

Il curatore fallimentare non è il titolare effettivo ai fini della normativa antiriciclaggio.

Di: Antonio Fortarezza¹

Mentre il sistema della prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo previsto dal D.lgs. 231/2007, recentemente riformato dal D.Lgs. 90/2017, amplia il perimetro della sua operatività, negli ultimi mesi, si è assistito ad una situazione di grande incertezza, che ha visto molti Dottori Commercialisti e Avvocati che svolgono la funzione di curatore fallimentare, destinatari di atteggiamenti in molti casi “muscolari” da parte degli istituti bancari in ordine all’individuazione del titolare effettivo nelle procedure fallimentari.

In effetti, la legittima necessità da parte degli operatori finanziari di svolgere l’adeguata verifica prevista dall’art. 17 del D.lgs. 231/2007, in occasione dell’apertura di un rapporto di conto corrente con la procedura fallimentare, sta creando non pochi disagi soprattutto con riferimento all’individuazione ed identificazione del titolare effettivo, poiché in maniera errata, e come meglio analizzato in seguito, viene individuato come titolare effettivo del rapporto, il curatore fallimentare.

Giova sempre ribadire, che il curatore fallimentare sia esso iscritto all’Albo dei Dottori Commercialisti o all’Albo degli Avvocati, non è destinatario degli obblighi antiriciclaggio previsti dal D.lgs. 231/2007 e ciò, fin dall’introduzione degli obblighi a carico dei professionisti previsti con il Decreto MEF 3 febbraio 2006, n. 141, entrato in vigore il 22/04/2006. Tale esonero dagli obblighi antiriciclaggio, chiarito con il provvedimento UIC n. 15 del 21/06/2006, e mai successivamente messo in discussione dalle Autorità competenti, ha visto un breve momento di debolezza nel mese di novembre del 2016, in occasione della presentazione da parte del MEF per la pubblica consultazione, della bozza di recepimento della IV Direttiva (Direttiva (UE) 2015/849, poiché nel provvedimento in corso di emanazione, venivano assoggettati agli obblighi antiriciclaggio anche i Dottori Commercialisti e Avvocati nell’espletamento, ai sensi della normativa vigente, dell’incarico di curatore fallimentare e commissario giudiziale nelle procedure concorsuali.

In ogni caso, poiché in fase di recepimento della IV Direttiva UE, con il D.Lgs. 90/2017, entrato in vigore lo scorso 4 luglio 2017, il provvedimento messo in discussione sugli

¹ Dottore Commercialista in Milano. Presidente della Commissione Antiriciclaggio ODCEC Milano. Direttore scientifico Veda Formazione.

obblighi antiriciclaggio per i curatori fallimentari è stato espunto, continuerà, fino a diversa determinazione, ad applicarsi l'esonero da tutti gli obblighi previsti dal D.lgs. 231/2007 nell'espletamento da parte di Dottori Commercialisti e Avvocati nella loro funzione di curatori fallimentari.

Al fine di inquadrare la questione relativa all'individuazione del titolare effettivo nell'ambito della procedura fallimentare, è necessario ricordare quelli che sono gli organi, in questo caso del "fallimento", previsti dalla legge. Gli organi del fallimento, sono previsti al Capo II della legge fallimentare e precisamente sono il:

- Tribunale Fallimentare – Art. 23 L.F.
- Giudice delegato – Art. 25 L.F.
- Curatore – Art. 27 L.F.
- Comitato dei creditori – Art. 40 L.F.

Il curatore fallimentare, che ai sensi dell'art. 30 della legge fallimentare, assume la qualità di pubblico ufficiale, ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite.

E' molto importante per le necessità di analisi della questione, mettere immediatamente in evidenza, come il Tribunale Fallimentare è competente a conoscere tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore ai sensi dell'art. 24 della L.f., e che il Giudice Delegato esercita funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura ai sensi dell'art. 25 della L.f.. Inoltre, il comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 41 della L.f. deve vigilare sull'operato del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri nei casi previsti dalla legge, ovvero su richiesta del tribunale o del giudice delegato.

All'interno di tale organizzazione della procedura fallimentare, è di immediata evidenza la netta scissione tra le funzioni di controllo esercitate dal Tribunale, dal Giudice Delegato e dal comitato dei creditori, da quelle di gestione esercitate dal curatore fallimentare il cui compito è di amministrare il patrimonio fallimentare nell'interesse esclusivo della massa dei creditori concorsuali.

Con riferimento all'apertura dei rapporti di conto corrente intestati alla procedura fallimentare, è la stessa legge che ne disciplina la relativa operatività, poiché all'art. 34 della L.f., vi è un preciso obbligo a carico del curatore fallimentare di depositare nel massimo termine di 10 giorni qualunque somma riscossa su un conto corrente intestato al fallimento da aprirsi presso un ufficio postale o presso una banca scelta dal curatore. In tale contesto, l'atto di apertura di un conto corrente presso una banca o presso un ufficio postale scelto dal

curatore fallimentare rappresenta un vero e proprio atto dovuto con l'obbligo da parte dei relativi intermediari finanziari di provvedervi essendo sufficiente in tale situazione la semplice evidenza peraltro ampiamente pubblicizzata presso il Registro delle Imprese della dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, e senza la necessità di richiedere l'autorizzazione al curatore fallimentare da parte degli altri organi della procedura. Autorizzazione che invece risulta necessaria da parte del giudice delegato, esclusivamente nel caso in cui si debba provvedere al prelievo delle somme dal conto corrente postale o bancario intestato al fallimento così come previsto all'art. 34 della L.f..

In questa situazione, il curatore fallimentare, che ricordiamo assume la qualità di Pubblico ufficiale, nel momento in cui apre un rapporto di conto corrente, ha già una funzione ben precisa e delineata dall'ordinamento giuridico, ed anzi, l'apertura del rapporto presso una banca o un ufficio postale è assolutamente un atto per ordine dell'autorità giudiziaria, non potendosi applicare in questo caso le ordinarie regole nella definizione di generico "cliente", peraltro confermate all'art. 1, comma 1, lettera b, del Decreto del 24 maggio 2012 del Min. Economia e Finanze².

Per quanto riguarda l'identificazione, della "procedura fallimentare" in occasione dell'espletamento degli obblighi di adeguata verifica da parte dell'intermediario finanziario, prima di tutto, è assolutamente necessario evidenziare, che ad oggi, non è possibile addurre al curatore fallimentare, in occasione dell'apertura del rapporto, generici e spesso imprecisati riferimenti a provvedimenti in materia di antiriciclaggio di Banca d'Italia, poiché sull'argomento non ve ne sono, mentre invece l'unica certezza rilevante sotto un profilo normativo è quella che il curatore fallimentare, pubblico ufficiale, agisce per conto dell'autorità giudiziaria. In tal senso, e per la natura pubblicistica del rapporto, l'addetto all'adeguata verifica della "procedura fallimentare" della banca, deve quantomeno rifarsi alle regole previste dall'art. 17, comma 3, del D.Lgs. 231/2007 e quindi adottare misure di adeguata verifica proporzionali all'entità dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

L'unico momento in cui Banca d'Italia esamina la questione, è in risposta ad una FAQ pubblicata sul proprio sito in cui viene posta la seguente domanda: *E' corretto ritenere che, in caso di rapporti accesi nell'ambito di procedure concorsuali o esecutive, quale cliente della banca vada identificata l'Autorità Giudiziaria che dispone l'accensione dei rapporti?* La cui risposta data è la seguente: *Nell'ambito delle procedure concorsuali ed esecutive la società rimane comunque cliente formale e sostanziale dei rapporti accesi a suo nome su disposizione dell'Autorità Giudiziaria.*

² "...non si considerano rapporti aperti con il cliente quelli aperti per ordine dell'autorità giudiziaria...".

Sul punto, all'addetto all'adeguata verifica della "procedura fallimentare" della banca o dell'intermediario finanziario, è necessario ricordare che all'art. 23 del D.Lgs. 231/2007, è consentito dalla legge, adottare misure di adeguata verifica semplificata, tra l'altro, nei casi in cui il cliente sia una Pubblica Amministrazione, circostanza che appare ovvia a meno che non si consideri l'Amministrazione Giudiziaria che governa il Tribunale Fallimentare competente a conoscere tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore ai sensi dell'art. 24 della L.f., il Giudice Delegato che esercita funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura ai sensi dell'art. 25 della L.f. e il Curatore Fallimentare, pubblico ufficiale ex art. 30, come esclusi dalla definizione di Pubblica Amministrazione. In tali casi "si sconta l'ovvio affermando che il rischio insito in queste operazioni è nullo"³.

Tra l'altro, Banca Italia nel provvedimento 03/04/2013 recante disposizioni attuative in materia di adeguata verifica della clientela, ai sensi dell'art. 7, comma 2, del Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231, ha chiarito che il curatore fallimentare è un soggetto incaricato da un'autorità pubblica, dell'amministrazione dei beni e dei rapporti del cliente o della sua rappresentanza.

Inoltre, sempre in materia di adeguata verifica semplificata all'art. 23 del D.Lgs. 231/2007, con riferimento ai prodotti e servizi offerti, viene stabilito, tra l'altro, un basso rischio, nei casi di rapporti in cui i rischi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo sono mitigati da fattori, quali limiti di spesa o trasparenza della titolarità. Ed anche in questo secondo caso, la "procedura fallimentare" per come visto sopra, ha le caratteristiche di essere una entità pubblica particolarmente vigilata sia nelle funzioni di controllo che in quelle di gestione del conto corrente, oltre che essere assolutamente trasparente sotto un profilo di titolarità del rapporto.

Nell'ambito dell'identificazione prevista dalla legge antiriciclaggio della "procedura fallimentare", non vi è nessun dubbio sulla circostanza che il rapporto sia intestato al fallimento ex art. 1, comma 2, lettera f, e che il curatore fallimentare ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera p, del D.lgs. 231/2007 ne sia l'esecutore, e cioè il soggetto delegato ad operare in nome e per conto del cliente o a cui siano comunque conferiti poteri di rappresentanza che gli consentano di operare in nome e per conto del cliente.

E' interessante in proposito evidenziare, che nel documento di Banca d'Italia concernente il resoconto del testo posto in consultazione il 2 febbraio 2012, è emerso una questione molto

³ Tribunale Trapani sezione penale sentenza del 10/02/2015 depositata il 10/04/2015 in cui "...nell'esaminare tali operazioni, balzano evidente le operazioni riconducibili alla Curatela Fallimentare, dove ad operare è il curatore fallimentare, sotto la diretta vigilanza del giudice delegato al fallimento, oltre che di tutti gli organi della procedura concorsuale. Si sconta l'ovvio affermando che il rischio insito in queste operazioni è nullo..."

importante. Nel commento alla consultazione, nel caso di procedure concorsuali, è stato chiesto di chiarire a Banca Italia se la situazione societaria cui far riferimento per l'individuazione del titolare effettivo sia quella antecedente o successiva all'avvio della procedura stessa e quali valutazioni debbano essere svolte in ordine al curatore fallimentare. Nel documento in esame, in esito alla richiesta di chiarimenti da parte degli operatori finanziari a Banca Italia, la stessa ha fornito la seguente analisi e valutazione:

“Il riferimento è alla situazione societaria esistente al momento dell'accensione del rapporto o del compimento dell'operazione, ferma restando la necessità del controllo costante nel corso del rapporto. Per quanto riguarda il curatore fallimentare, è stata aggiunta una nota alla definizione di esecutore (attuale lett. l) del glossario), per chiarire che sono equiparati all'esecutore i soggetti incaricati da parte di un'autorità pubblica della gestione dei beni del cliente e della sua rappresentanza (quali i curatori fallimentari)”.

Come visto, sul punto relativo alla questione del titolare effettivo nulla è stato chiarito nonostante una richiesta precisa di chiarimenti. Ed ecco che ogni motivo di incertezza da parte delle banche nell'approcciarsi alla procedura fallimentare, pur se legittimo, di sicuro non può e non deve essere ribaltato in termini impositivi al curatore fallimentare nell'ambito di una funzione che è svolta per conto e sotto la vigilanza dell'autorità giudiziaria.

La questione relativa all'individuazione del titolare effettivo in questa tipologia di rapporto, che come ricordato sopra non è stata oggetto di nessun provvedimento di Banca d'Italia o di altre Autorità, è invece alquanto complessa, e sicuramente non può essere risolta andando ad individuare come titolare effettivo del rapporto, il curatore fallimentare semplicemente appiattendosi sulla circostanza che lo stesso sia fisicamente presente all'atto dell'apertura del conto corrente con la banca o con l'ufficio postale, creando in moltissimi casi delle vere e proprie situazioni addirittura di ostacolo alla funzione giudiziaria svolta dal curatore fallimentare.

Innanzitutto, il titolare effettivo secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 2, lettera pp, del D.Lgs. 231/2007, è la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell'interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è istaurato. Fermo restando la circostanza che il curatore fallimentare, è l'esecutore della procedura ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera p, del D.Lgs. 231/2007, secondo la precedente definizione di titolare effettivo, lo stesso non potrà mai essere individuato come persona fisica nell'interesse della quale, in ultima istanza, il rapporto continuativo è istaurato, proprio perché il suo operato previsto dall'art. 30 della legge fallimentare è finalizzato ad amministrare il patrimonio fallimentare esclusivamente nell'interesse della massa dei creditori concorsuali e sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori.

Inoltre, i criteri per individuare il titolare effettivo, hanno subito una importante revisione dalla data del 4 luglio 2017, con l'entrata in vigore del D.lgs. 90/2017 che ha ridisegnato la normativa antiriciclaggio contenuta nel D.Lgs. 231/2007. L'impostazione scelta nell'attuale previsione normativa, è stata quella di prevedere all'art. 20 del D.lgs. 231/2007, i *“criteri per la determinazione della titolarità effettiva di clienti diversi dalle persone fisiche”*.

La struttura normativa prevista dall'art. 20 del D.Lgs. 231/2007, contiene delle indicazioni di carattere generale che valgono per tutti gli enti e delle indicazioni specifiche che valgono soltanto per talune tipologie di enti diversi dalle persone fisiche. All'art. 20, comma 2, il legislatore si occupa di società di capitali, all'art. 20, comma 5, il legislatore si occupa di persone giuridiche private, e all'art. 22, comma 5, del D.Lgs. 231/2007 vengono individuati i criteri per individuare il titolare effettivo nei casi di trust.

Nelle previsioni dettate dall'art. 20 del D.Lgs. 231/2007 (la cui applicazione nel caso delle procedure fallimentari ha creato le più alte incertezze), il titolare effettivo di clienti diversi dalle persone fisiche coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente ovvero il relativo controllo, ed in tal caso è già possibile escludere il curatore fallimentare poiché lo stesso non ha né la proprietà diretta e indiretta della procedura fallimentare né poteri di controllo, essendo gli stessi come visto sopra affidati ad altri soggetti della procedura.

L'imbarazzo nella questione esaminata nasce dalle previsioni, assolutamente residuali, e di portata generale, previste dall'art. 20, comma 4, in cui viene stabilito che qualora l'applicazione dei criteri di cui ai precedenti commi non consenta di individuare univocamente uno o più titolari effettivi, il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche titolari di poteri di amministrazione o direzione della società, ed ecco che in questo caso, ed in modo sbagliato, il curatore fallimentare diventa titolare effettivo della procedura fallimentare.

Questo criterio, che è in assoluto una eccezione, alle ordinarie regole di individuazione del titolare effettivo, è subordinato alla circostanza che altri criteri non siano applicabili e di ciò ovviamente il destinatario ai sensi dell'art. 20, comma 6, del D.lgs. 231/2007 è obbligato a conservare traccia per 10 anni delle verifiche effettuate ai fini dell'individuazione del titolare effettivo.

In realtà, a voler inquadrare in modo organico la questione, la procedura fallimentare, per certi versi, è una entità, che per sua natura, sfugge alle ordinarie regole di classificazione degli enti prevista dal D.Lgs. 231/2007, rendendo la stessa molto più vicina ad una Pubblica Amministrazione per le sue funzioni (cosa che è evidente), piuttosto che ad una generica

entità giuridica nei cui confronti svolgere le ordinarie attività di adeguata verifica da parte dei destinatari. In tal caso essendo la “procedura fallimentare” ai sensi del decreto antiriciclaggio a basso contenuto di rischio in quanto Pubblica Amministrazione, si rendono operanti le disposizioni relative all’adeguata verifica semplificata previste dall’art. 23 del D.lgs. 231/2007, le quali prevedono che in presenza di un basso rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, i soggetti obbligati possono applicare misure di adeguata verifica della clientela semplificate sotto il profilo dell’estensione e della frequenza degli adempimenti, ed in questo caso, sotto il profilo dell’estensione ben potrebbero essere tranquillamente evitati gli obblighi di identificazione del titolare effettivo. Sul punto non dimentichiamo che prima della riforma contenuta nel D.lgs. 90/2017, nei confronti della pubblica amministrazione non era necessario identificare il titolare effettivo, circostanza che di sicuro non abbassava i livelli e i presidi previsti dalla normativa antiriciclaggio.

A ben vedere, e con una analisi diversa, se dovessimo ragionare al pari di entità giuridiche diverse dalla Pubblica Amministrazione, ed applicare i presidi e la ratio delle indicazioni previste dalla legge antiriciclaggio, saremmo orientati nel definire secondo la logica dei beneficiari finali del rapporto, come titolari effettivi i creditori concorsuali o per essi il comitato dei creditori, ovvero secondo la logica del controllo, individuare come titolari effettivi, il Presidente del tribunale o il Giudice Delegato, o comunque la figura apicale dell’amministrazione giudiziaria individuabile nel Ministro della Giustizia⁴.

Diversamente, ed argomentando secondo la risposta di Banca d’Italia alla Faq sopra evidenziata, in cui la stessa ha stabilito che nell’ambito delle procedure concorsuali la società rimane comunque cliente formale e sostanziale dei rapporti accessi a suo nome su disposizione dell’Autorità Giudiziaria, si sarebbe portati ad individuare i titolari effettivi secondo le ordinarie regole relative alla natura giuridica del cliente, e quindi individuando ad esempio quali titolari effettivi i soci della società fallita o i soggetti previsti all’art. 20 del D.lgs. 231/2007.

Non meno importante, ai fini dell’analisi avviata, è la circostanza che le modalità di identificazione del titolare effettivo, sono previste all’art. 19, comma 1, lettera a, del D.lgs. 231/2007, ed in tal senso, il curatore fallimentare in occasione dell’apertura del rapporto di conto corrente sarà lui stesso a fornire, sotto la propria responsabilità, le informazioni necessarie a consentire l’identificazione del titolare effettivo al destinatario degli obblighi. Il curatore fallimentare tenuto conto della sua carica e funzione, potrà in assenza di indicazioni precise, essere portato a fornire al destinatario al fine di consentire l’identificazione del

⁴ Barbato Giovanni e Fortarezza Antonio, Nuovi Adempimenti e procedure antiriciclaggio per i professionisti, Euroconference, 2018.

titolare effettivo, le informazioni relative ad esempio delle persone fisiche che compongono il comitato dei creditori nominato ai sensi dell'art. 40 della legge fallimentare ovvero l'informazione del presidente del comitato dei creditori, che ricordiamo essere i beneficiari finali dell'amministrazione della procedura fallimentare. Analogamente, il curatore fallimentare potrebbe essere portato a fornire al destinatario i nominativi delle persone fisiche che esercitano il controllo sulla procedura fallimentare inserita nell'ambito dell'amministrazione giudiziaria, che secondo quanto previsto dall'art. 23 e 25 della legge fallimentare sono individuabili nel Presidente del tribunale e nel giudice Delegato e comunque nella figura apicale del Ministro della giustizia. Sempre nell'ottica da parte del curatore fallimentare di fornire ai sensi dell'art. 19, comma 1, lettera a, i dati per l'individuazione del titolare effettivo, lo stesso, seguendo le precedenti indicazioni di Banca d'Italia, potrebbe essere portato a fornire i dati del titolare effettivo della società esattamente seguendo le indicazioni previste dall'art. 20 del d.lgs. 231/2007 e quindi nel caso delle società di capitali andando a fornire i dati delle persone fisiche che hanno una partecipazione superiore al 25% del capitale, ovvero i dati delle persone fisiche che esercitano il controllo in altro modo ed in subordine i dati dell'amministratore della società fallita.

In ogni caso, è stato ampiamente evidenziato per i motivi sopra esposti, che il curatore fallimentare della procedura, non possa essere individuato quale titolare effettivo, a meno che ovviamente, in assenza di precisi chiarimenti, sia lo stesso di sua iniziativa a qualificarsi come tale in occasione dell'apertura del rapporto di conto corrente o di altre operazioni.

Ricordiamo che ai sensi dell'art. 55, comma 3, del D.Lgs. 231/2007, salvo che il fatto costituisca più grave reato, il curatore fallimentare essendo obbligato, a fornire i dati e le informazioni necessarie ai fini dell'adeguata verifica della clientela, fornisce dati falsi o informazioni non veritiere, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 10.000 euro a 30.000 euro, da cui discende che il curatore fallimentare, soprattutto in funzione dell'attività e della funzione svolta non vorrà di sicuro essere destinatario di una sanzione così grave.

Analogamente, gli intermediari finanziari, al fine di rispettare i loro obblighi di identificazione del titolare effettivo ai sensi dell'art. 19, comma 1, lettera a, sono tenuti ad acquisire e conservare la dichiarazione responsabile del curatore fallimentare, in quanto anche espressione della sua responsabilità penale prevista ai sensi dell'art. 55, comma 3, del D.lgs. 231/2007, senza fornire all'atto dell'identificazione diverse indicazioni che potrebbero in estreme situazioni, anche integrare il delitto previsto dall'art. 55, comma 1, del D.Lgs. 231/2007.

In questa situazione in cui tutte le parti agiscono nel preciso rispetto dei propri obblighi e doveri, l'operatività delle disposizioni della normativa antiriciclaggio esplica i propri effetti su tutti gli operatori destinatari, rimanendo inteso che l'intermediario finanziario, che come previsto per legge deve acquisire la dichiarazione sul titolare effettivo del curatore fallimentare, potrà per quanto di sua competenza e nell'ambito delle proprie attività istituzionali effettuare tutte le analisi e i riscontri che la legge primaria e secondaria prevede.

Non v'è dubbio che l'assenza di indicazioni di Banca Italia rivolte agli intermediari finanziari, seppur dagli stessi sollecitate, stia creando notevoli difficoltà nell'operatività della funzione svolta dai curatori fallimentari, che hanno tutto l'interesse ad evitare di essere inseriti nelle informazioni in possesso dalle banche come titolari effettivi di società sottoposte a procedure concorsuali.