

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



NEWSLETTER 1-20

Disclaimer : se non diversamente indicato, gli autori dei contributi pubblicati sulla newsletter sono Luca Confalonieri e Massimo Tognola. I contenuti pubblicati riflettono pareri personali degli autori che non impegnano l'associazione in quanto tale. I pareri riportati sono di carattere generale e la loro applicazione a fattispecie concrete deve essere valutata caso per caso

EDITORIALE

Il Comitato dell'OAD FCT si augura di trovarvi tutti in buona salute e che abbiate potuto superare il periodo critico della pandemia al meglio.

Ci troviamo in una fase di ripartenza e come d'uso vi proponiamo in questo periodo dell'anno la nostra Newsletter incentrata su temi che non terminano di fare discutere e che ciclicamente si ripropongono dando luogo a nuove interpretazioni e a nuova giurisprudenza.

Come avrete rilevato anche l'attività dell'OAD FCT è stata influenzata dalle misure cantonali e federali in emergenza COVID19. Abbiamo dovuto sospendere prima, rimandare poi ed in alcuni casi annullare corsi di formazione, attività di vigilanza, eccetera. Speriamo che le informazioni che vi abbiamo fatto pervenire durante questo periodo per mezzo di speciali Newsletter siano state da voi favorevolmente accolte e vi siano risultate utili. Siamo ora completamente operativi e ci stiamo dedicando fra le altre cose al programma di revisioni 2020 e i controlli partiranno nelle prossime settimane. Per quanto riguarda la formazione verrete puntualmente informati in futuro.

Il progetto di organismo di vigilanza OSFIN è pressoché maturo. Il dossier è stato completato e rivisto più volte dopo intensi colloqui e confronti con la FINMA che pochi giorni orsono ci ha comunicato che

a questo stadio tutti i punti sono stati evasi con sua soddisfazione. Ciò ci lascia presumere che il dossier venga ora proposto agli organi superiori della massima autorità di vigilanza per la dovuta approvazione. Confidiamo di potervi confermare la concessione dell'autorizzazione a OSFIN entro l'inizio del mese di luglio.

In questo numero siamo lieti di accogliere in redazione il membro di comitato Avv. Luca Maria Beeler, che da 20 anni ci accompagna nel nostro percorso e che da qualche settimana, essendo arrivato al beneficio della pensione, ha deciso di dedicare parte del suo tempo libero all'operatività dell'OAD FCT e lo ringraziamo di cuore per essersi messo a disposizione.

Vi auguriamo di passare una serena estate.

VIOLAZIONE DA PARTE DI UN ORGANO COLLEGIALE DELL'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE IN MATERIA DI SOSPETTO DI RICICLAGGIO DI DENARO - Avv. Luca Maria Beeler

I membri di un organo collegiale competente per procedere alle comunicazioni secondo l'art. 9 LRD, sono individualmente punibili, in caso di violazione all'art. 37 LRD. Il Tribunale federale lo ha recentemente confermato in una sentenza del mese di novembre 2019, che non è però destinata alla pubblicazione.

I. Contesto

Le procedure penali aperte dal Dipartimento federale delle finanze (DFF), sono di principio dirette contro le persone fisiche incaricate di procedere alle comunicazioni, in caso di sospetto di riciclaggio di denaro. Si tratta, secondo l'art. 6 cpv.1 della Legge federale sul diritto penale amministrativo (LPA), della persona fisica che è stata designata responsabile di effettuare le comunicazioni, sulla base di quanto è stato stabilito a livello organizzativo, nella ripartizione delle competenze all'interno della persona giuridica. Il DFF si interessa solo raramente alla persona giuridica, la cui responsabilità penale è sussidiaria. In questo contesto, le direttive interne della persona giuridica rivestono una importanza particolare, in quanto è proprio sulla base delle stesse, che il DFF tenterà di individuare le persone punibili. Capita spesso, che questa competenza di notifica dei casi sospetti di riciclaggio venga demandata a un organo collegiale. In questa ipotesi, si pone la questione a sapere se, in caso di violazione dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 37 LRD, ogni membro di questo organo collegiale possa essere ritenuto individualmente responsabile. Il Tribunale federale ha recentemente riposto affermativamente a questa domanda.

II. I fatti

Il DFF ha rimproverato a un collaboratore di banca di avere violato all'obbligo di comunicazione per sospetto fondato di riciclaggio, riguardante una relazione d'affari, quando era responsabile quale capo del servizio compliance di una banca, nel periodo antecedente la fusione della stessa. Questa violazione è continuata anche dopo la fusione di questa banca con un'altra, quando questo collaboratore è poi diventato responsabile del dipartimento Legal & Compliance (periodo post fusione). La fattispecie è particolare, in quanto nel periodo antecedente la fusione, il collaboratore non era il solo responsabile di effettuare le comunicazioni di casi di riciclaggio, ma questo compito era di competenza di un comitato di due diligence, di cui egli era membro.

Secondo la corte degli affari penali del Tribunale federale (TPF), questa circostanza non permetteva la possibilità di imputare una responsabilità individuale al collaboratore nel periodo antecedente la fusione della banca.

In seguito al ricorso del DFF, il Tribunale federale (TF) ha però ritrattato questo punto, ritenendo che, la competenza del comitato in materia di comunicazioni in caso di sospetto fondato di riciclaggio di denaro, non escludeva la responsabilità del singolo collaboratore, in quanto membro del comitato stesso.

III. Esame

Nella sentenza in questione, il TF ha considerato che la responsabilità del padrone d'azienda (art. 6 cpv. 2 e 3 LPA) non è limitata agli organi dirigenti, ma può essere anche estesa ai membri di organi subalterni, che siano competenti in quell'ambito. Le carenze organizzative possono, in talune situazioni, essere penalmente imputabili ai membri della direzione generale di una persona giuridica. Più problematica è la questione di sapere, se un membro di un tale organo collettivo, che si fosse per ipotesi espresso per una comunicazione, ma che non venisse seguito in questa decisione dalla maggioranza degli altri membri, possa essere ritenuto responsabile penalmente della decisione presa collettivamente. Questa incertezza mette ogni membro di un organo collettivo di fronte al dilemma seguente: rispettare la decisione presa collettivamente a maggioranza, con il rischio di venire perseguito da parte del DFF, o procedere autonomamente a una propria comunicazione in nome proprio, ma con il rischio di venire incolpato poi per violazione dei suoi obblighi contrattuali? In questa situazione, non è sicuro che una comunicazione effettuata a titolo personale in tali circostanze, possa essere considerata come se fosse stata fatta in buona fede, secondo l'art. 3 del Codice civile svizzero (CCS) e possa dunque beneficiare dell'esclusione di responsabilità, prevista dall'art. 11 cpv. 1 LRD. Procedendo a una comunicazione individuale, un membro dissidente si potrebbe esporre al rischio penale di violazione del segreto bancario (art. 47 della legge sulle banche).

QUANDO I TRIBUNALI STRINGONO TROPPO LE VITI - RESPONSABILITA' DI COMPLIANCE E INTERMEDIANI FINANZIARI

Dopo quasi tre lustri di relativa tranquillità, negli ultimi anni i ministeri pubblici e i tribunali (Tribunale Penale Federale e Tribunale Federale) hanno iniziato a valutare sempre più criticamente l'attività dei compliance officer bancari. Sempre più spesso queste figure sono state fatte oggetto di procedure penali concernenti comportamenti omissivi in relazione agli obblighi di diligenza derivanti dalla LRD e non su di un loro comportamento attivo nell'ambito di un caso di riciclaggio. Spesso queste procedure hanno portato ad una condanna (pecuniaria) che ha in pratica sancito la fine della loro carriera professionale.

Questo comportamento ha avuto una conseguenza importante. Le comunicazioni al MROS nel 2014 erano 1753 e sono arrivate nel 2018 (in 4 anni!) a 6'126. Ciò che è cambiato è anche il tasso di trasmissione delle comunicazioni ai vari ministeri pubblici. Se nel 2014 il tasso era ancora del 74 % (rammentiamo che 2011 questo valore aveva raggiunto il 90%) a fine 2018 il tasso di trasmissione è sceso al 56 %. Ne consegue una logica perdita di qualità delle comunicazioni effettuate, e di conseguenza una dimostrazione del carattere controproduttivo di una tale politica repressiva.

(fonte: Nicolas Béguin, Centre de Droti Bancarie et Financier, Ginevra, cdbf.ch/1078)

OBBLIGO DI RESTITUIRE LE RETROCESSIONI ALLA BANCA - AVV. Luca Maria Beeler

Il Tribunale federale, nel corso del mese di novembre 2019, ha condannato due collaboratori di una banca losannese per amministrazione infedele aggravata, in quanto non avevano restituito alla loro datrice di lavoro le retrocessioni che avevano percepito.

I due condannati lavoravano presso la succursale losannese di uno stabilimento bancario. Le condizioni del loro contratto di lavoro con la banca vietavano espressamente la possibilità di ricevere, a titolo personale, retribuzioni o commissioni per operazioni alle quali partecipava anche la banca.

Durante la loro attività professionale i due sono entrati in contatto con una società di consulenza in materia di prodotti strutturati e hanno acquistato, tramite questa società, prodotti strutturati per clienti della banca. Per ogni transazione effettuata, la società di consulenza aveva percepito una retrocessione calcolata in funzione dell'importo sottoscritto e una parte di questa somma era stata ridistribuita ai due collaboratori, all'insaputa del loro datore di lavoro.

Il Tribunale cantonale vodese ha ammesso la qualità di gerenti degli accusati, che avevano il dovere di gestire gli averi dei clienti nell'interesse della banca. Il Tribunale federale ha poi confermato questa

tesi, ritenendo che la gestione degli interessi della banca e la rappresentanza di quest'ultima erano stati parzialmente delegati agli accusati.

Per quel che riguarda i doveri di gestione, la cui violazione è punita dall'art. 158 del Codice penale svizzero, vengono considerati ed esaminati in relazione alle disposizioni contrattuali e alle direttive interne applicabili alla fattispecie. I giudici di Mon-Repos hanno ritenuto che i collaboratori della banca non hanno solo violato ai loro obblighi di restituzione delle commissioni percepite al loro datore di lavoro (secondo l'art. 321 b del Codice delle obbligazioni), ma hanno anche sfruttato il loro potere in seno alla banca, per potere concludere i contratti di acquisto di prodotti strutturati. Queste transazioni hanno generato delle retrocessioni che spettavano alla banca, ma sono state dirottate a favore degli accusati. L'ammontare che è stato sottratto alla banca costituisce il danno da lei patito. La questione di sapere se poi la banca avrebbe dovuto riversare queste somme ai suoi clienti, in base a quanto era stato stabilito contrattualmente, non ne modifica le conclusioni. Le condizioni per l'amministrazione infedele sono dunque state realizzate.

Questa decisione permette due considerazioni. Innanzitutto, il Tribunale federale ha stabilito che la sola violazione di un obbligo contrattuale di restituzione, non costituisce ancora amministrazione infedele. Nel caso in esame, il Tribunale federale non ha però precisato in che modo la conclusione di contratti per l'acquisto di prodotti strutturati avrebbe danneggiato la banca.

Inoltre e per fare un paragone con la giurisprudenza del Tribunale federale riguardante la violazione dell'obbligo di restituire ai clienti le retrocessioni ricevute dal gestore patrimoniale nell'ambito del suo mandato, i giudici di Mon-Répos non si sono chiesti, se la violazione del dovere di rendiconto di cui all'art. 321 b del Codice delle obbligazioni, possa essere un elemento costitutivo dell'amministrazione infedele. In secondo luogo, il Tribunale federale non ha determinato se la banca o il cliente debba essere considerato quale beneficiario finale delle retrocessioni. I giudici losannesi hanno considerato che le retrocessioni avrebbero dovute essere in seguito riversate ai clienti da parte della banca. Di conseguenza, il loro credito verso la banca costituisce il danno da lei subito.

RETROCESSIONI E ASPETTI PENALI

Secondo un recente articolo apparso sul mensile «AJP/PJA» (Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle) del 4/2019 la pratica delle retrocessioni può essere costitutiva del reato di corruzione privata attiva o passiva quando queste non sono note al mandante.

(fonte: AJP 4/19, Avv.te Miriam Mazou e Emmeline Bonnard)

ASSISTENZA AMMINISTRATIVA IN MATERIA FISCALE: IL TRIBUNALE FEDERALE APPROVA LA PIU' GRANDE FISHING EXPEDITION AL MONDO - Avv. Luca Maria Beeler

Nel corso del mese di maggio del 2016, la Direzione generale delle finanze pubbliche francese ha inoltrato una domanda di assistenza amministrativa all'Amministrazione federale delle contribuzioni. Nella domanda di assistenza, la UBS era stata indicata quale detentrica di informazioni. Nel caso specifico, la Francia intendeva ottenere informazioni riguardanti un numero considerevole di persone, che presupponeva fossero stati suoi contribuenti.

La domanda riguardava il periodo dal 2010 al 2014 per l'imposta sul reddito e dal 2010 al 2015 per l'imposta sulla sostanza.

Tra il 2013 e il 2014, l'UBS è stata messa in stato di accusa in Francia per frode fiscale e riciclaggio di denaro aggravato. Nell'ambito dell'inchiesta penale, erano riusciti a ottenere dati di clienti presso una succursale UBS in Germania. In particolare, la Francia aveva ricevuto alcuni CD-ROM dalla Germania, contenenti una lista di 1130 conti con l'indicazione esatta di persone domiciliate in Francia e due liste con più di 45000 numeri di conti di titolari con domicilio in Francia.

Contrariamente alla prima lista, che conteneva le generalità dei titolari dei conti, la seconda non ne conteneva, ma riguardava il periodo di tempo durante il quale è stato accertato che UBS aveva fornito aiuto in maniera sistematica a clienti francesi, per sottrarre i loro beni al fisco francese. Questa pro-

cedura di accertamento ha permesso alla Francia di identificare circa 5000 conti figuranti nella seconda lista. La domanda di assistenza giudiziaria voleva però permettere di identificare gli altri titolari delle 40000 conti.

Nella procedura di assistenza sono sole le persone toccate dalla richiesta e non il detentore delle informazioni che possono partecipare alla procedura. Nella fattispecie è stata l'UBS che aveva fatto ricorso contro la domanda di assistenza.

La domanda di assistenza non era da considerarsi individuale ma collettiva, perché riguardava migliaia di persone e la Francia disponeva solo dei numeri di conti bancari. L'accordo sullo scambio automatico di informazioni nell'ambito della lotta contro la frode fiscale, prevedrebbe che le domande di assistenza riguardassero fatti avvenuti a partire del 1° febbraio 2013. Il Tribunale federale nella sua interpretazione ha però ritenuto che la richiesta francese possa essere estesa anche al periodo antecedente al 2013. La domanda di assistenza amministrativa da parte della Francia non è stata considerata una Fishing expedition, in quanto nella prima lista ottenuta dalla Germania, il 97% dei titolari dei conti erano contribuenti francesi. Inoltre, dall'esame di questi nominativi le autorità fiscali francesi hanno potuto appurare che metà di questi contribuenti non aveva dichiarato quei conti all'autorità fiscale francese. Si potrebbe dunque escludere che le altre 45000 persone titolare dei conti contenuti nelle altre liste avessero omesso di notificare i loro averi al fisco francese? Il Tribunale federale ha considerato che non sia possibile da escludere.

Le assicurazioni rilasciate dalle Autorità francesi secondo le quali, le informazioni che le verranno trasmesse da parte delle Autorità svizzere non verranno utilizzate nel procedimento penale aperto contro la UBS, sono state ritenute sufficienti, perché fosse garantito il rispetto del principio della specialità. Le Autorità francesi hanno poi espressamente dichiarato, che le informazioni ottenute nell'ambito di una domanda di assistenza riguardante una precisa persona, possano essere da loro utilizzate in un contesto fiscale di un'altra persona. Al momento però del deposito della domanda di assistenza, l'intenzione di un simile utilizzo non si era ancora concretizzato.

Infine, le Autorità francesi avrebbero soddisfatto anche alle esigenze del principio di sussidiarietà, avendo eseguito un confronto sul loro territorio tra le diverse fonti dei dati ottenuti, prima di inoltrare la domanda di assistenza. Queste dichiarazioni e modo di procedere, sono poi state ritenute sufficienti dal Tribunale federale, per accogliere la domanda di assistenza amministrativa in materia fiscale.

Se questo tipo di circostanze dovesse ispirare altri stati a noi vicino o più lontani e popolati come a esempio l'India, la Svizzera avrà la vocazione di diventare un formidabile agente fiscale sussidiario per funzionari stranieri zelanti pigri.

LE FONDAZIONI SENZA SCOPO DI LUCRO E LA CDB: QUALE INTERPRETAZIONE?

Avv. Luca Maria Beeler

Il 3 aprile 2020, l'ASB ha pubblicato nella sua circolare no. 8025 / Leading Cases della Commissione di sorveglianza sulla CDB, alcune considerazioni/decisioni in relazione all'apertura di conti da parte di fondazioni con scopi ideali o di utilità pubblica. La Commissione di sorveglianza ha precisato che, nella CDB 16 sarebbe richiesto l'utilizzo del formulario S per l'apertura di conti da parte di fondazioni con uno scopo ideale. Questa decisione ha sorpreso molto i praticanti del settore, perché non corrisponde né al testo, né allo spirito della CDB, né tantomeno alla prassi seguita. È importante dunque chinarsi su questi casi, poiché la CDB 20 e il Commentario riguardante la CDB 20 non hanno mutato le regole che riguardano l'apertura di conti da parte delle fondazioni con scopo ideale.

La Commissione di sorveglianza ha precisato di basarsi sul testo, la sistematica e la storia della CDB 16 e ha ritenuto che l'art. 40 CDB 16 si applicherebbe a tutte le fondazioni, indipendentemente dalla loro natura, adducendo che, detto articolo non prevedrebbe delle eccezioni. Infine, la Commissione ha citato il Commentario riguardante gli art. 40 e 41 CDB 16 e ne respinge l'applicazione, ritenendo apparentemente, che lo stesso sarebbe contrario al testo chiaro della CDB 16.

L'interpretazione della Commissione può essere criticata per le seguenti argomentazioni. Innanzitutto, essa cita in modo imperfetto l'art. 39 cpv. 4 lett. a CDB 16, che non tratta delle società di sede con scopo ideale, ma che precisa espressamente, che non sono considerate come società di sede, le società che perseguono lo scopo di salvaguardare, mediante una azione comune gli interessi dei propri membri o dei propri beneficiari collettivamente e con i propri mezzi, o che perseguono uno scopo ideale. In secondo luogo, essa misconosce che l'art. 40 CDB 16 e il formulario S si applicano solo alle

fondazioni che hanno lo statuto di società di sede (art. 40 cpv. 3 CDB 16).

La CDB 16 non conosce che due tipi di persone giuridiche: le società operative e quelle di sede. Ora, le fondazioni con scopo ideale non essendo società di sede (art. 39 cpv. 4 lett. a CDB 16), sono sottomesse al regime del capitolo 3 della CDB 16, in particolare l'art. 25 cpv. 1 CDB 16, che prevede che: "non sono tenute a presentare una dichiarazione circa i detentori del controllo, nella misura in cui esse perseguano unicamente i suddetti obiettivi e non presentino alcuna attinenza riconoscibile con paesi a rischio elevato." In pratica ciò significa che, per l'apertura di un conto da parte di una fondazione con scopo ideale, che persegue esclusivamente questo suo scopo e senza legami con paesi a rischio elevato, non è richiesto alcun tipo di formulario CDB. Nell'ipotesi invece che vi siano dei legami con paesi a rischio elevato, è necessario allestire il formulario K. Questo formulario designerà come detentore del controllo, chi ha la direzione operativa. Quanto precede, si applica mutatis mutandis alle associazioni e ai trusts che perseguono un fine ideale. In conclusione, non si può che dispiacersi per l'insicurezza giuridica e pratica provocata da questi Leading cases della Commissione. Da una parte, le banche si sentiranno ora obbligate a allestire il formulario S all'apertura di relazioni bancarie, con fondazioni che hanno uno scopo ideale, anche se questo formulario non è previsto per questi casi e non è per nulla pertinente, né adeguato (chi è il fondatore effettivo di una fondazione che fa capo regolarmente a donazioni di persone e società? Devono essere menzionate anche le autorità federali e cantonali di sorveglianza delle fondazioni come terzi al beneficio del potere di designare o di nominare dei rappresentanti della fondazione? Come indicare i dirigenti della fondazione? Dall'altra parte, l'art. 3 CDB 16, precisa che la ASB ha emanato un Commentario agli articoli della CDB, che deve essere tenuto in considerazione come materiale di riferimento ai fini della loro interpretazione. Come è dunque possibile, che la Commissione si sia arrogata il diritto esorbitante di ignorare questo Commentario redatto da parte degli autori della CDB, per spiegare e illustrare questa la loro decisione?

Per migliorare la comprensione delle regole della CDB, che sono diventate complesse con il passare degli anni (in seguito all'introduzione dell'obbligo di identificazione dei detentori del controllo su persone fisiche) e per anticipare una possibile evoluzione nell'identificazione dei detentori del controllo/aventi diritto economici di fondazioni con scopo ideale, in relazione, per esempio, con lo scambio automatico di informazioni, sarebbe più che opportuno riesaminare subito la formalizzazione degli obblighi di diligenza legati alle fondazioni (associazioni e trusts) con scopo ideale.

LEGGE FIDUCIARI: FINE CORSA?

Lic.rer.pol. Michel Veronese

Efficienza normativa e credibilità istituzionale dovrebbero di principio comportare l'abrogazione di ogni atto legislativo che abbia esaurito il proprio scopo. Come ad esempio la Legge sui fiduciari.

Questa norma è stata concepita a metà degli anni Ottanta, in piena espansione del terziario finanziario ticinese, come risposta all'ingestibile dilagare di comportamenti scriteriati nella gestione patrimoniale; una legge di polizia a tutela di un interesse pubblico ritenuto preponderante. Ha avuto un carattere pionieristico, seppure mai imitata in altri Cantoni, ed il merito di aver conseguito interessanti risultati soprattutto nel primo decennio.

Oggi quella situazione, per così dire di emergenza, non esiste più siccome il diritto federale in materia di servizi finanziari ha integrato tutte le attività fiduciarie in precedenza disciplinate dalla legge cantonale e nel contempo sul piano internazionale si è consolidato un efficace ambito normativo finalizzato alla lotta contro riciclaggio di denaro ed all'evasione fiscale che impone agli intermediari finanziari rigorosi requisiti professionali uniti ad eccellente reputazione ed attività irreprensibile.

Limiti della Lfid

Chi nel settore ha vissuto quegli anni ricorderà che alla base di numerose malversazioni, spesso di rilevanza penale, vi era, da una parte, le scarse competenze professionali e dall'altra, l'uso illecito di conti societari fuori bilancio, i cosiddetti "conti pool", strumenti che consentivano di privare i clienti di ogni potere di disposizione sui loro beni affidati in gestione.

Purtroppo, i limiti intrinseci a una norma di diritto cantonale non hanno consentito di arginare con la necessaria efficacia il dilagare di un malaffare che stava compromettendo seriamente la credibilità

della piazza finanziaria, ticinese e non solo. Il regime autorizzativo consentiva infatti una buona selezione professionale degli operatori ma la legge si rivelava impotente nel disciplinarne i comportamenti.

Il diritto federale

A porvi definitivamente rimedio ha provveduto, come detto, il legislatore federale. Primo intervento l'entrata in vigore della Legge federale sui fondi di investimento del 1994, il cui scopo era la tutela degli investitori, successivamente la Legge sulle Borse ed il commercio di valori mobiliari del 1995, la quale ha introdotto l'obbligo di autorizzazione per tutti gli intermediari finanziari che custodivano su loro conti valori mobiliari di terzi a scopo di investimento, ponendo così fine all'uso strumentale dei conti pool.

Ulteriore tassello la Legge contro il riciclaggio di denaro del 1997 che ha imposto ai fiduciari doveri e norme di comportamento con doppia finalità: prevenire e perseguire il riciclaggio e tutelare gli interessi della clientela.

Successivamente l'entrata in vigore della Legge sull'abilitazione dei revisori del 2005, cui ha fatto seguito quella sugli investimenti collettivi di capitale del 2006, la quale ha sottoposto ad autorizzazione FINMA coloro che gestiscono o distribuiscono fondi a investitori non qualificati.

Infine, la Legge sui servizi finanziari e la Legge sugli istituti finanziari, entrate in vigore quest'anno. In virtù di questa genesi normativa degli ultimi decenni appare del tutto evidente come oggigiorno interventi sussidiari dei Cantoni non trovino più alcuna giustificazione oggettiva. Per ragioni di diritto ma anche di opportunità.

LFid e diritto superiore

In occasione dell'ultima revisione della legge (2009) non erano ad esempio mancate obiezioni di costituzionalità. Si veda ad esempio il parere del Segretariato della Commissione della Concorrenza (COMCO) interpellato dalla Commissione della legislazione del Gran Consiglio. Era dubbia la costituzionalità fatto riferimento alla Legge sul mercato interno (LMI) del 1995 introdotta per garantire l'accesso libero ed indiscriminato al mercato al fine di poter esercitare un'attività lucrativa su tutto il territorio nazionale, ovvero l'abrogazione di ogni barriera cantonale. Ed in quella occasione era emersa la contraddizione per cui nell'esercizio delle loro attività professionali i fiduciari residenti in Ticino erano tenuti ad obblighi, oneri e restrizioni, non imponibili ai fiduciari provenienti da fuori Cantone. Contraddizioni che potrebbero essersi accentuate dopo l'entrata in vigore nel 2002 dell'Accordo bilaterale con l'Unione Europea sulla libera circolazione delle persone.

Ma l'ambiguità giuridica che contraddistingue questa legge non è passata inosservata nemmeno agli addetti ai lavori in Ticino. Nell'ambito della preliminare procedura di consultazione sul progetto di questa revisione sono emersi motivi di riflessione quanto a legalità e compatibilità con il diritto superiore, ad esempio dall'Ordine degli avvocati ticinesi, ovvero da coloro che di diritto se ne intendono. Analoghe e puntuali obiezioni, di diritto ma anche di opportunità, sono state espresse dall'Organismo di autodisciplina dei fiduciari del Cantone Ticino in materia di legge antiriciclaggio, il quale postula l'abrogazione tout court della LFid. Pure di rilievo e sicuramente di consistente peso contrattuale in quanto espressione di tutte le associazioni professionali del ramo, risulta la presa di posizione piuttosto critica della Federazione Ticinese delle Associazioni dei Fiduciari (FTAF). Evidenziata infine da più parti, politica compresa, la preoccupazione per l'effettivo rischio del ripetersi di un'esperienza giudicata poco edificante per l'immagine delle istituzioni quale è stato il percorso della Legge sulle imprese artigianali (LIA).

La vigilanza FINMA

A partire da gennaio 2020 i gestori patrimoniali, i trustee e seppur in misura più mite, anche i consulenti alla clientela, sono assoggettati alla vigilanza della FINMA. Sulla base degli ultimi dati dal Rendiconto del Consiglio di Stato, in Ticino dovrebbero essere poco meno di 500 persone.

Ai 376 fiduciari finanziari puri se ne dovrebbero aggiungere altri, ovvero coloro che dispongono di autorizzazioni multiple. Per costoro si potrebbe prospettare una situazione paradossale in quanto lo stesso fiduciario risulterebbe assoggettato a due autorità, quella federale per l'attività finanziaria, quella cantonale per l'attività di commercialista, rispettivamente immobiliare.

Situazione che però in concreto potrebbe non avverarsi tenuto conto della recente Ordinanza 6 no-

vembre 2019 del Consiglio Federale sui servizi finanziari in virtù della quale oggetto di controllo in base alla nuova legge sarebbe l'intera attività professionale dell'intermediario finanziario. Va inoltre tenuto conto che il commercialista e l'immobiliarista che operano con procura sulla base di un contratto di mandato fiduciario vero e proprio, quindi senza essere l'aveute diritto economico di un bene da loro amministrato, soggiacciono ad autorizzazione in virtù della legge federale contro il riciclaggio di denaro e la loro attività oggetto di regolari accertamenti da parte di revisori accreditati FINMA e di revisori abilitati ASR.

In questa categoria ricade la maggior parte dei commercialisti e degli immobiliaristi iscritti all'albo cantonale dei fiduciari. Ne sono esclusi coloro che si limitano alla tenuta di contabilità per terzi oppure all'intermediazione immobiliare, alla consulenza, fiscale, aziendale ecc.

Scartata di principio la possibilità di una doppia autorizzazione, federale e cantonale, per analoghe attività, si arriva, per eliminazione, alla conclusione che assoggettabili alla LFid, senza scontrarsi con il diritto superiore, rimarrebbero un insieme di prestazioni e servizi che per definizione non sono contratti di mandato fiduciario, richiamati Codice delle obbligazioni e relativa giurisprudenza.

Una legge fuori tempo

Ma anche l'opportunità di mantenere in vita questa legge nell'attuale contesto congiunturale meriterebbe qualche riflessione, tenuto conto che il settore dei servizi fiduciari da un po' di anni non cresce più ed all'orizzonte nessun elemento consente previsioni in controtendenza. Al riguardo i dati esposti nel Rendiconto del Consiglio di Stato sono piuttosto significativi: negli ultimi tre anni il numero di persone fisiche iscritte all'albo è aumentato di 7 unità (4 %), le autorizzazioni in essere sono aumentate di 2 unità (1%), il numero di autorizzazioni annuali rispetto al 2016 è crollato del 40%, tornando ai valori di una decina di anni prima. Una tendenza simile la evidenziano i dati dell'Organismo di autodisciplina dei fiduciari del Cantone Ticino (OADFCT) ove le affiliazioni obbligatorie sulla base della Legge contro il riciclaggio di denaro sono passate negli ultimi 5 anni da 498 a 334, ovvero un calo del 33%.

Si tratta di numeri che indicano una generale tendenza al ridimensionamento del settore che a mio avviso si accentuerà ora con l'entrata in vigore della legge su servizi e quella sugli istituti finanziari.

La mancanza di un interesse pubblico concreto, condiviso e meritevole di protezione, snatura ciò che resta della LFid a mero strumento corporativo. Il campo di applicazione si limiterebbe oggi ad un insieme di servizi e prestazioni che non comportano particolari rischi per la clientela, attività peraltro libere in tutti i Cantoni. Si fa ad esempio fatica a capire quale logica, se non protezionistica, giustifichi l'intervento cantonale per disciplinare l'intermediazione immobiliare, attività commerciale e non fiduciaria. Ma pure incomprensibile la fumosa distinzione introdotta all'art. 3 lett. d) per limitare il campo di attività del fiduciario commercialista in quanto non sarebbe in grado di occuparsi con la dovuta professionalità degli "aspetti pratici legati ad un immobile...", mansioni di esclusiva competenza del fiduciario immobiliare.

In conclusione, a chi scrive appare impossibile argomentare a favore del mantenimento di una norma che in riferimento all'attuale contesto congiunturale più che strumento a tutela della clientela e di promozione della qualità dei servizi fiduciari ticinesi appare profilarsi come l'ennesimo ed ingombrante inibitore di sviluppo e di crescita economica. Ovvero la risposta politica meno adeguata ai tempi che corrono.



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