

Le Società

Mensile di diritto e pratica commerciale
societaria e fiscale

CAMPAGNA
RINNOVAMENTO
RIVISTE
2015

10 2014

ANNO XXXIII - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

www.edicolaprofessionale.com/lesocieta

**Azioni a voto plurimo
e a voto maggiorato**

**Antiriciclaggio: flussi informativi
nei gruppi di società
e doveri della capogruppo**

Bond, swap e delitto di truffa

DIREZIONE SCIENTIFICA

Diritto societario

Angelo Busani
Renato Rordorf
Vincenzo Salafia
Alberto Toffoletto

Diritto dei mercati finanziari

Paolo Giudici

Valutazioni e bilancio

Mauro Bini

Diritto penale commerciale

Carlo Enrico Paliero

Processo, arbitrato e mediazione

Ilaria Pagni



Antiriciclaggio

Dilatazione del “*facere* informativo” del cliente ai sensi della normativa antiriciclaggio: tra esigenze di coerenza sistemica e obblighi di buona fede

Tribunale di Milano 17 luglio 2013, ord. - Pres. Cosentini - Rel. Guidi - Alfa Skye S.r.l. e altri c. Cypress Way Fortress Value Recovery Fund I Ltd. e altri

Disciplina antiriciclaggio - Adeguata verifica della clientela - Titolare effettivo - Obblighi del Cliente - Società - Società di capitali - Gruppi di società - Buona fede - Contatto sociale - Direzione e coordinamento di società - Responsabilità - Legittimazione attiva all'azione

(D.Lgs. n. 231/2007 artt. 15, 18, 19, 21 e 23; Cod. civ. artt. 1175, 1375, 2497)

Il D.Lgs. n. 231/2007 in materia di antiriciclaggio, nel disciplinare la catena di obblighi ed adempimenti finalizzati a far emergere il “titolare effettivo”, non contempla espressamente il diritto del cliente di ottenere dalle società controllanti quelle informazioni che egli, sotto la propria responsabilità deve fornire ai soggetti identificati dalla normativa antiriciclaggio. E tuttavia, tale diritto del cliente di ottenere le informazioni strumentali all'adempimento dei propri obblighi ai sensi della normativa antiriciclaggio e lo speculare obbligo del titolare effettivo, sono enucleabili alla luce di una lettura coerente del D.Lgs. n. 231/2007, volto a sollecitare la massima trasparenza degli operatori finanziari.

Disciplina antiriciclaggio - Adeguata verifica della clientela - Titolare effettivo - Obblighi del cliente

(D.Lgs. n. 231/2007 artt. 15, 18, 19, 21 e 23)

Il diritto del cliente di ottenere le informazioni strumentali all'adempimento dei propri obblighi informativi a beneficio dei soggetti identificati dalla normativa antiriciclaggio e lo speculare obbligo del titolare effettivo sono altresì enucleabili dai principi di buona fede. Tra la società al vertice di un gruppo societario e le società sottostanti s'instaura una relazione contrattuale, derivante dall'acquisizione delle quote, e in ogni caso un contatto sociale rilevante sotto un profilo di reciproci rapporti, trattandosi di applicare anche in questo contesto i principi (di buona fede) sottesi alla responsabilità gestoria di cui all'art. 2497 c.c., diretti alla protezione delle prerogative degli *stakeholder* delle società controllate.

Il Tribunale (*omissis*).

Lo svolgimento del primo giudizio cautelare

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato in data 21 gennaio 2013, le società Alfa Skye Srl, Beta Skye Srl, Lambda Skye Srl e BSF Sarl (facenti parte del gruppo Blue Skye, che crea utili attraverso l'acquisto e la gestione di portafogli di crediti problematici) chiedevano ordinarsi alle società (controllanti) Cipress Way European Asset Investors II Sarl, Fortress Value Recovery

Fund I Ltd, Fortress Value Recovery Fund I LLC, Fortress Value Recovery Fund TE I LLC, Coral Limited, Coast DBZ Strategy Investements Ltd, Safety National Casualty Corporation, nonché ai signori Douglas Thomas e Doug Cardoni “di fornire immediatamente informazioni circa il beneficiario effettivo della partecipazione di Cypress, e di ogni soggetto che di Cypress fosse titolare effettivo fornendo al riguardo adeguata documentazione che comprovasse tale stato e/o rapporto, e comunque dare ogni ulteriore

provvedimento idoneo alla tutela dei diritti del ricorrente” in modo da poter far pervenire (tali informazioni) all’intermediario finanziario Unicredit Spa (presso cui le ricorrenti intrattenevano molteplici rapporti bancari), che ne aveva fatto richiesta ai sensi della normativa di origine di origine comunitaria recepita e compendiata nel D.Lgs. 231/2007 (d’ora innanzi per brevità, anche Decreto), al fine di evitare le conseguenze pregiudizievoli per le società del gruppo imposte in ultima analisi dalla legge.

Il primo giudice - ritenuto in prima battuta fondato il *periculum in mora* sulla scorta della documentazione prodotta, con particolare riferimento al documento n. 8 - con provvedimento del 22 gennaio 2013 ordinava alle società come sopra indicate di fornire le informazioni richieste e fissava la prima udienze alla data del 11 febbraio 2013.

Con comparsa depositata il 6 febbraio 2013 si costituiva la società Cipress Way European Asset Investors II Sarl, la quale:

- rimarcava la strumentalità dell’iniziativa delle controparti in relazione ad un complesso procedimento pendente presso tra le stesse parti presso l’High Court of Justice, Queen’s Bench Division, commercial court;

- dichiarava che intendeva adempiere all’ordine del giudice, fornendo tutte le informazioni richieste da Banca Unicredit; produceva all’uopo una visura camerale di Cipress Way da cui risulta che soltanto una società, la Fortress Value Recovery Fund I Ltd. detiene una partecipazione superiore al 25% del capitale sociale, e come tale rilevante ai sensi dell’art. 2 dell’allegato tecnico al D.Lgs. 231/2007;

- produceva altresì le dichiarazioni rilasciate da tale Mark Furstein, *Investment Manager* della Fortress Value Recovery Fund I Ltd (doc. 13 e 14; per la precisione, dai documenti emerge che Mark Furstein era *Investment Manager* della Fortress VRF Advisors I LLC, su cui appena *infra*) secondo cui a quella data non esisteva un titolare effettivo del 25% del capitale sociale, utili o diritti di voto di Fortress Value Recovery Fund I Ltd (né di Fortress Value Recovery Fund I LLC); e secondo cui queste società sono gestite da Fortress VRF Advisor I LLC, a sua volta detenuta da FIG LLC, affiliata infine al Fortress Investment Group, società quotata alla borsa di New York;

- osservava che in definitiva non esisteva alcun titolare effettivo della partecipazione in Cipress Way, nel senso fatto proprio dalla normativa.

- concludeva quindi per la revoca del provvedimento adottato *inaudita altera parte* e il rigetto del ricorso.

Le ricorrenti rinunciavano alla domanda nei confronti di Safety National Casualty Corporation; la causa veniva poi rinviata al fine della verifica della correttezza delle notifiche.

Con comparsa depositata per l’udienza del 27 marzo 2013 si costituivano Fortress Value Recovery Fund I Ltd; Fortress Value Recovery Fund I LI-C; Fortress Value Recovery Fund TE I LLC; Coral Limited (mentre rimanevano contumaci Coast Dbz Strategy Investments Ltd, Douglas Thomas e Doug Cardoni), le quali:

- deducevano che il ricorso era inammissibile perché non recava l’allegazione di alcuna domanda di merito cui la misura cautelare sarebbe strumentale;

- contestavano la giurisdizione e la competenza del Tribunale di Milano;

- rilevavano che difettava il requisito della residualità, poiché l’ordinamento appresta il sequestro giudiziario probatorio quale rimedio tipico per l’acquisizione di documenti.

Nel merito cautelare contestavano l’esistenza di un qualsivoglia diritto tutelabile in sede cautelare o in sede ordinaria, in quanto:

- gli obblighi di legge gravano su Unicredit e non sulle resistenti, ai sensi dell’art. 11 del Decreto, e le ricorrenti apoditticamente ricavano un presunto diritto soggettivo del cliente degli intermediari verso i propri soci e un obbligo dei soci di assecondare le richieste della propria società;

- nessuna norma del Decreto impone ai soci di fornire alla propria società dati diversi da quelli previsti dal codice civile;

- il paralogismo delle ricorrenti è aberrante perché si spingono a postulare un diritto di ingerirsi nella sfera di soggetti terzi rispetto alla loro compagine sociale;

- l’eventuale congelamento dei rapporti posto in essere da Unicredit sarebbe imputabile alla stessa Unicredit: infatti l’art. 19 del Decreto parla di una serie di canali informativi sicché le notizie provenienti dal cliente sono solo una delle fonti.

Richiamavano inoltre la visura camerale già prodotta dalla resistente Cypress. Ribadivano che l’unica partecipazione rilevante secondo la definizione di titolare effettivo è quella detenuta da Fortress Value Recovery Fund I Ltd, pari al 64% del capitale sociale di Cypress; che in relazione a tale società Cypress ha già prodotto la dichiarazione rilasciata dall’*Investment Manager* di Fortress secondo cui: non esiste persona fisica che detenga il 25%; vi è una filiera che arriva alla Fortress Investment Group, società quotata alla borsa di New York e che rientra nella nozione di soggetto vigilato di cui al decreto antiriciclaggio e come tale è sottratto agli obblighi di adeguata verifica ed è escluso per definizione dalla definizione di titolare effettivo; instavano quindi per la revoca del provvedimento emesso *inaudita altera parte* e il rigetto della domanda cautelare.

All’udienza del 8 aprile 2013 la difesa delle ricorrenti controdeduceva in ordine a tutte le osservazioni e deduzioni delle resistenti; all’udienza del 18 aprile 2013 il giudice si riservava di decidere.

Con ordinanza del 29 aprile 2013, a scioglimento della riserva assunta, il primo giudice, ritenuta la giurisdizione italiana ai sensi dell’art. 10 della legge 218/1995, ritenuta l’ammissibilità del ricorso (ponendo in evidenza la strumentalità attenuata propria dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c. e comunque la chiara enucleabilità del diritto di ottenere informazioni ex art. D.Lgs. 231/2007), ritenuto però insussistente il requisito del *periculum in mora*, revocava il decreto emesso il 22 gennaio 2013 e respingeva il ricorso, condannando le società ricorrenti al pagamento delle spese processuali.



Il reclamo.

Proponevano reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. le società già ricorrenti Alfa Skye Srl, Beta Skye Srl, Lambda Skye Srl e BSF Sarl contro le società già resistenti Cipress Way European Asset Investors II Sarl; Fortress Value Recovery Fund I Ltd; Fortress Value Recovery Fund I LLC; Fortress Value Recovery Fund TE I LLC;

Coral Limited; nonché contro i soggetti rimasti contumaci: Coast DBZ Strategy Investments Ltd; Douglas Thomas e Doug Cardoni.

Lamentavano le società reclamanti che la documentazione esaminata e menzionata dal primo giudice è solo una minima parte della documentazione prodotta dalle reclamanti; che non è stato valorizzata la documentazione proveniente da Unicredit, ed in particolare i doc 8, 27, 30 e 32 della produzione delle ricorrenti, che mettono in evidenza quale è stato ed è il comportamento di Unicredit idoneo a cagionare un danno irreparabile alle ricorrenti medesime; mettevano in particolare in evidenza che:

- col documento n. 8 Unicredit ha comunicato di aver bloccato ogni operatività bancaria in relazione a BSF Sarl;

- dai documenti 54 e 61 emerge l'entità dei finanziamenti ricevuti dalle società del gruppo;

- dai documenti 33-35 emerge che un altro intermediario finanziario ha richiesto le stesse informazioni già pretese da Unicredit, e che la mancanza di tali informazioni ha bloccato, e tuttora blocca, lo svincolo da parte del detto intermediario a favore di Alfa Skye di ingenti somme (complessivi euro 815.000.00).

Chiedeva quindi che sotto il profilo del *periculum in mora* la decisione venisse completamente rivista.

Quanto al *fumus boni iuris*, le reclamanti rilevavano:

- di essere soggette all'applicazione dell'art. 21 del D.lgs. 231/2007;

- di essere tenute a fornire ad Unicredit e agli altri intermediari che le hanno richieste le informazioni relative all'individuazione ed identificazione del titolare effettivo;

- di avere il diritto di ottenere dalle reclamate la rivelazione delle informazioni che esse reclamanti sono a loro volta tenute per legge a fornire all'intermediario per poter adempiere agli obblighi in materia di disciplina anticiclaggio.

Esponevano che le richieste svolte in questa sede cautelare rappresentano quindi una *misura anticipatoria rispetto alla misura inibitoria che le reclamanti potrebbero ottenere in via ordinaria nei confronti delle reclamate sulla base del danno ingiusto che altrimenti, per fatto e colpa delle reclamate, si verificherebbe nella sfera giuridica delle reclamanti*; che poteva comunque ipotizzarsi una ulteriore possibile causa di merito per concorrenza sleale, facendo richiamo a quanto emerge dal doc. n. 48 (provvedimento n. 23345 assunto dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, ove si fa riferimento al fatto che il gruppo Fortress avrebbe una partecipazione in Italfondario, che tra i suoi asset avrebbe anche quello attinente il recupero crediti proprio del gruppo Blue Skye).

Quanto alla questione della sufficienza o meno della documentazione già prodotta, rilevavano le reclamanti:

- che Cypress Way ha prodotto un elenco dei propri soci estratto dal registro delle imprese del Lussemburgo, da cui risulta che il suo azionariato è composto da società anonime delle isole Cayman e dello Stato del Delaware; nonché due dichiarazioni provenienti da tale Mark Furstein in relazione alla Fortress VRF Ltd e alla Fortress VRF LLC;

- che in relazione a società così ubicate e congregate non è possibile risalire all'identità degli azionisti e degli amministratori attraverso pubblici registri ed è indispensabile la cooperazione delle società interessate al fine di venire incontro alle richieste degli intermediari che sono tenuti ad identificare la clientela risalendo, per le persone giuridiche, all'identità di tutte le persone fisiche beneficiarie di una quota di utili oltre il 25% (il cd titolare effettivo ai sensi dell'art. 2 dell'allegato tecnico al Decreto);

- che nel caso di specie a Cypress Way spetta il 46,65% degli utili del gruppo Blue Skye e tuttavia la composizione del suo azionariato e l'identità degli amministratori sono ignote;

- che in ogni caso la documentazione prodotta si è rivelata insufficiente e contraddittoria per Unicredit che non ha sbloccato l'operatività del conto corrente della BSF Sarl, limitandosi, quanto alla minacciata chiusura di tutti i rapporti, a concedere una sorta di moratoria in attesa degli esiti definitivi della procedura cautelare.

Con memoria depositata il 27 giugno 2013 si costituivano le cinque società già resistenti, richiamando quanto era stato dedotto avanti al primo giudice; richiamavano quindi la strumentalità dell'azione posta in essere dalle ricorrenti, già citate in causa avanti al giudice londinese ed oggetto di ordini per aver posto in essere attività illegittima; ribadivano che la domanda cautelare non recava l'allegazione di alcuna domanda di merito rispetto a cui la richiesta cautelare sarebbe stata strumentale, e che ciò non consente di suffragare né la giurisdizione italiana né la competenza del Tribunale di Milano; sottolineavano che il sequestro giudiziario probatorio sarebbe stato il rimedio tipico, non risultando quindi ammissibile il rimedio residuale di cui all'art. 700 c.p.c.

Con atto di intervento *ex art.* 105 c.p.c. (in via autonoma, o, in subordine, in via adesiva dipendente) del 2 luglio 2013 si costituiva la società BS Real Estate Sarl, deducendo di far parte del gruppo Blue Skye e di essere quotista del fondo gamma Skye detenuto da SGR Vegagst, ed esponendo che la SGR Vegagst ha richiesto le stesse informazioni sul titolare effettivo richieste da Unicredit e che - a causa dell'impossibilità di fornire le complete informazioni e dell'impossibilità per la Vegagst di completare la procedura di adeguata verifica dei titolari effettivi di BS Real Estate Sarl - ci si trovava di fronte al concreto rischio di veder dichiarato il *default* del fondo Gamma Skye, come risultava dalle comunicazioni di cui ai doc. 2 e 3, e 4, e dalla mancata risposta delle reclamate alla richiesta di informazioni datata 24 giugno 2013 (v. doc.6). L'intervenuta svolgeva quindi deduzioni e considerazioni in tutto e per tutto



analoghe a quelle delle società reclamanti e concludeva nel senso che venisse ordinato alle società reclamate di fornire immediatamente a BS Real Estate Sarl ed alle società reclamanti informazioni circa il beneficiario effettivo della partecipazione di Cypress Way, e di ogni altro soggetto che di Cypress Way sia titolare effettivo, fornendo al riguardo la documentazione indicata dalle reclamanti sub doc. 24 nonché ogni altra documentazione necessaria.

All'udienza collegiale del 3 luglio 2013 le parti reclamate chiedevano dichiararsi l'inammissibilità dell'intervento, qualora ritenuto autonomo, e rilevavano che qualora lo si fosse interpretato come adesivo esso si concretava di fatto in una controreplica non autorizzata. La difesa delle parti reclamanti e della parte intervenuta specificava le ragioni dell'intervento e chiedeva la produzione in giudizio di ulteriore sollecito delle informazioni oggetto dell'istanza cautelare (doc. 85), nonché il bilancio di BSF Sarl con allegata relazione del revisore datata 2 luglio 2013 (doc. 86). La difesa delle reclamate non si opponeva a tali produzioni, ritenendole irrilevanti, e chiedeva un termine per esame che veniva concesso.

All'udienza del 17 luglio 2013 la difesa della parte intervenuta produceva lettera via fax del 16 luglio 2013 trasmessa da Cypress Way con allegata la documentazione ivi menzionata (analoga a quella già fornita alle reclamanti) nonché E mail di risposta proveniente da Vegagest.

La difesa delle parti reclamanti concludeva nel senso dell'accoglimento del reclamo con richiesta che il Tribunale provveda anche ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c. per il caso di inottemperanza al provvedimento.

La difesa delle parti reclamate concludeva per il rigetto del reclamo.

Le questioni (e considerazioni) preliminari

L'intervento volontario di BS Real Estate Sarl va ammesso e qualificato quale intervento adesivo dipendente. L'intervento autonomo, in un contesto in cui si chiede lo stesso provvedimento ma lo si giustifica in relazione a diversi presupposti di fatto, doveva essere effettuato in vista del procedimento avanti al primo giudice, in modo da consentire alle altre parti di usufruire del primo come del secondo giudizio cautelare. L'intervento adesivo invece deve essere ritenuto ammissibile anche in sede di reclamo; peraltro l'interesse dell'interveniente ad un ottenere un provvedimento favorevole ai reclamanti è evidente, posto che dell'ottenimento delle informazioni beneficerebbe l'intero gruppo Blue Sky e quindi anche la BS Real Estate.

La presente causa cautelare vede contrapposti due gruppi societari, il primo che possiamo in questa sede denominare (appunto) Blue Skye (per brevità anche BS) ed il secondo che possiamo denominare gruppo Fortress (le società reclamate).

Il secondo gruppo, pacificamente, tramite la controllata (al 100%) Cypress Way, detiene il pacchetto di maggioranza (48,95%) di Stepstone Acquisition Sarl, la quale tramite un altro passaggio societario (Benlmond Corporation Sarl) controlla Blue Skye Sarl SCS, che con-

trolla Blue Skye Financial Holding Sarl che è socio unico delle attuali reclamanti.

Come spiegato nella lettera via E Mail del 21 febbraio 2013 (doc. 31 parti reclamanti) rivolta da BSF Sarl (una delle reclamanti) ad Unicredit Spa, la *governance* (in termini di diritto di voto e di controllo) di BSF Sarl (e, deve ritenersi in via logica delle altre reclamanti e della stessa interveniente) risulta essere in capo a tali signori S. C. e G. D. i quali:

- possiedono il 50% ciascuno della Blue Skye Management Sarl, che a sua volta possiede l'unica *unlimited share* emessa da Blue Skye SCS

- possiedono altresì tramite altre due società (Blue Skye Investor e Blue Skye Capital) la maggioranza delle *limited shares* della SCS.

Di fatto, come scritto nella missiva e come è incontestato da parte delle reclamate, la gestione di Blue Skye SCS e, quindi, di tutte le reclamanti risulta essere in capo ai detti C. e D.

Differente è invece il profilo della cosiddetta *beneficial ownership* di BSF Sarl e delle altre reclamanti, cioè la titolarità dei benefici economici derivanti dalle n. 1004 *limited shares* emesse da Blue Skye SCS; tali benefici in parte minuta vanno direttamente ai detti C. e D. e nella grandissima maggioranza risalgono invece la filiera, per giungere in parte ancora ai medesimi C. e D. tramite le società Omega (14,85%), in parte alla Dea Capital del gruppo Agostini (36,72%), ed in parte (48,95%) alla società Cypress Way, totalmente controllata, come già evidenziato, dal gruppo Fortress, ed in particolare (al 64%) da Fortress Value Recovery Fund I Ltd.

Quanto sopra viene premesso per porre in evidenza che la cesura, o meglio la non sovrapposibilità, tra potere gestorio e controllo tramite i voti delle società reclamanti (totalmente in capo a C. e D.) e diritto di beneficiare della maggioranza dei flussi finanziari (che in netta prevalenza si indirizzano al gruppo Fortress) risulta essere, del tutto verosimilmente, la spiegazione del perché controllanti e controllate si fanno causa tra di loro (in questa sede e avanti la magistratura londinese), cosa che, nella generalità dei casi, ove la quota di benefici economici e di potere gestorio coincidessero, sarebbe priva di senso logico.

Il Tribunale deve rilevare che le parti reclamanti hanno inquadrato ed individuato, quale azione di merito su cui si innesta la presente azione cautelare, quella volta ad accertare il diritto delle società del gruppo BS ad ottenere le informazioni dalle società del gruppo Fortress necessarie per evitare che la banca Unicredit Spa, con cui sono in essere una serie di rapporti bancari, ponga termine al "rapporto continuativo" in quando non in grado di adempiere agli obblighi di adeguata verifica della clientela (v. artt. 18, 19 e 23 del D. Lgs. 231/2007), ed il correlato diritto al risarcimento danni per gli effetti negativi che dovessero verificarsi a seguito di tale omissione, sulla base di un concatenarsi di rapporti causali che naturalmente andrebbero (nella futura ed eventuale causa di merito) dimostrati.

In questo contesto non si ritiene di dare rilievo alle successive deduzioni delle ricorrenti, che hanno ventilato,



sulla base del doc. 48 da loro prodotto, una diversa ed ulteriore causa di merito di tipo inibitorio ai sensi degli artt. 2598 e 2599 c.c., facendo riferimento tardivo a tutt'altra situazione che, al massimo, potrebbe legittimare una autonoma azione cautelare.

Ebbene, il collegio ritiene che la prospettazione iniziale, a prescindere dalla sua fondatezza che verrà tra breve trattata, è sufficiente a far ritenere ammissibile l'azione cautelare proposta, perché risulta correttamente individuata la causa di merito i cui effetti si intendono in questa sede preservare.

La causa di merito così individuata consente, parimenti, di ritenere sussistente la giurisdizione italiana e la competenza del Tribunale di Milano. Infatti in relazione alla maggior parte delle società reclamanti, aventi sede in Milano (tutte tranne la BSF Sarl, società di diritto lussemburghese) il danno futuro che viene prospettato (crisi dell'impresa per immediato obbligo di rientro di tutti i finanziamenti concessi da Unicredit) si verificherebbe, all'evidenza, nel nostro Stato, e ciò va ritenuto sufficiente a radicare la giurisdizione (ai sensi dell'art. 3 comma 2 della legge 218/1995) e la competenza; di conseguenza vi è giurisdizione e competenza anche in relazione all'azione cautelare, ai sensi dell'art. 10 della legge 218/1995.

La causa di merito così descritta consente poi di individuare il provvedimento richiesto in un provvedimento innominato, quale è l'ordine di fornire per iscritto e tramite la messa a disposizione di documenti tutte le informazioni necessarie per giungere alla individuazione e identificazione del "titolare effettivo"; siamo quindi nel campo proprio dell'art. 700 c.p.c., poiché il sequestro di documenti ex art. 671 c.p.c., che può essere richiesto ed ottenuto solo in ottica di acquisizione probatoria, non può venire in considerazione in questa sede al fine di porre in dubbio la sussistenza del requisito della residua-rità del rimedio invocato.

La valutazione del merito cautelare; il *fumus boni iuris*.

Giunge ora il momento di valutare la sussistenza o meno dei presupposti fondanti dell'azione cautelare proposta.

Quanto al *fumus boni iuris*, il collegio ne ritiene la sussistenza.

L'analisi deve incentrarsi sull'esistenza di un diritto in capo alle società del gruppo Blue Sky di ottenere da quelle del gruppo Fortress – che, come si è visto, controllano nella misura del 48,65% il gruppo Blue Sky, nel senso che ottengono flussi finanziari in tale misura – le informazioni ulteriori sulla proprietà del gruppo Fortress, e quindi, in ultima analisi, sul "titolare effettivo" di quella quota di maggioranza del gruppo Blue Sky; informazioni che si assume essere necessarie per tacitare le pretese conoscitive del principale intermediario, Uni-

credit, tenuto a rispettare gli obblighi di adeguata verifica dell'identità del "titolare effettivo", e cui è infatti imposto di "comprendere la struttura di proprietà e di controllo" del cliente (v. art. 19 lett. b. del Decreto); informazioni indispensabili, in tesi, per evitare le contromisure negative per Blue Sky che Unicredit dovrebbe adottare ai sensi dell'art. 23 del Decreto, pena (per Unicredit) rischi di vario tipo (sanzioni varie nonché il discredito internazionale nel caso in cui risultasse che un gruppo societario di cui non si è approfondito adeguatamente la catena di controllo e di proprietà risultasse essere collegato con centrali di riciclaggio e/o di emanazione terroristica).

È indubbio che il citato decreto (1) individua come destinatari degli obblighi vari soggetti professionali tra cui gli intermediari finanziari.

L'intermediario, e quindi nel caso di specie Unicredit, nel momento in cui instaura un "rapporto continuativo" con un gruppo societario come il Blue Sky deve "identificare e verificare l'identità del titolare effettivo", e per giungere a questo risultato può "fare ricorso a pubblici registri, elenchi atti o documenti da chiunque conoscibili ovvero chiedere ai propri clienti i dati pertinenti ovvero ottenere le informazioni in altro modo" (art. 19 lett. b) del Decreto).

Lo stesso Decreto, peraltro, all'art. 21 prevede in capo al cliente il ben preciso obbligo (v. rubrica) "di fornire, sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie ed aggiornate per consentire ai soggetti destinatari del presente decreto di adempiere agli obblighi di adeguata verifica della clientela. Ai fini dell'identificazione del titolare effettivo, i clienti forniscono per iscritto, sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie e aggiornate delle quali siano a conoscenza".

Ne deriva un chiaro ed esplicito obbligo del cliente di fornire informazioni corrette, della cui veridicità o meno il cliente risponde (sotto la propria responsabilità, si esprime la norma), nel senso che, se poi emerge trattarsi di informazioni non veritiere, le conseguenze negative ridondano immediatamente e direttamente in capo al cliente.

Si tratta di un dato di rilievo, che scolpisce il fatto che il cliente non può limitarsi a fornire generiche informazioni provenienti da terzi, ad esempio dalle società controllanti, demandando al solo intermediario l'onere della loro valutazione, e restando in attesa di ulteriori input e richieste; bensì ha l'onere di effettuare a sua volta verifiche sulle informazioni fornite, prima di trasmetterle all'intermediario, proprio perché di quelle informazioni deve assumersi (in proprio) la responsabilità.

In quest'ottica non possono essere condivise le osservazioni della società reclamante, secondo cui le società reclamanti, nel momento in cui hanno trasmesso ad Unicredit la visura di Cypress e le due dichiarazioni di

(1) Emanato in attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva CRR 2006/70/OL che ne reca le misure di esecuzione: recentemente,

in data il aprile 2013, la Banca d'Italia ha emanato il provvedimento 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, che entrerà in vigore il 1 gennaio 2014.

Mark Furstein, hanno ecceduto (in modo presuntivamente sospetto) nel segnalare all'intermediario l'insufficienza di tale documentazione. Non vi è spazio in definitiva per affermare la strumentalità del comportamento delle reclamanti - motivata in tesi dalla pendenza di altra causa avanti alla Corte londinese - perché proprio l'art. 21 del D.Lgs., per come è strutturato, consente al cliente di "prendere le distanze" dalle notizie fornite dalla controllante, che pure correttamente ha trasmesso all'intermediario.

La legge, nel disciplinare la catena di obblighi ed adempimenti finalizzati a far emergere il "titolare effettivo", non contempla espressamente il diritto del cliente di ottenere dalle società controllanti quelle informazioni che egli, sotto la propria responsabilità, deve fornire all'intermediario onde evitare la *termination* del rapporto continuativo in essere.

Purtuttavia un tale diritto del cliente, e correlato obbligo dei controllanti, è enucleabile sulla base dei contenuti del Decreto, volto a sollecitare la massima trasparenza di tutti i soggetti che sono invischiati a diverso titolo in operazioni finanziarie di rilievo, e sulla base di altri dati normativi che di tale principio di trasparenza - e dell'obbligo della controllante di preservare la possibilità di esistere e di non subire ingiustificati pregiudizi della controllata - sono espressione.

Il D.Lgs. 231/2007, nel puntualizzare la discrezionalità dell'intermediario in relazione alla concreta situazione di rischio (di riciclaggio o di finalità di terrorismo), gli attribuisce in linea generale poteri di accertamento, sia pure tramite documenti da tutti conoscibili, che riguardano anche direttamente le società controllanti, cui verosimilmente potrebbe anche rivolgersi direttamente ai sensi della formula di chiusura del citato art. 19 lett. b) del Decreto. Ciò significa che i soggetti che hanno acquisito posizioni di controllo su altre società non possono "chiamarsi fuori" dal sistema della legge, e sono anch'essi indirettamente destinatari dei medesimi obblighi, finalizzati ad una trasparenza globale che impregna, ormai, tutta la legislazione riguardante i flussi finanziari. Tali soggetti, del resto, ad un certo punto hanno preso la decisione di acquisire quote di controllo (finalizzate al ricevimento dei relativi flussi finanziari) di un altro gruppo societario; nel farlo, evidentemente, devono aver agito a ragion veduta, e devono aver quindi verificato che il gruppo Blue Skye si occupava di recupero crediti in sofferenza (e gestione di fondi), ed aveva già instaurato rapporti continuativi ed importanti con Unicredit; doveva quindi (informarsi sulla legislazione europea ed italiana) e rappresentarsi la necessità, per le controllate, di fornire le adeguate informazioni ad Unicredit previste dalla legge, informazioni nuove derivate proprio dalla decisione del gruppo Fortress di immettersi in quel contesto societario (e quindi da un "fatto proprio"); sicché tale gruppo (Fortress) non può ora pretendere di ritenere una inammissibile violazione della propria *privacy* l'assoggettamento ad oneri di *disclosure* che proprio la sua scelta ha fatto venire ad esistenza; anche perché, diversamente opinando, in siffatta maniera le acquisizioni di controllo societario potrebbero essere te-

se proprio al fine di far uscire dal mercato alcuni soggetti giuridici.

Sotto un profilo strettamente collegato, deve rilevarsi che - al di là delle "scatole cinesi" che i due gruppi hanno, come è consueto, costruito - il gruppo controllante è di fatto il socio principale (sotto il profilo dei benefici economici) del Gruppo Skye, non essendovi altri soggetti con effettiva titolarità tra Fortress e Skye (la stessa Cypress è una mera emanazione di Fortress). Nel momento in cui la legge si rivolge al cliente, e nel momento in cui il cliente ha un titolare effettivo (pur non ultimo) che è il gruppo Fortress, questo titolare effettivo può essere ritenuto destinatario almeno in via indiretta degli obblighi di cui all'art. 21 del Decreto.

Ed infatti - se il sistema prevede i poteri (penetranti) dell'intermediario e gli obblighi del cliente di fornire sotto la propria responsabilità adeguate informazioni sul proprio titolare effettivo e sul titolare effettivo ultimo - il sistema medesimo deve trovare una propria coerenza, tanto più per i casi in cui, per l'utilizzo dei "paradisi fiscali", si tratti di informazioni non reperibili *aliunde*, e la coerenza si raggiunge solo tramite l'obbligo in capo al socio titolare del gruppo di società clienti di indicare, o direttamente all'intermediario, o alle società controllate (che poi girano le informazioni all'intermediario) i dati necessari sulla propria catena di proprietà. In questo contesto non può certamente affermarsi che le società del gruppo Blue Skye non abbiano legittimazione od interesse ad agire, e che si sostituiscano illegittimamente ad Unicredit. Così come, in sede di contratti autonomi di garanzia, il contraente agisce in sede cautelare per impedire il pagamento da parte della banca garante, così in questa sede si può agire in sede cautelare per cercare di garantire in via d'urgenza l'anticipazione di quel diritto/obbligo volto ad evitare le conseguenze negative derivanti dall'intermediario ma in ultima analisi dalla legge.

In definitiva il sistema del D.lgs. 231/2007 struttura la nascita di diritti, oneri, poteri, in capo agli intermediari ed ai loro clienti, che, per avere una loro coerenza, devono incombere anche sui soggetti che hanno deciso di acquistare una titolarità di poteri sul gruppo cliente; e che, comunque, oltre a ricavarsi dal sistema complessivo di quella legge, incombono su tali soggetti ai sensi dei principi di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., non essendo revocabile in dubbio che tra il gruppo controllante ed il gruppo controllato si è instaurata una relazione contrattuale, derivante dall'acquisizione delle quote, e in ogni caso un contatto sociale rilevante sotto un profilo di reciproci rapporti. Una relazione contrattuale ed un contatto sociale che devono portare il gruppo controllante a preservare le prerogative delle società controllate, dei loro soci e dei loro creditori, che, altrimenti - in caso di sommovimenti nella parte alta della filiera di controllo, e di intrusione di soggetti che non vogliono fornire informazioni sulla titolarità che li riguarda - verrebbero pregiudicati proprio da quei soggetti con cui, loro malgrado, si son trovati ad instaurare, siffatta relazione.



Si tratta, in buona sostanza, di applicare anche in questo contesto, ad un caso molto specifico, in aggiunta ai principi di trasparenza di cui alla citata legge, i principi (di buona fede) sottesi alla responsabilità gestoria di cui all'art. 2497 c.c., che sono evidentemente diretti alla produzione delle prerogative degli *stakeholders* delle società controllate; senza che possa avere alcun rilievo il fatto che in tal caso (nel caso cioè dell'art. 2497 c.c.) possono agire solo i soci ed i creditori, stante la diversità dell'azione di merito e particolarità della situazione di contrasto interno creatasi nel presente giudizio cautelare.

Per concludere sul punto concernente il *fumus boni iuris*, deve osservarsi che le parti reclamate, sino al periodo precedente l'instaurazione del giudizio, nulla avevano prodotto, trasmesso o comunicato con riguardo al "titolare effettivo"; e che solo l'instaurazione del giudizio cautelare, tramite la costituzione della Cypress, ha portato a documentare il controllo totale di Cypress da parte del gruppo Fortress, ed alla produzione di due comunicazioni di tale Mark Furstein, una nell'interesse di Fortress Value Recovery Fund I Ltd e l'altra nell'interesse di Fortress Value Recovery Fund I LLC; tale soggetto si è qualificato come *investment manager* di Fortress VRF Advisors I LLC, ed ha affermato che non ci sono persone fisiche che hanno il controllo di più del 25% del capitale sociale, dei profitti e del diritto di voto delle società e che la gestione del gruppo è in capo alla Fortress VRF Advisors I LLC, del Delaware (diritto statunitense), posseduta da FIG LLC, controllata a sua volta da Fortress Investment Group LLC, collocata alla borsa di New York.

Sotto il profilo della sufficienza o meno della documentazione e delle informazioni fornite, ed in generale sul contegno (che appare essere sospetto) del gruppo Fortress in relazione a quella che, alla fin fine, è risultata essere una mera richiesta di informazioni, il Tribunale rileva:

- che prima dell'instaurazione del giudizio cautelare non era stata fornita alcuna informazione neanche in relazione a Cypress;
- che solo in epoca successiva alla notifica del ricorso introduttivo relativo al presente procedimento cautelare con annesso il relativo ordine provvisorio sono stati forniti alcuni dati, peraltro palesemente insufficienti;
- che in effetti, oltre alla visura di Cypress, ci è limitati a due dichiarazioni di esclusione della esistenza di un titolare effettivo persona fisica, ed a generiche indicazioni sul potere gestorio, senza altri approfondimenti e supporti documentali;
- che Unicredit, con comunicazione già del dicembre 2012, aveva già posto in evidenza che, "una volta individuato a vostra cura e sotto la responsabilità del legale rappresentante/sottoscrittore il *beneficial owner* è necessario allegare *chart della catena di controllo e documenti identificativi dello stesso in quanto deve essere censito nei nostri archivi come previsto dalla legge*" (v. doc. 30);

- che Unicredit con lettera del 15 maggio 2013 (v. doc. 10 parte intervenuta) ha precisato di ritenere ancora incompleta l'informativa fornita e pertanto non ottemperati gli obblighi di cui all'art. 18 del Decreto, richiamando i contenuti della lettera del 16 gennaio 2013 (doc. 8 parte reclamante, v. *infra*).

Orbene, tale valutazione della banca risulta essere perfettamente condivisibile, alla luce del comportamento complessivo del gruppo Fortress e dell'approssimazione delle informazioni sinora fornite, che non consentono di avere alcuna certezza sugli effettivi centri di proprietà e di gestione del gruppo Fortress, i quali possono invece essere ricavati mediante gli adempimenti richiesti da Unicredit (doc. 30 citato) e quelli indicati nella missiva (di cui al doc. 24) prodotta dalle parti reclamanti.

Segue. Il *periculum in mora*.

Se l'accertamento del *fumus boni iuris* - connotato dalla provvisoria di tale valutazione, destinata a cedere di fronte a quella definitiva - può essere operato sulla base di un vaglio del materiale probatorio che può assimilarsi ad una cognizione con vaglio superficiale in ordine all'esistenza del diritto, l'accertamento del *periculum in mora* - dovendo essere condotto su circostanze concrete ed obiettive, e per di più rilevanti ai soli fini della misura cautelare - postula un grado di convincimento maggiore, in termini di tendenziale certezza in ordine alla sussistenza del presupposto del *periculum* nella fattispecie concreta. Vi deve essere cioè la prova liquida del pregiudizio, ovvero del potenziale pregiudizio, unitamente agli ulteriori e correlati elementi dell'imminenza e dell'irreparabilità.

Il collegio stima sussistere anche tale requisito.

Già in data 16 gennaio 2013 Unicredit, con lettera rivolta a BSF Sarl, dopo aver fatto riferimento alle richieste di informazioni del 2 gennaio e del 14 gennaio 2013 (2) faceva presente che non era giunta alcuna informazione e che pertanto, ai sensi ed in applicazione dell'art. 23 del Decreto, da quella data doveva considerarsi cessata l'operatività bancaria di BSF Sarl con Unicredit; inoltre, "a meno che non giungano le informazioni richieste entro giorni 5 lavorativi dal ricevimento della presente lettera, Unicredit bloccherà tutte le operazioni bancarie delle altre società appartenenti al gruppo".

Continuava la lettera facendo espressa riserva di azionare i diritti ed i rimedi giudiziari a disposizione o che si sarebbero resi disponibili nel futuro in relazione al contratto disciplinante i rapporti bancari (*facility agreement*) del 29 dicembre 2010, con particolare riferimento al rapporto bancario che vedeva Unicredit quale intermediario, Banca Popolare di Milano Scarl quale mutuante (di una somma dell'ordine di euro 35.000.000,00, come vedrà più avanti) e BSF quale mutuatario, riservandosi in ogni caso il diritto di risolvere (*termination*) il contratto con BSF e ogni altro contratto con le altre società del gruppo e di fornire

(2) Con cui Unicredit aveva richiesto informazioni sul *ultimate beneficial owner* necessarie in base alla legge e aveva in-

formato BSF che, in assenza di informazioni, Unicredit avrebbe bloccato ogni operazione bancaria

segnalazione comunicare all'UIF presso la Banca d'Italia di eventuali operazioni sospette.

Il collegio stima che tale missiva di Unicredit è molto esplicita non solo in relazione alla misura adottata (blocco operatività bancaria di BSF Sarl) ma a quelle preannunciate (blocco operatività bancaria delle altre società, per intanto, e, a seguire, la risoluzione o l'estinzione anticipata di tutti i contratti bancari di concessione di finanziamenti) che sono tali da comportare, all'evidenza, l'obbligo di restituzione pressoché immediata di somme notevoli, come si vedrà di cui a poco. Le misure preannunciate, ed in sostanza minacciate da Unicredit per il caso di impossibilità di adeguata individuazione e verifica del "titolare effettivo" sono peraltro del tutto in linea con la previsione legislativa, che impone di porre termine al "rapporto continuativo" in essere.

Va rimarcato, a questo punto, che il gruppo BS ha una notevole esposizione finanziaria con Unicredit:

- dal doc. 54 emerge una esposizione debitoria globale di Beta Skye Spa con Unicredit Factoring dell'ordine di 81.000.000,00 di euro;

- dal doc. 61 emerge una esposizione debitoria per finanziamento di BSF Sarl con Unicredit e Banca Popolare di Milano Scarl dell'ordine di 35.000.000.00 di euro.

Il dato della rilevanza in sé di tali somme va coordinato col fatto che:

- dall'esame dei saldi dei conti correnti in essere con Unicredit (v. doc. 54, 55, 58 e 61) non emergono positività in grado di tamponare la situazione in caso di immediato rientro,

- dal sommario esame dell'ultimo bilancio di BSF sarl (doc. 86) emerge che il giro d'affari complessivo della società non è tale da poter sopportare in modo indolore il rientro immediato di una somma dell'ordine di 35.000.000.00, né risultano particolari accantonamenti (3).

Tramite la lettera del 15 maggio 2013 Unicredit ha richiamato il contenuto della lettera del 16 gennaio 2013, e quindi tutte le avvertenze sugli *step* successivi in caso di persistenza dell'inadempimento, ed ha precisato che ognuna delle iniziative restava e resta in sospeso in attesa dell'esito del presente reclamo, e ciò testimonia l'attualità del pericolo, che è solo temporaneamente sterilizzato sulla base della presente procedura.

Il pericolo paventato concerne un danno grave ed irreparabile, perché il rientro immediato di tutti i finanziamenti (4) è evento tale da porre in crisi, secondo *l'id quod plerumque accidit*, qualunque impresa commerciale, e comunque è tale, secondo gli elementi del caso con-

creto a disposizione, da poter far entrare verosimilmente in gravissima crisi di liquidità (con rischi non immaginari di *default*) la BSF Sarl e, a maggior ragione, la Beta Skye Spa, e per conseguenza tutte le società del gruppo.

Gli esiti.

Per tutto quanto precede va accolto il reclamo e per l'effetto, in riforma del punto n. 1 del provvedimento cautelare emesso in data 26 aprile 2013 depositato il 29 aprile 2013 dal giudice del Tribunale di Milano nel proc. 4145/2013, va ordinato alle società resistenti Cypress Way European Asset Investors II Sarl, Fortress Value Recovery Fund I Ltd, Fortress Value Recovery Fund I LLC, Fortress Value Recovery Fund TE I LLC, Coral Limited, Coast DBZ Strategy Investments Ltd, nonché ai signori Douglas Thomas e Doug Cardoni di fornire immediatamente e comunque non oltre il termine di giorni 40 dalla notifica del presente provvedimento informazioni circa il titolare e beneficiario effettivo, o i titolari e/o beneficiari effettivi, ed in via ultimativa, di Cypress Way European Asset Investors II Sarl, di Fortress Value Recovery Fund I Ltd e di Fortress Value Recovery Fund I LLC e di fornire al riguardo adeguata documentazione, come indicata nei documenti n. 24 e 30 della produzione delle parti reclamanti.

La difesa delle parti reclamanti ha richiesto l'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c., vale a dire la fissazione del pagamento di somme di denaro in relazione al ritardo e/o alla mancata attuazione dell'obbligo di *facere* imposto con il presente provvedimento.

Il Tribunale rileva che in relazione al procedimento cautelare viene in considerazione la norma di cui all'art. 669 *duodecies* c.p.c., concernente l'attuazione del provvedimento cautelare, che, con riguardo agli obblighi di fare e non fare prevede che l'attuazione avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento, il quale ne determina le modalità di attuazione, e ove sorgano difficoltà e contestazioni, dà con ordinanza nel contraddittorio (sentite le parti) i provvedimenti opportuni.

Orbene, per quanto le società ed i soggetti resistenti non hanno sinora adempiuto ai loro doveri informativi, il collegio stima che l'adempimento avverrà a seguito della presente decisione, che conclude la fase cautelare, e pertanto rinvia all'eventuale fase di attuazione ai sensi dell'art. 669 *duodecies* c.p.c. l'adozione con ordinanza di misure coercitive di ordine pecuniario, ove nel termine previsto non si sia provveduto ad adempiere nei termini come sopra indicati.

...*Omissis*...

(3) Non a caso, e correttamente, nella parte finale del bilancio i redattori hanno segnalato, a beneficio dei creditori e dei soci, l'impatto negativo che potrebbe avere sulla società la chiusura dei rapporti con Unicredit dovuta all'impossibilità di fornire le informazioni richieste ed imposte dal Decreto antiricic-

claggio.

(4) Tale pericolo di danno, detto per inciso, è paragonabile a quello che potrebbe derivare, ad esempio, da una illegittima appostazione presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia di debiti a sofferenza.



IL COMMENTO

di Giancarlo Capolino-Perlingieri e Silvio Cavallo (*)

Nella pronuncia in commento, il Tribunale di Milano "dilata" gli obblighi informativi del cliente a beneficio di alcuni soggetti identificati dalla normativa antiriciclaggio fino a coinvolgere anche il titolare effettivo, che il Tribunale di Milano ritiene destinatario, almeno in via indiretta, degli obblighi informativi del cliente prevedendo, così, pur in assenza di una specifica disposizione normativa, un diritto del cliente di ottenere dal titolare effettivo le informazioni necessarie ai fini dell'adempimento del proprio "facere informativo". Tale diritto informativo e speculare obbligo dei soggetti all'apice della catena partecipativa derivano da una lettura coerente del sistema del D.Lgs. n. 231/2007 in materia di antiriciclaggio nonché dagli obblighi di correttezza e buona fede, specificamente sottesi alla responsabilità da direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. Il commento presenta taluni spunti per verificare la coerenza del provvedimento con i criteri tradizionali di ermeneutica, gli insegnamenti in materia di buona fede, la teoria del "contatto sociale" e la disciplina della responsabilità gestoria nei gruppi di società ed offre un tentativo di lettura della pronuncia, collocandola nel contesto delle finalità della normativa antiriciclaggio, anche alla luce delle istanze transnazionali di innalzamento dei presidi e delle tutele.

Sintesi delle pertinenti disposizioni del D.Lgs. n. 231/2007 in materia di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo

Il D.Lgs. n. 231/2007 in materia di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo ("Decreto Antiriciclaggio") (1) fa obbligo, tra gli altri, ad alcuni intermediari esercenti attività finanziarie (2) di verificare adeguatamente i propri clienti (3) in relazione ai rapporti ed alle operazioni inerenti allo svolgimento delle attività istituzionali o professionali degli stessi (4).

Detto obbligo consiste, tra l'altro, nell'identificazione del titolare effettivo del cliente e, cioè, nel caso di entità giuridica, della persona o delle persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano tale entità ovvero ne risultino beneficiari (5).

All'obbligo di verifica dell'intermediario, è connesso quello dei clienti di fornire, «sotto la propria responsabilità», tutte le informazioni necessa-

rie ed aggiornate per consentire agli intermediari stessi di effettuare l'adeguata verifica della clientela (6).

Nell'ipotesi in cui non sia in condizione di ottemperare a tali obblighi di adeguata verifica (7), ivi compresa l'identificazione del titolare effettivo, l'intermediario ha l'obbligo di astenersi dall'instaurare, ovvero interrompere, il rapporto con il cliente (8).

La vicenda

L'ordinanza che si commenta, in accoglimento del reclamo avverso la revoca del provvedimento emesso dal primo giudice (contenente l'ordine di esibizione di documenti), conclude il procedimento instaurato, in sede cautelare, da talune società di capitali – tenute ad adempiere alle prescrizioni di cui all'art. 21, Decreto Antiriciclaggio, in quanto clienti di intermediari – nei confronti di entità al vertice del gruppo di appartenenza.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Per esigenza di trasparenza, si segnala che lo Studio Legale Capolino-Perlingieri & Leone ha svolto in passato, nei confronti di una delle parti, attività di consulenza in materia societaria e regolamentare, non riconducibile tuttavia alle materie oggetto del presente contributo.

(1) D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 - Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione.

(2) Di seguito, si utilizzerà il termine "intermediari" per indicare i soggetti esercenti attività finanziaria di cui all'art. 11, Decreto Antiriciclaggio, nella consapevolezza che tali soggetti non esauriscono il novero dei destinatari identificati agli artt. 10-14, Decreto Antiriciclaggio.

(3) La definizione di "cliente" è contenuta all'art. 1, comma 2, lett. (e), Decreto Antiriciclaggio.

(4) Per una completa definizione dei casi in cui gli intermediari devono adempiere l'obbligo di adeguata verifica e delle modalità di tale verifica, facciamo rinvio alle disposizioni del Decreto Antiriciclaggio ed alla normativa di secondo livello emanata dalle autorità di vigilanza del settore ai sensi dell'art. 7 del medesimo.

(5) Art. 1, comma 2, lett. (u), Decreto Antiriciclaggio.

(6) Art. 21, Decreto Antiriciclaggio.

(7) Per effetto delle disposizioni contenute nel Titolo I, Capo II, Decreto Antiriciclaggio, gli obblighi d'identificazione della clientela devono essere assolti tanto nella fase genetica del rapporto continuativo ovvero dell'operazione, quanto in constanza degli stessi.

(8) Art. 23, Decreto Antiriciclaggio.



In estrema sintesi – e sorvolando sulle questioni che, per quanto rilevanti, non appaiono determinanti ai fini dell'analisi che si intende compiere in questo breve contributo – le ricorrenti chiedevano al Tribunale di Milano di ordinare la produzione di quanto necessario ai fini dell'identificazione del titolare effettivo delle resistenti, deducendo di non poter acquisire in altro modo tali informazioni poiché i soggetti in questione risultavano residenti in Paesi che assicurano l'anonimato delle partecipazioni societarie o, comunque, sono sprovvisti di registri consultabili dal pubblico.

Allegavano di essere obbligate, ai sensi del Decreto Antiriciclaggio, ad un *facere* informativo e di essere, dunque, legittimate – non essendo in possesso delle informazioni necessarie per l'adempimento della propria obbligazione e non potendo ricavarle *aliunde* – a pretenderne (ed ottenerne) la produzione da parte di tali entità.

Le resistenti, invece, eccepivano l'insussistenza in capo alle ricorrenti di qualsivoglia comportamento doveroso ai sensi del Decreto Antiriciclaggio ed obiettavano, comunque, l'alterità rispetto alle resistenti di qualsivoglia obbligazione informativa.

Il Tribunale, in accoglimento del ricorso cautelare, ordinava a queste ultime di produrre quanto necessario ai fini dell'identificazione del titolare effettivo, tenuto, esso stesso, ad un *facere* informativo per motivi di coerenza interpretativa della normativa in materia di prevenzione del riciclaggio, oltre che di rispetto dei principi di buona fede.

Il *facere* informativo del cliente quale "obbligazione dilatata" nella costruzione del Tribunale di Milano

Il Collegio parte dal presupposto che il *facere* a cui è tenuto il cliente nei confronti dell'intermediario sia un «chiaro ed esplicito obbligo» del cliente.

Ne costituisce riprova il dato letterale della rubrica («*Obblighi del cliente*») ed il tenore prescritti-

vo dell'art. 21, Decreto Antiriciclaggio nonché le relative sanzioni in caso d'inadempimento (9).

Corroborano il postulato anche l'orientamento dottrinale (10) e le (sia pur rare) pronunce della giurisprudenza, secondo la quale «l'art. 21 [Decreto Antiriciclaggio] prevede obblighi per il cliente che si sostanziano nel fornire ai destinatari di cui all'art. 10 le informazioni necessarie per consentire a questi ultimi di adempiere ai loro obblighi di adeguata verifica della clientela» (11).

Per completezza, nel senso dell'obbligatorietà, si è espresso anche l'Arbitro Bancario Finanziario, il quale, in una recente pronuncia (12), ha definito di «cristallina evidenza» che la normativa antiriciclaggio imponga «obblighi inderogabili e cogenti [...] in capo ai [...] clienti, obbligando questi ultimi ad una condotta informativa attiva». E, non ultima, la Banca d'Italia; allo specifico quesito «[è] possibile aprire un rapporto continuativo ad una persona giuridica qualora il relativo rappresentante legale (o delegato a operare) dichiari di non conoscere l'identità del titolare effettivo né sia in grado di produrre la documentazione idonea a individuarlo?», l'autorità di vigilanza ha risposto che «[il] soggetto che svolge la funzione di rappresentante legale di una persona giuridica ha il dovere di dichiarare il titolare effettivo del rapporto» (13).

Da tale assunto (che non appare contestabile), secondo il Tribunale di Milano, non può non derivare che il comportamento informativo costituisca un obbligo anche in capo al titolare effettivo.

Pur consapevole della mancanza di ausili testuali, il Collegio, in sostanza, «dilata» l'obbligo informativo del cliente fino a coinvolgere anche il titolare effettivo, concludendo che «nel momento in cui la legge si rivolge al cliente, e nel momento in cui il cliente ha un titolare effettivo [...], questo titolare effettivo può essere ritenuto destinatario almeno in via indiretta degli obblighi di cui all'art. 21 del Decreto [Antiriciclaggio]».

Analizziamo, quindi, le motivazioni dell'ordinanza.

(9) Ci si riferisce, in particolare, alle sanzioni dettate all'art. 55, Decreto Antiriciclaggio.

(10) In particolare, si veda M. Carbone, in S. Capolupo, M. Carbone, S.M. Battaglia, G. Sturzo *Antiriciclaggio. Obblighi per professionisti, intermediari e altri soggetti*, Milano, 2012, 259, il quale afferma che «a fronte degli adempimenti gravanti su [gli intermediari], la disciplina antiriciclaggio pone un vero e proprio obbligo informativo in capo al cliente», nonché M. Krogh, in C. Licini, M. Krogh, *La nuova disciplina dell'antiriciclaggio*, Milano, 2009, 139, che sottolinea come «[i] clienti non potranno sottrarsi a quest'onere di informazione, essendo obbligati, ai sensi dell'art. 21 del decreto a fornire, sotto la propria re-

sponsabilità, tutte le informazioni necessarie e aggiornate per consentire ai soggetti destinatari di adempiere agli obblighi di adeguata verifica della clientela».

(11) Trib. Milano 12 marzo 2009, in *Foro Ambrosiano*, 2009, 108.

(12) Arbitro Bancario Finanziario - Collegio di Milano, decisione 29 novembre 2013, n. 6127.

(13) La posizione della Banca d'Italia è tratta dall'elenco di risposte fornite dall'autorità di vigilanza alle domande frequenti in materia di normativa antiriciclaggio e disponibili all'indirizzo <http://www.bancaditalia.it/vigilanza/anti/antiriciclaggio/faq>.



Esigenze di coerenza della normativa in materia di prevenzione del riciclaggio

Il Tribunale di Milano rileva, innanzitutto, come all'obbligo di legge a carico del cliente di fornire agli intermediari tutte le informazioni necessarie alla verifica della clientela non corrisponda il relativo, simmetrico, diritto di ottenere tali informazioni dal titolare effettivo: «la legge, nel disciplinare la catena di obblighi ed adempimenti finalizzati a far emergere il "titolare effettivo", non contempla espressamente il diritto del cliente di ottenere dalle società controllanti quelle informazioni che egli, sotto la propria responsabilità, deve fornire [...]».

Nel silenzio della legge, il Giudice ricava «un tale diritto del cliente, e correlato obbligo dei controllanti» dallo stesso Decreto Antiriciclaggio, il quale sarebbe posto a presidio della trasparenza degli operatori che, a vario titolo, vengono coinvolti in operazioni finanziarie, ovvero dalla lettura "coerente" del contenuto prescrittivo di tale Decreto: «[...] se il sistema prevede i poteri (penetranti) dell'intermediario e gli obblighi del cliente di fornire sotto la propria responsabilità adeguate informazioni sul proprio titolare effettivo e sul titolare effettivo ultimo – il sistema medesimo deve trovare una propria coerenza [...], e la coerenza si raggiunge solo tramite l'obbligo in capo al socio titolare del gruppo di società clienti di indicare [...] i dati necessari sulla propria catena di proprietà». Ed ancora, secondo il Collegio, il Decreto Antiriciclaggio «struttura la nascita di diritti, oneri, poteri in capo agli intermediari ed ai loro clienti, che, per avere una loro coerenza, devono incombere anche sui soggetti che hanno deciso di acquistare una titolarità di poteri sul gruppo cliente».

In tal modo, il Tribunale di Milano fornisce la propria interpretazione della reale portata dell'art. 21, Decreto Antiriciclaggio, alla luce della finalità

di trasparenza che la norma in questione persegue – o meglio, secondo l'elaborazione dottrinale – tenuto conto del fine del Decreto Antiriciclaggio di tessere «una fitta rete allo scopo di individuare il "titolare effettivo" dell'operazione economica» individuando «per ogni destinatario [...] una procedura lineare in modo da far emergere il soggetto mittente e destinatario del flusso finanziario» (14).

Questa interpretazione garantisce, in tal modo, l'integrità della catena informativa, anche nell'ipotesi in cui il cliente non dovesse ricevere dalla controllante le informazioni necessarie ad identificare il titolare effettivo o ricevesse informazioni che consideri inadeguate o insufficienti e, quindi, realizza l'effetto utile nonché le finalità della normativa in materia di prevenzione del riciclaggio, in particolare quella di garantire la trasparenza nelle operazioni finanziarie.

Il tutto, in particolare nel caso di gruppi di società con controllante residente in Paesi che assicurino l'anonimato delle partecipazioni societarie o, comunque, siano sprovvisti di registri consultabili dal pubblico (15).

Senza pretendere, con queste brevi considerazioni, di effettuare una disamina articolata delle posizioni espresse in dottrina e giurisprudenza in relazione ai canoni ermeneutici di cui all'articolo 12 delle preleggi (16), si ritiene, tuttavia, per completezza espositiva, di vagliare quanto statuito nell'ordinanza in commento alla luce, almeno, di quelli che paiono i due principali orientamenti interpretativi in materia: il primo, considera subalterna l'indagine finalistica nella gerarchia dei criteri ermeneutici indicati all'articolo 12 delle preleggi e vi ricorre, in via eccezionale, solo nel caso in cui «l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo» (17); il secondo, quando «è in gioco» la tutela della coerenza del sistema normativo (18),

(14) E. Fiscaro, Antiriciclaggio e terza direttiva UE, Milano, 2008, 60.

(15) Del resto, ai sensi del Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di adeguata verifica della clientela, ai sensi dell'art. 7, comma 2, D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231, adottato dalla Banca d'Italia in data 3 aprile 2013, i «particolari elementi di [...] opacità che possano impedire o ostacolare l'individuazione del titolare effettivo» sono uno dei fattori che l'intermediario deve considerare ai fini della valutazione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo ai sensi dell'art. 20, Decreto Antiriciclaggio.

(16) In particolare, in virtù del comma 1, art. 12 delle preleggi: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

(17) Cass. 13 aprile 1996, n. 3495; nel medesimo senso, si esprime Cass. 6 agosto 1984, n. 4631.

(18) «L'art. 12 delle preleggi, laddove stabilisce che nell'applicare la legge non si può attribuire alla stessa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore, non privilegia il criterio interpretativo letterale poiché evidenzia, con il riferimento "all'intenzione del legislatore" un essenziale riferimento alla coerenza della norma e del sistema; di conseguenza il dualismo, presente nell'art. 12, tra lettera "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse" e spirito o "ratio" "intenzione del legislatore", va risolto con la svalutazione del primo criterio, rilevandosi inadeguata la stessa idea di interpretazione puramente letterale», così Cons. Stato 7 ottobre 2013, n. 4920. Nel medesimo senso si esprime Cons. Stato 13 dicembre 2012, n. 6392.

persegue, sempre e comunque, la ricerca del concreto e complessivo intento del Legislatore.

Se si tiene conto del primo criterio, appare difficile sostenere l'incompatibilità dell'art. 21, Decreto Antiriciclaggio con il sistema normativo basandosi sul mero «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», in base al quale l'obbligo informativo sembra, effettivamente, sussistere unicamente in capo al cliente, senza alcuna possibilità di «espansione letterale» dello stesso in capo al titolare effettivo. A tale conclusione si giunge anche considerando che, grazie al disposto del successivo art. 23, Decreto Antiriciclaggio, viene garantita la tutela del corretto svolgimento delle operazioni finanziarie normativamente disciplinate: infatti, se non «vede chiaro» nella catena partecipativa, l'intermediario si astiene e, dunque, non intraprende nuovi rapporti o interrompe i rapporti in essere con un cliente.

Tuttavia, ad una diversa conclusione si potrebbe pervenire compiendo lo sforzo ermeneutico di verificare se tale letterale (restrittiva) interpretazione consenta al sistema normativo di superare il test della «coerenza»; partendo dal dato oggettivo che il legislatore non ha inteso scoraggiare le operazioni finanziarie, si deve concludere che l'astensione dell'intermediario, nei casi di opacità sull'identità del titolare effettivo, si debba considerare un rimedio eccezionale.

Ed infatti – dal momento che, di regola, il cliente/titolare effettivo (da un lato) e l'intermediario (dall'altro) sono accomunati dall'interesse a concludere l'operazione finanziaria – il sistema normativo è fondamentalmente strutturato per consentire il legittimo raggiungimento del comune obiettivo.

Naturalmente, seppure interessati all'operazione finanziaria, non saranno né il titolare effettivo né l'intermediario ad esserne i promotori; di regola, è il cliente a prendere l'iniziativa e, di conseguenza,

è il cliente che si attiva per far pervenire all'intermediario le necessarie informazioni inerenti al titolare effettivo. Costituisce, quindi, un'ipotesi residuale che agli obblighi informativi adempia direttamente il titolare effettivo «cui verosimilmente [l'intermediario] potrebbe anche rivolgersi direttamente ai sensi della formula di chiusura del citato art. 19 lett. b)» (19).

Non a caso, il Tribunale di Milano pone a carico del cliente «l'onere di effettuare a sua volta verifiche sulle informazioni fornite, prima di trasmetterle all'intermediario», non potendo «limitarsi a fornire generiche informazioni provenienti [...] dalle società controllanti» ed esclude che il cliente possa adottare un comportamento passivo, «demandando al solo intermediario l'onere della loro valutazione e restando in attesa di ulteriori input e richieste». Il cliente deve valutare le informazioni ricevute con senso critico, essendo autorizzato a «prendere le distanze dalle notizie fornite dal controllante», nella misura in cui «di quelle informazioni deve assumersi (in proprio) la responsabilità».

È allora coerente con il sistema normativo un'interpretazione estensiva dell'art. 21, Decreto Antiriciclaggio che, riconoscendo al cliente il ruolo centrale nella promozione dell'operazione finanziaria – glielo attribuisca anche nella fase di gestione (ed acquisizione) dei flussi informativi strumentali all'operazione stessa. In quest'ottica, a nostro avviso, può essere ricondotto lo sforzo ermeneutico del Tribunale di Milano di riconoscere il diritto/dovere del cliente di richiedere, ottenere e verificare le informazioni attinenti al titolare effettivo, in considerazione degli speculari interessi/obblighi che caratterizzano le rispettive posizioni.

Del resto, che l'esigenza di trasparenza (in particolare quando si tratta di obblighi informativi a carico di entità all'apice di un gruppo societario) sia una finalità generalmente perseguita dal sistema

Più in generale, ci sembra che le decisioni sopra richiamate si inseriscano nel solco tracciato da quanti ritengono necessario il superamento di una concezione «meramente semantica o linguistica dell'interpretazione, come se quest'ultima consistesse unicamente nell'analisi del linguaggio, puramente formale, del legislatore» e del dogma del senso come qualità immanente della parola, poiché «la parola è un segno che, al di là di se stesso, rimanda a qualcos'altro che a sua volta possiede un carattere essenzialmente extralinguistico. Il "senso" [...] è [relazione della parola] a una cosa». E dunque, «[s]e si tengono presenti la conformazione dell'ordinamento giuridico vigente e la centralità dei principi etici e giuridici della Costituzione [...], se ne deve concludere che, [...] i canoni legali di interpretazione di cui all'art. 12 del codice civile italiano [rectius preleggi] possono ritenersi agevolmente superati e che occorre ispirarsi a canoni diversi, capaci di tener conto della collocazione della norma nell'intero sistema ordinamentale (interpretazione

sistemica) e, soprattutto, dell'applicazione dei principi etici e giuridici della Costituzione (interpretazione assiologica)» (così, P. Maddalena, "I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale", nella relazione tenuta alla XV conferenza delle Corti Costituzionali Europee dal titolo "La giustizia costituzionale: funzioni e rapporti con le altre pubbliche autorità", svoltasi a Bucarest, 23-25 maggio 2011. Il documento è disponibile sul sito della Corte Costituzionale all'indirizzo: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Bucarest_2011.pdf).

(19) In virtù del quale, «[...] [p]er identificare e verificare l'identità del titolare effettivo i soggetti destinatari di tale obbligo possono decidere di fare ricorso a pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque contenenti informazioni sui titolari effettivi, chiedere ai propri clienti i dati pertinenti ovvero ottenere le informazioni in altro modo».



normativo, emerge anche dall'attività interpretativa trasversale della magistratura. In una pronuncia del TAR Molise in materia di requisiti e obblighi dichiarativi per i partecipanti a procedure di affidamento delle concessioni e appalti di lavori con la pubblica amministrazione, il giudice amministrativo ha esteso al socio di maggioranza "indiretto" o "derivato" del partecipante alla gara alcuni degli obblighi dichiarativi che la formulazione letterale della norma pone unicamente a carico di quello di maggioranza "diretto", stante la dedotta esigenza di una valutazione d'idoneità in relazione a tutti coloro i quali hanno «un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società» (20).

Gli obblighi generali di buona fede e la responsabilità della capogruppo ex art. 2497 c.c.

Il Tribunale di Milano, di fatto, "dilata" l'obbligo informativo del cliente fino a coinvolgere anche il titolare effettivo, basandosi anche sui principi di buona fede (oltre che – come abbiamo visto – sui principi di trasparenza di cui al Decreto Antiriciclaggio).

Le resistenti – secondo il Giudice – «ad un certo punto hanno preso la decisione di acquisire quote di controllo (finalizzate al ricevimento dei relativi flussi finanziari) di un altro gruppo societario [...]», instaurando «una relazione contrattuale, derivante dall'acquisizione di quote, ed in ogni caso un con-

tatto sociale rilevante sotto un profilo di reciproci rapporti», ed essendo tenute al rispetto dei canoni di correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375, c.c. ed a quelli specifici «sottesi alla responsabilità gestoria di cui all'art. 2497 c.c.», ne è derivato l'obbligo della capogruppo di «preservare le prerogative delle società controllate».

Senza volerci dilungare sulla teoria del "contatto sociale" – che sembra assorbente rispetto ad una più difficilmente dimostrabile «relazione contrattuale» fra controllante e controllata, soprattutto, nello specifico caso di lunghe catene di partecipazioni – il contatto genera un dovere di protezione, trovando la propria fonte nelle clausole generali di correttezza e di buona fede e nei «[...] principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale [cristallizzati nell'art. 2497 c.c. che] non sono altro che la concretizzazione della diligenza applicata all'esercizio di un'attività professionale nell'adempimento dell'obbligazione [...]» (21).

L'art. 2497 c.c. rappresenta infatti una clausola generale (22) che mira al «controllo sull'oggettiva contrarietà a buona fede dell'attività di direzione e coordinamento» (23), posto che «l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento non deve tradursi in misure arbitrarie o vessatorie, prive di sostanziale giustificazione [...] e in ogni caso non può pregiudicare in maniera notevole e permanente l'integrità patrimoniale e la capacità lucrativa delle società controllate» (24).

I comportamenti imposti dagli obblighi di protezione – sia pure qualificati, nel caso di specie, dal-

(20) T.A.R. Molise 11 aprile 2014, n. 244.

(21) C. Castronovo, *La Nuova responsabilità Civile*, Milano, 2006, 156.

(22) Riconoscono ai "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" carattere di clausola generale, tra gli altri, U. Tombari, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese in Giur. comm.*, 2004, 61 ss.; A. Negri Clementi, F. Federici, *La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, in questa *Rivista*, 2013, 590 ss.; H. Simonetti, *sub art. 2497 c.c.*, in G. Bonfante, D. Corapi, G. Marziale, R. Rordorf e V. Salafia (a cura di), *Codice commentato delle società*, Milano, 2007, 1387 ss.; A. Maffei Alberti, *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2011, 1389; M.T. Brodasca, *sub art. 2497 c.c.*, in G. Fauceglia, G. Schiano di Pepe, *Codice commentato delle S.p.A.* Milano, 2007, 1606, che, in particolare, afferma che «[l]'individuazione dei principi di corretta gestione è lasciata, come avverte la stessa Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 6/2003, alla dottrina ed alla giurisprudenza, alle quali il legislatore ha affidato espressamente il compito di individuare i contenuti di tale clausola generale». Del medesimo avviso, anche in chiave critica, sottolineando come la vaghezza della disposizione si presti a potenziali incertezze applicative, A. Valzer, in P. Abbadessa e G.B. Portale (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, Torino, 2006, 3, 836; V. Cariello, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, 1232; R.

Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, 664, nonché, evidenziando come la difficoltà di individuare un criterio di valutazione della corretta gestione imprenditoriale rischi di assottigliare il discrimine tra norma giuridica e *business judgment rule*, R. Rordorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in questa *Rivista*, 2004, 542 ss.

(23) A. Maffei Alberti, *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2011, 1389. Condivide l'opinione per cui la valutazione del comportamento tenuto dalla *holding* alla stregua dei "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" investa un'indagine sulla contrarietà ai principi generali di correttezza e buona fede Trib. Palermo 15 giugno 2011, che afferma «la responsabilità per violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'attività di direzione e coordinamento di società [...] deriva dal mancato rispetto dei canoni generali di correttezza e buona fede imprenditoriali».

(24) A. Maffei Alberti, *op. cit.*, 1389. Sostanzialmente nel medesimo senso anche G. Sbisà, *Direzione e coordinamento di società*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2012, 51 ss., il quale afferma che «il legislatore impone alla capogruppo di esercitare il suo potere di indirizzo in modo tale che ogni società dipendente possa svolgere la sua attività, sia pure con modalità diverse da quelle della società indipendente, perseguendo l'obiettivo di creare valore e generare profitto».

l'osservanza dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria – sono, dunque, fonte di autonoma responsabilità che «trae origine dalla «lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società» controllata, la quale di questo essendo titolare, risulta prima danneggiata» (25). Nella specie, si tratta di responsabilità contrattuale, coerentemente al dettato della Suprema Corte, secondo cui «[...] la qualificazione "contrattuale" non vale a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale di detta espressione potrebbe altrimenti suggerire, ma [...] essa può discendere anche dalla violazione di obblighi nascenti da situazioni (anche non di contratto, bensì) di semplice contatto sociale, ogni qual volta l'ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento [...]» (26).

Anche se, a ben vedere, persiste qualche perplessità sulle determinazioni del Giudice in ordine al riconoscimento della legittimazione attiva; il

Collegio ne individua, infatti, la sussistenza in capo alle ricorrenti/reclamanti anche in base al disposto dello stesso art. 2497 c.c., senza che «possa avere alcun rilievo il fatto che in tal caso (nel caso cioè dell'art. 2497 c.c.) possono agire solo i soci ed i creditori». Dalla concisa motivazione del Giudice sulla «diversità dell'azione di merito e particolarità di contrasto creatasi nel presente giudizio cautelare» emerge così l'adesione dello stesso ad un orientamento che, per quanto oramai consolidato (27), non è certo unanime, esistendo altresì un orientamento di non marginale importanza che - di fronte alla formulazione letterale del dettato dell'art. 2497 c.c. (a tutela dei soli soci e dei creditori della società controllata) - resta fedele al brocardo *ubi lex voluit, dixit* e nega qualsivoglia legittimazione ad agire in capo alla società controllata (28) (così come - per completezza - esiste un ulteriore, autorevole, orientamento che riconosce la legittimazione della controllata ad agire nei confronti della

(25) C. Castronovo, *op. cit.*, 156.

(26) Cass. 12 agosto 2012, n. 14400, in questa *Rivista*, 2012, 1091 ss., con nota di commento di A. Palmieri e R. Parolesi.

(27) In giurisprudenza, ritiene che spetti alla società controllata legittimazione attiva all'azione *ex art.* 2497 c.c., Trib. Palermo, *cit.*, nonché Trib. Milano 20 dicembre 2013, in questa *Rivista*, 2014, 560 ss., con note di M. Rossi e di G. Guizzi e I. Pagni. In merito a tale ultima sentenza, in estrema sintesi, il giudice milanese utilizza argomenti compositi per giungere alla propria conclusione, tra cui (a) un argomento storico-teleologico, fondato sulla formulazione dell'art. 90 del D.Lgs. n. 270/1990 in materia di amministrazione straordinaria (che esplicitava la legittimazione attiva della controllata nei confronti della *holding* per esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento), nonché sull'indagine della *ratio* dell'art. 2497 c.c., che il giudice individua ne "la funzione di ampliare l'area di responsabilità dell'ente dirigente anche verso soggetti e rispetto a posizioni giuridiche che prima non potevano attingerla perché irrilevanti", ferma restando la "legittimazione attiva di soggetti - *in primis* la società controllata - cui quella legittimazione era in precedenza pacificamente riconosciuta"; (b) un argomento sistematico, che "risiede nella pacifica perdurante vigenza di quelle norme generali (artt. 1218, 1223 c.c., 2032 c.c.) in forza delle quali, prima della riforma [la legittimazione attiva della società controllata] era riconosciuta"; (c) un argomento testuale, che individua nel secondo capoverso dell'art. 2497 c.c., che disciplina l'ipotesi di risarcimento diretto dei soci e dei creditori da parte della società eterogestita, il riconoscimento della legittimazione attiva della controllata che "altrimenti subirebbe [il danno] addirittura due volte"; (d) un'inferenza dai principi costituzionali, atteso che "[r]iconosciuta la soggettività giuridica delle società commerciali, sarebbe illegittima una norma od un'interpretazione che precludesse loro di agire in giudizio nei confronti dell'ente dirigente danneggiante per ottenere il risarcimento del danno che esso ha causato al loro patrimonio". In dottrina, concludono nel senso di attribuire alla società controllata la legittimazione *ex art.* 2497 c.c., tra gli altri, V. Cariello, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, 1229 ss.; M.T. Brodasca, in G. Fauceglia, G. Schiano di Pepe, *op. cit.*, 1616 ss.; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 2 - Diritto delle società*, Torino, 2009, 304;

G. Scognamiglio in P. Abbadessa e G.B. Portale (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2006, 3, 947 ss.; H. Simonetti *sub art.* 2497 c.c., in G. Bonfante, D. Corapi, G. Marziale, R. Rordorf e V. Salafia, *op. cit.*, Milano, 2007, 1390, nonché P. Montalenti, in G. Cottino *Trattato di diritto commerciale. Le società per azioni* (a cura di N. Abriani, S. Ambrosini, O. Cagnasso e P. Montalenti), Padova, 2010, IV, 1066.

(28) Predilige la tesi dell'insussistenza di legittimazione attiva della società eterodiretta, P. Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca Borsa*, 2008, 279 ss., il quale argomenta diffusamente anche sulla base (a) delle risultanze dei lavori preparatori della norma, enfatizzando, in particolare, il dato della espunzione, dal testo finale della disposizione, del comma contenente l'esplicita affermazione della legittimazione attiva della società (così formulato: "l'azione [dei soci e dei creditori] non pregiudica il diritto della società al risarcimento del danno ad essa cagionato e non è pregiudicata dalla rinuncia o transazione da parte della società") ed incluso nello schema di decreto legislativo di riforma del diritto societario approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 30 settembre 2002, e (b) delle difficoltà applicative in punto di commisurazione del danno risarcibile (ritenute dall'Autore sostanzialmente insuperabili) che deriverebbero nell'ipotesi in cui l'azione della società fosse esperita successivamente alla proposizione dell'azione da parte di soci e creditori. Il medesimo orientamento è condiviso, tra gli altri, da G. Oppo, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 471 ss. e M. Rossi, *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza cautelare*, in questa *Rivista*, 2014, 571 ss., il quale afferma, tra l'altro, che «la previsione della legittimazione [attiva della società eterodiretta] è non solo ridondante, giacché [...] finisce per generare, almeno in parte, un autorisarcimento della *holding* verso se stessa [...] ma appare più radicalmente contraddittoria, perché [...] il risarcimento assegnato direttamente alla controllata [...] rappresenterebbe un vantaggio solo fittizio, quantomeno per i soci esterni, in ragione del persistente controllo sulla gestione di tali risorse da parte della capogruppo», concludendo però nel senso della possibilità di un'azione di natura contrattuale ovvero aquiliana della controllante nei confronti della *holding*, ove ne ricorrano i presupposti.



holding non già in forza dell'art. 2497 c.c. ma a titolo di responsabilità aquiliana, di cui all'art. 2403 c.c. (29)).

La "particolarità di contrasto" evocata nella motivazione del Giudice richiama la «cesura [...] tra potere gestorio e [...] diritto di beneficiare della maggioranza dei flussi finanziari» che lo stesso aveva evidenziato nell'*incipit* del provvedimento, per spiegare «perché controllanti e controllate si fanno causa tra di loro [...] cosa che, nella generalità dei casi, ove la quota di benefici economici e di potere gestorio coincidessero, sarebbe priva di senso logico».

Sembra, quindi, che nelle dette "particolarità di contrasto"/"cesura", il Collegio individui il fondamento della legittimazione attiva anche ai sensi dell'art. 2497 c.c., venendo meno le ragioni che – di regola – limitano la portata applicativa di tale norma: «se ha espressamente regolato solo la responsabilità della *holding* verso i soci e i creditori della controllata, e non anche la sua responsabilità verso la stessa controllata, ciò ha fatto per una ragione fin troppo evidente: non sarà, di regola, la società controllata, proprio perché governata dalla *holding*, a dolersi del danno cagionato da quest'ultima» (30).

Conclusioni

L'ordinanza in commento è un importante sforzo ermeneutico con il quale il Tribunale di Milano, tenuto conto della finalità di trasparenza del Decreto Antiriciclaggio, basandosi sulle concrete finalità dell'art. 21 dello stesso, nonché sul principio della buona fede derivante, in generale, dagli artt. 1175 e 1375 c.c. e, nello specifico, sotteso alla responsabilità gestoria di cui all'art. 2497 c.c., "dilata" l'obbligo informativo del cliente fino a coinvolgere anche il titolare effettivo, creando, tra gli stessi, un simmetrico diritto/dovere informativo.

Le principali conseguenze di tale innovativa statuizione sono, a nostro avviso, le seguenti:

1) in primo luogo, viene fornita una lettura della norma dell'art. 21, Decreto Antiriciclaggio coerente con il sistema normativo che persegue la finalità

della trasparenza, in particolare quando si tratta di considerare gli obblighi informativi a carico dell'entità all'apice di un gruppo societario;

2) non viene, di fatto, alterato l'impianto del Decreto Antiriciclaggio nella misura in cui continua a sussistere la centralità di chi promuove l'operazione finanziaria anche nella gestione dei flussi informativi strumentali alla stessa;

3) chiaramente, non si può escludere che il Giudice sia stato condizionato dalla peculiarità della fattispecie concreta costituita dalla «cesura [...] tra potere gestorio e [...] diritto di beneficiare della maggioranza dei flussi finanziari», che spiega l'esigenza del Tribunale di Milano di:

a) "forzare" la lettera della norma ben due volte: ricorre, in nome della coerenza sistemica, all'interpretazione teleologica del disposto dell'art. 21, Decreto Antiriciclaggio, la cui lettera, ricordiamolo, non prevede alcun diritto/obbligo informativo rispettivamente in capo al cliente ed al titolare effettivo; amplia, sia pure con il conforto di un orientamento oramai consolidato, la portata normativa dell'art. 2497 c.c., riferita ai soli soci e creditori della controllata;

b) riconoscere al cliente un'azione di natura contrattuale nei confronti della controllante e la tutela di urgenza tesa ad ottenere un provvedimento innominato, utilizzando gli strumenti del "contatto sociale" e dell'art. 2497 c.c., già posti alla base di altri importanti interventi giurisprudenziali (anche recenti).

Indipendentemente dalle valutazioni sull'ordinanza in commento (31), la sempre maggiore complessità delle operazioni finanziarie *cross border* suggerirebbe maggiore vigilanza del Legislatore italiano in materia di trasparenza che, altrimenti, resterebbe prerogativa del singolo intervento giurisprudenziale (con gli strumenti – spesso insufficienti – a disposizione del giudice).

La reattività del nostro Legislatore, ovviamente, si misura dagli interventi legislativi in altri Paesi europei e dal tenore del dibattito all'interno dell'Unione Europea. L'inserimento delle informazioni relative al titolare effettivo, nei registri pubblici in cui sono iscritte le persone giuridiche, è già presente nella proposta di quarta direttiva in materia

(29) In questo senso, *inter alia*, F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 2005, 101 ss., A. Maffei Alberti, *op. cit.*, 1391; M. Maggiolo, *L'azione di danno contro società o ente capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2006, 176 ss.

(30) F. Galgano, *op. cit.*, 102.

(31) La quale presenta altre complessità sia di natura sostanziale (ad esempio le questioni con riferimento alla sufficienza delle informazioni per la verifica del titolare effettivo) che di natura procedurale (ad esempio, la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano) che non sono state trattate in questo breve contributo, il quale è rimasto circoscritto all'analisi di alcuni aspetti relativi al *fumus boni iuris*.

di prevenzione del riciclaggio del denaro (32) ed è stata oggetto di consultazione pubblica in Gran Bretagna, finalizzata ad identificare le misure necessarie ad accrescere la trasparenza degli assetti

proprietary delle persone giuridiche (33): circostanze che accentuano, di certo, il pregio dell'ordinanza in commento, anche per la sottesa esigenza di giustizia sostanziale.



(32) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, pubblicata in data 5 febbraio 2014 e disponibile (in lingua inglese) all'indirizzo: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0191+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>.

(33) Facciamo riferimento, in particolare, al documento denominato Transparency & Trust: enhancing the transparency of UK company ownership and increasing trust in UK business. Government Response, pubblicato in data 16 aprile 2014 e disponibile (in lingua inglese) all'indirizzo: <https://www.gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper>.