

Wird diese Nachricht nicht richtig dargestellt, klicken Sie bitte [hier](#).



NEWSLETTER 1-24

Ultimo Numero

EDITORIALE

Eccoci giunti all'imbocco dell'ultima curva prima del rettilineo finale. Non neghiamo che ci fa un certo effetto annunciarvi ufficialmente che l'OAD FCT nel corso del 2026 cesserà la propria attività.

Ma come siamo arrivati a questa decisione?

L'OAD FCT ha avuto una nascita travagliata, una nascita nella quale nessuno in Ticino credeva, tranne due persone, l'avv. Paolo Bernasconi e l'allora ispettore dei fiduciari Michel Veronese. Abbiamo lavorato tanto con il collega Boccardo per mettere in opera l'associazione, sostenuti solo da un minimo contributo dell'OCCT e dalla voglia di fare qualcosa per chi operava in questa realtà. Ci siamo riusciti, il 30 marzo 1999 abbiamo ottenuto l'accredita-

mento dell'allora autorità federale di controllo.

Siamo partiti da zero ed abbiamo raggiunto nel 2009 la ragguardevole quota di 550 affiliati circa arrivando ad essere per importanza il terzo OAD in Svizzera. Poi sono arrivati gli scudi fiscali, le voluntary disclosures, la modifica della legislazione interna, le nuove direttive del GAFI e via dicendo e il numero si è pian piano ridotto sino a raggiungere le circa 350 unità. Abbiamo seguito, da un certo punto di vista, il medesimo destino della piazza finanziaria ticinese.

Molteplici sono i fattori e motivi alla base della decisione di proporre all'assemblea, che ha accettato, la cessione dei membri ad un altro OAD e la successiva chiusura dell'OAD. Tra i più importanti possiamo sicuramente citare:

- Il passaggio dei gestori patrimoniali e trustee alle nuove organizzazioni di vigilanza
- La cessazione dello svolgimento di attività soggette da parte di molti fiduciari
- L'aumento continuo e costante delle pretese della FINMA e dei relativi costi (sia diretti che indiretti)
- L'impossibilità di trovare dei successori disposti a svolgere l'attività di gestione dell'associazione come una attività di milizia da esercitare a lato della propria attività professionale, non giustificandosi un impegno a tempo pieno per un eventuale direttore e segretariato (soprattutto a livello di costi).

I primi due aspetti hanno ridotto il numero di affiliati agli attuali 150 circa e ci ha spinto a cercare delle alternative che potessero essere d'aiuto ai restanti membri per restare assoggettati senza dover mettere mano in maniera importante al proprio portafoglio. Ecco che la collaborazione avuta con Polyreg negli ultimi anni, sia a livello di formazione che per la costituzione di OSFIN, ci è venuta in aiuto. L'idea di proporre ai nostri affiliati di aderire ad un altro OAD attivo solo in Svizzera tedesca o in Svizzera francese non ci ha mai entusiasmato. Le difficoltà legate a lingua, formazione e controllo non avrebbero permesso ai nostri affiliati di godere di un sufficiente supporto. Ecco che quindi, da voi autorizzati, abbiamo siglato lo scorso anno una lettera di intenti con Polyreg, lettera che con la decisione dell'ultima assemblea, si concretizzerà a breve con un vero e proprio accordo di trapasso dei membri. In mancanza di tale accordo e considerati i costi fissi dell'OAD gli affiliati, a breve, sarebbero andati incontro ad un aumento esponenziale delle tasse annuali che da nostre stime potrebbero raggiungere i 4/5 mila franchi annui per ogni persona attiva e questo volevamo evitarlo.

Il comitato direttivo coglie quindi l'occasione di questa newsletter, che sarà l'ultima (salvo comunicazioni di carattere amministrativo o legate al trapasso dei membri), per ringraziare tutti i membri passati e presenti dell'associazione per la fiducia che ci hanno sempre accordato, per lo spirito di collaborazione dimostrato in questi 25 anni di attività, per le critiche costruttive e per il sostegno in senso lato che ci avete sempre dimostrato. GRAZIE.

Un caloroso saluto a tutti voi.

Luca Confalonieri e Massimo Tognola

NOVITA' IN VISTA

di Luca Confalonieri

Introduzione

Ad ogni modifica delle norme legali che concernono il riciclaggio di denaro, si assiste ad una continua e costante estensione dei compiti e delle responsabilità addossate agli intermediari finanziari (IF) e non solo.

Sotto il cappello della LRD è stata introdotta, con questa modifica, oltre alla lotta al riciclaggio di denaro e la lotta al finanziamento del terrorismo anche “la diligenza richiesta per prevenire la violazione delle misure coercitive secondo la legge sugli embarghi (LEmb)” (nuovo Art. 1 nLRD).

Il legislatore, astutamente, sta portando sotto il cappello della LRD la sorveglianza di tutte quelle attività che possono essere monitorate mediante la sorveglianza dei flussi finanziari (ed ora anche dell'attività di consulenza).

Il problema principale, a giudizio di chi vi parla, risiede nel fatto che l'osservanza di tutti questi nuovi obblighi, in parte simili ad obblighi di polizia, è stata posta a carico del privato, che può essere sanzionato penalmente se viola tali obblighi anche solo per negligenza.

Lo stato ha abdicato al suo ruolo di sorvegliante del rispetto delle norme legali legate al settore finanziario ribaltando tale compito al settore privato.

Di pari passo le modifiche proposte generano oneri supplementari per gli organismi deputati alla sorveglianza degli intermediari finanziari parabancari (ed in futuro dei consulenti) . Scopo di questa presentazione è quello di illustrare brevemente quali sono le principali novità che toccano gli organismi di autodisciplina e di considerare l'impatto delle nuove norme sull'attività dei fiduciari attivi anche quali consulenti.

Obbligo di vigilanza nell'ambito del rispetto della LEmb

Secondo il messaggio qualsiasi persona, quindi qualsiasi IF o consulente, deve conformarsi ai divieti previsti dalle ordinanze basate sulla LEmb. Gli OAD avranno la competenza di vigilare sull'adempimento da parte degli IF o dei Consulenti del loro obbligo di prendere provvedimenti organizzativi per prevenire la violazione delle misure coercitive secondo la LEmb. L'unica autorità competente in quest'ambito rimane il SECO. Di conseguenza gli OAD dovranno interloquire sia con la FINMA che con il SECO.

Sempre secondo il messaggio i provvedimenti organizzativi di cui sopra sono assolti principalmente mediante l'elaborazione di una analisi dei rischi in materia di sanzioni che può essere integrata nell'attuale analisi dei rischi che gli IF devono approntare per il rispetto della LRD.

Semplice all'apparenza. Purtroppo come sempre il diavolo si nasconde nei dettagli. Gli OAD dovranno regolamentare questo tipo di sorveglianza e quindi dettagliare ai propri affiliati come svolgere il compito di sorveglianza (art. 8 nLRD – provvedimenti organizzativi). Dovranno anche elargire la necessaria formazione e elaborare le relative misure di sorveglianza e repressione (art. 8 nLRD). Il messaggio stabilisce che l'autorità competente in quest'ambito resta il SECO, ne consegue che la FINMA (autorità non competente in quest'ambito) molto verosimilmente, non vorrà procedere all'approvazione di regolamenti che contengano norme in tal senso.

Questo è già avvenuto con la modifica 2023 della LRD dove alla FINMA è stata tolta la competenza di esprimersi sulle modalità di comunicazione di sospetto riciclaggio degli IF. Queste norme sono state spostate nell'ordinanza che regola l'attività dell'ufficio di comunicazione (MROS) e che ha di conseguenza obbligato gli OAD a cancellare dai propri regolamenti tutte le norme legate al comportamento che un IF deve rispettare nell'ambito di una comunicazione.

Solo in futuro sapremo come il Consiglio Federale, intenderà regolare questo "conflitto" di competenze tra FINMA e SECO attraverso specifiche ordinanze di legge. Ci si augura che gli OAD non debbano fare approvare la propria regolamentazione da due autorità diverse.

Introduzione dell'obbligo di vigilanza sui consulenti

L'autorità giustifica l'introduzione dell'attività di consulenza nella LRD partendo da due assunti. Il primo è che tale passo è richiesto dal GAFI ed è un requisito necessario per essere considerati "compliant" agli standard internazionali. Il secondo assunto è legato alla constatazione che il settore criminale ha ora sempre più difficoltà ad accedere al settore finanziario e che di conseguenza tende sempre più a servirsi di entità del settore non finanziario per finalità legate al riciclaggio di denaro.

Per onestà intellettuale va detto che purtroppo quest'ultima constatazione corrisponde al vero e che non tutti i consulenti si sono mai posti dei limiti etici nell'ambito della loro attività. Ecco che pertanto ad ogni pubblicazione da parte del consorzio internazionale dei giornalisti investigativi di un qualche "paper" i consulenti operativi in Svizzera sono sempre presenti.

Non entro nel merito delle singole disposizioni relative all'attività di consulenza svolta a titolo professionale ma mi limito a fare rilevare quelle che sono le implicazioni per gli OAD.

La nuova legge prevede che chi esercita un'attività di consulenza a titolo professionale dovrà iscriversi ad un OAD (art. 14 nLRD) a cui incombe la sua sorveglianza (art. 12 lett. d nLRD).

I criteri determinanti lo svolgimento a titolo professionale dell'attività di consulenza non sono ancora stati definiti. Nel messaggio si legge che *"la nozione verrà definita dall'ordinanza e sarà allineata ai criteri della definizione di negozio esercitato a titolo professionale: si reputa professionale l'attività che rappresenta una attività economica indipendente esercitata al fine di ottene-*

re un reddito regolare, che si tratti di una attività principale o accessoria” (cfr. messaggio pagina 114). Per il momento si resta quindi nel vago.

Gli obblighi di diligenza per i consulenti verranno precisati dal Consiglio Federale. Secondo il messaggio dovrebbero essere assoggettate a sorveglianza e a particolare diligenza le attività elencate alle lettere a) – e) dell’art. 2 cpv. 1 lett. c ai capoversi 3bis e 3ter. E quindi per l’art. 3bis:

- a. vendita e acquisto di un fondo (immobiliare);
- b. costituzione di una società (fondazione o trust);
- c. gestione o amministrazione di una società (fondazione o trust);
- d. organizzazione dei conferimenti di una società;
- e. vendita o acquisto di una società;

a cui si aggiungono le seguenti ulteriori attività previste all’art. 3ter:

- a. costituzione di una società (fondazione o trust);
- b. messa a disposizione di un indirizzo o di locali come sede di una società (fondazione o trust);
- c. esercizio della funzione di azionista fiduciario.

La lettera a) dell’art. 3ter riguarda solo i notai. Per contro le lettere b) e c) riguardano quasi tutti i fiduciari commercialisti. Pur essendo sempre meno frequente il ruolo di azionista fiduciario. Ciò che preoccupa l’OAD FCT è l’interpretazione che il Consiglio federale vorrà dare al punto c) dell’art. 3bis, e meglio cosa si intende per amministrazione di una società.

Bisognerà quindi ahimé attendere l’ordinanza relativa all’assoggettamento di questa attività al fine di poter recepire la portata di tale norma.

Si può sicuramente affermare che sulla base della proposta dovranno sicuramente assoggettarsi gli immobiliari che operano a titolo professionale nell’ambito della compravendita di immobili se si occuperanno di fornire consulenza nell’ambito delle transazioni finanziarie legate all’affare. Medesimo destino, anche senza partecipazione attiva a transazioni finanziarie, per i fiduciari che si occupano della consulenza per la costituzione e trasformazione di società ed infine coloro che si occupano di tutte le pratiche relative alle transazioni di pacchetti azionari (cfr. messaggio a pagina 112).

Spesso i commercialisti affiancano avvocati e notai nell’ambito delle costituzioni e trasformazioni fornendo alle società consulenza prevalentemente fiscale. Sarà l’ordinanza o la prassi dell’autorità a determinare se tale attività sarà considerata consulenza soggetta alla LRD o meno.

Sono parimenti assoggettate le attività amministrative di supporto che il commercialista spesso svolge a favore dei propri clienti operativi, quali ad esempio l’allestimento della documentazione necessaria ad iscrivere nuovi membri del Consiglio di Amministrazione e simili.

Gli OAD dovranno attendere la o le ordinanze del Consiglio Federale per verificare nel dettaglio quali saranno i doveri di diligenza assegnati a queste nuove categorie di affiliati e la più precisa definizione di alcune delle attività apparentemente soggette.

Infine va ricordato che il legislatore ha tenuto a precisare che i doveri dei consulenti saranno precisati dal Consiglio Federale e non dalla FINMA. Gli OAD dovranno integrare nei propri regolamenti tali novità ma la loro approvazione incomberà al Consiglio Federale (cfr. messaggio pag. 123). Esse dovrebbero comunque basarsi su di un approccio al rischio distinguendo tra obblighi di attuazione semplificati per le attività a basso rischio e rafforzati per quelle attività considerate a rischio accresciuto.

Dal rapporto 2023 del MROS

di Luca Confalonieri

Consegna di informazioni da parte degli IF al MROS in applicazione all'art. 11a LRD

L'articolo 11a LRD autorizza MROS a richiedere informazioni presso gli intermediari finanziari, se dall'analisi di comunicazioni ricevute conformemente all'articolo 9 LRD (obbligo di comunicazione) o all'articolo 305ter capoverso 2 CP (diritto di comunicazione) oppure di informazioni fornite da uffici di comunicazione esteri risulta che gli intermediari finanziari interessati sono o sono stati coinvolti nei fatti con transazioni o relazioni d'affari.

La possibilità di richiedere informazioni presso gli intermediari finanziari, come disciplinato nell'articolo 11a LRD, è un importante strumento per contrastare in modo efficace il riciclaggio di denaro, un reato che viene regolarmente commesso ricorrendo a schemi complessi e oltrepassando le giurisdizioni nazionali. Questa facoltà attribuita a MROS consente di collocare le comunicazioni di sospetto inviate dagli intermediari finanziari in un contesto più ampio e di fornire agli omologhi esteri le informazioni necessarie per contrastare il riciclaggio di denaro.

Quando MROS riceve una richiesta di informazioni da parte di una FIU estera riguardante relazioni d'affari in Svizzera, verifica innanzitutto se sussiste un legame con la Svizzera (cfr. art. 31 LRD). In questo modo garantisce che non venga dato corso a una ricerca generalizzata e incondizionata di prove (la cosiddetta «fishing expedition») da parte dell'autorità estera. Se la FIU estera indica il nome del cliente e dell'intermediario finanziario svizzero che gestisce il conto, MROS parte dal presupposto che di fatto sussista un sufficiente legame con la Svizzera, anche se non sono indicate altre informazioni più dettagliate sulla relazione d'affari, come il numero di conto. Se invece la FIU estera ipotizza soltanto la presenza di una relazione d'affari in Svizzera, senza tuttavia indicare un intermediario finanziario concreto, MROS non dà seguito alla richiesta.

Nel momento in cui richiede informazioni su determinati conti, MROS si documenta anche circa l'esistenza di altri conti all'interno della medesima relazione: partner contraenti, aventi economicamente diritto, persone o società

collegate possono rivestire un ruolo centrale. In alcuni casi, MROS è unicamente a conoscenza dell'esistenza di una relazione d'affari tra una persona o una società e una banca, senza tuttavia disporre di dati in merito al numero delle relazioni d'affari, a numeri di conto o transazioni. In queste situazioni, MROS chiede agli intermediari finanziari di fornirgli informazioni sulla relazione d'affari in questione, indicando la relativa persona o società titolare. Per contrastare in modo efficace il riciclaggio di denaro a livello nazionale e internazionale è fondamentale che gli intermediari finanziari forniscano le informazioni richieste in modo rapido e completo.

Gli intermediari finanziari sono tenuti a consegnare a MROS tutte le informazioni pertinenti di cui sono in possesso. La legge non conferisce agli intermediari finanziari né un margine per valutare la proporzionalità della richiesta né la possibilità di impugnare la richiesta o apporre sigilli. Le informazioni richieste devono essere pertanto consegnate entro il termine fissato da MROS.

Se un intermediario finanziario non dà seguito alla richiesta di MROS, questo suo comportamento può rappresentare una violazione del diritto in materia di vigilanza. Secondo l'articolo 10 capoverso 2 dell'ordinanza del 25 agosto 2004 sull'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro (OURD), MROS può, conformemente all'articolo 29 capoverso 1 o 29b LRD, informare spontaneamente l'autorità di vigilanza, l'organismo di vigilanza o l'organismo di autodisciplina competenti su eventuali violazioni degli obblighi di vigilanza da parte di intermediari finanziari. MROS si avvale regolarmente di questa sua facoltà. Spetta alle autorità di vigilanza seguire tali potenziali violazioni degli obblighi di vigilanza ed eventualmente adottare le relative misure.

Qualche spunto critico sulla situazione attuale del sistema finanziario

Il presente contributo riflette unicamente l'opinione del suo autore che non corrisponde necessariamente a quella dell'OAD FCT o dei suoi membri di comitato.

Di Luca Confalonieri

- 6 settembre 2023, Urban Angehrn si dimette per fine mese dalla carica di direttore della FINMA per burn out.
- 21 Settembre 2023, Johanna Preisig lascia la FINMA. Era stata la responsabile dei piani di stabilizzazione, emergenza e liquidazione delle banche di rilevanza sistemica.
- 18 dicembre 2023 Marlene Amstad, presidente della FINMA. Numerosi articoli apparsi sulla stampa d'oltralpe mettono in discussione la sua posizione a capo della FINMA. Posizione alla quale lei si aggrappa comunque con unghie e denti.
- 17 aprile 2024, Nicoletta della Valle dipinge a livello svizzero un qua-

dro molto fosco in relazione alle infiltrazioni della criminalità organizzata e lamenta una grave e cronica mancanza di risorse. Non sarebbe possibile seguire contemporaneamente che poche inchieste.

- 24 aprile 2024, Nicoletta della Valle, direttrice di FEDPOL si dimette con effetto al 31 Gennaio 2025.

E tutto questo solo negli ultimi dodici mesi, se andiamo ad analizzare un quinquennio rileviamo altre dimissioni eccellenti presso la FINMA, la procura federale e l'ufficio di comunicazione. Non si contano nemmeno più le sberle prese dal Ministero Pubblico della Confederazione negli innumerevoli casi nei quali è stato sconfessato dai tribunali (l'ultimo di rilievo quello concernente Blatter e Platini).

Se poi scendiamo a livello cantonale riscontriamo che l'anno scorso i tre procuratori dichiarati non idonei dal CSM sono stati brillantemente rieletti dal parlamento, che nonostante le critiche e il gran vociare sull'inopportunità ed inadeguatezza delle ultime candidature al ministero pubblico il parlamento imperterrito ha nominato i candidati in oggetto. È ancora fresca di stampa l'ultima querelle che vede contrapposti 3 giudici, due segretarie e forse qualche segretario giudiziario per mobbing e atteggiamenti inopportuni con tanto di nomina dell'ennesimo perito esterno, visto che – se ne deduce all'apparenza - sembra che il cantone non disponga di competenze interne specifiche in materia di mobbing.

Non va infine scordata la bordata sparata il 7 aprile scorso dall'ex procuratore pubblico Avv. Emanuele Stauffer sulla situazione generale della giustizia in Ticino con particolare riferimento ai reati finanziari.

Insomma una situazione che sicuramente non conforta gli addetti ai lavori (avvocati) e che sinceramente fa rabbrivire tutti coloro che gravitano attorno al mondo finanziario e però lascia pressoché indifferente il resto della popolazione.

Le garanzie del diritto, i sistemi di controllo e di repressione sono alla base del nostro stato di diritto e del vivere democratico, stato di diritto che permea tutta la nostra vita, dalla nascita alla morte. Male fa quindi il pubblico a non indignarsi per quanto sta avvenendo. Male fa il popolo a non reclamare a gran voce un'amministrazione efficiente ed efficace, un sistema giudiziario del quale avere fiducia e non ridursi a "pregare" di finire nelle mani del procuratore e giudice giusto.

Le autorità hanno la tendenza ad auto-assolversi (si veda il rapporto pubblicato dalla FINMA sul caso Credit Suisse del 19 dicembre 2023) e nel caso in cui si riscontrassero delle problematiche è uso e costume che i vari responsabili non lavorino più per quelle entità e di conseguenza la conclusione che se ne trae è inevitabilmente questa: si sono prese (a posteriori) le misure necessarie affinché quanto avvenuto non possa ripetersi. Misure che inevitabilmente altro non portano che ad un ulteriore incremento della burocratizzazione delle istituzioni e delle procedure dove ciò che realmente conta è diventata l'esistenza del pezzo di carta che dimostra che un tale aspetto, procedimento o evento sia stato standardizzato, descritto e riportato in un formulario, ma dove il contenuto di questo pezzo di carta (l'unica cosa che sarebbe veramente importante) è di secondaria importanza e diventa

un corollario all'esistenza del già citato modulo.

Come cittadino mi sento offeso ed indignato dal comportamento di queste autorità, come essere umano ho il terrore di dovermi un domani confrontare con queste entità, come elettore mi sento preso in giro dai rappresentanti del popolo che starnazzano e si indignano nei vari parlamenti promettendo draconiane riforme per poi regolarmente non fare nulla e semplicemente avallare lo status quo (si veda quale esempio la rinomina in pompa magna dei tre PP ritenuti non idonei dal CSM).

Sarà l'età che avanza ma mi trovo sempre meno a mio agio in un mondo nel quale il buon senso ha lasciato il passo alla prosopopea di stato.

Contributi dottrinali e giurisprudenza LRD

A cura di Avv. L. Beeler

Violazione del principio di specialità

Un cittadino francese oggetto di una richiesta di informazioni da parte dell'omologa transalpina della FINMA ha dovuto riscontrare che, purtroppo, l'autorità amministrativa francese non ha rispettato il principio di specialità applicato ai documenti trasmessi dalla FINMA ai suoi omologhi transalpini.

La AMF (il corrispondente della FINMA in Francia) ha difatti trasmesso delle informazioni ad un tribunale penale parigino nell'ambito di una procedura penale che vedeva coinvolto il cittadino francese.

Il cittadino francese indirizza quindi un reclamo contro la Francia presso il Consiglio Federale. Quest'ultimo indica al ricorrente che non sarà dato seguito al suo atto di denuncia. Egli impugna la decisione davanti al tribunale federale, il quale non può che constatare la violazione del principio di specialità ma fa anche rilevare che tale violazione è stata commessa al di fuori del territorio svizzero e constata altresì che la decisione di trasmettere i dati al tribunale penale parigino è una "decisione sovrana" della Francia contro la quale la Svizzera non può intervenire. Il TF in pratica avalla la decisione del Consiglio Federale.

Questa decisione dimostra, ancora una volta, che i dati trasmessi dalla Svizzera verso un'autorità di un altro paese non sono protetti dal principio di specialità e ciò nemmeno in paesi a noi vicini che dispongono di un sistema giudiziario funzionante e democratico. Di più, la violazione del principio di specialità non obbliga la Svizzera a prendere delle misure avverso lo stato che lo ha violato.

(*) principio di specialità: Il principio di specialità stabilisce che uno Stato a cui sono stati trasmessi documenti nel quadro di una procedura di assistenza amministrativa può utilizzarli unicamente allo scopo per il quale gli sono stati trasmessi (nel nostro caso dalla Svizzera)

Fonte: Centre de Droit Bancaire et Financier - Ginevra. Yannick Caballero Cuevas - 29.6.23

L'aspetto penale delle retrocessioni

Un impiegato che non si occupa di negoziare al ribasso il prezzo di lavori (o prodotti) forniti da un terzo e che a causa di questa inazione percepisce dal terzo personalmente una retrocessione viola l'art. 158 del Codice Penale e si rende punibile. Si precisa che nel caso in esame i lavori sono stati eseguiti ad un prezzo di mercato e non gonfiato.

Il Tribunale Federale stabilisce che l'impiegato abbia violato la disposizione dell'art. 321b cpv. 1 CO che lo obbliga a rendere conto e restituire gli importi ricevuti da un terzo nell'ambito del suo rapporto di lavoro. Tale interpretazione è traslabile al contratto di mandato (art. 400 cpv. 1 CO) che regola i rapporti tra un cliente e il suo gestore di patrimoni (ma può ovviamente anche valere per altre attività fiduciarie).

Nel caso in esame il dipendente ha violato i propri doveri di gestione ed ha portato danno agli interessi patrimoniali del suo datore di lavoro ed è quindi colpevole di amministrazione infedele (art 158 CP) avendo omesso volontariamente di trattare un prezzo migliore per il suo datore di lavoro. A ciò si aggiunge che il dipendente si è reso colpevole di corruzione passiva tra privati (art. 322 novies CP).

Nell'ambito del settore finanziario questa sentenza è di rilevanza perché ci permette di osservare due fattispecie ben distinte:

- i. la problematica delle retrocessioni, dopo aver trovato posto nell'ambito del diritto civile (violazioni del CO), rappresenta oggi una tematica di rilevanza anche per il diritto penale.
- ii. Nell'ambito dell'applicazione dell'art. 158 CP (amministrazione infedele) la prova che il servizio o prodotto finanziario che il gestore sceglie per il suo cliente sia conforme ai prezzi di mercato non è più sufficiente a dimostrare la propria buona condotta. E' pertanto raccomandato di poter dimostrare che non vi erano alternative più favorevoli che si sarebbero potute scegliere in assenza di retrocessioni (ovviamente il problema non si pone per coloro che operano senza percepire retrocessioni).

Fonte: Centre de droit bancaire et financier - Università di Ginevra - Philipp Fischer 4.7.23

Rifiuto di esecuzione di un'ordine da parte della banca

Il TF ha stabilito che se una banca dispone nelle proprie condizioni generali di un clausola che le permette di rifiutarsi di eseguire degli ordini che "non corrispondono alla regolamentazione o agli standard delle piazze finanziarie", il cliente non può fare causa all'istituto bancario se questa clausola viene invocata (anche per la sola presenza del cliente in liste di altri paesi non riconosciute dalla Svizzera) ritenendo che quanto stabilito contrattualmente tra le parti sia preminente.

Fonte: Sébastien Pittet, Sanctions Internationales, pubblicato il 3.12.21 presso il centro di diritto ban-

cario e finanziario di Ginevra.

CONFLITTO DI INTERESSI: LA FONDAZIONE NON HA VALIDAMENTE APPROVATO L'INVESTIMENTO

I membri del consiglio di fondazione devono astenersi da una decisione in cui hanno un conflitto di interessi. La loro conoscenza non può quindi essere imputata alla fondazione. Questa è una delle conclusioni a cui è giunto il Tribunale federale nella sentenza 4A_350/2023 del 21 novembre 2023.

Un commerciante di valori mobiliari (ora chiamata società di intermediazione mobiliare, cfr. art. 41 LIsFi) gestisce il patrimonio per clienti privati istituzionali. In particolare, gestisce il patrimonio di una cassa pensioni LPP. L'amministratore delegato di questa società di intermediazione mobiliare e uno dei suoi dipendenti sono anche membri del consiglio di amministrazione di questa fondazione. La maggior parte del patrimonio della società è investito in due fondi di fondi (un fondo di fondi è un fondo che investe in altri fondi). Questi fondi di fondi sono gestiti e distribuiti dal gestore. Il gestore ricopre quindi un "doppio ruolo", essendo sia il gestore del patrimonio della fondazione che il gestore del fondo di fondi. Non informa attivamente la fondazione di questa situazione.

Nell'ambito di un procedimento nei confronti del gestore, la fondazione sostiene in particolare che quest'ultimo ha provocato un danno a causa dei costi inutili causati dai fondi dei fondi. Infatti, il gestore avrebbe potuto acquistare direttamente quote di fondi target data, evitando così le commissioni del fondo di fondi. Chiede inoltre rendiconto per le retrocessioni ricevute dai fondi target data. L'Handelsgericht di Zurigo ha accolto la richiesta di risarcimento della fondazione, ma ha dimezzato l'importo richiesto a causa di una concomitante colpa della fondazione.

Nella sua motivazione, il tribunale di Zurigo ha ritenuto che il gestore si trovasse in una situazione di conflitto di interessi a partire dal luglio 2009 a causa del suo duplice ruolo nell'investimento del patrimonio della fondazione e nel fondo di fondi. Ha ricevuto una commissione di gestione patrimoniale sia dalla fondazione che dal fondo di gestione dei fondi. Ne è derivato un incentivo a investire il patrimonio della fondazione nel fondo di fondi e a lasciarlo lì, con il rischio di non essere più guidato esclusivamente dagli interessi della fondazione nella sua decisione di investimento. Tuttavia, il gestore non ha informato la fondazione di questo conflitto di interessi, né delle commissioni più elevate dei fondi di fondi e degli svantaggi e dei presunti vantaggi rispetto all'investimento diretto nei fondi target data. La fondazione non è stata quindi in grado di approvare validamente l'investimento controverso, il che si sarebbe reso necessario in considerazione del conflitto di interessi del gestore. Essa deve quindi essere compensata per i costi eccessivamente elevati derivanti da tale investimento.

Il gestore ha presentato ricorso al Tribunale federale. In particolare, egli sostiene che taluni membri del consiglio di fondazione erano a conoscenza di tale situazione, in quanto erano anche dipendenti del gestore. Di conseguenza, essi hanno validamente approvato l'investimento controverso.

Ai sensi dell'art. 55 cpv. 2 CC, gli organi vincolano la persona giuridica con i loro atti giuridici e con tutti gli altri atti. Ne consegue che, in linea di principio, la persona giuridica deve essere ritenuta responsabile anche della conoscenza dei suoi organi (imputazione della conoscenza). Tuttavia, questa conoscenza non è imputata in modo assoluto. Alla persona giuridica sono imputate solo quelle conoscenze oggettivamente accessibili all'interno della propria organizzazione (approccio funzionale all'imputazione delle conoscenze).

L'Handelsgericht ha ritenuto che, in linea di principio, non si dovesse ritenere che la persona giuridica fosse a conoscenza di una persona che si trovi in una situazione di conflitto di interessi. Il Tribunale federale lascia espressamente aperta questa questione generale, ma ne accetta l'applicazione nel caso specifico. Esso ritiene che l'approvazione di un investimento effettuato in violazione del contratto – nel caso di specie in conflitto di interessi – richieda un consenso informato (informierte Genehmigung). Nel caso specifico, i membri del consiglio di fondazione che si trovano in una situazione di conflitto di interessi avrebbero dovuto astenersi da qualsiasi decisione relativa all'investimento nel fondo gestito dal gestore; la loro conoscenza non può dunque essere presa in considerazione per una approvazione informata di questo investimento. Di conseguenza, la fondazione non poteva validamente approvare l'investimento controverso, in quanto non disponeva delle conoscenze necessarie per tale approvazione.

La sentenza è convincente. Un investimento contrario all'obbligo di fedeltà non può essere validamente approvato dagli organi dell'investitore in situazione di conflitto di interessi, in particolare quando essi sono anche organi del gestore. L'approccio funzionale all'attribuzione delle conoscenze ha escluso nel caso di specie l'imputazione alla persona giuridica delle conoscenze dell'ente in una situazione di conflitto di interessi.

Tuttavia, questa conclusione non dovrebbe essere eccessivamente generalizzata. In effetti, il Tribunale federale lascia espressamente aperta la questione dell'attribuzione della conoscenza in caso di conflitto di interessi da parte dell'organo. Il Tribunale federale (riunito con 3 giudici) si è limitato a decidere sul singolo caso, in cui il gestore deve necessariamente essere stato a conoscenza della situazione di conflitto di interessi in cui si trovavano gli organi del consiglio di fondazione, poiché uno di essi era l'amministratore delegato del gestore. Inoltre, per lo stesso motivo, il gestore era anche consapevole del fatto che il consiglio di fondazione non aveva mai avuto una discussione approfondita sui vantaggi e gli svantaggi del fondo di fondi, rispetto agli investimenti diretti nei fondi target data, nonché sulla duplice funzione del gestore. L'Handelsgericht ha addirittura concluso che il gestore non agiva in buona fede quando si basava sull'approvazione dell'investimento da parte della fondazione.

Célian Hirsch, La fondation n'as pas valablement approuvé l'investissement, publié le 21 février 2024 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/1326/>

PROCEDIMENTI CIVILI TRANSFRONTALIERI: SEMPLIFICA-

ZIONI IN VISTA – IMPIEGO AGEVOLATO DELLA COMUNICAZIONE ELETTRONICA

Il Consiglio federale semplifica i procedimenti civili transfrontalieri. In breve: una persona in Svizzera potrà essere interrogata in videoconferenza, senza previa autorizzazione e una parte svizzera può depositare documenti o prove (senza rischiare di violare l'art. 271 CP), se l'invito a compiere tali atti non è munito dalla minaccia di sanzioni penali e se è notificato nell'ambito di una richiesta di assistenza giudiziaria. In questo contesto, continueranno dunque ad applicarsi gli obblighi previsti dal diritto svizzero (ad as. il segreto bancario e la protezione dei dati).

Chi parteciperà dalla Svizzera a un procedimento civile estero potrà essere interrogato o sentito, mediante audioconferenza o videoconferenza senza una autorizzazione delle autorità. Nella seduta del 15 marzo 2024, il Consiglio federale ha preso atto della prevista modifica delle basi legali e adottato il messaggio all'attenzione del Parlamento.

Secondo il diritto vigente, prima di poter interrogare, mediante audioconferenza o videoconferenza, una persona che si trova in Svizzera, nel quadro di un procedimento civile estero, è necessaria l'autorizzazione dell'Ufficio federale di giustizia. Con l'avanzare della digitalizzazione e alla luce delle esperienze raccolte durante la pandemia da COVID-19, il requisito dell'autorizzazione caso per caso è stato giudicato oneroso. Con una mozione depositata dalla Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati, il Parlamento ha quindi incaricato il Consiglio federale di semplificare l'impiego dei mezzi di comunicazione elettronici nei procedimenti civili internazionali.

In adempimento a detta mozione, il Consiglio federale propone ora di ammettere, nel quadro di un procedimento civile estero, l'interrogatorio di una persona che si trova in Svizzera, mediante audioconferenza o videoconferenza, senza richiedere preventivamente l'autorizzazione delle autorità, a condizione che siano rispettate determinate condizioni a tutela della sovranità e dell'interessato. Una di queste condizioni è ad esempio una preventiva comunicazione alle autorità svizzere, in modo che la competente autorità cantonale di assistenza giudiziaria possa partecipare alla conferenza audiovisiva se lo desiderasse.

Gli interessati continuano inoltre a godere di determinati diritti, come ad esempio, quello di essere interrogati nella loro lingua madre. Inoltre, resta invariata la condizione secondo la quale l'interessato deve acconsentire a partecipare all'interrogatorio o all'audizione. Adesso la regolamentazione contempla anche le audizioni al di fuori della procedura probatoria, ad esempio quelle sulle allegazioni delle parti processuali e sarà applicata anche agli Stati non aderenti alla Convenzione dell'Aja del 1970 sull'assunzione all'estero delle prove in materia civile o commerciale (CLA70).

In sede di consultazione, il progetto ha raccolto un ampio consenso. E' stato però criticato il fatto che lo stesso comprende la partecipazione a udienze al di fuori della procedura probatoria. Le modifiche previste interessano la dichiarazione della Svizzera alla CLA70 e alla legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP).

QUAL' E' IL RENDIMENTO QUANDO SI INVESTE IN UN FONDO DI FONDI?

Con decisione 4A_350/2023 del 21 novembre 2023, Il Tribunale federale ha confermato una sentenza parziale dell'Handelsgericht di Zurigo, che ordinava a un dirigente di notificare a una cassa pensioni LPP le retrocessioni ricevute in relazione a investimenti effettuati in fondi target data tramite due fondi di fondi.

Questo articolo si concentra sulla questione del diritto di una fondazione ad avere informazioni riguardanti le retrocessioni ricevute dal gestore.

La nostra Alta Corte chiarisce innanzitutto il fatto che, una richiesta di rendiconto può essere ammessa solo quando è in corso una corrispondente richiesta di pagamento. E' dunque necessario chiarire preliminarmente l'esistenza di un diritto alla restituzione delle retrocessioni, poiché in mancanza di tale diritto non può essere esercitato alcun diritto all'informazione.

Il gestore di fondi di investimento ritiene che le retrocessioni sulle quali dovrebbe fornire informazioni rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 21 cpv. 2 LICol. In virtù del primato della LICol sull'art. 400 CO, la fondazione non avrebbe diritto al rimborso delle retrocessioni. Di conseguenza, mancherebbe una richiesta di pagamento del capitale.

Il Tribunale federale ricorda che l'art. 21 cpv. 2 LICol stabilisce che le persone che amministrano, detengono o rappresentano investimenti collettivi di capitale e i loro rappresentanti possano ricevere solo la remunerazione prevista nei documenti e che le retrocessioni devono essere accreditate all'investimento collettivo di capitale. Ad esempio, le retrocessioni pagate dai fondi target data al gestore devono essere accreditate sulle attività dei fondi di fondi. Al riguardo, non è valido l'argomento della fondazione secondo cui essa non rivendica gli importi che il gestore di fondi di investimento ha versato nei due fondi di fondi, ma solo quelli che non sono stati versati o che non sono stati versati integralmente ai fondi di fondi. Di conseguenza, la fondazione non ha diritto all'informazione in base al contratto di gestione patrimoniale tra essa e il gestore. D'altro canto, il fondo di fondi o la direzione del fondo avrebbero il diritto di essere informati su tali retrocessioni sulla base del contratto di gestione patrimoniale stipulato tra loro e il gestore.

La Corte non si è fermata qui e ha proseguito affermando che, se il gestore avesse investito direttamente nei fondi target data conformemente ai suoi obblighi, la fondazione avrebbe avuto il diritto all'informazione e alla restituzione delle retrocessioni sulla base del contratto di gestione patrimoniale tra le parti. Il fatto che la fondazione non abbia diritto all'informazione è solo il risultato dell'inadempimento da parte dei suoi obblighi contrattuali. Eventuali retrocessioni dei fondi target data non versati ai fondi dei fondi costituiscono pertanto un elemento del danno derivante dalla condotta contraria agli obblighi del gestore dei fondi di investimento, per il quale il gestore dei fondi di investimento può essere tenuto al risarcimento dei danni in forza del contratto di gestione patrimoniale tra le parti (art. 397 con art. 97 CO). In con-

clusione, alla fondazione dovrebbe essere concesso il diritto di rendiconto sulle retrocessioni ricevute dal gestore dei fondi oggetto dell'operazione, nonché degli importi di tali retrocessioni che sarebbero stati ritrasferiti ai fondi dei fondi.

Sorprendentemente, il Tribunale federale ha stabilito in questo caso che il cliente danneggiato da un inutile livello di strutturazione degli investimenti – per mezzo di fondi di fondi senza alcun interesse se non quello di aumentare il reddito del gestore – ha diritto non alla restituzione delle retrocessioni, ma al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 97 CO. Nelle sue argomentazioni, il cliente si limitava a chiedere il rimborso delle sole retrocessioni versate dai fondi target data al gestore che non erano state ritrasferite ai fondi dei fondi. A nostro avviso, la fondazione può ancora rivendicare, sulla base dell'art. 97 CO, la totalità delle retrocessioni, in quanto il danno che è stato definito dall'Handelsgericht come la differenza tra l'investimento nei fondi dei fondi rispetto ad un investimento diretto nei fondi target data oggetto dell'operazione. Di conseguenza, la fondazione avrebbe avuto diritto al rimborso di tutte le retrocessioni.

A nostro avviso, **questa decisione potrebbe preannunciare una giurisprudenza federale che considera le retrocessioni in un rapporto di sola esecuzione come danni derivanti dalla violazione del contratto per l'esecuzione di ordini al miglior prezzo**. Infatti, il gestore è stato anche condannato al risarcimento dei danni per avere acquistato tranches eccessivamente onerose di fondi target data (per i clienti retail anziché per i clienti istituzionali), che hanno consentito loro di ricevere maggiori retrocessioni. Una retrocessione può essere definita come una parte della commissione pagata al fondo che viene pagata al gestore, aumenta il prezzo pagato dal cliente. Solo il tempo ci dirà quale sarà la posizione del Tribunale federale in merito alla restituzione delle retrocessioni in caso di rapporto di sola esecuzione.

Nicolas Ollivier, *Quelle restitution lors d'investissements dans un fonds de fonds?*, publié le 21 février 2024 par le Centre de droit bancaire et financier

Sanzioni - Acquisti sospetti

di Luca Confalonieri

Le sanzioni adottate dalla Svizzera verso diversi paesi (comprese quelle verso la Russia intervenute dopo l'invasione dell'Ucraina) non hanno un effetto extraterritoriale e si applicano unicamente a società operanti in Svizzera. Si è potuto constatare, negli ultimi mesi, che vi è stato un aumento anomalo di vendita di merci vietate a paesi che non hanno aderito alle sanzioni.

Prodotti ad alta tecnologia, prodotti informatici, eccetera sono gli oggetti sui quali la SECO si concentra. Il sospetto ovviamente è quello che tali beni vengano esportati in tali paesi unicamente per permettere poi al paese importatore di fornirli a paesi sotto embargo.

Per gestire al meglio tali rischi sono capitali sia la conoscenza del proprio prodotto che la conoscenza del proprio cliente. Particolare attenzione do-

vrebbe essere prestata a segnali particolari quali ad esempio l'acquisto di una nuova linea di prodotti o di prodotti mai ordinati.

L'azienda venditrice Svizzera dovrebbe effettuare un monitoraggio su queste vendite in maniera da prevenire quanto possibile l'elusione delle sanzioni con una semplice triangolazione dei canali di vendita.

I prodotti critici principali identificati dalla SECO sono i seguenti (lista non esaustiva):

- processori e controllori, anche combinati con memorie, convertitori, circuiti logici, amplificatori, orologi, circuiti di sincronizzazione o altri circuiti,
- memorie fisiche
- amplificatori, circuiti integrati
- apparecchi per la ricezione, la conversione e l'emissione e trasmissione o rigenerazione della voce, delle immagini o di altri dati, sistemi wireless,
- apparecchi di radionavigazione
- parti elettriche di macchine o apparecchi

Per contro i comportamenti critici o che devono essere oggetto sono (lista non esaustiva):

- Il cliente o l'azienda hanno un nome o indirizzo che sembra o assomiglia a quello di una persona presente nell'elenco delle entità sanzionate
- Il cliente è pronto a pagare un prezzo significativamente elevato rispetto a quello di mercato,
- Controparti che in genere non utilizzano i beni che vengono acquistati (ad es. un macchinario acquistato da una società finanziaria)
- Il rifiuto del cliente di fornire indicazioni sull'utilizzo dei prodotti che intende acquistare
- eccetera

Grazie per averci seguito negli ultimi 24 anni



Casella Postale 1624
091 - 924 98 53
segretariato@oadfct.ch
[Sito OAD FCT](#)