

Dicembre 2016

Nuova Legge Antiriciclaggio e obblighi degli organi di controllo aziendale

Maurizio Arena

Tra le numerose novità di rilievo contenute nello schema di decreto legislativo attuativo della IV Direttiva Antiriciclaggio (Direttiva 849/2015/UE), pubblicato per la pubblica consultazione sul sito del Dipartimento del Tesoro, va segnalata anche quella concernente obblighi e responsabilità degli organi di controllo aziendale.

Il cambiamento che si propone rispetto all'attuale art 52 del d.lg. 231/2007 (Legge Antiriciclaggio, L.A.) è netto e concerne soprattutto l'Organismo di vigilanza ex d.lg. 231/2001 (OdV).

1. L'art 52 L.A.

Questo il testo dell'art 52 L.A.:

1. Fermo restando quanto disposto dal codice civile e da leggi speciali, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, l'organismo di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati presso i soggetti destinatari del presente decreto vigilano, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze, sull'osservanza delle norme contenute nel presente decreto.

2. I soggetti di cui al comma 1:

a) comunicano, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui vengono a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'articolo 7, comma 2;

b) comunicano, senza ritardo, al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato, le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 41 di cui hanno notizia;

c) comunicano, entro trenta giorni, al Ministero dell'economia e delle finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 49, commi 1, 5, 6, 7, 12 e 13 e all'articolo 50 di cui hanno notizia;

d) comunicano, entro trenta giorni, alla autorità di vigilanza di settore, le infrazioni alle disposizioni contenute nell'articolo 36 di cui hanno notizia.

Gli organi di controllo (tra i quali l'OdV) devono segnalare, *in primis*, tutti gli atti o i fatti di cui vengano a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'articolo 7, comma 2 L.A.

Si tratta delle disposizioni delle Autorità di vigilanza relative alle modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, all'organizzazione, alla registrazione, alle procedure e ai controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

In secondo luogo, tali organi devono comunicare «le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 41 di cui hanno notizia».

L'art. 41 prevede l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette, che la L.A. riferisce sia alle operazioni aventi ad oggetto denaro o utilità di sospetta provenienza dai delitti di riciclaggio sia a quelle aventi ad oggetto denaro o utilità che si sospetta possano essere destinati al finanziamento del terrorismo.

Si noti – proprio per un confronto con la normativa prossima ventura - che oggetto della comunicazione è “l'infrazione all'art 41”, vale a dire l'omessa segnalazione di operazioni sospette.

Costituiscono oggetto di comunicazione esterna «le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 49, commi 1, 5, 6, 7, 12 e 13 e all'articolo 50 di cui hanno notizia».

Le disposizioni richiamate prevedono limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore (art 49) e impongono la nominatività dei conti e dei libretti di risparmio (art 50).

Infine vanno comunicate al Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) «le infrazioni alle disposizioni contenute nell'articolo 36 di cui hanno notizia»: si tratta dell'omessa/incompleta/tardiva registrazione dei dati e delle informazioni raccolti dalla clientela.

La violazione degli obblighi in discorso è costruita secondo lo schema del reato omissivo proprio: la sanzione prevista a carico degli organi di controllo per l'inadempimento di questi obblighi risiede nell'art. 55 comma 5 e consiste nella reclusione fino ad un anno e nella multa da 100 euro 1000 euro.

2. Il problema della posizione di garanzia dell'OdV

Sulla base del dovere di controllare il rispetto delle disposizioni del decreto (comma 1) e alla luce degli obblighi – talora aventi rilevanza esterna - di cui al comma 2, parte della dottrina ha ritenuto di poter configurare a carico dell'OdV una vera e propria posizione di garanzia finalizzata all'impedimento dei delitti di riciclaggio da parte dei soggetti apicali dell'ente.

Al contrario, secondo le Linee-guida 231 di Confindustria, il dovere di vigilanza di cui al comma 1 dell'art. 52 deve intendersi limitato all'adempimento degli obblighi informativi previsti dal comma 2 della medesima disposizione.

Inoltre, sempre secondo le Linee-guida, l'adempimento dei doveri di informazione di cui al comma 2 deve essere commisurato ai concreti poteri di vigilanza spettanti a ciascuno degli organi di controllo contemplati: di conseguenza il dovere di informativa dell'OdV non può che essere parametrato alla funzione, prevista dal d.lg. n. 231/2001, di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli e, con specifico riferimento all'antiriciclaggio, di comunicare quelle violazioni di cui venga a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni o nelle ipotesi in cui ne abbia comunque notizia (ad esempio: su segnalazione di dipendenti o altri organi dell'ente).

Secondo le Linee-guida 231 dell'Associazione Bancaria Italiana il dovere di vigilanza sulle norme contenute nella L.A., di cui al comma 1, deve essere inteso come vigilanza che ognuno degli organi richiamati dalla norma deve espletare nel proprio ambito di attività, senza necessità di produrre inutili duplicazioni di compiti ed attività.

L'OdV, quindi, nell'ambito delle competenze ad esso attribuite dall'art. 6, lett. b) del d.lg. n. 231, vigilerà sul rispetto nel contesto aziendale delle sole previsioni del decreto funzionali ad escludere il rischio di un coinvolgimento della banca in «fenomeni di riciclaggio», segnalando eventuali infrazioni di cui venga a conoscenza nello svolgimento dei propri compiti.

Il documento peraltro precisa che si dovrebbe escludere che la disposizione dell'art. 52 citato valga ad introdurre una vera e propria posizione di garanzia dell'Organismo rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.

La considerazione sembra, peraltro, trovare conferma proprio nella previsione di uno specifico obbligo di comunicazione delle eventuali violazioni relative alle disposizioni della L.A. di cui vengano a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti o di cui abbiano altrimenti notizia e di una espressa sanzione penale nei confronti dei componenti di detto organo.

3. La prima versione dello schema di decreto legislativo

In una prima versione dello schema di d.lg. attuativo della IV Direttiva il sistema di comunicazioni a carico degli organi di controllo veniva disciplinato nel modo che segue:

Art 46

Ferme le vigenti disposizioni del codice civile e delle leggi speciali in materia di composizione e funzionamento degli organi di controllo societari, i componenti del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza, del comitato di controllo di gestione, dell'organismo di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 nonché ogni altro soggetto incaricato di funzioni di controllo di gestione, comunque denominate, presso i soggetti obbligati vigilano sull'osservanza delle norme di cui al presente decreto e sono tenuti a:

a) comunicare, senza ritardo, al titolare della funzione o al legale rappresentante o a un suo delegato, per il successivo invio alla UIF, le operazioni sospette di cui vengono a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni;

b) comunicare, senza ritardo, alle autorità competenti, in ragione delle rispettive attribuzioni, ogni altra violazione delle disposizioni di cui al presente decreto di cui vengono a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni.

L'obbligo di comunicare al MEF le violazioni degli artt 49 e 50 restava confermato a carico dei medesimi organi, ai sensi del successivo art 51.

Ebbene: questa bozza contemplava ancora l'OdV tra i soggetti obbligati.

Venivano inoltre proposte tre rilevanti modifiche rispetto all'art 52 attualmente vigente:

- lett. a): la comunicazione al legale rappresentante delle operazioni sospette rilevate (e non delle omesse segnalazioni, come oggi previsto nell'art 52), per l'inoltro all'UIF (configurando una sorta di vincolo di inoltro a carico del legale rappresentante o del delegato SOS);

- lett. b): la comunicazione poteva avere ad oggetto ogni violazione della L.A. (a prescindere dalla gravità) e doveva essere inviata alle "Autorità competenti" (concetto distinto rispetto a quello di "Autorità di vigilanza di settore": precisamente si trattava, oltre che delle Autorità di vigilanza di settore, anche del MEF, della UIF, della Direzione Investigativa Antimafia e del Nucleo speciale della Polizia valutaria della Guardia di finanza);

- il titolo di responsabilità diventava amministrativo: veniva prevista una sanzione pecuniaria compresa tra 2500 euro e 50000 euro per le violazioni degli obblighi ex art 46 e tra 3000 euro e 15000 per le violazioni dell'art 51.

4. Il testo posto in consultazione

Questo il testo dell'art. 46 (Obblighi di comunicazione degli organi di controllo dei soggetti obbligati) posto ufficialmente in consultazione dal MEF fino al 20 dicembre 2016:

1. I componenti del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione presso i soggetti obbligati vigilano sull'osservanza delle norme di cui al presente decreto e sono tenuti a:

a) comunicare, senza ritardo, al legale rappresentante o a un suo delegato le operazioni potenzialmente sospette di cui vengono a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni;

b) comunicare, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore e alle amministrazioni e organismi interessati, in ragione delle rispettive attribuzioni, i fatti che possono integrare violazioni gravi o ripetute o sistematiche o plurime delle disposizioni di cui al presente Titolo e delle relative disposizioni attuative, di cui vengono a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni.

Anche in questa bozza permane a carico dei medesimi organi di controllo, pur se disciplinato in altra disposizione (art. 51), l'obbligo di comunicazione al MEF delle infrazioni ai limiti di circolazione del contante e dei titoli al portatore.

Con tutta evidenza, tra i soggetti obbligati non è più previsto l'OdV.

Vengono eliminati pure i "soggetti incaricati del controllo di gestione" comunque denominati.

Pertanto gli obblighi di comunicazione riguardano soltanto il collegio sindacale (ed equiparati)

Tale modifica, di conseguenza:

- fa venir meno l'unica fattispecie penale omissiva propria a carico dell'OdV;
- fa venir meno l'unico possibile fondamento normativo della posizione di garanzia dell'OdV.

Resta tuttavia l'importante differenza rispetto all'attuale art 52: oggi l'obbligo di comunicazione ha ad oggetto le infrazioni all'art 41, vale a dire le omesse segnalazioni rilevate.

Nel nuovo testo il collegio sindacale deve comunicare al legale rappresentante o ad un suo delegato le operazioni sospette rilevate.

Si noti inoltre che il collegio sindacale deve comunicare all'esterno le violazioni "gravi o ripetute o sistematiche o plurime" del Titolo II e delle relative disposizioni attuative.

Trattasi essenzialmente di tutte le violazioni relative agli obblighi di adeguata verifica della clientela, di conservazione e di segnalazione di operazioni sospette.

Le varie aggettivazioni sono, peraltro, almeno testualmente, alternative: in altri termini devono essere comunicate anche le violazioni non gravi se ripetute o plurime o sistematiche.

D'altro canto se la violazione è grave deve essere comunicata anche se non plurima o ripetuta o sistematica.

Degna di nota pure l'indicazione ampia dei destinatari della comunicazione esterna: sia le Autorità di vigilanza (ove presenti) sia le Amministrazioni interessate.

Le Autorità di vigilanza di settore sono esclusivamente Banca d'Italia, Consob e IVASS.

Le «Amministrazioni e organismi interessati» sono – ai sensi delle definizioni di cui all'art 1 –

gli enti preposti alla supervisione dei soggetti obbligati non vigilati dalle autorità di vigilanza di settore, per tali intendendosi le amministrazioni, ivi comprese le agenzie fiscali, titolari di poteri di controllo ovvero competenti al rilascio di concessioni, autorizzazioni, licenze o altri titoli abilitativi comunque denominati e gli organismi preposti alla vigilanza sul possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità, prescritti dalla pertinente normativa di settore.

L'attuale art 52 comma 2, come è noto, è inapplicabile a tutti quei soggetti che non sono sottoposti ad un'Autorità di vigilanza di settore.

Si pensi, ad esempio, agli operatori del gioco i quali non sono assoggettati ad un'Autorità di settore come definita nella L.A. ma all'Agenzia Dogane e Monopoli che è sicuramente – secondo il testo in arrivo - Amministrazione interessata e che, in tale veste, diventerà destinataria dei menzionati obblighi informativi.

Ultima novità di rilievo è la depenalizzazione dell'inosservanza degli obblighi di comunicazione da parte dei componenti degli organi di controllo, che verrà punita dall'art 59 a titolo di illecito amministrativo:

1. Ciascun componente degli organi di controllo presso i soggetti obbligati è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 2.500 euro a 50.000 euro qualora, nell'esercizio della propria funzione, ometta di effettuare o effettui tardivamente le comunicazioni obbligatorie ai sensi dell'articolo 46 del presente decreto.

Infine, secondo l'art. 63 la violazione – da parte degli organi di controllo - dell'obbligo di comunicazione al MEF delle infrazioni ai limiti di circolazione del contante e dei titoli al portatore è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria da 3.000 euro a 15.000 euro.

La depenalizzazione in esame si aggiunge a quelle in tema di omessa identificazione e omessa registrazione e determina – nella sostanza - un netto inasprimento dell'impatto sul trasgressore.

Tale inasprimento appare vieppiù rilevante in considerazione del fatto che, al fine di riscontrare gli illeciti in questione, è sufficiente contestare la condotta tipica, gravando sul trasgressore l'onere della prova di aver agito in assenza di dolo o colpa (*ex multis*: Cass. civ., Sez. Un. 30 settembre 2009, n. 20934).

Inoltre rileva l'inapplicabilità alle ipotesi di plurime violazioni amministrative commesse con plurime azioni od omissioni del regime di favore derivante dall'istituto della *continuazione*, previsto per i reati dall'art. 81 cpv. c.p.

Le cautele procedurali e sostanziali previste dalla risalente legge 689/1981 saranno messe a dura prova dall'evoluzione dell'illecito amministrativo in una direzione penale e punitiva.