

La sorte dei dati rubati nello scambio di informazioni a livello internazionale



Emanuele Stauffer
Avvocato PSMLaw SA,
Lugano



Alain Jaquet
Master of Law PSMLaw SA,
Lugano

Una soluzione in contrasto con il diritto internazionale?

1.

L'articolo 26 del Modello OCSE di convenzione fiscale

La questione inerente l'utilizzo di dati illecitamente acquisiti presso intermediari finanziari (banche, fiduciarie) non è nuova. Solo però recentemente ha toccato direttamente la Svizzera. In effetti, i casi più eclatanti finora noti riguardavano un noto studio di professionisti del Liechtenstein (nel 2000) e la Banca LGT (nel 2007). In entrambi i casi, le autorità germaniche avevano utilizzato le informazioni ricevute, riferite per lo più ad averi di pertinenza di contribuenti tedeschi, per promuovere accertamenti di natura fiscale e per sanzionare comportamenti illeciti. Questi casi però, come detto, non toccavano la Svizzera, la quale, nel 2009 si è però a sua volta sentita vulnerabile, scoprendo che il suo segreto bancario poteva anch'esso essere condizionato dal fattore umano. La situazione appariva pericolosa, in quanto, oltre all'ideologia, anche il soldo poteva ormai indurre qualcuno ad asportare dati confidenziali. Tutto ciò accadeva in un momento di estrema convulsione per la piazza finanziaria svizzera: il caso UBS era all'apice, il 13 marzo 2009 la Svizzera – cedendo alle pressioni internazionali – accettò di concedere assistenza anche per casi di semplice evasione fiscale e, da lì a poco, cominciò a sottoscrivere nuove convenzioni contro le doppie imposizioni (in parte) secondo lo *standard* previsto dall'articolo 26 del Modello OCSE di convenzione fiscale. Ed è proprio nel bel mezzo di questi eventi epocali che due funzionari di banca, uno di HSBC ed uno di Credit Suisse, decisero di rubare dati, con l'intento di metterli a disposizione di autorità fiscali straniere. Qualcuno lo fece per idealismo (così sembra) e qualcuno per denaro. La Svizzera non poteva manifestamente subire situazioni siffatte senza reagire. E così, sfruttando la necessità di adeguare l'armamentario procedurale alle nuove convenzioni contro le doppie imposizioni negoziate, decise di legiferare anche in merito all'utilizzabilità – nell'ambito di una domanda di assistenza amministrativa – di dati bancari ottenuti illecitamente, giacché non si poteva escludere che un'autorità fiscale estera, avvalendosi di una riveduta/nuova convenzione, potesse utilizzare questi dati per ottenere assistenza.

2.

L'Ordinanza federale sull'assistenza amministrativa secondo le convenzioni per evitare le doppie imposizioni

Il Consiglio federale, ritenuto appunto che un simile risultato fosse inaccettabile, decise quindi di arginare il fenomeno dei dati rubati e le sue implicazioni con un testo normativo di diritto interno, l'OACDI – in vigore dal 1. ottobre 2010 –, il cui compito è quello di garantire, dal profilo procedurale, l'esecuzione di quanto previsto nelle convenzioni contro le doppie imposizioni rivedute o adottate dopo la sua entrata in vigore (articolo 1 capoverso 1 OACDI).



Nell'OACDI, il fenomeno dei dati rubati viene contrastato allo stadio dell'esame preliminare – analogo a quello previsto all'articolo 80 della Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale (di seguito AIMP) – che l'AFC attua su una richiesta d'informazioni proveniente da un'autorità estera (articolo 5).

Ai sensi dell'articolo 5 capoverso 2 lettera c OACDI, la domanda deve essere respinta se *“si fonda su informazioni ottenute o trasmesse mediante reati secondo il diritto svizzero”*. Questo non è il solo motivo per rifiutare una richiesta d'informazioni, dato che, secondo il legislatore, è possibile non dar seguito ad una domanda d'assistenza anche quando la stessa dovesse apparire come contraria all'ordine pubblico (lettera a) o al principio della buona fede (lettera b). Se tuttavia la violazione del principio dell'ordine pubblico costituisce un motivo di rifiuto indipendente da quello fondato sull'uso d'informazioni ottenute o trasmesse in violazione del diritto penale svizzero, ne va altrimenti per il princi-

pio della buona fede. In effetti, il rifiuto fondato sulla violazione del diritto penale svizzero non è altro che una concretizzazione dell'inosservanza del principio della buona fede.

Sempre secondo l'OACDI, se l'AFC dovesse avere il sospetto che la domanda d'assistenza amministrativa si fondi sull'impiego di dati rubati, essa può chiedere delle informazioni all'autorità che ha inoltrato la domanda esigendo delle spiegazioni. Il sospetto deve essere fondato poiché, in virtù del principio dell'affidamento su cui poggiano tutti i trattati internazionali, bisogna partire dall'idea che le richieste effettuate dalle autorità straniere non infrangano quanto previsto dall'articolo 5 capoverso 2 OACDI.

In maniera analoga a quanto previsto dall'articolo 80 AIMP, se l'AFC dovesse optare per la reiezione della richiesta d'assistenza amministrativa poiché basata sull'uso di dati rubati, essa non deve rendere alcuna decisione in materia, escludendo così un'eventuale ricorso su quanto da lei stabilito.

3.

La Legge federale sull'assistenza amministrativa fiscale

È verosimile che in futuro l'OACDI venga sostituita dalla LAAF, la quale è attualmente al vaglio delle Camere federali^[1].

La LAAF ha ripreso i tratti essenziali dell'OACDI; tuttavia, per quanto concerne la problematica dei dati rubati, il disegno di legge federale, rispetto all'ordinanza, prevede un campo d'applicazione più ampio (articolo 1 capoverso 1). Ciò comporta un'estensione del perimetro legale in cui vige l'impedimento di fornire assistenza amministrativa se la richiesta si fonda su dati rubati. Difatti, la LAAF disciplina l'esecuzione dell'assistenza amministrativa in applicazione di tutte le convenzioni contro le doppie imposizioni e non solo quelle rivedute o nuove (lettera a). Inoltre, il campo d'applicazione della LAAF si estende anche agli accordi bilaterali vertenti esclusivamente sullo scambio d'informazioni che la Confederazione potrebbe concludere in futuro (lettera b), nonché all'assistenza amministrativa prevista dall'AFisR.

Interessandosi alla disposizione legale che impedisce l'impiego dei dati rubati, nella LAAF, il rapporto di dipendenza fra il principio della buona fede e la violazione del diritto penale svizzero è stato esplicitato, considerato che l'articolo 7 lettera c LAAF prevede che l'AFC non entra nel merito della domanda se quest'ultima "viola il principio della buona fede, in particolare se si fonda su informazioni ottenute mediante reati secondo il diritto svizzero".

Anche in applicazione della LAAF, se l'AFC dovesse nutrire dubbi sull'origine della domanda potrà domandare delle informazioni all'autorità dello Stato richiedente. Allo stesso modo, se l'AFC non dovesse entrare nel merito della richiesta poiché basata su dei "dati rubati", essa non sarà obbligata a rendere una decisione e avrà la facoltà di scegliere la forma nella quale intende comunicare la non entrata in materia.

4.

I reati punibili secondo il diritto svizzero

La formulazione scelta nell'OACDI e nella LAAF è identica: "[...] informazioni ottenute o trasmesse mediante reati secondo il diritto

svizzero". Essa è volutamente ampia, poiché si è voluto evitare ogni possibile tentativo di elusione da parte delle autorità straniere. Non vi è distinzione sul fatto che i dati "rubati" siano stati forniti dietro compenso oppure gratuitamente. Poco importa poi se tali informazioni siano state recuperate dalle autorità straniere in vista o meno di uno scambio automatico o spontaneo d'informazioni. Infine, è irrilevante il fatto a sapere se l'autore è stato o meno istigato, o se il suo comportamento è stato solo successivamente "avvallato" dalle autorità estere^[2].



Sempre per quanto concerne i reati secondo il diritto svizzero, è opportuno chiarire che nonostante la locuzione di "rubati", non dovrebbero entrare in considerazione infrazioni quali il furto (articolo 139 CP) e l'appropriazione indebita (articolo 138 CP), visto che l'oggetto della sottrazione – i "dati" – non sono considerati "cose mobili altrui" ai sensi dei reati appena indicati. Senza la volontà di essere esaustivi, comportamenti quali la sottrazione da parte di un dipendente di dati trascritti su di un supporto cartaceo o informatico (pur se "rubati", secondo l'espressione tratta dal linguaggio comune adottata dal legislatore) potranno per esempio essere costitutivi di reati quali l'acquisizione illecita di dati (articolo 143 CP), la violazione del segreto di fabbrica o commerciale (articolo 162 CP) e la sottrazione illecita di un documento (articolo 254 CP). A seconda delle circostanze, il dipendente potrà inoltre aver violato il segreto bancario (articolo 47 LBCR) o altri segreti professionali specificamente protetti dalla legge (articoli 43 LBVM e 148 capoverso 1 lettera k della Legge federale sugli investimenti collettivi di capitale [LiCol])^[3].

5.

Il principio della buona fede

Come già accennato, una domanda di assistenza fondata sull'utilizzo d'informazioni ottenute o trasmesse mediante reati secondo il diritto svizzero viene rifiutata dall'AFC dato che contraria al principio della buona fede.

Per "buona fede", il legislatore si riferisce al principio giuridico generale valido in diritto internazionale e sancito nella Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati, segnatamente al suo articolo 31, il quale postula che "Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del contratto nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo". Nel messaggio del Consiglio federale concernente il disegno LAAF, per chiarire le motivazioni

soggiacenti il rifiuto, viene specificato che una *“domanda di uno Stato fondata su dati bancari ottenuti illegalmente contraddice lo scopo e il significato della CDI e va quindi qualificata come contraria al principio della buona fede”*[4].

Quanto precede è un'interpretazione “svizzera” del principio generale della buona fede, pertanto, pur se tale motivo di rifiuto è previsto dall'OACDI/LAAF non vi è nessuna garanzia che altri Stati e/o l'OCSE concordino con tale interpretazione. Non è quindi escluso che, in futuro, questa specifica norma o volontà politica per l'implementazione della quale è stato richiamato un principio con valenza internazionale, venga criticata e in qualche modo “forzata”, per spingere la Svizzera a, nonostante tutto, dar seguito ad una richiesta d'informazioni indipendentemente da quanto disposto dall'OACDI/LAAF. Così facendo, dal punto di vista giuridico, è possibile che la Confederazione sia di conseguenza portata a riconoscere che l'uso di informazioni di questo genere non sia contrario al principio della buona fede e che un rifiuto di ottemperare ad una richiesta in questo senso costituisca una violazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni e/o altri trattati validi in materia.

Al fine di premunirsi contro tale ipotesi è dunque opportuno che la Confederazione tenti di regolare la problematica dei dati rubati direttamente in una disposizione delle convenzioni contro le doppie imposizioni di prossima adozione oppure, contestualmente alle negoziazioni di una convenzione, cerchi di ottenere una dichiarazione unilaterale da parte dell'altro Stato contraente volta ad impedire o, se non altro, a limitare l'uso di dati rubati. Quest'ultima ipotesi si è realizzata nell'ambito delle recenti negoziazioni degli accordi in ambito fiscale fra la Confederazione svizzera, da una parte, e la Germania, rispettivamente il Regno Unito, dall'altra.

6. Gli accordi in ambito fiscale con la Germania e il Regno Unito

Sia la Germania che il Regno Unito, infatti, hanno adottato una dichiarazione unilaterale relativa all'acquisizione di dati rubati concernenti i clienti (apparentemente) di banche svizzere.

In particolare la Germania ha dichiarato che: *“Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland erklärt anlässlich der Unterzeichnung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt, dass sich deutschen Finanzbehörden nicht aktiv um den Erwerb von bei Banken in der Schweiz entwendeten Kundendaten bemühen werden”*[5].

In maniera simile, il Regno Unito ha enunciato che *“A l'occasion de la signature de l'accord entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la coopération en matière de fiscalité, le Gouvernement du Royaume-Uni déclare qu'il ne cherchera pas activement de acquérir des données dérobées auprès de banques en Suisse concernant les clients de ces dernières”*[6].

Per entrambe le dichiarazioni si osserva che, dal punto di vista del diritto internazionale, esse vincolano gli Stati che le hanno

emesse fintanto che gli accordi entrino in vigore (e non siano successivamente denunciati). In effetti, in caso contrario, tali dichiarazioni non avrebbero una portata giuridica autonoma[7].

Urge poi rilevare che non vi è totale chiarezza in merito all'impegno preso. Difatti, che cosa s'intende per il non cercare *attivamente* di acquisire dei dati rubati? Vi è dunque spazio per una loro acquisizione *passiva*? In caso di risposta affermativa a tale quesito, quali comportamenti potrebbero rientrare nella casistica? Si può solo rilevare che se la Germania ed il Regno Unito considerassero come passiva un'acquisizione di dati a loro spontaneamente consegnati da impiegati infedeli, è evidente che l'efficacia giuridica delle dichiarazioni unilaterali sarebbe residua, vedi inesistente.

Si precisa infine che nonostante nel testo si faccia riferimento esclusivamente alle banche, è verosimile – ma non certo – che anche gli istituti fiduciari siano compresi nel campo d'applicazione.



7. Conclusione

Con l'adozione di disposizioni di diritto interno volte a contrastare l'impiego da parte di un'autorità estera d'informazioni illecitamente sottratte o trasmesse, il legislatore ha voluto chiaramente esplicitare al di fuori dei confini nazionali quale sia l'attitudine della Confederazione. Nonostante gli sforzi profusi, è tuttavia chiaro che entrino in gioco altri fattori per determinare quale sia l'effettiva portata degli articoli 5 capoverso 2 lettera c OACDI e 7 lettera c del disegno LAAF. La soluzione scelta per scoraggiare tale pratica, pur volendo assicurare un certo grado di sicurezza giuridica nell'applicazione di accordi che prevedono uno scambio d'informazioni, non è esente da incertezze, tutte dovute al contesto imprescindibilmente internazionale della questione dei dati rubati.

A livello del diritto internazionale, la soluzione ideale per la Confederazione sarebbe quella di negoziare con lo Stato contraente una norma che vieti in maniera esplicita l'uso dei dati rubati. È già una buona cosa che Germania e Regno Unito abbiano preso unilateralmente un certo impegno per contrastare siffatto fenomeno; tuttavia, le loro dichiarazioni non hanno quella chiarezza che conduce ad escludere che in futuro la Confederazione sarà tutelata dall'utilizzo di dati rubati e da conseguenti richieste di assistenza amministrativa.

Elenco delle fonti fotografiche:

<http://www.bdp-aktuell.de/77/images/cd.jpg> [27.02.2012]

http://www.swissinfo.ch/media/cms/images/afp/2009/12/hsbc_geneva-7921564.jpg [27.02.2012]

<http://media-public.pmm.rtsi.ch/media/object/rtsi/5957d6d2-3bcd-4022-a7f0-5eec21cbc280?width=460&height=460> [27.02.2012]

[1] Consiglio federale, Messaggio n. 11.044 del 6 luglio 2011, in: FF 2011, pagina 5587 e seguenti. Il testo è disponibile anche ai seguenti link: <http://www.admin.ch/ch/i/ff/2011/5587.pdf> (messaggio [27.02.2012]), <http://www.admin.ch/ch/i/ff/2011/5627.pdf> (disegno di legge [27.02.2012]).

[2] Wyss Rudolf, Illegal beschaffte Daten – eine Grundlage für Internationale Amts- und Strafrechtshilfe in Fiskalsache?, in: AJP/PJA 2011, pagina 731 e seguenti, in particolare pagine 734-735.

[3] Eicker Andreas, Zur Strafbarkeit des Kopierens und Verkaufens sowie des Ankaufens von Bankkundendaten als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen, in: Jusletter 30 agosto 2010, pagine 2-4.

[4] FF 2011, pagina 5602.

[5] Erklärung der Bundesrepublik Deutschlands betreffend den Erwerb entwendeter Daten schweizerischer Bankkunden, in: Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt, pagina 44. Il testo è disponibile al seguente link: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/24360.pdf> [27.02.2012].

[6] Déclaration du Royaume-Uni relative à l'acquisition de donne dérobées concernant les clients de banques suisses. La dichiarazione è allegata al processo verbale sottoscritto dalle parti all'occasione della sottoscrizione dell'«*Accord entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la coopération en matière de fiscalité*». Il testo è disponibile al seguente link: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/24481.pdf> [27.02.2012].

[7] Dupuy Pierre-Marie, Droit International public, 7^e edizione, Dalloz 2004, N. 348.