

All'attenzione di tutti gli intermediari affiliati
All'OAD FSA/FSN

Bollettino informativo 2/2018

dicembre 2018

-
1. **Revisione della LRD**
 2. **LIFin e LSF: le Ordinanze**
 3. **Lotta al terrorismo**
 4. **Adeguamento del concetto di approccio fondato sul rischio**
 5. **Giurisprudenza recente relativa alla distinzione fra attività tipica coperta dal segreto professionale e attività che ne esula**
 6. **Giurisprudenza recente relativa alla fine dell'obbligo di comunicazione**
 7. **Rapporto annuale 2018: data di consegna 31 gennaio 2019**
 8. **Seminari 2019**
 9. **Contributo dei membri 2019**
 10. **Nuovo sistema di comunicazione elettronica MROS**
 11. **Raccomandazioni del Forum mondiale**

Care Colleghe, cari Colleghi,
Gentili Signore, egregi Signori,

1. Revisione della LRD

Come annunciato nel Bollettino informativo 1/2018, lo scorso mese di settembre l'OAD ha preso posizione nell'ambito della procedura di consultazione relativa all'avamprogetto di modifica della LRD. La versione integrale di questa presa di posizione è riportata nella Revue de l'Avocat 10/2018, pag. 417 e seg.

In sintesi, si rammenta che l'OAD si oppone all'estensione della LRD ai «**consulenti**», estensione che **non è necessaria** in considerazione del fatto che gli avvocati, come ogni altro individuo, sono assoggettati all'art. 305^{bis} CP e sono così in tutta evidenza dissuasi dal prender parte a un'infrazione penale, sia quali complici, sia quali autori di un riciclaggio di denaro. Inoltre, la modifica contenuta nell'avamprogetto **nuocerebbe alla sistematica**, e dunque all'efficacia della LRD, focalizzata sull'attività di intermediario finanziario. D'altro canto, l'avamprogetto va oltre quanto richiesto dalle

Raccomandazioni 22 e 23 del GAFI. Per quanto riguarda il **campo** materiale d'applicazione della LRD, lo stesso diventa impreciso, assurgendo a fonte d'incertezza giuridica. Infine, il segreto professionale, così come definito agli articoli 321 CP e 13 LLCA e dalla giurisprudenza del Tribunale Federale, sarebbe fortemente ridotto in ragione dell'obbligo che verrebbe imposto ai consulenti di assoggettarsi a una **revisione annuale** da parte di un istituto di revisione abilitato a denunciare al DFF i casi in cui, secondo il suo apprezzamento, il mandato di consulenza non avrebbe dovuto essere concluso fin dall'inizio o avrebbe dovuto essere successivamente rimesso in considerazione dei dubbi di riciclaggio di denaro.

L'OAD si esprime su altri argomenti coperti dall'avamprogetto, fra cui quello della legittimità di **mantenere il requisito di un sospetto fondato** affinché debba essere effettuata una comunicazione all'Ufficio di comunicazione (MROS) e di mantenere il **diritto di comunicare** (che l'avamprogetto auspicherebbe sopprimere) qualora l'intensità dei dubbi è meno forte. L'OAD si oppone altresì alla soppressione del termine di 20 giorni imposto all'Ufficio di comunicazione per l'analisi delle comunicazioni e la selezione di quelle da trasmettere all'autorità di perseguimento penale competente.

Anche la FSA ha preso posizione, sottolineando il grave pericolo a cui il segreto professionale sarebbe esposto in caso di adozione dell'avamprogetto, e ciò senza che l'efficacia reale della LRD e la posizione della Svizzera nei confronti del GAFI ne traggano un miglioramento (Revue de l'Avocat 10/2018, pag. 414 e seg.).

Due articoli su queste tematiche sono stati parimenti pubblicati nella Revue de l'Avocat 9/2018, pag. 367 e seg. (Peter Lutz e Martin Kern) e pag. 373 e seg. (Didier de Montmollin e Miguel Oural).

Il DFF (SFI) sta attualmente preparando la sua sintesi delle prese di posizione ricevute, in vista dell'emanazione del Messaggio del Consiglio federale, prevista per il primo semestre 2019. I dibattiti parlamentari dovrebbero seguire nel corso del secondo semestre 2019, essendo intenzione della SFI che il GAFI possa valutare le modifiche legislative apportate alla LRD nel febbraio 2020 e la loro effettività nel corso del 2021.

2. LIFin e LSF: le Ordinanze

In conformità all'agenda prevista (cfr. bollettino informativo 1/2018), il Consiglio federale ha aperto, il 24 ottobre 2018, la procedura di consultazione concernente le Ordinanze relative alla LIFin e alla LSF. Le Ordinanze previste sono tre.

(<https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/comunicati-stampa.msg-id-72655.html><https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/comunicati-stampa.msg-id-72655.html>)

La **prima** è l'Ordinanza sui servizi finanziari (OSerFi). Essa determina le esigenze che reggono la fornitura fedele, diligente e trasparente di servizi finanziari e l'offerta di valori mobiliari e di altri strumenti finanziari.

La **seconda** è l'Ordinanza sugli istituti finanziari (OIsFi). Essa disciplina le condizioni d'autorizzazione degli istituti finanziari, gli obblighi degli istituti finanziari e la loro sorveglianza.

La **terza** è l'Ordinanza sugli organismi di vigilanza, nell'ambito della vigilanza sui mercati finanziari (OOV).

L'OAD e la FSA prenderanno posizione al riguardo dei tre progetti summenzionati entro il termine impartito, ossia il 6 febbraio 2019, ritenuto che le Ordinanze devono entrare in vigore contestualmente alla LSF e alla LIFin, il 1° gennaio 2020.

Dal momento che determinati avvocati (o notai) affiliati all'OAD FSA/FSN esercitano la funzione di **trustee**, un'attenzione particolare dovrà essere rivolta a tale funzione, espressamente focalizzata dalla LIFin e dalla OIsFi. Non è d'altro canto escluso che certi avvocati membri dell'OAD FSA/FSN ricadano, in considerazione della loro attività, nel campo d'applicazione materiale della LIFin e della LSF in veste di **gestori patrimoniali**.

Si rammenta in questa sede che *«per trustee si intende» chiunque, a titolo professionale, gestisce un patrimonio distinto o ne dispone a favore di un beneficiario o a uno scopo determinato, sulla base dell'atto costitutivo di un trust ai sensi della convenzione del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento» (art. 17 cpv. 2 LIFin).*

«Per gestore patrimoniale si intende chiunque, a nome e per conto dei clienti, gestisce su mandato e a titolo professionale i loro valori patrimoniali ai sensi dell'art. 3 lett. c cifra 1-4 LSF». Sono in tal modo interessati i servizi finanziari seguenti: l'acquisizione o l'alienazione di strumenti finanziari, la ricezione e la trasmissione di ordini vertenti su strumenti finanziari, la gestione di strumenti finanziari (gestione patrimoniale) e l'emissione di raccomandazioni personalizzate concernenti operazioni su strumenti finanziari (consulenza agli investimenti).

In definitiva, incomberà alla FSA (e alla FSN) di decidere se intendono **creare un organismo di vigilanza** che sarebbe competente, nell'ottica della LIFin e della LSF, ma anche in quella della LRD, per adempiere ai compiti previsti per tali organismi **e in quando OAD ai sensi della LRD**. Visto l'esiguo numero di affiliati interessati, una simile creazione è poco probabile.

In alternativa, una collaborazione istituzionalizzata potrebbe essere trovata fra l'OAD FSA/FSN e uno o più organismi di vigilanza creati da entità / organizzazioni terze. Una collaborazione del genere sarebbe senz'altro apprezzata, in particolare dagli affiliati all'OAD che intendono rimanere tali nonostante esercitino la funzione di trustee in determinati mandati LRD. Essi potrebbero allora, per questi mandati «trustee», creare una società di trustee che, in quanto stabilimento finanziario ai sensi dell'art. 2 lett. b LIFin, sarebbe assoggettata a un organismo di vigilanza e posta al beneficio di un'autorizzazione da parte della FINMA (art. 5 cpv. 1 e 2 LIFin). In una configurazione del genere, la vigilanza LRD incomberebbe d'ora in poi all'organismo di vigilanza per i

dossier gestiti dalla società di trustee, mentre gli altri dossier LRD rimarrebbero sotto l'esclusiva vigilanza dell'OAD FSA/FSN.

Per quanto concerne la grande maggioranza di affiliati all'OAD FSA/FSN, che non sono attivi come trustee o come gestori patrimoniali, essi rimarranno assoggettati unicamente alla LRD e la loro affiliazione all'OAD FSA/FSN non sarà suscettibile di essere rimessa in discussione.

Vi terremo ovviamente informati sul prosieguo.

3. Lotta al terrorismo

In data 14 settembre 2018, il Consiglio federale ha approvato il Messaggio relativo al progetto di legge finalizzato a rafforzare le possibilità di perseguire gli atti terroristici. (<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/it/home/aktuell/news/2018/2018-09-14.html>) Si tratta di adattamenti mirati del diritto svizzero, segnatamente del codice penale.

In particolare, la norma penale contro le organizzazioni criminali (art. 260^{ter} CP) è esplicitamente estesa alle organizzazioni terroristiche e la formulazione di questa disposizione è stata rivista. Riguardo alla pena massima, la stessa passa da 5 a 20 anni.

D'altro canto, è previsto che l'Ufficio di comunicazione MROS possa trattare le comunicazioni vertenti su sospetti in provenienza dall'estero anche in assenza di una comunicazione a livello interno svizzero.

4. Adeguamento del concetto di approccio fondato sul rischio

Onde giungere a una migliore allocazione delle risorse nel processo di vigilanza, secondo un approccio sul rischio rafforzato, l'OAD FSA/FSN ha apportato gli adeguamenti necessari al suo concetto di analisi dei rischi. Quest'ultimo risponde parimenti ai requisiti posti dall'autorità di vigilanza (FINMA). Ciò che è essenziale per gli intermediari finanziari è il fatto che i dati finora raccolti diverranno più numerosi. Si tratta in primo luogo di rafforzare l'analisi dei rischi inerenti all'attività degli intermediari finanziari. Stando così le cose, l'OAD ha deciso di aggiungere al rapporto annuale (cfr. 7) un certo numero di domande concernenti l'attuazione dell'attività dei membri affiliati. Vi preghiamo di voler compilare accuratamente e in modo completo il rapporto annuale. L'OAD vi ringrazia sin d'ora.

5. Giurisprudenza recente relativa alla distinzione fra attività tipica coperta dal segreto professionale e attività che ne esula

In una sentenza del 28 settembre 2018 ([1B_264/2018](#)), il Tribunale federale è ritornato sulla problematica dei **mandati misti**, vale a dire dei mandati che, per certi aspetti, sono coperti dal segreto professionale e che, per altri aspetti, non lo sono. Esso ha in particolare osservato che *«il criterio decisivo per sapere quale tipo di attività è stato esercitato consiste nel determinare quali elementi – commerciali o scaturenti specificatamente da un'attività d'avvocato – predominano nell'ambito delle prestazioni in*

esame. ... Nel caso dei mandati problematici, in particolare misti o globali – per esempio quando i servizi scaturenti dall'attività tipica o accessoria si intrecciano gli uni con gli altri – l'avvocato non può prevalersi in modo generale e senza operare distinzioni del suo segreto professionale; per delimitare quali fatti o documenti beneficiano di questa protezione, occorre riferirsi all'insieme delle circostanze concrete del caso in esame Nel caso specifico, l'autorità inferiore ha qualificato come atipica l'attività di consulenza esercitata in vista della costituzione di una società. Questo apprezzamento non può essere condiviso. Difatti, i consigli rilasciati in vista della scelta di una forma giuridica e/o del luogo della sede della predetta rientrano inequivocabilmente nell'attività tipica di un avvocato. ... Infine, il fatto che l'avvocato in esame – oppure il suo studio – si faccia carico in seguito di mettere in atto la soluzione scelta dal mandante non è sufficiente per negare ogni protezione all'antecedente fase di consulenza. Ciò vale a maggior ragione poiché non appare impossibile, in particolare sul piano cronologico, delimitare i documenti connessi a questa prima tappa. Trattandosi in seguito di passi legati alla costituzione propriamente detta delle società, i documenti ivi relativi non potrebbero per contro beneficiare della protezione del segreto professionale dell'avvocato. Questa constatazione scaturisce in particolare dal fatto che i documenti connessi alla costituzione di una società non sono generalmente votati a rimanere nelle mani dell'avvocato e/o del suo cliente, ma ad essere trasmessi ai servizi amministrativi del luogo d'ubicazione scelto per la sede dell'entità da creare, rispettivamente tali da consentire di dimostrarne in seguito l'esistenza ».

La sentenza summenzionata costituisce un gradito promemoria riguardo all'utilità di prevedere una classificazione differenziata dei documenti assoggettati al segreto professionali e di quelli che non vi sono assoggettati.

6. Giurisprudenza recente relativa alla fine dell'obbligo di comunicazione

Nella sua sentenza del 7 agosto 2018 ([6B_1453/2017](#)), il Tribunale federale ha avuto l'occasione di tornare ad occuparsi della questione volta a sapere quando finisce l'obbligo di comunicazione ai sensi dell'art. 9 LRD. In breve, «*il principio fondamentale applicabile in materia, secondo cui l'obbligo di comunicazione perdura finché i valori patrimoniali possono essere scoperti e confiscati, (deve far) fa sussistere tale obbligo fino a quando le autorità penali (non) hanno conoscenza della sorte dei valori che possono essere legati al riciclaggio di denaro, o fintanto che essi (possono) ancora sfuggirgli. Peraltro, una soluzione del genere si giustifica dal momento che l'obbligo di comunicazione ... è in definitiva finalizzato a consentire la scoperta e la confisca dei valori interessati. »*

7. Rapporto annuale 2018: data di consegna 31 gennaio 2019

Il **formulario** è a vostra disposizione sul sito www.oar-fsa-fsn.ch. Vi ringraziamo per volerlo compilare integralmente e inviarlo al Segretariato, munito della vostra firma, al più tardi entro il 31 gennaio 2019.

Vi troverete parimenti un elenco dei 'paesi a rischio' che fa riferimento a organizzazioni terze. A titolo di promemoria, vi rendiamo attenti sul fatto che le valutazioni dei rischi rimangono assoggettate alle condizioni dei regolamenti interni degli intermediari finanziari e che sussiste sempre la riserva dell'apprezzamento soggettivo e individuale.

La FINMA raccoglie informazioni connesse al numero di persone potenzialmente interessate dalla LSF-LIFin. Vi preghiamo di voler compilare il **questionario** allegato e ritornarcelo, al più tardi entro il 31 gennaio 2019, unitamente al rapporto annuale 2018.

8. Seminari 2019

Le date vi sono già state indicate nel Bollettino informativo 1/2018. Vi ringraziamo per volervi iscrivere nella misura in cui ne siete interessati. (www.oar-fsa-fsn.ch>seminari)

9. Contributo dei membri 2019

Dopo svariati anni senza cambiamenti, dal 1° gennaio 2019 i contributi annuali per i membri dell'OAD FSA/FSN saranno di CHF 1'000. Questo lieve aumento è il corollario allo sviluppo corrente della regolamentazione nel settore della vigilanza e dei costi che ne conseguono.

10. Nuovo sistema di comunicazione elettronica MROS

Secondo le ultime informazioni ricevute dall'Ufficio di comunicazione MROS, il sistema elettronico dovrebbe essere operativo dal 1° luglio 2019. Un periodo transitorio è previsto fino al 30 giugno 2020. Per i dettagli vi rinviamo al sito del MROS <https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/it/home/kriminalitaet/geldwaescherei/meldung.html>.

1. Raccomandazioni del Forum mondiale

Il Consiglio federale ha adottato il 21 novembre 2018 il Messaggio sull'attuazione delle raccomandazioni del Forum mondiale, emanate nel rapporto d'esame della fase 2 della Svizzera. In virtù di questo progetto di legge, d'ora in poi le azioni al portatore saranno autorizzate solo se la società ha dei titoli di partecipazione quotati in borsa, oppure se le azioni al portatore sono emesse sotto forma di titoli intermediati. Per contro, d'ora in poi, un inadempimento dell'obbligo di annunciare gli aventi diritto economico sarà sanzionabile. Altre modifiche riguardano lo scambio di informazioni. Il Parlamento dovrebbe iniziare a esaminare il progetto di legge nella sua sessione primaverile 2019. Per maggiori informazioni, vi rinviamo al sito

https://www.efd.admin.ch/efd/it/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-73051.html

Restiamo volentieri a disposizione per rispondere alle vostre eventuali domande.

Didier de Montmollin, responsabile dell'informazione OAD FSA/FSN

Segretariato generale, Marktgasse 4, 3011 Berna, info@swisslawyers.com, tel.: 031 313 06 00

Tedesco: Christian Lippuner, lippuner@advolippuner.ch, tel.: 071 227 11 30

Francese: Didier de Montmollin, didier.demontmollin@dgepartners.com, tel.: 022 761 66 66

Italiano: Pietro Crespi, pietro.crespi@crespi.ch, tel.: 091 825 15 52

Disclaimer. L'OAD FSA/FSN si riserva la libertà di informare su temi scelti, senza alcuna pretesa di esaustività. Oltre ai seminari e ai bollettini informativi, gli affiliati sono responsabili di mettere in atto tutte le misure necessarie al fine di disporre delle informazioni necessarie alla buona conduzione delle proprie attività sottoposte alla LRD. Si ricorda in particolare l'utilità di abbonarsi alle newsletters delle autorità competenti in materia, in particolare del DFF, della FINMA, della SECO e del MROS.