



NEWSLETTER 2-16

EDITORIALE

La Commissione Europea dal 2014 ha avviato accertamenti fiscali contro diversi Paesi dell'Unione Europea ai quali viene rimproverato di avere accordato regimi fiscali di favore a multinazionali attive a livello internazionale assimilabili a illeciti aiuti statali. Intende così lottare contro "l'elusione fiscale aggressiva" messa in atto da conglomerati aziendali internazionali.

A fine agosto il Dipartimento delle Finanze statunitense ha trasmesso alla Commissione Europea un particolareggiato documento attraverso il quale esprime tutta la sua irritazione perché le procedure avviate dalla Commissione Europea colpirebbero solo multinazionali statunitensi e ha minacciato "possibili risposte" senza specificare quali. Gli Stati Uniti attraverso la normativa FATCA hanno di fatto asservito gli istituti finanziari di praticamente tutto il mondo a fungere da agenzie fiscali per loro conto.

I costi per la gestione delle informazioni da fornire sono enormi e costituiscono lavoro improduttivo causando uno svantaggio concorrenziale soprattutto perché al proprio interno gli Stati Uniti continuano a garantire l'anonimato a quelle persone che si servono delle strutture offshore con sede sul loro territorio.

La Svizzera e gli istituti nazionali indigeni sono stati oggetto di severe misure prese nei loro confronti dagli Stati Uniti, ha aderito alla normativa FATCA e agli standard sullo scambio automatico di informazioni in ambito fiscale (AIA). La messa in pratica dell'AIA significa un ulteriore fardello amministrativo per gli operatori finanziari del nostro Paese e il patimento di un ulteriore svantaggio concorrenziale rispetto a quelli nordamericani e ciò ancor più dal momento che gli Stati Uniti non vi hanno aderito diventando di fatto un paradiso fiscale. Gli organi di stampa nazionali e non, se ne sono accorti e hanno iniziato a scrivere sul tema avanzando critiche e di questo ce ne rallegriamo.

Ci auguriamo che anche a livello politico esista una presa di coscienza sulla situazione venutasi a creare e che quanto accadendo venga utilizzato a difesa degli interessi della piazza finanziaria indigena. Le conseguenze drammatiche per la piazza sono da leggere nelle statistiche di un recente studio della KPMG: nel 2015 il 10% delle banche attive in Svizzera hanno chiuso i battenti e i due terzi delle banche private hanno visto peggiorare i risultati e hanno registrato un aumento dei costi del 10%.

Durante l'esame del GAFI a qui è stata sottoposta la Svizzera siamo stati convocati a Berna a rispondere a diversi quesiti che ci sono stati posti dagli esperti dell'organizzazione. Non abbiamo per l'occasione per rendere loro presente il nostro disappunto per la situazione appena descritta. Abbiamo avuto l'impressione che i nostri commenti sono stati accolti quasi come una conferma di un dato di fatto a loro noto. Gli Stati Uniti erano sotto esame GAFI parallelamente alla Svizzera, sarà quindi interessante confrontare i rapporti che verranno emessi: non sia mai che ci sia tanto per cambiare da arrabbiarsi nel constatare che vengono adottati due pesi e due misure. Per il momento possiamo informarvi che sia l'Italia che la Spagna sono state ritenute dal GAFI, nell'ambito del riciclaggio di denaro e della lotta al finanziamento del terrorismo, "fully compliant".

EDITORIALE 2

E' di ieri (14 dicembre) la notizia che il Consiglio degli Stati ha approvato senza modifiche i progetti di legge LSFIN e LIFIN che andranno a toccare direttamente l'attività dei gestori di patrimoni e trust. Grazie allo sforzo congiunto di tutti gli OAD toccati dalla nuova normativa si è raggiunto un compromesso nell'elaborazione del progetto di legge approvato che dovrebbe permettere a tutti gli attori della piazza finanziaria parabancaria di poter continuare la propria attività.

Il progetto presentato e approvato prevede che gli attuali OAD potranno trasformarsi (o partecipare) alle nuove autorità di sorveglianza sui gestori patrimoniali che andranno a costituirsi dopo l'entrata in vigore della legge. Di più la legge prevede che per l'ottenimento dalla FINMA della licenza di gestore patrimoniale il richiedente sia affiliato ad un OAD.

Possiamo quindi garantire ai nostri gestori (e a chi si occupa di Trust) che l'OAD FCT, oltre all'attività classica di OAD, continuerà nella sua attività di autorizzazione e sorveglianza, permettendo loro di poter ottenere l'autorizzazione FINMA all'esercizio della professione.

Avremo modo nei prossimi numeri della newsletter di informarvi più compiutamente sullo stato dei lavori.

Il mercato dell'intermediazione finanziaria parabancaria in Ticino

Nell'ambito della nostra attività cerchiamo sempre di andare un poco al di là del nostro compito di sorveglianza cercando di interpretare anche i dati che ci vengono comunicati. Siamo consci del fatto che l'intermediazione finanziaria è solo una delle attività svolte dal fiduciario ticinese ma per molti, per anni, è stata la fonte principale di reddito e di impegno professionale. Riteniamo quindi che la rappresentazione della situazione possa illustrare in maniera chiara la situazione venutasi a creare in questa importante branca della nostra professione. Lo facciamo presentandovi la tabella seguente:

ANNO	Nr. Affiliati	Nr. dossier soggetti	Nr. medio per affiliato
2006	518	30'221	58
2007	538	31'126	58
2008	535	31'095	58
2009	525	31'821	61
2010	539	25'051	46
2011	551	23'288	42
2012	550	18'320	33
2013	519	18'901	36
2014	492	15'668	32
2015	464	11'572	25

Si rilevi che in pratica il numero di dossier è diminuito di 2/3. Il numero di affiliati per contro è diminuito "solo" dell'16 % (rispetto al picco raggiunto nel 2011). Il numero medio di dossier soggetti per affiliato si è più che dimezzato. Da tenere presente che i dati sopra riportati non tengono conto dell'effetto della VD italiana che al momento della raccolta dei dati 2015 era ancora in corso. L'esame dei rapporti di revisione e delle autocertificazioni dell'esercizio 2015-2016 non fanno che confermare il persistere del trend negativo, basti pensare che si stima che per la fine del corrente anno il numero di affiliati scenderà sotto i 400.

Riteniamo i dati sopra esposti sufficientemente esplicatori con buona pace di coloro che invece continuano ad asserire che nonostante tutto il mercato parabancario ticinese gode di buona salute.

Retrocessioni e procedimenti penali

Le informazioni che un istituto bancario (ma anche un gestore patrimoniale) deve fornire in relazione all'ammontare delle retrocessioni percepite ha una importanza rilevante. Diversi contributi dottrinali sono dell'avviso che una carente informazione che porta ad una trattenuta indebita delle retrocessioni può avere una rilevanza penale in ambito di corruzione tra i privati, amministrazione infedele e truffa. Vi è attualmente un caso nel Canton Zurigo dove la seconda camera (nel 2015) ha ordinato al procuratore pubblico, che aveva emesso un non luogo a procedere rimandando il denunciante al foro civile, di riaprire la procedura penale avverso l'istituto bancario. Giova rammentare che se un cliente può essere restio ad iniziare una causa civile avverso una banca (o un gestore) non sapendo a quanto ammonteranno i costi di tali procedura, sarà vieppiù per lui interessante procedere con delle denunce penali per i reati sopra citati giacché la procedura penale per il denunciante è gratuita.

Assistenza amministrativa in materia fiscale ai Paesi Bassi autorizzata in caso di domanda raggruppata senza indicazioni dei nomi (Sentenza del 16.9.2016 – 2C_276/2016)

L'amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) può accordare l'assistenza amministrativa all'autorità fiscale olandese concernente un cliente UBS sulla base della sua domanda raggruppata. Le domande raggruppate senza indicazione dei nomi sono di principio ammissibili secondo la Convenzione contro le doppie imposizioni tra la Svizzera e i Paesi Bassi se contengono delle informazioni sufficienti per identificare le persone interessate.

Nel 2015 l'autorità fiscale olandese "Belastingdienst" (BD) ha inoltrato una domanda di assistenza amministrativa basata sulla convenzione contro le doppie imposizioni fra la Svizzera e i Paesi Bassi (CDI CH-NL), adattata nel 2010 agli standard OCSE. La domanda raggruppata concerne i clienti UBS sconosciuti a BD che dispongono domiciliati in Olanda e che malgrado l'invito scritto della banca, non hanno fornito prove sufficienti sulla conformità fiscale. BD chiede informazioni su nomi, indirizzi, numeri di conto bancari e saldi dei conti dei clienti di UBS appartenenti a questo gruppo di persone. Nel novembre 2015 l'AFC ha accordato l'assistenza e ha stabilito la lista di informazioni destinate ad essere trasmesse. A marzo di quest'anno il tribunale federale amministrativo ha ammesso il ricorso di una persona contro tale decisione ed ha annullato la decisione dell'AFC.

Con la presente sentenza il TF smentisce l'istanza giudicante precedente e conferma la decisione di trasmissione dell'AFC. Il TF ritiene a maggioranza che non è necessario che la domanda raggruppata contenga il nome delle persone toccate affinché l'assistenza venga concessa. Si evince dall'interpretazione della CDI CH-NL che bastino informazioni sufficienti per potere identificare le persone coinvolte. Il fatto che i nomi non debbano necessariamente essere menzionati risulta anche dal fine ultimo della CDI CH-NL, che consiste, secondo il protocollo allegato alla CDI CH-NL, nell' "assicurare uno scambio di informazioni in materia fiscale che sia il più ampio possibile, senza tuttavia che sia permesso ai Paesi contraenti di procedere a una "pesca di informazioni"". Secondo questa interpretazione bisogna prendere in considerazione l'accordo amichevole concernente la CDI CH-NL concluso dalle autorità competenti della Svizzera e dei Paesi Bassi dove è specificatamente espresso che l'identificazione delle persone coinvolte può essere stabilita attraverso altri mezzi che non siano il nome e l'indirizzo. La concessione di assistenza amministrativa in caso di domande raggruppate senza indicazione dei nomi non può peraltro dipendere da norme del diritto interno, in particolare quelle della legge sull'assistenza amministrativa fiscale, nel caso in cui non trovi fondamento in una convenzione internazionale. Nella fattispecie bisogna concludere che la domanda inoltrata da BD non rappresenta una "pesca di informazioni" e che le altre condizioni di assistenza amministrativa sono date.

Retrocessioni e commissioni: novità penali

Di Prof. Paolo Bernasconi, Dr. h.c.

Dal prossimo 1° luglio entrano in vigore norme penali interessanti per le banche, per i fondi di investimento e, pertanto, per i clienti di entrambi. Si tratta di due nuovi articoli del Codice Penale Svizzero (art. 322octies e 322novies CP), che rendono punibile la cosiddetta “corruzione privata”, e ciò anche senza denuncia penale.

Il Pubblico Ministero dovrà intervenire d’ufficio ogni qualvolta abbia indizio concreto che una persona, fisica o giuridica, abbia indotto qualcuno, mediante concessione di un favore, per esempio il versamento di una somma oppure la concessione di un ribasso, a violare un obbligo contrattuale, come per esempio l’obbligo di lealtà e fedeltà da parte di un professionista in esecuzione del contratto di mandato stipulato con un suo cliente.

Le Camere Federali hanno ritenuto adeguato migliorare la prevenzione contro questa forma cosiddetta di “corruzione privata”, trasferendo le norme riguardanti la sua punibilità dalla Legge sulla concorrenza sleale al Codice Penale. Nel contempo, dopo una battaglia in corso ormai da oltre vent’anni, questa “migrazione” dalla Legge federale al Codice Penale significa che questi comportamenti diventano punibili indipendentemente dall’esistenza di un rapporto di concorrenza.

Le Camere Federali miravano a riportare ordine specialmente nel settore delle costruzioni e della ristorazione. Infatti, anche in Ticino, non mancano esempi recenti. Frattanto però, la dottrina svizzera ha sviluppato il principio secondo cui anche le retrocessioni concesse da un fondo di investimento ad una banca, rispettivamente da una banca ad un gestore patrimoniale esterno, possano essere considerate corruzione privata quando non siano state oggetto di un consenso esplicito e orientato da parte del cliente. Infatti, si ritiene che, per esempio, consigliare ad un cliente un determinato prodotto finanziario oppure una determinata banca soltanto perché chi fornisce tale consiglio viene remunerato sotto-banco dal fondo di investimento oppure dalla banca, costituisce una violazione dell’obbligo di esecuzione leale e fedele del contratto di mandato stipulato dal professionista con il cliente. Diventano quindi punibili, in base ai due nuovi articoli del Codice Penale in vigore dal prossimo 1° luglio, il fondo di investimento e la banca che pagano, rispettivamente la banca ed il gestore patrimoniale che ricevono questo tipo di compenso se occultato agli occhi del cliente. Infatti, la corruzione privata fa parte di quei reati che, se commessi all’interno di un’impresa, per esempio un fondo di investimento, una banca o una società di gestione patrimoniale, a causa di “difetti organizzativi”, allora scatta anche la responsabilità penale della persona giuridica, prevista dall’art. 102 CPS.

Si dispone quindi finalmente di un nuovo strumento contro una prassi purtroppo tuttora diffusa, ossia quella di moltiplicare le transazioni di investimento, per esempio di borsa oppure sul mercato dei cambi, unicamente allo scopo di accrescere le commissioni e, di conseguenza, di accrescere il montante delle proprie retrocessioni. Questa prassi, che si definisce come “churning”, oppure “barrattage”, secondo il Tribunale Federale sarebbe già punibile per titolo di gestione infedele, nella sua modalità aggravata (art. 158 cpv.2 CPS).

Ciò significa che diventa punibile, questa volta per riciclaggio, anche il parente, l’amico o il dirigente di una società-bucallettera con sede in un paese off shore, che contribuisce a nascondere il provento del churning. Il Tribunale Federale ha recentemente condannato per amministrazione infedele aggravata quei gestori patrimoniali che avevano incassato, sotto forma di retrocessione, il 18% delle commissioni generate a favore di una banca, conducendo operazioni di borsa speculative completamente screteriate, che manifestamente avrebbero generato, come generarono, la perdita quasi completa del capitale investito da parte del cliente. Casi del genere sono emersi in Ticino anche recentemente, in danno di qualche cliente italiano che, esaminando la ricostruzione dei propri investimenti allo scopo di sottoporli all’Agenzia delle Entrate nell’ambito del programma di Voluntary Disclosure, scoprì il saccheggio del proprio portafoglio proprio a causa di questa prassi. Ho sotto gli occhi, fra tanti esempi, un patrimonio di circa due milioni di franchi completamente dilapidato, poiché la banca ha incassato circa CHF 1’800’000.-- di commissioni, delle quali ha riversato circa CHF 800’000.— al professionista esterno incaricato dal cliente della gestione del portafoglio.

Qualche banchiere lamenta l’eccesso di reoche. La FINMA, mediante una sua circolare, ha invitato

le banche ad una maggiore autodisciplina anche in questo settore. Purtroppo invano. Ancora una volta, la mancanza di autodisciplina obbliga il nostro Parlamento ad imporre la disciplina mediante norme penali.

Può l'AFC informare un'autorità fiscale straniera sulle procedure in corso ?

Durante alcuni anni per una propria prassi interna l'AFC ha informato con regolarità l'autorità fiscale francese sullo stato delle procedure (status updates) relative a richieste di assistenza.

In questi documenti veniva indicato a che punto si trovava la procedura e quindi anche se un possibile evasore avesse ad esempio fatto ricorso al tribunale.

Il Tribunale Amministrativo Federale (TAF) il 22 giugno 2016 ha confermato una precedente decisione superprovvisoria del 10 maggio 2016 dove intimava all'AFC di sospendere la trasmissione degli status updates.

Nella decisione del 22 giugno statuiva che l'AFC mediante questa informativa violava la Convenzione di Diligenza con la Francia, che non prevede uno scambio di informazioni – neppure sullo stato della procedura – prima di una decisione finale cresciuta in giudicato. La comunicazione sullo stato delle procedure costituisce quindi per il TF, una trasmissione anticipata di informazioni.

Rileva difatti il TAF che “se l'AFC informa sistematicamente le autorità straniere richiedenti assistenza su ricorsi che sono stati presentati contro le sue decisioni, le persone toccate dalle decisioni potrebbero subire nel loro paese di residenza delle sanzioni o più generalmente degli inconvenienti per avere semplicemente agito nell'ambito di una procedura federale”. Rileva inoltre il TAF che la consegna degli status updates a delle autorità straniere possono costituire un elemento potenzialmente favorevole ad una tassazione d'ufficio o all'apertura di un procedimento penale nel paese di residenza della persona oggetto della misura di assistenza.

Il TAF si spinge addirittura più in là, statuendo che nel caso di espressa richiesta da parte dell'autorità straniera sullo stato di avanzamento di una determinata procedura, l'AFC è autorizzata unicamente a rispondere che la procedura svizzera sta seguendo il suo corso.

Ci si può domandare se tale prassi possa trovare applicazione anche nell'ambito dello scambio di informazioni tra autorità straniere in ambito FINMA. Secondo l'autore dell'articolo l'art. 42a cpv. 6 LFINMA la decisione della FINMA di trasmettere delle informazioni all'estero può essere oggetto di ricorso entro 10 giorni davanti al TAF. Ne consegue che sarebbe impossibile per l'autorità trasmettere gli status updates prima di una definitiva entrata in forza della sua decisione. Va da sé che una conferma definitiva di questa interpretazione potrà essere validata unicamente da un tribunale.

Fonte: Romain Masson, <https://cdbf.ch/951/>, 08 Jul 2016

Alcune precisazioni sulle nuove norme del CO in merito all'identificazione di azionisti e AED

Nell'ambito delle modifiche relative all'identificazione degli azionisti (detentori di quote) di società di capitali entrate in vigore il 1 luglio 2015 la dottrina è andata a specificare alcuni aspetti lacunosi della normativa. Resta ovviamente da vedere come la giurisprudenza riprenderà questi contributi dottrinali.

Qui di seguito alcune precisazioni sull'applicazione delle nuove norme del Codice delle Obbligazioni:

Termine per l'annuncio di modifiche da parte dell'azionista e/o dell'AED:

La legge ha specificato che un nuovo azionista ha tempo un mese per annunciarsi alla società, la

legge ha altresì imposto all'azionista di comunicare alla società tutte le modifiche relative a nome, ragione sociale e domicilio o sede, non fissando però un termine per questo tipo di annunci. La dottrina ritiene che siano applicabili i medesimi disposti previsti all'art. 697i del CO che prevedono un termine di annuncio di un mese. La legge prevede il medesimo tipo di annuncio nel caso degli Aenti Economicamente Diritto (AED), così come l'obbligo di annunciare modifiche degli AED, anche in questo caso la legge è rimasta silente sul termine nel quale effettuare tale comunicazione. Secondo la dottrina risulterebbe applicabile anche in questo caso, per analogia, il termine di un mese.

Altre specifiche sull'identificazione dell'AED:

Nel caso di azioni detenute fiduciarmente l'azionista da annunciare è il fiduciario mentre l'eventuale AED (nel caso di quote superiori al 25 %) è il fiduciante. Si rammenta che l'annuncio relativo agli AED non si applica unicamente alle azioni al portatore ma anche alle azioni nominative. Nel caso in cui non vi sia un AED (ad esempio se le azioni sono detenute da una organizzazione di pubblica utilità) l'azionista deve semplicemente comunicare questo dato di fatto alla società, in questo modo avrà adempiuto ai suoi doveri di identificazione.

Conservazione dei documenti:

I documenti relativi all'identificazione dell'azionista e dell'AED vanno conservati per 10 anni dopo la radiazione dal registro.

Accesso al registro:

Almeno un amministratore o un direttore della società hanno accesso al registro salvo nel caso in cui lo stesso venga tenuto da un intermediario finanziario. A tal proposito l'OAD FCT solleva qualche dubbio sull'applicabilità di tale norma. Si rammenta ad esempio che le banche chiedono ora per le società operative, nell'ambito di una relazione bancaria commerciale, per mezzo del formulario K chi sono gli AED delle società che detengono più del 25 %. Orbene il formulario K è da sottoscrivere da parte del titolare della relazione, quindi la società e di conseguenza i suoi organi. Come potrà una società adempiere a quest'obbligo se il registro degli azionisti non gli è noto? Chi assolverebbe l'eventuale obbligo di comunicazione? L'interpretazione dottrinale di questa norma non soddisfa le altre disposizioni legali e di conseguenza troverà difficile applicazione. Resta da vedere come si comporteranno in futuro su quest'aspetto i tribunali.

Società a garanzia limitata (Sagl):

Anche per queste società sussiste l'obbligo per i detentori delle quote di comunicare alla società chi sono gli AED.

Società cooperative:

La società cooperativa dovrà tenere un proprio registro dei soci.

Conseguenze in caso di mancato annuncio dell'azionista e dell'AED:

Un azionista che non ha correttamente adempiuto ai suoi doveri di identificazione non può esercitare i propri diritti di azionista. La dottrina ritiene che nel caso in cui un azionista che non abbia adempiuto ai suoi doveri di identificazione partecipi ad una assemblea degli azionisti, considerato che i suoi diritti sociali sono soppressi, provoca la nullità delle decisioni prese dall'assemblea generale. E' verosimile che la nullità non possa essere invocata in tutti i casi. Ad esempio il lungo tempo trascorso dall'assemblea potrebbe essere un motivo che non inficia la validità delle delibere, così come ad esempio nel caso in cui la partecipazione dell'azionista che non ha assolto ai propri doveri è influente sui risultati del voto dell'assemblea. Un caso estremo potrebbe essere rappresentato dalla società svizzera operativa detenuta da una società offshore che non può o si rifiuta di comunicare chi sono gli AED. Nessun azionista potrà prendere parte all'assemblea. La società non dispone quindi più dei suoi organi previsti dalla legge e di conseguenza un azionista, un creditore o l'ufficio del registro di commercio potranno chiedere al giudice di prendere le misure necessarie, e in particolare di pronunciare lo scioglimento della società con la sua messa in liquidazione.

Il **diritto al dividendo** decade anche nel caso in cui l'annuncio di nuovi azionisti o AED o le modifiche agli azionisti o AED non siano state comunicate nel termine. La dottrina ritiene che la perdita del diritto al dividendo debba iniziare con la data dell'acquisto delle azioni e non con lo scadere del mese durante il quale gli azionisti hanno l'obbligo di annunciarsi.

La giurisprudenza, soprattutto nell'ambito delle modifiche, dovrà precisare per quali mancati annunci si applicherà la decadenza dei diritti patrimoniali. E' verosimile che lacune minori, ad esempio il cambiamento di domicilio o il cambiamento di cognome a seguito di matrimonio, non dovrebbero portare alla perdita dei diritti patrimoniali, posto che tali lacune vengano colmate rapidamente.

Conseguenze legate al pagamento di dividendi o proventi da liquidazione:

Nell'ambito del pagamento di un dividendo ad un azionista i cui diritti patrimoniali sono decaduti poiché non ha adempiuto ai propri obblighi di identificazione, il Consiglio di Amministrazione potrà dover rispondere personalmente del danno causato alla società e agli altri azionisti. Resta silente la dottrina sulle responsabilità dell'Intermediario Finanziario che dovesse permettere il pagamento di un dividendo ad un azionista che non ha ancora adempiuto ai suoi obblighi. Si rileva inoltre che risulterebbe possibile una azione di restituzione verso l'azionista che ha indebitamente ricevuto il dividendo. Conclusione Nell'attesa della prima giurisprudenza, gli amministratori di persone giuridiche operative dovranno nei prossimi anni prestare particolare attenzione al fine di evitare di essere chiamati civilmente a rispondere dei loro atti. Gli azionisti per contro dovranno farsi parte diligente per non veder sospesi e/o soppressi i propri diritti.

Liberamente tratto e tradotto da: "Transparence des personnes morales et publicité des participations", di Olivier Thévoz, apparso in Expert Focus 8/2016 a pagina 574 4 seguenti.

Le opinioni espresse nella presente Newsletter non riflettono necessariamente le opinioni dell'OAD FCT, se non espressamente indicato.



Responsabili editoriali:

Massimo Tognola
Luca Confalonieri

Casella Postale 6164
091 - 924 98 53
segretariato@oadfct.ch
www.oadfct.ch

