

Giugno 2012

L'evoluzione dell'obbligo segnaletico (di "collaborazione attiva") in ambito antiriciclaggio : tra "approccio basato al rischio"; "segnalazione" e "astensione".

Avv. Mauro M. Tosello, Studio Legale Associato Martinez & Novebaci

Gli adempimenti antiriciclaggio hanno avuto, recenti, importanti modifiche (normative e regolamentari) che ne hanno modificato l'applicazione da parte dei destinatari.

Tra questi, l'obbligo di segnalazione (altresì detto di "collaborazione attiva") è sempre stato considerato il "fulcro" nell'assolvimento degli adempimenti a contrasto del riciclaggio di capitali e richiama, immediatamente, all'attenzione la segnalazione di "operazioni sospette".

L'attenzione dei destinatari degli adempimenti viene, infatti, spesso rivolta alla verifica del rispetto dell'indicato adempimento quale primario elemento di misurazione dell'efficacia ed efficienza della struttura dell'"impianto antiriciclaggio".

Sul tema, tuttavia, pare necessario effettuare subito una precisazione :

- l'obbligo segnaletico ha sempre richiamato l'attenzione sulla segnalazione di "operazioni sospette" alla U.I.F. (già U.I.C.) – art. 41 D. Lgs. n. 231/07 – anche se, nella propria "completezza di collaborazione attiva", deve ricordarsi la sussistenza di un autonomo obbligo di segnalazione - al M.E.F. (Ministero dell'Economia e delle Finanze) – dei cd. "illeciti amministrativi", ovvero alle infrazioni commesse nell'utilizzo di contante e/o titoli al portatore di cui si ha notizia - art. 51 D. Lgs. n. 231/07¹;
- l'assolvimento della segnalazione di operazione sospetta² (individuazione dell'anomalia ed effettuazione della segnalazione) ha quale indubitabile presupposto "la conoscenza del cliente" (noto principio di KYC – Know Your Client), quindi, la corretta (diremmo) "adeguata verifica" del cliente stesso, ad attuarsi mediante la completa acquisizione dei dati e delle informazioni coerenti con il rischio esaminato ("cliente"; "prodotto"; "transazione" ex art. 20 D. Lgs. cit.).

¹ Circa i riferimenti alla segnalazione di "illeciti amministrativi", non risultando oggetto della trattazione, verranno attuati solo alcuni riferimenti nei limiti della interazione con l'obbligo segnaletico di "operazione sospetta". Per approfondimenti circa gli ultimi (in ragione temporale) chiarimenti resi dal M.E.F. si indica la Circolare del 4.11.2011.

² A differenza dell'"illecito amministrativo" che si concreta in una infrazione a limiti di Legge.

Nella recente evoluzione, l'obbligo di segnalazioni di operazioni sospette ha risentito di importanti modifiche che potremmo definire "logiche" oltre che normative :

(a) in dipendenza del D. Lgs. n. 231/07 (rispetto alla previgente L. n. 197/1991), è stato posto in evidenza l'elemento della "preventività" nella valutazione, ad attuarsi secondo un "approccio basato sul rischio" che richiede di poter ponderare l'eventualità della "astensione" (in coerenza con il rischio individuato);

(b) in relazione a più recenti provvedimenti quali, ad esempio, il D.L. n. 78/2010 (conv. in L. n. 122/2010), è stato integrato lo stesso disposto dell'art. 41³ che è da leggere in stretta continuità con il Provv. n. 616/2010 della Banca d'Italia (in sostituzione degli "indici di anomalia" del 12.1.2001);

(c) è stata riformata la stessa procedura di segnalazione di operazioni sospette, divenuta ora telematica con un "compendio informativo di dettaglio" prima impensabile (cfr. Provv. UIF 6.5.2011) ed una focalizzazione della segnalazione sul "Cliente".

Indicato compendio di norme che associa l'obbligo "segnaletico" (in dipendenza dell'interazione tra l'art. 41 e l'art. 23 D. Lgs. n. 231/07) sempre più alla valutazione del "rischio" e prevede anche un giudizio ponderato/motivato circa l'"astensione" che costituisce, indubbiamente, elemento di novità nel nostro ordinamento e che pare opportuno approfondire.

Procedendo ad un attento esame dell'obbligo, da un punto di vista di effetto sull'attuazione da parte degli Intermediari, viene subito in rilievo l'applicazione dell'art. 23 cit..

Nel leggere tale adempimento in unione con la "definizione amministrativa" di riciclaggio di capitali (art. 2 D. Lgs. cit.) - includente in sé anche la definizione di finanziamento al terrorismo (con le correlate norme)⁴-, ci si accorge che, in realtà (diremmo in concreto/operativamente) l'obbligo segnaletico/di astensione :

- (in quanto strutturato in relazione al rischio) nel previgente sistema, era già previsto (implicitamente) nell'attuazione di una valutazione di astensione per le fattispecie "ad alto rischio";
- essendo strettamente associato alla "valutazione di rischio" dello stesso Intermediario segnalante (Delegato S.o.S. ex art. 42 D. Lgs. cit.) ha sempre richiesto, in dipendenza della avvenuta segnalazione, l'attuazione di "motivate" e "coerenti" decisioni operative (cfr. oltre);

³ All'articolo 41, comma 1, è stato aggiunto, in fine, il seguente periodo: "E' un elemento di sospetto il ricorso frequente o ingiustificato a operazioni in contante, anche se non in violazione dei limiti di cui all'articolo 49, e, in particolare, il prelievo o il versamento in contante con intermediari finanziari di importo pari o superiore a 15.000 euro."

⁴ In realtà anche di evasione fiscale : sia essa penalmente o non penalmente rilevante (giudizio rimesso alle Autorità e non all'Intermediario).

➤ “giudizio di rischio” della segnalazione stessa che costituisce, comunque, elemento di rilevante novità anche nell’ambito dell’attuata revisione dello “schema segnaletico U.I.F.” ed è da inquadrare nell’ambito del “principio di fondatezza”⁵.

“Principio di fondatezza” della segnalazione che, così come esposto dall’Autorità di Vigilanza in più occasioni pubbliche, si fonda sul presupposto che è l’Intermediario che deve adottare, in dipendenza del rischio individuato e segnalato ogni misura che ritiene idonea in conformità (e coerenza) al rischio individuato, sino a quanto non riceva dall’UIF differenti valutazioni.

Da quanto precede, ne discende

⇒ la necessità per i destinatari degli adempimenti a dover considerare la corretta attuazione del proprio adempimento di “collaborazione attiva” non partendo (esclusivamente) dall’analisi delle segnalazioni attuate ma in modalità sempre più efficienti nell’individuare ed esaminare, con tempestività, le anomalie attraverso una corretta attuazione (quindi esame) dell’obbligo di “adeguata verifica” e di una, conseguente, corretta “tracciabilità” in AUI.

Obbligo di “adeguata verifica” che è da considerare, quindi, quale principale fondamento dello stesso obbligo segnaletico in quanto costituisce quella base di acquisizione di dati e informazioni (e documentazione a supporto) che, risultando strutturata secondo il “rischio” (sul punto assai utili risultano – già oggi – le istruzioni in pubblica consultazione della Banca d’Italia in tema di “adeguata verifica”), consente di attuare idonee valutazioni (presupposto indispensabile per l’attuazione delle segnalazioni) e di documentare le verifiche effettuate, anche ai fini di una compiuta valutazione del “rischio segnalato”.

Per quanto precede, l’esame compiuto dell’obbligo richiede l’analisi di quanto previsto dal Prov. di marzo 2011 della Banca d’Italia⁶ circa la “Funzione del Responsabile Antiriciclaggio” e l’individuazione del “Delegato aziendale per la segnalazione di operazioni sospette”, in particolare, nell’ambito dei seguenti n. 3 (tre) macro-temi :

- (1) *“Individuazione del perimetro dell’obbligo segnaletico : segnalazione e astensione”*
- (2) *“Individuazione della responsabilità segnaletica”*
- (3) *“Misure organizzative e di controllo a presidio del corretto assolvimento dell’obbligo segnaletico”.*

⁵ “Principio di fondatezza” : atteso che le segnalazioni vengono inviate dagli Intermediari all’UIF sulla base di proprie autonome valutazioni e motivate decisioni, le stesse devono essere sempre considerate dagli Intermediari come fondate (con il relativo rischio attribuito) sino alla ricezione di una diversa valutazione da parte dell’UIF.

⁶ Analogo Provvedimento (Reg. n. 41/2012) è stato pubblicato - maggio 2012 - da ISVAP per le Compagnie di Assicurazione.

* * *

(1) “Individuazione del perimetro dell’obbligo segnaletico : segnalazione e astensione”

Nel previgente Ordinamento (strutturato sulla L. n. 197/1991), l’assolvimento dell’obbligo di astensione poteva, sostanzialmente, correlarsi ad un obbligo di impedire una operatività di cui si aveva, in ragione degli elementi a disposizione, fondato motivo di ritenere soggetta a riciclaggio di capitali⁷.

Potremmo classificare l’obbligo precedente nell’espressione: “induzione a ritenere sospetta l’operatività”.

A seguito dell’avvenuta introduzione, mediante il D. Lgs. n. 231/07, dell’art. 23 (astensione) e anche della sempre più stretta interazione tra adempimenti antiriciclaggio e obblighi a contrasto del finanziamento del terrorismo, il corretto assolvimento dell’obbligo segnaletico deve, anzitutto

(a) tenere in considerazione oltre all’aspetto “segnaletico” (come sopra indicato) anche il corretto e “documentale” assolvimento sia dell’“adeguata verifica” (elemento di conoscenza del cliente) sia anche dell’obbligo di valutazione della “astensione” (correlato al rischio conseguente alla segnalazione attuata);

riferendosi inoltre

(b) all’assolvimento dell’obbligo allorquando si abbiano “motivi ragionevoli per sospettare”.

Obbligo, pertanto, a correlarsi ad una “conoscenza del cliente” che deve essere non solo anticipata (rispetto all’accensione del rapporto e/o al compimento dell’operazione) ma anche “coerente” con l’operatività attuata (in riferimento ai dati e alle informazioni a disposizione) e al “compendio informativo” acquisibile⁸.

In particolare, si può annotare che :

⇒ l’“obbligo segnaletico”, avrà ad oggetto sia le “anomalie” di cui all’art. 41 D. Lgs. n. 231/07 che non siano giustificate (dal cliente e/o dall’operatività) sia potrà avere a riferimento anche alcune ulteriori fattispecie quali quelle indicate nell’ambito dei cd. “illeciti amministrativi” (oggetto di separata attenzione segnaletica anche ai fini della,

⁷ La giurisprudenza di merito ha, in talune statuizioni, individuato nell’elemento del “dolo eventuale” (rappresentazione dell’evento di riciclaggio e assunzione del rischio che si verifichi) elemento di potenziale penale rilevanza a carico del personale di Banche che non avevano, in conseguenza di tale individuazione, attuato misure di segnalazione e di presidio del rischio idonee e congruenti (al rischio stesso).

⁸ “Compendio informativo” acquisibile : in forza del combinato disposto dell’art. 21 e 23 D. Lgs. cit. – sempre ovviamente in coerenza con il rischio individuato – i destinatari degli obblighi possono approfondire le anomalie anche avvalendosi dell’obbligo del cliente di fornire ogni dato, informazione e/o documento utile alla valutazione di congruità dell’operazione/del rapporto.

eventuale, configurabilità quali “illeciti amministrativi” di cui agli artt. 49 e 51 D. Lgs. n. 231/07) che, in taluni casi, possono “intersecarsi” anche con l’assolvimento del predetto obbligo di segnalazioni di “operazioni sospette”;

sul tema, si ponga riferimento ad esempio :

➤ all’art. 50 (divieto di tenuta di conti e/o libretti con intestazione anonima o, soprattutto, fittizia);

considerando anche

➤ l’utilizzo di mezzi di pagamento non congrui con l’attività economica svolta (oltre che a “ridotta tracciabilità”), tra cui viene posto particolare riferimento al contante e/o titoli al portatore quali potenziali veicoli di trasferimento di capitali di dubbia provenienza;

e che

➤ la segnalazione di operazioni sospette, risulta assorbente/inclusiva anche di ogni comunicazione riferita a “illeciti amministrativi” (sulle medesime operazioni ovviamente).

Valutazione di “astensione” (anche indicato ivi quale “obbligo impeditivo”), peraltro, che sarà sempre unita all’obbligo segnaletico e potrà configurarsi, ad esempio, conformemente a :

- al contrasto del finanziamento del terrorismo D. Lgs. n. 109/07 e n. 54/09 (di cui alle indicate liste di “designati terroristi”);
- alla applicazione delle disposizioni che impediscono l’operatività (anche indiretta) con determinate controparti/entità “opache” (si veda D.L. 78/2010);

ma anche

○ alle risultanze dell’analisi della “anomalia” (sia essa su rapporto e/o operazione) che, in applicazione delle disposizioni del D. Lgs. n. 231/07 e, soprattutto, del Provv. n. 616/2010 della Banca d’Italia (cfr. anche del Provv. n. 357/09 in tema di contrasto al finanziamento delle armi di distruzione di massa) dovrà portare sempre ad una “motivata” decisione, sia essa di “gravità” del sospetto associato al cliente.

Sospetto che andrà corredato, infatti, con il “giudizio del rischio segnalato” oltre che a doversi leggere con i relativi provvedimenti conseguenti e successivi.

In tale ambito (i.e. valutazione della “anomalia”/ valutazione del “sospetto” con il “giudizio di rischio”), considerando :

⇒ le più recenti statuizioni di legittimità (i.e. Cassazione civile e penale) che impongono l'analisi di "ogni anomalia" dovesse risultare nel corso dell'avvio del rapporto e/o nell'ambito della relazione già instaurata con il cliente e/o antecedentemente all'esecuzione dell'operatività chiesta dal cliente occasionale;

unitamente alla necessarietà di

⇒ valutare ogni "anomalia" riscontrabile in un "Provvedimento" regolamentare della Banca d'Italia e/o in uno "schema di anomalia" U.I.F.;

⇒ attuare un "confronto informativo/dichiarativo" con il cliente (tenuto all'obbligo di cui all'art. 21 D. Lgs. n. 231/07 -), nell'ambito del procedimento di valutazione interna;

⇒ ponderare l'individuazione delle anomalie e le analisi, conformemente ad un "approccio basato sul rischio" – cliente/prodotto/transazione (art. 20 D. Lgs. n. 231/07) -;

(in alcune ipotesi)

⇒ anche al fine di attuare una segnalazione preventiva ex art. 6 co. 7 D. Lgs. n. 231/07 alla UIF.

Ne consegue come

- le sopra indicate analisi, avranno a presupposto l'effettuazione di una "motivata" valutazione di "appropriatezza" dell'operatività – in dipendenza delle informazioni e dei dati acquisiti – e/o del "rischio individuato" che andrà, conseguentemente, segnalato alla U.I.F. conformemente al nuovo schema segnaletico telematico (che richiede tale giudizio di rischio);

- l'astensione avrà a riferimento le ipotesi previste dalla Legge (cfr. D.L. n. 78/2010 e DD. Lgs.vi n. 109/07 e 54/09) ovvero in ipotesi di un "rischio elevato".

Soprattutto, ponendo in evidenza che :

⇒ la segnalazione avrà a riferimento il "CLIENTE" con il relativo dettaglio informativo (legami su rapporto; legami su operazioni; legami con altri soggetti ecc.), compendiato dall'operatività (dettaglio delle operazioni rilevanti) e dalla possibilità di allegare anche documentazione informativa;

⇒ la "CIRCULARITÀ INFORMATIVA", anche in ambito segnaletico (oltre che di "adeguata verifica" e "profilatura del rischio cliente"), deve considerarsi sia (a) nell'interazione interna/aziendale (ad es. nell'ambito del Gruppo bancario di riferimento) sia anche (b) verso le controparti contrattuali, con la predisposizione di apposite misure finalizzate alla ripartizione e concertazione nell'assolvimento degli

obblighi di Legge (ad es. con le società prodotto nell'ambito delle attività di collocamento e/o distribuzione);

⇒ il comportamento segnaletico dell'Intermediario dovrà risultare "COERENTE" con i dati e le informazioni esaminate e, soprattutto, con il Giudizio attribuito e le decisioni conseguentemente assunte, al fine di valutare la continuazione dell'operatività.

* * *

(2) "Individuazione della responsabilità segnaletica"

Avendo a riferimento quanto sopra, in via di sintesi, si può annotare quanto segue :

⇒ la "responsabilità segnaletica" andrà ad essere (potenzialmente) configurabile in capo a tutto il personale; non quindi solo al "Delegato aziendale per la segnalazione di operazioni sospette" che è, sostanzialmente, il tramite operativo dell'Intermediario verso l'U.I.F.;

e che, in tale ambito

⇒ la "documentalità" risulta necessaria sia all'acquisizione dei dati e delle informazioni dal cliente sia anche per le, conseguenti e connesse, attività di valutazione poste in essere dagli operatori dell'Intermediario;

⇒ la "tempestività" dell'obbligo segnaletico andrà ad essere valutata non solo in ragione della "omessa segnalazione" ma anche per la "tardiva segnalazione" (questa ultima intesa quale segnalazione non effettuata efficacemente in relazione agli elementi, dati e informazioni a disposizione dell'operatore);

⇒ la sanzione per l'"omessa" e/o "tardiva" segnalazione, individuata nell'art. 57 co. 4 D. Lgs. n. 231/07, classificata quale "sanzione di natura amministrativa", tuttavia, non esclude una, eventuale, responsabilità penale (salvo che il fatto costituisca reato ...⁹) che può portare ad una analisi di responsabilità amministrativa dell'Ente ex D. Lgs. n. 231/07.

Evidenziandosi che

⇒ la centralità della valutazione è/dovrebbe permanere/ il CLIENTE (oggetto di "adeguata verifica" e colui che instaura la relazione d'affari con l'Intermediario) con il relativo "COMPENDIO INFORMATIVO" desumibile dalla corretta attuazione della

⁹ Art. 57 co. 4 D. Lgs. n. 231/07 : "Salvo che il fatto costituisca reato, l'omessa segnalazione di operazioni sospette è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria dall'1 per cento al 40 per cento dell'importo dell'operazione non segnalata. Nei casi più gravi, tenuto conto della gravità della violazione desunta dalle circostanze della stessa e dall'importo dell'operazione sospetta non segnalata, con il provvedimento di irrogazione della sanzione è ordinata la pubblicazione per estratto del decreto sanzionatorio su almeno due quotidiani a diffusione nazionale di cui uno economico, a cura e spese del sanzionato".

“adeguata verifica” (oltre che dalla registrazione dei dati nell’A.U.I.) risultando un necessario e indispensabile, ma non esaustivo e tantomeno elemento di “totale esenzione di responsabilità”, l’avvalersi di strumenti informatici di estrazione automatica delle anomalie.

* * *

(3) “Le misure organizzative e di controllo a presidio del corretto assolvimento dell’obbligo segnaletico”

Con riferimento all’assolvimento dell’obbligo, avendo a riferimento i principali cardini sui quali sono strutturate le disposizioni della Banca d’Italia circa gli assetti organizzativi e di controllo, una corretta gestione del “rischio segnaletico” (i.e. idonea attuazione) dovrebbe avere a riferimento almeno i, seguenti, passaggi logici :

(I) l’acquisizione completa ed esauriente dei dati e delle informazioni da parte del cliente, non solo in fase di accensione del rapporto ma anche in sede di “*on-going due diligence*” con, conseguente, attuazione degli obblighi di “adeguata verifica”, soprattutto in caso di “*enhanced due diligence*” (“adeguata verifica rafforzata”) e di corretta registrazione dei dati e delle informazioni (sia in AUI sia nei sistemi gestionali);

(II) l’individuazione procedurale (con la codificazione dei relativi protocolli operativi), sia dei sistemi di individuazione delle anomalie¹⁰ sia anche dell’approccio all’“esame della anomalia” - ove viene a concretarsi l’operatività (i.e. Filiali; Business Lines) -; considerando quanto precede anche nell’operatività attuata tramite altri Intermediari (ad es. “Collocatori” ; “Società prodotto”);

(III) la valutazione di implementazione di un apposito “Decalogo aziendale” integrativo (mai sostitutivo) degli “indici di anomalia della Banca d’Italia” e degli “schemi di anomalia UIF”;

(IV) l’esame della “documentalità” delle valutazioni effettuate dal personale e della “coerenza” delle condotte, conseguentemente, attuate;

(V) il monitoraggio dell’assolvimento dell’obbligo “segnaletico” (tempestività e celerità nella valutazioni e congruità delle azioni intraprese) anche in relazione alle attività conseguenti e connesse¹¹ nonché sotto il profilo della corretta attuazione degli obblighi “impeditivi”.

¹⁰ Individuazione delle anomalie : a non attuarsi (esclusivamente) affidandosi a programmi informatici di rilevazione statistica (utili, indispensabili ma “non conclusivi” dell’obbligo)

¹¹ Si pensi ad esempio al caso : cliente segnalato che chiede l’accensione di altro “rapporto continuativo” (anche presso altro Intermediario del Gruppo).