglio federale

² Vedi in proposito Vedi Consiglio federale, Rapport explicatif MCAA, punto 1.2.

³ Vedi in proposito Commentario ad art. 2 par. 1.2, da cui si evince l'intenzione del Consiglio federale di fare in modo che la Svizzera possa egualmente beneficiare passivamente dello scambio automatico delle informazioni, il Consiglio federale rilevando che tale facoltà è invece particolarmente pertinente per stati che non conoscono un'imposta sul reddito.

introdurrebbe quindi una inutile **distorsione giuridica**. In altre parole, se si vuole cambiare, anche sul piano interno, occorre cambiare in maniera coerente. **La FTAF è scettica in proposito ad una necessità di cambiamento sul fronte interno, e si oppone in ogni caso recisamente alle contraddizioni nell'ordinamento giuridico svizzero che verrebbero introdotte mediante un'applicazione parziale del principio della trasparenza fiscale e dello scambio automatico delle informazioni, a valere soltanto nei confronti di istituti finanziari ubicati presso paesi con i quali la Svizzera ha attivato bilateralmente lo scambio automatico delle informazioni.**

Lacune nella definizione degli istituti finanziari da parte del diritto interno

L'art. 11 dell'avamprogetto della Legge federale sullo scambio automatico delle informazioni prevede che chiunque costituisca un istituto finanziario dichiarante ai sensi di una convenzione o della legge è tenuto a registrarsi spontaneamente presso l'Amministrazione federale delle contribuzioni. L'annesso dell'accordo sullo scambio automatico delle informazioni prevede alla sezione VIII una definizione estremamente ampia della nozione di istituto finanziario poiché vi figurano non solo le banche, ma anche tutte le società di investimento e/o che custodiscono, quale parte sostanziale della loro attività, degli attivi per conto di terzi. L'accordo, e meglio l'annesso sezione VIII, lett. B cifra 1 lett. C, prevede tuttavia la facoltà del diritto interno di escludere, designandoli quali istituti finanziari non dichiaranti, determinati soggetti dall'ambito applicativo soggettivo dell'avamprogetto di legge. Alla luce dell'ampia portata dell'accordo dell'OCSE, decisiva sarà quindi in proposito la formulazione del diritto interno. Si prende atto, con insoddisfazione, che per definire tale categoria, l'avamprogetto di legge, in parte, all'art. 3 cpv. 1 lett. A-C, rinvia al regime FATCA esistente con gli Stati Uniti, e in parte al Consiglio federale. Entrambi tali approcci legislativi vengono fortemente criticati dalla FTAF. **Posto come lo stesso Consiglio federale ha annunciato di voler abbandonare il modello 2 di implementazione del regime FATCA che prevede una trasmissione diretta di informazione dagli istituti finanziari svizzeri alle autorità americane, è del tutto contraddittorio rinviare, per la definizione dello scambio automatico delle informazioni con tutti i paesi!, ad un regime che vige solo nei confronti negli Stati Uniti e che si intende in ogni caso superare. L'implementazione del diritto americano prevista dal regime FATCA è stata, ed è tuttora, fonte di grande incertezza giuridica tra gli operatori finanziari svizzeri, proprio poiché impone in maniera immediata l'applicazione del diritto americano, ed appare del tutto assurdo da un profilo di tecnica legislativa, di demandare al diritto americano la definizione dei soggetti toccati da uno scambio automatico delle informazioni che in ogni caso non riguarderà gli Stati Uniti. Che siano, invece, tali soggetti, definiti dal diritto formale interno svizzero, il quale, se del caso, andrà a recepire le obbligazioni esistenti da accordi internazionali. Viene egualmente respinta recisamente la delega in bianco al Consiglio federale prevista dall'art. 3 cpv. 1 lett. E dell'avamprogetto. Le categorie di istituti finanziari non dichiaranti devono essere espresse in termini chiari e precisi, con riferimento, se possibile, a categorie di diritto svizzero già esistenti, dal diritto formale interno per mezzo di leggi federali in senso materiale e formale.** La proposta del Consiglio federale condanna gli operatori finanziari ad una situazione di incertezza permanente sul loro status, obbligandoli a consulenze costose e che comunque in molti casi non consentono di risolvere del tutto la loro posizione. **L'approccio legislativo andrà quindi completamente rivisto. Andrà estesa il più possibile per evitare inutili oneri al settore fiduciario svizzero la categoria di istituti finanziari non dichiaranti, posto come l'onere dello scambio automatico delle informazioni tocca in primo luogo le banche.** Tutt'al più potrebbero essere previste delle opzioni di opt-in per determinate categorie (ad esempio, gestori collettivi di patrimoni, trust-companies con sede in Svizzera, ecc.). Ricapitolando, si chiede quindi in proposito:

- **di definire in termini chiari e precisi nel testo di legge in senso formale e materiale le categorie di istituti finanziari che possono essere qualificati secondo il diritto svizzero quali istituti finanziari non dichiaranti;**
- **di evitare qualsiasi riferimento al regime FATCA in proposito;**
- **di estendere il più possibile la categoria degli istituti finanziari non dichiaranti, limitando l'ambito applicativo soggettivo dello scambio automatico ai soli istituti bancari (preservando, tutt'al più, per**

determinati soggetti, quali gestori patrimoniali collettivi di patrimonio e trust companies situati in Svizzera una facoltà di opt-in, che quindi consenta loro di registrarsi quali istituti finanziari dichiaranti).

Introduzione di garanzie procedurali per tutti i soggetti toccati dallo scambio automatico delle informazioni

Il diritto interno di esecuzione dello scambio automatico delle informazioni deve introdurre delle forme di obbligatoria notifica preventiva da parte dell'Amministrazione fiscale delle contribuzioni di tutte le trasmissioni di dati nei confronti di tutti i soggetti che ne sono toccati. Tale notifica potrà avvenire anche presso l'istituto finanziario, nella misura in cui il soggetto in questione avrà eletto domicilio in proposito presso quest'ultimo. In ogni caso, non potrà essere eseguita alcuna trasmissione di informazioni all'estero da parte dell'Amministrazione federale delle contribuzioni prima che non sarà trascorso un determinato termine da tale notifica (si ritiene di almeno 30 giorni) entro il quale il soggetto toccato dalla trasmissione dei dati avrà avuto la possibilità di esprimere all'Amministrazione federale delle contribuzioni sue eventuali obiezioni circa la trasmissione dei dati. Nella misura in cui l'Amministrazione federale delle contribuzioni ritenesse, nonostante tali opposizioni, di trasmettere egualmente i dati, dovrà essere prevista facoltà di ricorso al Tribunale amministrativo federale contro la decisione finale di trasmissione dell'Amministrazione federale delle contribuzioni, e nessuna trasmissione di dati potrà avvenire prima del decorso di tale termine, e, in caso di ricorso, prima di una decisione sul ricorso del Tribunale amministrativo federale. Il diritto a contestare una trasmissione di dati davanti al giudice è infatti previsto dal diritto federale, e meglio dall'art. 29 A della Costituzione federale. Tale competenza deve essere attribuita al giudice amministrativo con rimedi chiari stabiliti dalla legge. Esistenze di possibili conflitti sulla natura ed entità delle informazioni da trasmettere, nonché sulle posizioni di parti terze diverse dal contribuente soggetto allo scambio automatico delle informazioni, o, ancora sull'assoggettamento fiscale in un determinato paese di una determinata persona fisica, sono infatti assolutamente concepibili, e deve, in tal proposito, come ogni altra attività sociale ed economica, essere previsto un iter legale, che consenta anche che i diritti dei soggetti toccati possano essere difesi davanti ad un giudice indipendente. Tali situazioni saranno presumibilmente nei fatti piuttosto rare, ma tutt'altro che impossibili. Una decisione sulla trasmissione dei dati da parte dell'Amministrazione federale delle contribuzioni, una volta che questi dati saranno stati raccolti dagli istituti finanziari, non potrà quindi essere sottratta all'ordinario iter giudiziario previsto dal diritto amministrativo, che istituisce, sulla base appunto dell'art. 29 A della Costituzione federale facoltà di ricorso. In caso diverso, incomberebbe in maniera insindacabile di fatto agli istituti finanziari il compito di determinare l'entità delle informazioni da trasmettere all'estero. Nell'avamprogetto della Legge federale sullo scambio automatico delle informazioni, invece, è esclusivamente previsto dall'art. 13 cpv. 1, che gli istituti finanziari dichiaranti trasmettono all'Amministrazione finanziaria delle contribuzioni le informazioni pertinenti entro un termine di 6 mesi dalla fine dell'anno, e, al cpv 2, è semplicemente indicato che queste saranno trasmesse da quest'ultima alle autorità competenti dello stato partner. Non è previsto alcun esame preliminare da parte dell'Amministrazione federale delle contribuzioni, né in merito all'effettiva rilevanza delle informazioni rispetto ai parametri fissati dal diritto convenzionale e/o interno applicabile, né è prevista una valutazione preliminare sull'efficacia della tutela nello stato richiedente della riservatezza, e del principio della specialità, che vieta qualsiasi utilizzazione in tale stato delle informazioni ricevute diversa da quella necessaria per l'applicazione del suo ordinamento fiscale. Un esame preliminare in proposito è invece necessario, deve essere data, in applicazione del diritto di essere sentito tutelato dall'art. 29 della Costituzione federale, facoltà in proposito ai soggetti interessati di esprimere le proprie opposizioni, e tale esame deve sfociare su una decisione finale, impugnabile, con rimedio con effetto sospensivo al Tribunale amministrativo federale. La FTAF chiede quindi al Consiglio federale di completare l'avamprogetto e meglio l'art. 13 in modo tale da:

- **prevedere che la trasmissione delle informazioni è preceduta da un esame preliminare dell'Amministrazione federale nel corso del quale è data facoltà ai soggetti interessati di esprimersi sulla trasmissione dei dati;**
- **prevedere che la trasmissione dei dati è assunta mediante una decisione finale da parte dell'Amministrazione federale delle contribuzioni;**

- **introdurre dei rimedi di diritto, nella modalità di un ricorso al Tribunale amministrativo federale, contro le decisioni del Tribunale amministrativo federale, simili rimedi devono essere di principio dotati di effetto sospensivo** in applicazione dei principi formulati dalla Legge sulla procedura amministrativa (in considerazione della necessità di raccorciare i tempi di risoluzione di eventuali procedure ricorsuali, si può prescindere dalla facoltà di ricorso al Tribunale federale).