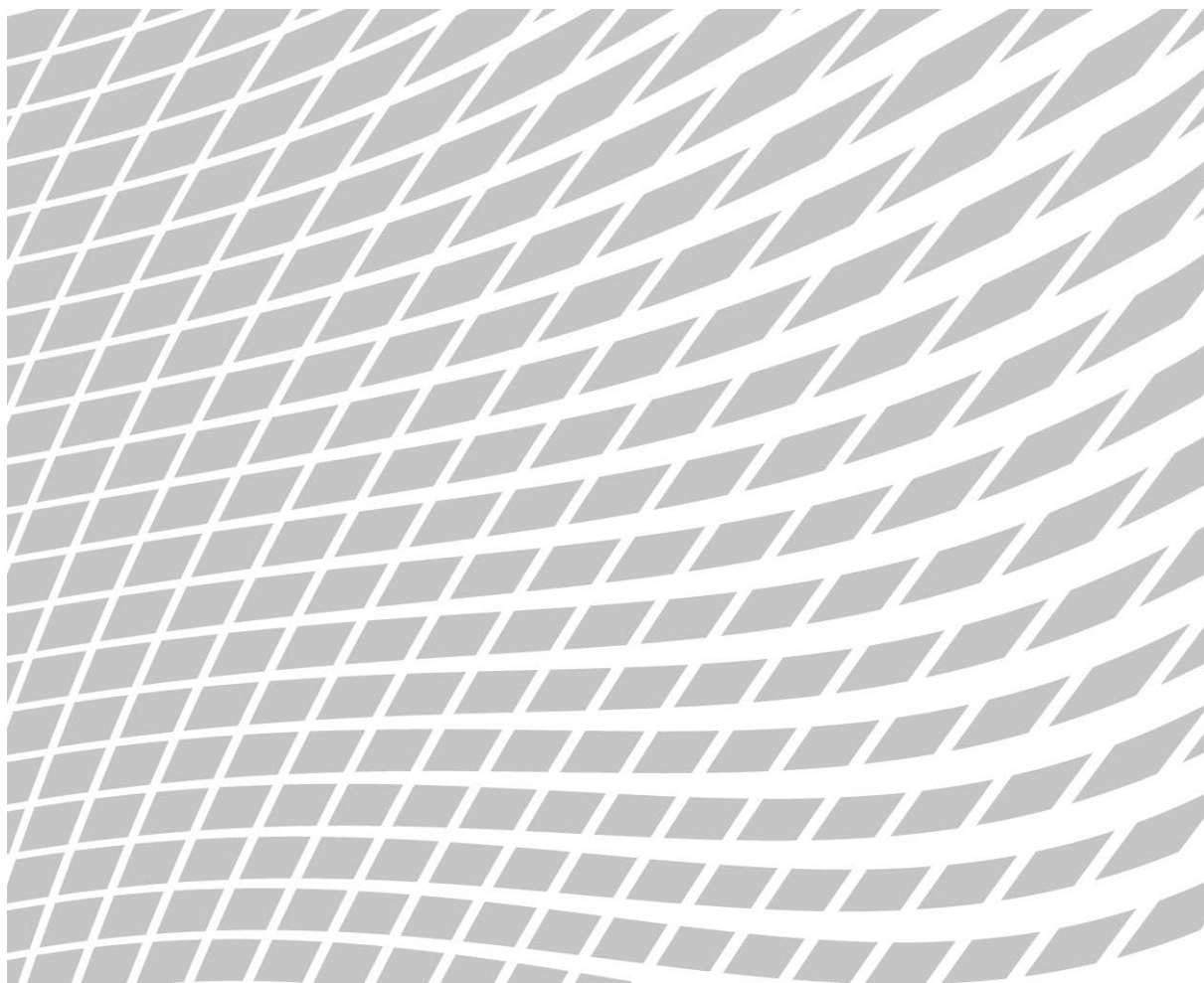


5 dicembre 2016

Circolare FINMA 11/1 «Attività di intermedia- rio finanziario ai sensi della LRD»

Rapporto della FINMA concernente l'indagine co-
noscitiva condotta dall'11 luglio al 5 settembre
2016 sulla revisione parziale del campo
d'applicazione territoriale della Circolare 11/1 «Atti-
vità di intermediario finanziario ai sensi della LRD»



Indice

Punti chiave	3
1 Preambolo.....	4
2 Prese di posizione pervenute	4
3 Risultati dell'indagine conoscitiva e valutazione da parte della FINMA	5
3.1 Configurazione 1 e 2: domicilio, sede e succursale di fatto (nm. 28.2 e nm. 28.3) ..	5
3.2 Configurazione 3: attività per conto di un intermediario finanziario estero (nm. 28.4)	6
3.3 Casi concreti (nm. 28.5 e nm. 28.6)	9
4 Tappe successive	9

Punti chiave

I partecipanti all'indagine conoscitiva hanno fondamentalmente accolto in maniera positiva i nm. 28.2 e 28.3 del progetto di indagine conoscitiva. A titolo di precisazione sono tuttavia stati apportati alcuni adeguamenti. Nel nm. 28.2, il requisito relativo alla sede viene sostituito con l'iscrizione nel registro di commercio. Nel 28.3, il requisito relativo all'esercizio dell'attività in Svizzera o dalla Svizzera è stato integrato con la precisazione «in maniera permanente». Inoltre, vengono introdotte ulteriori spiegazioni concernenti la succursale di fatto.

La maggior parte delle prese di posizione ha riguardato il nm. 28.4. La maggioranza dei partecipanti all'indagine conoscitiva ha chiesto che il nm. 28.4 venga stralciato o precisato, mentre altri hanno giudicato la constellazione dei casi esposti non abbastanza lungimirante. Tuttavia, nel quadro di una considerazione globale della legislazione in materia di mercati finanziari, un'interpretazione estensiva del campo d'applicazione territoriale dell'ORD in una circolare non è opportuna. La regolamentazione finora vigente sul campo d'applicazione territoriale ha dimostrato la sua validità, motivo per cui il focus è posto sul domicilio, sull'iscrizione nel registro di commercio e sulla succursale di fatto. A scopo di chiarimento, ora il nm. 28.4 non figura più isolatamente, bensì è addotto in correlazione alla succursale di fatto e precisato con spiegazioni supplementari.

D'ora in poi il campo d'applicazione territoriale sarà disciplinato nel modo seguente.

Ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 lett. a ORD un intermediario finanziario esercita la propria attività in Svizzera o dalla Svizzera, se

- 1) ha il proprio domicilio in Svizzera o è iscritto nel registro di commercio; o
- 2) occupa in Svizzera persone che eseguono o concludono per lui in maniera permanente operazioni a titolo di intermediario finanziario in Svizzera o dalla Svizzera oppure possono vincolarlo giuridicamente ad esse (succursale di fatto). In tale definizione rientrano le sedi di società che sono costituite in base al diritto estero e hanno la loro sede principale all'estero, tuttavia svolgono un'attività soggetta all'obbligo di autorizzazione senza avere formalmente fondato una succursale (cfr. DTF 130 II 351 consid. 5.1 pag. 362).

Nella succursale di fatto rientrano altresì le persone che supportano in maniera permanente l'intermediario finanziario estero nello svolgimento, in Svizzera o dalla Svizzera, di parti essenziali della sua attività, per esempio mediante l'accettazione o la consegna di valori patrimoniali oppure la prestazione di servizi di intermediario finanziario.

1 Preambolo

Dall'11 luglio al 5 settembre 2016 la FINMA ha condotto un'indagine conoscitiva concernente il progetto di revisione parziale della Circolare 11/1 «Attività di intermediario finanziario ai sensi della LRD». Le informazioni relative all'indagine conoscitiva, destinate a tutte le cerchie interessate, erano disponibili nel sito Internet della FINMA.

La necessità della revisione della Circolare 11/1 «Attività di intermediario finanziario ai sensi della LRD» è scaturita dal fatto che il Consiglio federale ha abrogato, con effetto dal 1° gennaio 2016, l'Ordinanza concernente l'esercizio a titolo professionale dell'attività di intermediazione finanziaria (OAIF; RS 955.071), integrandola nell'Ordinanza dell'11 novembre 2015 sul riciclaggio di denaro (ORD; RS 955.01).

La modifica più significativa susseguente all'ORD rivista è stata apportata nel tenore del campo d'applicazione territoriale. L'ORD si applica agli «intermediari finanziari [...] che esercitano la loro attività in Svizzera o dalla Svizzera [...]» (art. 2 cpv. 1 lett. a ORD). In ragione di tale formulazione si rende necessaria una modifica del nm. 28 della circolare summenzionata.

Il presente rapporto tratta in forma generale e riassuntiva le prese di posizione concernenti il progetto di indagine conoscitiva che i partecipanti all'indagine conoscitiva hanno fatto pervenire e, ove opportuno, fornisce spiegazioni su singole disposizioni. Come spiegato nelle informazioni concernenti l'indagine conoscitiva e nel rapporto esplicativo, l'indagine conoscitiva è stata circoscritta alla modifica del campo d'applicazione territoriale in conformità all'art. 2 cpv. 1 lett. a ORD, che concerne cioè i nm. 28.1-28.6 compreso. Nel presente rapporto non vengono trattate in dettaglio le prese di posizione relative ad altri numeri marginali.

2 Prese di posizione pervenute

Le persone e le istituzioni seguenti hanno partecipato all'indagine conoscitiva e inoltrato una presa di posizione alla FINMA (in ordine alfabetico):

- Association Romande des Intermédiaires Financiers (OAD ARIF)
- Bär & Karrer AG
- Forum degli organismi di autodisciplina svizzeri (Forum OAD)
- Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT)
- Organismo di autodisciplina della Federazione Svizzera degli Avvocati e della Federazione Svizzera dei Notai (OAD FSA/FSN)
- paysafecard.com Schweiz GmbH
- Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbandes (SRO-SLV)
- Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SRO-SVV)

- Swiss Finance + Technology Association
- Swiss Payment Association
- Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (VQF)
- VISCHER AG

3 Risultati dell'indagine conoscitiva e valutazione da parte della FINMA

I risultati dell'indagine conoscitiva e la valutazione da parte della FINMA sono presentati di seguito. La successione dei blocchi tematici corrisponde all'ordine dei numeri marginali della circolare.

3.1 Configurazione 1 e 2: domicilio, sede e succursale di fatto (nm. 28.2 e nm. 28.3)

Prese di posizione

Il progetto di indagine conoscitiva con rimando all'art. 2 cpv. 1 lett. a e b OAIF abrogato è stato accolto positivamente dai partecipanti all'indagine conoscitiva.

Due partecipanti all'indagine conoscitiva hanno proposto di recepire nella circolare, a scopo di chiarimento, alcuni requisiti basilari, come la durevolezza dell'attività finanziaria svolta in Svizzera o dalla Svizzera.

Valutazione

Nel nm. 28.2 deve essere spiegato che anche una filiale iscritta nel registro di commercio rientra nella configurazione 1.

In linea con la prassi della FINMA e come spiegato nel rapporto esplicativo, la FINMA si orienta alle norme speciali (p. es. art. 2 dell'Ordinanza FINMA sulle banche estere [OBE-FINMA; RS 952.111]), al fine di evitare risultati suscettibili di generare disappunto e non praticabili. Di conseguenza, il nm. 28.3 viene integrato con il requisito della durevolezza dell'attività. Al riguardo occorre notare che anche le situazioni consistenti in un aggiramento, p. es. il fatto di recarsi ripetutamente in Svizzera per svolgere l'attività di intermediario finanziario, possono adempiere il criterio della durevolezza. Infine vengono integrate ulteriori argomentazioni concernenti la succursale di fatto, finora addotte unicamente nel rapporto esplicativo.

Conclusioni

Nel nm. 28.2 la sede viene sostituita con l'iscrizione nel registro di commercio.

Nel 28.3 il requisito relativo all'esercizio dell'attività in Svizzera o dalla Svizzera è stato integrato con la precisazione «in maniera permanente». Inoltre, vengono riportate ulteriori precisazioni sulla succursale di fatto.

3.2 Configurazione 3: attività per conto di un intermediario finanziario estero (nm. 28.4)

Prese di posizione

La maggior parte delle prese di posizione ha riguardato il nm. 28.4. La maggioranza dei partecipanti all'indagine conoscitiva ha richiesto lo stralcio o la precisazione della configurazione 3, mentre altri hanno giudicato tale configurazione non abbastanza lungimirante.

I partecipanti all'indagine conoscitiva che si sono espressi a favore di una più ampia interpretazione della configurazione 3 (nm. 28.4) hanno fatto valere il fatto che deve essere considerata attività di intermediario finanziario essenziale non solo l'accettazione di denaro o l'attività di distribuzione per esempio di carte prepagate, bensì qualsivoglia attività di distribuzione per conto di un intermediario finanziario estero (p. es. il fatto di recapitare, esporre o distribuire moduli di richiesta o materiale pubblicitario). Non risulta intellegibile il motivo per cui un intermediario finanziario estero sia assoggettato alla Legge sul riciclaggio di denaro (LRD; RS 955.0) se per lo svolgimento di parti della sua attività di intermediario finanziario si avvale di personale ausiliario con sede in Svizzera, mentre non sussista alcun assoggettamento se la medesima attività è svolta mediante una propria offerta online. In futuro è atteso un incremento degli intermediari finanziari esteri operativi sul mercato svizzero, i quali fornirebbero i propri servizi in Svizzera principalmente mediante vari canali Internet. Tuttavia, non avendo alcuna presenza fisica in Svizzera, tali intermediari finanziari non sarebbero tenuti ad assoggettarsi alla vigilanza della FINMA e quindi ad adempiere le leggi svizzere in materia di riciclaggio di denaro. Tuttavia, se un intermediario finanziario con sede in Svizzera si orienta a clienti esteri tramite Internet, tale configurazione potrebbe di per sé già comportare un obbligo di assoggettamento. Dal momento che negli ordinamenti giuridici esteri il campo d'applicazione territoriale è più esteso rispetto a quello previsto dalla legislazione svizzera in materia di riciclaggio di denaro, ciò arrecherebbe pregiudizio nei confronti dei concorrenti esteri, dovendo questi ultimi adempiere una minore quantità di requisiti normativi. Anziché la presenza fisica, per gli offerenti online esteri il criterio determinante per il campo d'applicazione territoriale deve essere il luogo in cui i servizi vengono forniti.

Altri partecipanti all'indagine conoscitiva, fra cui diversi OAD (compreso il Forum OAD), hanno invece disapprovato il fatto che la configurazione 3 (nm. 28.4) si spinga oltre i limiti, non risultando in linea con il Rapporto esplicativo ORD del DFF¹. Inoltre, sono stati contestati la chiarezza dell'enunciato e il fatto che si tratterebbe di una clausola a carattere generale, nella quale rientrano anche le configurazioni 1 e 2. È opinabile che la qualità dell'attività degli intermediari finanziari in questione possa essere migliorata, in quanto questi ultimi sono già assoggettati alla vigilanza nel Paese in cui hanno la loro sede (problematica della doppia vigilanza). Per di più, non è chiaro in che modo la Svizzera intende applicare all'estero eventuali decisioni in materia di sanzioni. Inoltre, stando al rapporto esplicativo, l'assistenza ai clienti di un intermediario finanziario estero da parte di persone con sede in Svizzera sottostà all'obbligo di assoggettamento. Si tratterebbe di un'incongruenza nella valutazione se, al contrario, l'assistenza a clienti svizzeri di un intermediario finanziario estero venisse fornita da persone con sede all'estero (frontalieri), senza generare alcun obbligo di assoggettamento.

¹ Rapporto esplicativo del Dipartimento federale delle finanze dell'11 novembre 2015 concernente l'ordinanza sul riciclaggio di denaro (ORD) – attuazione delle Raccomandazioni del GAFI.

Un partecipante all'indagine conoscitiva ha inoltre caldeggiato che il nm. 28.4 sancisca, oltre al requisito relativo alla durevolezza, anche il requisito relativo all'essenzialità dell'attività di intermediario finanziario.

Infine è stato proposto che solo il personale ausiliario e non l'intermediario finanziario estero debba essere assoggettato alla LRD, in quanto ciò comporterebbe l'obbligo di disporre di una succursale di fatto in Svizzera e l'assoggettamento per gli intermediari finanziari esteri, nel Paese della loro sede, alla vigilanza in materia di riciclaggio di denaro (p. es., nel caso di Stati membri dell'Unione europea, a una vigilanza equivalente).

Valutazione

In sintesi, alcuni partecipanti all'indagine conoscitiva propugnano un'interpretazione dell'ORD più ampia rispetto a quella effettuata dalla FINMA, mentre altri sono a favore di un'interpretazione più restrittiva.

In via generale si constata un incremento di mere offerte di servizi online in ambito finanziario. Per offrire un servizio di intermediario finanziario, la presenza fisica in un determinato Paese è sempre meno necessaria. La FINMA deve tuttavia tenere in considerazione il recepimento dell'ORD in tutta la legislazione in materia di vigilanza. Al punto 2.5 del rapporto esplicativo è già stato spiegato per quale motivo il campo d'applicazione territoriale della legislazione in materia di riciclaggio di denaro non può avere un'estensione maggiore rispetto alle leggi speciali di rango superiore. Qualora venga dato seguito alla proposta di ampliare il campo d'applicazione e il campo d'applicazione territoriale dell'ORD venga interpretato ulteriormente rispetto a quello dell'OBE-FINMA, le banche estere che offrono a clienti svizzeri per esempio servizi nel campo delle operazioni di pagamento dovrebbero, ai sensi dell'art. 14 LRD, affidarsi a un organismo di autodisciplina o richiedere alla FINMA un'autorizzazione come intermediario finanziario direttamente sottoposto. Di conseguenza, tali banche dovrebbero essere iscritte nel registro di commercio in Svizzera, e ciò risulterebbe in contrasto con le leggi in ambito bancario. Una modifica così sostanziale del campo d'applicazione territoriale dovrebbe essere introdotta nel diritto sovraordinato.

La configurazione 3 (nm. 28.4) costituisce un sottoinsieme della configurazione 2 (nm. 28.3). Nella configurazione 2 (nm. 28.3) rientra tipicamente il caso in cui un intermediario finanziario estero ha impiegato personale e si è installato in locali adibiti ad ufficio in Svizzera senza essere iscritto nel registro di commercio. La configurazione 3 (nm. 28.4) comprende invece le fattispecie in cui determinate persone hanno la propria sede o il proprio domicilio in Svizzera e nel contempo fungono da rappresentante di un intermediario finanziario estero. Lo scopo della configurazione 3 (nm. 28.4) non è quello di introdurre una clausola a carattere generale, come criticato da diversi partecipanti all'indagine conoscitiva. Per questa ragione nel rapporto esplicativo è stato altresì spiegato che in detta configurazione rientrano solo parti essenziali dell'attività di intermediario finanziario.

Nella configurazione 3 (nm. 28.4) il contratto viene stipulato unicamente fra il cliente svizzero e l'intermediario finanziario estero. Il contratto non deve essere necessariamente stipulato per il tramite di un rappresentante, ma può essere concluso anche tramite Internet. Nel contempo, l'intermediario finanziario estero necessita altresì di rappresentanti in Svizzera per svolgere una parte essenziale

della sua attività di intermediario finanziario, per esempio se la società estera emette carte prepagate e per la relativa distribuzione in Svizzera si fa rappresentare da una società che gestisce già una rete esistente di agenzie in Svizzera oppure ne sfrutta la rete per accettare denaro.

Il concetto di personale ausiliario è da lungo tempo radicato nella regolamentazione LRD e fissato nell'art. 2 cpv. 2 lett. b ORD. La deroga concernente l'assoggettamento LRD si applica tuttavia solo al personale ausiliario di intermediari finanziari svizzeri. Se l'intermediario finanziario estero non possiede l'autorizzazione della FINMA o non è affiliato un OAD, tutto il suo personale ausiliario, per non svolgere un'attività illecita, dovrebbe operare in Svizzera a nome proprio e richiedere alla FINMA un'autorizzazione a sé stante oppure affiliarsi a un OAD.

Se determinate persone operano in Svizzera o dalla Svizzera come rappresentanti dell'intermediario finanziario estero, quest'ultimo rientra nel campo d'applicazione dell'ORD. Inoltre, se l'intermediario finanziario oltrepassa la soglia dell'attività a titolo professionale, ai sensi dell'art. 14 LRD deve affiliarsi a un OAD oppure inoltrare alla FINMA una richiesta per operare come intermediario finanziario direttamente sottoposto e iscriversi nel registro di commercio. In caso contrario, svolge in Svizzera un'attività illecita. L'obbligo di disporre di una succursale è pertanto previsto dal legislatore. Il fatto che gli intermediari finanziari che operano a livello internazionale siano sottoposti a più attività di vigilanza, è consueto. Alla luce di quanto sopra esposto, la problematica sollevata in sede di indagine conoscitiva concernente l'applicazione di decisioni in materia di sanzioni all'estero non sussiste.

Nemmeno l'incongruenza nella valutazione disapprovata da alcuni partecipanti all'indagine conoscitiva sussiste. Colui che ha il proprio domicilio all'estero, ma offre in maniera continuativa servizi di intermediario finanziario in Svizzera e ivi dispone di locali adibiti ad ufficio, non è escluso dall'ambito di applicazione della LRD, bensì, rientrando nella configurazione 2, opera in Svizzera come succursale di fatto.

Dalle prese di posizione pervenute si evince che alcuni partecipanti all'indagine conoscitiva hanno compreso la configurazione 3 (nm. 28.4) diversamente dall'intenzione della FINMA. Poiché la configurazione 3 (nm. 28.4) costituisce un sottoinsieme della configurazione 2 (nm. 28.3), a scopo di chiarimento la configurazione 3 non figura più isolatamente, bensì in correlazione con la configurazione 2. Inoltre, nell'ottica di aumentare la trasparenza, viene introdotto il requisito dell'essenzialità.

Conclusioni

Nel quadro di una considerazione globale della legislazione in materia di mercati finanziari, non è opportuno estendere l'interpretazione del campo d'applicazione territoriale dell'ORD in una circolare. La regolamentazione finora vigente sul campo d'applicazione territoriale ha dimostrato la sua validità, motivo per cui il focus è posto sul domicilio, sull'iscrizione nel registro di commercio e sulla succursale di fatto. A scopo di chiarimento, ora il nm. 28.4 non figura più isolatamente, bensì è addotto in correlazione alla succursale di fatto e precisato con spiegazioni supplementari.

3.3 Casi concreti (nm. 28.5 e nm. 28.6)

Prese di posizione

Un partecipante all'indagine conoscitiva auspicava che il contenuto del nm. 28.5 venisse stralciato e, a scanso di equivoci, che le attuali argomentazioni venissero sostituite con maggiori precisazioni concernenti la fattispecie sull'agente.

Inoltre, a titolo di precisazione, è stato proposto l'inserimento di un nuovo numero marginale concernente l'attività transfrontaliera transitoria. Nel contempo, argomentazioni fondamentali del rapporto esplicativo, p. es. relative all'offerta di servizi online da parte di un intermediario finanziario estero, dovrebbero essere recepite nella circolare.

Valutazione

Le argomentazioni di cui sopra in merito al nm. 28.4 espongono in che modo la FINMA interpreta il campo d'applicazione e quale fattispecie relativa all'agente rientra nel campo d'applicazione territoriale.

Il nuovo requisito relativo all'esercizio dell'attività in maniera permanente di cui al nm. 28.3 esclude nel contempo anche un'attività transfrontaliera transitoria. Per tale motivo sono superflue ulteriori precisazioni al riguardo. È per contro giustificato inserire anche nella circolare l'esempio concernente l'offerta di servizi online da parte di un intermediario finanziario estero.

Infine, nell'intento di generare maggiore chiarezza, sono stati riportati ulteriori esempi.

Conclusioni

Gli attuali casi concreti vengono integrati con ulteriori esempi.

4 Tappe successive

La Circolare FINMA 11/1 «Attività di intermediario finanziario ai sensi della LRD» entra in vigore il 1° gennaio 2017.