

ESTRATTO

RIVISTA TICINESE
DI DIRITTO
II-2011

Sibilla G. Cretti

**L'assistenza fiscale fra la Svizzera e gli Stati
Uniti d'America, la nozione di avente diritto
economico e la struttura del trust**

L'assistenza fiscale fra la Svizzera e gli Stati Uniti d'America, la nozione di avente diritto economico e la struttura del trust

Sibilla G. Cretti*

1. Il quadro convenzionale
2. La sentenza del 23 marzo 2011 (A-6903/2010)
3. La nozione di avente diritto economico, il trust e l'assistenza amministrativa USA-CH
4. Apprezzamento critico
5. Conclusioni

In una recente sentenza (A-6903/2010), il Tribunale amministrativo federale (TAF) ha esaminato la posizione del beneficiario di un trust irrevocabile e discrezionale nel quadro di una procedura di assistenza fiscale fra gli Stati Uniti e la Svizzera.

1. Il quadro convenzionale

1.1. Nel corso degli ultimi anni, l'assistenza fiscale fra gli Stati Uniti e la Svizzera ha subito una marcata evoluzione, acceleratasi come noto con «l'affare UBS».

A norma dell'art. 26 della *Convenzione di doppia imposizione conclusa il 2 ottobre 1996 fra la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti d'America* (CDI-USA 96)¹, lo scambio di informazioni avviene su richiesta di un'autorità competente ad un'altra autorità competente.

Direzione e responsabilità editoriale:

Prof. Dr. Marco Borghi
e-mail: marco.borghi@unifr.ch

Redazione della parte fiscale:

Dr. Andrea Pedrotti, Presidente della Camera di diritto tributario
e-mail: andrea.pedrotti@ti.ch

incaricati dal Consiglio di Stato

Edita da: Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e
Helbing Lichtenhahn, Basilea (www.helbing.ch)

Distribuzione: – Ufficio della legislazione, delle pari opportunità e della trasparenza,
6501 Bellinzona (e-mail: riti@ti.ch)
– Schweizer Buchzentrum, Industriestrasse Ost, 4614 Häggendorf

Coordiamento e allestimento: Gibi Borghi
e-mail: gibi.borghi@unifr.ch

Stampa: Tipografia Mazzoni Moduli SA - 6595 Razzano
e-mail: mazzoni-moduli@ticino.com
Copertina: riproduzione da Cornelia Forster

ISSN 1661-0954 – ISBN 978-3-7190-3182-4 (Helbing Lichtenhahn)
ISBN 978-88-6303-030-3 (Repubblica e Cantone Ticino)

* Dr. avvocato, TEP, SGC Avocat, Neuchâtel, sibilla.cretti@sgc-avocat.com.

Si ringrazia il signor *Ferrando Ghiringhelli*, lic. oec. HSG, per la traduzione del testo dal francese all'italiano.

¹ RS 0.672.933.61.

Si tratta di ottenere, secondo la Convenzione fiscale, le informazioni necessarie per applicare le disposizioni della Convenzione o per prevenire «tuffe e delitti analoghi» che concernono un'imposta prevista dalla Convenzione². Le richieste che risultano essere delle pure spedizioni di pesca di informazioni («fishing expeditions») sono escluse dal campo d'investigazione.

La CDI-USA 96 è munita di un Protocollo e di un Memorandum of Understanding (MoU) i cui obiettivi sono quelli di meglio precisare la nozione di «tuffa fiscale», definita come un «comportamento fraudolento che ha per effetto o che si propone una sottrazione illecita o rilevante d'un ammontare d'imposta dovuto a uno Stato contraente». Vi è attitudine fraudolenta ai sensi della Convenzione fiscale quando un contribuente utilizza, o ha intenzione di utilizzare, dei documenti falsi o falsificati oppure un castello di menzogne al fine di ingannare le autorità fiscali³ (art. 10 del Protocollo e art. 8a MoU).

1.2. Il 19 agosto 2009 la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti si so-

² Art. 26 §1 CDI-USA 96 «Le autorità competenti degli Stati contraenti si scambiano le informazioni (che le legislazioni fiscali degli Stati contraenti permettono di ottenere) necessarie per applicare le disposizioni della presente Convenzione o per prevenire tuffe e delitti analoghi che hanno per oggetto un'imposta che rientra nel campo d'applicazione della presente Convenzione. Nei casi di frode fiscale (a) lo scambio di informazioni non è limitato dall'articolo 1 (Soggetti) e (b) su esplicita richiesta dell'autorità competente di uno Stato contraente, l'autorità competente dell'altro Stato contraente fornisce le informazioni conformemente al presente articolo sotto forma di copia autenticata di giustificativi e documenti originali non modificati. Tutte le informazioni ricevute da uno Stato contraente devono essere tenute segrete allo stesso modo di quelle ottenute in applicazione della legislazione fiscale di questo Stato e possono essere accessibili soltanto alle persone o autorità (compresi i tribunali e le autorità amministrative) che si occupano dell'accertamento, della riscossione o dell'amministrazione delle imposte che rientrano nel campo d'applicazione della presente Convenzione, della messa in esecuzione e del perseguimento penale di queste imposte oppure della decisione di ricorrere a rimedi giuridici relativi a queste imposte. Queste persone o autorità possono utilizzare le informazioni unicamente per questi scopi. Non possono essere scambiate informazioni suscettibili di svelare segreti commerciali o d'affari, industriali o professionali o metodi commerciali».

³ FABREN LIÉGEAIS, *Secret bancaire et assistance administrative internationale en matière fiscale, «les changements apportés par la révision des conventions Suisse-France et Suisse-USAs»*, in RDAF 67 (2011), pag. 3-36, pag. 9 con riferimenti.

no accordati sul testo di un accordo aggiuntivo alla CDI-USA 96, nota con la designazione di Accordo 09⁴.

Questo accordo rappresentava il prolungamento della domanda di assistenza amministrativa presentata dall'Internal Revenue Service (IRS) relativa alla banca UBS SA (John Doe Summons) e decretava l'abbandono del perseguimento giudiziario nei confronti di tale banca.

Un annesso all'Accordo 09 elencava i «criteri per la concessione dell'assistenza amministrativa in base alla domanda di assistenza amministrativa presentata dall'IRS». Come menzionato da F. LIÉGEAIS nel suo contributo, fra i criteri sulla base dei quali i nomi dei clienti di UBS dovevano essere comunicati, figurava quello di un comportamento delittuoso grave e duraturo per il quale la Confederazione può ottenere delle informazioni conformemente alla sua legislazione ed alla sua prassi amministrativa⁵.

Sulla base dei criteri enunciati nell'annesso all'Accordo 09, i due Stati hanno stimato che la domanda di assistenza amministrativa presentata dall'IRS avrebbe riguardato circa 4450 conti aperti o chiusi presso UBS SA e stabilito che sarebbe stata istituita un'unità operativa speciale che permettesse all'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFIC) di emanare le decisioni finali in modo rapido nel rispetto dei termini concordati.

1.3. Il 31 agosto 2009, e fondandosi sull'Accordo 09, l'IRS ha presentato all'Amministrazione federale delle contribuzioni una domanda di assistenza amministrativa concernente i contribuenti americani che avevano beneficiato di un diritto di firma o di un altro diritto di disporre dei conti presso la banca UBS SA o presso una delle sue succursali per gli

⁴ Accordo 09, RU 2009, 5669; RS 0.672.933.612.

⁵ F. LIÉGEAIS, in RDAF 67 (2011), pag. 16-17.

In base all'art. 190 LIFD «Il capo del Dipartimento federale delle finanze può autorizzare l'Amministrazione federale delle contribuzioni a svolgere un'inchiesta in collaborazione con le amministrazioni cantonali delle contribuzioni se esistono sospetti giustificati di gravi infrazioni fiscali [n.d.r. art. 190 cpv. 2 LIFD], d'assistenza o d'istigazione a tali atti [n.d.r. art. 24 segg. CPJ]. Sono considerate gravi infrazioni fiscali in particolare la sottrazione continuata di importanti somme d'imposta (art. 175 e 176) e i delitti fiscali (art. 186 e 187)».

anni dal 2001 al 2008 e per i quali la banca non era in possesso di un formulario W9⁶ debitamente compilato e non aveva annunciato al fisco americano i prelievi effettuati dal cliente utilizzando il formulario 1099.

1.4. Con sentenza del 21 gennaio 2010 (A-7789/2009), il TAF ha accolto il ricorso inoltrato contro una decisione finale dell'AFC che entrava nel merito di una domanda di assistenza amministrativa e che obbligava UBS SA a fornire i dati completi dei suoi clienti sulla base dell'Accordo 09. Il TAF ha considerato che l'Accordo 09 aveva le caratteristiche di un accordo amichevole che rientrava nei limiti fissati dalla Convenzione fiscale del 1996 dalla quale dipendeva. In considerazione del carattere subordinato dell'Accordo 09, la sottrazione ripetuta di un rilevante ammontare d'imposta regolata dall'Accordo 09 non rientrava nel quadro della nozione di «truffa e delitti analoghi» prevista dalla CDI-USA 96 che avrebbe dato avvio all'assistenza fiscale.

1.5. In considerazione della suddetta sentenza del TAF, il Consiglio federale ha intavolato nuovi negoziati con gli Stati Uniti che si sono conclusi con un Protocollo, del 31 marzo 2010 (Protocollo 10), che modificava l'Accordo 09⁷.

Il 17 giugno 2010 l'Assemblea federale ha approvato, mediante decreto federale, sia l'Accordo 09 sia il Protocollo 10 autorizzando il Consiglio federale a ratificarli.

Il testo consolidato dell'Accordo 09 e del Protocollo 10 vengono designati con il termine generico di *Convenzione 10*⁸.

1.6. In una sentenza del 15 luglio 2010 (A-4013/2010), il TAF ha giudicato che la *Convenzione 10* possiede lo stesso rango della CDI-USA 96 e che le disposizioni posteriori, contenute nella *Convenzione 10*, sono

⁶ Con il formulario W9 (www.irs.gov) l'agente pagatore (ad esempio la banca) identifica il contribuente americano («US person») nei confronti del fisco americano (IRS).

⁷ Protocollo 10, RU 2010 1459.

⁸ Convenzione 10, RS 0.672.933.612. La lingua originale ed ufficiale della Convenzione 10 è l'inglese.

preminenti rispetto alla disposizioni convenzionali. Tale giurisprudenza è stata vivamente criticata da diversi autori⁹ in relazione alla sua conformità con i diritti fondamentali e con i principi generali che reggono l'assistenza amministrativa. Da parte nostra non entriamo qui in materia su questa discussione.

2. La sentenza del 23 marzo 2011 (A-6903/2010)

In una sentenza del 23 marzo 2011 i ricorrenti, contribuenti americani beneficiari di un trust irrevocabile e discrezionale, hanno contestato con successo davanti all'Alta Corte la loro qualità di aventi diritto economici dimostrando che né la proprietà giuridica né la proprietà economica dei conti bancari litigiosi potevano, *in casu*, essere loro imputate.

I ricorrenti («ricorrenti 1 e 2») sono i beneficiari di un trust irrevocabile e discrezionale. Esso detiene, per il tramite dei trustees, le azioni di una società («la società») titolare di un conto presso UBS SA. La società medesima è coinvolta nella procedura di assistenza amministrativa («ricorrente 3»). Dai documenti depositati nel quadro della procedura è risultato che il conto incriminato era stato aperto a nome della società la quale era indicata come titolare del conto. I formulari di verifica dell'identità secondo la Convenzione relativa all'obbligo di diligenza della banche (CDB 03/CDB 08) indicavano i ricorrenti come aventi diritto economici ai quali appartenevano i valori affidati a UBS SA. La banca aveva utilizzato, in vista dell'identificazione dell'avente diritto economico, il formulario A in seguito sostituito con il formulario T¹⁰ indicante «che la ri-

⁹ Vedi F. LÉGEAIS, op. cit., nota 93, come pure AURÉLIA RAPP, *Le secret bancaire, les droits de la défense et la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral dans l'affaire UBS*, in RDAF 67 (2011), pag. 233-251.

¹⁰ Secondo l'art. 3 CDB 08 «la banca è legittimata a presumere che il contraente sia identico all'avente diritto economico. Qualora il contraente non coincida con l'avente diritto economico o sussistano dubbi a riguardo, le banche devono esigere dal contraente una dichiarazione scritta – usando il formulario A – con la quale egli attesti chi sia l'avente diritto economico».

Secondo l'art. 4 CDB 08 le banche devono esigere dalle società di sede sia svizzere che straniere (il trust è considerato società di sede) un estratto del registro di commercio oppure un documento equivalente ai fini della loro identificazione nonché

corrente 3 (la società), e più precisamente il conto UBS litigioso, faceva parte degli attivi del ... Trust», di natura irrevocabile e discrezionale (...). In merito agli aventi diritto economici del conto UBS, il formulario T indica in particolare quanto segue: «(...) there are currently no specific beneficial owners for the assets deposited in the above mentioned accounts/custody accounts».

2.1. Prima di entrare nel merito, il TAF ricorda i principi di procedura che reggono i ricorsi contro le decisioni finali emanate dall'AFC in materia di assistenza amministrativa basate sull'art. 26 CDI-USA 96 e sull'art. 5 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa¹¹.

Senza entrare nei dettagli delle considerazioni del TAF, è interessante menzionare i seguenti elementi procedurali, rilevanti per la presente discussione:

– la procedura davanti al TAF è retta dalla massima inquisitoria, relativizzata dal suo corollario, ossia il dovere di collaborazione delle parti per stabilire i fatti come pure dal diritto delle parti, incluso nel diritto d'essere sentito, di partecipare alla procedura e di influenzare la presa di decisione (consid. 2.3).

una dichiarazione mediante il formulario A o il formulario T, oppure un documento equipollente conforme alle cifre 31 o 43 CDB 08, da cui si evinca chi è l'avente diritto economico sui valori patrimoniali.

Secondo la cifra 43 CDB 08 «nel caso delle associazioni di persone o delle entità patrimoniali e delle fondazioni per cui non esiste un avente diritto economico determinato (ad es. i discretionary trusts), in luogo della determinazione dell'avente diritto economico da parte del contraente è necessario esigere una dichiarazione scritta che attesti questo stato di cose. La dichiarazione deve inoltre contenere indicazioni sui fondatori effettivi (e non quelli a titolo fiduciario) e, qualora fossero determinate, sulle persone abilitate a dare istruzioni al contraente o ai suoi organi, come pure sulla cerchia di persone che possono entrare in linea di conto quali beneficiarie (per categoria, ad es. membri della famiglia del fondatore). Se esistono dei curatori, protettori ecc., essi devono ugualmente figurare nella dichiarazione. Per questa dichiarazione è possibile utilizzare il formulario T, allegato alla presente convenzione di diligenza. Le banche hanno la facoltà di redigere propri formulari che soddisfino i loro particolari bisogni. Tali formulari devono presentare un contenuto equivalente al modello».

¹¹ PA, RS 172.021.

– il dovere di collaborazione delle parti concerne in particolare il ricorrente che indirizza un ricorso al Tribunale nel proprio interesse. Non spetta all'autorità di ricorso stabilire i fatti *ab ovo*;

– l'esame del TAF è limitato a verificare se la soglia di *sospetto iniziale* è stata raggiunta o se lo stato dei fatti constatato dall'autorità inferiore è manifestamente lacunoso, errato o contraddittorio (consid. 2.4);

– spetta alla persona toccata dall'assistenza amministrativa di confutare in maniera chiara e decisiva il *sospetto iniziale* che sembra fondato, rispettivamente l'ipotesi sulla quale si è basata l'autorità inferiore per ammettere che i criteri previsti dall'annesso alla *Convenzione 10* erano adempiti (consid. 2.4). Se le riesce di apportare tale prova, l'assistenza dev'essere respinta;

– il TAF ricorda che la *Convenzione 10* è vincolante per le autorità svizzere e ciò anche se essa è contraria alla Costituzione federale oppure a delle leggi federali (consid. 3.1 con riferimenti);

– le persone coinvolte possono opporsi alla concessione dell'assistenza amministrativa soltanto provando che i criteri previsti dalla *Convenzione 10* sono stati applicati al loro caso in modo errato oppure dimostrando che i risultati derivanti dai calcoli effettuati dall'AFC sono errati (consid. 3.3 con riferimenti).

2.2. La *Convenzione 10* contiene alcuni criteri astratti che permettono di identificare i contribuenti toccati dalla domanda di assistenza amministrativa.

Nel considerando 4.1 il TAF rileva quanto segue: «I criteri che permettono di accordare l'assistenza amministrativa nel quadro di una domanda di informazioni dell'IRS, sono definiti nell'annesso alla *Convenzione 10*. Essi si dividono in quattro categorie. Nel caso presente, gli elementi costitutivi della relativa categoria, ossia la categoria 2/B/b, sono i seguenti:

- «US persons» (indipendentemente dal loro domicilio);
- aventi diritto economici;
- «offshore company accounts» (conti di società offshore);
- aperti o gestiti fra il 2001 ed il 2008; e

- per i quali esistono delle serie ragioni di credere che hanno commesso delle «truffe o delitti analoghi»¹²;
- 2.3. Basandosi sulla sentenza A-6053/2010 del 10 gennaio 2011, il TAF ricorda che la nozione di «offshore company account» interpretata in conformità dei principi menzionati all'art. 31 della Convenzione di Vienna sui diritti dei trattati del 23 maggio 1969 (CV, RS 0.111) conduce ad ammettere che i conti bancari (in particolare i conti UBS) dei trusts potevano sostituire degli «offshore company accounts» conformemente alla *Convenzione 10* ed ai criteri summenzionati.

3. La nozione di avente diritto economico, il trust e l'assistenza amministrativa USA-CH

- 3.1. Come rilevato dal TAF nel considerando 4.2 che si richiama alla sentenza A-6053/2010, il criterio dell'avente diritto economico («beneficial owner») va interpretato in maniera autonoma in funzione delle regole generali contenute agli artt. 31 segg. CV.
- Basandosi sui principi contenuti agli artt. 31 segg. CV, il TAF arriva alle seguenti conclusioni:
 - è unicamente la nozione inglese del termine, ossia «beneficially owned», ad essere determinante in assenza di una definizione contenuta nel trattato;
 - questa nozione si trova nella versione inglese della CDI-USA 96 agli artt. 10 cpv. 1 (dividendi), art. 11 cpv. 1 (interessi) e art. 12 cpv. 1 (canoni). Le norme convenzionali si rifanno alle disposizioni del modello di Convenzione OCSE («Convenzione Modello»);
 - ne consegue che il commentario al modello di Convenzione OCSE deve servire da guida nell'interpretazione di tale nozione, con riserva dell'applicazione delle norme di cui agli artt. 31 segg. CV;
 - il concetto di «beneficial owner» non viene definito nel modello di Convenzione OCSE ma si ritrova, dal 1977, nella Convenzione Modello ed è stata ripresa, da allora, nelle clausole di ripartizione della

maggior parte delle convenzioni fiscali bilaterali concluse dalla Confederazione Svizzera;

- secondo il commentario OCSE all'art. 10 cpv. 2, la nozione di «beneficial owner» non va interpretata in senso tecnico ma in relazione allo scopo ed all'obiettivo perseguito dalla Convenzione Modello, vale a dire la prevenzione della sottrazione e dell'elusione fiscale (A-6053/2010, consid. 7.3.1 con riferimenti);
- malgrado ciò, la nozione di «beneficial owner» utilizzata nella *Convenzione 10* appare in un contesto diverso da quello afferente alle regole di ripartizione della Convenzione Modello;
- lo scopo della *Convenzione 10* non è la prevenzione di doppie imposizioni ma la trasmissione di informazioni in relazione a possibili delitti fiscali («tax fraud or the like») nei confronti degli USA (A-6053/2010, consid. 7.3.2);
- malgrado tale divergenza fra gli scopi e gli obiettivi delle norme di ripartizione della CDI-USA 96 e della Convenzione Modello, rispetto al contenuto normativo della *Convenzione 10*, la nozione di «beneficial owner» vuole sottolineare nelle due ipotesi l'intensità della relazione esistente fra il soggetto fiscale, da una parte, e l'oggetto fiscale, dall'altra parte, valutata da un punto di vista economico.
- 3.2. Ne risulta, secondo il TAF, che appare opportuno tener conto, quali referenze nel quadro dell'interpretazione del termine di «beneficially owned» della *Convenzione 10*, della dottrina e della giurisprudenza elaborate attorno a tale concetto nell'ambito delle regole di ripartizione convenzionali:
 - le nozioni di «beneficially owned» e di «beneficial owner» si riferiscono alla realtà economica e non alle forme o strutture del diritto civile utilizzate dalle parti («substance over form»), (A-6053/2010, consid. 7.3.2 con riferimenti);
 - applicata alle disposizioni convenzionali (CDI-USA 96; Convenzione Modello), la realtà economica è il riflesso dell'estensione dei poteri decisionali (controllo) del soggetto fiscale sull'oggetto fiscale, essendo esclusa dalla portata e dal contenuto della nozione di «beneficial owner» (e quindi di riflesso anche dai vantaggi convenzionali)

¹² Fa stato il testo inglese.

- ogni persona fisica o giuridica che interviene a titolo fiduciario per conto di terzi;
 - nel contesto della *Convenzione 10*, la nozione di «beneficial owner» ha quale funzione o obiettivo quello di assicurare che «l'identità bancaria» di ogni «US person» sia trasmessa al fisco americano ogni volta che la «US person» ha interposto un'entità legale per evitare di dover dichiarare la sostanza ed i relativi redditi concernenti un conto bancario aperto sotto il nome dell'entità interposta;
 - si tratta quindi, ricorrendo alla nozione di «beneficial owner», di individuare tutte quelle strutture che, esaminate da un punto di vista economico («substance over form»), servono unicamente da paravento al fine di evitare le domande di informazioni oppure (peggio) per effettuare delle sottrazioni fiscali nei confronti degli USA;
 - bisogna quindi esaminare in quale misura la «US person» ha il controllo e la disponibilità sugli averi dei conti bancari al di là del quadro formale dell'entità legale interposta (nel presente caso un trust): «(...) beneficial owners continued to direct and control, in full or in part, the management and disposition of the assets held in the offshore company account (...)» (A-6053/2010, consid. 7.3.2);
 - se la «US person» aveva mantenuto il potere decisionale in merito all'amministrazione del conto ed alle modalità di disporre dei relativi redditi, si deve concludere che la «US person» non se ne è separata economicamente e l'entità legale interposta va considerata come trasparente;
 - è opportuno esaminare, in ogni singolo caso, l'esistenza e l'ampiezza del potere economico di disporre degli averi bancari e di controllarli sulla base dei criteri fattuali e tenendo conto della forma giuridica dell'entità interposta (A-6053/2010, consid. 7.3.2).
- 3.3. È riferendosi alla definizione di trust contenuta nella Convenzione del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento, entrata in vigore per la Svizzera il 1° luglio 2007¹³, che il TAF analizza la struttura del trust.

¹³ RS 0.221.371.

Il trust si definisce come una relazione tripartita attorno al settlor, al(ai) trustee(s) ed al(ai) beneficiari(o). Il settlor trasferisce, con atto tra vivi o a causa di morte, al(ai) trustee(s) dei beni con l'obbligo di renderne conto, di amministrarli, di gestirli e di disporne in favore dei beneficiari secondo i termini dell'atto costitutivo, della legge o delle ingiunzioni del giudice.

Il patrimonio del trust, autonomo, è oggetto di una doppia prerogativa: quella del(dei) trustee(s), titolare della «legal ownership» e quella dei(dei) beneficiari(o), titolare della «equitable ownership».

Mentre il «fixed interest trust» conferisce al(ai) beneficiari(o) un credito nei confronti del(dei) trustee(s), il «discretionary trust» conferisce al(ai) beneficiari(o) soltanto un'aspettativa, che si materializza in un diritto certo: «equitable ownership» dopo che il(it) trustee(s) ha(hanno) esercitato il suo(loro) potere discrezionale in favore di uno o più beneficiari specifici (A-6903/2010, consid.5. e 5.3.2 con numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali).

3.4. Basandosi sugli atti trasmessi al tribunale, il TAF constata: «riguardo ai documenti intitolati (...), risulta che il conto UBS incriminato è stato aperto a nome della ricorrente 3 (la società, vedi sopra), che viene indicata quale titolare del conto (...). I due formulari A «Verification of the beneficial owner's identity», allestiti rispettivamente il 15 settembre 2000 ed il 4 gennaio 2005, indicano che i ricorrenti 1 e 2 sarebbero gli aventi diritto economici ai quali appartenevano i valori affidati a UBS SA. Più precisamente, in risposta alla frase «The undersigned hereby declares», è la rubrica «that the beneficial owner of the asset concerned is: Last name / First name (of firm); Address / Domicile, Country» che è stata crociata da parte della ricorrente 3 (la società) indicando i dati dei ricorrenti 1 e 2 (...).».

3.5. Secondo il TAF, il contenuto dei documenti suddetti era sufficiente per alimentare un *sospetto iniziale*, che spettava al ricorrente fugare provando che era in modo errato che l'autorità inferiore (AFC), fondandosi su tale sospetto iniziale, aveva legittimato la domanda di assistenza amministrativa.

3.6. Nella fattispecie i ricorrenti hanno prodotto una serie di documenti, ed in particolare:

– «declaration of trusts» che dimostra che il trust era stato concepito *ab initio* come trust irrevocabile, che il trustee disponeva di larghi poteri, in particolare della piena e totale discrezione in merito alla distribuzione di redditi e capitali ai beneficiari del trust, che i beneficiari non avevano alcun potere d'amministrazione sugli averi del trust sia direttamente che indirettamente e che soltanto il «protector» aveva la prerogativa di revocare il trustee;

– essi hanno dimostrato che è per errore che in un primo tempo era stato compilato il formulario A, rimpiazzato più tardi dal formulario T;

– essi hanno dimostrato che non avevano alcun diritto di firma sui conti.

3.7. Sulla base dei documenti prodotti dai ricorrenti, il TAF ha constatato che essi non erano investiti del potere di disporre economicamente degli averi depositati sul conto bancario UBS incriminato, rispettivamente dei relativi redditi. Essi non avevano neppure il controllo su tali averi. Ed il TAF conclude: «dal punto di vista economico, e tenuto conto del principio «substance over form», i ricorrenti non disponevano della sostanza e dei redditi qui in discussione per cui non era il caso di considerare la struttura come trasparente».

3.8. I formulari A e T hanno soltanto un valore probatorio indiziario, tenuto conto del fatto che gli atti depositati provavano in modo convincente che i ricorrenti non avevano la qualità di aventi diritto economici ai sensi della *Convenzione 10*.

3.9. È sufficiente che uno dei criteri della *Convenzione 10*, categoria 2/B/b, non sia adempiuto affinché la domanda di assistenza amministrativa sia rifiutata.

4. Apprezzamento critico

4.1. L'approccio del TAF nell'apprezzamento della nozione di avente diritto economico «beneficial owner» della *Convenzione 10* ci sembra convincente e corretto.

Optando per un'interpretazione autonoma del concetto di avente diritto economico e prendendo in considerazione, nel quadro di tale approccio, la realtà economica, il TAF non ha fatto altro che cercare di «stabilire il senso della norma».

L'interpretazione secondo la realtà economica di concetti utilizzati in una norma fiscale è riconosciuta unanimemente nell'ambito del diritto fiscale.

In particolare, come affermato da X. OBERSON: «se le nozioni utilizzate dal diritto fiscale si discostano da quelle del diritto civile, i concetti fiscali potranno allora essere interpretati in modo autonomo, prendendo in considerazione la loro realtà economica¹⁴».

Pure in un contesto relativo alla lotta contro il riciclaggio di denaro, il Tribunale federale ha definito la nozione di avente diritto economico facendo riferimento alle sue caratteristiche economiche: «l'avente diritto economico è la persona fisica o giuridica che di fatto ha la possibilità di disporre dei valori patrimoniali e quindi colui a cui tali valori appartengono dal punto di vista economico¹⁵».

Nel suo contributo, A. RAPPO¹⁶ critica in particolare il fatto che il TAF tenga conto delle indicazioni fornite con il formulario A per fondare un *sospetto iniziale* (che spetta al contribuente coinvolto nella domanda di assistenza fiscale figure).

¹⁴ XAVIER OBERSON, *Droit fiscal suisse*, 3^e ed., Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2007, § 4 note 14 e 15 (citazione tradotta dal francese).

¹⁵ DAVID WALLACE WILSON, *Le trust, Janus de la réglementation bancaire formulaire A ou formulaire T, in les enjeux juridiques du secret bancaire, les actes de l'ILCE, Schulthess 2011*, pag. 125-136, pag. 126, 1.1.1 che cita la DTF 125 IV 139 con dei riferimenti addizionali alle note a piè di pagina 9 e 10; vedi anche messaggio del Consiglio federale concernente la modifica del Codice penale svizzero, FF 1989 II 961 segg., pag. 989, citato da A. RAPPO, in RDAF 67 (2011), pag. 247: «Il messaggio del Consiglio federale concernente la modifica del Codice penale svizzero si limita a rilevare che il termine di avente diritto economico non appartiene al diritto civile ma deve al contrario permettere di scoprire, al di là del semplice potere di disporre apparente e formale, la reale appartenenza economica dei fondi» (citazione tradotta dal francese).

¹⁶ A. RAPPO, in RDAF 67 (2011), pag. 233-251, in particolare pag. 245-250.

Il fatto che il TAF accetti che le indicazioni fornite con il formulario A vengano prese in considerazione nel quadro di una domanda di assistenza amministrativa andrebbe, secondo l'autore, al di là delle informazioni che sarebbero accessibili alle autorità fiscali svizzere nel quadro di un'ordinaria procedura amministrativa interna.

L'assenza di una definizione chiaramente stabilita della nozione di avente diritto economico sotto l'egida della Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche rappresenterebbe, per l'autore, un ulteriore ostacolo alla presa in considerazione del contenuto del formulario A quale mezzo di prova (soltanto indicativo).

D'altro canto l'autore ammette che la nozione di avente diritto economico è «proteiforme» e che «tale nozione dev'essere adattata in ogni ambito del diritto e varia in funzione dello scopo assegnato da ogni legislazione» (citazione tradotta dal francese).

L'autore dovrebbe così ammettere una definizione fiscale del concetto di avente diritto economico¹⁷.

Orbene, questo è proprio l'approccio concepito ed applicato dal TAF.

4.2. È ancora interessante rilevare che, nel quadro dei suoi lavori, l'OCSF ha elaborato una chiarificazione della nozione di «beneficiario effettivo»¹⁸ che può pure servire da guida, *in casu*, per la definizione dell'avente diritto economico o «beneficial owner». Anche se, come sottolineato dal TAF, la nozione di «beneficiario effettivo» della Convenzione Modello non si confonde con la nozione di avente diritto economico della *Convenzione 10*, essa può servire da indicatore nella misura in cui i due concetti sono basati su di un elemento comune, ossia l'intensità (economica) della relazione fra il soggetto fiscale e l'oggetto fiscale.

Con riferimento alle novità contenute nelle proposte di modifica del commentario OCSF, R. DANON nota: «il trustee di un trust discrezionale soddisfa quindi l'esigenza del beneficiario effettivo nella misura in cui i

¹⁷ A. RABPO, in RDAF 67 (2011), pag. 248.

¹⁸ ROBERT DANON, Clarification de la notion de bénéficiaire effectif – Remarques sur le projet de modification du commentaire OCSF d'avril 2011, in *Revue fiscale*, 7/8 (2011), pag. 581-589.

poteri che gli sono conferiti gli permettono di decidere in merito all'attribuzione dei redditi del trust ai suoi potenziali beneficiari¹⁹.

R. DANON approva tale «approccio centrato esclusivamente sul criterio del controllo economico²⁰». Noi ci uniamo al suo punto di vista.

L'autore ricorda tuttavia più avanti che le proposte di modifica del commentario OCSF precisano pure che «la qualità di beneficiario effettivo e di beneficiario ultimo non devono essere confuse²¹», rilevando la loro similitudine (secondo un approccio economico): come il beneficiario ultimo, l'avente diritto economico è la persona che esercita «in ultima analisi un controllo effettivo su di una persona giuridica o su di una struttura giuridica²²», apprezzata all'occorrenza da un punto di vista economico.

5. Conclusioni

Vi è un consenso dottrinale e giurisprudenziale in merito alla nozione di avente diritto economico. Si tratta di un concetto prevalentemente economico (e non di diritto civile) che autorizza quindi, nell'ambito del diritto fiscale, un'interpretazione autonoma ed economica del suo contenuto. È l'opinione espressa dal TAF nelle sentenze A-6053/2010 ed A-6903/2010. A nostro avviso tale approccio è giusto. Esso considera tutti gli elementi di fatto del caso specifico tenendo conto in particolare della struttura giuridica adottata dalle parti nell'organizzazione delle loro relazioni patrimoniali.

¹⁹ R. DANON, in *Revue fiscale* 2011, pag. 586 (citazione tradotta dal francese).

²⁰ R. DANON, in *Revue fiscale* 2011, pag. 586 (citazione tradotta dal francese).

²¹ R. DANON, in *Revue fiscale* 2011, pag. 586-587 (citazione tradotta dal francese).

²² R. DANON, in *Revue fiscale* 2011, pag. 586-587 (citazione tradotta dal francese).