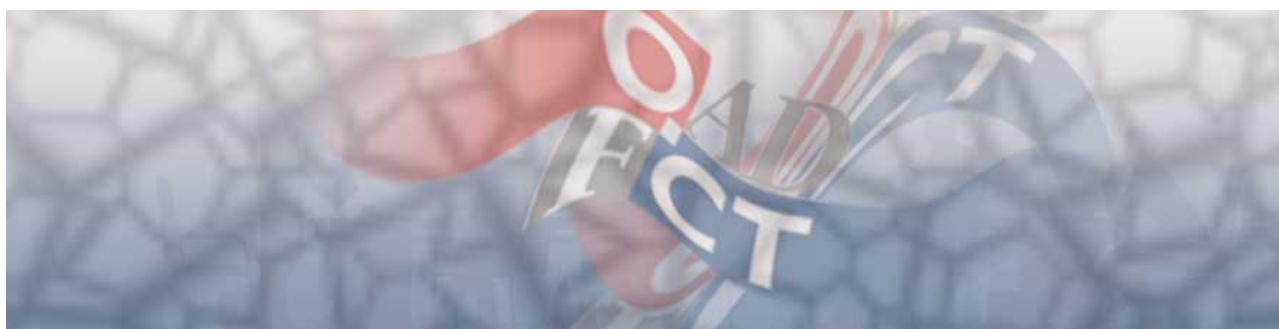


Wird diese Nachricht nicht richtig dargestellt, klicken Sie bitte [hier](#).



NEWSLETTER 2-2021

Editoriale

Gentili Signore, Egregi Signori,

un'altro anno ormai è quasi alle spalle. Un anno difficile sia per la situazione sanitaria che per la crisi nella quale l'economia è cominciata a scivolare. Siamo all'inizio di un altro periodo economico complicato che tutto lascia supporre durerà ancora per qualche anno.

L'OAD FCT in questo periodo è riuscito a gestire le proprie attività in maniera pressoché normale, la formazione si è tenuta in forma elettronica, i controlli presso i membri sono stati effettuati, il lavoro di supporto ai gestori patrimoniali e trustee per il passaggio alla nuova vigilanza è stato portato a termine. Da questo profilo è stato un anno soddisfacente e ricco di impegni e sfide che ci hanno occupato fino ad oggi.

Per quanto attiene alla formazione abbiamo deciso che anche per l'anno 2020/2021 (fino al 30.6.21) non verrà eseguito un controllo delle presenze che è però stato reintrodotta con i corsi autunnali 2021.

Nell'ambito dell'attività corrente abbiamo dovuto constatare il mancato recepimento

mento da parte di diversi intermediari finanziari che dal 1° gennaio 2020 le comunicazioni al MROS devono essere fatte solamente per il tramite della piattaforma informatica denominata GoAml. Rammentiamo inoltre che nell'ambito dell'esame delle comunicazioni effettuate, l'OAD FCT procede ad un esame formale e materiale delle stesse e verifica il rispetto delle procedure.

In particolare vi preghiamo di prendere nota che a monte di una comunicazione deve sempre esistere un chiarimento speciale. Tale documento va allegato alla comunicazione e assieme a questa viene inviato all'OAD FCT. Chi persisterà a non rispettare tale disposizione verrà in futuro sanzionato.

Cogliamo l'occasione per rammentarvi alcune scadenze imminenti che vi preghiamo di voler inserire nelle vostre agende:

- Con il 31.12.2021 decadranno in via definitiva le NCGP (Norme di Comportamento per i Gestori Patrimoniali).
- Con il 1.1.2022 tutti i gestori patrimoniali dovranno aver messo in pratica le disposizioni transitorie previste dalla LSerFi.
- Entro il 31.12.2022 tutti i Gestori Patrimoniali e i Trustee che intenderanno proseguire nella propria attività dovranno aver depositato la propria richiesta di autorizzazione presso la FINMA, ne consegue che una richiesta di assoggettamento ad un Organismo di Vigilanza dovrà essere depositata diversi mesi prima di tale data (la FINMA consiglia di farlo entro il 30.6.2022).
- Tutti coloro che intendono cessare l'attività soggetta alla nuova legge (LISFi) dovranno farlo entro il 31.12.2022 ed entro tale data dovranno pure provvedere a modificare il proprio nome (se contiene diciture legate all'attività di gestione o trustee) e scopo sociale.

Il Comitato Direttivo e il Segretariato sono come sempre a vostra disposizione per fornirvi tutte le delucidazioni che necessitate per la corretta gestione della vostra attività soggetta alla LRD.

OBBLIGO DI COLLABORARE E DIRITTO DI NON RISPONDERE

Di Avv. Luca Maria Beeler

Il diritto di non contribuire alla propria incriminazione, implica il diritto di potersi rifiutare di cooperare con una autorità europea di sorveglianza dei mercati finanziari? In una sentenza del 2 febbraio 2021, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) si è chinata su questa problematica, in relazione con il Regolamento no. 596/2014 riguardante gli abusi di mercato.

La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) ha inflitto una sanzione di EUR 50'000 a una persona fisica. In effetti, quest'ultima si era ri-

fiutata di rispondere a delle domande che le erano state rivolte dall'autorità. La Consob l'ha poi condannata a una multa di EUR 300'000 per Insider trading. La Corte costituzionale italiana, adita quale corte di cassazione, ha constatato che secondo l'art. 30cpv. 1 let. b del Regolamento riguardante gli abusi di mercato, l'autorità competente (nel caso la Consob) deve sanzionare tutte quelle persone che rifiutano di collaborare. Secondo la Corte costituzionale un tale obbligo sarebbe però difficilmente compatibile con il diritto di non rispondere e di non contribuire alla propria incriminazione (nemo tenetur se ipsum accusare). Essa si è quindi rivolta alla CGUE affinché questa problematica venga chiarita.

La CGUE ricorda che l'art. 47e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea corrisponde all'art. 6 CEDU. L'art. 6 CEDU (diritto a un processo equo) si applica, in particolare, nel caso di una "accusa in materia penale".

Secondo la giurisprudenza della CEDU, l'accusa in materia penale comprende non solo la procedura penale nel senso stretto, ma anche tutte le procedure amministrative che possano poi sfociare in una sanzione, che hanno una connotazione penale.

La CGUE ha notato come i poteri sanzionatori della CONSOB perseguono una finalità repressiva e costituiscono un grado di severità elevato (applicazione dei criteri detti "Engel"). Queste sue sanzioni sono dunque di natura penale. Di conseguenza, l'art. 6 CEDU trova applicazione nelle procedure davanti alla CONSOB.

Secondo la giurisprudenza della CEDU, il diritto di non contribuire alla propria incriminazione, che si deduce dall'art. 6 CEDU, è violato quando un sospettato viene minacciato di subire sanzioni penali, sia se non depone nella procedura aperta nei suoi confronti, sia quando fornisce le informazioni richieste, sia se viene punito per essersi rifiutato di rispondere.

La CGUE ritiene pertanto che, il diritto di non autoincriminarsi si oppone al fatto che una persona venga sanzionata, sulla base del Regolamento riguardante gli abusi di mercato, per il suo rifiuto di fornire all'autorità inquirente quelle risposte suscettibili di implicarlo di una infrazione punibile con sanzioni amministrative di carattere penale. Pertanto, la CONSOB non deve punire quelle persone che rifiutano di collaborare.

Quale sarebbe la soluzione **nel diritto svizzero**? Contrariamente alla CONSOB, la FINMA non può comminare delle multe. Essa può tuttavia ordinare diverse misure, quali il divieto di esercitare, di praticare e la pubblicazione delle sue decisioni. Il Tribunale federale ritiene che queste misure non costituiscono però sanzioni di natura penale, ai sensi dell'art. 6 CEDU (cfr. nota 2C 92/2019*, commentato in Villard, cdbf.ch/1111/). Poiché questa disposizione legale non si applica nei confronti delle misure della FINMA, l'amministrato non può invocare il principio "nemo tenetur" per rifiutare di collaborare.

Tuttavia, un problema si pone quando la FINMA informa l'autorità penale com-

petente, in virtù dell'art. 38 cpv. 3 LFINMA, delle infrazioni di cui è venuta a conoscenza. Una persona che viene accusata di manipolazione del mercato (atto illecito ai sensi dell'art. 143 LIMF), che collabora con la FINMA, potrebbe poi essere rimproverata di manipolazione dei corsi (infrazione penale secondo l'art. 155 LIMF).

Di conseguenza, la dottrina maggioritaria ritiene che, le informazioni ottenute dalla FINMA grazie all'obbligo di collaborare dell'amministrato, debbano essere dichiarate inutilizzabili nella procedura penale (cfr. nota CR CP II-Rutschmann/Lubishtani, art. 155 LIMF N 77). Una soluzione differente equivarrebbe a costringere una persona a autoincriminarsi di una infrazione penale, ciò che sarebbe incompatibile con l'art. 6 CEDU.

La CGUE approfitta di questa decisione per sottolineare che la giurisprudenza, riguardante il diritto a non contribuire alla propria incriminazione, si applica in maniera differenziata, se si tratta di una persona fisica o di una giuridica. Il Tribunale federale, criticato dalla dottrina maggioritaria, considera però che il principio "nemo tenetur" si applica in modo meno rigoroso per le persone giuridiche (cgr. La decisione 2C 342/2020, c. 2.3). Da parte sua, la CEDU non si è ancora pronunciata su questa problematica. Bisogna sperare che in un prossimo futuro la CEDU possa avere l'occasione di chiarire meglio questa fattispecie, riguardante il diritto a non autoincriminarsi, che fa parte del cuore della nozione di un processo equo, affinché venga applicato indistintamente sia alle persone fisiche che morali.

Fonte: Célian Hirsch, Centro di diritto bancario e finanziario dell'università di Ginevra, 18.02.2021

NOVITA' DAL GAFI

RAFFORZAMENTO DEGLI STANDARD GAFI SULLA TITOLARIETA' EFFETTIVA DELLE AZIONI - consultazione pubblica

La trasparenza sulla reale titolarità effettiva delle società è fondamentale per impedire ai criminali di nascondere le proprie attività e proventi illeciti dietro complesse strutture aziendali. Le società di facciata vengono utilizzate per nascondere le attività criminali alle forze dell'ordine, compresi i crimini ambientali e la corruzione. Il miglioramento della trasparenza della titolarità effettiva è nell'agenda del GAFI dal 2003, quando ha introdotto i primi standard globali in materia. Tuttavia, come dimostrato dalle valutazioni reciproche del GAFI e da importanti indagini, i paesi non stanno ancora facendo abbastanza per garantire che le informazioni sulla titolarità effettiva siano disponibili e aggiornate e per prevenire l'abuso delle strutture aziendali da parte dei criminali. I ministri del G7 hanno riconosciuto questo problema e hanno sottolineato l'efficacia dei registri della titolarità effettiva come strumento per affrontarlo, poiché hanno deciso di implementare e rafforzare i propri registri nazionali delle informazioni

sulla titolarità effettiva delle società. Il GAFI sta valutando emendamenti per rafforzare la Raccomandazione 24 sulla trasparenza e la titolarità effettiva delle persone giuridiche, compreso un approccio su più fronti per garantire che le informazioni sulla titolarità effettiva siano disponibili alle autorità competenti, nonché misure più rigorose per gestire i rischi delle persone giuridiche, e controlli più severi sulle azioni al portatore e sugli intestatari. Il GAFI ha pubblicato un libro bianco per la consultazione pubblica e ha accolto con favore il contributo delle parti interessate, comprese aziende e altre persone giuridiche, istituzioni finanziarie, imprese e professioni non finanziarie designate (DNFBP) e organizzazioni senza scopo di lucro. Il periodo di consultazione è scaduto il 27 agosto 2021. Il GAFI ha discusso i prossimi passi nella riunione plenaria di ottobre 2021. Vi terremo aggiornati.

FINANZIAMENTO DEL TERRORISMO A SFONDO ETNICO O RAZZIALE. IL GAFI HA FINALIZZATO IL RAPPORTO.

Sebbene la maggior parte degli attacchi ERW (terrorismo di estrema destra) siano stati effettuati da attori solitari autofinanziati, possono coinvolgere anche organizzazioni di piccole e medie dimensioni, nonché movimenti transnazionali di estrema destra. Gli attacchi di estrema destra sono aumentati negli ultimi anni, evidenziando la necessità di sensibilizzare su questo complesso fenomeno e sul suo finanziamento. Mentre i gruppi ERW ottengono finanziamenti da attività criminali, la maggior parte dei finanziamenti proviene da fonti legali, come donazioni, quote associative e attività commerciali. Il rapporto evidenzia le sfide nell'affrontare il finanziamento di ERW e prevenire gli attacchi. Queste sfide includono il modo in cui i paesi vedono la minaccia, che vanno dal terrorismo, alla violenza a sfondo razziale. Pochi paesi hanno designato i gruppi ERW come terroristi e ci sono differenze nei regimi legali dei paesi per affrontare l'attività ERW. I gruppi ERW stanno diventando sempre più sofisticati nel modo in cui si muovono e utilizzano i fondi e esistono crescenti legami transnazionali tra i gruppi. Il rapporto incoraggia i paesi a continuare a sviluppare la loro comprensione di questa attività criminale sempre più transnazionale, anche considerando il finanziamento del terrorismo a sfondo etnico o razziale (EoRMTF) nelle loro valutazioni nazionali del rischio. Incoraggia inoltre i partner pubblici, privati e internazionali a lavorare insieme per identificare le minacce e scambiare le migliori pratiche sulla lotta contro l'EoRMTF. Questo rapporto è stato pubblicato il 30 giugno.

RICICLAGGIO DI DENARO E REATI AMBIENTALI

Il crimine ambientale è un'impresa criminale significativa, che genera miliardi di profitti illeciti ogni anno. Ciò include attività minerarie illegali, disboscamento illegale e traffico di rifiuti e specie selvatiche. L'azione dei governi e del settore privato per identificare, indagare e perseguire il riciclaggio dei proventi di questi crimini è limitata. Di conseguenza i crimini ambientali sono diventati attività a "basso rischio, alta ricompensa" che forniscono una fonte di reddito sicura

per i criminali, causando danni devastanti all'ecosistema mondiale. Basandosi sul lavoro del GAFI sul commercio illegale di specie selvatiche, il GAFI ha finalizzato un rapporto che sensibilizza sulle dimensioni e sulle tecniche di riciclaggio di denaro dei crimini ambientali. Il rapporto evidenzia che i criminali utilizzano frequentemente frodi commerciali e società di facciata per riciclare i proventi dei crimini ambientali. Spesso raccolgono beni legali e illegali all'inizio della filiera di approvvigionamento per rendere più difficile rilevare flussi finanziari sospetti. Il rapporto sottolinea la necessità che le autorità antiriciclaggio collaborino con investigatori di crimini ambientali, agenzie ambientali e altri partner non tradizionali e controparti straniere. Questo rapporto è stato pubblicato il 28 giugno.

Fonte: www.gafi.org

RENDICONTO (ART. 400 CO): ESIGENZE QUALITATIVE E QUANTITATIVE DELLA RICHIESTA DI INFORMAZIONI

Di Avv. Luca Maria Beeler

Nella sentenza 4A 287/2020 del 24 marzo 2021, il Tribunale federale si è chinato a esaminare la problematica dell'esecuzione di una decisione riguardante il rendiconto e precisa che, le richieste di informazioni, devono essere precise, possibili e rientrare nella decisione di merito.

Una società e una banca erano legate da diverse relazioni bancarie e, in particolare, per l'acquisto e la vendita di opzioni, da un credito Lombard, che ha richiesto margini che sono poi stati contestati. Questa controversia ha già dato luogo a due sentenze pubblicate dal Tribunale federale (la ATF 139 III 49), commentata in cdbf.ch/861/, sulla portata della presentazione dei conti nei contratti complessi e, la ATF 143 III 420 sull'interpretazione delle sentenze del Tribunale federale.

La mandante aveva solo parzialmente vinto la causa nella sua richiesta di rendiconto e la banca, da parte sua, aveva dato seguito alla decisione solo in parte. La mandante ha dunque introdotto una azione in esecuzione, chiedendo:

1. un resoconto finale completo e documentato;
2. la lista delle posizioni detenute durante il periodo litigioso;
3. i documenti riguardanti la sua esposizione e i valori delle posizioni prese in considerazione; i coefficienti e il calcolo alla base dei richiami dei margini;
4. i processi verbali di alcune conversazioni telefoniche tra i collaboratori della banca;
5. una lettera che conferma l'eshaustività dei documenti prodotti.

Solamente il secondo punto è stato parzialmente accolto. La mandante ha così ricorso al Tribunale federale. Innanzitutto, il Tribunale federale ha ricordato le condizioni necessarie per una azione in esecuzione, che necessita di una sua decisione di esecutività sufficientemente chiara, affinché il giudice possa stabilire quale siano le obbligazioni che devono essere vincolanti. Ha inoltre precisato che, la mandante avrebbe dovuto indicare con precisione i documenti sui quali essa pretendeva di avere diritto. Ritorneremo su questo argomento.

Per quel che riguarda la prima richiesta di un resoconto completo, il Tribunale federale la respinge come ha fatto l'istanza inferiore, in quanto non sufficientemente precisa – non è infatti possibile controllare sulla base della sua formulazione, se le informazioni fornite corrispondono alla buona esecuzione del rendiconto e la mandante deve sopportare il peso dell'onere della prova nella procedura di inadempimento.

La seconda richiesta era già stata ammessa, ma era limitata ai documenti riguardanti il primo giudizio, senza che la portata dello stesso possa venire estesa. La terza richiesta riguarda dei documenti simili, che vengono rifiutati per la stessa ragione.

La censura riguardante il rifiuto di produrre il sistema di calcolo, che giustificerebbe il richiamo di margine, potrebbe essere fondata, poiché un simile documento – anche se interno – permetterebbe di comprendere l'attività del mandatario, ma il Tribunale federale ha ritenuto, che la mandante non abbia qui sufficientemente precisato la differenza tra i documenti richiesti e quelli effettivamente ricevuti. Inoltre, la produzione delle cifre sottostanti sembrerebbe impossibile e la loro mancanza non impedirebbe la comprensione dei documenti trasmessi.

Alcune trascrizioni delle conversazioni telefoniche non sono state consegnate, in quanto non è stato possibile determinarle. Tuttavia, questo non dà però il diritto di ottenere le informazioni sottostanti e i documenti a cui si riferiscono, che non sono previste nella decisione di esecuzione.

Infine, la lettera di conferma della esaustività dei documenti prodotti, non faceva parte della decisione e non può dunque essere richiesta.

In definitiva, i documenti richiesti dalla mandante, o sono già stati consegnati, o non erano previsti nella decisione di esecuzione, o si baserebbero su conclusioni troppo vaghe per essere accolte. Il ricorso deve dunque essere rigettato.

Se si chiedesse alla mandante quello che vorrebbe ottenere per il rendiconto, risponderebbe: "Tutto". Tutto ciò che le servirebbe per valutare la sua pretesa e le sue chances di successo; tutto ciò che le permetterebbe di comprendere lo svolgimento dei fatti, tutto ciò che accrescerebbe il suo margine di manovra

nella negoziazione, tutto ciò che proverebbe la sua potenziale pretesa.

L'azione prevista nell'art. 400 CO, offre in teoria al mandante, gli strumenti per soddisfare ai suoi bisogni. Il rendiconto è di volta in volta descritto in dottrina come debba essere "chiaro", "dettagliato", "veritiero", "completo" o "comprensibile". La scelta di questi aggettivi dimostra come il diritto materiale sia profondamente qualitativo.

Al contrario, il diritto procedurale e il diritto di esecuzione in particolare, è quantitativo. Se l'esecuzione richiesta non consiste in una somma di denaro o su una pretesa definibile, determinare se il debitore abbia correttamente adempiuto, o se l'esecuzione possa essere richiesta è una scommessa. La sentenza 4A_287/2020 ne è un buon esempio: addirittura le richieste di informazioni, che erano state ammesse, in fondo non erano necessariamente eseguibili, se esse non erano sufficientemente precise.

Il risultato, ossia se una pretesa è fondata ma ineseguibile, è deplorabile. Ma la decisione del Tribunale federale non è sbagliata per questo. Le esigenze del diritto materiale e procedurale si accumulano, ciò che gioca in sfavore del mandante.

Questo accumulo spiega pure il ricorso a altri strumenti: tentativi di azioni in protezione dei dati (recentemente bloccati dal Tribunale federale: 4A_277/2020), richieste basate sull'articolo 72 LSerFi o ricorso a denunce penali, sperando così di approfittare del potere più esteso del Ministero pubblico in materia.

Un suggerimento potrebbe essere quello di tentare un procedimento preliminare in un paese estero, dove la giurisprudenza sia più propizia nella raccolta delle prove, nell'indirizzarsi a un terzo (per es. un revisore) per ottenere informazioni, o tentare una nuova procedura, per testare la reazione del mandataro e raccogliere una prima serie di informazioni. Questa creatività non rimpiazzerà però una procedura più adatta al diritto sul mandato.

Fonte: Grégoire Geissbühler, Centro di diritto bancario e finanziario dell'università di Ginevra, 16/06/2021

CONDANNA DI UN COMPLIANCE OFFICER IN CASO DI VIOLAZIONE PER NEGLIGENZA DELL'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE

Di Avv. Luca Maria Beeler

In una sentenza dell'11 gennaio 2021, destinata alla pubblicazione, il Tribunale federale (TF) ha confermato la condanna del responsabile dell'unità di compliance per la Svizzera romanda di una banca, per avere violato negligenemente all'obbligo di comunicazione di un sospetto di riciclaggio di denaro (art.

Innanzitutto, questa persona che chiameremo con il nome di Arturo, è stata condannata penalmente dal Dipartimento federale delle finanze (DFF); in seguito, è poi stata assolta dalla Corte degli affari penali del Tribunale penale federale (TPF), prima di essere stata riconosciuta colpevole dalla Corte di Appello del TPF.

I fatti di questa fattispecie sono relativamente complessi, ma possono essere riassunti nel modo seguente. L'11 maggio 2011, Corinne ha aperto un conto presso una banca. Il giorno dopo, una società francese ha versato EUR 350'000.- su questo conto. Lo stesso giorno, Corinne si è presentata agli sportelli della banca per ritirare la somma di CHF 100'000.- in contanti e dando l'ordine di eseguire urgentemente diversi bonifici bancari, precisando che gli EUR 350'000.- costituivano un prestito destinato a liquidare i suoi affari in Svizzera.

Il prelevamento è stato rifiutato e la relazione bancaria è stata bloccata internamente dalla banca, in attesa dei chiarimenti di cui all'art. 6 cpv.2 LRD.

Il 13 maggio 2011, Corinne ha trasmesso alla banca diversi documenti, in particolare, una attestazione di prestito (che risulterà poi un falso). Lo stesso giorno, l'avvocato di Corinne è intervenuto presso la banca per chiedere la liberazione dei fondi.

Il 16 maggio 2011, il caso è stato poi sottoposto a Arturo. Dopo avere analizzato i documenti consegnati da Corinne, Arturo e Daniela, la compliance officer che aveva seguito la problematica fin dall'inizio, sono giunti alla conclusione che non sussistevano sufficienti indizi di riciclaggio di denaro.

Lo stesso giorno, Corinne ha poi chiesto la chiusura del conto e ha modificato le sue istruzioni per i bonifici, in favore di altre persone da quelle che aveva designato il 12 maggio 2011: ha in particolare ordinato un bonifico di CHF 270'000.- in favore di GG LTD su di un conto aperto presso la banca. Gli ordini sono poi stati eseguiti tra il 16 e il 18 maggio 2011 e il conto è stato chiuso in quella data, senza che il servizio compliance ne fosse stato informato.

Il 18 maggio 2011, il Ministero pubblico del cantone Friburgo (MP) ha aperto un procedimento penale nei confronti di Corinne. Il 20 maggio 2011, il MP ha sollecitato la banca a produrre i documenti riguardanti la relazione bancaria con Corinne e ha ordinato il sequestro del conto.

Arturo è stato informato della chiusura del conto, delle transazioni effettuate e degli ordini del MP il 23 maggio 2011.

Il 1 giugno 2011, il MP ha chiesto informazioni riguardanti i bonifici bancari eseguiti tra il 16 e il 18 maggio 2011. Il 3 giugno 2011, ha poi ordinato il sequestro dell'importo di CHF 270'000.- che è stato trasferito, in seguito all'ordi-

ne di Corinne, in favore di GG LTD. Il blocco del saldo rimanente di circa CHF 2'000.- sul conto della GG LTD è stato eseguito dalla banca il 6 giugno 2011.

Nessuna comunicazione era stata fatta al MROS.

Corinne è poi stata condannata per riciclaggio di denaro e falso nei titoli.

Per la medesima fattispecie, il MP ha aperto un procedimento penale contro la banca e due suoi collaboratori per riciclaggio di denaro commesso per omissione.

La Corte degli affari penali del TPF ha giudicato, che il servizio compliance aveva soddisfatto ai suoi obblighi di chiarimento e che gli elementi a disposizione di Arturo il 16 maggio, non erano sufficienti per far nascere l'obbligo di comunicazione al MROS. Invece, la Corte di Appello ha stabilito, che le spiegazioni fornite da Corinne non avevano permesso di dissipare i dubbi iniziali, in modo tale che, in base alla giurisprudenza attuale relativa all'interpretazione della nozione di sospetto fondato, una comunicazione al MROS era necessaria.

Nella sua decisione, il TF ha iniziato a esaminare se, tenendo conto delle critiche formulate della dottrina, sia giustificato modificare la sua giurisprudenza, secondo la quale, la decisione penale del DFF costituisca una interruzione della prescrizione: la sua risposta è stata negativa.

Per quel che concerne la nozione di "sospetto fondato", da cui scaturisce l'obbligo di comunicazione, il TF rigetta l'argomentazione di Arturo, che si basa sul principio della legalità e della non retroattività della legge penale. Se esso non nega che questo concetto è stato oggetto di una "interpretazione evolutiva", la nostra Massima Corte ha ritenuto che "le precisazioni apportate dalla giurisprudenza, con lo scopo di definire la nozione giuridica indeterminata di "sospetti fondati", possono ragionevolmente rientrare nel concetto originale dell'infrazione. L'idea che un sospetto non dissipato, in seguito alla procedura di chiarificazione, debba essere comunicato al MROS, era già presente nel messaggio del Consiglio federale del 1996. Questo concetto risulta pure nel rapporto annuale del MROS del 2007 e nella giurisprudenza -tuttavia civile - del TF nel 2008, entrambi anteriori all'infrazione rimproverata.

Se questi due documenti, a nostro parere, non dovrebbero essere determinanti per comprendere la nozione di sospetto fondato, come condizione fondamentale della punibilità secondo l'art. 37 LRD, ci sembra però corretto, che il concetto attuale non è contraddetto dal messaggio del Consiglio federale del 1996, né, oltretutto, dall'interpretazione letterale della legge. In effetti, l'approccio consistente nel ritenere, che quei sospetti che non vengono eliminati nell'ambito della procedura di chiarificazione, di cui all'art. 6 cpv. 2 LRD, siano da ritenersi fondati, non ci sembra che possa rappresentare una interpretazione troppo estensiva del testo della legge.

Il ragionamento del TF non ci sembra dunque che possa prestare il fianco a delle critiche.

D'altro canto, non ci meravigliamo, che i giudici di Mon Repos non si siano pronunciati sulla questione di sapere se, l'obbligo di comunicare non sia scaduto il 6 giugno 2011, ma il 20 maggio 2011, se si tiene conto del fatto che, diverse autorità penali hanno trattato la medesima fattispecie. Considerato, che sono state notificate diverse richieste di informazioni da parte delle autorità penali e un decreto di sequestro, ci si può anche legittimamente chiedere, se una comunicazione al MROS non avrebbe costituito, in quel momento, un doppione inutile.

Fonte: Katia Villard, Centro di Studi bancari e finanziari dell'università di Ginevra, 17.2.2021

ALCUNE INFORMAZIONI RISULTANTI DAL RAPPORTO 2020 DEL MROS

Il numero di comunicazioni è ulteriormente aumentato, il 25% in più rispetto all'anno precedente. Praticamente il 90% delle comunicazioni proviene dalle banche. Il reato a monte più frequente è la truffa, in ciò ha sicuramente contribuito la crisi legata al Covid che ha creato per i malintenzionati delle ottime occasioni di truffa.

Continua ad essere importante il numero di comunicazioni legate al diritto di comunicazione, infatti circa il 36% delle comunicazioni sono state effettuate secondo l'art. 305ter cpv. 2 del CP.

Nessuna comunicazione è stata effettuata dai commercianti (art. 9 cpv. 1bis LRD). Ciò fa naturalmente sorgere dei dubbi sulla reale efficacia di tale norma che non soggiace in pratica a nessun controllo.

Sono aumentate le comunicazioni in relazione a servizi finanziari legati alle criptovalute, mentre sono calate quelle legate ai grossi scandali di corruzione internazionali (Petrobras, 1MDB, etc.).

Un numero importante di comunicazioni è legato alla sorveglianza continua delle relazioni d'affari e delle transazioni. Notizie sulla stampa e monitoraggio dei movimenti sono i motivi principali alla base delle comunicazioni.

Il MROS deplora una carente qualità delle comunicazioni effettuate e della documentazione annessa alla comunicazione. Si rammenta a tal proposito che per il MROS una comunicazione giudicata incompleta equivale ad una comunicazione non effettuata. Anche i termini di risposta obbligatori – seppur difficilmente rispettati dal MROS - in ambito di obbligo di comunicazio-

ne cominciano a decorrere unicamente quando il MROS ritiene la comunicazione sufficientemente completa.

È stata spesso rilevata la mancanza dei necessari chiarimenti speciali (art. 6 LRD). Si rammenta a tal proposito che l'allestimento di un chiarimento speciale è alla base di ogni e qualsiasi comunicazione. Unicamente utilizzando lo strumento del chiarimento speciale un intermediario finanziario può valutare se si trova in presenza di una fattispecie che fa scattare un obbligo (o da un diritto) di comunicazione. La FINMA da alcuni anni richiede agli OAD di verificare presso gli affiliati che hanno effettuato delle comunicazioni se le disposizioni circa l'obbligo di chiarimento speciale sono state rispettate e se il loro eventuale mancato rispetto può avere portato ad una mancata comunicazione o ad un ritardo nell'effettuare la comunicazione.

A discolpa degli intermediari finanziari va detto che negli anni si è assistito, anche a seguito delle varie sentenze del TF, ad un inasprimento delle sanzioni legate a violazioni (o ritardi) dell'obbligo di comunicazione. Questa spada di damocle che può mettere in pericolo l'attività dell'intermediario finanziario (o del funzionario incaricato delle comunicazioni in un grosso istituto) ha spinto gli intermediari finanziari ad effettuare un maggior numero di comunicazioni per tutelarsi di fronte a eventuali responsabilità legate all'omissione o al ritardo della comunicazione. Rammentiamo che una violazione dell'obbligo di comunicazione viene perseguita dal Dipartimento Federale delle Finanze secondo il diritto penale amministrativo federale ed una condanna in tale ambito può portare a perdere il requisito di buona reputazione e attività irreprensibile, necessario alla svolgimento della professione.

I seguenti aspetti possono essere citati quali motivi di comunicazioni che possono essere oggetto di critica da parte del MROS:

- L'approccio fondato sul rischio definito dall'IF.
- Il fatto che un semplice dubbio non sia stato del tutto chiarito e che resti una sorta di malessere può spingere un IF ad effettuare una comunicazione (magari avvalendosi del diritto di comunicazione).
- La mancata segnalazione di operazioni sospette può essere dovuta anche alla complessità del caso che necessita di approfonditi chiarimenti. Si può avere la – ragionevole – tendenza ad effettuare una comunicazione più generica integrandola poi dei risultati delle ricerche effettuate.

Risulta altresì poco comprensibile, per chi vi scrive, questo atteggiamento del MROS che critica la qualità delle comunicazioni quando è il Tribunale Federale a spingere nelle sue varie sentenze ad un maggior ricorso a questo istituto.

Nel suo rapporto il MROS ritorna anche sull'obbligo di comunicazione nel caso in cui il cliente di un intermediario finanziario sia oggetto di una rogatoria internazionale o di un ordine di sequestro della magistratura elvetica. Il MROS ricorda che se nell'ambito della relazione con quel cliente emergono, dopo aver effettuato un chiarimento speciale ex art. 6 cpv. 2 lett. b) LRD, dei so-

spetti legati ad altre relazioni d'affari non contemplate dalla rogatoria o dall'ordine di sequestro ne deriva un obbligo di comunicazione. La medesima diligenza ed obbligo risulta essere applicabile a singole transazioni che sono al di fuori del periodo oggetto del sequestro.

In pratica ciò significa che nel caso in cui si riceva una rogatoria o un ordine di sequestro risultano necessarie verifiche interne atte a identificare eventuali altre relazioni o transazioni che coinvolgono la o le persone oggetto della rogatoria/sequestro. Tali verifiche vanno debitamente documentate. Se per un intermediario finanziario parabancario, come ad esempio gli affiliati ad un OAD, questo potrebbe essere un passo semplice – sia per il numero ridotto di relazioni che per la conoscenza del cliente – diverso è il caso per gli istituti bancari e anche per gli uffici cambio che hanno migliaia di clienti con migliaia (quando non milioni) di relazioni e transazioni.

Il MROS, dal primo luglio 2021, in applicazione all'art. 11a cpv. 2 LRD può rivolgersi direttamente ad un intermediario finanziario chiedendo informazioni e/o documenti su di un determinato cliente o relazioni d'affari e questo lo può fare senza indicare i motivi della sua richiesta. A monte della richiesta può anche non esistere una comunicazione. È infatti sufficiente una segnalazione giunta da un omologo del MROS di un altro Paese.

Nel rapporto 2020 il MROS illustra alcune casistiche relative alle comunicazioni ricevute, si tratta in particolare di:

- Utilizzo indebito di un credito COVID da parte di una società controllata da un membro di una organizzazione criminale;
- Transazioni per contanti legate a persone appartenenti ad una organizzazione criminale (richiesta di carte di credito per due persone sospettate di appartenere alla 'Ndrangheta intestate ad una Gelateria che si è poi scoperto non svolgere nessuna attività)
- Attività di criptovalute per il tramite di Crypto ATM (bancomat per le criptovalute) per il finanziamento del terrorismo
- Attività di smurfing (spezzetamento di somme provenienti da attività criminale in importi sotto la soglia di identificazione e/o di chiarimento speciale) nel settore a luci rosse legati al traffico di esseri umani. Istituzione di una finta borsa svizzera di criptovalute

Fonti: Rapporto del MROS 2020 e Articolo di Natacha Polli del 7.6.2021 apparso sul sito del Centro di diritto bancario e finanziario dell'università di Ginevra

Rammentiamo ai nostri affiliati attivi quali Trustee e Gestori Patrimoniali che sono ancora disponibili ed in vendita i modelli di documenti da personalizzare per procedere all'assoggettamento ad un Organismo di Vigilanza e richiedere l'autorizzazione alla FINMA.

Il costo dell'intero set è di 3'000 franchi + IVA (set composto da una ventina di modelli). Per i Trustee è indispensabile solo il set LISFI che viene venduto alla cifra di 2'000 franchi + IVA.

Le ordinazioni possono essere fatte all'e-mail del segretariato che trovate in calce alla presente newsletter.



Casella Postale 6164
6901 Lugano
091 - 924 98 53

segretariato@oadfct.ch

www.oadfct.ch