

M E M O R A N D U M
riguardante la prassi giudiziaria ticinese
relativa all'esercizio abusivo dell'attività di fiduciario

I. SENTENZA DATATA 30 LUGLIO 2003 DELLA CORTE DI CASSAZIONE TICINESE DI CONFERMA DELLA PRIMA CONDANNA PER ESERCIZIO ABUSIVO DELL'ATTIVITÀ DI FIDUCIARIO

1. Confermata la competenza del Ministero Pubblico del Cantone Ticino a procedere d'ufficio senza stare ad attendere una denuncia da parte del Dipartimento delle Istituzioni (cons. 3, pag. 3-6).
2. E' stato interpretato il concetto di "*caso grave*" ai sensi dell'art. 19 cpv. 5 della Legge cantonale sui fiduciari: non soltanto l'aspetto soggettivo bensì anche quello oggettivo, ossia l'entità del volume di averi patrimoniali gestiti nonché il numero dei clienti ed il reddito conseguito. Non è necessario un danno effettivo al cliente, bastando una messa in pericolo astratta: "*più capitali gestisce o amministra un fiduciario sprovvisto di autorizzazione, più rischi per il pubblico l'infrazione comporta*" (cons. 4, pag. 6-9).
3. Dal punto di vista della competenza territoriale "*decisivo è sapere se il ricorrente ha esercitato come fiduciario nel Ticino*". A nulla rileva la sede della sua ditta, il suo domicilio, la cittadinanza o la residenza dei clienti, il luogo in cui i clienti avevano depositato i loro averi, il Cantone in cui sono conservati gli atti della gestione fiduciaria e via di seguito (cons. 4, lett. e; pag. 9).
4. Benché la sentenza di cassazione possa ancora essere impugnata davanti al Tribunale Federale, essa costituisce un avvertimento sufficientemente chiaro riguardo ai gestori di patrimonio che sono privi dell'autorizzazione cantonale:

incombe a loro carico il rischio di un procedimento penale aperto d'ufficio da parte del Ministero Pubblico del Cantone Ticino.

5. In generale, quando i clienti che si ritengono danneggiati a causa di reati patrimoniali presentano denuncia contro un gestore di patrimonio, il Ministero Pubblico ticinese apre d'ufficio un procedimento non appena abbia accertato che il gestore patrimoniale denunciato non era titolare della licenza. Ciò ha per effetto l'acquisizione di documenti e di informazioni presso le banche interessate che riguardano tutti i clienti il cui patrimonio è stato affidato al gestore privo di autorizzazione, e ciò allo scopo di determinare il volume patrimoniale amministrato nonché l'entità dei guadagni ed in particolare delle commissioni e dei ristorni su commissioni percepiti da parte del gestore di patrimonio.
6. Probabilmente, la sentenza suddetta avrà un effetto dissuasivo nei confronti di gestori poco scrupolosi: anche negli ultimi anni, sono continuate a ritmo impressionante le denunce di clienti danneggiati, ma anche le condanne di gestori che avevano gestito il patrimonio dei clienti in modo penalmente perseguibile, p. es. per amministrazione infedele o per appropriazione indebita.
7. Dal punto di vista fiscale, sussiste il rischio a carico del gestore esterno non autorizzato della segnalazione obbligatoria da parte del Ministero Pubblico nei confronti dell'Amministrazione Cantonale delle Contribuzioni, che è competente per adottare le misure riguardanti la mancata imposizione fiscale dei redditi conseguiti dal gestore mediante l'attività svolta nel Cantone Ticino senza autorizzazione. Il calcolo dell'imposta sottratta sarà facilitato dai documenti riguardanti il reddito conseguito che saranno già stati acquisiti nell'ambito dell'inchiesta penale.
8. La sentenza potrebbe avere quindi anche un effetto di carattere generale sul piano della concorrenza internazionale: infatti, da anni, i gestori di patrimonio titolari dell'autorizzazione cantonale si lamentano per la concorrenza da parte di

gestori che non sono titolari, specie se residenti all'estero. Riguardo ai professionisti con sede o domicilio nell'Unione Europea si pone però la questione della reciprocità nel rispetto del Trattato bilaterale sulla libera circolazione delle persone.

Questo tema è attualmente oggetto di analisi da parte di una Commissione di esperti presieduta dall'Ispettore Cantonale dei fiduciari.

9. La sentenza deve essere analizzata anche da parte delle banche per stabilire se non sussistono eventuali rischi legali qualora la banca intrattenga una relazione contrattuale stabile con gestori di patrimonio che non sono autorizzati, in base alla Legge ticinese sui fiduciari e/o alla LRD qualora non fossero affiliati ad un OAD.
10. Per tutte le ragioni suddette, la sentenza di cassazione mette in luce un ulteriore aspetto utile della Legge cantonale sui fiduciari, il cui destino è tutt'altro che tramontato: infatti, ancora recentemente, la Commissione Federale delle Banche ha reso noto che una legislazione federale in questa materia potrà essere esaminata soltanto fra molti anni.

II. SENTENZA DATATA 18 AGOSTO 2003 DELLA CAMERA DEI RICORSI PENALI RIGUARDANTE L'ACQUISIZIONE DI DOCUMENTI PRESSO LA BANCA DOVE OPERA IL GESTORE ESTERNO PRIVO DI AUTORIZZAZIONE

11. La sentenza suddetta è stata emanata nell'ambito di un procedimento penale promosso contro un gestore esterno di una banca con sede a Lugano per titolo di infrazione alla Legge ticinese sull'esercizio della professione di fiduciario, oltre che per reati patrimoniali commessi in danno di un cliente della banca che aveva affidato ad un gestore esterno l'amministrazione del patrimonio sul suo conto.

12. La sentenza è importante perché ha deciso, in base ad un'estesa analisi, riguardo alla legittimità di una banca ad interporre ricorso contro la decisione del Ministero Pubblico ticinese che aveva chiesto la trasmissione *"dell'elenco completo delle relazioni (anche senza indicarne i titolari) gestite dal gestore esterno" nonché "dei contratti stipulati con il gestore esterno (e/o strutture societarie a lui riconducibili) e conteggi relativi al pagamento di retrocessioni e/o commissioni, con l'indicazione della modalità di versamento delle stesse", nonché "la comunicazione delle generalità complete (e relativi indirizzi) dei funzionari e/o consulenti responsabili nel tempo"*.
13. Contro il suddetto ordine di sequestro la banca aveva inoltrato ricorso al GIAR, che lo respinse contestando la legittimazione ricorsuale della banca, fondandosi per analogia sulla STF 128 II 211 emanata nell'ambito dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale.
14. Mediante la sentenza suddetta la Camera dei Ricorsi Penali, accogliendo il ricorso della banca, ha annullato la suddetta decisione del GIAR, riconoscendo che, nel caso concreto, la banca è legittimata a ricorrere nel procedimento per infrazione alla Legge ticinese sui fiduciari per sollevare:
 - a) la prescrizione del reato prevista dalla Legge sui fiduciari.
E' stato considerato che la regola secondo cui solo la persona perseguita può invocare l'intervenuta prescrizione, vale soltanto in campo rogatorio;
 - b) eccezioni riguardanti documenti relativi ad operazioni effettuate nell'interesse della banca medesima e che non riguardano esclusivamente i clienti, come nel caso degli accordi relativi alla remunerazione del gestore esterno da parte della banca in specie mediante retrocessioni (cfr. l'art. 10 cifra 48 del Codice di condotta dell'ASG);
 - c) la censura di violazione del principio della proporzionalità, la stessa rientrando fra quelle di carattere formale.

15. La sentenza non ha preso posizione sull'ammissibilità di sequestrare presso la banca i documenti concernenti le generalità dei clienti i cui conti sono amministrati da parte del gestore esterno accusato nel procedimento penale. Infatti, su questo punto, l'ordine del Procuratore Pubblico era vago, per cui la CRP ha considerato che l'ordine si riferisse esclusivamente ai documenti riguardanti il cliente che aveva introdotto la denuncia per asseriti reati patrimoniali a suo carico.

16. Nella suddetta sentenza della CRP non è stata esaminata l'eccezione fondata sul cambiamento di prassi riguardo all'applicabilità o meno della Legge ticinese sui fiduciari (cfr. STF 122 I 57, riguardo alla necessità di annunciare una modifica giurisprudenziale).

17. Su richiesta, potremo mettere a disposizione il testo anonimizzato della suddetta sentenza della Camera dei Ricorsi Penali.

N.B.: per l'ampia dottrina con rinvii alla giurisprudenza cfr. www.sbp.ch

GESTIONE PATRIMONIALE

BIBLIOGRAFIA

ABEGGLEN Sandro, Vermögensverwaltung durch die Bank - konflikträchtige Bereiche und ihre Bewältigung, unter besonderer Berücksichtigung von Kunden-Direktorders, in: SZW/RSDA 4/2001, p. 179 ss.

--- Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft - Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Bern 1995.

AESCHIMANN Jean-Paul, Les obligations des intermédiaires: membres d'un syndicat d'émission, "brokers", gérants de fortune, etc., in: Le droit du marché financier suisse, A. Dufour et A. Hirsch (dir.), Genève 1987, p. 401-421.

AFFENTRANGER Markus, Neue Pflichten für Wertschrifthändler im Börsengesetz: Bewilligungspflicht, Kapitalerfordernis, und neu Verhaltensnormen, in: Neue Rahmenbedingungen für Börse und Kapitalmarkt, Pubblicazione di Baker McKenzie, Zurigo 1996, p. 17-38.

ARTER Olivier/JÖRG Florian S., Informationspflichten beim Discount-Brokerage, AJP/PJA 2001, 52.

BASSI Mario A., Der bankunabhängige Vermögensverwalter - Analyse des Handlungsbedarfs einer möglichen Aufsicht unter Berücksichtigung des amerikanischen und englischen Rechts, in: Schweizer Schriften zum Bankenrecht, Band 44, Zürich 1996.

De BEER Alexander I., Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters - eine Replik, SZW/RSDA 1998, 125

BERGER Bernhard, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung. Diss., Bern 2000.

BERNASCONI Paolo, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Rahmen der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung, in: Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, p. 255 ss.

BERTHERAT Philippe, Les grandes tendances internationales dans la gestion de fortune, in: Aspects juridiques de la gestion de fortune, Bruxelles, Berne 1999, p. 11-17

- BERTSCHINGER Urs, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Zürich, 1991, p. 5.
- Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters bei Derivaten - Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juli 1995, SZW/RSDA 68 (1996), p. 240 ss.
- BIZZOZERO Alessandro, Situation juridique de la banque relativement à l'activité d'un gérant indépendant, in: Journée 1996 de droit bancaire et financier, Berne 1996, p. 117 ss.
- Le contrat de gérance de fortune, Thèse Fribourg 1992, p. 14 ss.
- BIZZOZERO/HÄNI/ROBERTO/TATTARLETTI/ZUFFEREY, Responsabilités légales dans la gestion de patrimoines, Seminario ticinese di diritto bancario, Vol. 6, Bernasconi/ Chopard (ed.), Bellinzona 2001.
- BLATTNER Niklaus/GRATZL Benedikt/KAUMANN Tilo, Das Vermögensverwaltungsgeschäft der Banken in der Schweiz, Bern 1996.
- BOSSARD Andreas, Portofolio management and conflicts of interest, in: Aspects juridiques de la gestion de fortune, Bruxelles/Berne 1999, p. 163-168.
- BOURGKNECHT Louis, La responsabilité de la banque pour gestion de fortunes, Revue fribourgeoise de jurisprudence, 1996, p. 1-9.
- BRETTON-CHEVALLIER Claude, Les devoirs d'information du gérant de fortune indépendant et de la banque dépositaire: réflexions sur deux arrêts récents du Tribunal fédéral, in: SJ 1998, p. 700 ss.
- Le gérant de fortune indépendant. Rapports avec le client, la banque dépositaire, obligations et responsabilités (Publications du Centre d'études juridiques européennes, Genève), Zurich 2002
- De CAPITANI Werner, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, in: Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul Chapuis, Zürich 1998, p. 25-38
- CHAPPUIS Christine, L'abus de pouvoir du fondé de procuration, RSDA 1994, 232.
- Abus du pouvoir de représentation: le fondé de procuration devenu organe, PJA 1997, 689.
- CHAUDET François, L'obligation de diligence du banquier en droit privé, RDS 1994 II, p. 1-144
- CHRISTEN Thomas, Vermögensverwaltungsauftrag an die Bank, BJM 1994, 113-134.
- CODE DE DÉONTOLOGIE DE L'ASSOCIATION SUISSE DES CONSEILLERS FINANCIERS INDÉPENDANTS, du 5 juillet 1996 (BF 01/57-1).

CRETI Sibilla, Le gérant de fortune face aux héritiers, L'expert comptable suisse (L'EC) 1998, 913-918.

DIETZI Hanspeter, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters, in: SZW/RSDA 1997, p. 193 ss.

EMCH Urs/MONTAVON Pascal/DE WERRA Alex/BIZZOZERO Alessandro/ERMELINGER Amédéo, Le monde et la pratique bancaires suisses, tome I: Les fondements, Lausanne 1995, p. 248.

EPPENBERGER Matthias, Vermögensverwaltung im Family Office - Umfassende Dienstleistungen aus einer Hand, ST/L'EC 1999, 341.

ERB Felix, Die Bankvollmacht, Diss. Fribourg, Zürich 1974.

FELBER Markus, Die Haftung des Anlagevermittlers, in: SZW/RSDA 1998, p. 145 ss.

GENONI Maurizio, Rechtsprobleme der externen Vermögensverwaltung, in: SZW/RSDA 1991, p. 19.

GUGGENHEIM Daniel, Remarques sur la portée et la signification de l'art. 11 LBVM, in: Journée 1995 de droit bancaire et financier, Berne 1995, p. 46.

--- Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4ème éd., Genève 2000.

GUTZWILLER P. Christoph, Der Vermögensverwaltungsvertrag, Zürich 1989, p. 43.

--- Unsorgfältige Vermögensverwaltung, Beweislast, Haftungsausschluss und Schadensberechnung, in: AJP/PJA 1/2000, p. 57 ss.

HERTIG Gérard, La diligence des banques: les règles de conduite vis-à-vis des clients, aspects de droit public, RDS 1994 II, p. 251-358.

--- "Attorneys and external asset managers: a comment from a Swiss perspective, in: Aspects juridiques de la gestion de fortune, Bruxelles, Berne 1999, p. 253-266.

HESS Martin, Zur Stellung des externen Vermögensverwalters im Schweizer Finanzmarktrecht, AJP/PJA 1999, 1426.

HOFSTETTER Brigitte, Interessenskonflikte im Universalbankensystem, Bern 1999.

HOPT K. J., Der Kapitalanlageschutz im Recht der Banken, p. 128

KUSTER Mathias, Verschärfte Aufklärungspflicht des Vermögensverwalters, ST/L'EC 1998, 311-314

LÉVY Alain Bruno, Commentaire de l'ATF du 1er décembre 1987 (publ. in SJ 1988, 337), SAS 1989, 27.

- La gestion de fortune par un gérant indépendant, in: Journée 1996 de droit bancaire et financier, Berne 1996, p. 99-116.
- LOMBARDINI Carlo, Droit et pratique de la gestion de fortune, 2ème ed., Bâle/Francfort 1999.
- Droit bancaire suisse, Zurich, 2002, p. 484 ss.
- MATTHEY Sylvain, Remarques sur les règles de conduite des négociants, in: Journée 1995 de droit bancaire et financier, Bern 1995, p. 47-54.
- La notion d'ayant droit économique en droit bancaire suisse, in: Mélanges Jean-Paul Chappuis, p. 9.
- MEYER Pierre, La banque face aux risques liés aux gérants de fortune indépendants, Swiss Banking School, Zürich, N. 167, Berne (Haupt) 1996.
- MORIN Ariane, Définition de la responsabilité fondée sur la confiance au regard de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, SJ 2000 II, 161-197.
- La responsabilité fondée sur la confiance. Étude critique d'une innovation controversée, Collection Genevoise, Bâle/Genève/Munich 2002.
- NOBEL Peter, Die Sorgfaltspflicht des Bankiers, in: Fünfzig Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, p. 205-226.
- Schweizerisches Finanzmarktrecht, Einführung und Überblick, Bern 1997.
- NYBERG Minka, Verhaltensrisiken in der Vermögensverwaltung und im Kreditgeschäft, Diss., St. Gallen, Bern 1998.
- von PLANTA Andreas, Die Kommission, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Basel 1992, p. 2129-2162.
- Les règles professionnelles liant le gérant de fortune, notamment les directives de l'Association suisse des banquiers concernant le mandat de gestion, in: Aspects juridiques de la gestion de fortune, Bruxelles/Berne 1999, p. 139-150.
- RABIAN Alexander, Der unabhängige Vermögensverwalter und die Informationspflichten nach dem Börsen- und Effektenhandelsgesetz, Bulletin VSV/ASG 38, p. 6--11.
- ROTH Urs P., Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in: Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1992, p. 1-39
- de SAUGY Jean, Droit bancaire et responsabilité du banquier. Les relations juridiques entre banquiers, tiers gérants et clients, in: L'Expert-comptable suisse 3/03, p. 161 ss.

- SPÄLTI Dieter, Die rechtliche Stellung der Bank als Vermögensverwalterin unter Berücksichtigung der Anlageberatung, (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 116). Diss. Zürich 1989.
- STANISLAS Guy, Ayant droit économique et droit civil: le devoir de renseignement de la banque, in: Semaine Juridique 1999 II, 413 ss.
- STAUDER Bernd, L'Ombudsman des banques - Quel accès des consommateurs à la justice?, in: Kellerhals/Manai/Roth (Editeurs), Pour un droit pluriel, Etudes Perrin, Genève 2002
- STEINBRUNNER Thomas, Die Informationspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG unter besonderer Berücksichtigung von Dreiecksverhältnissen. Lavoro di diploma nell'ambito del *Nachdiplomstudium im internationalen Wirtschaftsrecht* dell'Università di Zurigo, 1998
- STEINER Raymond, Gérants indépendants, Quel avenir en Suisse? Swiss Banking School, Berne (Haupt) 1997.
- THALMANN Anton, Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich (Juris Druck + Verlag), 1974.
- THALMANN Christian, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft, Referate und Mitteilungen des SJV, Heft 2/1994, p. 186
- Die privatrechtliche Haftung der Bank für fehlende Sorgfalt bei der Abwicklung von Bankgeschäften, in: Konsequenzen aus der Krise, BBT Band 2, Bern 1995.
 - Aufklärungs-, Informations- und Überwachungspflichten der Banken und des gewerbsmässig tätigen Vermögensverwalters, Bulletin VSV/ASG 38 (1998), p. 16-21.
- THÉVENOZ Luc, Les règles de conduite des négociants, RSDA 1997, Numéro spécial Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, p. 20-26.
- Le droit bancaire privé suisse: Résumé de la jurisprudence, in: RSDA 4/98 p. 193.
 - Risques et responsabilité des banques et des négociants dans les opérations avec des trustees, in: Journée 2000 de droit bancaire et financier, Berne 2001, p. 151-176.
 - La responsabilité fondée sur la confiance dans les contrats bancaires et financiers, in: La responsabilité fondée sur la confiance / Vertrauenshaftung, Journée de la responsabilité civile 2000, Zurich 2001, p. 37 ss., 44 ss.
- WATTER Rolf, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung. Standortbestimmung nach dem BGE vom 29. Oktober 1997, AJP/PJA 10/1998, p. 1174 ss.

- WEBER Rolf H., Zur Haftung des Anlageberaters, Bemerkungen zu BGE 124 III 155 ss", SZW/RSDA 1998, 254-255.
- WERRO Franz, La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, RDS 1989 I, 255-299.
- WIEGAND Wolfgang, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung der AGB Problematik, in: Aktuelle Probleme im Bankenrecht, Bern 1994, p. 129-158.
- WIEGAND Wolfgang/BERGER Bernhard, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, in: ZBJV/RJB 135/1999, p. 720 ss., p. 726 ss.
- WYSS Alexander, Verhaltensregeln für Effektenhändler, Diss. Zürich, Lachen SZ/St. Gallen (Dike Verlag) 2000.
- ZIMMERMAN S., Die Haftung der Bank aus Verwaltungsvertrag, in: RSJ 1985, p. 137.
- ZOBL Dieter, Der Vermögensverwaltungsauftrag der Banken unter besonderer Berücksichtigung von Interessenkonflikten, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, p. 319-336.
- ZOBL Dieter/BALZ Olivier, Art. 11 BEHG im Kontext des europäischen und schweizerischen Finanzdienstleistungsrecht", in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Roger Zäch, Zürich 1999, p. 621.
- ZUFFEREY Jean-Baptiste, Conflicts of interest with respect to the remuneration of financial intermediaries, in: Aspects juridiques de la gestion de fortune, Actes de la conférence internationale du 17.10.1997 à Genève, Bruxelles/Berne 1999, p. 223-238 ss.
- ZULAUF Urs, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz - Zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, in: ZSR/RDS NF 113 (1994) II p. 391 ss.
- Les règles de conduite des négociants dans la nouvelle loi sur les bourses - De vieilles recettes mises au goût du jour?, in: Journée 1995 de droit bancaire et financier, Berne 1995, p. 25-44.
- Autori vari, Aspects juridiques de la gestion de fortune/Legal aspects of investment management, Actes de la conférence internationale du 17 octobre 1997 à Genève (sous la direction de Luc Thévenoz), CEJE/AEDBF, Bruxelles/Berne 1999.

* * * * *