

Obblighi antiriciclaggio da parte dei sindaci senza il controllo contabile nella nuova disciplina prevista dal D.Lgs. 90/2017.

Di: Antonio Fortarezza

Tra le tematiche immediatamente sorte all'alba del nuovo Decreto Antiriciclaggio n. 90 del 25 maggio 2017¹, d'ora in avanti Decreto, che maggiormente hanno attirato la lente interpretativa di autori e commentatori, oscurando talvolta anche altri disposti normativi presenti nel Decreto che avrebbero meritato altrettanta se non maggiore attenzione, vi è senza alcun dubbio la questione relativa al rientro a pieno titolo delle prestazioni ricomprese negli obblighi antiriciclaggio dell'incarico di sindaco privo di funzione di revisione.

La questione sicuramente si origina da due elementi che, apparentemente e solo in un'ottica in cui non ci si voglia confrontare in maniera pedissequa con il dettato normativo attualmente vigente ed entrato in vigore il 4 luglio 2017, sembrano creare delle zone d'ombra sulla questione specifica, ovvero: l'inquadramento degli obblighi a carico dei sindaci dei soggetti non vigilati anche alla luce della precedente esclusione² e la dualità creatasi per l'elemento di ricomprensione all'interno degli obblighi del professionista, nella sua più pura espressione professionale, rispetto ad altri soggetti non ricompresi direttamente dal Decreto, pur potendo questi pariteticamente rivestire il ruolo di sindaci all'interno degli enti.

La questione impone di puntualizzare che, con la riforma del diritto societario del 2003, oltre alle successive integrazioni:

- al collegio sindacale compete il dovere (art. 2403 c.c.) di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed

¹ D.Lgs. 25/05/2017 n. 90. Attuazione della direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE e attuazione del regolamento (UE) n. 2015/847 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006. (17G00104) (GU Serie Generale n.140 del 19-06-2017 - Suppl. Ordinario n. 28). Entrato in vigore il 04/07/2017.

² Ricordiamo che in vigenza del D.Lgs. 231/2007 (per effetto delle modifiche intervenute con il D.Lgs 25/09/2009 n. 151, a far data dal 4 novembre 2009) all'art. 12, comma 3-bis, era stabilito che i componenti degli organi di controllo, comunque denominati, e fermo restando il rispetto del disposto di cui all'articolo 52, sono esonerati dagli obblighi di cui al titolo II, capi I, II e III.

- in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento;
- all'incaricato della revisione legale, ai sensi dell'art. 2409-bis c.c. e ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. 39/2010, compete il dovere di:
 - esprimere con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto;
 - verificare nel corso dell'esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili.

In vigore delle precedenti disposizioni normative, il legislatore, all'art. 12, comma 3-bis, con effetto dal 4 novembre 2009, aveva introdotto una importante deroga per i sindaci senza il controllo contabile, deroga che riguardava i principali obblighi di collaborazione quali quello di adeguata verifica del cliente, di registrazione e di segnalazione di operazioni sospette, ma non anche quelli relativi alla comunicazione delle infrazioni sul denaro contante, poiché il Sindaco che in relazione ai compiti di servizio e nei limiti delle sue attribuzioni e attività, aveva notizia di infrazioni delle limitazioni all'uso del contante doveva effettuare la predetta comunicazione.

La ratio della precedente deroga, si rinviene nella relazione di accompagnamento al D.Lgs. 151/2009, in cui l'esclusione fu fondata sulla considerazione che i componenti degli organi di controllo, "non svolgono una prestazione professionale per conto della società, ma sono inquadrabili nell'ambito di un rapporto organico con la società". Sul punto, ma in materia di incarichi di amministratore, il Ministero dell'Economia e delle Finanze³ aveva chiarito che gli amministratori (e i dirigenti di società o i soci di associazioni) possono essere assoggettati alla normativa antiriciclaggio solo nel caso in cui svolgano professionalmente tale attività.

Sulla prima questione relativa agli obblighi dei sindaci, è bene sottolineare che lo sforzo del legislatore, superiore a quanto fatto in passato a dire il vero, è stato quello di dirimere alcune delle problematiche interpretative emerse rispetto al D.Lgs. 231/07, tracciando in maniera maggiormente attenta limiti e confini spettanti ai soggetti obbligati.

Da qui ad esempio l'espressa esenzione contemplata all'art. 17 comma 7 del Decreto riguardanti l'esclusione dagli obblighi di adeguata verifica per la mera redazione e

³ Mef, Nota prot. 65633 del 12/06/2008.

trasmissione delle dichiarazioni derivanti da obblighi fiscali e gli adempimenti in materia di amministrazione del personale.

Il che induce facilmente a pensare che lì dove il legislatore voglia dar voce ad esenzioni, lo faccia in maniera diretta ed esplicita. Alla luce di ciò è di tutta evidenza che una critica specifica sulla possibilità di ricomprende o meno l'incarico di sindaco (senza il controllo contabile e non di soggetti vigilati) di società all'interno della disciplina assuma un carattere tautologico e valoriale, non certo interpretativo. In altre parole, per come è definita la norma in questo momento, non vi sono dubbi di sorta.

Sul secondo punto, e cioè che a rivestire la funzione di sindaci potrebbero esserci anche soggetti non previsti dalla legge anticiclaggio, nulla da dire, sul lapalissiano carattere discrasico di eterogeneità imposto dalla norma, ma ciò è ben donde alla luce del diverso inquadramento riservato al professionista dall'intera disciplina al proprio interno. Il professionista previsto dall'art. 3, comma 4, del D.lgs. 90/2017, difatti riveste uno strategico ruolo di collaborazione attiva in qualità del suo assoluto agire nel tessuto economico/sociale e non certo in funzione del singolo adempimento o alla luce della mera prestazione offerta⁴.

Un'interpretazione questa che, al netto delle esenzioni già previste in funzione del delicato rapporto tra professionista e il cliente, possiede forti radici europee ancor prima che nazionali.

La nuova impostazione del D.Lgs. 90/2017, evidenzia che i professionisti indicati all'art. 3, comma 4, del D.lgs. 90/2017, e tra questi Avvocati, Commercialisti, Notai e Consulenti del Lavoro, sono soggetti all'adeguata verifica, semplicemente in occasione dell'instaurazione di un rapporto continuativo o del conferimento dell'incarico per l'esecuzione di una prestazione professionale, e ciò in base alle disposizioni previste dall'art. 17, comma 1, lettera (a).

Anche lo stesso legislatore comunitario inoltre, all'interno della IV Direttiva, si comporta con un pattern ben definito, andando ad individuare soggetti ricompresi o non ricompresi negli obblighi ancor prima che prestazioni escluse o meno.

⁴ L'esenzione relativa a particolari prestazioni professionali svolte dai Commercialisti o dai Consulenti del Lavoro, prevista all'art. 17, comma 7, del D.Lgs. 90/2017, è specifica e ben delimitata, e rappresenta una eccezione al generale e sistematico obbligo di adeguata verifica. Esenzione che giova ribadirlo, non viene estesa all'obbligo di segnalazione di operazione sospette.

Anzi a dirla tutta, vi è un tratto della IV direttiva in cui vengono individuate particolarità nell'ambito delle prestazioni, tra l'altro non recepite dall'attuale D.Lgs. 90/2017, nella parte in cui al considerando n. 9 della Direttiva UE 2015/849, veniva stabilito di estendere ai professionisti legali gli obblighi antiriciclaggio nelle ipotesi di prestazioni professionali aventi ad oggetto la consulenza tributaria.

E ciò che il legislatore non dice direttamente nel Decreto (ma che non esclude) per esigenza di sintassi normativa, lo affida alla Relazione Tecnica, in cui si spiega con chiarezza ed in riferimento agli obblighi gravanti sugli organi di controllo interni che “(...) le esigenze di razionalizzazione e semplificazione degli adempimenti non sussistono, di contro, per i professionisti componenti di organi di controllo di soggetti non obbligati”⁵.

La sensazione, da una prima lettura della nota tecnica al D.Lgs. 90/2017, è quella che questo legislatore, nel ridisegnare l'impostazione dei presidi in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, si sia concentrato sulla qualificazione giuridica del soggetto sottoposto ai vari obblighi di collaborazione, piuttosto che sulla tipologia di incarico che esso assume.

Tale sensazione, spostata su un piano interpretativo, assume il carattere di valenza sistematica, poiché il legislatore, individua taluni soggetti, come “soggetti obbligati” all'art. 3, comma 4, del D.Lgs. 90/2017, e colloca tale precetto tra le disposizioni di carattere generale recate dal “Titolo I” del Decreto in esame.

In una visione di questo tipo, e sempre in tema di sindaci che esplicano le loro funzioni in soggetti non vigilati⁶, discende che se il ruolo di sindaco viene rivestito da un soggetto diverso da quelli che il legislatore ha individuato all'art. 3, comma 4, del

⁵ Di grande interesse sotto un profilo interpretativo risulta il chiarimento fornito sempre nella relazione tecnica al D.Lgs. 90/2017, nella parte in cui con riferimento alla precedente esenzione si evidenzia che “la norma scioglie i dubbi sollevati all'indomani dell'intervento del decreto legislativo 151 del 2009, con l'introduzione del comma 3-bis, all'interno dell'articolo 12. Benché infatti la relazione illustrativa alla predetta novella specificasse chiaramente che essa si applicava esclusivamente agli organi di controllo dei soggetti obbligati, la collocazione della disposizione all'interno dell'articolo 12, riguardante tutti i professionisti, aveva dato adito all'interpretazione per cui l'esenzione ivi prevista fosse da estendere anche ad organi di controllo di soggetti diversi da quelli obbligati”

⁶ Qualora al collegio sindacale non sia demandato l'espletamento della revisione legale dei conti, almeno un membro effettivo e uno supplente devono essere scelti tra gli iscritti nel registro dei revisori legali. I restanti membri, se non iscritti in tal registro, devono essere scelti fra gli iscritti:

- Nella sezione A Commercialisti dell'albo dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili;
- Nell'albo degli avvocati;
- Nell'albo dei consulenti del lavoro;
- Fra i professori universitari di ruolo, in materie economiche o giuridiche.

D.lgs. 90/2017, non vi saranno obblighi di sorta, e ciò esclusivamente analizzando il dettato normativo.

A dipanare perplessità, ove ve ne fossero ancora, il legislatore con una scelta di sintassi molto precisa, stabilisce all'art. 46 del decreto, che i componenti del collegio sindacale (ma anche i componenti del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione) presso i soggetti obbligati (ad esempio di Banche, Assicurazioni etc) vigilano sull'osservanza delle norme di cui al D.Lgs. 90/2017, imponendo loro nuovi obblighi di comunicazione delle infrazioni sia al legale rappresentante che alle autorità di vigilanza di settore, e per questi soggetti, in maniera esplicita, evidenzia un esonero generalizzato dagli altri obblighi antiriciclaggio.

In questo caso, e cioè nel caso di un sindaco di un soggetto vigilato, il legislatore, senza lacune di sintassi ed anzi con grande chiarezza, all'art. 46, 2 comma, del D.Lgs. 90/2017, precisa che fermi gli obblighi di comunicazione previsti all'art. 46, i componenti degli organi di controllo presso i soggetti obbligati, sono esonerati dagli obblighi di cui al Titolo II (Obblighi), capi I (Adeguate verifica), II (Conservazione) e III (Segnalazione).

E' evidente ancora una volta, che il legislatore, ha fatto una scelta precisa andando ad individuare esoneri specifici esclusivamente per i sindaci di soggetti obbligati, e non per i sindaci in generale.

Sempre sull'argomento, e stavolta senza defatiganti spinte interpretative, viene confermato che vi sono (ammesso che in passato vi fossero stati elementi normativi che tracciavano a livello interpretativo una specifica deroga) per i sindaci gli obblighi di comunicazione delle infrazioni all'utilizzo del denaro contante previste dall'art. 51 del Decreto, semplicemente poiché non vi è una esenzione esplicitamente inquadrata nel dettato normativo. In tale direzione, non può interferire, la possibilità materiale che il professionista nell'ambito dell'incarico di sindaco possa effettivamente o meno entrare in contatto con gli elementi costitutivi delle infrazioni all'utilizzo del denaro contante, poiché, la norma di riferimento, non impone nessun obbligo proattivo, bensì obblighi limitati ai casi in cui il sindaco, nell'esercizio delle proprie funzioni o nell'espletamento della propria attività, ha notizia di tali infrazioni.

Molte sono le prestazioni professionali svolte dai professionisti, che per le loro caratteristiche potrebbero non entrare in contatto con le infrazioni relative all'utilizzo del denaro contante, e soprattutto la maggior parte di esse, non viene resa nell'ambito

di una posizione di garanzia⁷ per il sistema socio economico che invece riveste la funzione del sindaco, ciò nonostante, questo legislatore con una tecnica condivisibile ha scelto quale elemento costitutivo dell'obbligo di comunicazione in argomento, l'elemento dell'avere notizia delle infrazioni, e non certamente quello di investigare sulle stesse, anche se la delicata funzione che la legge assegna al ruolo di sindaco impone doveri di maggiore portata e attenzione⁸, confermati tra l'altro anche dai recenti principi di comportamento del Collegio Sindacale del CNDCEC⁹. Quest'ultimo aspetto è desumibile dal carattere preventivo della norma finanche dell'intera disciplina antiriciclaggio, che richiede, ancor prima di un processo di effettività degli adempimenti, un approccio organizzativo, antecedente e preparatorio, che viene evidenziato nel generale principio di approccio basato sul rischio definito dall'art. 16 del D.Lgs. 90/2017.

Si pensi al generale dovere del Sindaco previsto dall'Art. 2403 c.c., con riferimento all'adeguatezza dell'assetto amministrativo e contabile presso la società o ente in cui effettua l'attività di vigilanza. Tale dovere esplose e viene rafforzato, tutte le volte in cui il sindaco nella sua attività dovesse rilevare significativi rischi di possibili violazioni delle disposizioni relative alle limitazioni nell'utilizzo del denaro contante, anche nella sua principale funzione di vigilanza sull'adeguatezza del sistema amministrativo-contabile, e ciò a prescindere dai flussi informativi eventualmente acquisiti ad esempio con l'incaricato della revisione legale, essendo ricompresi tra i poteri del sindaco anche quelli di ispezione e controllo.

La delicatezza che assume una concreta valutazione del rischio legato alle possibili violazioni in materia di utilizzo del denaro contante, coinvolge tutti i professionisti destinatari degli obblighi e quindi anche coloro che hanno l'importantissima funzione di vigilare sul rispetto delle norme quali appunto i sindaci. Tra l'altro, una spinta radicale e precisa sull'argomento lo ha fatto direttamente il legislatore, quando

⁷ La tradizione giurisprudenziale oramai consolidata, sottolinea che i sindaci assumono una specifica e più pregnante posizione di garanzia in punto di prevenzione di eventi dannosi in pregiudizio dei soci e dei creditori sociali.

⁸ Ai sensi dell'art. 2403 c.c., al collegio sindacale compete il dovere di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

⁹ CNDCEC, Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate - Settembre 2015, "...nel definire le modalità di vigilanza, il collegio sindacale pianifica le attività da porre in essere sulla base della rilevanza dei rischi indicati nei flussi informativi acquisiti dall'organo amministrativo, dalla direzione aziendale, dagli altri organi societari nonché a seguito dello scambio di informazioni con l'incaricato della revisione legale, nonché degli esiti delle operazioni di ispezione e controllo, attribuendo agli stessi una diversa intensità e periodicità di controllo...".

evidenzia la necessità di una adeguata verifica rafforzata all'art. 24 del D.Lgs. 90/2017 nella parte in cui ci si trovi in presenza di una attività economica caratterizzate da elevato utilizzo di contante, o quando all'art. 35 del D.Lgs. 90/2017, individua quale elemento di sospetto il ricorso frequente o ingiustificato ad operazioni in contante, anche se non eccedenti la soglia di cui all'articolo 49 e, in particolare, il prelievo o il versamento in contante di importi non coerenti con il profilo di rischio del cliente.

Anche in questa situazione, il legislatore, con una scelta di chiarezza, ed allo scopo di dirimere difetti interpretativi, ha stabilito all'art. 51, comma 1, che la comunicazione al Ministero dell'economia e delle finanze delle infrazioni sul contante, è dovuta dai componenti del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza, del comitato per il controllo sulla gestione presso i soggetti obbligati, quando riscontrano la violazione delle suddette disposizioni nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo e vigilanza.

Un altro paradigma universalistico ascrivibile alla disciplina in materia di antiriciclaggio dei sindaci, è senza dubbio quello riguardante il carattere di individualità e non di collegialità degli obblighi, poiché è il professionista singolo ad essere individuato all'art. 3, comma 4, del D.Lgs. 90/2017 come soggetto obbligato ed è il professionista singolo ad essere soggetto ad eventuali sanzioni; sanzioni la cui primigenia natura penale non lasciano alcun dubbio in tal senso e come peraltro confermato dal CNDCEC¹⁰.

Fatta tale doverosa premessa, assume pertanto ben poco significato nell'economia interpretativa dell'obbligo antiriciclaggio in esame, la fattispecie ideale secondo cui l'organo collegiale possa essere esso stesso soggetto obbligato anziché il singolo professionista di questo facente parte. Si pensi all'individualità per il professionista, dell'obbligo di adeguata verifica, della conservazione e della segnalazione di operazione sospetta.

Proprio con riferimento all'obbligo di segnalazione di operazioni sospette previsto all'Art. 35 del D.Lgs. 90/2017, il carattere di individualità dell'obbligo a cui il sindaco è soggetto, esplica i propri effetti nel sistema della prevenzione e contrasto, a cui si associa un preciso divieto di comunicazione previsto dall'Art. 39 del Decreto, nella parte in cui impone un divieto di dare comunicazione al cliente interessato o a terzi dell'avvenuta segnalazione, dell'invio di ulteriori informazioni richieste dalla UIF o

¹⁰ CNDCEC Circolare n. 36/IR del 3 dicembre 2016.

dell'esistenza ovvero della probabilità di indagini o approfondimenti in materia di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

Dirimere questi aspetti ed eliminare ogni coltre d'incertezza interpretativa assume maggior significato alla luce della tempestività e dell'attualità temporale del Decreto, ormai di già entrato in vigore a partire dallo scorso 4 luglio 2017.

Ci si è chiesti nell'immediatezza dell'entrata in vigore del D.Lgs. 90/2017, da quando decorrono i nuovi obblighi per i sindaci di soggetti non vigilati e senza la revisione legale. Come già analizzato sopra, il legislatore non ha posto l'attenzione sulla tipicità della prestazione professionale, dell'adempimento o della prestazione offerta al cliente, bensì sulla qualificazione del soggetto in quanto professionista soggetto agli obblighi.

L'art. 17, comma 4, del D.Lgs. stabilisce che i soggetti obbligati adempiono agli obblighi di adeguata verifica nei confronti dei nuovi clienti nonché dei clienti già acquisiti, rispetto ai quali l'adeguata verifica si renda opportuna in considerazione del mutato livello di rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo associato al cliente¹¹.

Inoltre l'art. 18, comma 3, del D.Lgs. 90/2017, evidenzia che in presenza di un basso rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, la verifica dell'identità del cliente, dell'esecutore e del titolare effettivo può essere posticipata ad un momento successivo all'instaurazione del rapporto o al conferimento dell'incarico per lo svolgimento di una prestazione professionale, qualora ciò sia necessario a consentire l'ordinaria gestione dell'attività oggetto del rapporto. In tale ipotesi, i soggetti obbligati, provvedono comunque all'acquisizione dei dati identificativi del cliente, dell'esecutore e del titolare effettivo e dei dati relativi alla tipologia e all'importo dell'operazione e completano le procedure di verifica dell'identità dei medesimi al più presto e, comunque, entro trenta giorni dall'instaurazione del rapporto o dal conferimento dell'incarico. Decorso tale termine, qualora riscontrino l'impossibilità oggettiva di completare la verifica dell'identità del cliente, i soggetti obbligati, si astengono e valutano, sussistendone i presupposti, se effettuare una segnalazione di operazione sospetta.

¹¹ In vigore del D.Lgs. 231/2007, all'art. 22, veniva stabilito che "...gli obblighi di adeguata verifica della clientela si attuano nei confronti di tutti i nuovi clienti. Per la clientela già acquisita i suddetti obblighi si applicano al primo contatto utile, fatta salva la valutazione del rischio presente...".

Nel Decreto, con riferimento alla decorrenza degli obblighi per i Sindaci, non sono state lasciate zone franche, con la conseguenza che gli obblighi a carico di costoro decorrono dalla data di entrata in vigore del Decreto stesso e cioè dal 4 luglio 2017, lasciando unicamente la possibilità di completare l'adeguata verifica entro il 4 agosto 2017, coerentemente alle prescrizioni del citato art. 18 del Decreto che, al terzo comma, permette di posticipare in un limite temporale di trenta giorni l'obbligo di verifica dell'identità del cliente e del titolare effettivo, previa ad ogni modo la tempestiva ed immediata acquisizione dei dati identificativi dei soggetti, e soltanto in presenza di un rischio basso di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

Innanzitutto una stretta esegesi della norma, per come in questo momento è impostata, le domande ed i legittimi dubbi interpretativi sono ben pochi, restano invero le disposizioni dettate dal Decreto, che avranno una loro naturale evoluzione ed una loro spinta interpretativa nel diritto ad opera della giurisprudenza che ne valuterà la portata.