



Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 – Case postale 3178 – 1211 Genève 3

Tél. 022 310 07 35 – Fax 022 310 07 39 – www.arif.ch - e-mail : info@arif.ch

CHE-101.192.434 TVA

NOTA DI INTERPRETAZIONE

Data: 15 giugno 2018

Oggetto: Identificazione della controparte e dell'avente economicamente diritto

Sul tema dell'identificazione delle controparti e degli aventi economicamente diritto sono emerse divergenze di interpretazione da parte di alcuni intermediari finanziari. L'ARIF ha pertanto deciso di emanare la presente nota di interpretazione per chiarire questo aspetto. La nota comprende il diagramma allegato menzionato nel testo.

Abbiamo rilevato due approcci contrastanti:

1. L'approccio «legale»:

a. Controparte

Il termine «controparte» è puramente legale e indica qualsiasi persona fisica o giuridica, titolare dei valori patrimoniali oggetto della relazione d'affari, con la quale l'intermediario finanziario è legato da un rapporto contrattuale, scritto o verbale, tacito o espresso.

Questo contratto può esistere non soltanto nella relazione di base ma anche nell'ambito di ognuno degli atti giuridici che accompagna lo spostamento di valori patrimoniali da una persona all'altra. In effetti non vi è trasferimento di proprietà senza una causa giuridica legittima. Questi contratti esistono anche tra ciascuno degli attori della struttura per definirne il loro ruolo, il mandato di amministratore, il contratto fiduciario ecc.

A ogni contratto deve corrispondere una dichiarazione di avente economicamente diritto ai valori patrimoniali coinvolti, indirizzata da ogni controparte che trasferisce, deposita, conferisce il mandato o designa alla controparte che riceve il trasferimento o il mandato o che è designata.

b. Avente economicamente diritto

L'avente economicamente diritto è la persona, obbligatoriamente fisica, che possiede il potere di fruire o disporre, a suo profitto o a profitto di terzi da essa designata, dei valori patrimoniali oggetto della relazione d'affari della controparte con l'intermediario finanziario.

Queste due qualità (avente economicamente diritto e controparte) possono convergere nella stessa persona quando questa è una persona fisica, oppure possono fare capo a più persone, come è sempre il caso quando la controparte è una persona giuridica.

Vi possono essere più controparti dello stesso intermediario finanziario riguardo agli stessi valori patrimoniali, così come possono esistere più aventi economicamente diritto agli stessi valori patrimoniali.

È il caso, in particolare, delle strutture complesse che coinvolgono uno o più società o entità di domicilio.

c. Applicazione

L'intermediario finanziario amministratore di una società di domicilio può essere vincolato da un contratto di mandato fiduciario nei confronti della persona fisica che gli ha chiesto di creare la società di domicilio, eseguire i suoi ordini relativi alla stessa e spesso anche di conservare in custodia gli strumenti (certificati azionari e altri titoli) che manifestano i diritti sulla medesima detenuti da colui che ha creato la struttura

A ciò si aggiunge un contratto di mandato di amministratore o procuratore generale della società di domicilio, concluso dall'intermediario finanziario con la società di domicilio stessa, di cui l'intermediario finanziario assume la gestione diretta de jure o de facto.

Vi saranno quindi due controparti dell'intermediario finanziario ma un solo avente economicamente diritto, che di frequente è anche la controparte persona fisica.

Nei rapporti con questa controparte, l'intermediario finanziario richiederà la sottoscrizione di un formulario A indicante che tale controparte è effettivamente l'avente economicamente diritto ai valori patrimoniali oggetto della relazione d'affari. In assenza di tale richiesta, il nome del terzo avente economicamente diritto sarà indicato dalla controparte (v. diagramma, vincolo contrattuale 1).

In qualità di amministratore o procuratore generale della società, l'intermediario finanziario dichiarerà quest'ultima come controparte nelle sue relazioni con terzi, ad esempio la banca depositaria, indicando il nome dell'avente economicamente diritto della società, secondo le indicazioni che gli saranno state fornite dalla controparte che gli ha chiesto di crearla e che lo istruisce a titolo fiduciario (v. diagramma, vincolo contrattuale 2).

Peraltro, la controparte dell'intermediario finanziario è anche la controparte della società di domicilio creata a suo conto e alla quale saranno conferiti i valori patrimoniali.

Anche se gli operatori talvolta non ne sono consapevoli, il conferimento stesso di valori patrimoniali alla società di domicilio rappresenta un atto giuridico contrattuale separato in quanto non può essere fatto «senza causa legittima». Sebbene spesso non sia espresso, questo rapporto contrattuale è basato generalmente su una relazione fiduciaria talvolta camuffata sotto forma di prestito o conferimento di socio, tutti atti che costituiscono effettivamente dei contratti destinati al trasferimento dei valori patrimoniali. Si raccomanda vivamente agli operatori di documentare la causa giuridica di ogni trasferimento mediante un contratto separato.

Considerato che la società di domicilio è essa stessa in relazione contrattuale con il conferente dei valori patrimoniali, converrebbe in teoria che faccia firmare a quest'ultimo un formulario A indicante l'avente economicamente diritto ai valori conferiti (v. diagramma, vincolo contrattuale 3).

Tuttavia, siccome nella prassi questa controparte è spesso la medesima di quella dell'intermediario finanziario che è egli stesso amministratore o procuratore della società, ci si può accontentare di fare firmare dalla controparte un unico formulario A che valga sia per l'intermediario finanziario che per la società di domicilio. Il formulario dovrebbe essere indirizzato a entrambi e indicare l'avente economicamente diritto nei due casi (v. diagramma, congiungimento dei vincoli contrattuali 1 e 3).

Si può quindi compilare il formulario A di dichiarazione di avente diritto firmato dal cliente iniziale (quello per le cui necessità l'intermediario finanziario ha costituito la struttura) riportando la dicitura seguente:

La controparte XX dichiara che gli aventi economicamente diritto ai valori patrimoniali di cui alla relazione con l'intermediario finanziario ZZ [nome dell'IF]), risp. con la/e società YY [nome della/e società]) amministrata/e dall'intermediario finanziario per conto o secondo gli ordini della controparte, sono i seguenti:

Ciò vale tuttavia solo se questo avente diritto è effettivamente lo stesso nei due casi (costituzione della struttura/risp. conferimento di valori patrimoniali), il che non è obbligatorio, soprattutto se esistono più aventi economicamente diritto agli stessi valori patrimoniali o di una stessa struttura, o se la struttura costituita dall'intermediario finanziario su richiesta di un mandatario dell'avente economicamente diritto.

Nel caso di trust creati in modo convenzionale, la situazione si suddivide in due fasi temporali: l'intermediario finanziario stipula innanzitutto un rapporto contrattuale con il fondatore, destinato alla costituzione del trust e all'eventuale creazione della sua infrastruttura.

Se i valori patrimoniali sono affidati in trust al trustee fin dalla fondazione, il trustee richiederà al fondatore la compilazione di un formulario A prima della creazione del

trust o contestualmente ad essa, al fine di stabilire chi è l'avente economicamente diritto a questi valori.

Se i valori patrimoniali sono apportati al trust dopo la sua costituzione, ogni conferente di questi valori patrimoniali deve essere considerato dal trustee come un donatore. L'accettazione del conferimento tra vivi costituisce in effetti l'accettazione di una donazione in trust, che rappresenta un contratto. In questo caso il trustee deve ottenere la dichiarazione A da parte del donatore, che è la sua controparte (e non è sempre il fondatore).

Parallelamente, una volta costituito il trust, l'intermediario finanziario trustee compila un formulario T che riunisce le informazioni rilevanti su tutti gli attori nei confronti dei quali il trustee è titolare di diritti e obblighi (fondatore, beneficiario, eventuali terzi guardiani ecc.) Lo stesso vale nel caso di trust non convenzionale, per esempio quando il trustee è nominato mediante atto a causa di morte o in caso di constructive trust.

Visto che nella struttura del trust costituita nessuna di queste persone va considerata dal trustee come controparte, il formulario T non è sottoscritto da queste persone ma dal trustee stesso.

Queste informazioni saranno trasmesse dal trustee a eventuali terzi controparti dopo aver posto in essere un contratto, ad esempio la banca depositaria.

Infine, il trustee avrà cura di replicare il formulario T nei dossier di ciascuna infrastruttura da lui creata per detenere gli averi del trust.

2. Approccio pragmatico

L'approccio detto pragmatico si è sviluppato agli inizi della LRD a scopo di semplificazione o in caso di incomprendimento degli intermediari finanziari. Esso consiste nel considerare come controparte esclusivamente il «cliente» nel senso commerciale del termine, ossia la persona che generalmente è incaricata di pagare i servizi dell'intermediario finanziario, e che ha il potere finale e/o effettivo destituirlo unilateralmente dalle sue funzioni o di svuotare la struttura dei suoi attivi.

In questo approccio pragmatico non si tiene conto delle strutture, sia che si tratti di superstrutture che di infrastrutture: sono tutte considerate come semplici strumenti di lavoro senza personalità giuridica reale, ai sensi della teoria della trasparenza.

In questo approccio la nozione di controparte si confonde con quella di cliente o di relazioni d'affari³.

Questo approccio ha il vantaggio della semplicità, ma presenta anche diversi svantaggi.

Innanzitutto il fatto che non è conforme all'impostazione sistematica legale.

Inoltre è spesso errato sotto il profilo fattuale e giuridico, poiché la stessa relazione d'affari può comportare più clienti, e più controparti, che non sono necessariamente gli aventi economicamente diritto, né tanto meno i «clienti» nel senso commerciale del termine.

Inoltre, può condurre a determinati comportamenti aberranti, come ad esempio quando l'intermediario finanziario fa firmare all'avente economicamente diritto la dichiarazione di avente economicamente diritto emessa dalla società di domicilio quale controparte dell'intermediario finanziario o di terzi, mentre in realtà è l'intermediario finanziario stesso, in qualità di amministratore o procuratore, di questa società che dovrebbe firmare questa dichiarazione indicando ai terzi chi è l'avente economicamente diritto.

L'approccio pragmatico ha anche alcuni effetti perversi, specialmente in materia di trust, nel momento in cui manifesta chiaramente che il trust non è altro che una fiduciaria mascherata, uno «sham trust» (un trust puramente di facciata).

L'approccio pragmatico può altresì porre alcune difficoltà in caso di evoluzione della situazione o della struttura, ad esempio in caso di decesso del cliente o di cambiamento dei beneficiari o di scissione degli aventi economicamente diritto.

Ciò è particolarmente irritante nel caso degli intermediari finanziari che gestiscono molteplici relazioni d'affari di lungo periodo con personale numeroso suscettibile di cambiare nel tempo.

Per queste ragioni è opportuno uniformare la prassi secondo l'approccio legale (anche se così facendo si finisce per produrre più carta) e strutturare e compilare di conseguenza il Registro LRD.

Controparte e AED

Caso della società di domicilio con mandato di amministratore (da parte di un collaboratore dell'IF o dell'IF stesso in quanto società)

