

IL RUOLO DELLA GARANZIA DI
ATTIVITÀ IRREPENSIBILE NELL'AMBITO
DEL SISTEMA DI SORVEGLIANZA
DELLE BANCHE SVIZZERE

*Costanza Berghinz Alzati **

No. 29, ottobre 2007

* Giurista, impiegata presso la Segreteria Generale della Banca Popolare di Sondrio

La funzione di Compliance, oramai consolidata anche all'interno degli istituti bancari della piazza finanziaria svizzera, in origine si è designata prevalentemente come una funzione di supporto al management in particolare in relazione a problematiche di lotta al riciclaggio di denaro. Negli anni si è poi assistito ad un graduale ampliamento di compiti e competenze e una sempre maggiore tendenza all'inserimento del Compliance office nel sistema di controllo interno, peraltro dimostrata dall'avvicinamento, anche organico, della funzione all'unità di controllo del rischio.

Questo nuovo indirizzo, riscontrabile anche nel profilo specialistico degli stessi Compliance officer, ha permesso, fra le altre cose, di superare la contrapposizione tra le esigenze di performance e quelle di conformità, fortemente riscontrata agli albori della creazione della funzione all'interno delle banche. Le più recenti analisi di Corporate Governance sono infatti unanime nel considerare che solo attraverso un'accurata gestione dei rischi, ed in particolare dei rischi operativi (in relazione ai quali si posiziona anche la figura del Compliance), si garantisce la sopravvivenza dell'azienda.

Il Centro di Studi Bancari, in linea con i propri principi, desidera contribuire alla creazione di una cultura di Compliance, non solo mediante l'erogazione di corsi di formazione specialistica, ma anche attraverso la promozione di pubblicazioni tematiche che possono interessare la nostra Piazza finanziaria.

I quaderni di ricerca 28, 29 e 30 fanno parte della serie tematica promossa dal Centro di Competenze Compliance e sono stati selezionati tra i lavori di diploma presentati nell'ambito dell'edizione 2006-2007 del corso di Executive Master in Compliance Management.

Il quaderno numero 28 approfondisce la pratica di Whistleblowing - inteso come la denuncia di pratiche aziendali che violino leggi, regolamenti interni, norme o altre disposizioni legali, come pure standard etici- riconosciuto da numerose legislazioni nazionali e implementato autonomamente anche da istituti svizzeri, cercando di rispondere alla domanda a sapere se questa particolare forma di controllo costituisca un alibi o una reale opportunità.

Il quaderno numero 29 tratta in maniera esaustiva il concetto di garanzia di attività irreprensibile, condizione imprescindibile per ottenere e conservare l'autorizzazione ad esercitare l'attività bancaria, e riassume la prassi della Commissione federale delle banche in materia.

Infine, il quaderno numero 30 permette di colmare una lacuna dottrinale in quanto propone un'analisi della portata del Formulario R – che permette all'avvocato di non rivelare il nome del proprio cliente, con riferimento ai fondi depositati in banca in connessione con lo svolgimento della sua attività professionale tradizionale- indicando anche le tendenze previste in relazione alla modifica della Convenzione di diligenza delle banche che sarà effettiva il prossimo anno.

Area di diritto bancario e finanziario

Le idee espresse in questo quaderno sono di natura personale e non riflettono necessariamente le opinioni dei rappresentanti del Centro di Studi Bancari

INDICE

Bibliografia	ii
Elenco delle abbreviazioni	iv
Breve sintesi del lavoro di diploma	v
1 Parte generale relativa al sistema di sorveglianza svizzero dei mercati finanziari.....	7
1.1 Brevi cenni sul sistema bancario svizzero.....	7
1.2 La Commissione Federale delle Banche	7
1.3 La struttura dualistica del sistema di sorveglianza	9
1.4 Le fasi della sorveglianza della CFB	10
1.4.1 <i>Concessione dell'autorizzazione</i>	10
1.4.2 <i>Sorveglianza da parte della CFB ed attuale sistema sanzionatorio</i>	10
1.4.3 <i>Il sistema sanzionatorio attuale della CFB ed evoluzione futura</i>	12
2 Parte speciale relativa alla garanzia di attività irreprensibile.....	15
2.1 Garanzia di attività irreprensibile: basi legali.....	15
2.2 Garanzia di attività irreprensibile in ambito bancario	16
2.2.1 <i>Il ruolo propulsivo giocato dal concetto di attività irreprensibile in ambito normativo</i>	16
2.2.2 <i>I soggetti che devono garantire un'attività irreprensibile</i>	17
2.3 Contenuti della garanzia di attività irreprensibile	18
2.4 La verifica della garanzia di attività irreprensibile.....	18
2.5 Le verifiche effettuate dal revisore nell'ambito dell'attività irreprensibile.....	19
2.5.1 <i>L'Analisi dei rischi</i>	19
2.5.2 <i>Strategia d'audit</i>	20
2.6 Procedura amministrativa e sanzioni emanate dalla CFB nell'ambito dell'attività irreprensibile	21
2.6.1 <i>Sanzioni nei confronti della banca</i>	22
2.6.2 <i>Sanzioni nei confronti dei singoli individui</i>	22
2.6.3 <i>Denuncia alle autorità penali</i>	24
2.6.4 <i>Ricorso al Tribunale Federale</i>	24
3 Casistica relativa alla prassi della CFB in materia di garanzia di attività irreprensibile.....	25
3.1 Analisi della prassi della CFB nell'ultimo decennio (1996-2006).....	26
4 Brevi cenni conclusivi.....	38

Bibliografia

Dottrina:

Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Stämpfli Verlag AG Bern 2004

Peter Nobel, Swiss Finance Law and International Standards, Stämpfli Verlag AG Bern 2002

Carlo Lombardini, Droit bancaire suisse, Schulthess 2002

Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Basler Kommentar, Bankengesetz, Helbing & Lichtenhahn 2005

Baumgartner/Burkhardt/Roesch, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren in AJP/PJA 2/2006, 169 segg.

Alessandro Bizzozzero, Garanzia di svolgimento irreprensibile dell'attività, seminario dell' 11-12 novembre 2004 presso il Centro di Studi Bancari Vezia

Publicazioni e regolamentazione della Commissione Federale delle Banche:

- www.ebk.admin.ch
- Rapport de la CFB sur les sanctions , Avril 2003
- Commissione Federale delle Banche, Questions et réponses au sujet de la lettre de la Commission fédérale des banques (CFB) concernant la “garantie d’une activité irréprochable
- Commissione Federale delle Banche, Rapporto di Gestione 1996, pag. 22 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Rapporto di Gestione 1997, pag. 138 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Rapporto di Gestione 1998, pag. 139 seg e pag. 161 seg
- Commissione Federale delle Banche, Rapporto di Gestione 1999, pag. 164 seg, pag.194 seg, pag. 206-207 seg. e pag.235 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Rapporto di Gestione 2000, pag. 185 seg. e pag. 225 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Rapporto di Gestione 2001, pag. 188 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Rapporto di Gestione 2002, pag. 36-37, pag. 73 e e pag. 124 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Rapporto di Gestione 2003, pag. 52 seg.e pag. 102 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Rapporto di Gestione 2004, pag. 39 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Rapporto di Gestione 2005, pag. 43 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Rapporto di Gestione 2006, pag. 70 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Bulletin Fascicule 42, 2002 pag.124 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Bulletin Fascicule 43, 2003, pag. 87 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Bulletin Fascicule 45, 2003, pag. 113 seg.e pag. 165 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Bulletin Fascicule 46, 2004, pag. 31 seg.
- Commissione Federale delle Banche, Bulletin Fascicule 49, 2006, pag. 27 seg.e pag. 135 seg.
- Circolare CFB 05/01 del 29.06.2005 Audit des banques et des négociants en valeurs mobilières
- Circ. CFB 05/2 del 29.06.2005 Rapport sur l’audit des banques et des négociants en valeurs mobilières

Giurisprudenza:

DTF	94	I	480
DTF	111	IB	126
DTF	126	II	71
DTF	106	IB	145
DTF	108	IB	196
DTF	98	Ib	269
DTF	2A	14 /2005	
DTF	2A	261/2004	
DTF		230/1999	

Elenco delle abbreviazioni

Art.	Articolo
ASB	Associazione Svizzera dei Banchieri
LAUFIN	Disegno di Legge Federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari
Bull.	Bollettino CFB
CDB	Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche del 2 dicembre 2002
CF	Consiglio Federale
CFB	Commissione Federale delle Banche
Circ. CFB 05/01	Circolare CFB 05/01 del 29.06.2005 "Audit des banques et des négociants en valeurs mobilières"
Circ. CFB 05/02	Circ. CFB 05/2 del 29.06.2005 "Rapport sur l'audit des banques et des négociants en valeurs mobilières"
Cpv.	Capoverso
DFF	Dipartimento Federale delle Finanze
DTF	Decisione del Tribunale Federale
LBCR	Legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio
LBVM	Legge federale del 24 marzo 1995 sulle borse e il commercio di valori mobiliari
LiCol	Legge sugli Investimenti Collettivi del 23 giugno 2006
OG	Legge federale del 16 dicembre 1943 sull'organizzazione giudiziaria
LPA	Legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968
LRD	Legge sul riciclaggio di denaro del 10 ottobre 1997
OBCR	Ordinanza del 17 maggio 1972 su le banche e le casse di risparmio
ORD-CFB	Ordinanza della Commissione federale delle banche del 18 dicembre 2002 relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro
RA	Rapporto annuale emanato dalla CFB
REG-CFB	Regolamento della Commissione Federale delle Banche del 20 novembre 1997

Breve sintesi del lavoro di diploma

Il presente lavoro si prefigge lo scopo di analizzare il ruolo svolto dal requisito della garanzia di attività irreprensibile nell'ambito del sistema di sorveglianza delle banche svizzere.

Il lavoro è composto da una parte generale introduttiva relativa al sistema di sorveglianza svizzero dei mercati finanziari e da una parte speciale relativa alla garanzia di attività irreprensibile, che si conclude con la presentazione dei casi più significativi esaminati dalla CFB nell'ultimo decennio in tale ambito.

La Legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (Legge sulle banche, LBCR) prevede all'art. 3 della LBCR I requisiti necessari al fine di ottenere dalla Commissione Federale delle Banche (CFB) l'autorizzazione ad esercitare l'attività bancaria sono elencati nell'art. 3 della LBCR.

Tali requisiti devono sussistere non solo al momento del rilascio dell'autorizzazione bancaria, ma devono ovviamente essere rispettati durante l'intera esistenza dell'istituto bancario.

Tra i requisiti elencati da tale articolo rientra al capoverso 2 lett.c la condizione che le persone incaricate dell'amministrazione e direzione della banca devono godere di ottima reputazione e garantire un'attività irreprensibile. La lettera c bis dello stesso capoverso aggiunge che le persone fisiche o giuridiche che detengono direttamente o indirettamente una partecipazione qualificata (almeno 10%) del capitale azionario di una banca o dei diritti di voto devono fornire la garanzia che tale influsso non viene esercitato a danno di una gestione sana e prudente.

La garanzia di attività irreprensibile deve essere rispettata dalle banche sia in virtù del sovracitato art. 3 capoverso 2 lett.c LBCR, sia nell'ambito della loro funzione di negozianti di valori mobiliari, come richiesto dall'art. 10 al. 2 let. D LBVM (Legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari).

Infine il concetto di garanzia di attività irreprensibile è ripreso nella legge federale sugli investimenti collettivi di capitale (LICO) quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione obbligatoria per chiunque gestisce o custodisce investimenti collettivi di capitale, tra cui (in ambito bancario) le banche depositarie, i distributori nonché i rappresentanti di investimenti collettivi di capitali esteri.

Come specificato dalla CFB¹, l'esigenza di una garanzia di attività irreprensibile è stata posta dal legislatore al fine di garantire al pubblico l'affidabilità degli stabilimenti bancari autorizzati nonché di assicurare la reputazione della piazza finanziaria svizzera.

A tal fine dunque la CFB deve verificare che le persone incaricate dell'amministrazione ed amministrazione di una banca dispongano delle capacità tecniche e morali adatte ad esercitare le proprie funzioni in modo da non mettere in pericolo la banca stessa ed i suoi creditori.

Qualora la CFB dubiti che all'interno di un istituto bancario la condizione della garanzia di attività irreprensibile non sia più rispettata da una o più persone sottoposte all'esigenza dell'art. 3 cpv. 2 essa apre una procedura amministrativa contro la banca e contro la persona interessata.

Le sanzioni decise dalla CFB possono andare dall'ammonizione in caso di violazione lieve, fino all'allontanamento della persona sottoposta alla esigenza della garanzia di attività irreprensibile ed anche alla revoca dell'autorizzazione ad esercitare l'attività bancaria.

La LBCR non fornisce una definizione del concetto di attività irreprensibile, lasciando dunque un margine di apprezzamento e di interpretazione molto ampio alla CFB, che ha utilizzato tale concetto in maniera particolarmente estensiva.

Il presente lavoro si prefigge dunque di concretizzare il concetto di garanzia di attività irreprensibile mediante un'analisi delle decisioni inerenti l'attività irreprensibile emanate dalla CFB nell'ultimo decennio (e pubblicate nei Bollettini e nei Rapporti annuali) e di chiarire il significato attribuito dalla CFB al termine "garanzia di attività irreprensibile".

Spero che il presente lavoro possa fornire ai lettori che operano in istituti bancari alcuni spunti di riflessione in merito all'adeguatezza della regolamentazione e dei controlli interni adottati nell'ambito dell'istituto presso cui essi esercitano la propria professione al fine di prevenire fattispecie analoghe a quelle presentate nei casi pratici.

1 Commissione Federale delle Banche, Questions et réponses au sujet de la lettre de la Commission Fédérale des Banques (CFB) concernant la "garantie d'une activité irréprochable"

Ringrazio il Centro Studi Bancari il supporto fornito e per la disponibilità dimostrata nei miei confronti.

1 Parte generale relativa al sistema di sorveglianza svizzero dei mercati finanziari

1.1 Brevi cenni sul sistema bancario svizzero

La legge fondamentale che regola il sistema bancario svizzero è la legge federale sulle banche e le casse di risparmio dell'8 novembre 1934 (in seguito denominata LBCR), accompagnata dalla relativa ordinanza (OBCR) emanata il 17 maggio 1972.

La LBCR si applica² alle banche, ai banchieri privati ed alle casse di risparmio, di seguito designate tutte con il nome di banche.

La LBCR non fornisce una definizione di banca e di attività bancaria.

Tale definizione viene data nell'art. 2 cpv. a OBCR, che definisce banche:

“le imprese operanti soprattutto nel settore finanziario, in particolare quelle che:

raccogliono a titolo professionale depositi del pubblico o si prestano pubblicamente a tale scopo per finanziare, per proprio conto e in qualsiasi modo, un numero indeterminato di persone o aziende con le quali esse non costituiscono un'unità economica, oppure

si rifinanziano in misura rilevante presso più banche, che non partecipano in modo determinante al loro capitale, onde finanziare, per proprio conto e in qualsiasi modo, un numero indeterminato di persone o imprese con le quali non costituiscono un'unità economica.”

La LBCR non contiene un articolo esplicitamente consacrato allo scopo perseguito dal legislatore.

Tuttavia, lo scopo implicito della legislazione bancaria consiste nella salvaguardia del sistema finanziario (protezione dei creditori e degli investitori) e secondariamente nella salvaguardia dell'immagine dello stesso agli occhi degli osservatori nazionali ed internazionali³.

Il compito di adempiere alla vigilanza sulle banche è demandato dalla LBCR alla Commissione Federale delle Banche (CFB)⁴, autorità amministrativa di diritto federale.

1.2 La Commissione Federale delle Banche

Nata come autorità di vigilanza sulle banche, alla CFB compete attualmente anche la sorveglianza su altri settori del sistema finanziario, quali i fondi di investimento⁵, i revisori bancari, i negozianti di valori mobiliari, le borse, la pubblicazione delle partecipazioni importanti nonché le offerte pubbliche d'acquisto⁶.

I principi di base del funzionamento della CFB sono contenuti nella LBCR nonché nell'OBCR e nel Regolamento della Commissione federale delle banche (Reg-CFB) del 20 novembre 1997.

La CFB fa parte del Dipartimento Federale delle Finanze (DFF) ma non fa parte dell'amministrazione centrale in senso stretto. La CFB è un'autorità che gode di grande autonomia, in quanto né il Consiglio Federale⁷ (CF), né il DFF e neppure l'Assemblea Federale (AF) possono esercitare un potere di ingiunzione nei confronti della CFB⁸.

Ogni anno la CFB pubblica un Rapporto Annuale sulla propria attività, indirizzato al Consiglio Federale. In tale rapporto vengono esposti gli affari più importanti trattati dalla CFB durante l'anno nonché la politica e gli scopi perseguiti dalla stessa.

La CFB è composta da:

² Art. 1 cpv. 1 LBCR

³ Carlo Lombardini, pag.3 Droit bancaire suisse, Schulthess 2002

⁴ Art. 23 cpv. 1 LBCR

⁵ Art. 132 cpv. 1 LICol

⁶ Art. 34 cpv.1 LBVM

⁷ Ad eccezione della nomina dei membri della CFB

⁸ Carlo Lombardini, Droit bancaire suisse, Schulthess 2002, pag. 79

- una Commissione, composta da sette fino a undici membri (inclusi il Presidente ed il Vice Presidente) eletti dal CF per un periodo di 4 anni. I membri della Commissione sono scelti e nominati dal CF tra esperti in materia. La Commissione si riunisce di regola una volta al mese e stabilisce sulle questioni di maggior importanza nonché si occupa delle relazioni ad alto livello
- una Camera delle offerte pubbliche di acquisto
- una Camera per l'assistenza amministrativa
- Un Segretariato permanente, i cui impiegati sono sottoposti alla legislazione sul personale della Confederazione. Compiti del Segretariato sono la preparazione delle pratiche di competenza della Commissione, per la quale elabora delle proposte, nonché l'esecuzione delle decisioni prese dalla Commissione. Il Segretariato tratta direttamente con gli istituti assoggettati alla sorveglianza della CFB e le altre parti coinvolte.

Il segretariato può effettuare delle inchieste nei confronti degli istituti sottoposti a vigilanza ed emanare delle raccomandazioni che l'istituto cui sono rivolte può o meno accettare.

Nel caso in cui tali raccomandazioni non vengano accettate, il Segretariato trasmette il dossier alla Commissione, la quale esprime il suo parere sulla base di un progetto allestito dal segretariato.

Inoltre la Commissione può incaricare il Segretariato di prendere alcune decisioni in sua vece.

La CFB ha il potere di emanare dei testi normativi (direttive ed ordinanze). Essa pubblica inoltre delle circolari, tramite le quali informa in merito all'applicazione delle norme legali.

Inoltre la CFB pubblica dei bollettini (in seguito Bull-CFB), tramite i quali rende pubblica la prassi e numerose decisioni da essa adottate nei confronti degli istituti sottoposti alla sua vigilanza.

Compito della CFB⁹ è quello di prendere le decisioni necessarie all'applicazione della legge e di vigilare sull'osservanza delle prescrizioni legali.

Attualmente la CFB esercita in maniera indipendente le seguenti funzioni¹⁰:

- Sorveglianza sulle seguenti entità:
 1. Banche
 2. Commercianti in valori mobiliari
 3. Borse
 4. Società di revisione (in merito alle verifiche effettuate dalle stesse sugli istituti sottoposti alla vigilanza della CFB)
 5. Fondi di investimento
- Sorveglianza del sistema delle obbligazioni fondiarie
- Pubblicità delle partecipazioni e delle offerte pubbliche d'acquisto relative a società quotate in borsa
- Decisioni di messa in fallimento e di risanamento di banche e commercianti in valori mobiliari

⁹ Art.23 bis cpv. 1 LBCR

¹⁰ www.ebk.ch

1.3 La struttura dualistica del sistema di sorveglianza¹¹

Il sistema di sorveglianza della piazza finanziaria svizzera è di tipo dualistico; esso si basa infatti sul principio di ripartizione dei compiti di sorveglianza tra la CFB e le società di revisione incaricate dalla stessa.

Tale sistema dualistico, in cui le società di revisione costituiscono in qualche modo “gli occhi della CFB nelle banche”¹², permette alla stessa di delegare alle società di revisione le verifiche da effettuare presso i soggetti sottoposti a sorveglianza, mentre la CFB detiene il ruolo di “sorvegliante supremo” e di autorità preposta ad effettuare inchieste presso gli istituti sottoposti alla sua sorveglianza e ad emanare sanzioni.

A causa dell'importanza che rivestono le grandi banche¹³ nel sistema finanziario svizzero, la CFB effettua dei controlli diretti presso le stesse.

Le società di revisione incaricate dalla CFB sono legate agli istituti controllati dalle stesse da una relazione di mandato di diritto privato, mentre l'attività di controllo svolta dalle stesse è prevalentemente regolata dal diritto pubblico.

I costi derivanti dalle attività svolte dalle società di revisione sono sopportati interamente dagli istituti sottoposti alla sorveglianza. (art. 22 LBCR)

Nella loro funzione di “occhi della CFB”, le società di revisione esercitano una sorveglianza diretta tramite verifiche regolari effettuate presso gli istituti controllati dalle stesse.

I compiti di controllo di competenza delle società di revisione sono molteplici¹⁴.

Oltre all'esame dei corretto allestimento dei conti annuali (previsto dall' art. 18 LBCR), la società di revisione deve infatti esaminare anche se l'istituto da essa controllato rispetta la propria regolamentazione interna nonché tutte le disposizioni legali vigenti in materia bancaria; la società di revisione deve anche controllare gli affari conclusi dalla banca ed effettuare una valutazione dei rischi.

Le società di revisione devono informare regolarmente la CFB in merito ai risultati delle attività di controllo da esse svolte presso gli istituti incaricati.

Il risultato delle attività di controllo ordinario e straordinario effettuate dalle società di revisione viene riportato in rapporti di revisione annuali che costituiscono lo strumento di sorveglianza più importante per la CFB. Inoltre le società di revisione devono informare immediatamente la CFB in caso di sospetti di violazioni legali o nel caso in cui esse constatino gravi irregolarità.

La CFB detiene in ogni caso il potere ultimo decisionale, e non è vincolata alle conclusioni o proposte provenienti dalle società di revisione¹⁵.

Qualora la CFB accerti violazioni legali o venga a conoscenza di altre irregolarità, essa stabilisce le misure necessarie a ristabilire l'ordine legale ed a eliminare le irregolarità riscontrate (art. 23ter cpv.1 LBCR, art. 35 cpv. 3 LBVM, art. 133 cpv. 1 LICol).

¹¹ www.ebk.ch

¹² Carlo Lombardini, pag.93 Droit bancaire suisse, Schulthess 2002

¹³ CS e UBS

¹⁴ Tali compiti sono regolamentati dagli art. 19 e 21 LBCR e art.43 e seguenti OBCR, nonché nella Circ-CFB 96/3

¹⁵ ATF 115 Ib 55ss, 58

1.4 Le fasi della sorveglianza della CFB

La vigilanza della CFB si esplica in tre fasi:

1. Rilascio dell'autorizzazione alle entità sottoposte alla sua sorveglianza
2. Sorveglianza continua sulle entità autorizzate nonché sull'esercizio di attività abusiva effettuata da entità non autorizzate
3. Procedura disciplinare ed emanazione di sanzioni volte a ripristinare l'ordine legale

1.4.1 Concessione dell'autorizzazione

Le imprese che devono ottenere dalla CFB un'autorizzazione per l'esercizio delle proprie attività sono le seguenti¹⁶:

- Banche
- Commercianti di valori mobiliari
- Borse
- Direzioni di fondi
- Rappresentanti di fondi esteri
- Distributori di fondi esteri

In relazione alle banche, le condizioni necessarie al rilascio da parte della CFB dell'autorizzazione ad esercitare l'attività bancaria sono le seguenti:

- a. la banca deve delimitare esattamente, nello statuto, nell'atto costitutivo e nei regolamenti, la propria sfera di attività e dotarsi di un'organizzazione proporzionata alle attività che intende svolgere e determinare le singole competenze e le rispettive responsabilità degli organi societari previsti (organi per la direzione da una parte e, dall'altra, organi per la direzione superiore, la vigilanza ed il controllo), in modo tale da garantire una vigilanza efficace sulla gestione (art. 3 cpv. 2 lett. a)
- b. la banca deve fornire prova che il capitale minimo stabilito dal Consiglio Federale (CHF 10 milioni) sia interamente versato (art. 3 cpv. 2 lett. b)
- c. le persone incaricate dell'amministrazione e direzione della banca devono godere di ottima reputazione e garantire un'attività irreprensibile (art. 3 cpv. 2 lett. c)
- d. le persone fisiche e giuridiche che detengono una partecipazione in misura pari o superiore al 10% del capitale della banca o dei diritti di voto o che in altro modo possono influenzare notevolmente la gestione della banca devono fornire la garanzia che tale influsso non verrà esercitato a danno di una gestione sana e prudente (art. 3 cpv. 2 lett. d),
- e. le persone incaricate della direzione della banca devono essere domiciliate in un luogo che consenta loro di esercitare la gestione effettiva della banca e di assumersi le responsabilità per le decisioni adottate (art. 3 cpv. 2 lett. e).

Le sovraccitate condizioni devono sussistere non solo al momento del rilascio dell'autorizzazione bancaria, ma devono ovviamente essere rispettate durante l'intera esistenza dell'istituto bancario.

Qualora una delle condizioni venga meno e la situazione non possa essere risanata, né la banca venir ceduta ad un nuovo azionista in grado di garantire nuovamente i requisiti legali previsti all'art. 3 LBCR, la CFB procede¹⁷ al ritiro dell'autorizzazione.

La revoca dell'autorizzazione provoca lo scioglimento della banca, e la CFB nomina a tal fine un liquidatore, vigilando sull'attività esercitata dallo stesso.

1.4.2 Sorveglianza da parte della CFB ed attuale sistema sanzionatorio

¹⁶ Alessandro Bizzozzero, Garanzia di svolgimento irreprensibile dell'attività

¹⁷ Art. 23 quinquies cpv. 1 e 2 LBCR

I mezzi di indagine a disposizione della CFB per attuare la vigilanza sugli istituti da essa sorvegliati sono i seguenti.

1.4.2.1 Acquisizione di informazioni

Le fonti di informazione per la CFB sono molteplici:

- informazioni fornite dalle società di revisione (nel rapporto annuale di revisione nonché tramite comunicazione immediata da parte delle società di revisione in casi di particolare gravità);
- informazioni acquisite direttamente dagli istituti sottoposti a vigilanza (nell'esercizio delle proprie funzioni, la CFB infatti dispone del diritto di richiedere agli istituti sottoposti alla sua vigilanza ogni documentazione da essa ritenuta necessaria);
- scambio di informazioni con altre autorità amministrative svizzere che straniere (es: SECO, Autorità federale anticiclaggio), Commissione CDB;
- scambio di informazioni con le autorità giudiziarie;
- reclami dei clienti;
- articoli di giornale;
- informazioni tratte da siti web;
- etc.....

1.4.2.2 Richiesta di rapporti speciali

Nei caso in cui la CFB presuma delle violazioni legali o venga a conoscenza di altre irregolarità, essa può richiedere delle indagini particolari mediante:

- 1) La richiesta di una revisione speciale:

ai sensi dell'art. 3h LBCR la CFB può incaricare l'ufficio di revisione esterno e terzi qualificati di eseguire dei controlli particolari.

- 2) La nomina di un incaricato dell'inchiesta¹⁸:

L'incaricato dell'inchiesta è uno specialista indipendente nominato dalla CFB al fine di effettuare una determinata inchiesta in una banca. Il costo dell'incaricato dell'inchiesta è a carico dell'istituto interessato.

L'incaricato dell'inchiesta ha il potere di dare istruzioni, ratificare gli atti della banca nonché di operare al posto degli organi della banca.

A titolo di esempio si riportano alcuni casi nei quali viene abitualmente nominato un incaricato dell'inchiesta: al fine di verificare il rispetto delle condizioni per l'autorizzazione, di determinare se una società esercita attività bancaria senza autorizzazione, o di verificare il rischio di insolvenza della banca.

- 3) La richiesta di una revisione straordinaria¹⁹:

Quali revisori straordinari possono essere nominate solo le società di revisione riconosciute dalla CFB.

Il revisore straordinario non può dare istruzioni, né ratificare gli atti della banca.

Lo scopo di una revisione straordinaria può essere un'indagine approfondita su fattispecie rilevanti per il diritto di vigilanza (ad esempio controllare l'organizzazione interna della banca oppure un'area specifica quale ad esempio la gestione patrimoniale oppure i crediti, o verificare il rispetto della normativa relativa all'apertura di una relazione di affari ed al controllo delle stesse).

I revisori straordinari sono anche incaricati di verificare l'attività effettuata dagli organi di revisione ordinari.

¹⁸ Ai sensi dell' art. 23 quater LBCR

¹⁹ Ai sensi dell'art. 23bis cpv. 2 LBCR e art. 31 OBVM per i commercianti di valori mobiliari

Dal 2002 inoltre la CFB ha introdotto la pratica di ordinare regolarmente delle revisioni straordinarie al fine di avere una seconda opinione in merito a determinati aspetti già esaminati nell'ambito della revisione ordinaria.

1.4.2.3 Apertura di una procedura amministrativa da parte della CFB

La CFB può procedere all'apertura di una procedura disciplinare nei confronti di un istituto da essa sorvegliato. Tale procedura è regolata dalla legge sulla procedura amministrativa (LPA).

L'istruzione della procedura viene effettuata dal Segretariato della CFB, mentre le decisioni possono essere prese dalla Commissione, dal Presidente oppure dal Segretariato su delega della Commissione.

L'intermediario finanziario ha il diritto di essere sentito e di consultare gli atti (art. 26-30 LPA; tale diritto comprende la facoltà di esprimersi sui fatti presi in considerazione dalla CFB, di presentare delle prove e di essere messi a conoscenza delle prove di cui dispone l'autorità di sorveglianza).

Contro le decisioni della CFB è possibile effettuare un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale amministrativo federale, ed al Tribunale Federale in ultima istanza.

I possibili motivi di ricorso sono²⁰ la violazione del diritto federale, l'eccesso o l'abuso di potere, la violazione dei diritti costituzionali oppure una constatazione dei fatti falsa.

1.4.3 Il sistema sanzionatorio attuale della CFB ed evoluzione futura

1.4.3.1 Il sistema attuale

Ai sensi dell'art. 23ter LBCR la CFB, qualora accerti violazioni della legge o venga a conoscenza di altre irregolarità, emana nei confronti degli istituti sorvegliati i provvedimenti da essa ritenuti necessari per la soppressione delle irregolarità ed il ripristino della legalità.

Tal potere di intervento della CFB è molto ampio; essa può intervenire anche a livello preventivo, senza attendere che si sia verificata la violazione di una norma.

A titolo di esempio, la CFB può minacciare il ritiro dell'autorizzazione da essa concessa nel caso un istituto non implementi le misure da lei richieste.

Alcune delle misure di carattere preventivo intraprese dalla CFB a difesa degli interessi dei creditori sono: l'apporto di mezzi liquidi, l'incremento dei mezzi propri, l'obbligo di ricercare un acquirente, la sospensione temporanea dell'attività o del diritto di voto vincolato alle azioni, etc.

Qualora l'adozione delle misure previste in caso di rischio di insolvenza (art. 25 seg. LBCR) si sia rivelata inefficace, la CFB procede alla revoca dell'autorizzazione.

Per quanto riguarda invece le sanzioni disciplinari che la CFB può emanare nei confronti di un istituto sottoposto alla sua vigilanza (intese come misure atte a punire un comportamento illegale o scorretto oppure la mancanza di un'organizzazione adeguata da parte di una banca o dei suoi dirigenti), attualmente l'autorità di vigilanza dispone solo delle seguenti possibilità:

- in casi di violazioni lievi effettuate dall'istituto sorvegliato, la CFB pronuncia un ammonimento nei confronti dell'istituto;
- in caso di violazioni più gravi, la CFB procede alla revoca dell'autorizzazione all'istituto in questione, oppure all'allontanamento delle persone che non hanno adempiuto al requisito dell'attività irreprensibile.²¹

Riguardo ai titolari di partecipazione qualificata, la CFB può ingiungere la cessione della loro partecipazione (ai sensi dell'art. 3 cpv. 2 lit. c) bis LBCR qualora tali azionisti con il loro comportamento danneggiano la gestione sana e prudente della banca.

Inoltre qualora la CFB abbia il fondato sospetto che siano state commesse delle violazioni di carattere penale, essa ha l'obbligo (ai sensi dell'art. 35, cpv. 6 LBVM) di denuncia penale nei confronti dei soggetti che hanno compiuto tali violazioni.

²⁰ Carlo Lombardini, *Droit bancaire suisse*, Schulthess 2002, pag. 86

²¹ Tale argomento verrà ripreso in dettaglio nella seconda parte del lavoro, dedicata specificamente al concetto di attività irreprensibile.

1.4.3.2 *Il futuro sistema sanzionatorio*

Come sottolineato nel Rapporto della CFB sulle sanzioni,²² l'attuale sistema sanzionatorio a disposizione della CFB è insufficiente.

Esistono infatti diverse situazioni in cui il comportamento non corretto di un istituto sorvegliato, pur essendo stato accertato non può essere sanzionato in quanto il ritiro dell'autorizzazione sarebbe una misura sproporzionata e non è stato possibile provare la responsabilità diretta delle persone che dovevano fornire una garanzia di attività irreprensibile.

Il rapporto della CFB sulle sanzioni evidenziava dunque tale lacuna, sottolineando che il sistema di sanzioni in vigore non prevedeva alcuna sanzione finanziaria (confisca o multe) ed auspicandone l'introduzione al fine di poter punire gli istituti sorvegliati che commettano delle mancanze anche gravi, ma per le quali non si riesce a stabilire una responsabilità di tipo personale e non è proporzionato il ritiro dell'autorizzazione bancaria.

Un esempio della necessità dell'introduzione di sanzioni finanziarie è il caso CS/Biber, che verrà trattato in dettaglio più avanti.

In materia di sorveglianza dei mercati, intesa come tutela degli interessi degli investitori in materia di commercio di valori mobiliari, le procedure intraprese dalla CFB hanno contribuito a far comprendere meglio agli operatori economici l'importanza di tale tipo di sorveglianza.

Gli abusi di mercato constatati maggiormente dalla CFB sono stati in particolare l'utilizzo di informazioni confidenziali e la manipolazione dei corsi dei titoli.

Oltre alle basi legali contenute nell'art. 6 LBVM, la sorveglianza dei mercati si basa ad oggi essenzialmente sul precedente creato dalla decisione del Tribunale Federale nel caso CS/Biber²³, in cui viene precisato che il divieto di ogni forma di abuso del mercato deriva dall'obbligo di presentare una garanzia di attività irreprensibile.

Nel rapporto della CFB sulle sanzioni²⁴, l'attuale sistema di sorveglianza veniva giudicato insufficiente in quanto la competenza di perseguire gli abusi di mercato è divisa tra le autorità penali e la CFB, ma CFB può intraprendere delle misure necessarie a ristabilire l'ordine legale solo nei confronti degli istituti e dei collaboratori sottoposti alla sua sorveglianza.

Al contrario la CFB non dispone di alcun mezzo di intervento diretto nei confronti di operatori economici non sottoposti alla sua sorveglianza che commettono abusi. (ad esempio la CFB non può aprire alcuna procedura amministrativa nei confronti dei clienti di commercianti di valori mobiliari che commettano abusi)

Tale situazione viene definita nel rapporto quale discriminatoria in quanto gli stabilimenti assoggettati alla sorveglianza della CFB vengono trattati in maniera diversa da quelli non assoggettati.

Alle critiche poste in essere nel rapporto delle sanzioni della CFB (nonché nella critica GAFI del 2005 in relazione alla sorveglianza sulle assicurazioni), che possono essere riassunte nei seguenti due punti:

- attuale sorveglianza dei sistemi finanziari frammentata ed insufficiente;
- carenza dell'attuale sistema sanzionatorio.

porrà rimedio l'entrata in vigore della Legge Federale sull'autorità finanziaria (LAUFIN), attualmente ancora in fase di progetto.

Tale legge introdurrà una nuova autorità di vigilanza sui mercati finanziari denominata FINMA, che riunirà sotto di sé tutte le autorità di controllo attualmente esistenti sul mercato finanziario, in modo da assicurare una sorveglianza globale su tutti gli attori del mercato finanziario (comprese le imprese assicurative).

Accanto alla Commissione federale delle banche (CFB) e all'Ufficio federale delle assicurazioni private (UFAP), anche l'Autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro (Autorità di controllo) sarà integrata in questa nuova autorità.

²² Vedi « Rapport de la CFB sur les sanctions », Avril 2003, pag. 8 seg.

²³ ATF 02.02.2000, pubblicato nel Boll. CFB 40, pag 37ss.

²⁴ Rapport de la CFB sur les sanctions , Avril 2003

²⁵ Ad eccezione delle casse pensioni

Il sistema dualista costituito da autorità di sorveglianza da una parte e società di revisione dall'altra non verrà modificato, mantenendo l'autorità di sorveglianza una possibilità di revisione diretta (su assicurazioni, grandi banche, etc.)

Il sistema sanzionatorio a disposizione dell'autorità di vigilanza verrà rafforzato con l'entrata in vigore della LAUFIN, e la nuova autorità di vigilanza avrà la possibilità di emanare sanzioni di tipo finanziario quali la confisca.

Secondo quanto previsto nell'art. 35 del progetto di legge LAUFIN, la FINMA potrà infatti "confiscare l'utile che una persona sottoposta a vigilanza o un responsabile con funzioni dirigenti ha realizzato violando gravemente disposizioni legali in materia di vigilanza".

Questa norma si applica per analogia se la persona sottoposta a vigilanza o un responsabile con funzioni dirigenti ha evitato una perdita violando gravemente disposizioni legali in materia di vigilanza.

Se l'entità dei valori patrimoniali da confiscare non può essere accertata la FinMA può effettuare una stima.

2 Parte speciale relativa alla garanzia di attività irreprensibile

2.1 Garanzia di attività irreprensibile: basi legali

Come specificato nel paragrafo 1.4.1, le banche, i commercianti di valori mobiliari, le borse, le direzioni di fondi nonché i rappresentanti ed i distributori di fondi esteri devono ottenere dalla CFB un'autorizzazione per l'esercizio delle proprie attività.

Le condizioni di autorizzazione devono sussistere non solo al momento del rilascio dell'autorizzazione da parte della CFB, ma devono ovviamente essere rispettate durante l'intera esistenza dell'istituto.

Qualora una delle condizioni venga meno e la situazione non possa essere risanata, la CFB procede²⁶ al ritiro dell'autorizzazione ed al successivo scioglimento dell'istituto interessato mediante un liquidatore.

Tra le condizioni necessarie per il rilascio dell'autorizzazione a banche, commercianti di valori mobiliari, fondi di investimento vi è il requisito dell'attività irreprensibile (o requisiti analoghi).

Il requisito dell'attività irreprensibile si ritrova nei seguenti articoli di legge:

Art 3 cpv 2 lett. c LBCR:

In relazione alle banche, tra le condizioni necessarie al rilascio da parte della CFB dell'autorizzazione vi è quella (art. 3 cpv. 2 lett.c LBCR) della garanzia di attività irreprensibile che deve essere assicurata dalle persone incaricate dell'amministrazione e direzione della banca)²⁷.

Art. 10 cpv. 2 let. d LBVM:

L'autorizzazione è accordata se:

- *il richiedente, i suoi collaboratori responsabili e gli azionisti determinanti offrono garanzia di un'attività irreprensibile.*

Art. 13 Licol cpv.2 let a e b:

Il requisito dell'attività irreprensibile ai fini del rilascio dell'autorizzazione viene richiesto:

- *alle direzioni di fondi, SICAV, alle società in accomandita di investimenti collettivi, alle SICAF, alle banche depositarie, ai gestori di investimenti collettivi svizzeri, ai distributori, ai rappresentanti di investimenti collettivi in Svizzera.*

Infine un requisito analogo alla garanzia di attività irreprensibile costituisce anche una condizione per l'ottenimento dell'autorizzazione (rilasciata dall'autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro) obbligatoria per tutti gli intermediari finanziari di cui all' art. 2 cpv. 3 LRD che non sono affiliati ad un organismo di autodisciplina riconosciuto, né sono sottoposti ad una sorveglianza esercitata da un'autorità di sorveglianza istituita da una legge speciale ai sensi dell'art. 13 cpv. 2 LRD:

Art. 14 cpv.2 lit.c LRD

L'autorizzazione viene rilasciata soltanto se l'intermediario finanziario nonché le persone incaricate della sua amministrazione e gestione godono di buona reputazione ed offrono la garanzia dell'osservanza degli obblighi derivanti dalla presente legge.

²⁶ Art. 23 quinquies cpv. 1 e 2 LBCR

²⁷ Tale requisito non deve essere confuso con quello previsto all'art. 3 cpv. 2 lett. c bis LBCR, che prevede che le persone fisiche e giuridiche che detengono una partecipazione in misura pari o superiore al 10% del capitale della banca o dei diritti di voto o che in altro modo possono influenzare notevolmente la gestione della banca devono fornire la garanzia che tale influsso non verrà esercitato a danno di una gestione sana e prudente.

2.2 Garanzia di attività irreprensibile in ambito bancario

2.2.1 Il ruolo propulsivo giocato dal concetto di attività irreprensibile in ambito normativo

Il presente lavoro si concentra sugli aspetti relativi alla garanzia di attività irreprensibile in ambito bancario (ai sensi dell'art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR).

La garanzia di attività irreprensibile deve essere rispettata dalle banche sia in virtù del sovracitato art. 3 capoverso 2 lett.c LBCR, sia nell'ambito della loro funzione di negozianti di valori mobiliari, come richiesto dall'art. 10 cpv. 2 let. D LBVM.

Infine le banche che agiscono quali banche depositarie, distributori nonché rappresentanti di investimenti collettivi di capitali esteri ricadono anche nell'ambito della Licol.

La condizione dell'attività irreprensibile nell'art. 3 cpv. 2 let. C LBCR non è presente già dal 19934, anno di emanazione delle legge; tale requisito è stato introdotto soltanto con la revisione della LBCR emanata l'11 marzo 1971.

Tale condizione venne introdotta a seguito di una sentenza del Tribunale Federale²⁸ in cui veniva stabilito che “la CFB non può far dipendere l'approvazione dell'organizzazione di una banca dal risultato di un esame delle qualità morali e professionali delle persone cui si prevede di affidare la direzione dell'istituto”.

Come specificato dalla CFB²⁹, l'esigenza di una garanzia di attività irreprensibile è stata posta dal legislatore al fine di garantire al pubblico l'affidabilità degli stabilimenti bancari autorizzati nonché di assicurare la reputazione della piazza finanziaria svizzera.

A tal fine dunque la CFB deve verificare che le persone incaricate dell'amministrazione e della direzione di una banca dispongano delle capacità tecniche e morali adatte ad esercitare le proprie funzioni in modo da non mettere in pericolo la banca stessa ed i suoi creditori.

Inizialmente il concetto di attività irreprensibile era applicato alle persone fisiche, individuate nei membri del Consiglio di amministrazione e della direzione generale, ma anche, a seconda dell'istituto coinvolto, anche altri organi dirigenti e pure gli organi di fatto.

Con il tempo, l'interpretazione della CFB ha portato a ritenere che anche la banca stessa (oltre ai suoi membri di direzione e del Consiglio di Amministrazione) dovesse rispettare il requisito dell'attività irreprensibile, come stabilito nel Bull CFB 41 p.19 seg.

La LBCR non fornisce una definizione del concetto di attività irreprensibile, lasciando dunque un margine di apprezzamento e di interpretazione molto ampio alla CFB, che ha utilizzato tale concetto in maniera particolarmente estensiva.

Infatti la genericità dell'articolo sulla garanzia di attività irreprensibile ha permesso alla CFB di utilizzare tale concetto quale “passepartout” dalla CFB, permettendole tramite la sua prassi di sviluppare la protezione delle funzioni contenute nella LBCR.

L'attività irreprensibile può essere considerata³⁰ l'elemento chiave della prassi della CFB, che dalle decisioni specifiche basate su casi pratici rilevava delle problematiche che divenivano in seguito oggetto di comunicazioni o circolari della CFB o lo spunto per l'emanazione di nuove normative, nonché provocavano richieste di intervento presso l'Associazione Svizzera dei banchieri (ASB), la quale a sua volta emanava delle regole per i propri associati.

Infatti la CFB ha giocato un ruolo determinante tramite la sua prassi sull'attività irreprensibile nell'ambito del riciclaggio e di obbligo di chiarimento del retroscena economico, intervenendo in tale ambito prima del legislatore dapprima (negli anni 1970) mediante le decisioni su casi pratici, poi con l'emanazione di direttive antiriciclaggio seguite poi dall'emanazione da parte dell'ASB della CDB nel 1977.

Con l'entrata in vigore della LBVM nel 1997, l'intervento della CFB quale autorità incaricata della protezione dei mercati ha svolto un ruolo sempre maggiore.

Basandosi sull'art. 11 LBVM nonché sulle direttive emanate dall'ASB in tale materia, la CFB ha negli anni sviluppato una prassi molto importante, contribuendo a chiarire quali fossero i comportamenti ritenuti scorretti e dunque non compatibili con il requisito dell'attività irreprensibile nell'ambito del commercio di valori mobiliari.

²⁸ Vedi DTF 94 I 480

²⁹ Commissione Federale delle Banche, Questions et réponses au sujet de la lettre de la Commission Fédérale des Banques (CFB) concernant la “garantie d'une activité irréprochable”

³⁰ Alessandro Bizzozzero, Garanzia di svolgimento irreprensibile dell'attività, pag. 53

Come già precedentemente accennato, lo sviluppo di tale prassi ha poi portato la CFB a rendersi conto dell'insufficienza del sistema sanzionatorio attualmente a sua disposizione e della necessità (espressa nel rapporto sulle sanzioni del 2003) di introdurre delle sanzioni finanziarie applicabili nei confronti degli istituti sorvegliati.

2.2.2 I soggetti che devono garantire un'attività irreprensibile

L'art. 3 cpv. 2 lett.c LBCR indica genericamente quali soggetti che devono garantire l'attività irreprensibile le persone incaricate dell'amministrazione e direzione della banca.

Dunque non tutte le persone che lavorano in una banca devono garantire l'attività irreprensibile, ma unicamente le persone dotate di potere decisionale, in grado cioè di dirigere e di influenzare la gestione dell'istituto³¹.

Tali persone si identificano normalmente con i membri dell'alta direzione e del Consiglio di Amministrazione della banca, ma il campo di applicazione della sovracitata norma deve essere valutato nella prassi caso per caso, in quanto varia a seconda della grandezza dell'istituto preso in considerazione.

Infatti per valutare quali siano le persone che rivestono importanti ruoli dirigenziali all'interno di una banca occorre esaminare da un lato la posizione gerarchica rivestita e le funzioni svolte in concreto e dall'altro il tipo di attività svolto dall'istituto e l'organizzazione esistente nello stesso.

Dunque accade nella prassi che negli istituti bancari di medie e grandi dimensioni molte posizioni dirigenziali non vengano considerate quali posizioni che richiedono una garanzia di attività irreprensibile, contrariamente a quanto accade nel caso di funzioni identiche svolte presso banche di piccole dimensioni.

Anche se il testo dell'art. 3 cpv. 2 lett.c LBCR si riferisce esclusivamente alle persone fisiche, a partire dagli anni 80 la CFB nella sua prassi ha specificato che la banca stessa, quale istituto, deve fornire una garanzia di attività irreprensibile (dotandosi di un'organizzazione adeguata alla propria taglia e garantendo uno svolgimento corretto degli affari intrapresi).³²

³¹ Si rammenta inoltre che (ai sensi dell'art 3 cpv.2 lettera c bis LBCR) gli azionisti che detengono una partecipazione superiore al 10% devono fornire la garanzia che tale influsso non viene esercitato a danno di una gestione sana e prudente.

³² Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Basler Kommentar, Bankengesetz pag. 54 e DTF 111 Ib 126 e decisione CFB Vontobel del 19.03.2006, Boll 45/44.

2.3 Contenuti della garanzia di attività irreprensibile

Il concetto di garanzia di attività irreprensibile non viene specificato in alcuna normativa, ma può essere unicamente desunto dalla prassi della CFB nonché dalle sentenze emanate dal Tribunale federale.

Nelle domande frequenti riportate sul sito della CFB³³ l'autorità di sorveglianza specifica che la garanzia di attività irreprensibile riunisce tutte le caratteristiche di tipo personale e professionale che permettono ad una persona di dirigere adeguatamente un istituto bancario. Per valutare tale condizione la CFB giudica l'attività professionale svolta nel passato e attualmente dalla persona interessata.

La CFB spiega l'esigenza della garanzia di attività irreprensibile al fine di garantire la fiducia del pubblico negli istituti autorizzati, nonché di preservare il buon nome della piazza finanziaria elvetica.

La fiducia degli investitori nelle banche svizzere deve infatti essere rafforzata tramite l'esigenza di requisiti professionali e personali molto elevati nei confronti delle persone che le dirigono.

Le caratteristiche professionali richieste possono essere riassunte nell'obbligo di disporre di tutte le conoscenze professionali necessarie all'esercizio della propria funzione nonché nell'obbligo di rispettare tutte le leggi vigenti, le norme deontologiche (quali ad esempio le regole di condotta emanate dall'ASB, la Convenzione di Diligenza, etc.) , la regolamentazione interna all'istituto e gli obblighi contrattuali stipulati con la clientela.

Quale violazione della regolamentazione interna si intende la violazione degli statuti, dei regolamenti e delle direttive interne all'istituto (ad esempio un superamento delle proprie competenze). Invece nei confronti della clientela, gravi violazioni delle relazioni contrattuali stipulate con i clienti possono portare al mancato rispetto della garanzia di attività irreprensibile.

Un esempio di tali violazioni possono essere conflitti di interesse in cui è stata privilegiata la banca a scapito del cliente, o la violazione da parte del commerciante in valori mobiliari degli obblighi di informazione, diligenza e lealtà contenuti nell'art. 11 LBVM.

In relazione alle qualità personali e professionali, la CFB prende in considerazione anche il comportamento passato della persona che deve garantire un'attività ineccepibile, richiedendo alla banca di informarsi presso il precedente datore di lavoro.

Nel caso di costituzione di una nuova banca la CFB richiede inoltre la presentazione dei seguenti documenti in relazione ai dirigenti: curriculum vitae, certificati di lavoro e estratto dal casellario giudiziario.

La CFB può anche, qualora lo ritenga rilevante ai fini dell'attività di sorveglianza svolta, richiedere informazioni anche sulle attività extraprofessionali intraprese dalla persona che deve garantire l'attività irreprensibile.

2.4 La verifica della garanzia di attività irreprensibile

La CFB procede alla verifica della garanzia di attività irreprensibile nei seguenti momenti:

- nell'ambito di una nuova domanda di autorizzazione bancaria;
- nel corso della vita dell'istituto, qualora venga constatata un'irregolarità che può mettere in discussione la garanzia di attività irreprensibile.

La CFB riceve da svariate fonti informazioni su irregolarità commesse all'interno di un istituto bancario. (ad esempio indicazioni relative a controlli insufficienti, abusi di mercato, malversazioni, violazioni di direttive interne, etc.).

In tal caso la CFB esamina se la responsabilità dell'irregolarità riscontrata appartiene ad una persona che deve presentare tale garanzia, e qualora lo ritenga necessario può richiedere alla banca l'allontanamento della persona stessa.

Fonte principale delle informazioni sono i rapporti e le segnalazioni ricevute dalle società di revisione, che nell'ambito del loro controllo annuale devono anche rilasciare una lettera in cui affermano che a loro parere la banca esaminata ed i suoi organi dirigenti (nonché Consiglio di Amministrazione) rispettano il requisito dell'attività irreprensibile.

Le modalità di tale esame effettuato annualmente dai revisori vengono descritte in dettaglio nel paragrafo seguente.

³³ www.ebk.ch

2.5 Le verifiche effettuate dal revisore nell'ambito dell'attività irreprensibile

A partire dalle chiusure successive al 31 dicembre 2006 sono entrate in vigore le seguenti circolari CFB, finalizzate a definire in modo preciso l'approccio che le società di revisione devono adottare per le verifiche ed il reporting allestito ai fini della vigilanza:

- la Circ.CFB 05-01 "Audit";
- la Circ.CFB 05-02 "Rapporto di revisione";
- la Circ.CFB 05-03 "Società di revisione";
- la Circ.CFB 05-04 "Reporting prudentiel"

Con l'adozione di tali circolari (in particolare la Circ.CFB 05-01 "Audit" e la Circ.CFB 05-02 "Rapporto di revisione") la CFB recepisce e precisa al revisore esterno quali siano gli ambiti delle verifiche, la loro modalità di esecuzione, nonché gli standard di comunicazione all'autorità di vigilanza.

In tal modo l'autorità di vigilanza rinnova e ribadisce la peculiarità del sistema di vigilanza elvetico imperniato sulla delega di competenze alle società di revisione esterne.

La circolare Circ.CFB 05-01 "Audit":

Tale circolare (in seguito definita anche Circ. 05/01) stabilisce che le società di revisione devono effettuare la loro pianificazione in due fasi:

1. l'analisi dei rischi;
2. la strategia d'audit

Allegato alla Circ. 05/01 vi è il formulario "Rapport standard analyse des risques / stratégie d'audit"³⁴, che costituisce lo strumento operativo utilizzato dai revisori nell'elaborazione del rapporto sull'analisi dei rischi /strategia di audit.

Tale formulario prevede la ripartizione delle verifiche di revisione in due macro aree:

- l'Audit di sorveglianza – il cui obiettivo è quello richiedere al revisore di esprimersi in merito al rispetto delle normative in relazione alle condizioni di autorizzazione.
- l'Audit sui conti – il cui obiettivo principale è quello di analizzare l'organizzazione, il sistema di controllo e la corretta applicazione dei principi contabili. Anche per tale attività di verifica il revisore deve rilasciare un'attestazione specifica.

La parte della circ. 05/01 maggiormente rilevante ai fini dell'analisi delle verifiche effettuate dal revisore nell'ambito dell'attività irreprensibile è quella relativa all'Audit di sorveglianza.

2.5.1 L'Analisi dei rischi

L'autorità di vigilanza, abbracciando nella circolare la metodologia degli ISA³⁵, ha standardizzato maggiormente l'attività del revisore richiedendogli di formalizzare la pianificazione della propria attività attraverso un'analisi dei rischi.

In questo ambito gioca un ruolo significativo il giudizio professionale e soggettivo del revisore stesso che stabilisce, in base alla propria esperienza, quali attività o categorie di transazioni si presentano come maggiormente critiche per le quali una verifica è necessaria (i "Rischi essenziali di revisione" o RER).

In relazione alla verifica delle condizioni di autorizzazione l'autorità di vigilanza ha stabilito degli "Audit obbligatori", cioè delle analisi che devono essere sempre effettuate, indipendentemente dalla valutazione del revisore esterno.

³⁴ L'obbligo, imposto dalla circolare, di discutere preventivamente il contenuto del formulario con la Banca, ed inviarlo in seguito all'autorità di vigilanza, costituisce una novità assoluta rispetto al passato in termini di:

- trasparenza dell'approccio;
- "coinvolgimento" del management
- possibilità di controllo ex-post da parte dell'autorità di vigilanza stessa

³⁵ International Standard on Auditing

La garanzia di un'attività irreprensibile, così come l'adeguata organizzazione, il capitale regolamentare e le normative antiriciclaggio sono inserite in questa sezione del formulario.

2.5.2 Strategia d'audit

Una volta stabilite le aree maggiormente critiche, tenendo conto delle aree definite come obbligatorie, al revisore è richiesto di definire la strategia di revisione da adottare.

Tale processo è svolto in due fasi:

A) Nella prima fase vi è un apprezzamento generale di queste aree critiche (RER o aree definite negli audit obbligatori) per mezzo di due elementi:

- Il rischio inerente (o rischio implicito) - rischio legato a ciascuna attività o categoria di transazioni indipendentemente dai controlli presenti. In tal senso il rischio inerente non è un rischio "lordo" in alcun modo mitigabile;
- Il rischio di controllo – rischio derivante dal non corretto funzionamento del sistema di controllo interno.

La circolare precisa che per ciascuna delle aree critiche il revisore deve quindi valutare qualitativamente sia il livello di rischio inerente che quello di controllo. A questo proposito è assegnato un livello di rischio alto o basso per il rischio inerente, mentre il rischio di controllo è valutato come alto, medio o basso.

B) Nella seconda fase il revisore stabilisce la strategia d'audit in base alla valutazione qualitativa effettuata nella prima fase del rischio inerente e del rischio di controllo il rischio complessivo (o rischio combinato).

La tabella seguente sintetizza le combinazioni tra rischi ed il loro impatto sul livello di rischio combinato:³⁶

Rischio inerente	Rischio di controllo		
	Basso	Medio	Alto
Basso	Minimo <i>Nessuna verifica</i>	Moderato <i>Audit di plausibilità</i>	Medio <i>Review</i>
Alto	Moderato <i>Audit di plausibilità</i>	Medio <i>Review</i>	Massimo <i>Audit</i>

La strategia d'audit, e di conseguenza l'estensione delle verifiche che la società di revisione dovrà effettuare, è quindi meccanicamente determinata dalla circolare in base al valore assegnato al rischio combinato. La tabella seguente commenta le principali differenze relative alle verifiche definite nella Circ. 05/01.

Rischio combinato	Strategia d'audit	Commenti
Alto	Audit	L'audit implica l'attivazione di procedure e verifiche che consentono al revisore di esprimere un giudizio con il massimo livello di garanzia
Medio	Review	Il review implica l'attivazione di procedure e verifiche che consentono al revisore di esprimere un giudizio con un livello di garanzia minore
Moderato	Plausibilizzazione ³⁷	La plausibilizzazione implica l'attivazione di procedure e verifiche che consentono al revisore di esprimere un giudizio con un livello di garanzia minore

³⁶ Con una formula matematica il rischio combinato può essere espresso nel seguente modo:
Rischio combinato = Rischio inerente x Rischio di controllo

³⁷ Nel caso in cui il rischio fosse minimo, la circolare consente al revisore di non effettuare alcuna verifica.

Rischio combinato	Strategia d'audit	Commenti
Minimo	Nessuna verifica	-

A questo proposito è rilevante notare come la circolare, discostandosi in modo sostanziale dalla metodologia abbracciata per tutte le altre aree di verifica, non richieda alcun lavoro specifico alla società di revisione per quanto riguarda l'area relativa "Garanzia di un'attività irreprendibile"³⁸.

Consapevole della centralità del tema nonché della difficoltà di definire in modo tecnico in una circolare delle verifiche sufficienti o omnicomprensive legate al tema della garanzia di un'attività irreprendibile, la CFB ha adottato la via dell'approccio "indiretto" imponendo al revisore di esprimere un giudizio sul tema valutando complessivamente i risultati di tutte le verifiche effettuate per gli audit obbligatori o quelli definiti dalla propria analisi dei rischi.

La Circolare CFB 05-02 "Rapporto di revisione":

Tutti i risultati delle verifiche svolte dai revisori nell'ambito della sorveglianza sono riassunti nel rapporto inviato alla CFB.

Tale rapporto, allestito conformemente a quanto prescritto dalla Circ. CFB 05-02 "Rapporto di revisione", contiene i risultati delle verifiche svolte negli ambiti definiti come rilevanti dal revisore stesso e in quelli definiti come obbligatori dall'autorità di vigilanza.

Il revisore, considerando il fatto che la revisione legata alla garanzia dell'attività irreprendibile è una sintesi delle verifiche svolte nell'ambito degli audit obbligatori, emetterà di norma un giudizio basato su verifiche che saranno in parte dei veri audit ed in parte delle plausibilizzazioni o dei review che presentano un livello di garanzia meno elevato. A tal proposito è interessante notare che, mentre un audit ha una conclusione "positiva"³⁹, nell'ambito di un review, proprio per enfatizzare un livello di garanzia ridotto, il revisore conclude i suoi lavori emettendo un giudizio di tipo "negativo".

Nel caso in cui durante i lavori di verifica non si rilevassero elementi che mettessero in dubbio la garanzia di attività irreprendibile, nel reporting di vigilanza vi sarebbe la seguente formulazione "di rito":

"...le nostre verifiche non hanno mostrato alcun elemento che ci induce a ritenere che la garanzia di un'attività irreprendibile da parte degli amministratori, della direzione così come dei detentori di partecipazioni qualificate non fossero date."

Tale formulazione cambia nel momento in cui i lavori di revisione fanno emergere elementi che inducono gli stessi revisori a ritenere che alcuni principi di una garanzia di attività irreprendibile non siano più dati. Se ad esempio si evidenziasse una carenza nell'applicazione da parte di un direttore generale di alcuni principi legati all'ORD-CFB, la formulazione di rito potrebbe essere:

"in base alle nostre verifiche, ad eccezione di quanto rilevato in relazione alle violazioni dell'ORD-CFB imputabili ad Direttore Generale, non abbiamo altri elementi che ci inducano a ritenere che la garanzia di un'attività irreprendibile da parte degli amministratori, della direzione così come dei detentori di partecipazioni qualificate non siano date."

2.6 Procedura amministrativa e sanzioni emanate dalla CFB nell'ambito dell'attività irreprendibile

Nell'ambito dell'accertamento della garanzia di attività irreprendibile la CFB dispone come già accennato di un ampio potere discrezionale e non deve dunque giustificare l'origine dei suoi dubbi in merito alla sussistenza di tale garanzia.

Essa ha quindi grande spazio di manovra per l'introduzione di una procedura amministrativa basata sulla legge sulla procedura amministrativa (LPA).

Parti di tale procedura amministrativa sono sia la banca che l'organo dirigente interessato, che hanno il diritto di esprimere la propria opinione nonché di consultare gli atti.

³⁸ Trattandosi di un Audit obbligatorio non è però possibile non effettuare nessuna verifica.

³⁹ Ad esempio, in relazione alla normativa sulla Gestione patrimoniale la frase di rito potrebbe essere: "in base alle nostre verifiche riteniamo che la direttiva ASB sulla gestione patrimoniale sia stata rispettata".

L'organo dirigente interessato conserva un diritto di visionare gli atti e di ricorso indipendente da quello attribuito alla banca stessa.

L'istruzione della procedura amministrativa viene svolta dal segretariato della CFB.

Nell'ambito della procedura amministrativa,⁴⁰ la CFB accerta se la responsabilità delle irregolarità riscontrate è attribuibile solo alla banca in generale (per mancata organizzazione, etc. avendo riscontrato l'esistenza di una responsabilità collettiva della direzione della banca, oppure se la responsabilità delle irregolarità va attribuita ad un singolo organo.

Nel caso venga riscontrata la responsabilità della banca, le sanzioni possono essere:

2.6.1 Sanzioni nei confronti della banca

1. Nei casi meno gravi, viene emanata dalla CFB una constatazione relativa alla carenza di attività irreprensibile seguita da misure secondarie di accompagnamento necessarie ad eliminare i punti deboli. Tali misure possono ad esempio essere: il rafforzamento dell'organizzazione e dei controlli interni, l'emanazione di nuove direttive, etc.). Qualora la banca non ottemperi alle misure di accompagnamento richieste dalla CFB, naturalmente quest'ultima adotterà dei provvedimenti più severi nei confronti dell'istituto.

Non essendovi la possibilità, come spiegato nei paragrafi precedenti, di emanare delle sanzioni finanziarie ed essendo il ritiro dell'autorizzazione bancaria una misura assai grave adottata solo in casi rari, la sanzione sopra descritta rimane quella adottata più frequentemente dalla CFB.

2. Nei casi più gravi, in cui le violazioni riscontrate sono di particolare entità e si è riscontrata la responsabilità collettiva della direzione della banca nel commettere tali violazioni, la CFB adotta la misura più estrema, cioè il ritiro dell'autorizzazione bancaria.

Prima di giungere a tale passo la CFB deve avvisare la banca del rischio di una revoca, per vedere se esiste la possibilità di trovare un'altra soluzione quale ad esempio la ricerca di un nuovo azionista in grado di assicurare l'eliminazione delle irregolarità riscontrate e di garantire il corretto svolgimento dell'attività bancaria.

Chiaramente tale misura presenta un forte limite in quanto la sua attuazione è possibile solo nel caso di banche minori, non essendo neppure immaginabile nel caso delle grandi banche a causa dell'impatto devastante sui mercati finanziari di un tale provvedimento.

In tal senso l'introduzione di sanzioni finanziarie, rapportate oltre che alla gravità delle irregolarità riscontrate anche alla taglia dell'istituto permetterà in parte di ovviare a tale, per altro necessaria allo stato attuale, "disparità di trattamento".

L'impossibilità di emanare sanzioni finanziarie nei confronti della banca che nell'ambito delle attività svolte non ha rispettato il requisito della garanzia di attività irreprensibile ha portato la CFB a sviluppare negli ultimi anni la prassi di "invitare" le banche a trovare una soluzione finalizzata a privarsi dell'arricchimento ottenuto illecitamente.

Nel caso CS Biber⁴¹ infatti, non essendo possibile per la CFB procedere alla confisca dell'arricchimento illecito ottenuto dalle banche, essa ha richiesto alle stesse di elaborare una soluzione in proposito, informando in seguito la CFB sui passi intrapresi.

A seguito di tale richiesta della CFB le banche coinvolte hanno provveduto a risarcire coloro che erano stati danneggiati dall'acquisto delle azioni Biber (per un indennizzo globale di CHF 40 milioni).

Nel caso Think Tools invece la banca, su richiesta della CFB, si è privata del profitto illecito ottenuto mediante un'iniqua attribuzione di titoli da introdurre in borsa (e mediante la successiva vendita di tali titoli) donando CHF. 21,3 milioni alla Croce Rossa in favore delle vittime della guerra.

2.6.2 Sanzioni nei confronti dei singoli individui

Qualora la CFB constati che una persona non fornisce più la garanzia di attività irreprensibile, essa può adottare le seguenti misure:

⁴⁰ Per approfondimenti sulla procedura amministrativa intrapresa dalla CFB, vedi l'articolo di Baumgartner/Burkhardt/Roesch, pubblicato a pag.169 segg. di AJP/PJA 2/2006.

⁴¹ Caso esposto in dettaglio a pag. 28 del presente lavoro.

2.6.2.1 Nota di biasimo

Nei casi meno gravi, in cui la richiesta alla banca di procedere al licenziamento della persona sarebbe eccessiva tenuto conto delle circostanze, la CFB si limita ad esprimere una nota di biasimo in cui si riscontra che non è stato rispettato il requisito dell'attività irreprensibile.

Tale misura viene ad esempio adottata qualora sia trascorso ormai un certo lasso di tempo dai fatti oppure la persona interessata abbia abitualmente sempre tenuto un comportamento ineccepibile.

2.6.2.2 Licenziamento

Nei casi gravi, la CFB può richiedere alla banca il licenziamento immediato della persona (o delle persone) che non ha fornito la garanzia di attività irreprensibile, oppure che la stessa venga trasferita a funzioni di minore responsabilità e che non richiedono la garanzia di attività irreprensibile.

2.6.2.3 Lettera concernente la garanzia di attività irreprensibile (die Gewährbriefe)

Nel caso in cui la persona che non ha rispettato il requisito della garanzia di attività irreprensibile non lavori più (sia perché licenziato o per propria decisione) nella banca soggetta ad accertamento e non occupi presso altre banche funzioni di analoga responsabilità, la CFB lascia cadere la procedura amministrativa nei suoi confronti in quanto ritiene non esservi più motivo di esaminare se la persona in questione aveva o meno rispettato il requisito dell'attività irreprensibile.

Secondo una prassi sviluppata⁴² negli ultimi 15 anni la CFB provvede in tali casi ad inviare alla persona interessata una lettera concernente la garanzia di attività irreprensibile (la Gewährbriefe), in cui l'autorità di sorveglianza comunica alla persona interessata alcune riserve in merito alla garanzia di attività irreprensibile.

In tale lettera la CFB descrive brevemente, sulla base delle informazioni in suo possesso, i fatti accaduti che potrebbero mettere in discussione la garanzia di attività irreprensibile presentata dalla persona cui è indirizzata la lettera.

La lettera non giudica il grado di veridicità né la completezza delle informazioni in possesso della CFB, lasciando all'interessato la possibilità di esprimere una presa di posizione per iscritto.

La CFB informa il destinatario che essa si riserva di accertare concretamente un futuro la sussistenza della garanzia di attività irreprensibile nel caso in cui la persona interessata ottenga un'offerta di lavoro concreta relativa ad una posizione che esige tale requisito.

Il destinatario della lettera viene invitato a contattare preventivamente la CFB nel caso riceva una simile offerta di lavoro, nonché ad informare il nuovo datore di lavoro dell'esistenza della Gewährbriefe.

L'accertamento concreto della garanzia dell'attività irreprensibile in un tale caso potrebbe comportare l'esigenza dell'apertura di una procedura amministrativa da parte della CFB.

Non essendo la Gewährbriefe una decisione di tipo formale ma solo una raccomandazione non è possibile ricorrere contro la stessa.

Qualora le raccomandazioni contenute nella Gewährbriefe non venissero rispettate e la persona interessata occupasse nuovamente una posizione che richiede la garanzia di attività irreprensibile senza aver preventivamente informato la CFB, la CFB potrebbe aprire una procedura amministrativa ed ordinare alla banca interessata il licenziamento, con la conseguenza che sia la banca che la persona interessata si ritroverebbero a sopportare i costi della procedura intrapresa.

La CFB ha stabilito nella sua prassi che il giudizio sulla garanzia di attività irreprensibile relativo ad una persona che ha ricevuto una Gewährbriefe non può essere espresso astrattamente prima che tale persona abbia ricevuto un'offerta di lavoro concreta, in quanto tale giudizio deve essere effettuato esaminando la posizione che la persona occuperebbe all'interno di una determinata banca (ad esempio membro di direzione, direttore generale oppure presidente del Consiglio di Amministrazione), in quanto è possibile che una persona soddisfi il requisito per una determinata attività e non per un'altra.

Il tipo di attività svolta e la grandezza dell'istituto sono determinanti al fine della decisione della CFB.

⁴² Per approfondimenti sulla tematica vedi l'articolo di Baumgartner/Burkhardt/Roesch, pubblicato a pag.169 segg. di AJP/PJA 2/2006 e le domande frequenti concernenti la garanzia di attività irreprensibile pubblicate su www.ebk.ch, nonché il RA 2003 pag. 49-51.

2.6.3 Denuncia alle autorità penali

Qualora la CFB constati l'esistenza di infrazioni di rilevanza penale, essa ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 23 ter cpv. 4 LBCR, di informare le autorità penali competenti o il Dipartimento Federale delle Finanze a seconda della fattispecie riscontrata.

2.6.4 Ricorso al Tribunale Federale

Come accennato precedentemente, unica possibilità di ricorso contro le decisioni prese dalla CFB in materia di garanzia irreprensibile è quella di adire al Tribunale Amministrativo Federale, ed in ultima istanza al Tribunale Federale.

Occorre però specificare che nel corso degli anni le decisioni della CFB in tale materia sono state costantemente avallate dal Tribunale Federale.

Il Tribunale Federale ha infatti espresso una riserva, stabilendo⁴³ che la competenza tecnica per decidere in materia di garanzia di attività irreprensibile spetta unicamente alla CFB, quale autorità di sorveglianza specializzata nella materia.

Il Tribunale Federale non entra dunque nel merito delle decisioni rese dalla CFB su questioni tecniche, limitandosi ad esaminare l'eventuale sussistenza dei seguenti motivi di ricorso (previsti dall'art. 104 della legge federale sugli organi giudiziari del 16/2/1943, - OG): accertamento falso dei fatti, violazioni della legge federale oppure un uso eccessivo o improprio della discrezionalità.

⁴³ Baumgartner/Burkhardt/Roesch, Gewährsversverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, pag.170.e DTF 121 II 149, ATF 116 Ib 197, BGE 108 Ib 2000.

3 Casistica relativa alla prassi della CFB in materia di garanzia di attività irrepreensibile

In questa parte del lavoro verranno esaminate in concreto le fattispecie considerate dalla CFB nella sua prassi quali comportamenti non compatibili con la garanzia di attività irrepreensibile.

La violazione della garanzia di attività irrepreensibile si verifica secondo la CFB nei seguenti casi⁴⁴:

Violazione delle norme vigenti in ambito finanziario:

- LBCR, LRD, LBVM, Licol, etc.;
- Circolari e decisioni della CFB;
- violazione di norme penali (riciclaggio di denaro⁴⁵, carente diligenza in operazioni finanziarie⁴⁶, falsità in titoli, insider trading, manipolazione dei corsi, etc.).

A titolo di esempio si può riportare in ambito di riciclaggio il mancato chiarimento del retroscena economico di operazioni inusuali⁴⁷ oppure il finanziamento di operazioni illecite messe in atto dalla propria clientela⁴⁸.

Altra violazione della garanzia di attività irrepreensibile è stata considerata la non segnalazione alla CFB di una violazione delle disposizioni legali sulla ripartizione dei rischi⁴⁹.

In ambito di violazione delle norme relative al commercio di titoli, la CFB ha stabilito⁵⁰ che i commercianti di valori mobiliari sono tenuti (ai sensi degli obblighi di informazione, diligenza e lealtà contenuti nell'art. 11 LBVM nonché del requisito della garanzia di attività irrepreensibile) a soddisfare esigenze elevate in materia di comportamento.

Secondo la CFB un comportamento abusivo sul mercato si verifica quando, in modo ingiustificato, una persona che opera sul mercato viene direttamente o indirettamente avvantaggiata o svantaggiata da un terzo.

Un comportamento abusivo si riscontra nei seguenti casi:

- utilizzo abusivo di informazioni non pubbliche a proprio vantaggio
- manipolazione dei corsi delle azioni
- diffusione di informazioni false o ingannevoli
- svantaggiare in ogni altro modo non giustificato altri partecipanti al mercato, ad esempio tramite la ripartizione iniqua dei titoli di una nuova emissione (infra pag. 21).

Violazioni di norme deontologiche quali la regolamentazione emanata dall'ASB o da altri organismi di autoregolamentazione presenti sul mercato (quali ad. esempio la Swiss Funds Association).

Con particolare riferimento alla CDB, l'art. 14 cpv. 2 ORD-CFB sancisce che la violazione della CDB 2003 può mettere in discussione la garanzia di un'attività irrepreensibile richiesta all'intermediario finanziario.

Dunque tutte le operazioni vietate dalla CDB (quali in particolare la mancata o carente identificazione del titolare o dell'avente diritto economico, l'assistenza attiva all'evasione fiscale etc.) possono comportare una violazione del requisito dell'attività irrepreensibile.

A titolo di esempio sono state considerate attività non irrepreensibili l'accettazione volontaria della designazione di falsi aventi diritto economico⁵¹.

⁴⁴ Alessandro Bizzozzero, Garanzia di svolgimento irrepreensibile dell'attività, pag. 74 e seg. E Carlo Lombardini, Droit bancaire suisse, Schulthess 2002, pag. 34-35

⁴⁵ Art. 305 bis CP

⁴⁶ Art. 305 ter CP

⁴⁷ Vedi caso Montesino riportato in EBK 42/2002, 123 ss

⁴⁸ Boll. CFB 22, pag. 27 seg.

⁴⁹ Boll. CFB 25, p.24 seg.

⁵⁰ Rapporto annuale 2001 pag. 217-218

⁵¹ Boll CFB 23, pag. 19 seg.

Violazioni della regolamentazione interna all'istituto

- violazione di statuti, regolamenti, direttive, istruzioni operative, etc.: esempi di tali violazioni sono il superamento delle proprie competenze, la mancata informazione agli organi superiori;
- a titolo di esempio possiamo citare il sorpasso delle proprie competenze ed il non rispetto delle istruzioni ricevute dal Consiglio di Amministrazione della banca⁵².

Violazione di doveri contrattuali nei confronti della propria clientela

Nei casi più gravi di violazione dei doveri contrattuali può venir meno la garanzia di attività irreprensibile.

Alcuni esempi di tali violazioni sono; il mancato rispetto delle norme sul mandato e delle direttive ASB nell'ambito della gestione patrimoniale, la non corretta esecuzione del mandato di investimento, risoluzione di conflitti di interesse a scapito della clientela, etc.

Nell'ambito della gestione patrimoniale si riscontrano in particolare a titolo di esempio le seguenti problematiche che possono comportare un comportamento non irreprensibile da parte della banca:

- conflitti di interesse tra il conto nostro ed i conti della clientela;
- gestione degli ordini globali per conto dei clienti con mandato: spesso si rivela possibile effettuare per tutti i clienti in gestione l'acquisto o la vendita di un titolo al medesimo prezzo, con la conseguenza di privilegiare alcuni clienti a scapito di altri;
-
- gestione dell'attribuzione delle nuove emissioni (hot issues);
- in caso di attribuzione di nuove emissioni, (la cui potenzialità da guadagno e normalmente molto elevata) la tentazione di favorire la banca e/o alcuni clienti importanti a scapito dei clienti "normali" può essere molto forte.

3.1 Analisi della prassi della CFB nell'ultimo decennio (1996-2006)

Quale parte conclusiva del presente lavoro ho ritenuto interessante esaminare le decisioni prese dalla CFB nell'ultimo decennio in materia di attività irreprensibile, riportando (in ordine cronologico) in una tabella riassuntiva le decisioni a mio parere particolarmente rilevanti e rappresentative.

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irreprensibile:	Anno e riferimento.
<p>Gli attivi di una banca erano stati fortemente compromessi dalla concessione di importanti crediti, risultati poi sofferenti, agli organi della banca nonché a terzi. Tale situazione ha provocato una considerevole perdita che ha assorbito la totalità delle riserve disponibili.</p> <p>La CFB ha nominato un osservatore ed avendo constatato che gli attuali proprietari della banca non erano in grado di risanare la situazione riscontrata (consistente in numerose lacune a livello di osservanza della normativa, nonché nella mancanza di separazione di funzioni e di un'organizzazione adeguata) ha stabilito che buona parte dei dirigenti non presentava più il requisito dell'attività irreprensibile e che l'attività bancaria non poteva essere continuata.</p> <p>La banca in questione è stata acquistata da un altro istituto, permettendo così la salvaguardia degli interessi degli investitori.</p>	Pag. 22 RA ⁵³ 1996

⁵² Boll CFB 11, pag. 23 seg.

⁵³ RA: Rapporto Annuale della CFB

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irreprensibile:	Anno e riferimento.
<p>Il direttore generale nonché azionista di maggioranza di una banca di gestione patrimoniale ha acquistato, contro la volontà degli altri membri di direzione ed all'insaputa dei membri del Consiglio di Amministrazione, dei titoli di una società canadese che sfruttava una miniera d'oro.</p> <p>L'acquisizione di titoli non quotati e con un mercato molto limitato contravveniva pesantemente sia ai termini del mandato di gestione sia alle direttive sul mandato di gestione emanate dalla CFB.</p> <p>Un anno dopo l'acquisto dei titoli la quotazione degli stessi, promessa dagli amministratori della società mineraria, non si era ancora verificata.</p> <p>La banca ha ripreso i titoli nel proprio portafoglio al fine di non pregiudicare gli interessi dei suoi clienti.</p> <p>Nel frattempo, il direttore generale in conseguenza della vicenda aveva rassegnato le proprie dimissioni dalla banca, ma restando l'azionista di maggioranza non poteva garantire che il suo influsso non venisse esercitato a danno di una gestione sana e prudente (ai sensi dell'art. 3 cpv. 2 lett. d LBCR) e dunque la CFB gli ha fissato un termine per cedere la propria partecipazione qualificata, minacciando altrimenti il ritiro dell'autorizzazione bancaria.</p> <p>Poiché la banca è stata ripresa da un gruppo bancario straniero, la CFB non ha dovuto prendere altre misure amministrative nei confronti della banca.</p>	Pag. 138 RA 1997
<p>Nell'ambito della vendita di un immobile ad uso proprio da parte della banca al direttore, generale, nonché azionista, la CFB aveva richiesto che l'intero finanziamento venisse erogato da un terzo istituto. In seguito la CFB si accorse però che il finanziamento esterno da lei richiesto era stato possibile solo in quanto i fondi erano stati in realtà messi a disposizione da una filiale estera del medesimo gruppo bancario.</p> <p>La filiale estera, presieduta dal direttore generale svizzero, aveva messo a disposizione di un fondo di investimento gestito dalla banca CHF. 5 milioni, di cui 2 erano stati investiti sul mercato, mentre il saldo era stato utilizzato per garantire il prestito al dirigente in questione, prestito erogato solo formalmente da una banca terza.</p> <p>Nella banca sono in seguito intervenute delle modifiche a livello dell'azionariato ed il direttore in questione aveva lasciato la banca; dunque la CFB non ha intrapreso nei suoi confronti una procedura amministrativa.</p>	Pag. 139 RA 1997
<p>Nel corso del 1998 la commissione di sorveglianza della borsa svizzera sui mercati ha constatato la presenza di importanti sbalzi di quotazioni sul mercato, in particolare in relazione al mercato delle opzioni.</p> <p>L'inchiesta effettuata dalla borsa svizzera ha rivelato che il problema era dovuto soprattutto agli ordini al meglio introdotti da terzi e trattati in modo automatico e non controllato dal sistema della borsa.</p> <p>Tale sistema automatizzato ha creato il problema dello "snake trading", termine che indica la pratica scorretta di alcuni negozianti di titoli che ricercano negli ordini piazzati gli ordini al meglio dati per valori per cui non esiste né domanda né offerta e piazzano delle offerte o delle domande (a seconda che la controparte abbia piazzato un ordine al meglio all'acquisto oppure alla vendita) che divergono notevolmente dalle quotazioni di mercato.</p> <p>In tal modo essi beneficiano di esecuzioni favorevoli ingiustificate in quanto ottenute ad un prezzo iniquo.</p> <p>La borsa svizzera ha pronunciato delle sanzioni ed ammonimenti nei confronti dei propri membri che utilizzavano tale pratica sleale, mentre la CFB ha indirizzato una lettera a tutti i negozianti in valori mobiliari, attirando la loro attenzione sulla gravità di un simile comportamento e sulle conseguenze possibili, sottolineando che delle attività di snake trading sistematiche e premeditate nocivano gravemente alla borsa ed alla piazza finanziaria svizzera e violavano l'esigenza di garanzia di attività irreprensibile posta dall'art. 10 cpv. 2 let. d LBVM.</p>	

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irreprensibile:	Anno e riferimento.
<p>Nel corso del 1998, l'unità di affari "Global Equità Derivatives Business (GEDE) appartenente all'UBS ha subito perdite di CHF 625 milioni nella negoziazione di prodotti derivati.</p> <p>Inoltre UBS, a causa di una partecipazione diretta nonché di una transazione finanziaria strutturata che comportava una partecipazione nell'hedge fund Long Term Capital Management (LTCM, importante hedge fund che ha evitato il fallimento solo in seguito all'intervento di salvataggio da parte di un insieme di 15 banche) ha subito nel settembre 1998 una perdita di CHF 950 milioni.</p> <p>A seguito di tali perdite la CFB ha aperto un'inchiesta al fine di ricercare le cause e le responsabilità delle perdite subite e di stabilire se occorre prendere delle misure nei confronti della banca nonché di verificare se gli organi dirigenti presentavano ancora la garanzia di attività irreprensibile.</p> <p>Alla fine dell'inchiesta su GEDE, che aveva portato alla luce numerosi punti deboli nell'organizzazione, veniva stabilito però che gli organi dirigenti non avevano violato la garanzia di attività irreprensibile.</p> <p>Per quanto riguarda LTCM le indagini della CFB avevano riscontrato diverse lacune organizzative, ed il fatto che la documentazione relativa alla transazione LTCM era molto carente, e che il pagamento di bonus in relazione a LTCM costituiva uno strumento di incentivazione inadeguato.</p> <p>Poiché gli organi coinvolti nella vicenda LTCM non lavoravano più presso UBS e le carenze organizzative erano state colmate la CFB aveva rinunciato alla verifica relativa alla garanzia di attività irreprensibile.</p>	<p>Pag. 139 seg. AR 1998 e pag. 206-207 AR 1999</p>
<p>Una filiale svizzera di un gruppo bancario estero aveva aperto un conto ad una società domiciliata in un paese noto per il suo governo corrotto. In otto mesi circa DM 300 milioni erano stati trasferiti da un conto presso la banca estera su tale conto.</p> <p>La banca aveva identificato l'origine dei fondi quali "commissioni" necessarie all'ottenimento di un appalto pubblico. Invece di ricevere i documenti abituali quali i contratti e le fatture originali, la banca aveva ricevuto dei documenti contenenti indicazioni relative al progetto di costruzione.</p> <p>Sia la banca estera che la filiale svizzera erano a conoscenza del fatto che alcuni membri della famiglia del presidente dello stato in questione erano gli aventi diritto economico dei fondi.</p> <p>La CFB ha stabilito, confermando la sua lunga pratica in materia, che il mantenimento di una tale relazione commerciale non era compatibile con la garanzia di attività irreprensibile.</p>	<p>Pag.161 AR 1998</p>
<p>Il gerente di una banca Raiffeisen aveva effettuato a più riprese nell'arco di un semestre diverse manipolazioni finalizzate ad occultare delle perdite personali subite in transazioni su opzioni. Al fine di occultare lo scoperto esistente sui suoi conti, egli si è attribuito dei limiti di scoperto non autorizzati, effettuato delle operazioni fittizie nonché venduto a più riprese parti di fondi di investimento appartenenti a clienti, attribuendo il ricavato a suo favore.</p> <p>La CFB ha depositato una denuncia penale per falsità in titoli ed abuso di confidenza nei confronti del gestore, che non lavora più in ambito bancario.</p>	<p>Pag. 162 AR 1998</p>
<p>La CFB era venuta a conoscenza di una domanda di assistenza internazionale nei confronti di una banca svizzera relativa a narcotraffico e riciclaggio.</p> <p>Dalle indagini era emerso un ruolo attivo della banca nel camuffare i fondi appartenenti al narcotrafficante, falsificando della documentazione al fine di evitare la confisca degli averi da parte dell'autorità estera.</p> <p>Oltre alla procedura penale in corso in materia di riciclaggio la CFB ha depositato denuncia penale per falsità in titoli nei confronti del banchiere che non esercita più attività nell'ambito bancario.</p>	<p>Pag. 162 AR 1998</p>

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irrepreensibile:	Anno e riferimento.
<p>Attribuzione tardiva di transazioni sui titoli: un gestore esterno gestiva tre conti presso una banca, di cui uno apparteneva a sua moglie.</p> <p>L'organo di revisione interna aveva rilevato che le transazioni per tali clienti venivano spesso contabilizzate in ritardo. In particolare il conto della moglie del gestore presentava sempre delle performances migliori.</p> <p>Il membro di direzione responsabile del commercio di titoli era a conoscenza delle attribuzioni tardive.</p> <p>La CFB ha stabilito che i doveri di informazione, diligenza e lealtà contenuti nell'art. 11LBVM incombono sul negoziatore di titoli anche qualora i depositi dei clienti siano gestiti da un gestore esterno. Il dovere lealtà ricomprende, tra gli altri, il dovere di attribuire e registrare immediatamente le operazioni effettuate; vi erano inoltre indizi di manipolazioni nell'ambito delle attribuzioni tardive dei titoli.</p> <p>Poiché il comportamento del membro di direzione della banca aveva permesso tali violazioni dell'art. 11 LBVM, la CFB ha ritenuto che egli non garantiva più un'attività irrepreensibile. Tenuto conto delle circostanze, la CFB ha però rinunciato ad esigere l'allontanamento del dirigente da ogni funzione dirigenziale.</p>	Pag. 194 AR 1999
<p>Transazioni non autorizzate effettuate al fine di stabilizzare il corso di un titolo: un gruppo industriale aveva incaricato una banca di effettuare 10 transazioni in borsa relative alle proprie azioni: si trattava di acquistare e vendere in borsa simultaneamente per conto del gruppo un numero identico di azioni ad un prezzo prestabilito. Ripartiti su tre giorni, tali ordini sono stati introdotti nel sistema di negoziazione in periodi critici della giornata quali poco dopo l'apertura o poco prima della chiusura.</p> <p>Nel corso dell'indagine la banca ha sostenuto che essa non aveva indizi che rivelassero che il suo cliente cercava intenzionalmente di manipolare il corso dell'azione, in quanto i prezzi di esecuzione non differivano molto dal prezzo di mercato.</p> <p>La CFB ha stabilito invece che tali operazioni erano delle "wash sales", cioè transazioni prive di uno scopo economico in quanto gli acquisti e le vendite simultanee erano effettuate per conto dello stesso beneficiario economico; tali transazioni fittizie erano state ritenute invece veritiere dal mercato, e dunque la loro esecuzione contravveniva al principio della trasparenza nel commercio di valori mobiliari contenuto nella LBVM.</p> <p>Inoltre la CFB ha stabilito che, pur avendo la società che aveva richiesto tali transazioni la maggior parte di responsabilità, l'esecuzione da parte della banca di tali operazioni contravveniva con il requisito della garanzia di attività irrepreensibile.</p> <p>Il comportamento corretto della banca sarebbe infatti stato quello di domandare maggiori informazioni al cliente e di rifiutarsi di eseguire le transazioni richieste.</p>	Pag. 235 AR 1999
<p>Grande rischio corso da una banca in seguito ad una transazione imprudente su valori mobiliari.</p> <p>L'esecuzione poco esigente di una transazione su valori mobiliari ha creato una posizione di rischio molto elevata ed involontaria in una banca di gestione patrimoniale.</p> <p>La banca ha versato al cliente una somma quale contropartita di una vendita di titoli non negoziabili presso alcuna borsa riconosciuta. Tale versamento è stato effettuato quando la transazione non era ancora stata effettuata dalla controparte. La direzione della banca ha preso i titoli nel portafoglio del conto nostro, sorpassando in tal modo il limite superiore per i grandi rischi. Tale sorpasso è stato annunciato solo con ritardo alla CFB, in seguito ad un intervento dell'organo di revisione.</p> <p>La CFB ha constatato la carenza dell'organizzazione interna in materia di negoziazione di titoli dalla negoziabilità limitata ed ha chiesto alla società di revisione di effettuare una revisione intermedia. Inoltre la direzione, violando l'obbligo di annuncio della violazione dei limiti alla CFB e prendendo i titoli nel portafoglio del conto nostro senza avere la necessaria autorizzazione da parte del consiglio di Amministrazione ha violato il requisito della garanzia di attività irrepreensibile. La CFB ha inoltre proceduto ad una denuncia penale per violazione degli obblighi legali di annuncio.</p>	Pag. 194-195 AR 1999

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irrepreensibile:	Anno e riferimento.
<p>Snake trading: la CFB ha pronunciato un biasimo nei confronti di una banca che aveva praticato lo “snake trading”⁵⁴, violando l’art. 11 LBVM e le esigenze di garanzia di attività irrepreensibile contenute nell’art. 10 cpv. 2 LBVM.</p> <p>La CFB ha infatti ritenuto che l’analisi sistematica degli ordini piazzati in borsa al fine di trovare ordini al meglio per titoli con scarso mercato non è compatibile con il requisito dell’attività irrepreensibile.</p> <p>Avendo la banca riconosciuto i propri errori ed adottato le misure necessarie a regolarizzare la situazione, la CFB ha rinunciato ad aprire contro la stessa una procedura amministrativa.</p>	Pag. 225 RA 2000
<p>Il caso CS/Biber:</p> <p>la società Biber Holding è fallita nel 1997. In seguito a tale fallimento la CFB ha aperto un’inchiesta, in quanto le grandi banche che detenevano le azioni della Biber (in particolare: l’UBS, l’ex SBS ed il CS) erano sospettate di aver approfittato delle informazioni riservate a loro conoscenza sulla pessima situazione finanziaria del gruppo, vendendo massicciamente sul mercato le azioni da esse detenute.</p> <p>Le grandi banche erano infatti coinvolte nelle operazioni di risanamento della Biber e dunque erano al corrente che la situazione reale era molto peggio di quanto fosse di pubblico dominio. Ritenendo che il valore dell’azione fosse molto inferiore alla sua quotazione in borsa, la SBS ed anche il CS avevano proceduto alla vendita sul mercato di una parte importante della propria partecipazione in Biber. In tal modo esse avevano volontariamente trasferito a dei terzi inconsapevoli le proprie potenziali perdite future.</p> <p>La CFB aveva stabilito che tale comportamento era incompatibile con la garanzia di attività irrepreensibile. Il CS era ricorso al Tribunale Federale contro tale decisione, ma lo stesso aveva pienamente avallato le decisioni della CFB.⁵⁵</p> <p>La CFB aveva inoltre esaminato l’esistenza della possibilità di confiscare l’arricchimento illegittimo avuto dalle banche quale conseguenza delle vendite di azioni Biber.</p> <p>Basandosi sul principio generale contenuto sia nell’art. 23ter cpv.1 LBCR che nell’art. 35 cpv. 3 LBVM secondo cui la CFB intraprende le misure necessarie a ristabilire l’ordine legale ed eliminare le irregolarità, la CFB ha ritenuto di avere una base legale sufficiente per la confisca di guadagni illeciti, essendo gli stessi irregolarità da eliminare ai sensi dei sovraccitati articoli.</p> <p>In ogni caso la CFB ha trovato una soluzione elegante, chiedendo alle banche di elaborare una soluzione finalizzata ad eliminare l’arricchimento illecito, informandola in merito.</p> <p>Il Tribunale Federale aveva stabilito che non vi erano le basi legali sufficienti per permettere alla CFB una confisca, ma che la soluzione trovata dalla stessa era in effetti coperta dal principio generale espresso nei sovraccitati articoli.</p> <p>A seguito della richiesta della CFB le banche coinvolte hanno provveduto a risarcire coloro che erano stati danneggiati dall’acquisto delle azioni Biber (per un indennizzo globale di CHF 40 milioni).</p>	Pag. 226 seg. AR 2000

⁵⁴ Sul concetto di “snake trading”, vedi pag. 23 del presente lavoro.

⁵⁵ TF del 2/2/2000

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irrepreensibile:	Anno e riferimento.
<p>Persone esposte politicamente: la CFB nel 2000 ha aperto un' inchiesta presso diverse banche in relazione a fondi depositati in Svizzera dal dittatore ed ex presidente nigeriano Sani Abacha e dal suo entourage. la CFB ha dovuto esaminare a più riprese se il comportamento tenuto dai dirigenti delle banche coinvolte fosse compatibile con la garanzia di attività irrepreensibile.</p> <p>In diversi casi i punti deboli dell'organizzazione o la violazione di alcuni doveri di diligenza non potevano essere chiaramente imputati ad un determinato dirigente, ma derivavano al contrario da carenze nell'organizzazione generale della banca. Tale insufficienza nell'organizzazione è pertanto stata rimproverata alla banca, la quale a sua volta deve rispettare il requisito dell'attività irrepreensibile.</p> <p>In due casi l'inchiesta della CFB ha comportato conseguenze personali per i dirigenti, che sono stati licenziati prima ancora che la procedura amministrativa venisse aperta.</p> <p>In particolare è stata aperta una procedura nei confronti di UBS, motivata dal fatto che la stessa era stata in grado di identificare solo nel 2002 il fatto che una relazione aperta presso di lei aveva un legame con Abacha. Tra il 1999 ed il 2001 UBS aveva cercato per tre volte, ma invano, eventuali averi collegabili al gruppo di Abacha.</p> <p>Tali averi sono stati scoperti solo con la quarta indagine, e tale mancanza aveva dato luogo ad un'inchiesta complementare interna.</p> <p>La CFB nella sua decisione ha stabilito che:</p> <p>nella relazione in questione, UBS non aveva utilizzato tutta la diligenza richiesta e non aveva rispettato l'obbligo di chiarimento del retroscena economico di tale relazione in abituale. La banca si era fidata esclusivamente delle dichiarazioni del proprio cliente in merito all'identità degli aventi diritto economico, nonché della sua dichiarazione di non essere legato alla famiglia Abacha. La banca dunque ignorava chi fossero veramente gli altri due aventi diritto economico e quale fosse l'attività svolta dagli stessi.</p> <p>Inoltre UBS non ha ricercato con la dovuta diligenza eventuali relazioni d'affari con la famiglia Abacha.</p> <p>Il comportamento dell'UBS nel caso Abacha si è dunque rivelato contrario alla garanzia di attività irrepreensibile; tuttavia l'inchiesta della CFB ha stabilito che, in seguito a tale episodio, la banca aveva migliorato le proprie regole interne ed i meccanismi di controllo relativi all'identificazione ed alla sorveglianza delle relazioni d'affari e delle transazioni non abituali. La CFB ha stabilito di effettuare un ulteriore controllo per verificare l'attuazione ed il funzionamento delle nuove disposizioni interne.</p>	<p>Pag. 185 RA 2000 e pag. 36-37 RA 2002</p>
<p>Caso banca Thorbecke: tale banca presentava gravi debolezze a livello organizzativo e di personale, e nel corso degli anni aveva infranto gravemente agli obblighi imposti dall'art. 11 LBVM al commerciante di valori mobiliari.</p> <p>In effetti le transazioni venivano sistematicamente ripartite con ritardo, e mentre le operazioni con un buon utile venivano attribuite a posteriori ad un circolo prestabilito di persone, le operazioni in perdita venivano assegnate alla banca oppure ai clienti con mandato di gestione, grave infrazione al dovere di lealtà.</p> <p>Inoltre la banca presentava un accumulo eccessivo di storni ingiustificati e non rispettava né le direttive dell'ASB sul mandato di gestione né le proprie direttive interne.</p> <p>La responsabilità di tali pratiche era di diversi collaboratori e dirigenti, ed il Consiglio di Amministrazione non esercitava la dovuta sorveglianza.</p> <p>La CFB giunse dunque alla conclusione che il personale qualificato era insufficiente, e che gli organi della banca non offrivano più alcuna garanzia di attività irrepreensibile.</p> <p>Nell'ottobre 2002 la CFB ha ritirato alla banca Thorbecke di San Gallo l'autorizzazione ad esercitare quale banca e commerciante di valori mobiliari; decretandone in seguito la liquidazione. La liquidazione è stata poi sospesa in quanto la banca è stata ripresa dalla banca cantonale di San Gallo.</p>	<p>Pag. 43 RA 2002</p>

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irreprensibile:	Anno e riferimento.
<p>Persone esposte politicamente: l'ex capo dei servizi segreti Montesinos, era l'avente diritto economico di una società che aveva depositato dei fondi presso una banca svizzera.</p> <p>La CFB ha aperto una procedura amministrativa, ribadendo che qualora l'avente diritto economico operi in un contesto problematico quale il commercio internazionale di armi, la banca è tenuta ad informarsi almeno in generale in relazione al contesto politico del paese interessato, ed a raccogliere attivamente informazioni sui relativi clienti.</p> <p>La banca non è esonerata da tali obblighi neppure se lo stesso cliente intrattiene rapporti d'affari con altre banche.</p> <p>La CFB è giunta in questo caso alla conclusione che il direttore generale della banca non garantiva più l'attività irreprensibile ed ha ingiunto il suo licenziamento immediato.</p> <p>La CFB ha inoltre disposto una revisione straordinaria al fine di consentire un giudizio definitivo sull'implementazione e sulla validità delle misure adottate dalla banca.</p>	<p>pag. 188 RA 2001 e Pag. 124 seg. Bull. 42/2002</p>
<p>Nel quadro di un'inchiesta in corso, la CFB ha constatato che il membro di direzione e direttore del dipartimento commerciale di una banca di medie dimensioni aveva effettuato delle transazioni sospette. Tale organo, soggetto alla garanzia di attività irreprensibile, era a conoscenza di un importante ordine relativo a titoli di una società di cui il suo cliente era un grande azionista.</p> <p>L'inchiesta della CFB ha rivelato che il responsabile, parallelamente al mandato del cliente, negoziava un gran numero di titoli per proprio conto.</p> <p>Tali transazioni per conto proprio, definite quale "front running" o "parallel running" infrangono l'obbligo di lealtà contenuto nell'art. 11 LBVM.</p> <p>Inoltre il responsabile aveva infranto gravemente la regolamentazione e le istruzioni interne alla banca.</p> <p>Poiché il membro di direzione ha dato le proprie dimissioni in seguito a tale vicenda la CFB non ha ritenuto necessario emanare altre misure di sorveglianza.</p>	<p>Pag. 73 RA 2002</p>
<p>Pratica dei corsi tagliati "kursschnitt": il dovere di diligenza imposto dall'art. 11 LBVM esige che il commerciante di valori mobiliari effettui la miglior esecuzione degli ordini dei clienti sia in relazione al prezzo che al momento ed al volume della transazione effettuata. Il dovere di lealtà vieta di svantaggiare i clienti in situazioni che presentano dei conflitti di interesse.</p> <p>Il guadagno di borsa deriva dalle fluttuazioni dei corsi ed è dunque lecito per il commerciante di valori mobiliari solo se egli si assume in proprio il rischio dell'andamento dei corsi.</p> <p>Una banca aveva invece acquistato per conto proprio delle azioni al prezzo di 44, essendo già a conoscenza dell'offerta ferma di un suo cliente di acquistare a 45. Tale comportamento è scorretto in quanto la banca ha sfruttato informazioni riservate per realizzare un guadagno a scapito di un cliente.</p> <p>Oltre alle disposizioni legali, con tale comportamento la banca ha anche violato le proprie direttive interne, che prevedevano che la stessa potesse eseguire le transazioni intervenendo quale contropartita a condizione di non recare pregiudizio al proprio cliente.</p> <p>Inoltre l'analisi del giornale di borsa ha evidenziato che la tenuta dello stesso non era conforme alle esigenze contenute nella Circ. CFB 96/6 sul giornale delle transazioni mobiliari. Infatti la banca non è stata in grado di trasmettere alla CFB l'ora esatta delle transazioni sotto indagine, ostacolando così il compito di sorveglianza della CFB.</p> <p>La CFB ha stabilito che era stata violata la garanzia di attività irreprensibile richiesta dall'art. 10 LBVM ed ha sospeso, conformemente a quanto previsto nell'art. 35 LBVM, i collaboratori responsabili del commerciante di valori mobiliari che hanno violato gravemente la LBVM nonché la regolamentazione interna all'istituto.</p>	<p>Pag. 87 seg. Bull. 43/2003</p>

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irrepreensibile:	Anno e riferimento.
<p>La succursale svizzera di una banca straniera aveva accordato, su istruzioni della casa madre, crediti per un ammontare di CHF. 360 milioni a due società domiciliate nelle British Virgin Islands. Tali crediti costituivano circa un terzo dei crediti accordati globalmente nell' anno in corso.</p> <p>Scopo dei crediti era l'acquisto di azioni della banca stessa, che sono state messe a garanzia dei crediti concessi.</p> <p>Le società di domicilio che avevano richiesto il credito erano entrambe detenute da un trust.</p> <p>Al momento della concessione del credito la succursale svizzera non ha effettuato un'analisi dettagliata della situazione economica dei debitori, e non si è procurata copia della documentazione di identificazione dei contraenti (in particolare informazioni sui fondatori del trust e sulle persone designate quali beneficiari dello stesso).</p> <p>La società di revisione ha constatato tali irregolarità richiedendo di effettuare delle ricerche sui reali aventi diritto economico delle relazioni.</p> <p>In seguito all'intervento della CFB, la banca si è giustificata dicendo che non aveva fatto indagini approfondite in quanto era a conoscenza del fatto che le operazioni erano state studiate in dettaglio dalla casa madre, la quale aveva provveduto all'identificazione dei clienti.</p> <p>In seguito a tale inchiesta, la casa madre ha comunicato alla CFB lo scioglimento della succursale svizzera e lo spostamento all'estero del direttore generale.</p> <p>La CFB ha constatato che la succursale svizzera aveva violato l'art. 9 OBCR non rispettando i principi applicabili in materia di rischi di credito, ed aveva violato le norme della CDB applicabili all'obbligo di diligenza in materia di identificazione del contraente e dell'avente diritto economico nonché gli art. 3,4, 6 e 7LRD.</p> <p>Inoltre sia la banca che il direttore generale avevano violato il principio della garanzia di attività irrepreensibile.</p> <p>Tenuto conto del tempo trascorso, del fatto che erano state prese delle misure per regolarizzare i dossiers di credito e che la succursale veniva sciolta ed il direttore generale spostato all'estero, la CFB ha rinunciato a richiedere l'allontanamento del direttore generale.</p> <p>Tuttavia la CFB si riservava la possibilità di effettuare una denuncia penale nei confronti del direttore generale ai sensi dell'art. 305 ter del Codice Penale (per mancata vigilanza nell' ambito di operazioni finanziarie).</p>	Pag. 113 seg. Boll 45/2003
<p>Persone esposte politicamente: un'inchiesta effettuata dal giudice istruttore ha rivelato l'esistenza presso alcune banche svizzere di conti legati a personalità politiche della repubblica del Kazakhstan (che erano gli aventi diritto economico dei conti).</p> <p>Una delle banche coinvolte esercitava il ruolo di "consigliera", mettendo a disposizione condizioni finanziarie che, unite a consigli giuridici e di tipo tecnico, assisteva lo stato del Kazakhstan nelle sue negoziazioni con società petrolifere.</p>	Pag. 52 RA 2003
<p>La sovracitata banca ha tenuto un comportamento reticente nei confronti del giudice istruttore, e senza informarlo ha accettato di trasferire verso un conto in Kazakhstan USD 84 milioni da un conto di cui una personalità politica era avente diritto economico.</p> <p>La banca avrebbe invece dovuto esercitare il proprio diritto di comunicazione alle autorità penali, o quantomeno informare la CFB.</p> <p>La CFB ha dunque constatato che, mettendo in atto un meccanismo il cui scopo finale era di dirottare verso personalità politiche fondi provenienti da società petrolifere, la banca aveva violato la garanzia di attività irrepreensibile .</p> <p>Tenuto conto che diversi dirigenti coinvolti avevano lasciato la banca, la CFB non ha dovuto aprire nei loro confronti una procedura amministrativa.</p> <p>Essa ha invece richiesto l'adozione di diverse misure per rinforzare l'organizzazione ed il controllo interno.</p>	

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irrepreensibile:	Anno e riferimento.
<p>Violazione dell'obbligo di diligenza: la CFB ha pronunciato una nota di biasimo relativa all'attività irrepreensibile nei confronti di due banche Raiffeisen le quali avevano proseguito due relazioni inusuali, violando l'obbligo di diligenza e chiarificazione.</p> <p>Nel primo caso la CFB ha rimproverato alla banca di aver permesso ad un cliente di versare in meno di 8 mesi USD 3,7 milioni, ritirando contemporaneamente 1,4 milioni in contanti, senza cercare di chiarire le circostanze delle operazioni.</p> <p>Nel secondo caso delle somme importanti sono state versate a più riprese allo sportello della banca, mentre l'attività effettuata dai titolari del conto non giustificava tali versamenti.</p> <p>La CFB ha assoggettato le due banche ad un controllo straordinario al fine di verificare che le misure intraprese avessero sanato le situazioni riscontrate.</p>	Pag. 54 RA 2003
<p>Operazioni di opzioni su divise a carattere speculativo: il direttore di una banca specializzata nella gestione di fortuna si è visto conferire dal direttore di una società di gestione patrimoniale appartenente al medesimo gruppo diversi mandati per effettuare operazioni speculative su divise per conto di clienti con mandato di gestione; tali clienti non avevano però donato alcuna procura per tale tipo di investimenti.</p> <p>Occorre precisare che la banca effettuava la gestione dei depositi e le negoziazioni di titoli per conto di parte dei clienti della società di gestione patrimoniale.</p> <p>Il direttore ha eseguito i mandati facendo incassare alla banca quale performance fee il del 10% sugli utili conseguiti per ogni operazione, mentre non era stata conclusa alcuna convenzione in tal senso.</p> <p>In seguito all'inchiesta effettuata dalla CFB il direttore di banca è stato licenziato e sono state prese delle misure organizzative adeguate.</p>	Pag. 55 RA 2003
<p>In seguito ad una diminuzione degli utili dovuta a fattori eccezionali (costi di ristrutturazione, irregolarità contabili riscontrate in una filiale,etc.) una banca di gestione patrimoniale ha chiuso l'esercizio 2003 con importanti perdite.</p> <p>La CFB ha richiesto la reintegrazione dei fondi propri in un breve lasso di tempo ed ordinato una revisione straordinaria.</p> <p>La situazione dei fondi propri è stata rapidamente ristabilita grazie a alcuni disinvestimenti e ai dividendi distribuiti da alcune filiali.</p> <p>La revisione straordinaria, pur non avendo constatato lacune tali da mettere in discussione la revoca dell'autorizzazione, ha rilevato un numero elevato di lacune.</p> <p>La CF ha dunque richiesto alla banca di mettere in atto sotto la sua sorveglianza un piano d'azione.</p>	

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irreprensibile:	Anno e riferimento.
<p>Attribuzione iniqua di titoli da introdurre in borsa (hot issues): il caso Think Tools</p> <p>La banca Vontobel, che agiva quale banca incaricata di introdurre in borsa la ditta Think Tools AG, si era attribuita sul conto proprio una quantità eccessiva di azioni (oltre il 17% del volume totale dell'emissione), ed aveva inoltre attribuito titoli in quantità corrispondente al 34% del volume totale dell'emissione a persone e società legate alla banca, nonché a persone legate alla società da quotare.</p> <p>Il primo giorno di negoziazione la banca aveva venduto i titoli, realizzando un utile di CHF 21,3.</p> <p>La CFB ha ritenuto tale attribuzione smisurata di titoli quale non compatibile con il requisito dell'attività irreprensibile ed ha richiesto alla banca di trovare una soluzione per disfarsi del profitto illecito ottenuto mediante la vendita dei titoli.</p> <p>La banca ha dunque trovato un soluzione in tal senso donando CHF. 21,3 milioni alla Croce Rossa, in favore alle vittime della guerra.</p>	<p>Pag. 165 seg. Boll. 45/2003 E pag. 102 RA 2003</p>
<p>Un direttore di banca aveva dato le proprie dimissioni in quanto la sua garanzia di attività irreprensibile era stata messa in dubbio dalla CFB in seguito alla creazione e gestione di un fondo occulto. Tale riserva occulta, alimentata da crediti rilasciati mettendo a garanzia averi di clienti, serviva a compensare importanti perdite subite da importanti clienti della banca.</p> <p>Nel 2003 nuova banca comunicò alla CFB che intendeva nominare l'ex direttore quale membro del Consiglio di Amministrazione.</p> <p>La CFB ha pronunciato una decisione stabilendo che l'interessato non garantiva un'attività irreprensibile per divenire membro del Consiglio di Amministrazione della banca interessata, e che tale divieto valeva fino a fine 2006.</p> <p>L'interessato ha fatto ricorso contro tale decisione, ma il Tribunale Federale⁵⁶ ha confermato quanto stabilito dalla CFB.</p>	<p>Pag. 39 RA 2004 e pag. 31 seg. Boll. 46/2004</p>
<p>Presentazione falsa di fondi propri: la società di revisione di una banca ha segnalato che l'azionista nonché Presidente del Consiglio di Amministrazione della banca aveva nascosto agli altri organi della banca ed alla CFB un importante impegno finanziario di un cliente. Era dunque stata sottoposta alla CFB una presentazione falsa dei fondi propri.</p> <p>Inoltre era emersa un'organizzazione insufficiente della banca, in quanto alcuni membri del Consiglio di Amministrazione non avevano adempiuto alle proprie funzioni in maniera indipendente.</p> <p>La CFB ha deciso la revoca della licenza bancaria qualora nel giro di sei mesi non fosse stato trovato un nuovo acquirente in grado di garantire un'efficace organizzazione interna.</p>	<p>Pag. 43 RA 2005</p>
<p>Abuso di potere da parte della casa madre: mentre era in corso una revisione straordinaria richiesta dalla CFB presso una filiale di svizzera di banca straniera, all'estero è scoppiato uno scandalo che coinvolgeva sia la banca madre che la filiale in Svizzera.</p> <p>La CFB ha dunque verificato i fatti avvenuti in Svizzera nonché i legami con la banca madre.</p> <p>La direzione di un gruppo finanziario estero aveva chiesto alla filiale svizzera di trovare degli investitori disposti a divenire azionisti a titolo fiduciario di una società terza estera.</p> <p>Ai tre investitori reperiti dalla banca vennero messi a disposizione da una società del gruppo finanziario CHF 30 milioni. I tre azionisti a titolo fiduciario ricevevano quale compenso un'indennità annuale di CHF. 60'000.</p> <p>La banca svizzera nell'eseguire le istruzioni ricevute dalla casa madre si era fidata delle vaghe dichiarazioni verbali di un membro del gruppo, il quale assicurava che tale operazione aveva solo un fine di risparmio fiscale. Invece tale operazione nascondeva degli scopi illeciti.</p> <p>La CFB ha pronunciato una nota di biasimo nei confronti della filiale svizzera per non aver chiarito a sufficienza il retroscena economico dell'operazione fidandosi ciecamente delle informazioni vaghe ricevute dalla casa madre.</p> <p>Inoltre la banca non aveva identificato né sorvegliato i rischi derivanti da tale operazione, che era stata inizialmente seguita in prima persona dal direttore generale della banca senza coinvolgere gli organi interni di controllo o di sorveglianza.</p>	<p>Pag. 45 RA 2005 e pag. 27 seg. Boll 49/2006</p>

⁵⁶ Vedi DTF 2A.261/2004

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irreprezibibile:	Anno e riferimento.
<p>Delitti fiscali: i risultati di un'inchiesta penale e le successive indagini effettuate dalla CFB hanno rivelato che un membro di direzione della banca era implicato da diversi anni in diverse operazioni problematiche quali: sfruttamento illecito per conto proprio di informazioni riservate concernenti transazioni di clienti, auto attribuzione illecita nel quadro di un'introduzione di una società in borsa, delitti fiscali molto gravi, etc.</p> <p>La CFB ha ribadito la sua prassi precedente, stabilendo che la violazione cosciente della legislazione fiscale effettuata nel proprio interesse da un organo dirigente di una banca costituisce un comportamento contrario alla garanzia di attività irreprezibibile.</p> <p>Il dirigente in seguito all'inchiesta ha provveduto a licenziare il dirigente; la CFB ha dunque sospeso la procedura in quanto non aveva alcun rimprovero da muovere alla banca stessa.</p>	
<p>Il caso Antonveneta: nel 2004 la stampa italiana ha riportato la notizia di un possibile acquisto della Banca Antonveneta da parte di una banca italiana o dell' ABN Amro.</p> <p>La banca italiana aveva messo in atto una scalata della Banca Antonveneta, stipulando un patto parasociale avente per oggetto l'acquisto concertato di azioni Antonveneta tra essa stessa ed una cordata di 7 clienti della stessa, allo scopo di bloccare la possibile ripresa della stessa da parte di ABN/Amro.</p> <p>La CONSOB ha aperto un'inchiesta sul tentativo di scalata effettuato dalla banca italiana.</p> <p>La banca italiana aveva una filiale in Svizzera, cui la banca madre italiana ha richiesto di concedere dei crediti molto consistenti a dei propri clienti.</p> <p>L'entità di tali crediti (diverse centinaia di milioni di euro), garantiti dalla casamadre era del tutto straordinaria rispetto ai crediti abitualmente concessi dalla filiale svizzera.</p> <p>Il Consiglio di Amministrazione ha autorizzato la concessione dei crediti.</p> <p>Tutti i dipendenti della filiale svizzera coinvolti nella procedura di concessione del credito erano a conoscenza del fatto che i crediti sarebbero stati utilizzati dai clienti per l'acquisto di titoli Antonveneta, ed in seguito tale informazione era stata fornita anche ai membri del Consiglio di Amministrazione.</p> <p>Tutte le istanze della banca che hanno esaminato i crediti si sono assicurate che gli stessi fossero adeguatamente garantiti, ma non hanno esaminato eventuali rischi legali connessi con l'operazione Antonveneta. Tali rischi dovevano essere esaminati dalla struttura legale e compliance e dal comitato crediti a livello collegiale.</p> <p>I membri del Consiglio di amministrazione non hanno rilevato alcun rischio per la banca nella concessione di tali crediti, in quanto si trattava di crediti garantiti dalla banca madre e concessi a primari clienti della stessa.</p> <p>Per un errore nell'installazione del sistema di verifica delle transazioni inusuali né le relazioni interessate né le singole operazioni sui titoli Antonveneta sono state riconosciute a rischio elevato.</p> <p>La CFB ha aperto una procedura amministrativa contro tutti i membri del Consiglio di amministrazione ancora attivi, la direzione generale ed i direttori dei crediti e del private banking implicate nell'affare, giungendo alla conclusione che la banca italiana ha volutamente sfruttato la filiale svizzera al fine di eseguire operazioni illegali.</p> <p>Per tale motivo la CFB ha constatato che la banca italiana, quale azionista qualificato della filiale svizzera, ha abusato della sua posizione dominante esercitando un influsso a danno di una gestione sana e prudente della banca svizzera, violando l'obbligo degli azionisti con partecipazione qualificata di garantire che la propria influenza non sia esercitata a danno della banca (obbligo sancito dall'art. 3 cpv. 2 lett c bis LBCR e art. 10 lett.d LBVM).</p> <p>Il Consiglio di amministrazione della banca svizzera, nonostante gli indizi presenti, non ha mai discusso sulla possibile esistenza di un rischio giuridico e reputazionale collegato con la concessione dei crediti per l'acquisto di titoli Antonveneta.</p> <p>Tale omissione dell'obbligo di sorveglianza è stata giudicata dalla CFB come incompatibile con la garanzia di attività irreprezibibile.</p>	Pag. 135 seg. Bull 49 /2006

Illustrazione della fattispecie sanzionata da CFB quale attività contraria alla garanzia irrepreensibile:	Anno e riferimento.
<p>La CFB ha emanato in questo caso le seguenti sanzioni:</p> <ul style="list-style-type: none">• concessione, sotto comminatoria del ritiro dell'autorizzazione ad esercitare l'attività bancaria, di un termine di 6 mesi alla filiale svizzera per dimostrare che la banca madre non utilizzerà la sua posizione a danno di una gestione sana e prudente della banca svizzera oppure che diminuito la sua partecipazione nella banca sotto la soglia del 10%.• allontanamento dei membri del Consiglio di Amministrazione• ammonimento nei confronti della direzione generale della banca.	

4 Brevi cenni conclusivi

Concludo il presente lavoro con la speranza di essere riuscita a concretizzare maggiormente il ruolo svolto dalla garanzia di attività irreprensibile nell'ambito del sistema di sorveglianza bancario ed il significato attribuito dalla CFB al termine "garanzia di attività irreprensibile".

Spero inoltre che i lettori che operano in istituti bancari possano utilizzare i casi pratici presentati quali spunto per una riflessione sull'adeguatezza della regolamentazione e dei controlli interni adottati (nell'ambito dell'istituto presso cui essi esercitano la propria professione) al fine di prevenire fattispecie analoghe.

È infatti quasi superfluo (in quanto il concetto **in teoria** appare ormai ampiamente scontato) sottolineare l'importanza di un continuo lavoro di coordinamento tra la Direzione ed il Consiglio di Amministrazione della Banca e gli organi preposti alle funzioni di controllo all'interno della banca (compliance, controlli interni, revisione interna, etc.) al fine di definire i diversi tipi di rischi legati all'operatività dell'istituto e di sorvegliare l'attuazione delle misure necessarie a rispettare (tra gli altri requisiti legali) il requisito della garanzia di attività irreprensibile