



COMMISSIONE EUROPEA

Bruxelles, XXX
[\[...\]](#)(2011) XXX progetto

DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE

sulla vigilanza antiriciclaggio e sull'obbligo di segnalazione in materia di lotta al riciclaggio da parte di istituti di pagamento in varie situazioni transfrontaliere

Il presente documento è un documento di lavoro dei servizi della Commissione; non rappresenta né pregiudica le eventuali posizioni che la Commissione stessa abbia già adottato o intenda adottare in futuro su alcuna delle questioni trattate.

Introduzione

Il presente documento di lavoro intende servire da guida alle autorità di vigilanza dell'Unione europea e ai soggetti interessati privati per quanto riguarda l'interazione tra la direttiva sui servizi di pagamento (2007/64/CE) e la direttiva relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio (2005/60/CE, di seguito "direttiva antiriciclaggio") in merito alla vigilanza sugli istituti di pagamento e all'obbligo di segnalazione previsto dalla direttiva antiriciclaggio in varie situazioni transfrontaliere.

In generale, va notato che, una volta ottenuta l'autorizzazione nel proprio Stato membro di origine, un istituto di pagamento può svolgere la propria attività in qualsiasi altro Stato membro in regime di libera prestazione dei servizi o in regime di libertà di stabilimento, senza bisogno di ottenere autorizzazioni supplementari nello Stato membro ospitante (articolo 10, paragrafo 9, della direttiva sui servizi di pagamento). L'articolo 20, paragrafo 4, di quest'ultima direttiva pone la responsabilità dell'autorizzazione e della vigilanza prudenziale degli istituti di pagamento (titolo II della direttiva sui servizi di pagamento) tra gli obblighi dello "*Stato membro di origine*" (secondo la definizione contenuta nell'articolo 4, paragrafo 1).

Per quanto riguarda le norme sulla trasparenza e i requisiti informativi e quelle sullo svolgimento dell'attività (titoli III e IV della direttiva sui servizi di pagamento), in relazione ai servizi di pagamento, gli istituti di pagamento devono rispettare, almeno nei confronti dei consumatori, le norme dello Stato membro in cui forniscono il servizio di pagamento. Quindi, anche se abbia ottenuto l'autorizzazione in uno Stato membro A, per operare nel mercato di uno Stato membro B un istituto di pagamento deve rispettare norme e condizioni previste dalla legislazione nazionale di attuazione della direttiva sui servizi di pagamento nello Stato membro B.

Per quanto riguarda le violazioni dei titoli III e IV della direttiva sui servizi di pagamento, le autorità competenti, nei casi in cui l'istituto di pagamento operi mediante agenti e succursali, sono quelle dello Stato membro ospitante (articolo 82, paragrafo 2, della direttiva sui servizi di pagamento).

L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva sui servizi di pagamento definisce "*Stato membro ospitante*" lo "*Stato membro nel quale un prestatore di*

servizi di pagamento ha un agente o una succursale o fornisce servizi di pagamento...”

La direttiva antiriciclaggio segue un approccio territoriale, disponendo che gli Stati membri impongano obblighi preventivi, tra l'altro, agli istituti di pagamento situati sul loro territorio (articolo 34 della direttiva antiriciclaggio). Contrariamente alla direttiva sui servizi di pagamento, la direttiva antiriciclaggio è una direttiva di armonizzazione minima, e consente perciò agli Stati membri di *“adottare o mantenere disposizioni più rigorose”* (articolo 5 della direttiva antiriciclaggio).

Dalla lettura combinata della direttiva sui servizi di pagamento e della direttiva antiriciclaggio risulta che gli istituti di pagamento devono rispettare, per quanto riguarda i propri agenti e succursali, le norme antiriciclaggio del paese ospitante e sono soggetti alla vigilanza antiriciclaggio del paese ospitante effettuata in stretta collaborazione con le autorità del paese di origine. La vigilanza prudenziale, di per sé, rientra sempre tra le responsabilità del paese di origine, ma la cooperazione con le autorità del paese ospitante rimane indispensabile.

In tale contesto, il presente documento di lavoro si limita ad analizzare due scenari:

- un istituto di pagamento autorizzato nello Stato membro A (il “paese di origine”) opera mediante uno o più agenti nello Stato membro B (il “paese ospitante”);
- un istituto di pagamento autorizzato nello Stato membro A ha una succursale nello Stato membro B;

In entrambi gli scenari si pongono alcuni problemi concernenti le norme giuridiche applicabili ad agenti e succursali degli istituti di pagamento, la distribuzione dei poteri di vigilanza antiriciclaggio tra le autorità del paese di origine e quelle del paese ospitante e l'individuazione delle Unità di informazione finanziaria (UIF) nazionali competenti a ricevere le segnalazioni di operazioni sospette.

I servizi della Commissione europea non ignorano che problemi analoghi si porranno – o forse si sono già posti – riguardo agli agenti di istituti di moneta elettronica nonché ai distributori di moneta elettronica. I servizi della Commissione europea hanno già avviato alcune discussioni su questi temi, con la partecipazione di tutti i soggetti interessati, per valutare l'opportunità di fornire in futuro eventuali chiarimenti giuridici. In questa fase, tuttavia, dal momento che la direttiva sulla moneta elettronica è entrata in vigore solo di recente (il 30 aprile 2011), i servizi della Commissione stimano necessario acquisire un maggior numero di informazioni, dati e

riscontri prima di prevedere qualsiasi chiarimento. Per quanto riguarda gli agenti di moneta elettronica, sembra però già chiaro che una parte notevole del presente documento di lavoro potrebbe applicarsi, per analogia, anche a loro. La posizione dei distributori, invece, solleva problemi giuridici assai differenti – che potenzialmente richiedono diverse risposte giuridiche – dato il loro status giuridico nei confronti degli emittenti di moneta elettronica e per la natura delle attività che svolgono. Anche in questo caso, però, occorre acquisire un'esperienza più vasta prima di stabilire se vi siano le basi per giustificare un tentativo di interpretazione.

Il presente documento non reca pregiudizio alcuno alle norme applicabili al trattamento di dati personali effettuato nel contesto delle proprie attività da istituti di pagamento soggetti alla direttiva 95/46/CE (direttiva sulla protezione dei dati). L'articolo 4 di tale direttiva specifica il diritto nazionale applicabile alle attività di trattamento dei dati effettuate negli Stati membri e va considerato per determinare il diritto applicabile agli istituti di pagamento nelle situazioni esaminate nel presente documento¹.

1) Un istituto di pagamento autorizzato nello Stato membro A opera mediante agenti nello Stato membro B

L'uso di agenti è diffusissimo e varia da parecchie centinaia in alcune giurisdizioni a migliaia in altre. I servizi che essi offrono comportano rischi in materia di finanziamento del terrorismo e di riciclaggio dei proventi di attività criminose, in quanto servizi di pagamento come il trasferimento di fondi permettono di movimentare ingenti importi di denaro contante.

Per quanto riguarda le transazioni occasionali (che costituiscono la tipologia consueta per i servizi di trasferimento di fondi), l'adeguata verifica della clientela in linea di principio va applicata solo per transazioni il cui importo sia pari o superiore a 15 000 EUR (effettuate con un'operazione unica o con diverse operazioni che appaiono collegate) oppure, al di sotto di tale importo, quando vi sia sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo (articolo 7 della direttiva antiriciclaggio) oppure ancora quando la transazione occasionale sia un trasferimento di fondi ai sensi del regolamento (CE) n. 1781/2006. Si può certo dubitare che trasferimenti di fondi per importi superiori a 15 000 EUR vengano effettuati spesso ricorrendo ad agenti al dettaglio; ma anche al di sotto di tale soglia la vigilanza è necessaria e l'adeguata verifica della clientela va effettuata nei

¹ Cfr. a questo proposito il parere 8/2010 sul diritto applicabile del Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati (doc WP179) reperibile all'indirizzo:
http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp179_it.pdf

casi sospetti. Inoltre, nei casi di trasferimento di fondi, il prestatore di servizi di pagamento del pagatore deve verificare le informazioni relative al pagatore quando l'importo superi i 1 000 EUR.

a) Gli agenti sono “enti finanziari”?

Ai fini della direttiva antiriciclaggio, le succursali degli istituti di pagamento vengono assimilate agli enti finanziari, e sono quindi soggette individualmente agli obblighi previsti dalla direttiva antiriciclaggio (vedi articolo 3, paragrafo 2, lettera f), della direttiva) come se si trattasse di enti finanziari distinti.

A differenza delle filiali, gli agenti degli istituti di pagamento (o di altri enti finanziari) non vengono considerati dalla direttiva antiriciclaggio enti finanziari a sé stanti², e non sono neppure esplicitamente compresi in alcuna delle categorie di enti/persona elencate nell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva antiriciclaggio. Se però, in ragione della loro natura, alcuni agenti dovessero rientrare in una qualsiasi di queste categorie (per esempio quando un istituto di pagamento ha, come agente nello Stato membro B, un ente creditizio, la succursale di un ente creditizio o qualsiasi altro ente finanziario come un ufficio di cambio valuta) in tal caso essi sarebbero direttamente soggetti agli obblighi previsti dalla direttiva antiriciclaggio.

b) Gli agenti sono una forma di stabilimento?

Nel corso delle discussioni tenute dai servizi della Commissione durante la preparazione del presente documento di lavoro, si è spesso fatto riferimento ad alcune sentenze della CGUE citate nella Comunicazione interpretativa della Commissione del 26 giugno 1997³ *“Libera prestazione dei servizi e interesse generale nella seconda direttiva bancaria”*.

Dall'epoca dell'adozione di tale comunicazione, si è resa disponibile una giurisprudenza più recente. In particolare, nella sentenza dell'11 giugno 2003 (causa C-243/01, Gambelli) la CGUE ha sostenuto:

“45. Si deve ricordare che le restrizioni alla libertà di stabilimento da parte dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, ivi

² Gli intermediari assicurativi che operano in qualità di agenti di una compagnia di assicurazioni rientrano però nella definizione di “ente finanziario” (vedi articolo 3, paragrafo 2, lettera e), della direttiva antiriciclaggio). A tale proposito sembra opportuno valutare l'ipotesi di considerare, in una eventuale revisione della direttiva antiriciclaggio, tutti gli agenti come “enti finanziari”.

³ SEC(97)1193 definitivo.

comprese le restrizioni all'apertura di agenzie, di succursali o di filiali, sono vietate dall'art. 43 CE.

46. Laddove una società, quale la Stanley, con sede in uno Stato membro, effettui un'attività di raccolta di scommesse con l'intermediazione di una organizzazione di agenzie situate in un altro Stato membro, quali le agenzie degli indagati di cui alla causa principale, le restrizioni imposte alle attività di tali agenzie costituiscono ostacoli alla libertà di stabilimento”.

La posizione della Corte su questo problema corrisponde alle conclusioni dell'Avvocato generale, il quale ha affermato:

“80. Secondo l'ampia definizione del campo di applicazione della libertà di stabilimento, operata dalla Corte nella causa Commissione/Germania [sentenza del 4 dicembre 1986, causa C-205/84] un'impresa, che abbia in un altro Stato membro una presenza permanente, è soggetta alle disposizioni del Trattato relative al diritto di stabilimento “e ciò anche se questa presenza non ha assunto la forma della succursale o dell'agenzia, bensì si concreta in un semplice ufficio, gestito da personale dell'impresa, o da una persona indipendente, ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa alla stessa stregua di un'agenzia”.

Tale posizione è stata confermata e precisata dalla Corte in due sentenze successive dell'8 settembre 2010 nelle cause riunite C-316/07, da C-358/07 a C- 360/07, C-409/07 e C-410/07, Markus Stoß e altri, e nella causa C-409/06, Winner Wetten, in cui ha dichiarato (al punto 46) che:

“la nozione di stabilimento va intesa, in senso estremamente ampio, come implicante la possibilità per un cittadino comunitario di partecipare in maniera stabile e continuativa alla vita economica di uno Stato membro diverso dal suo Stato di origine e di trarne vantaggio, favorendo così l'interpenetrazione economica e sociale nell'ambito della Comunità europea nel settore delle attività di lavoro autonomo (v., in particolare, sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, Racc. pag. I-4165, punto 25). Il mantenimento di una presenza permanente in uno Stato membro da parte di un'impresa stabilita in un altro Stato membro può quindi rientrare nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento anche se tale presenza non ha assunto la forma di una succursale o di una agenzia, ma si manifesta tramite un semplice ufficio gestito, eventualmente, tramite una persona indipendente, ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa alla stessa stregua di un'agenzia (v. causa 205/84 Commissione/Germania [1986] Racc. pag. 3755, punto 21)”.

Per analogia con tale giurisprudenza, ne consegue che se l'istituto di pagamento mantiene una presenza permanente in un altro Stato membro,

anche qualora tale presenza consista unicamente in un ufficio gestito da un agente indipendente ma autorizzato ad agire su base permanente per l'impresa, si deve ritenere che l'istituto stesso abbia acquisito, tramite i propri agenti, una forma di stabilimento nel paese ospitante.

La giurisprudenza in esame mira principalmente a distinguere la prestazione transfrontaliera di servizi dalle situazioni di “diritto di stabilimento”, poiché le due situazioni non comportano le medesime conseguenze giuridiche per quanto riguarda il rispetto delle norme del paese ospitante.

Ma essa potrebbe rappresentare una fonte utile nei casi in cui sia necessario individuare criteri per valutare se un agente si possa considerare una “forma di stabilimento”, allo scopo di distinguere le situazioni in cui l'istituto di pagamento fornisce servizi transfrontalieri da quelle in cui esso rientra nel regime del diritto di stabilimento. Tuttavia, il fatto che tale “forma di stabilimento” non si possa giuridicamente assimilare a una “succursale” dell'istituto di pagamento impedisce di estendere automaticamente agli “agenti” il regime giuridico applicabile alle “succursali”.

c) Distribuzione dei poteri di vigilanza tra le autorità del paese di origine e quelle del paese ospitante

I servizi della Commissione europea ritengono che le autorità di vigilanza dello Stato membro di origine e di quello ospitante debbano cooperare strettamente per monitorare gli obblighi previsti dalla direttiva sui servizi di pagamento e dalla direttiva antiriciclaggio e assicurarne il rispetto da parte dell'istituto di pagamento e dei suoi agenti che forniscono servizi sotto la sua responsabilità.

Tale compito potrebbe rivelarsi molto arduo, sia per le autorità del paese di origine, sia per quelle del paese ospitante, nei casi in cui un determinato istituto di pagamento operi nello Stato membro B mediante centinaia di agenti. L'ispezione in loco di un numero talmente elevato di agenti da parte delle autorità del paese di origine potrebbe rivelarsi un onere particolarmente gravoso per le risorse di queste ultime e per tale motivo la direttiva sui servizi di pagamento stabilisce (all'articolo 25, paragrafo 3) che tali ispezioni in loco possano essere delegate allo Stato membro ospitante. D'altra parte, l'ispezione in loco di un vasto numero di agenti può rivelarsi onerosa anche per le risorse delle autorità del paese ospitante, fatto di cui le autorità del paese di origine devono tenere il massimo conto allorché approvano l'iscrizione di agenti da parte di un istituto di pagamento.

Un'adeguata cooperazione tra le due autorità si rivela quindi tanto più importante. Ma la cooperazione non è solo importante: è anche un obbligo giuridico espressamente sancito dall'articolo 25, paragrafo 2, della direttiva

sui servizi di pagamento e ribadito dall'articolo 25, paragrafo 4, ove si afferma che le autorità del paese d'origine e di quello ospitante hanno l'obbligo di:

“(...) [scambiarsi] reciprocamente tutte le informazioni essenziali e/o pertinenti, in particolare nel caso di violazioni o presunte violazioni da parte di una succursale di un agente o di un'entità cui sono state esternalizzate attività. A tal fine, le autorità competenti comunicano su richiesta tutte le informazioni pertinenti e di propria iniziativa tutte le informazioni essenziali”.

La direttiva sui servizi di pagamento, pur nella sua natura di provvedimento di piena armonizzazione, lascia alle autorità competenti un certo spazio di manovra per elaborare in maniera più dettagliata la propria cooperazione e, in particolare, la natura delle informazioni che desiderano scambiarsi reciprocamente. Tale cooperazione potrebbe essere regolata da accordi bilaterali – o, idealmente, multilaterali – tra le autorità competenti degli Stati membri, allo scopo di organizzare, su base pratica e quotidiana, dettagli e modalità della cooperazione stessa. In tale contesto, i servizi della Commissione europea sostengono il prezioso lavoro in via di svolgimento nel quadro del sottocomitato antiriciclaggio del comitato congiunto delle autorità di vigilanza europee allo scopo di concludere appunto un accordo di cooperazione di tal genere, che dovrebbe ovviamente essere conforme ai diritti e ai doveri previsti dalla direttiva sui servizi di pagamento e dalla direttiva antiriciclaggio.

Poteri di prevenzione

Ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, della direttiva sui servizi di pagamento, le **autorità competenti dello Stato membro di origine** svolgono un cruciale ruolo preventivo, in particolare nel verificare l'esattezza delle informazioni che gli istituti di pagamento, i quali desiderano operare tramite agenti, devono comunicare prima di iniziare l'attività, tra cui *“una descrizione dei meccanismi di controllo interno a cui ricorreranno gli agenti al fine di conformarsi agli obblighi in materia di lotta al riciclaggio e finanziamento del terrorismo”* (articolo 17, paragrafo 1, lettera b)) e la *“identità degli amministratori e delle persone responsabili per la gestione dell'agente (...) e prove attestanti la loro competenza e correttezza”* (articolo 17, paragrafo 1, lettera c)).

È chiaro però che le autorità del paese di origine non possono effettuare con completa efficienza verifiche di questo genere, da compiersi a distanza in merito ad agenti aventi sede nel paese ospitante, senza l'adeguato coinvolgimento delle autorità del paese ospitante. Tale indispensabile cooperazione è esplicitamente prevista all'articolo 17, paragrafi 5 e 6 (fase

precedente alla comunicazione), e 25, paragrafo 2 (fase successiva alla comunicazione), della direttiva sui servizi di pagamento.

Le autorità dello Stato membro ospitante godono di poteri preventivi sostanziali. Prima che l'agente venga registrato dal paese di origine, esse possono formulare un "*parere*" che potrebbe indurre le autorità dello Stato membro di origine a rifiutare la registrazione dell'agente (articolo 17, paragrafo 5). Possono inoltre informare le autorità dello Stato membro di origine che l'impiego di agenti potrebbe, a loro avviso, aumentare il rischio di riciclaggio (articolo 17, paragrafo 6). Ciò potrebbe verificarsi, per esempio, in situazioni in cui lo Stato membro ospitante giudichi che l'impiego di agenti al dettaglio locali – professioni non previste in quanto tali dalla direttiva antiriciclaggio – aumenti il rischio di riciclaggio, in quanto tali dettaglianti potrebbero non disporre della formazione e dell'attrezzatura necessaria per adempiere efficacemente agli obblighi previsti dalla direttiva antiriciclaggio (adeguata verifica della clientela, attenzione particolare, segnalazione alle UIF, conservazione dei documenti, controlli interni, valutazione dei rischi, programmi di formazione del personale, eccetera).

Le autorità del paese ospitante non devono però limitare indebitamente l'esercizio dei diritti degli istituti di pagamento, per esempio procrastinando in maniera sproporzionata l'adempimento dei propri compiti di verifica e controllo dopo il ricevimento di una notifica.

Le autorità dello Stato membro di origine possono rifiutare l'iscrizione di uno o più agenti. Dall'intera logica del sistema emerge tuttavia chiaramente che il parere non vincolante delle autorità del paese ospitante – le quali dispongono di strumenti assai più validi per saggiare e verificare la concreta adeguatezza, in materia di lotta al riciclaggio, degli agenti che operano sul loro territorio, nonché la loro idoneità, – va tenuto nel massimo conto dalle autorità del paese di origine; queste ultime, anche se in teoria possono scostarsi dal parere delle autorità del paese ospitante, devono almeno fornire una giustificazione convincente della loro scelta (approccio "rispetta o spiega").

Poteri di repressione

Dopo l'inizio dell'attività dell'agente, le autorità del paese di origine e di quello ospitante cooperano sulla base dell'articolo 24, dell'articolo 25, paragrafi dal 2 al 4, e dell'articolo 17, paragrafo 6, della direttiva sui servizi di pagamento; anche in questo caso, entrambe le autorità dispongono di poteri rilevanti.

Le autorità competenti del paese di origine possono adottare una serie di misure prudenziali elencate all'articolo 21 della direttiva sui servizi di pagamento (ispezioni in loco, richiesta di informazioni, revoca dell'autorizzazione concessa all'istituto di pagamento). Ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 6, della direttiva sui servizi di pagamento, possono revocare l'iscrizione dell'agente se nel paese ospitante sono in corso o sono state compiute operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

L'articolo 17, paragrafo 6, della direttiva sui servizi di pagamento stabilisce la seguente procedura:

“Se le autorità competenti dello Stato membro ospitante hanno ragionevoli motivi per sospettare che, relativamente al previsto impiego dell'agente o allo stabilimento della succursale, siano in corso o siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo ai sensi della direttiva 2005/60/CE ovvero che l'impiego di tale agente o lo stabilimento di tale succursale possano aumentare il rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, informano le autorità competenti dello Stato membro d'origine, le quali possono rifiutare di registrare l'agente o la succursale o possono revocare l'iscrizione, se già avvenuta, dell'agente o della succursale”.

Nei casi previsti dall'articolo 17, paragrafo 6, della direttiva sui servizi di pagamento, anche dopo l'inizio delle operazioni – e senza pregiudizio per l'applicazione della propria legislazione antiriciclaggio – le **autorità dello Stato membro ospitante** possono esprimere gravi preoccupazioni alle autorità dello Stato membro di origine in merito al rispetto, da parte dell'agente, degli obblighi antiriciclaggio vigenti nel paese ospitante. Le autorità del paese di origine, ricevuta la segnalazione, possono revocare la registrazione. La definitiva decisione di revoca rientra anch'essa formalmente tra le responsabilità dello Stato membro di origine. Ma come nel caso della iscrizione iniziale, anche in questo sembra particolarmente auspicabile – ai fini di una valida cooperazione tra le autorità di vigilanza e di un'ottimale efficienza antiriciclaggio – che le autorità dello Stato membro di origine accordino la massima considerazione al parere in materia delle autorità dello Stato membro ospitante e che, qualora decidano di ignorarne il parere, forniscano una spiegazione adeguata della propria condotta (“rispetta o spiega”).

d) Gli agenti devono conformarsi agli obblighi previsti dalla direttiva antiriciclaggio?

L'articolo 17, paragrafo 1, lettera b), della direttiva sui servizi di pagamento stabilisce che le autorità di vigilanza del paese di origine devono valutare, tra l'altro, *“i meccanismi di controllo interno a cui ricorreranno gli agenti al fine di conformarsi agli obblighi in materia di lotta al riciclaggio e finanziamento del terrorismo (il grassetto è nostro)”*.

Benché ciò non venga dichiarato esplicitamente, la natura territoriale della direttiva antiriciclaggio implica che gli agenti stessi, operando per conto dell'istituto di pagamento, devono conformarsi agli obblighi previsti dalla direttiva antiriciclaggio nel paese ospitante. Gli obblighi degli agenti in materia di lotta al riciclaggio non deriverebbero però direttamente dalla direttiva antiriciclaggio in sé, ma piuttosto dal contratto che essi hanno firmato con l'istituto di pagamento, il quale è responsabile della sorveglianza dei propri agenti e risponde di conseguenza di qualsiasi violazione degli obblighi in materia di lotta al riciclaggio commessa dagli agenti stessi. Tale interpretazione è confermata dal considerando 28 della direttiva antiriciclaggio:

“ In caso di relazioni d'agenzia o di assegnazione esterna di lavoro su base contrattuale fra enti o persone soggetti alla presente direttiva e persone fisiche o giuridiche esterne che non rientrano nell'ambito di applicazione della stessa, qualunque obbligo volto a evitare il riciclaggio di denaro o il finanziamento del terrorismo per tali agenti o fornitori esterni quale parte degli enti o persone soggetti alla presente direttiva può derivare unicamente dal contratto, e non dalla presente direttiva. La responsabilità relativa all'ottemperanza della presente direttiva dovrebbe incombere all'ente o alla persona che rientra nel suo ambito di applicazione”.

Nei casi in cui gli agenti siano essi stessi un'entità prevista dalla direttiva antiriciclaggio (per esempio la succursale di una banca oppure un ufficio di cambiavalute), l'obbligo di conformarsi alla direttiva antiriciclaggio deriva direttamente dalle direttive.

Differenti modelli di attività degli istituti di pagamento

Gli istituti di pagamento operanti mediante agenti al dettaglio che non sono entità previste dalla direttiva antiriciclaggio possono scegliere tra opzioni differenti:

- affidare, per contratto, agli agenti il compito di ottemperare agli obblighi previsti dalla direttiva antiriciclaggio (adeguata verifica della clientela, vigilanza, segnalazioni, eccetera) per conto dell'istituto di pagamento stesso. Tale scenario implica che l'istituto di pagamento abbia destinato

risorse adeguate alla formazione e alla dotazione dell'agente, così da metterlo in grado di effettuare l'adeguata verifica della clientela e segnalare le operazioni sospette conformemente alla legislazione del paese ospitante, e implica altresì l'esistenza di controlli interni adeguati ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, lettera b), della direttiva sui servizi di pagamento.

- Giudicare non opportuno che agenti al dettaglio svolgano controlli antiriciclaggio e segnalino operazioni sospette, affidando agli agenti quindi solamente il compito di registrare la contabilità ed effettuare i servizi di pagamento. Gli obblighi antiriciclaggio, compresa la segnalazione delle operazioni sospette, verrebbero quindi espletati dall'istituto di pagamento stesso: o a distanza operando dal paese di origine, oppure per mezzo di un rappresentante dell'istituto avente sede nello Stato membro B, che sarebbe incaricato di assicurare il rispetto delle norme ed effettuare le segnalazioni. I servizi della Commissione, in base alle informazioni raccolte presso alcuni soggetti presenti sul mercato nel settore del trasferimento di fondi, giudicano che la seconda opzione sia quella preferita e adottata da gran parte degli operatori principali. Non si può escludere però che altri soggetti del mercato del trasferimento di fondi abbiano già scelto, o intendano scegliere, di affidare agli agenti al dettaglio lo svolgimento degli obblighi antiriciclaggio (adeguata verifica della clientela, segnalazioni, eccetera). Ai servizi della Commissione risulta che esistono modelli di attività in cui i compiti di osservanza delle norme e segnalazione vengono svolti da un "centro servizi" in uno Stato membro C.

Nel valutare il modello di attività di un istituto di pagamento e in particolare l'adeguatezza dei controlli interni dell'istituto stesso, le autorità del paese di origine e di quello ospitante devono verificare se il fatto che gli obblighi antiriciclaggio vengano assolti dagli agenti al dettaglio possa comportare dei rischi per la politica di lotta al riciclaggio.

Molte autorità di vigilanza per la lotta al riciclaggio (ma non tutte) ritengono che – anche con una formazione adeguata e robusti meccanismi di controllo interno – agenti al dettaglio come negozi di alimentari o stazioni di servizio non sarebbero in grado di svolgere con efficacia l'adeguata verifica della clientela, di individuare le possibili attività sospette e di preparare valide segnalazioni di operazioni sospette. Per quanto riguarda gli specifici obblighi di segnalazione, l'articolo 22, paragrafo 2, della direttiva antiriciclaggio sembra confermare tale interpretazione, allorché afferma che *"(...) tale trasmissione è effettuata di regola dalla persona o dalle persone designate secondo le procedure di cui all'articolo 34"*.

Se giungessero alla medesima conclusione, le autorità del paese di origine (tenendo nel massimo conto il parere espresso dalle autorità del paese ospitante) potrebbero rifiutare l'iscrizione dell'agente ex ante (articolo 17, paragrafo 4, della direttiva sui servizi di pagamento) oppure revocare l'iscrizione dopo l'inizio dell'attività (articolo 17, paragrafo 6, della direttiva sui servizi di pagamento).

e) All'UIF di quale Stato membro vanno trasmesse le segnalazioni di operazioni sospette?

L'articolo 22, paragrafo 2, della direttiva antiriciclaggio recita:

“Le informazioni di cui al paragrafo 1 sono trasmesse all'UIF dello Stato membro nel cui territorio è situato l'ente o la persona che trasmette le informazioni stesse (...).”

Nella logica della direttiva antiriciclaggio, sembra auspicabile che le segnalazioni di operazioni sospette vengano trasmesse all'UIF del paese B. L'informazione segnalata sarebbe preziosa soprattutto per l'UIF del paese B che, agendo nel paese in cui il sospetto è stato sollevato, si trova nella posizione migliore per valutare come sfruttare la segnalazione e darle eventualmente il seguito più opportuno.

Ai servizi della Commissione sono state presentate interpretazioni differenti dell'articolo 22, paragrafo 2, della direttiva antiriciclaggio. Alcuni affermano che la segnalazione andrebbe trasmessa all'UIF dello Stato membro A, in quanto è questo il paese in cui l'istituto di pagamento è “situato”. Tuttavia, sulla base della sentenza Gambelli ricordata in precedenza, si può affermare che, mediante i suoi agenti, l'istituto di pagamento è stabilito (“situato”) nello Stato membro B, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 2. È lecito dunque argomentare che l'istituto stesso (o in alcuni casi i suoi agenti) deve segnalare le operazioni sospette all'UIF dello Stato membro B. Le segnalazioni inviate dall'istituto di pagamento (situato nello Stato membro A) all'UIF dello Stato membro B solleverebbero evidenti problemi di lingua, forma e contenuto, che variano da un paese all'altro.

Per assicurare condizioni uniformi e massimizzare la certezza giuridica nonché i vantaggi operativi, i servizi della Commissione europea stanno attualmente valutando l'opportunità di:

- considerare un futuro chiarimento legislativo della direttiva su questo preciso problema, introducendo l'obbligo specifico di trasmettere le segnalazioni all'UIF del paese ospitante,
- fare assegnamento sul futuro operato delle UIF per agevolare e accelerare la trasmissione transfrontaliera e l'utilizzo delle segnalazioni di operazioni

sospette. Il lavoro delle UIF dovrebbe tener conto, in particolare, della decisione del Consiglio del 17 ottobre 2000 concernente le modalità di cooperazione tra le unità di informazione finanziaria degli Stati membri per quanto riguarda lo scambio di informazioni. Non bisogna neppure trascurare il lavoro sulla condivisione delle segnalazioni di operazioni sospette svolto dal gruppo EGMONT di Unità di informazione finanziaria⁴.

f) Può il paese ospitante imporre una forma determinata di stabilimento?

I servizi della Commissione europea sono a conoscenza del fatto che, per semplificare e chiarire le questioni dell'osservanza delle norme, della vigilanza e della segnalazione, le autorità di alcuni Stati membri sono tentate di imporre agli istituti di pagamento alcune forme di stabilimento o di struttura permanente nel proprio territorio. In particolare, tali autorità sono propense a esigere che l'istituto di pagamento stabilisca nel loro territorio una succursale a pieno titolo, o almeno un punto di contatto centrale, tra l'altro per agevolare e snellire la raccolta e la trasmissione delle informazioni relative al rispetto delle normative antiriciclaggio, allo scopo di facilitare i compiti di vigilanza delle autorità del paese ospitante.

Tale requisito va esaminato nel contesto della natura di direttiva di armonizzazione minima della direttiva antiriciclaggio, senza dimenticare che l'articolo 25, paragrafo 5, della direttiva sui servizi di pagamento afferma che i paragrafi dall'1 al 4 dell'articolo 25 della direttiva sui servizi di pagamento *“lasciano impregiudicato l'obbligo delle autorità competenti, ai sensi della direttiva 2005/60/CE e del regolamento (CE) n. 1781/2006, sulla scorta in particolare dell'articolo 37, paragrafo 1, della direttiva 2005/60/CE e dell'articolo 15, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1781/2006 di sorvegliare o controllare l'osservanza dei requisiti stabiliti nella direttiva e nel regolamento suddetti”*.

Se tale struttura permanente non viene creata dall'istituto di pagamento di propria iniziativa – sviluppo che già si osserva nel mercato, in quanto in ultima analisi agevola le attività dell'istituto stesso – qualsiasi eventuale provvedimento varato dalle autorità del paese di origine o del paese ospitante per renderne obbligatoria la creazione andrebbe meticolosamente analizzato alla luce di obiettivi e disposizioni della direttiva sui servizi di pagamento e della direttiva antiriciclaggio, nonché delle regole del trattato sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi.

⁴ <http://www.egmontgroup.org/>

Tale valutazione può condurre a esiti differenti a seconda del modello di attività dell'istituto di pagamento e dei potenziali requisiti imposti dalle autorità di vigilanza:

- Se l'istituto di pagamento desidera operare su base transfrontaliera “pura”, ossia senza alcuna forma di stabilimento (ciò che sembra improbabile, nella misura in cui si tratta di un’attività di trasferimento di fondi, in quanto all’estremità destinata alla trasmissione/alla ricezione una presenza sembra necessaria per inviare o consegnare il denaro), il fatto stesso di esigere una forma qualsiasi di stabilimento costituirebbe una restrizione della libera prestazione di servizi garantita dall’articolo 56 del trattato, e andrebbe perciò pienamente giustificato, in quanto provvedimento indispensabile per realizzare un obiettivo di interesse pubblico. Nella sentenza del 20 maggio 1992, relativa alla causa C-106/91, Ramrath,⁵ la Corte ha sostenuto che le condizioni imposte dallo Stato membro, relativamente all’esistenza di un’infrastruttura nel territorio nazionale e all’effettiva presenza del fornitore di servizi sembrano giustificate per garantire la tutela dell’interesse pubblico in materia di onorabilità e indipendenza dei revisori dei conti. A tale proposito si può osservare che, *a fortiori*, la lotta contro il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo si può considerare un obiettivo di interesse pubblico sufficientemente importante.
- Nel caso di un limite imposto alla forma di stabilimento secondario, per esempio l’obbligo di istituire una succursale a pieno titolo anziché servirsi di agenti locali (oppure in aggiunta a tali agenti), tale requisito potrebbe configurarsi come una restrizione all’articolo 49, paragrafo 1, del trattato che, conformemente alla giurisprudenza della CGUE, andrebbe attentamente giustificato⁶.
- Quanto poi all’eventuale obbligo, stabilito dal paese ospitante (o da quello di origine), di istituire un “super-agente”/un punto di contatto centrale per gli agenti, oppure di nominare sul loro territorio un “funzionario addetto all’osservanza”, è necessario vagliare attentamente la proporzionalità di tale provvedimento. Dal punto di vista della necessità, appare ovvio che tali strutture potrebbero rivelarsi utili, per l’osservanza e la vigilanza delle norme per la lotta al riciclaggio, a vantaggio delle autorità del paese di origine come di quelle del paese ospitante. In particolare, nelle situazioni

⁵ Raccolta della Giurisprudenza della Corte, 1992 pag. I-03351.

⁶ CGUE, C-270/83, Commissione/Francia. V. anche causa C-106-/91, Ramrath.

in cui un istituto di pagamento opera mediante un elevato numero di agenti al dettaglio nel paese ospitante, il fatto che uno di tali agenti – oppure un rappresentante dell'istituto – svolga la funzione di interfaccia con le autorità del paese di origine e di quello ospitante può incrementare l'efficienza dell'intero sistema. Può anche aiutare l'istituto di pagamento a soddisfare i requisiti previsti dalla direttiva antiriciclaggio. Per analogia, si può scorgere un precedente negli articoli 38 e 39 della direttiva 2008/118/CE⁷ relativa al regime generale delle accise e nell'articolo 204 della direttiva 2006/112/CE⁸ relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto che accettano, a determinate condizioni, la presenza di un “rappresentante fiscale” nel paese ospitante.

I servizi della Commissione europea non si opporrebbero perciò *a priori* all'introduzione di tale requisito, a condizione però che venga rispettato il principio di proporzionalità. In altre parole, i costi della presenza di una struttura centralizzata di tal genere, oltre agli agenti esistenti, non devono superare i benefici previsti.

g) Responsabilità degli istituti di pagamento

Conformemente all'articolo 18 della direttiva sui servizi di pagamento, gli istituti di pagamento rimangono pienamente responsabili per tutti gli atti compiuti, tra l'altro, da “*qualsiasi agente, succursale o entità cui vengano esternalizzate attività*”.

⁷ GU L 9/12 del 14.1.2009, pag. 1.

⁸ GU L 347/1 dell'11.12.2006, pag.1.

2) Un istituto di pagamento autorizzato nello Stato membro A ha una succursale nello Stato membro B

a) All'autorità di vigilanza di quale Stato membro compete la vigilanza sulla succursale?

Distribuzione delle responsabilità

L'articolo 37, paragrafo 1, della direttiva antiriciclaggio impone alle autorità competenti *“di controllare in maniera efficace e di adottare le misure necessarie per garantire che gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva ne osservino gli obblighi”*.

L'articolo 37, paragrafo 2, della direttiva antiriciclaggio recita:

“Gli Stati membri assicurano che le autorità competenti dispongano di poteri adeguati, compresa la facoltà di esigere la comunicazione di ogni informazione pertinente per il controllo dell'osservanza degli obblighi prescritti e di effettuare verifiche, e siano dotate di risorse adeguate per l'assolvimento delle loro funzioni”.

La natura territoriale della direttiva antiriciclaggio attribuisce un ruolo di vigilanza preminente al paese ospitante, inteso come lo Stato membro in cui la succursale è stabilita. Dal punto di vista formale, tuttavia, la responsabilità della vigilanza non viene assegnata in maniera esclusiva – per quanto riguarda l'osservanza, da parte della succursale di un istituto di pagamento, degli obblighi previsti dalla direttiva antiriciclaggio – né alle autorità dello Stato membro di origine, né a quelle dello Stato membro ospitante.

Di conseguenza, come è stato osservato nel documento di lavoro dei servizi della Commissione europea sull'osservanza della direttiva antiriciclaggio da parte dei gruppi bancari transfrontalieri a livello di gruppo⁹:

“...in tutti gli Stati membri, le filiali o le succursali locali degli enti creditizi e finanziari di altri Stati membri (nonché di paesi terzi) sono soggette alla locale vigilanza antiriciclaggio, allo stesso modo degli enti creditizi e finanziari locali. Al contempo, nonostante l'assenza, nella direttiva antiriciclaggio, di un chiaro quadro in materia di vigilanza sull'osservanza delle norme antiriciclaggio da parte dei gruppi, in quasi tutti gli Stati

⁹ SEC(2009)939 definitivo, 30.6.2009.

membri (se non in tutti) la vigilanza antiriciclaggio svolta dall'autorità di vigilanza competente per la società madre si estende anche alle succursali e filiali situate in altri Stati membri dell'Unione europea. In alcuni Stati membri, come la Francia e la Germania, questa disposizione assume l'esplicita caratteristica di un requisito giuridico, mentre in altri Stati membri, come l'Irlanda, essa è il frutto di un orientamento delle autorità di vigilanza. In altri Stati membri, come il Belgio, la Grecia, i Paesi Bassi o il Regno Unito, l'autorità di vigilanza rivolge la propria attenzione soprattutto alla sede centrale e ai dirigenti di più alto livello, responsabili dell'osservanza, da parte di succursali e filiali estere, degli standard antiriciclaggio del gruppo. L'ovvia conseguenza è la possibilità che più autorità di vigilanza nazionali intervengano nell'attività del medesimo gruppo in diversi paesi, creando doppioni (e potenziali divergenze)".

I servizi della Commissione europea stimano necessario che sia le autorità di vigilanza dello Stato membro di origine, sia quelle dello Stato membro ospitante contribuiscano a far osservare le disposizioni della direttiva antiriciclaggio da parte della succursale e a monitorare tale osservanza. Dal momento che la succursale è, giuridicamente parlando, un istituto di pagamento pienamente soggetto agli obblighi previsti dalla direttiva antiriciclaggio (adeguata verifica della clientela e obbligo di segnalazione, in particolare), è ovvio che le autorità di vigilanza antiriciclaggio del paese in cui è situata la filiale devono garantire che essa rispetti le norme locali in materia di lotta al riciclaggio. Ma anche il paese di origine – cioè il paese in cui l'istituto di pagamento è autorizzato – svolge una funzione importante, non solo dal punto di vista prudenziale ma anche, in cooperazione con le autorità del paese ospitante, vigilando sull'osservanza, da parte della succursale, della direttiva antiriciclaggio, per esempio mediante ispezioni in loco (vedi articolo 25, paragrafo 2, della direttiva sui servizi di pagamento).

Cooperazione

Tale partecipazione comune lascia impregiudicata la cooperazione prudenziale tra le autorità di vigilanza dello Stato membro ospitante (presumibilmente l'autorità di vigilanza prudenziale e l'autorità di vigilanza antiriciclaggio) e quelle dello Stato membro di origine, che potrebbe condurre perfino al rifiuto o alla revoca dell'iscrizione di agenti o succursali o dell'autorizzazione di istituti di pagamento. Siffatte decisioni possono essere formalmente adottate solo dallo Stato membro di origine, anche se la condotta irregolare ha luogo nello Stato membro ospitante. Tuttavia, come avviene nel caso degli agenti, sembra estremamente auspicabile, ai fini di una valida cooperazione tra le autorità di vigilanza, che lo Stato membro di origine tenga in massimo conto il parere in materia delle autorità dello Stato membro ospitante; qualora lo Stato membro di origine decida di ignorare il

parere delle autorità dello Stato membro ospitante, dovrà motivare adeguatamente la sua scelta (“rispetta o spiega”).

Va notato che le “*autorità di vigilanza*” previste rispettivamente dalla direttiva antiriciclaggio e dalla direttiva sui servizi di pagamento possono non coincidere. L’articolo 24, paragrafo 2, lettera c), della direttiva sui servizi di pagamento ne agevola però la cooperazione obbligando gli Stati membri a consentire lo scambio di informazioni tra le diverse categorie di autorità di vigilanza, in particolare tra le autorità di vigilanza previste dalla direttiva sui servizi di pagamento e dalla direttiva antiriciclaggio.

b) All’Unità di informazione finanziaria (UIF) di quale paese la succursale deve segnalare le operazioni sospette?

All’articolo 22, paragrafo 1, la direttiva antiriciclaggio afferma che “*gli Stati membri impongono agli enti [...] soggetti alla presente direttiva [...] di trasmettere all’UIF le segnalazioni di operazioni sospette. Secondo il paragrafo 2 dello stesso articolo le informazioni “sono trasmesse all’UIF dello Stato membro nel cui territorio è situato l’ente o la persona che trasmette le informazioni stesse”.*

Come si è osservato in precedenza, l’articolo 3, paragrafo 2, lettera f), della direttiva antiriciclaggio include le “*succursali degli enti finanziari*” nella definizione di “*enti finanziari*”. Di conseguenza, la succursale è di per sé un ente soggetto agli obblighi di segnalazione previsti dalla direttiva antiriciclaggio. Dal momento che, ai fini della direttiva antiriciclaggio, la succursale è considerata un’entità separata soggetta a obblighi di segnalazione, i servizi della Commissione europea ritengono che la succursale debba trasmettere la segnalazione all’UIF del paese in cui è situata, ossia quella dello Stato membro B; l’UIF dello Stato membro B può poi informare l’UIF dello Stato membro A, se ciò ha rilevanza ai fini dell’indagine, conformemente alle norme vigenti che regolano la cooperazione tra le UIF¹⁰.

¹⁰ Cfr. in particolare la decisione del Consiglio 2000/642 del 17 ottobre 2000.