

OBBLIGO DI SEGNALAZIONE IN CAPO AL PROFESSIONISTA

(NOTA A COMMENTO DEL PARERE MEF DEL 4 GIUGNO 2014¹)

di

Luca De Muri

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, Direzione 5, Ufficio 4, previa condivisione con la Banca d'Italia, la UIF e la Guardia di finanza, ha fornito tramite comunicazione del 4 giugno 2014 – inedita – un rilevante chiarimento in relazione ai dubbi interpretativi sollevati da un'associazione di professionisti (dottori commercialisti ed avvocati) in merito alla determinazione dell'ambito di applicazione da attribuirsi all'esenzione prevista dall'art. 12, co. 2, del D.Lgs. 231/2007 in relazione all'obbligo di segnalazione di operazioni sospette (prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio o finanziamento del terrorismo).

L'interpello verteva sull'ipotesi di esenzione o meno dall'obbligo citato, nel caso di notizie di possibili “operazioni sospette” acquisite da parte di professionisti di cui all'art. 12, co. 1, lettere a), b) e c) D.Lgs. 231/2007 (avvocati, dottori commercialisti, revisori dei conti, ecc.) nel corso della consulenza ed assistenza per l'istruttoria, predisposizione e/o attestazione di ricorsi/domande dirette all'ammissione a procedure di concordato preventivo.

Il dubbio in ordine all'effettivo ambito di applicabilità dell'esenzione di cui all'art. 12, co. 2, del D.Lgs. 231/2007 traeva origine dal fatto che tale articolo prevede l'esonero dall'obbligo di segnalazione di operazione sospetta per le informazioni che commercialisti,

¹ Vedasi *infra*, pp. 4-5.

avvocati, notai, periti e consulenti in materia di contabilità e tributi ricevono “*nel corso dell’esame della posizione giuridica del loro cliente o dell’espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull’eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso*”.

In particolare, il quesito sottoposto al MEF è di forte impatto pratico.

In occasione dell’esecuzione di un mandato attribuitogli da società in crisi per il supporto consulenziale volto all’approntamento o l’attestazione di istanze di ammissione a procedure concordatarie, il professionista spesso apprende notizie su fatti inerenti l’attività d’impresa del debitore che possono concretare operazioni “sospette” (es. illecite canalizzazioni bancarie o fatturazioni per operazioni inesistenti e successivo utilizzo / reimpiego, di regola, ma non solo, a fini aziendali, della liquidità o del risparmio di imposta sui redditi o di IVA scaturita/o da tali operazioni, ovvero utilizzo in dichiarazione dei redditi e/o in sede di dichiarazione IVA di contabilizzazioni connesse a false fatture ecc.).

Si pensi, *in primis*, al caso del professionista che nella veste di esperto rediga la relazione ai sensi dell’art. 161, co. 3, L.F. relativa al ricorso per l’ammissione a un concordato preventivo di una società, redatto da un altro soggetto (incluso naturalmente anche il caso di concordato con continuità aziendale ex art. 186-bis L.F.). Ma anche al professionista non attestatore chiamato ad assistere o consigliare il cliente in relazione alla medesima fattispecie.

L’interrogativo in questi casi è il seguente: si può interpretare l’art. 12, co. 2, citato, nel senso di comprendere nella definizione di “*attività di difesa e rappresentanza in relazione ad un procedimento giudiziario*” – esentate da un obbligo di segnalazione dell’operazione sospetta della quale si abbia notizia in occasione di esse – le suddette attività professionali, benchè nel caso in esame il professionista non sia formalmente un mandatario nominato dal Tribunale (situazione il cui ricorrere determina la pacifica applicazione dell’esenzione

dall'obbligo di segnalazione dell'operazione sospetta, poiché il professionista esercita la funzione di “ausiliario del giudice”), bensì un soggetto incaricato solo dall'ente privato (debitore)?

Il dilemma non è ultroneo, se si considera l'incertezza che caratterizzava l'individuazione sia del concetto di “procedimento giudiziario” (da interpretarsi, secondo l'interpellante, in senso ampio e tale da comprendere la procedura di concordato preventivo), sia, soprattutto, del significato di “relazione a un procedimento giudiziario”.

Il dubbio era altresì alimentato dal fatto che il professionista, a norma dell'art. 173, co. 1, L.F., è comunque già autonomamente obbligato ad inserire nella propria relazione destinata al Tribunale l'indicazione espressa di ogni circostanza relativa alla società istante a lui nota che configuri un'irregolarità gestionale pregiudizievole per i creditori della società, tra cui ovviamente ogni fatto avente rilevanza penalistica, inclusa la commissione di “atti in frode”) e quindi idonea ad influire sulla valutazione circa la domanda di ammissione alla procedura concordataria (cfr. art. 173, co. 1, L.F.: “Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al Tribunale (...) All'esito del procedimento (...) il tribunale (...) dichiara il fallimento (...)”; nonché art. 173, co. 3, L.F., che applica le disposizioni di cui al 2° comma stesso articolo anche “se il debitore durante la procedura di concordato compie atti (...) comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato”).

Di conseguenza, secondo l'interpellante, l'obbligo di segnalazione all'UIF di un'operazione sospetta, basato sull'art. 41 D.Lgs. 231/2007 e ss.mm.ii., quantomeno in relazione alla procedura di concordato preventivo cui quest'ultimo si riferisce, costituirebbe, di fatto, un inutile doppione dell'adempimento di cui all'art. 173 L.F.

Tanto premesso, si riporta, per completezza, il testo integrale del chiarimento comunicato in data 4 giugno 2014 dal MEF:

“(OMISSIS) l’Unità d’informazione finanziaria ha inoltrato, per competenza, a quest’amministrazione la (OMISSIS) richiesta di un chiarimento riguardo alla normativa antiriciclaggio.

In particolare, è stato chiesto se avvocati e commercialisti nello svolgimento di attività di consulenza, assistenza e rappresentanza legale in favore di società, per la redazione d’istanze o ricorsi di ammissione a procedure di concordato preventivo (ai sensi dell’articolo 160 della legge fallimentare), siano obbligati alla segnalazione di operazioni sospette. Il riferimento è a quelle notizie delle quali il professionista può venire a conoscenza, nello svolgimento della descritta attività di consulenza, che possono concretare la conoscenza di operazioni “sospette”.

L’articolo 12, comma 2, del d.lgs. 231/2007 prevede l’esonero dall’obbligo di segnalazione di operazione sospetta per le informazioni che commercialisti, avvocati, notai, periti e consulenti in materia di contabilità e tributi ricevono *“nel corso dell’esame della posizione giuridica del loro cliente o dell’espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull’eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso”*.

Al riguardo, preliminarmente, si rileva che la formulazione della norma comprende, nell’ipotesi di esenzione, non solo le notizie ricevute o ottenute dal professionista in un procedimento giudiziale, ma altresì le notizie ricevute in relazione al medesimo.

Tale fattispecie può intendersi riferita anche alle attività di consulenza, assistenza e rappresentanza che il professionista svolge nell’ambito della procedura di concordato preventivo, essendo quest’ultima a carattere giudiziale.

Si rileva, inoltre, che una recente sentenza della Cassazione (Cass. SS.UU. 1521/2013), con riferimento a una procedura di concordato preventivo, ha affermato che “... *pur non essendo un consulente del giudice, come si desume dal fatto che è il debitore a nominarlo, il professionista ha caratteristiche d’indipendenza (ulteriormente indirettamente rafforzate dalle sanzioni penali previste dall’articolo 236-bis L.F. introdotto con DL 2012/83) e professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo. Deve dunque ritenersi che egli svolga funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice*”.

Alla luce dell’orientamento della Cassazione, si ritiene applicabile anche il chiarimento UIC n. 15 del 2006 [errata corrige: leggasi chiarimento UIC n. 15 del 21 giugno 2007, *n.d.r.*] che, ai fini dell’esclusione dagli obblighi antiriciclaggio, ha chiarito che “*le attività svolte dal professionista su incarico dell’Autorità giudiziaria - quali ad esempio la curatela fallimentare e la consulenza tecnica d’ufficio - devono ritenersi escluse dall’ambito di applicazione della normativa antiriciclaggio. In tali ipotesi, infatti, il professionista agisce in qualità di organo ausiliario del giudice e non sono pertanto ravvisabili le nozioni di ‘cliente’ e di ‘prestazione professionale’ come definite dalle disposizioni in materia*”.

Per quanto sopra esposto, in relazione alla richiesta di chiarimenti di cui all’oggetto, si ritiene applicabile l’esenzione dall’obbligo di segnalazione.

Tale chiarimento è stato condiviso con la Banca d’Italia, la UIF e la Guardia di finanza.”

Il MEF, dunque, assume un’inequivoca ed importante posizione in favore di un’interpretazione *estensiva* del concetto di “*espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza ... in relazione ad un procedimento giudiziario*”.

Tale presa di posizione muove da due assunti principali.

In presenza di una procedura di concordato preventivo, il MEF da un lato ritiene che l’attività di difesa e rappresentanza svolta dal professionista non attestatore includa una

“prestazione” in favore di un “cliente” ma inerente ad un procedimento da qualificarsi come “giudiziario”, e dall’altro lato, in relazione al professionista “attestatore” nominato ex parte, depotenzia -fino al punto di reputarla pressochè secondaria- la rilevanza della “prestazione” al “cliente” ed attribuisce invece assorbente rilevanza alle speciali e inderogabili caratteristiche soggettive del professionista.

Il professionista-attestatore è comunque il professionista che supporta il ricorso/domanda di concordato preventivo, viene infatti considerato dal MEF un soggetto non “di parte” bensì “assimilabile ad un ausiliario del giudice”.

Non dunque, come una sorta di CTU o di vero e proprio “difensore” di parte, bensì come un soggetto che, a dispetto della nomina di origine privatistica, è soprattutto obbligato al rispetto di prevalenti canoni di indipendenza, diligenza, e leale collaborazione, che “targano” il professionista tanto da fargli assumere una funzione “assimilabile a quella pubblicistica” di ausiliario del giudice coinvolto nella procedura.

Le affermazioni del MEF sono un approdo da valutare positivamente.

L’approccio è senz’altro coerente con le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare (D.L. 83/2012 conv. In Legge 134/2012 e ss.mm.ii), che impone rigorosi requisiti di indipendenza e imparzialità (sui quali vedi inter alia la Circolare n. 30/R dell’11 febbraio 2013) in capo ai professionisti-attestatori utilizzati dalle imprese commerciali debitorie in relazione alle pratiche funzionali al ricorso a procedure concorsuali o giudiziali. Si può notare, peraltro, che l’esenzione dall’obbligo di segnalazione SOS in capo al professionista attestatore, sarebbe in ogni caso giustificata anche a prescindere da qualsiasi riferimento al criterio dato dalle caratteristiche soggettive di indipendenza e imparzialità del professionista stesso: quest’ultimo comunque svolge l’attività attestatoria “in relazione ad un procedimento giudiziario” e tanto basta – correttamente – ad esentarlo. Il MEF considera marginale il fatto che la nomina del professionista sia di parte.

Per contro, va detto che il richiamo nel parere MEF del 4.6.2014 alla sentenza di Cass. SS.UU. 1512/2013 pare poco o per nulla pertinente ad un professionista “non attestatore” di cui la società debitrice si avvalga per impostare e redigere un ricorso per concordato preventivo. Pare, infatti, poco logico affermare che tale professionista, il quale non è affatto tenuto a possedere gli stessi requisiti di indipendenza del professionista-attestatore, possa avvalersi, appunto solo in quanto professionista, dell’esenzione SOS qui considerata.

Il parere del MEF risolve però la questione, sul piano logico-sistematico, mediante ricorso al criterio alternativo (e sufficiente) costituito dal rapporto di “relazione” tra l’attività del professionista e un procedimento “giudiziario”.

In altre parole, ai limitati fini dell’esenzione SOS, la posizione del professionista non attestatore è assimilata a quella del “terzo indipendente” poichè l’incarico affidato dal cliente, pur estranea a un’attività di attestazione relativa a un concordato preventivo, riguarda comunque una procedura “giudiziale”. In tal caso vi sono una “prestazione” ed un “cliente”, ma resta applicabile il predetto *safe harbour* in forza del criterio costituito dalla relazione tra prestazione e procedimento giudiziario.

L’interpretazione del MEF in data 4.6.2014, nonostante non provenga da un Tribunale e quindi non possa assumere valore di fonte di interpretazione autentica della norma di cui all’art. 12, co. 2, deriva la propria dignità operativa dal fatto di essere stata espressamente concordata con Banca d’Italia, U.I.F. e G.d.F.

Il parere MEF ha indubbiamente il pregio di venire incontro ad esigenze, largamente sentite da alcune categorie professionali (esigenze per molti altri versi, va detto, ad oggi ampiamente inevase), di semplificazione degli adempimenti a carico dei professionisti in materia antiriciclaggio e di conseguente eliminazione, per quanto possibile, di adempimenti che, secondo un approccio basato sul rischio ed in base ad una valutazione

costo-beneficio, appaiono sproporzionati rispetto agli obiettivi di prevenzione del riciclaggio.

Alla comunicazione MEF, in particolare, può essere attribuita una valenza pratica opportunamente deflattiva rispetto al rischio di inutile proliferazione di segnalazioni di operazioni sospette operate a titolo “prudenziale” da professionisti incaricati dello svolgimento di attività di attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano posto a base del ricorso per la domanda di concordato preventivo a qualsiasi titolo.

La risposta del MEF può applicarsi – in via analogia - anche ad incarichi professionali aventi ad oggetto la relazione attestata del professionista ex art. 67, co. 3, lett. d) L.F. (avente ad oggetto la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano attestato di risanamento) oppure ex art. 182-quinquies, co. 4, L.F. (attestazione della funzionalità di finanziamenti al miglior soddisfacimento dei creditori previa verifica del fabbisogno finanziario dell’impresa fino all’omologazione, nel caso in cui la società intenda contrarre finanziamenti per la continuità aziendale) ovvero ex art. 182-quinquies, co. 4, L.F. (attestazione circa l’essenzialità alla continuazione dell’attività d’impresa e della funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori, delle prestazioni svolte da creditori anteriori di cui si prevede il pagamento in relazione al concordato con continuità aziendale).

Identico, invero, in tutti questi casi, è la correlazione tra attività del professionista e il Tribunale, ed in particolare l’affidamento che l’organo pubblicistico ripone sulle risultanze esposte dal professionista tramite l’attestazione, in quanto frutto di una valutazione improntata a canoni di qualificata diligenza nonché ai principi generali di correttezza, buona fede e leale collaborazione previsti dall’ordinamento.

Non altrettanto pacifica, almeno a prima vista, potrebbe apparire l’estensione della stessa soluzione interpretativa all’ulteriore ipotesi di attestazione del professionista ex art. 182-

bis L.F. (attestazione per accordi di ristrutturazione del debito) posto che in tal caso è incerto se l'attività professionale sia qualificabile come "relativa a un procedimento giudiziario" agli effetti dell'esenzione dall'obbligo di SOS.

La conclusione positiva, peraltro, a nostro avviso è preferibile.

Essa trova fondamento innanzitutto nella motivazione di Cass. SS.UU. 1521/2013 richiamata espressamente dal MEF nel parere 4.4.2014 qui commentato, laddove si sottolinea che, in relazione alla procedura di concordato preventivo, il professionista nominato dal debitore nonostante non sia consulente del giudice svolge funzioni "assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice", in ragione delle soggettive "caratteristiche d'indipendenza e professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo, ulteriormente ed indirettamente rafforzate dalle sanzioni penali ex art. 236-bis L.F. (intitolato "*Falso in attestazioni e relazioni*") e introdotto dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 prevede quanto segue: "*I. Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182-bis, 182-quinquies e 186-bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro. II. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata. III. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà*". Esso si applica dal 11 settembre 2012, ai sensi dell'art. 33, comma 3, d.l. 83/2012 cit.).

Infatti, tali stesse caratteristiche soggettive e correlate sanzioni penali sono proprie anche del professionista attestatore ex art. 182-bis L.F. A ciò si aggiunga che anche tale professionista svolge la propria attività in relazione ad un procedimento che in senso lato può reputarsi "giudiziario" (anche nel caso in cui non si voglia accedere alla tesi – pur sostenuta da autorevole corrente dottrinale sulla base di non banali argomentazioni - per cui l'accordo di ristrutturazione dei debiti costituisce una procedura concorsuale) perchè a) prevede inderogabilmente una fase giudiziale (avanti al Tribunale) necessaria affinché si

accerti la rispondenza dell'accordo alla fattispecie legalmente prevista e si producano quindi quegli effetti che un accordo solo privatistico non potrebbe produrre (in primis, l'esenzione da revocatoria nel successivo fallimento) e b) il MEF interpreta la "giudiziarità" del procedimento in un senso ampio.