

Rischi penali dell'intermediario finanziario svizzero nel caso di reati fiscali commessi da clientela tedesca alla luce dell'accordo fiscale con la Germania



Goran Mazzucchelli
Dr. iur., avvocato
Cattaneo & Postizzi Studio Legale SA,
Lugano

L'accordo tra Svizzera e Germania protegge anche l'intermediario finanziario svizzero dai rischi penali previsti dal diritto interno tedesco?

1. Artiglieria penale tedesca: pesante e a lunga gittata nel passato (prescrizione)

È noto che in ambito di reati fiscali, l'artiglieria tedesca è un'artiglieria pesante, sia per quanto concerne le misure processuali (a seguito di una revisione legislativa entrata in vigore nel 2008 sono ammessi i controlli telefonici per perseguire gravi reati fiscali; è ammesso inoltre l'arresto), sia per quanto concerne le pene. In una recente sentenza, la Corte federale tedesca ha stabilito che, nel caso di frodi carosello all'IVA di una certa importanza, occorre pronunciare pene detentive da scontare, dunque senza il beneficio della sospensione condizionale. La sottrazione fiscale aggravata è punita con una pena tra sei mesi e dieci anni (articolo 370 capoverso 3 della legge tributaria tedesca, denominata *Abgabenordnung* [di seguito AO]). Per il complice, la pena massima è di sette anni e mezzo. A titolo di paragone, in Svizzera la frode fiscale in ambito di imposte dirette è punita, per l'autore, con una pena detentiva massima di tre anni o con la multa; in materia di imposte indirette, la pena massima per truffa fiscale ordinaria è di un anno.

Fino a poco tempo fa, il reato di sottrazione fiscale soggiaceva, senza eccezioni, ad un termine di prescrizione di cinque anni. Il termine decorre dalla consumazione del reato, quindi nel caso di dichiarazione fiscale incompleta o inventaria, dalla notifica della decisione di tassazione. Esempio: anno fiscale 2002; dichiarazione fiscale nel corso del 2003; decisione dell'autorità il 1. giugno 2004; apertura del procedimento penale possibile fino al 31 maggio 2009. L'apertura del procedimento penale, così come una serie di altri atti processuali, interrompe la prescrizione, che ricomincia ogni volta a decorrere e può allungarsi al massimo del doppio, dunque fino a dieci anni, entro i quali deve essere aperto il dibattimento. Nel 2008 il legislatore tedesco ha introdotto un termine di prescrizione di dieci anni (che, se validamente interrotto, si estende fino a vent'anni) nei casi di sottrazione fiscale aggravata secondo il menzionato articolo 370 capo-

verso 3 AO. Nel contesto qui in esame, va in particolare segnalata l'aggravante della "considerevole entità" ("*in grossem Ausmass*"), condizione che è normalmente realizzata nel caso di clienti tedeschi che hanno depositato in banche svizzere importanti capitali non dichiarati, ritenuto che la sottrazione fiscale deve essere di almeno 50'000 euro. Nel diritto penale tedesco il divieto di retroattività non si applica ai termini di prescrizione, per cui il nuovo termine di dieci anni è applicabile anche alle sottrazioni gravi commesse nel passato e non ancora prescritte. In più, si deve considerare una specificità per il complice. Se un determinato servizio fornito dall'intermediario finanziario svizzero ha aiutato il cliente tedesco ad evadere il fisco per diversi successivi anni fiscali, il termine di prescrizione per il complice inizia a decorrere dall'ultima sottrazione agevolata dal suo contributo. Tutto considerando, ben si può comprendere come non si possa escludere che il perseguimento penale contro un intermediario finanziario possa andare a ritroso fino ad interessare servizi forniti negli anni '90 del secolo scorso^[1].

2. La complicità in sottrazione fiscale secondo il diritto penale tedesco

In primo luogo ci si può chiedere se l'autorità penale tedesca sia competente a perseguire e giudicare un atto di complicità commesso fuori dalla Germania, ad esempio in Svizzera. La risposta è affermativa. Secondo l'articolo 9 del Codice penale tedesco (di seguito CP/D), la complicità è ritenuta commessa nel luogo in cui è commesso il reato principale. Essendo evidentemente la sottrazione fiscale commessa in Germania (poiché il bene giuridico leso, il fisco tedesco, è lì situato), anche l'eventuale complicità fornita in Svizzera dall'intermediario finanziario è considerata commessa in Germania e ricade pertanto nella giurisdizione penale tedesca. Aggiungasi che l'articolo 370 capoverso 7 AO dichiara applicabili le fattispecie penali-tributarie previste dalla legislazione tedesca indipendentemente dal luogo di commissione, dunque anche se gli atti sono stati realizzati fuori dai confini tedeschi.

La nozione di complicità secondo il diritto penale tedesco è assai simile a quella conosciuta in Svizzera. L'articolo 27 CP/D

corrisponde quasi letteralmente all'articolo 25 CP: è punito come complice colui che aiuta intenzionalmente altri a commettere, con intenzionalità, un atto penalmente illecito. La complicità è una forma di partecipazione accessoria rispetto al reato principale. Essa presuppone, sul piano oggettivo, un contributo del complice causale alla realizzazione di un illecito, nel senso che il contributo deve favorire, agevolare la commissione del reato da parte dell'autore principale. Il contributo può essere di natura materiale (ad esempio, la messa a disposizione di documentazione inveritiera per agevolare un reato fiscale da parte del contribuente; oppure l'anonimizzazione del trasferimento di una somma; la messa a disposizione di società di sede *offshore*; l'aiuto nel trasporto di valuta; eccetera); il contributo del complice può essere anche di natura intellettuale o psicologica (ad esempio, il consulente che descrive al cliente la struttura di cui bisogna dotarsi per aumentare fittiziamente i costi della sua azienda o per attuare una truffa all'IVA). Il contributo del complice deve essere fornito prima che sia perfezionato il reato (fiscale), perché deve appunto essere causale (nel senso di agevolarlo). L'aiuto fornito al contribuente dopo che il reato fiscale è stato consumato non è più un atto di complicità, ma semmai un reato autonomo (ad esempio riciclaggio di denaro; favoreggiamento). Sul piano soggettivo, la punibilità quale complice in un reato presuppone l'intenzionalità. Non esiste la complicità commessa per negligenza. Il complice deve quindi essere consapevole e avere l'intenzione di agevolare la commissione del reato principale. Non è però necessario che il cliente dichiari apertamente di voler evadere il fisco del suo Paese. È sufficiente il cosiddetto dolo eventuale, che ricorre quando, ad esempio, il consulente non è sicuro, ma ritiene possibile che il suo servizio sia utilizzato dal cliente per evadere il fisco e accetta tale eventualità, quindi decide di fornire il servizio consapevole del rischio che tale servizio venga utilizzato ai fini di compiere un reato fiscale.



Esempi tratti dalla giurisprudenza tedesca in materia di complicità in reati fiscali:

- è stato condannato per complicità in sottrazione fiscale l'impiegato di banca che ha aiutato la clientela a trasferire in modo anonimo (fingendo dei prelievi per cassa) fondi in Lussemburgo e in Svizzera. L'impiegato non sapeva con certezza che i fondi non sarebbero stati dichiarati (perché i clienti non gli avevano dichiarato apertamente le loro intenzioni); il giudice tedesco ha però concluso che questa

eventualità era per lui chiaramente riconoscibile dalle circostanze (sentenza del *Bundesgerichtshof* [di seguito BGH] 46, 107, del 2000);

- è stato ritenuto complice in sottrazione di imposta sull'utile colui che ha allestito e consegnato al contribuente tedesco fatture fittizie (sentenza del BGH del 24 giugno 2009).

La semplice accettazione di fondi in deposito, di regola, non è ancora una complicità, se agli occhi del banchiere l'intenzione del cliente di sottrarsi agli obblighi fiscali è soltanto una delle possibili motivazioni (altra motivazione, altrettanto possibile, può essere ad esempio il desiderio di nascondere parte del patrimonio a familiari). Se però il banchiere riconosce che il cliente utilizza i servizi della banca per sfuggire al fisco tedesco, ad esempio perché nelle conversazioni telefoniche il cliente si identifica attraverso un nome in codice, ecco che il semplice accettare in custodia averi può essere considerato come un atto di complicità. Il discrimine è sottile e si gioca sul piano soggettivo. La consapevolezza di una possibilità teorica non basta; se questa possibilità teorica diventa, per le circostanze concrete, una probabilità preponderante, l'intermediario finanziario che eroga un servizio è a rischio di complicità nel reato fiscale. Ciò vale anche per i servizi tipici della professione, dunque per i servizi in sé perfettamente legali secondo il nostro ordinamento giuridico.

3.

Prima conclusione intermedia sui rischi penali dell'intermediario finanziario svizzero secondo il diritto penale tedesco

Da tutto quanto precede, discende che l'intermediario finanziario svizzero, che viene accusato di avere agevolato una sottrazione fiscale da parte di un contribuente tedesco, se viene a trovarsi su suolo tedesco, può essere sottoposto a misure coercitive secondo il diritto penale processuale tedesco (compreso l'arresto), perseguito e (se del caso) condannato e punito, nelle ipotesi più gravi con pena detentiva da scontare.

4.

Altri rischi penali?

Altri rischi penali per l'intermediario finanziario sono innanzitutto il favoreggiamento (articolo 257 CP/D) e il riciclaggio di denaro (articolo 261 CP/D). Per entrambe queste ipotesi di reato, il rischio si realizza soltanto se l'intermediario finanziario non è perseguibile per complicità nel reato fiscale. Infatti sia il favoreggiamento (articolo 257 capoverso 3 CP/D) sia il riciclaggio di denaro (articolo 261 capoverso 9 CP/D) non possono essere commessi da coloro che hanno partecipato al reato preliminare. In particolare, il diritto penale tedesco non punisce l'autoriciclaggio (ovvero il riciclaggio commesso dall'autore del reato da cui provengono gli averi riciclati), diversamente dal diritto penale svizzero.

È punito a titolo di favoreggiamento secondo l'articolo 257 CP/D colui che presta aiuto all'autore di un illecito penale al fine di assicurargli i vantaggi ottenuti dal reato. Nel caso di sottrazione fiscale, i vantaggi sono i frutti delle tassazioni incomplete già realizzate. Secondo la giurisprudenza tedesca costituisce un favoreggiamento ogni forma di aiuto che

rende impossibile o anche solo più difficile la realizzazione della pretesa fiscale da parte dell'Erario di quanto già non lo sia a causa della sottrazione già commessa. Esempio: l'intermediario finanziario che assiste il cliente tedesco nel trasferire i propri averi evasi al fisco da una banca svizzera verso altre piazze finanziarie ritenute (a torto o a ragione) più sicure.

Per quanto concerne il rischio di riciclaggio (articolo 261 CP/D), va segnalata una differenza sostanziale rispetto all'articolo 305^{bis} CP: nel diritto penale tedesco la sottrazione d'imposta (secondo l'articolo 370 AO) configura – già de lege lata – un reato preliminare al riciclaggio, se è commesso per mestiere oppure come membro di una banda costituita per commettere sottrazioni fiscali in modo sistematico. Per la nozione di mestiere, nel diritto tedesco, è sostanzialmente sufficiente che vi sia l'intenzione di reiterare il reato.

Secondo la giurisprudenza tedesca, è data la competenza dell'autorità penale tedesca a perseguire e punire i reati di favoreggiamento e riciclaggio di denaro anche se l'atto è avvenuto fuori dal territorio tedesco, poiché è sufficiente che il bene giuridico messo in pericolo (in concreto: la pretesa fiscale dell'Erario tedesco) sia in Germania.

Per l'intermediario finanziario svizzero esiste inoltre un rischio di concorso in reati di natura patrimoniale. In una recente sentenza (BGH del 27 agosto 2010 – 2 StR 111/09), la Corte federale ha stabilito che la costituzione all'estero di una cassa nera in violazione delle norme sulla contabilità può configurare ipotesi di amministrazione infedele (*"Untreue"* secondo l'articolo 266 CP/D) a carico dell'amministratore di una società anonima o del gerente di una società a garanzia limitata, quand'anche la maggioranza dei soci avessero approvato l'operazione. Esiste dunque per l'intermediario finanziario svizzero, che presta un servizio in relazione a simili fattispecie, un rischio penale di complicità in amministrazione infedele.

5. **Seconda conclusione intermedia sui rischi penali dell'intermediario finanziario svizzero secondo il diritto penale tedesco**

L'intermediario finanziario svizzero che fornisce servizi a clientela tedesca in relazione a fondi non dichiarati corre il rischio di essere perseguito non soltanto a titolo di complicità nel reato fiscale commesso dal suo cliente, bensì – a dipendenza della concreta fattispecie – per reati autonomi previsti dal CP/D.

6. **L'accordo fiscale tra Svizzera e Germania**

Il 21 settembre 2011 è stato firmato dai rispettivi ministri delle finanze l'Accordo tra la Confederazione svizzera e la Repubblica federale tedesca concernente la cooperazione in materia di fiscalità e di mercati finanziari. Se l'*iter* di approvazione dovesse andare a buon fine, questo accordo dovrebbe entrare in vigore, secondo le previsioni del DFF, all'inizio del 2013.

L'accordo, che è poi stato concluso (il 6 ottobre 2011) in forma molto simile con il Regno Unito e nelle intenzioni elvetiche dovrebbe fungere da modello per i negoziati con altri Paesi europei, è piuttosto complesso e assai articolato. Per quanto riguarda il tema qui trattato, è rilevante la Parte Seconda dell'accordo (articoli 4-17), relativa alla regolarizzazione fiscale degli averi depositati presso gli agenti pagatori svizzeri (dunque banche e commercianti di valori mobiliari ai sensi della LBVM). Perché è rilevante? Perché in tre diversi articoli si parla degli effetti della regolarizzazione sulla perseguibilità e la punibilità di reati fiscali da parte dell'autorità tedesca eventualmente commessi dal cliente e/o da terzi compartecipi.



Il cliente residente in Germania, che al 31 dicembre 2010 era avente diritto economico di averi depositati presso una banca svizzera oppure che apre una relazione bancaria prima dell'ultimo giorno del quinto mese successivo all'entrata in vigore dell'accordo, ha sostanzialmente tre possibilità: può decidere di non regolarizzare; oppure può decidere di regolarizzare fiscalmente gli averi in banca optando tra due alternative:

- il pagamento unico (articolo 7), effettuato dalla banca a favore dell'AFC, la quale mette a disposizione il raccolto all'autorità tedesca, il tutto nel rispetto dell'anonimato del cliente;
- la cosiddetta dichiarazione volontaria, che consiste in una comunicazione dettagliata da parte della banca, via AFC, all'autorità tedesca dei dati personali del cliente, del numero di conto, del nome della banca, e della situazione patrimoniale al 31 dicembre di ogni anno dal 2002 fino all'entrata in vigore dell'accordo.

a) **Le conseguenze penali della regolarizzazione attraverso il pagamento unico**

Nel caso di regolarizzazione del patrimonio attraverso il pagamento unico, l'articolo 8 prevede che non siano più perseguiti (con decadenza quindi della perseguibilità) i reati fiscali ai sensi dell'articolo 369 AO né le contravvenzioni fiscali secondo l'articolo 377 AO. L'articolo 369 AO si riferisce (i) alla sottrazione fiscale semplice (articolo 370 capoverso 1 AO); (ii) alla sottrazione aggravata (articolo 370 capover-

so 3 AO, che comprende, tra l'altro, la nostra frode fiscale); (iii) al favoreggiamento del contribuente, che ha commesso una sottrazione fiscale. Decade quindi la perseguibilità del contribuente tedesco. Non è inoltre perseguibile il terzo che commette favoreggiamento, dunque che fornisce aiuto al contribuente, con l'intenzione di assicurargli i vantaggi ottenuti attraverso il reato (articolo 257 CP/D).

Cosa succede con la perseguibilità di eventuali altri reati penali? Il capoverso 1 dell'articolo 8 si riferisce esplicitamente a delitti e contravvenzioni fiscali ("*Steuerstraftaten*" / "*Steuerordnungswidrigkeiten*"). Il capoverso 2 aggiunge che la perseguibilità penale decade anche per quei reati non fiscali, che sono normalmente in rapporto di concorso apparente con il reato fiscale ("*unechte Konkurrenz*"), ad esempio perché vengono assorbiti da quest'ultimo. Un esempio può essere il reato di falso documentale (reato comune), che può essere assorbito dalla frode fiscale, ove il documento falso sia stato allestito unicamente a finalità di evadere il fisco. In tale ipotesi, non è data punibilità anche per titolo di falsità in documenti, ma solo per frode fiscale. Ora, sempre nell'esempio, il capoverso 2 prevede che la regolarizzazione del patrimonio fa decadere la punibilità sia per la frode fiscale, sia anche per la falsità in documenti.

L'articolo 8 non prevede però la decadenza della perseguibilità per i reati penali che sono in rapporto di concorso reale con il reato fiscale ("*echte Konkurrenz*") oppure che vengono commessi dopo il reato fiscale, ma sono strettamente correlati con quest'ultimo. Ad esempio il reato di riciclaggio di denaro. Come ricordato in precedenza, in base al diritto tedesco è punibile il riciclaggio (articolo 261 CP/D) riferito al patrimonio risparmiato grazie alla sottrazione fiscale qualificata (siccome commessa in banda, per mestiere o in modo ripetuto). Pertanto, nel caso di regolarizzazione dei fondi attraverso il pagamento unico, resta a carico sia del cliente, sia dell'intermediario finanziario svizzero un rischio penale in ordine, ad esempio, al reato di amministrazione infedele (nella fattispecie menzionata in precedenza) e (solo per l'intermediario finanziario) al reato di riciclaggio di denaro. In merito alla posizione dell'intermediario finanziario svizzero si tornerà più sotto.

b) Le conseguenze penali della regolarizzazione attraverso la dichiarazione volontaria

Come detto, in alternativa al pagamento unico, il cliente può decidere di mettersi in regola autorizzando la banca svizzera a comunicare all'autorità tedesca (per il tramite dell'AFC), la propria identità, il numero di conto e la situazione patrimoniale annuale degli ultimi dieci anni. In questa ipotesi, si pone il quesito delle conseguenze di natura penale nel caso in cui dall'esame delle informazioni comunicate dovesse emergere l'esistenza di una sottrazione fiscale. Se ciò fosse il caso, la dichiarazione volontaria equivale ad un'autodenuncia ai sensi dell'ordinamento tributario tedesco. Secondo l'articolo 371 AO, l'autodenuncia comporta, di principio, la non punibilità della sottrazione fiscale commessa. Vi sono tuttavia delle eccezioni a tale principio: mi limito qui a se-

gnalare l'eccezione per cui non decade la punibilità se l'imposta indebitamente sottratta o il vantaggio fiscale indebito superano, per ogni singolo atto di sottrazione, l'importo di 50'000 euro. In ogni caso, anche qui il privilegio (limitato) dell'autodenuncia concerne solo i reati fiscali, non si estende quindi ai reati comuni (riciclaggio di denaro, amministrazione infedele, eccetera).



c) Le conseguenze per i compartecipi

L'articolo 17 dell'accordo si riferisce in modo esplicito a coloro che hanno partecipato ai reati tributari commessi dal cliente tedesco prima della firma dell'accordo, dunque prima del 21 settembre 2011, tocca quindi direttamente la posizione, ad esempio, di consulenti, fiduciari eccetera, che avessero fornito assistenza "tecnica" al contribuente tedesco ad evadere il fisco del suo Paese. L'articolo 17, diversamente dalle due disposizioni richiamate in precedenza (articoli 8 e 10), non è collegato ad una modalità specifica di regolarizzazione del patrimonio. Stando alla lettera dell'articolo, non presuppone nemmeno che gli averi in questione vengano regolarizzati in un modo o nell'altro: l'articolo 17 si riferisce, in modo generico, a "*valori patrimoniali ai sensi del presente accordo*", quindi, ritengo, a tutti gli averi di clientela tedesca depositati presso banche svizzere al momento della sottoscrizione dell'accordo. Se questa interpretazione fosse corretta, l'articolo 17 avrebbe quale effetto di eliminare i rischi di punibilità a carico di intermediari finanziari svizzeri, consulenti, eccetera, per reati fiscali commessi da clientela tedesca prima del settembre di quest'anno, indipendentemente che questi averi siano regolarizzati in base all'accordo oppure no (perché, ad esempio, il cliente trasferisce gli averi in un Paese terzo).

Vi sono però due altri limiti. Il primo, ovvio, è che se la fattispecie, al momento della firma dell'accordo, era già conosciuta all'autorità fiscale tedesca, la partecipazione resta perseguibile e dunque punibile (articolo 17 capoverso 1 ultima frase). La seconda limitazione, ben più importante, è costituita dal fatto che la rinuncia al perseguimento concerne, anche qui, unicamente i reati fiscali. Quindi, ancora una volta, non sono contemplati i reati comuni, per esempio il riciclaggio di denaro e l'amministrazione infedele. È perfettamente comprensibile che il riciclaggio di denaro rimanga punibile se risultasse che i valori patrimoniali depositati in Svizzera (siano essi regolarizzati fiscalmente o no) proven-

gano da un crimine (per esempio da una truffa, dal traffico di stupefacenti, eccetera). Sennonché in Germania (così come in Italia e in altri Paesi) è punibile, a certe condizioni, anche il riciclaggio del vantaggio patrimoniale ottenuto dal contribuente grazie a un reato fiscale. Se l'obiettivo dell'accordo consistesse nell'eliminare rischi penali a carico degli intermediari finanziari svizzeri in relazione a reati fiscali commessi dai clienti, l'articolo 17 avrebbe dovuto estendere la non perseguibilità anche al reato di riciclaggio di denaro, nella misura in cui il reato a monte consista, né più né meno, in un reato tributario. Nella versione approvata, l'esimente rischia di essere illusoria.

Elenco delle fonti fotografiche:

http://www.nzz.ch/images/schaeuble_steuerabkommen_fullsize_1.13313495.1321269867.jpg [27.02.2012]

http://www.nzz.ch/images/deutschland_schweiz_fullsize_1.4781097.1265203999.jpg [27.02.2012]

<http://www.konsumer.info/wp-content/finanzamt.jpg> [27.02.2012]

[1] Cfr. Salditt Franz, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Steuerehrlichkeit deutscher Kunden? – Über die Risiken der Bankmitarbeiter und Vermögensverwalter in der Schweiz bei Dienstleistungen des Finanzsektors für deutsche Kunden, in: Ackermann Jürg-Beat/Wohlers Wolfgang, Finanzmarkt ausser Kontrolle? Selbstregulierung – Aufsicht – Strafrecht, Zurigo 2009, pagina 61 e seguenti.