

La nuova Convenzione di diligenza delle Banche 2016



Luca Bernasconi

Avvocato, Master in Compliance Management
Centro Studi Bancari (CSB), Vezia
Legal & Compliance Advisor
lucabernasconi@bluewin.ch



Leandro Noi

Avvocato, Studio Legale Leandro Noi
Legal & Compliance Advisor
infolegal@leandronoi.ch

Pragmatismo elvetico in tema di autodisciplina con accenti di internazionalità

1.

Lotta al riciclaggio: da tematica specialistica a regolamentazione della quotidianità

Il sistema normativo antiriciclaggio è passato dall'essere un campo specialistico, pressoché riservato alle autorità di persecuzione penale, autorità di vigilanza finanziaria ed ai rispettivi soggetti vigilati, al divenire una materia con un influsso sempre più marcato nella vita quotidiana di ogni cittadino comune.

È infatti ormai marcatamente evidente come le decisioni prese da Stati esteri o da Entità Intergovernative Internazionali (si pensi ad esempio al Gruppo d'azione finanziaria [di seguito GAFI]) riducano per gli Stati coinvolti i margini di manovra politici e legali, con conseguenti importanti impatti per uno Stato di diritto democraticamente costituito come il nostro, abituato storicamente a decidere autonomamente sulle proprie questioni interne[1].

Il cittadino non addetto ai lavori da tempo si sente porre dai propri consulenti finanziari sempre più domande sui motivi delle sue transazioni e sull'origine dei fondi (per importi sempre più contenuti) oppure si ritrova destinatario di domande relative al proprio "status americano" (anche se risiede in Svizzera) o di altre giurisdizioni nazionali. Si vede altresì accollare tasse progressivamente maggiorate a causa dei molteplici mutamenti normativi che pesano sugli intermediari finanziari e nota persino viepiù sparire agenzie e succursali dislocate nelle zone periferiche, perché la redditività è oltremodo intaccata dalle innumerevoli misure che le nuove leggi, incluse quelle dell'antiriciclaggio, impongono sempre più uniformemente tanto agli Istituti di maggiori dimensioni, quanto alle banche regionali, nel segno forse di una rinnovata preoccupante "maestosa uguaglianza della legge"[2].

Nell'operatività di pagamenti giornalieri, il finanziere, l'imprenditore così come talvolta finanche la casalinga, percepiscono come l'utilizzo del *cash* stia divenendo quantomeno sempre meno gradito agli istituti finanziari e presto forse anche agli stessi commercianti. In alcuni Stati a noi vicini i processi

suddetti sono manifestamente ben più avanzati[3] a causa delle rilevanti problematiche di evasione fiscale "interna" e della forte presenza di criminalità organizzata nell'economia nazionale.

In questo contesto vanno evidenziati alcuni dei risvolti legali più recenti introdotti dalla Legge federale del 12 dicembre 2014 concernente l'attuazione delle Raccomandazioni del GAFI rivedute nel 2012, la quale pur contenendo per quanto possibile i vincoli introdotti, ha comportato – fra l'altro – l'inserimento di reati qualificati gravi inerenti alla fiscalità diretta nei reati a monte del riciclaggio, la limitazione del libero utilizzo di contante per i commercianti per importi superiori a 100'000 franchi[4] e la fine *de facto* delle azioni al portatore in Svizzera dal 1. luglio 2015. Il Codice delle obbligazioni (di seguito CO) in vigore prevede infatti, da un lato, che sia gli attuali detentori di azioni al portatore, sia eventuali futuri acquisti delle medesime debbano essere annunciati dall'acquirente (articolo 697i CO), dall'altro che, nel caso di superamento del limite del 25% di detenzione del capitale azionario o sociale oppure dei voti, si dovrà altresì rivelare il nominativo del beneficiario economico ultimo delle azioni o quote del caso (articoli 697j, 790a e parallelamente 837 CO)[5].

Proprio su quest'ultima modifica inerente alla trasparenza delle società, si è conseguentemente incentrata la revisione della Convenzione di diligenza delle Banche (di seguito CDB), che sin dal 1977 riveste un ruolo fondamentale nel sistema normativo elvetico della lotta al riciclaggio di denaro sporco.

2.

La nuova CDB 16

La CDB rappresenta una delle più importanti normative di autoregolamentazione della Piazza finanziaria elvetica che regola il comportamento delle Banche gestione per quanto attiene alla plausibilizzazione dei fondi loro affidati dai clienti e le modalità di identificazione di questi ultimi. Come anticipato sopra, una delle principali novità della nuova CDB 16[6] è rappresentata dall'identificazione del beneficiario economico delle persone giuridiche operative non quotate in borsa o di società di persone operative, sinora ritenute di principio esse stesse beneficiarie economiche dei fondi a loro intestati. D'ora

in avanti anche per le società anonime e le società a garanzia limitata sarà pertanto necessario determinare le cosiddette persone controllanti (soggetti detentori del controllo), come si vedrà in seguito, verificando altresì eventuali interposizioni di tipo fiduciario tra detentore delle partecipazioni o dei diritti di voto ed effettivo beneficiario finale.

3. Accertamento dei soggetti detentori del controllo

Il capitolo 3 della CDB 16 è dedicato all'accertamento dell'avente diritto economico (di seguito ADE) su persone giuridiche e società di persone attive sul piano operativo, ovvero alla determinazione delle persone detentrici del controllo[7]. L'articolo 20 CDB 16 in specie predispose uno schema di accertamento a cascata. L'articolo 20 capoverso 1 CDB 16 dispone primariamente che se una persona giuridica o una società di persone attiva sul piano operativo[8] ha detentori del controllo con una partecipazione al capitale o ai diritti di voto pari o superiore al 25%, gli stessi devono essere accertati per iscritto. Di principio quali detentori del controllo devono essere designate delle persone fisiche (articolo 20 capoverso 2 CDB 16).

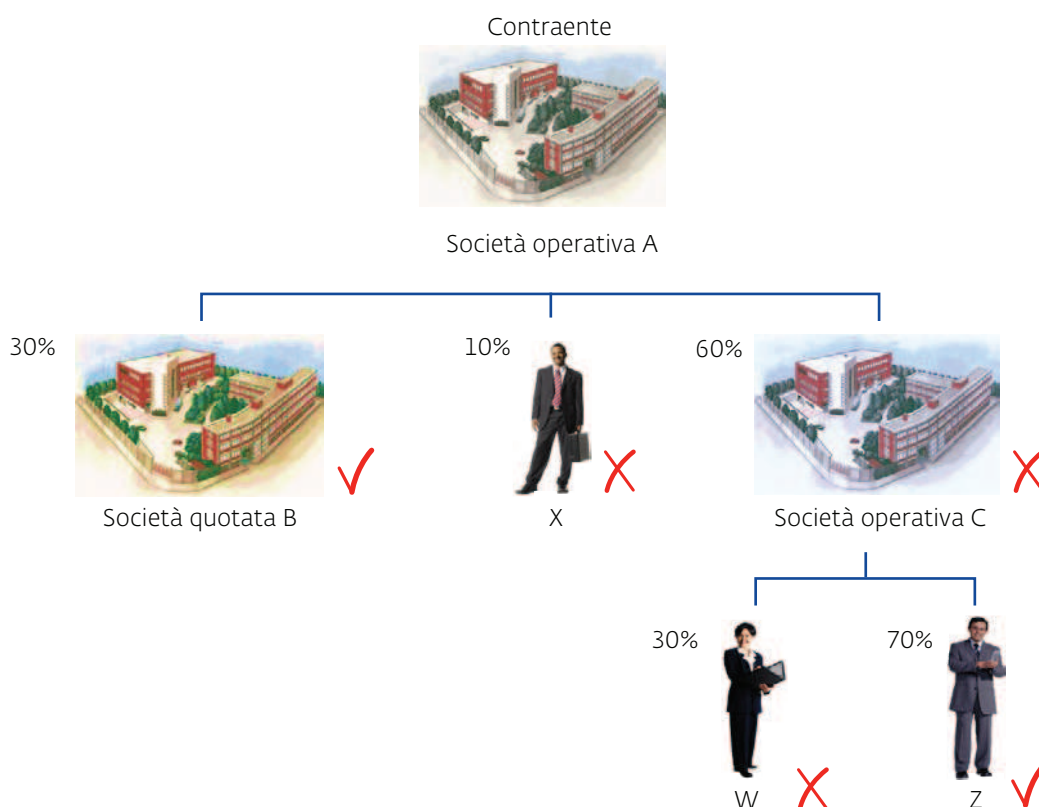
Subordinatamente l'articolo 20 capoverso 3 CDB 16 prevede che, nel caso in cui non fossero presenti detentori del controllo secondo la definizione del capoverso 1, si rende allora necessario determinare le persone fisiche che esercitano il controllo effettivo sulla società con un'altra modalità palesemente individuabile.

In via ancor più subordinata il capoverso 4 dello stesso articolo dispone che, qualora non siano presenti detentori del controllo secondo le definizioni dei capoversi 1 e 3, deve

essere determinata in loro vece a titolo sostitutivo la persona incaricata della direzione operativa (soggetti apicali).

Le indicazioni da documentare sono elencate dall'articolo 21 CDB 16, le quali possono essere raccolte tramite il nuovo formulario K. La banca ha altresì la facoltà di redigere un proprio apposito formulario, dal contenuto equivalente, con peculiarità tali da soddisfare le proprie specifiche esigenze interne.

È opportuno evidenziare in questo contesto come, sia il controllo diretto, sia quello indiretto su una persona giuridica, vadano adeguatamente rilevati dall'intermediario finanziario. Se il controllo diretto attraverso partecipazioni al capitale o tramite diritto di voto è di accertamento relativamente immediato, maggiore attenzione va posta alle strutture societarie interposte fra il detentore ultimo del controllo in via indiretta e il contraente societario titolare della relazione bancaria. Al fine di determinare i detentori ultimi del controllo di una società contraente (vedi illustrazione, Società operativa A), occorrerà infatti rilevare, per ogni società interposta che detiene più del 25% del capitale o dei diritti di voto della contraente stessa (vedi illustrazione, Società operativa C), quali sono le persone fisiche che controllano effettivamente le società interposte (generalmente chi dispone del 50% o più dei voti o del capitale sociale, nell'illustrazione il Signor Z). Tale verifica andrà, se del caso, svolta in ognuna delle diverse "linee di controllo". Le persone fisiche che controllano le società "interposte" nella linea di controllo saranno altresì indicate sul formulario K quali detentrici del controllo sulla società titolare della relazione (qui il Signor Z). Nell'esempio qui illustrato, la Società quotata B (come si vedrà qui di seguito esentata dall'obbligo di dichiarare i propri detentori del controllo), andrà anch'essa indicata nel formulario K quale persona che controlla la contraente in quanto detentrici del 30% del capitale di quest'ultima.



Quali eccezioni all'obbligo di presentare una dichiarazione circa i detentori del controllo, la CDB 16 annovera le società quotate in borsa (articolo 22), le autorità (articolo 23), le banche e altri intermediari finanziari con sede in Svizzera^[9] e con sede e/o domicilio all'estero purché soggiacenti ad adeguata vigilanza prudenziale, regolamentazione antiriciclaggio e in materia di lotta al finanziamento del terrorismo conformi agli *standards* internazionalmente definiti dal GAFI (articolo 24), quindi le società e associazioni che perseguono lo scopo di salvaguardare mediante un'azione comune gli interessi dei propri membri/beneficiari o uno scopo ideale (politico, religioso, eccetera), così come le società semplici (articolo 25) e le comunioni di proprietari per piani e le comunioni di comproprietari iscritte nel registro fondiario (articolo 26).

Fondazioni e *trusts* devono invece dichiarare tramite la sottoscrizione di un formulario K chi è la persona detentrica del controllo nel caso in cui sono attivi a livello operativo. In tal caso si potrà eventualmente rinunciare alla compilazione del formulario S rispettivamente T^[10].

Va infine rilevato che l'intermediario finanziario deve richiedere alle persone giuridiche e alle società di persone attive sul piano operativo non quotate in borsa la presentazione di una dichiarazione circa la titolarità del diritto economico sui valori patrimoniali, soltanto se le stesse dichiarino di detenere i valori patrimoniali depositati presso la banca per conto di un determinato soggetto terzo. In questo caso occorrerà raccogliere oltre al formulario K anche un formulario A (articolo 30 CDB 16).

4. **Armonizzazione delle normative elvetiche antiriciclaggio (LRD, CDB 16) e del diritto privato (CO) con il concetto GAFI di beneficiario effettivo di una società**

Come detto al capitolo introduttivo, la Svizzera ha dato seguito alle Raccomandazioni GAFI febbraio 2012^[11], nonché a quanto stabilito dal Global Forum in tema di scambio automatico di informazioni (SAI), non solo aggiornando la propria normativa antiriciclaggio (in specie articolo 2a capoverso 3 della Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo [di seguito LRD]), fatto che ha comportato come visto la revisione della CDB, bensì mettendo altresì in vigore specifiche normative nel diritto civile, precisamente nel CO. Il concetto di beneficiario economico^[12] è stato infatti inserito agli articoli 697j e seguenti CO, rispettivamente 790a e seguenti CO.

La CDB 16 risulta ora in quest'ottica in sintonia non solo con la LRD, bensì anche con il diritto societario del CO, poiché in quest'ultimo, come visto nel capitolo introduttivo, è stato inserito un principio di trasparenza affine in punto alla detenzione di partecipazioni in una società di capitale (in particolar modo di SA e Sagl). Sia il CO, sia la LRD e conseguentemente la CDB 16, indicano infine univocamente il 25% quale soglia rilevante ai sensi di legge per una partecipazione al capitale o ai diritti di voto.

Sulla base del diritto privato le stesse società potranno e dovranno quindi disporre dei dati dei relativi detentori di diritti di voto o di partecipazioni di capitale, in specie delle detenzioni maggioritarie ai sensi di legge (articoli 697j e seguenti CO,

rispettivamente 790a e seguenti CO). Ciò dovrebbe quindi comportare una certa agevolazione per gli intermediari finanziari nella loro indagine in merito al detentore del controllo di clientela societaria, in quanto quest'ultima – come detto – dovrebbe di principio essere già in grado di fornire una parte dei dati richiesti anche ai sensi dell'articolo 2a capoverso 3 LRD ed articolo 20 capoverso 1 CDB 16. Per quanto attiene invece ad altre forme di controllo palesemente individuabili da parte degli intermediari finanziari (articolo 20 capoverso 3 CDB 16), questi ultimi dovranno procedere a proprie ulteriori attente valutazioni laddove sussistano dubbi circa l'effettivo detentore del controllo, nonostante le informazioni fornite direttamente dalla clientela.



5. **Conclusioni**

Nel mutato panorama internazionale dell'industria finanziaria, che ha senza dubbio posto l'accento sulla necessità di maggiore trasparenza e di un'accresciuta etica negli affari, la CDB 16 – nonché le altre basi legali che formano il quadro di riferimento interno – si rivela conseguente espressione di tale processo. La Svizzera si pone così, tra gli attori a livello internazionale, come soggetto affidabile e concreto e ciò le permetterà di svolgere anche in futuro il corretto ruolo di piazza finanziaria seria e stabile così come per altro avvenuto sino ad ora.

Le norme di autodisciplina ed il corpo regolatorio interno nella sua complessa integralità, permettono agli operatori dell'industria finanziaria di vedere applicata la cosiddetta "*certezza del diritto*" da un lato, caricando tuttavia dall'altro ogni intermediario finanziario di ulteriori costi di *compliance* ed oneri amministrativi direttamente o indirettamente correlati. Ma tant'è.

La vera sfida – a mente degli autori – consiste nel trovare il giusto equilibrio nella corretta applicazione delle norme vigenti ed il recente mutato paradigma dell'industria finanziaria, che scopre di doversi adattare a mutate condizioni quadro e che deve/dovrà saper valorizzare i propri punti forti affinché possa mantenere la propria attrattività in un contesto globalizzato e in un mondo mediatizzato all'eccesso.

Elenco delle fonti fotografiche:

<https://anticorruptionsociety.files.wordpress.com/2011/10/safe-deposit-box.jpg> ^[12.02.2016]

[1] Si ponga mente ad esempio alle discussioni pendenti con gli USA per definire il contenuto del formulario R inerente al segreto professionale dell'avvocato svizzero. Su richiesta della Federazione svizzera degli Avvocati, il Segretariato di Stato sta trattando le modalità di gestione del segreto professionale dei legali presso le autorità degli Stati Uniti d'America (USA). Si veda a riguardo: <https://www.plaedoyer.ch/artikel/d/fatca-frist-fuer-anwaelte-um-ein-jahr-verscho-ben> [12.02.2016].

[2] La citazione è stata tratta da France Anatole (Premio Nobel 1921), Il giglio rosso, 1894.

[3] Cfr. i limiti discussi in Italia (1'000-3'000 euro), in: <http://www.leggioggi.it/2015/11/23/prelievo-uso-contanti-quando-scatta-limite-quali-differenze/> [12.02.2016].

[4] Cfr. Consiglio federale, Messaggio concernente l'attuazione delle Raccomandazioni del Gruppo d'azione finanziaria (GAFI) rivedute nel 2012, n. 13.106, del 13 dicembre 2013, pagina 638, in: Foglio federale 2013, pagina 563 e seguenti, <https://www.admin.ch/ch/i/ff/2014/563.pdf> [12.02.2016].

[5] Cfr. Bernasconi Paolo, Evasori fiscali fra i due fuochi, la Regione, 16 dicembre 2014, pagina 30; cfr. Erez Tamara, Imminente entrata in vigore del-

la Legge federale concernente l'attuazione delle Raccomandazioni del GAFI rivedute nel 2012, NF 6/2015, pagina 3 e seguente; cfr. Noi Leandro, La fine delle azioni al portatore in Svizzera, in: <http://www.leandronoi.ch/?pageid=109> [12.02.2016].

[6] La CDB 16 è disponibile al seguente link: http://shop.sba.ch/1000020_i.pdf [12.02.2016].

[7] Si osserva controllo su una società quando una persona la governa, in particolare determinandone la politica aziendale e nominando gli organi ed i rappresentanti della stessa. Questo può avvenire anche in assenza di partecipazioni maggioritarie, bensì anche attraverso un controllo *de facto*, come ad esempio per via di accordi contrattuali. L'intermediario finanziario può di principio attenersi alla verifica delle partecipazioni o ai diritti di voto maggioritari, ma in presenza di dubbi, dovrà procedere a delle verifiche complementari per chiarire eventuali posizioni di controllo fattuale di una società.

[8] In riferimento a SA e Sagl si vedano rispettivamente gli articoli 697j e 790a CO; per quanto attiene alla società in nome collettivo gli articoli 557 e 535 CO, per la società in accomandita gli articoli 598 e 599; in merito alla società cooperativa cfr. articolo 837 CO.

[9] Per altri intermediari finanziari si intendono i commercianti di valori mobiliari, le direzioni di fondi

d'investimento, le società di assicurazione sulla vita, le società di investimento e i gestori patrimoniali che sottostanno alla Legge federale sugli investimenti collettivi di capitale (LICol), nonché gli istituti di previdenza professionale esonerati dall'obbligo fiscale con sede in Svizzera.

[10] Cfr. Commentario CDB 16 ad Art. 20, capitolo 5, lettera j.

[11] Per una versione in italiano delle Raccomandazioni GAFI febbraio 2012 vedi: http://www.dt.tesoro.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/prevenzione_reati_finanziari/prevenzione_reati_finanziari/RACCOMANDAZIONI_GAFI_2012_ITALIANO.pdf [12.02.2016].

[12] Ad oggi nella legislazione elvetica non esiste una definizione del concetto di beneficiario economico. Si rimanda a riguardo alla definizione data dal GAFI nel proprio glossario: "*L'expression bénéficiaire effectif désigne la ou les personnes physiques qui en dernier lieu possèdent ou contrôlent un client et/ou la personne physique pour le compte de laquelle une opération est effectuée. Sont également comprises les personnes qui exercent en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale ou une construction juridique*".