



Flavio Amadò
Avvocato, LL.M.
Titolare di uno studio
legale e notarile,
Vezia

La ricerca di nuove modalità di apertura ai mercati per gli operatori svizzeri

1. Introduzione

Il trattato sottoscritto il 21 settembre 2011^[1] dal Governo svizzero con quello germanico in ambito fiscale prevede, quale sua parte integrante, non solo l'introduzione di un'imposta alla fonte con effetto liberatorio, ma anche il diritto per le banche svizzere di ottenere una prima forma di accesso al mercato tedesco dei servizi finanziari in libera prestazione di servizi, senza la necessità quindi di dovere aprire una filiale o succursale in territorio tedesco, o dovere operare tramite altro istituto già presente sul territorio tedesco e già autorizzato.

In questo senso, soprattutto se inserito in un accordo di natura di per sé fiscale e non commerciale, tale possibilità su base convenzionale bilaterale rappresenta una novità per la Svizzera rispetto ai propri maggiori vicini e *partners* commerciali.

Pressoché contemporaneamente il 6 ottobre 2011 rappresentanti del Governo svizzero e britannico hanno sottoscritto un accordo in ambito fiscale, introducendo – con l'eventuale futura entrata in vigore dell'accordo – un'imposta liberatoria per le persone domiciliate nel Regno Unito analoga a quella prevista dall'accordo con la Germania. Con tale accordo pure si intendono migliorare le condizioni d'accesso ai reciproci mercati per i fornitori di servizi finanziari^[2]. Quest'ultimo accordo, a differenza di quello con la Germania, non prevede tuttavia la concessione di specifici, ulteriori diritti a banche o in generale a prestatori di servizi finanziari svizzeri.

Sia l'accordo con la Germania sia quello con il Regno Unito necessitano ancora della ratifica da parte dei parlamenti nazionali. Le intenzioni sono quelle di giungere se del caso ad approvazione ed entrata in vigore all'inizio del 2013.

Lo scetticismo, se non l'aperta ostilità delle autorità comunitarie alle soluzioni scelte dai tedeschi e dai britannici in ambito fiscale, hanno concorso a rallentare gli *iter* di approvazione. Prima della recente presa di posizione del Commissario alla

fiscalità Algirdas Šemeta del 5 marzo 2012, non sembrava invece essere stata ritenuta incompatibile con il diritto dell'UE l'eventuale concessione di maggiori possibilità di accesso ai mercati per le imprese svizzere.



2. L'accordo con la Germania

L'accordo contiene, quale sua parte integrante (articolo 40), un protocollo nel quale sono stabiliti i diritti di accesso facilitati per le banche svizzere al mercato tedesco dei servizi finanziari. Tali diritti non sono riferiti ad altri prestatori di servizi finanziari domiciliati in Svizzera, quali ad esempio assicurazioni, commercianti di valori mobiliari, gestori di fondi o gestori patrimoniali indipendenti.

Il protocollo prevede l'introduzione di una "procedura di esenzione semplificata" ("*vereinfachte Freistellungsverfahren*"). La stessa si basa, semplificandola, sulla procedura di autorizzazione ("*Erlaubnisverfahren*") prevista dall'articolo 32 capoverso 1 della Legge tedesca sul credito ("*Gesetz über das Kreditwesen*", di seguito KWG). Questa norma prevede la necessità di un'autorizzazione scritta per chi intende attivamente offrire e prestare operazioni bancarie e servizi finanziari. Il *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (di seguito BAFIN^[3]), l'autorità preposta alla concessione di tale Autorizzazione, considera soggetti a tale obbligo gli enti che, anche se residenti all'estero, ripetutamente ed attivamente offrono servizi bancari o finan-

ziari a soggetti aventi domicilio o dimora abituale in Germania[4]. Nessun obbligo di autorizzazione è per contro previsto per la prestazione di servizi a seguito di spontanee richieste della clientela. Negli altri casi, per società con domicilio fuori dallo Spazio economico europeo (di seguito SEE) è previsto in ogni caso l'obbligo di disporre di una filiale o di una succursale in territorio tedesco, previa presentazione di una richiesta di autorizzazione al BAFIN, e la dimostrazione dell'adempimento di specifici obblighi organizzativi (articolo 32 capoverso 1 in congiunzione con articolo 33 capoverso 1 KWG[5]).

Secondo il protocollo, la procedura di esenzione semplificata per banche svizzere si baserebbe invece sui seguenti elementi:

- a) la banca svizzera che intendesse offrire i propri servizi a clientela residente in territorio tedesco non è obbligata ad aprirvi una filiale od una succursale, e può procedere all'identificazione della controparte contrattuale a distanza, tramite l'utilizzo di "terzi" residenti in Germania, quali una banca corrispondente, oppure un notaio, o tramite i servizi di identificazione della posta tedesca;
- b) la banca svizzera dovrà rispettare le norme di protezione degli investitori e dei consumatori, che il BAFIN impone agli enti assoggettati a sua sorveglianza prudenziale. In particolare entrano quindi in considerazione gli *standards* della Direttiva n. 2004/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari (di seguito MIFID), e la loro concretizzazione in Germania;
- c) la banca svizzera, nella richiesta di esenzione, si dovrebbe dichiarare d'accordo che il BAFIN possa partecipare alla verifica, da parte di FINMA, del rispetto delle norme a protezione degli investitori e consumatori applicabili ai prestatori di servizi finanziari autorizzati in Germania.

Il protocollo prevede che il BAFIN dal canto suo s'impegna ad evadere le richieste di esenzione nel giro di tre mesi dalla loro presentazione, e di emanare delle guide informative per la preparazione di tali richieste. Sotto questo aspetto, ovvero la fissazione di un limite temporale per l'evasione delle richieste, vi è certamente un'importante analogia con le tempistiche previste per le procedure di notifica dalle direttive europee[6], in applicazione del principio del "mutuo riconoscimento" delle autorizzazioni prudenziali concesse in altri Stati membri.

Di rilievo è pure il punto 3 del protocollo, prevedente l'introduzione di un'ulteriore procedura, da concordarsi tra FINMA e BAFIN su di un piano amministrativo quindi, per il mutuo riconoscimento e conseguente ammissione alla distribuzione di fondi d'investimento svizzeri e tedeschi, ove compatibili con le direttive UCITS (*Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities*) europee, nei rispettivi Paesi. L'accordo amministrativo tra BAFIN e FINMA (non ancora pubblicato) concretizzerebbe ulteriori aspetti tecnici necessari ad implementare quanto previsto dal protocollo, come ad esempio le modalità di partecipazione del BAFIN ai controlli della FINMA sul rispetto da parte della banche svizzere delle norme da rispettarsi in Germania a protezione di investitori e consumatori.

A garanzia del buon funzionamento di quanto previsto nell'accordo, incluse le pattuizioni inerenti l'accesso al mercato per le

banche svizzere, è prevista la creazione di un comitato congiunto ("*gemeinsamer Ausschuss*", articolo 38), con rappresentanza paritetica svizzera e tedesca, per la definizione degli ulteriori aspetti implementativi dell'accordo, nonché la verifica del buon funzionamento dello stesso, ivi incluso il rispetto delle norme previste dal protocollo ed il rispetto delle tempistiche previste per l'evasione da parte del BAFIN delle procedure di esenzione semplificata avviate da banche svizzere[7].

3. **L'accordo con il Regno Unito**

Contrariamente all'accordo con la Germania, il cui titolo peraltro contiene esplicitamente anche il riferimento al tema dell'accesso al mercato finanziario[8], quello con il Regno Unito regola unicamente gli aspetti fiscali[9], e non include la concessione di nuovi reciproci diritti inerenti l'accesso dei mercati finanziari nazionali ai prestatori di servizi residenti nei due Paesi.

L'intenzione delle parti di comunque facilitare l'accesso ai mercati finanziari, menzionata genericamente nel preambolo dell'accordo, trova concretizzazione unicamente in una dichiarazione congiunta del DFF e del "*Her Majesty Revenue and Customs (HMRS)*", contestuale alla sottoscrizione dell'accordo, senza esserne dichiarata parte integrante. Secondo tale dichiarazione, le predette Autorità, preso atto della firma dell'accordo, "dichiarano" che il memoriale informativo annesso a tale dichiarazione (e non annesso all'accordo, come invece è il caso del protocollo sulla prestazione dei servizi finanziari previsto dall'accordo con la Germania), fornisce ai prestatori di servizi finanziari svizzeri consigli appropriati per l'offerta di tali servizi nei confronti di residenti nel Regno Unito[10].

Il *Memorandum* è stato a sua volta allestito dal Ministero del Tesoro britannico, ed ha come scopo dichiarato quello di rispondere a quesiti specifici sollevati dal DFF e dall'ASB all'occasione di un incontro tenutosi a Berna nel giugno 2011. Esso espone il quadro giuridico britannico generale di riferimento, ed applicabile alla fornitura di servizi transfrontalieri indirizzati al Regno Unito da parte di società con sede in Svizzera, indicando segnatamente le attività transfrontaliere effettuabili senza autorizzazione della FSA (*Financial Services Authority*) a partire dalla Svizzera verso clientela residente nel Regno Unito (*Section B* del *Memorandum*), nonché le modalità ammesse di *marketing* e di contatto con clientela esistente senza obbligo autorizzativo (*Section B* del *Memorandum*).



Il *Memorandum* fornisce succinte informazioni sul quadro normativo applicabile, e negli esempi trattati indica possibilità di fornitura di servizi e di contatti comunque estesi per rapporto ad altri quadri normativi nazionali. A determinate condizioni sarebbe possibile l'utilizzo di mezzi di *marketing* non ammessi in altri Paesi[11].

Senza qui volere entrare nel merito del quadro normativo britannico esposto nel *Memorandum*, lo stesso si ribadisce avere carattere informativo, senza prevedere nuovi o specifici diritti a favore di imprese di investimento con sede in Svizzera[12].

4. Conclusioni

Anche se con soluzioni diverse in ottica di accesso ai mercati finanziari, i due accordi rappresentano comunque un approccio nuovo, con cui la Svizzera propone proattivamente soluzioni – in ambito di assoggettamento e raccolta di gettiti fiscali – più efficaci per i singoli Stati interessati del mero scambio automatico di informazioni, e più consone alla propria cultura giuridica di protezione della sfera privata. In questo nuovo approccio, la Svizzera chiede, in contropartita, maggiore accesso ai mercati finanziari nazionali per i propri prestatori di servizi finanziari.

Con la graduale ridefinizione dei contorni del segreto bancario, acceleratasi negli ultimi anni, rappresenta un'esigenza imprescindibile per chi opera, o vorrà operare dalla Svizzera, l'altrettanto graduale apertura dei mercati finanziari, soprattutto dei maggiori Paesi limitrofi, ai prestatori di servizi finanziari svizzeri.

Questa tendenza, comunque ineluttabile nel medio-lungo termine al di là delle concrete modalità con cui verrà realizzata (gli accordi in discussione ne sarebbero una prima importante eventuale concretizzazione, ma certamente non l'unica possibile), comporterà un crescente allineamento del quadro giuridico svizzero a quello europeo nonché a quello dei Paesi nei quali, o verso i quali, vengono prestati servizi finanziari.

L'accordo con la Germania prevede espressamente che le banche svizzere che vorranno avvalersi dei nuovi diritti concessi loro, dovranno rispettare le norme sulla protezione degli investitori e dei consumatori vigenti in Germania, e che il BAFIN avrà facoltà di verificare tale aspetto[13].

Peraltro la FINMA, da tempo ed indipendentemente dagli accordi in questione, ha già espressamente indicato che considererà oramai una componente essenziale della nozione di *attività irreprensibile*, ovvero una condizione generale autorizzativa per gli enti soggetti a sorveglianza prudenziale in Svizzera, quella di un'efficace ed attenta gestione dei rischi giuridici e reputazionali. Ciò si deve concretizzare in un'adeguata conoscenza del diritto estero rilevante nel proprio modello d'affari, con l'adozione delle misure più appropriate per ridurre i rischi legali legati al mancato rispetto di tali rilevanti norme estere[14]. La FINMA non arriva ad imporre ai propri assoggettati il rispetto del diritto estero[15], non ne avrebbe probabilmente nemmeno la base legale. Il crescente rispetto di tale diritto, nella misura in cui è rilevante per il proprio modello d'affari, è tuttavia una conseguenza logica del dovere massimamente ridurre i rischi giuridici legati all'eventuale mancato rispetto di norme estere[16].



Concludendo, i due accordi – in assenza di concrete ipotesi politiche di adesione allo SEE o all'UE – s'inseriscono in una comunque ineluttabile tendenza di ricerca di nuove modalità d'accesso ai mercati finanziari esteri per prestatori di servizi finanziari svizzeri.

A riguardo, è più l'accordo con la Germania a rappresentare un valido modello per rapporto a Paesi nei quali vige un quadro regolamentare più stringente di quello britannico. Ciò potrebbe essere il caso dell'Italia, verso la quale un accordo del genere di quello sottoscritto con il Regno Unito sarebbe dotato di dubbia efficacia. Già ora il diritto italiano prevede teoricamente possibilità di accesso a banche svizzere in libera prestazione di servizi[17]. La pura indicazione delle possibilità offerte dal diritto italiano in un *Memorandum* informativo analogo a quello allestito dal Ministero del Tesoro britannico non rappresenterebbe quindi una soluzione interessante e nuova per la Svizzera. Tutt'altra cosa invece, sempre per rapporto all'Italia, sarebbe un accordo sulla base del modello di quello con la Germania. Tale accordo sancisce infatti chiari diritti, fra i quali – similmente al diritto comunitario dove vige il principio del mutuo riconoscimento delle autorizzazioni prudenziali – quello di ottenere una decisione da parte dell'Autorità tedesca in determinate tempistiche, oltretutto analoghe a quelle previste dal diritto comunitario.

Peraltro proprio l'opportunità che Paesi membri concedano ora maggiori diritti di accesso ai mercati finanziari nazionali sembra essere messa in discussione dal Commissario alla fiscalità (non quindi competente per il mercato interno ed i servizi) Algirdas Šemeta, che in una recente lettera del 5 marzo 2012 indirizzata alla Presidenza di turno danese, ritiene che negoziazioni in tema di servizi bancari e finanziari dovrebbero pure rientrare nell'ambito negoziale comunitario.

Indipendentemente dall'orientamento della Commissione europea, il recente protocollo firmato dal Governo svizzero e quello britannico il 20 marzo 2012 e relativo alla modifica del precedente accordo del 6 ottobre 2011, non dovrebbe porre particolari problemi sotto questo profilo, stante la mancata concessione di ulteriori concreti diritti a prestatori di servizi finanziari svizzeri. Il protocollo, firmato a Bruxelles, e la conseguente nuova versione dell'accordo con il Regno Unito, dovrebbero avere eliminato – così indica il Governo svizzero – ogni preoccupazione della Commissione europea in ordine alla compatibilità con il diritto europeo[18].

Con la ridefinizione dei contorni del segreto bancario, rimane tuttavia imprescindibile per la Svizzera ottenere concreti ulteriori diritti di accesso ai mercati finanziari. In questo senso è l'accordo con la Germania, che prevede per l'appunto specifici diritti, a rappresentare un valido modello.

Elenco delle fonti fotografiche:

<http://2.bp.blogspot.com/-AiL-k6ZQ2Fk/TwCQL-EoKWI/AAAAAADCs/hX2rRHLYrs/s400/mercati+finanziari.jpg> [27.02.2012]

<http://www.aargauerzeitung.ch/wirtschaft/finma-prueft-banken-und-versicherungen-haeufiger-vor-ort-107757373/asset/0/@@teaserImage/detail> [27.02.2012]

http://www.linkiesta.it/sites/default/files/imagecache/immagine_620_fixed/uploads/articolo/immagine-singola/cartina_svizzera.jpg [27.02.2012]

[1] DFF, La Svizzera e la Germania firmano una Convenzione in ambito fiscale, Comunicato stampa del 21 settembre 2011, in: <http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=it&msg-id=41313> [27.02.2012].

[2] DFF, La Svizzera e il Regno Unito firmano una Convenzione in ambito fiscale, Comunicato stampa del 6 ottobre 2011, in: <http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=it&msg-id=41576> [27.02.2012].

[3] Si veda per maggiori informazioni: <http://www.bafin.de> [27.02.2012].

[4] Merkblatt über die Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften gemäß § 32 Abs. 1 KWG, in: http://www.bafin.de/clk_110/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Merkblaetter/mb__080609__bankerlaubnis.templateId=raw,property=publicationFile.pdf/mb_080609__bankerlaubnis.pdf [27.02.2012].

[5] *Ibi*, punto 6.1, pagine 13-16.

[6] Secondo la MIFID, imprese autorizzate e sottoposte a vigilanza di Autorità in uno Stato membro, possono prestare i servizi ed esercitare le attività autorizzate tramite l'apertura di succursali o direttamente, sul territorio di altri Stati membri, previa comunicazione all'Autorità del loro Stato di origine della loro intenzione di volere operare in un determinato Stato della Comunità e del programma di attività che intendono svolgere e se intendono avvalersi di agenti (articolo 31 cifra 2 e articolo 32 cifra 2 MIFID). L'Autorità dello Stato membro di origine trasmette entro un mese le informazioni alle Autorità dello Stato membro ospitante e l'impresa può da quel momento prestare i propri servizi nello Stato ospitante (articolo 31 cifra 3 MIFID). In caso di stabilimento di una succursale, quest'ultima può iniziare attività al più tardi entro due mesi dall'avvenuta comunicazione all'Autorità dello Stato membro ospitante (articolo 32 cifra 6 MIFID). Analoga soluzione è prevista per le banche dalla Direttiva n. 2006/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006 relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio (articoli 25-30).

[7] Protocollo, punto 2.2, lettera b.

[8] "Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt".

[9] "Accord entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande Bretagne et Irlande du Nord concernant la coopération en matière de fiscalité".

[10] Cfr. la dichiarazione del DFF e HMRS pubblicata con il testo dell'accordo, in: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/24481.pdf> [27.02.2012].

[11] Vedasi le possibilità di contatti pubblicitari indicati nel Memorandum pubblicato contestualmente al testo dell'accordo (ad esempio contatti diretti per telefono, posta, email, e tramite internet, senza previa autorizzazione) (vedi link indicato alla nota precedente); *Section C*, pagina 7 (e norme britanniche lì indicate). Possibilità non necessariamente permesse – nel caso dell'Italia ad esempio – sotto l'egida del Decreto Legislativo n. 385/1993 (Testo Unico Bancario, TUB), articoli 10, 14, 15 e 16, nonché del Decreto Legislativo n. 58/98, articolo 18, in: http://www.bancaditalia.it/vigilanza/normativa/norm_naz/TUB_gennaio_2011.pdf [27.02.2012].

[12] "Le présent mémorandum a été établi par le Trésor britannique [...]. Il répond aux questions soulevées par les banques suisses quant à la fourniture de prestations transfrontalières de services financiers aux particuliers au Royaume-Uni. A ce titre, il [...] décrit le cadre approprié et guide les banques et établissements financiers suisses qui souhaitent fournir de telles prestations transfrontalières au Royaume-Uni." (Memorandum, Introduction, pagina 2).

[13] Protocollo, punto 2.2, lettera c.

[14] Posizione della FINMA Rischi giuridici, Berna, 22 ottobre 2010, pagina 2, pagine 11-14, in: http://www.finma.ch/i/finma/publikationen/Documents/positionspapier_rechtsrisiken_i.pdf [27.02.2012].

[15] Norme regolamentari, fiscali, penali, ma anche civili sul piano del diritto applicabile al rapporto contrattuale con il cliente (Posizione della FINMA Rischi giuridici, Berna, 22 ottobre 2010, pagine 9-11).

[16] "La Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari non sancisce alcun obbligo di ottemperare alle normative estere, tuttavia le violazioni delle prescrizioni normative estere possono assumere rilevanza ai sensi di specifiche norme del diritto prudenziale. In particolare, la violazione di normative estere può collidere con il requisito di garanzia di un'attività irreprensibile."; cfr. Comunicato stampa della FINMA del 22 ottobre 2010, in: <http://www.finma.ch/i/aktuell/pagine/mm-finmapositionspapier-rechtsrisiken-20101022.aspx> [27.02.2012].

[17] Articolo 16 comma 4 TUB; Circolare n. 229 di Banca d'Italia, Titolo VII, Capitolo 3, Sezione V, inerente la prestazione di servizi finanziari da parte di banche extracomunitarie senza l'apertura di succursali, in: http://www.bancaditalia.it/vigilanza/normativa/norm_bi/circ-reg/istrvig [27.02.2012].

[18] DFF, La Svizzera e il Regno Unito completano la Convenzione sull'imposizione alla fonte, Comunicato stampa del 20 marzo 2012, in: <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=it&msg-id=43845> [25.03.2012].